

Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Droit de la responsabilité civile
et des assurances

Liber amicorum Roland Brehm

Herausgegeben von / Edité par:

Stephan Fuhrer

Christine Chappuis



Stämpfli Verlag AG Bern
Stämpfli Editions SA Berne

Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Droit de la responsabilité civile et des assurances

Liber amicorum Roland Brehm



Roland Bunker

Haftpflicht- und Versicherungsrecht

Droit de la responsabilité civile et des assurances

Liber amicorum Roland Brehm

Herausgegeben von / Edité par:

Stephan Fuhrer
Christine Chappuis



Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

Zitiervorschlag: Liber amicorum Roland Brehm

Mode de citation proposé: Liber amicorum Roland Brehm

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2012

Gesamtherstellung:
Stämpfli Publikationen AG, Bern
Printed in Switzerland

ISBN 978-3-7272-2962-6

Inhaltsverzeichnis – Table des matières

Das patchworkartige System der Haftpflicht-Versicherungs-obligatorien	1
RENÉ BECK Maisprach	
Système de management de la qualité et responsabilité du mandataire	21
ALEXANDRE BERNEL Dr en droit, LL.M. (Leicester), Avocat, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Lausanne	
Präimplantationsdiagnostik – de lege lata et ferenda	37
CAROLINE BREHM MLaw, Zürich	
Faute et causalité: petit essai sur de grandes notions	53
VINCENT BRULHART Dr. iur. Professeur aux Universités de Lausanne et de Genève, avocat, Lausanne	
Le calcul du dommage selon la <i>Discounted cash flow method (DCF)</i>: vers un calcul abstrait?	65
BENOÎT CHAPPUIS Dr en droit, avocat, Professeur titulaire à l'Université de Genève, Chargé de cours à l'Université de Fribourg, Genève	
La distinction entre l'illicéité et la faute: n'est-il pas temps de renoncer?	83
CHRISTINE CHAPPUIS Dr en droit, Professeure ordinaire à l'Université de Genève, Genève	

L’expertise médicale en Suisse	97
Présentation de l’étude MSG – Un précieux jalon dans l’amélioration et l’accélération des procédures d’indemnisation des dommages corporels	
GUY CHAPPUIS Avocat, Develier	
L’obligation de diminuer le dommage, une façon insidieuse démanteler l’Etat social?	115
JEAN-LOUIS DUC Professeur honoraire de l’Université de Lausanne, Château-d’Oex	
Substanzbeeinträchtigungs- und Funktionsbeeinträchtigungstheorie beim Sachschaden	133
Fata Morganen am juristischen Horizont	
WALTER FELLMANN Dr. iur., Rechtsanwalt, Ordentlicher Professor für schweizerisches und europäisches Privatrecht an der Universität Luzern, Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Luzern	
Der Abschluss des Versicherungsvertrags nach dem Entwurf zur Totalrevision des VVG	145
STEPHAN FUHRER Prof. Dr. iur., Rodersdorf	
In Erwartung der Revision	157
Zum Regress des Haftpflichtversicherers	
CHRISTOPH K. GRABER Dr. iur., Fürsprecher, Zürich	
GION CHRISTIAN CASANOVA Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich	
Einzelfragen des Internationalen Beweisrechts	167
PASCAL GROLIMUND PD Dr. iur, Advokat, LL.M., Lehrbeauftragter an den Universitäten Basel und Zürich, Basel	

<p>Ombudsman oder FINMA?</p> <p>Aspekte des Versicherungsschutzes im Aufsichtsrecht</p> <p>HANS-PETER GSCHWIND Fürsprecher, FINMA, Bern</p> <p>Überlegungen zur Haftung gemäss SVG zwischen Motorfahrzeughaltern bei Verursachung eines Personenschadens durch Verlust der Urteilsfähigkeit</p> <p>STEFAN HOFER lic.iur., Advokat, Basel</p> <p>MARKUS SCHMID lic. iur., Advokat, Basel</p> <p>Degré de la preuve en droit de la responsabilité civile, plus particulièrement sous l'angle de la causalité</p> <p>ISABELLE JUVET Dr en droit, avocate, Winterthur</p> <p>Berechnung des Heimpflegeschiedens</p> <p>Grundsätze und Besonderheiten</p> <p>HARDY LANDOLT Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Lehrbeauftragter an der Universität St. Gallen, Glarus</p> <p>Überentschädigungsfragen beim Zusammentreffen von Rentenleistungen der Unfallversicherung mit Leistungen der beruflichen Vorsorge</p> <p>Die Entwicklung von Art. 24 f. BVV2 und die Folgen der Änderung bei der inter- und extrasystemischen Koordination</p> <p>SYLVIA LÄUBLI ZIEGLER Rechtsanwältin, Luzern</p>	<p>179</p> <p>197</p> <p>205</p> <p>219</p> <p>235</p>
---	--

Le recours de l'assureur bâtiment contre le locataire	247
Etat des lieux et perspectives	
JEAN-FRANÇOIS LÉCHOT	
lic. iur., avocat, Basel	
NICOLAS CAVADINI	
lic. iur., Basel	
Verkehrssicherungspflichten für Bäume	267
JÜRIG NEF	
Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich	
OR 58 und die öffentlichen Strassen	281
HANS NIGG	
Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich	
Illicéité de résultat et illicéité de comportement, une distinction dépassée?	293
ALEXIS OVERNEY	
Avocat, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Fribourg et Lausanne	
Médecine esthétique et obligation de résultat	311
ODILE PELET	
Dr en droit, avocate, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, chargée de cours à la Faculté des Sciences de la Vie de l'EPFL, Lausanne	
Entwicklungen aufgrund der Finanzkrise	323
Erfordert der Versicherungerschutz ein sektorübergreifendes Finanzdienstleistungsgesetz mit einheitlichen Vertriebs- und Verhaltensregeln am «Point of Sale»	
STEFAN PLATTNER	
Dr. iur., Advokat, LL.M., Basel	

<p>Consentement du patient 335</p> <p>D’où vient-on et où va-t-on?</p> <p>MAURO POGGIA Avocat, Genève</p>	335
<p>Substanziierungspflicht im Regressprozess..... 349</p> <p>VOLKER PRIBNOW Dr. iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Baden</p> <p>ELIANE BENJAMIN lic. iur., Baden</p>	349
<p>La prise en charge des frais d’avocat..... 367</p> <p>ALAIN RIBORDY Avocat, Spécialiste FSA en responsabilité civile et droit des assurances, Fribourg</p>	367
<p>Le mariage, bouclier contre la prescription dans le droit de la circulation routière? 381</p> <p>BAPTISTE RUSCONI Avocat, Professeur honoraire de l’Université de Lausanne, Lausanne</p>	381
<p>Einige Bemerkungen zur vorgängigen Vorlagepflicht der Kranken-Taggeldversicherung nach VVG bei der FINMA 395</p> <p>ANDREAS SCHEURER Fürsprecher, Biel</p>	395
<p>Eingriffsnormen im Versicherungskollisionsrecht des Fürstentums Liechtenstein 405</p> <p>ANTON K. SCHNYDER Prof. Dr. iur., LL.M., Ordinarius an der Universität Zürich, Zürich</p>	405

Lex dura sed lex? Zur Vereinbarkeit der (absoluten) Verjährung mit der EMRK	417
FELIX SCHÖBI	
PD Dr. iur., Bundesrichter, Lausanne	
Das Durlemann-Dilemma	435
Vorschlag zur Ausdehnung der Haftung des Arbeitgebers	
GERHARD STOESSEL	
Dr. iur., Rechtsanwalt, M.B.L.-HSG, Küsnacht ZH	
Der Anscheinsbeweis im Haftpflichtrecht	447
HANS PETER WALTER	
Prof. Dr. iur. h.c., emeritierter Ordinarius an der Universität Bern, alt Bundesrichter, Bern	
Wie Dinge sich bedingen – Korrelationen in der Entwicklung des Personenschadenrechts	459
STEPHAN WEBER	
Dr. iur. h.c., Handelsrichter, Schriftleiter HAVE, Eglisau	
La jurisprudence de la CJUE en matière de responsabilité du fait des produits et son impact sur l'application de l'article 208 al. 2 CO	471
FRANZ WERRO	
Dr en droit, Professeur à l'Université de Fribourg et au Georgetown University Law center, Washington, DC, Fribourg	
Publikationsverzeichnis Roland Brehm	
Liste des publications de Roland Brehm	489

Le calcul du dommage selon la *Discounted cash flow method (DCF)* : vers un calcul abstrait ?

BENOÎT CHAPPUIS

Table des matières

Introduction	66
I. La détermination du dommage selon le Code des obligations.....	68
1. La preuve de l'existence et du montant du dommage	68
A. La définition du dommage	68
B. Les principes généraux régissant la preuve du dommage ..	68
C. Le rôle de l'art. 42 al. 2 CO	69
2. Le dommage futur et sa réparation	69
3. Les méthodes de calcul du dommage	70
A. La méthode concrète	70
B. La méthode abstraite	70
C. L'emploi de tables et de statistiques en tant que méthode abstraite	71
II. La méthode DCF et son utilisation pour le calcul du dommage	73
1. La méthode	73
2. L'utilisation traditionnelle de la méthode DCF et ses limites ..	74
A. Les principaux domaines d'utilisation	74
B. Les risques liés à l'emploi de la méthode	75
C. La façon d'éviter les risques inhérents à la méthode DCF	76
3. L'utilisation de la méthode DCF dans le calcul du dommage..	77
A. La méthode DCF en arbitrage international	77
B. La méthode DCF dans la jurisprudence suisse	78
C. Les enseignements de l'ATF 134 II 160	78
III. Les enseignements de la responsabilité civile quant à l'application de la méthode DCF	79
1. La situation actuelle.....	79
2. L'application de la méthode DCF face aux exigences du calcul concret.....	79
3. Le rôle du pouvoir d'appréciation du juge face à l'expert.....	81
Conclusion.....	81

Introduction

L'auteur auquel ces Mélanges sont consacrés a dédié sa carrière à explorer tous les aspects de la responsabilité civile, particulièrement la notion de dommage. Tant dans son œuvre majeure qu'est le *Berner Kommentar* que dans ses ouvrages ou articles spécialisés, il a toujours su allier le rappel des principes fondamentaux du droit suisse avec les derniers développements, marquant l'évolution de la jurisprudence et de la doctrine en la matière. Il semblait dès lors essentiel de retenir, pour la présente contribution, un sujet propre à mettre en évidence tant la pérennité de la notion de dommage que les enjeux actuels, susceptibles d'en redessiner les contours.

Le choix s'est ainsi porté sur la question de l'application au calcul du dommage de la méthode *Discounted cash flow* (méthode DCF). Régulièrement utilisée – et également critiquée –, cette méthode s'est imposée en arbitrage international comme une solution possible à la détermination de dommages liés à la valeur d'une entreprise. Certes, la question relève-t-elle le plus souvent de la responsabilité contractuelle, notamment lorsqu'il s'agit d'évaluer une entreprise en cas de violation d'un contrat d'aliénation ou d'un contrat de *joint venture*. Le lien avec la responsabilité délictuelle est cependant fort : comme nous le verrons, recourir à la méthode DCF c'est calculer le dommage selon un mode théorique basé sur des données économiques et mathématiques. Ce procédé est largement exploré par le droit de la responsabilité civile lorsqu'il s'agit de calculer des atteintes à l'avenir économique au moyen de tables de capitalisation. L'enseignement que l'on peut tirer de la responsabilité civile est ainsi déterminant pour le sujet qui retient notre attention en ce qu'il contient l'énoncé d'un certain nombre de règles générales en matière de calcul du dommage qui valent indifféremment en matière contractuelle ou extracontractuelle. D'autre part, on peut également concevoir des situations délictuelles qui affecteraient la valeur d'une entreprise ; on songera par exemple à la destruction d'une usine à la suite d'un incendie.

Calculer un dommage en référence à des faits et données futurs constitue l'une des difficultés majeures du droit de la responsabilité. Lord Scarman exprimait bien cette idée lorsqu'il affirmait : « *Knowledge of the future being denied to mankind, so much of the award as is to be attributed to future loss and suffering ... will almost surely be wrong. There is really only one certainty: the future will prove the award to be either too high or too low* »¹. Il est ainsi certain que, quelle que soit la méthode employée, elle ne peut conduire qu'à un résultat différent de celui qui serait advenu si le fait générateur de responsabilité n'était pas survenu. Ce constat n'autorise cependant pas à se contenter d'approximations aléatoires ; le juge doit s'efforcer de cerner au plus près l'étendue du dommage dont souffre le lésé.

¹ Lim Poh Choo v. Camden and Islington Area Health Authority, [1980] AC 174.

C'est dans ce cadre que la méthode DCF présente un intérêt en ce qu'elle permet de déterminer aujourd'hui la valeur d'une entreprise en tenant compte de ses résultats de demain². Cette méthode consiste à calculer, par actualisation, la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs attendus d'une activité. Habituellement, elle permet à celui qui veut faire l'acquisition d'une entreprise de déterminer la valeur de cette dernière. Lorsque l'on suit la méthode DCF, on dit que l'entreprise dont l'acquisition est projetée vaut ce qu'elle est censée rapporter. Initialement conçue en matière transactionnelle, la méthode a toutefois été peu à peu utilisée en matière de calcul du dommage et de moins-values³. Ce glissement ne va pas sans soulever des questions de principe : il ne va pas de soi qu'une méthode destinée à permettre à l'acquéreur de mettre en rapport l'investissement qu'il est prêt à consentir avec le bénéfice qu'il peut espérer en retirer, puisse servir au calcul d'un dommage, processus normatif d'appréciation d'une perte subie par un particulier⁴.

Pour apprécier la validité de la démarche en droit suisse, il conviendra dans un premier temps de retourner aux fondements du droit de la responsabilité civile, cela fait de les comparer à ceux de la méthode DCF et de tenter de déterminer si ceux-ci sont compatibles avec ceux-là. La réflexion devra également être guidée par les exigences procédurales en matière de preuve, gardant à l'esprit quels sont les éléments qui doivent être amenés en preuve, et par laquelle des parties en présence.

Si des éléments d'analyse seront donnés dans les lignes qui suivent sur la méthode elle-même, ses vertus et ses défauts, le propos essentiel se limitera cependant ici à la pertinence de son emploi dans le cadre du calcul d'un dommage et n'abordera qu'incidemment son fonctionnement technique et économique. Sur ce dernier point, il est renvoyé aux ouvrages spécialisés en la matière⁵.

² Il existe de nombreuses méthodes pour déterminer la valeur d'une entreprise ; pour une présentation de plusieurs d'entre elles, cf. GANTENBEIN PASCAL/GEHRIG MARCO, *Moderne Unternehmensbewertung. Bewertungsziel mit Methodenmix erreichen*, ST 2007 606 ss. C'est la méthode DCF qui est retenue ici, parce que c'est elle qui est le plus souvent invoquée en matière d'arbitrage pour le calcul d'un dommage lié à la valeur d'une entreprise.

³ L'action en réduction de prix de l'art. 205 CO ne constitue pas à proprement parler une action en dommages-intérêts (ATF 85 II 192). Il n'en reste pas moins que, hormis la question controversée de savoir si la faute concomitante de la victime est un facteur de réduction de l'action minutoire, le calcul de la moins-value et de son indemnisation suit des règles analogues à celles régissant le dommage ; sur cette question, CHAPPUIS BENOIT, *Le moment du dommage, Analyse du rôle du temps dans la détermination et la réparation du dommage 2007* (cité : *Moment du dommage*), N 687 ss.

⁴ Sur la question du dommage en tant que notion normative, CHAPPUIS BENOIT, *Quelques dommages dits irréparables. Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine*, SJ 2010 II 165, N 57 ss.

⁵ Pour une introduction à la question, VERNIMMEN PIERRE/QUIRY PASCAL/LE FUR YANN, *Finance d'entreprise*, 2011, chapitre 37.

I. La détermination du dommage selon le Code des obligations

1. La preuve de l'existence et du montant du dommage

A. La définition du dommage

La jurisprudence définit le dommage juridiquement reconnu comme étant une diminution involontaire de la fortune nette; il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et le montant qu'aurait ce même patrimoine si l'événement dommageable ne s'était pas produit. Cette diminution peut provenir tant d'une perte éprouvée que d'un gain manqué⁶.

B. Les principes généraux régissant la preuve du dommage

Alors que l'art. 8 CC dispose que chaque partie doit, si la loi ne prescrit le contraire, prouver les faits qu'elle allègue pour en déduire son droit, l'art. 42 al. 2 CO prescrit quant à lui que, lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée. C'est la combinaison de ces deux dispositions qui fixe les devoirs à la charge de la victime d'un fait dommageable qui entend en obtenir la réparation. Le demandeur doit prouver tant l'existence que la quotité de son dommage, de façon suffisamment déterminée et concrète sous peine de voir sa demande rejetée comme non fondée⁷. Le Tribunal fédéral a adopté une position de plus en plus stricte en matière de précision de l'allégation (« *Substanziierungspflicht* ») du dommage par le lésé et de preuves que ce dernier doit apporter⁸.

⁶ ATF 129 III 331, c. 2.1; 129 III 18, c. 2.4; 128 III 22, c. 2e/aa; 127 III 73; 120 III 423; BK-BREHM, CO 41 N 70; CHAPPUIS BENOIT (cité n. 3), N 29 ss.; CR-WERRO, art. 41 CO N 8; HONSELL HEINRICH, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4^{ème} éd., 2005, N 27; BSK-SCHNYDER, CO 41 N 6.

⁷ ATF 127 III 365, c. 2b = JdT 2001 I 390; ATF 115 II 187; TF, 4A_306/2009, c. 6.1; 5A_336/2008; 4C.82/2006, c. 3.4; 4C.48/2005; CHAPPUIS BENOIT, Moment du dommage (cité n. 3), N 75; CHAIX FRANÇOIS, La fixation du dommage par le juge (article 42 al. 2 CO), in *Le préjudice, une notion en devenir*, 2004, Journée de la responsabilité civile, N 7; BRÖNNIMANN JÜRGEN, Die Behauptungs- und Substanziierungslast im schweizerischen Zivilprozessrecht, 1989, 14, 36 et 197 ss; BURKHALTER KAIMALOTIS SABINE, Die Substanziierungslast – insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts, AJP 2007 1263, 126; FORSTMOSER PETER, Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit, 1987, N 161; WALTER HANS PETER, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, ZSR I 2008 112.

⁸ ATF 127 III 365, c. 2b; TF, 4A_306/2009, c. 6.1; 5A_336/2008; 4C.82/2006, c. 3.4; WALTER HANS PETER, Prozessuale Aspekte beim Streit zwischen Kunden und Vermögensverwalter, ZSR I 2008, 112 ss.

C. Le rôle de l'art. 42 al. 2 CO

L'art. 42 al. 2 CO est une norme qui allège la tâche du demandeur lorsque ce dernier se heurte à des difficultés dans l'établissement de la preuve de son dommage. Il se peut en effet que la nature de ce dernier rende difficile à l'excès, voire impossible, son calcul exact ou l'apport des preuves permettant de l'établir. L'art. 42 al. 2 CO vise non seulement le montant du dommage, mais l'existence même de ce dernier. Ainsi que le Tribunal fédéral l'a retenu, cette disposition donne au juge le pouvoir de retenir, sur la base de son pouvoir d'appréciation, que le dommage a été prouvé alors que tel ne serait pourtant pas le cas. L'art. 42 al. 2 CO, s'il allège le fardeau de la preuve à la charge de la victime dans certaines conditions spécifiques, ne le supprime nullement⁹. Le fait que l'effet dommageable d'un fait générateur de responsabilité soit, dans des situations complexes, difficile à apprécier ne modifie pas en lui-même les règles du fardeau de la preuve¹⁰. L'art. 42 al. 2 CO ne constitue ni une solution de facilité ni un oreiller de paresse pour le demandeur qui n'est ainsi pas autorisé à négliger de réunir les preuves à sa disposition¹¹.

2. Le dommage futur et sa réparation

Le dommage actuel est celui qui est déjà survenu au jour du jugement rendu par la dernière instance cantonale. Le dommage futur est celui qui apparaît après le prononcé de cette décision. La loi institue expressément la réparation du dommage futur à l'art. 46 al. 1 CO en cas de lésions corporelles ; il n'est cependant pas contesté que le principe de la réparation du dommage futur est la règle pour l'ensemble du domaine de la responsabilité civile et de la responsabilité contractuelle¹². Il n'y a pas de distinction fondamentale à tracer entre le dommage actuel et le dommage futur : c'est en effet le hasard du moment procédural auquel le jugement est rendu qui établit la limite entre le dommage actuel et le dommage futur. Ces derniers sont ainsi d'une nature identique et il s'agit en fait de deux postes du même préjudice. Les principes présidant au calcul de ces deux postes du dommage sont donc les mêmes¹³.

⁹ ATF 122 III 219, c. 3a; 99 II 226, c. 3b; BK-BREHM, CO 42 N 52.

¹⁰ Handelsgericht des Kantons Zürich (6 novembre 1998), in ZR 100 (2001) N 31, 97, plus particulièrement 106 ; CHAPPUIS BENOIT, Moment du dommage (cité n. 3), N 79.

¹¹ ATF 129 III 135, c. 2.3.2.1; 122 III 219, c. 3b; 98 II 37, c. 2; 97 II 118, c. 1 ; TF, 4C.160/2001, c. 2/d/bb; BK-KUMMER, CC 8 N 70 et 245; DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE, La responsabilité civile, 1982, 209 N 21; BK-BREHM, CO 42 N 48 et 63.

¹² ATF 114 II 253 = JdT 1989 I 333, c. 2a; CR-WERRO, CO 42 N 18 et 27 ; DESCHENAUX HENRI/TERCIER PIERRE (cité n. 11), 228 N 13; CHAPPUIS BENOIT, Moment du dommage (cité n. 3), N 276 ss ; CHAIX FRANÇOIS (cité n. 7), N 51.

¹³ TF, 4C.324/2005, c. 3.2.

Le dommage futur doit cependant être prévisible avec une certaine certitude¹⁴. Autrement dit, on indemnise un dommage qui n'existe pas encore, pour autant qu'il soit prévisible¹⁵. Il ne suffit en revanche pas que le dommage à venir ne soit qu'une simple éventualité¹⁶ ou une simple possibilité¹⁷. Alors que le dommage futur est indemnisable, le dommage qui ne serait qu'hypothétique ne l'est pas¹⁸.

En admettant le principe de la réparation du dommage futur affectant une chose endommagée, le Tribunal fédéral a souligné que le droit fédéral exigeait que les dommages-intérêts alloués à la victime soient calculés avec un taux d'escompte¹⁹. Un tel escompte est destiné à diminuer l'avantage que le lésé retire de la mise à disposition immédiate du capital destiné à compenser un dommage qui ne surviendra qu'ultérieurement. Il joue un rôle inverse à celui des intérêts qui eux compensent l'indisponibilité d'un capital pendant une certaine période.

3. Les méthodes de calcul du dommage

A. La méthode concrète

De manière constante, le Tribunal fédéral rappelle que le dommage doit en principe être calculé selon la méthode subjective, soit la détermination du dommage concret effectivement éprouvé par la victime²⁰.

B. La méthode abstraite

Le principe du calcul concret ne va cependant pas sans exceptions, particulièrement lorsqu'il s'agit de déterminer un dommage futur : s'il est impossible d'apprécier concrètement l'évolution de ce dernier, le juge peut recourir à une méthode abstraite²¹. Si le droit fédéral ne prohibe pas de manière générale le

¹⁴ CR-WERRO, CO 42 N 18 ; ENGEL PIERRE, *Traité des obligations en droit suisse : dispositions générales du CO*, 1997, 473.

¹⁵ ATF 116 II 441, c. 3aa = JdT 1991 I 166.

¹⁶ TF, 4C.114/2006, c. 5.3.2.

¹⁷ ATF 122 III 219, c. 3a; 99 II 226, c. 3b; 116 II 441, c. 3aa; TF, 4C.114/2006, c. 5.1 ; 4C.184/2005 ; CR-WERRO, CO 42 N 18 et 27; CHAPPUIS BENOIT, *Moment du dommage* (cité n. 3), N 278; ENGEL PIERRE (cité n. 14), 473.

¹⁸ ATF 129 III 18, c. 2.4; 82 II 40 ; TF, 4C.114/2006, c. 5.1.

¹⁹ ATF 127 III 73 c. 6b = SJ 2001 I 397.

²⁰ Concernant le calcul concret, ATF 131 III 360, c. 5.1 ; 117 II 609, c. 9 ; 113 II 345, c. 1a; 99 II 214, c. 3a; 89 II 219; TF 4C.184/2005, c. 4.3.1; *Handelsgericht des Kantons Zürich* (6 novembre 1998), ZR 100 (2001), 97, N 31 ; CHAPPUIS BENOIT, *Moment du dommage* (cité n. 3), N 78. Cf. également CR-WERRO, CO 42 N 6 et 7 ; BSK-SCHNYDER, CO 42 N 2 ; OFTINGER KARL, *Schweizerisches Haftpflichtrecht I*, 1995, N 189.

²¹ ATF 120 II 296, c. 3b; CHAPPUIS BENOIT, *Moment du dommage* (cité n. 3), N 36 et 283; SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN, *Manuel de capitalisation*, 5^{ème} éd., 2001 (traduction française de CERF FERNAND), 355.

calcul abstrait du dommage²², le calcul concret doit être préféré chaque fois qu'il est possible ; on ne recourra au calcul abstrait que lorsque cela est rendu nécessaire par les particularités du cas d'espèce, étant toutefois précisé que certains auteurs considèrent que la méthode concrète ne s'impose pas²³.

C. L'emploi de tables et de statistiques en tant que méthode abstraite

Une manière d'apprécier un dommage futur de façon abstraite consiste notamment à avoir recours à l'emploi de tables ou de statistiques²⁴ ; la détermination de la perte de gain au moyen des tables de capitalisation ou celle de la valeur d'un véhicule sur la base de l'argus, méthodes largement utilisées par les tribunaux, constitue une approche abstraite du calcul²⁵. La méthode statistique est ainsi recommandée par des auteurs qui y voient un mode plus simple de calcul du dommage futur découlant d'une atteinte à l'intégrité corporelle, mode qui conduirait de surcroît à des résultats plus justes que la seule analyse des circonstances concrètes du cas d'espèce²⁶. Il en va ainsi de la détermination de la perte de soutien ou d'une atteinte à l'avenir économique²⁷. Selon d'autres, les données statistiques seraient des présomptions qui devraient être renversées par la partie qui en conteste le bien-fondé²⁸.

Cela dit, l'utilisation de statistiques n'est pas un processus incontesté. Il faut que le juge s'assure de leur pertinence et de leurs conséquences sur le calcul de l'indemnité. L'acceptation par la jurisprudence des tables Stauffer/Schaetzle a été un long processus, inauguré à l'ATF 77 II 40 puis continué dans l'ATF 81 II 38. Dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral releva qu'il n'était pas possible de procéder à des calculs schématiques sur la base de tables sans être certain de disposer de probabilités sérieuses reposant sur des statistiques suisses permettant d'établir effectivement la moyenne de la vie

²² ATF 120 II 296, c. 3b.

²³ ROBERTO VITO, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 2002, N 673 : « Entgegen der in der Literatur vertretenen Ansicht ist die konkrete (bzw. subjektive) Schadenberechnung nicht selbstverständlich ».

²⁴ WERRO FRANZ, *La responsabilité civile*, 2011, N 1144; WESSNER PIERRE, *L'indemnisation du dommage patrimonial résultant de l'invalidité chez les jeunes lésés*, in Werro (éd.), *Le temps dans la responsabilité civile* (Colloque du droit de la responsabilité civile 2005, Université de Fribourg), 2007, 153 ; KELLER ALFRED, *Haftpflicht im Privatrecht*, tome II, 2^{ème} éd., 1998, 27.

²⁵ WERRO FRANZ (cit. n. 24), N 1144; ROBERTO VITO (cit. n. 23), N 673.

²⁶ SCHAETZLE MARC, *Bundesgericht*, BGE 4C.222/2004 vom 14.9.2004. *Lehren aus einer komplexen Schadensberechnung*, HAVE/REAS 2005, 46, 53 (ch. 9).

²⁷ WESSNER PIERRE (cit. n. 24), 152-153 ; THÉVENOZ LUC, *La perte d'une chance et sa réparation* in Werro Franz (éd.), *Quelques questions fondamentales du droit de la responsabilité civile : actualités et perspectives* (Colloque du droit de la responsabilité civile 2001, Université de Fribourg), 254 ; BK-BREHM, CO 42 N 56a.

²⁸ WEBER STEPHAN/SCHAETZLE MARC, *Zeit ist Geld oder der unterschätzte Einfluss des Rechnungstages auf die Schadensberechnung*, HAVE/REAS 2004, 97, plus particulièrement 111 (V.2).

professionnelle en Suisse²⁹. De la même manière, c'est un accueil mitigé qui fut réservé par la jurisprudence à l'« Enquête Suisse sur la Population Active (EPSA) » menée par l'Office fédéral de la statistique en 1997 et son utilisation possible en matière de dommage ménager³⁰. Même si certains plaident aujourd'hui en faveur d'une certaine normativisation du dommage qui pourrait conduire à un plus haut degré d'abstraction³¹, la jurisprudence retient pour l'instant que le juge doit s'assurer des similitudes entre les circonstances de fait qui sont à la base des statistiques et celles du cas concret³². Selon ses termes, cela « suppose à tout le moins que le juge du fait explique en quoi telle donnée statistique correspond peu ou prou à la situation de fait du cas particulier »³³. Le cas échéant, il convient d'opérer des ajustements en fonction des circonstances concrètes³⁴. Le Tribunal fédéral a ainsi renoncé à calculer abstraitement la valeur d'un arbre endommagé, dont l'espérance de vie était péjorée, par le recours à des directives et à des tables établies par des instituts spécialisés en la matière. Il a procédé au calcul concret du dommage³⁵. De même, s'agissant d'arrêter un intérêt compensatoire supérieur au taux légal de 5% (art. 73 al. 1 et 104 al. 1 CO) réclamé par le demandeur, il a souligné qu'il appartenait à ce dernier d'apporter la preuve concrète d'un dommage supérieur et qu'il n'était « pas question d'opérer abstraitement, par exemple avec des indices boursiers »³⁶.

Schaetzle/Weber – les auteurs des tables les plus utilisées en matière de calcul de dommage – soulignent eux-mêmes que « le recours à des données abstraites ne se justifie que si le dommage ne peut être calculé concrètement (...) Le dommage doit être calculé de façon concrète si c'est possible et de façon abstraite seulement si c'est nécessaire »³⁷.

Dans la mesure où les tables prennent elles-mêmes en compte des pronostics de durée variée, il revient au juge de faire le choix de la table pertinente, soit celle qui correspond à l'hypothèse de fait qu'il retient. On sait que le Tribunal fédéral a modifié à plusieurs reprises sa jurisprudence concernant la capitalisation de l'indemnité pour perte de gain, cherchant à prendre en compte, de la façon qui lui paraissait la plus juste, le pronostic sur la durée de l'activité que le lésé pourrait conserver dans le futur. Dans son dernier changement de jurisprudence, le Tribunal fédéral s'est exprimé comme suit :

²⁹ ATF 81 II 38, c. 2.

³⁰ ATF 129 III 135 = JdT 2003 I 511.

³¹ Pour une présentation de cette question et une appréciation critique, CHAPPUIS GUY, *Le préjudice ménager : encore et toujours ou les errances du dommage normatif*, HAVE/REAS, 2004, 283.

³² ATF 129 III 135, c. 4.2.2.1 = JdT 2003 I 511.

³³ ATF 129 III 135, c. 4.2.2.1 ; TF, 4A_98/2008, c. 3.1; 4C.166/2006, c. 5.2.

³⁴ ATF 129 II 145, c. 3.1 ; TF, 4C.166/2006, c. 5.2.

³⁵ ATF 127 III 77 ; solution approuvée par ROBERTO VITO (cité n. 23), N 682.

³⁶ TF, 4C.459/2004 = SJ 2005 I 557.

³⁷ SCHAETZLE MARC/WEBER STEPHAN (cité n. 21), 355.

« Elle (la jurisprudence) n'est, en revanche, plus de mise aujourd'hui, étant donné, d'une part, que le dommage de perte de gain est calculé en capitalisant une rente temporaire jusqu'à l'âge présumé de la retraite et, d'autre part, que la notion d'activité, dans la 5e édition des tables STAUFFER/SCHAETZLE, se confond avec celle de capacité de travail, qui prend fin lorsqu'on n'est plus en mesure physiquement de tenir son propre ménage. Au demeurant, les tables d'activité tiennent compte de la probabilité de décès, en plus de la probabilité d'invalidité, raison pour laquelle la probabilité de décès ne doit pas être prise en compte une seconde fois en tant que valeur moyenne entre activité et mortalité »³⁸.

Cette constatation a conduit le Tribunal fédéral à poser, en modification de la jurisprudence qui avait cours jusqu'alors, que le dommage ménager futur serait désormais capitalisé exclusivement au moyen des tables d'activité et non plus par la moyenne arithmétique entre les tables d'activité et de mortalité³⁹. L'évolution de la prise en compte du futur doit suivre celle de l'évolution de l'espérance de vie et du mode de vie. D'autre part, le juge doit également s'assurer qu'il n'attribue pas un poids particulier à un événement futur déterminé – par exemple le décès – alors que les tables en tiennent déjà compte. L'instrument mathématique, statistique ou actuariel reste ce qu'il est, c'est-à-dire un instrument ; le pronostic demeure l'apanage du juge et de son pouvoir d'appréciation. Il faut être conscient de ce que recourir à des tables et statistiques, c'est entrer dans le domaine de la causalité hypothétique : cette dernière est en effet également prise en compte chaque fois que des dommages futurs de durée sont calculés à l'aide de tables statistiques. De cette façon, on prend en considération une causalité hypothétique, c'est-à-dire la survenance dans le futur, certaine et établie de manière statistique, d'un événement qui contribuera à l'apparition du dommage⁴⁰.

II. La méthode DCF et son utilisation pour le calcul du dommage

1. La méthode

La méthode DCF consiste à calculer, par actualisation, la valeur actuelle nette des flux de trésorerie futurs attendus d'une activité. Cette méthode tend à reconnaître que la valeur économique d'un *going concern* est le flot de revenus que ce dernier peut générer au travers de son existence ; autrement dit, la valeur d'une affaire consiste dans les profits qu'elle peut générer. On ne tient pas compte de sa valeur de liquidation puisque l'on part de la prémisse que

³⁸ ATF 129 III 135, c. 4.2.2.3.

³⁹ ATF 113 II 345, c. 2b.

⁴⁰ BK-BREHM, CO 41 N 149g; CHAPPUIS BENOIT, Moment du dommage (cité n. 3), N 291.

l'activité de l'entreprise se poursuivra. En conséquence, le taux d'actualisation appliqué doit refléter les risques associés à l'entreprise considérée, tels que les risques commerciaux, les risques financiers, les risques de liquidités, les risques de change et les risques politiques⁴¹.

En matière de calcul d'un dommage, la méthode DCF est un instrument qui permet de mesurer la valeur d'une entreprise en prévoyant le *cash flow* net sur une certaine période, en le ramenant par un taux d'actualisation à la date de l'atteinte dommageable⁴². Il ne s'agit donc pas de calculer un dommage futur à proprement parler puisque l'on détermine la valeur actuelle de l'entreprise ; cependant on se base sur les revenus futurs de cette dernière pour le faire. Si la méthode permet d'effectuer cette mesure, reste encore à savoir quel rôle elle peut jouer dans la décision du juge quant au calcul selon les règles légales et jurisprudentielles qu'il doit suivre.

2. L'utilisation traditionnelle de la méthode DCF et ses limites

A. Les principaux domaines d'utilisation

La méthode DCF est essentiellement utilisée dans le domaine non contentieux, en dehors donc du calcul de dommages : les domaines principaux de son utilisation sont ceux des fusions et acquisitions d'entreprises ou de la transmission de ces dernières par voie successorale. Elle est également fréquemment utilisée lorsqu'il s'agit d'évaluer un bien-fonds immobilier, puisque que tant les règles comptables suisses que les règles internationales prescrivent une évaluation périodique au prix du marché. En matière immobilière, la méthode DCF est regardée comme particulièrement appropriée premièrement parce que plusieurs paramètres de calcul sont connus et relativement prévisibles – tels les loyers ou les charges d'exploitation – et, deuxièmement, parce que l'estimation du *cash flow* est une nécessité dans le contexte d'une gestion dynamique d'un bien immobilier⁴³.

⁴¹ RAJARAO VIDYA, Determining Damages in Cross-Border Disputes, 2007, in Transnational Dispute Management, Issue 3; REILLY F./BROWN K., Investment Analysis and Portfolio Management, 1997; Rapport du Conseil fédéral, Valeur des entreprises en droit successoral, 1^{er} avril 2009, 9 ss ; GANTENBEIN PASCAL/GEHRIG MARCO (cité n. 2), 606 ss ; FREIDLAND/WONG E, Measuring Damages for the deprivation of income-producing assets : ICSID Case studies, 6 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 406-407.

⁴² RIPINSKY SERGEY/ WILLIAMS KEVIN, Damages in international investment law, British Institute of International and Comparative Law, 2008, 195; WEINSBURG H./RYAN C., Means to be Made Whole, in Evaluation of damages in international arbitration, Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2006, 173; GUILLAUME FLORENCE, Aspects successoraux de la transmission d'une entreprise à un descendant, SJ 2009 II 33, n. 25; GANTENBEIN PASCAL/GEHRIG MARCO (cité n. 2), 602; sentence du 14 juillet 1987, 15 Iran-US CTR 189; sentence du 27 juin 1990, Asian Agricultural Products Ltd (AAPL) v. Republic of Sri Lanka, ICSID Case N° ARB/87/3, publiée in 30 ILM 577, 623 (1991).

⁴³ BENDER ANDRÉ/HOESLI MARTIN/ELION JANI, L'évaluation immobilière – Apport des simulations Monte Carlo, ECS 2006, 564-565; AZIZ NABIL/ BENDER ANDRÉ/HOESLI

Cela dit, un certain nombre de risques liés à l'emploi de la méthode ont été identifiés et ont conduit à limiter les circonstances dans lesquelles elle peut être utilisée.

B. Les risques liés à l'emploi de la méthode

Regarder dans le futur implique que l'on émette des hypothèses et des choix subjectifs concernant différents facteurs tels que les conditions de marchés, les ventes qui seront réalisées, les coûts, le besoin supplémentaire en capital, les fluctuations des cours, le taux d'inflation, etc. Or il faut garder à l'esprit que même un changement mineur du *cash flow* ou du taux d'actualisation peut conduire à des différences substantielles du résultat obtenu⁴⁴, notamment en surévaluant les prétentions du demandeur.

Le Conseil fédéral, dans son rapport « sur la valeur des entreprises en droit successoral », a mis le problème en évidence dans les termes suivants : « Livrer un pronostic sur le rendement futur (selon la méthode DCF) est l'élément le plus difficile et le plus incertain du calcul de la valeur d'une entreprise en raison des écueils de la spéculation et des représentations idéalisées. Les prédictions entrent dans les catégories [...] du probable ou de l'improbable, du vraisemblable, du possible et du plausible »⁴⁵.

Nombreux sont les auteurs qui rejoignent cette appréciation. On retiendra l'avis suivant : « *There is no single means by which to determine the future cash flow and profits of a «going concern». Rather, parties and tribunals must extrapolate future performance from an enterprise's current financial position, past profitability, market trends and industry analysis. Likewise, it is often extremely difficult to calculate an appropriate discount rate [...]. Finally, it is often difficult to obtain the objective data necessary to allow a tribunal to calculate an enterprise's future revenue stream* »⁴⁶.

C'est à des conclusions similaires que des tribunaux arbitraux parviennent fréquemment⁴⁷ de sorte que ces derniers, en raison des éléments spéculatifs inhérents à la méthode, se montrent prudents dans son application⁴⁸.

MARTIN, Evaluation immobilière par les DCF, in L'expert-comptable suisse, 2005/1, 344-345.

⁴⁴ Rapport du Conseil fédéral (cité n. 41), 11.

⁴⁵ Rapport du Conseil fédéral (cité n. 41), 9 ss.

⁴⁶ WEINSBURG H./RYAN C. (cité n. 42), 174;

⁴⁷ Dans ce sens, par ex. *Autopista Concesionada de Venezuela C-A v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID case No ARB/00/5, sentence du 23 septembre 2003, § 353-355.

⁴⁸ STAUFFER THOMAS, *Valuation of Assets in International Takings*, 1996, 17 *Energy Law Journal*, 480 ss ; HELBLING CARL, *Grundsätze für die Unternehmensbewertung*, ST 2002, 736; ILC *Articles on State Responsibility*, commentaire de l'article 36, § 36; RIPINSKY SERGEY/ WILLIAMS KEVIN (cité n. 42), 201.

C. La façon d'éviter les risques inhérents à la méthode DCF

Les risques dont les contours viennent d'être brièvement esquissés ont rendu nécessaire l'élaboration d'un certain nombre de garde-fous lorsqu'il s'agit d'employer la méthode DCF :

- Le premier d'entre eux consiste à s'assurer que l'on dispose de suffisamment d'éléments relatifs aux performances passées de l'entreprise. Dans son rapport susmentionné, le Conseil fédéral, tout en insistant sur le fait que ce sont les résultats futurs qui sont déterminants, souligne qu'il convient de se référer aux résultats des trois dernières années pour établir le pronostic⁴⁹. De la même manière, la doctrine relève que si la méthode DCF peut être appropriée pour déterminer la perte subie lors de l'acquisition d'une société – dont le prix aurait été surévalué lors de la conclusion du contrat – elle ne peut être utilisée que si l'on dispose au moins des résultats de l'entreprise au cours des trois à cinq dernières années⁵⁰.
- Le deuxième veut que l'on restreigne à des limites raisonnables les projections dans le futur. Dans le domaine de l'immobilier, à propos des projections que l'on peut faire quant à l'évolution du marché, le Tribunal fédéral considère que la période prise en compte ne devrait pas excéder cinq à dix ans⁵¹. Il suit ainsi les avis exprimés par des experts du marché immobilier pour lesquels une période de dix ans constitue un maximum au-delà duquel même un changement mineur dans le revenu ou dans l'estimation du taux de croissance peut modifier considérablement les résultats projetés, rendant alors la méthode DCF arbitraire et hasardeuse. C'est également l'avis exprimé dans la littérature concernant l'évaluation de l'entreprise : une période de dix ans constitue la limite maximale au-delà de laquelle l'application de la méthode ne serait plus qu'« une extrapolation théorique sans grand intérêt »⁵².
- Troisièmement, on se gardera de transposer dans le futur les résultats passés de l'entreprise, sans autre analyse⁵³.

C'est pourquoi, auteurs et tribunaux arbitraux ont souvent critiqué l'évaluation du risque incorporé dans le taux d'actualisation en ce sens que si le risque est sous-évalué ou surévalué les calculs s'en trouvent considérablement altérés.

⁴⁹ Rapport du Conseil fédéral (cité n. 41), 10-11; cf. également GANTENBEIN PASCAL/GEHRIG MARCO (cité n. 2), 602; BENDER ANDRÉ/HOESLI MARTIN/ELION JANI (cité 43), 564 *in fine*; GUILLAUME FLORENCE (cité 42), n. 25.

⁵⁰ VISCHER MARKUS, Schaden und Minderwert im Gewährleistungsrecht beim Unternehmenskauf, SJZ 106 (2010) 132.

⁵¹ ATF 134 II 160, c. 13.

⁵² VERNIMMEN PIERRE/QUIRY PASCAL/LE FUR YANN, chap. 37, 744.

⁵³ Rapport du Conseil fédéral (cité n. 41), 10.

3. L'utilisation de la méthode DCF dans le calcul du dommage

A. La méthode DCF en arbitrage international

La question de l'application de la méthode DCF est régulièrement discutée en matière d'arbitrage, particulièrement dans des arbitrages d'investissement⁵⁴, en tant qu'outil permettant d'établir la valeur d'une entreprise dans le cadre d'un litige⁵⁵. A la lecture des sentences rendues, on est frappé de constater qu'un nombre important de tribunaux arbitraux ont considéré que la méthode était inappropriée, vu les faits de la cause et les risques de spéculation qu'elle impliquerait. On retiendra pour exemple cet avis : «*the DCF method is probably extremely helpful when an investor has to decide to make a large investment. [...] The Tribunal can also perceive the advantage of such a method for a Claimant seeking substantial compensation. The calculation of the revenues expected to accrue over a long period of time in the future, which opens a large field of speculation due to the uncertainty inherent in any such projection, will probably yield higher results than any other method. For this reason, however, such a method cannot easily be accepted by a tribunal, and the reluctance of all tribunals and claims commissions, including domestic fora, even in the United States, to make use of it is easy to understand*»⁵⁶.

Rappelant qu'un dommage doit être établi avec un certain degré de certitude, des tribunaux arbitraux ont rejeté la méthode invoquée par les demandeurs pour des motifs variés au nombre desquels :

- Un manque de données sur les performances passées de l'entreprise ;
- L'impossibilité d'établir la rentabilité future de l'investissement ;
- Un manque de moyens financiers suffisants du demandeur lui permettant effectivement de réaliser son investissement ou de l'exploiter ;
- Une importante disparité entre le montant effectivement investi et la valeur réclamée⁵⁷.

⁵⁴ KREINDLER RICHARD HAMILTON, Introduction, in: Evaluation of damages in international arbitration, Dossiers ICC, Institute of World Business Law, 2006, 8 ; GELINAS PAUL-A., General characteristics of recoverable damages in international arbitration, in: Evaluation of damages in international arbitration, Dossiers ICC, Institute of World Business Law, 2006, 12; IVSC International valuation standards, General valuation concepts and principles, § 9.2; BALL MARKHAM, Assessing damages in claims by investors against states 2001, 16 ICSID Review – Foreign Investment Law Journal, 419; GANTENBEIN PASCAL/GEHRIG MARCO (cité n. 2), 602.

⁵⁵ Amco Asia Corporation v. Republic of Indonesia, ICSID Case N° ARB/81/1; Southern Pacific Properties (Middle East) Ltd. v. Egypt, sentence et opinion dissidente, 20 mai 1992, 3 ICSID Reports 189; CMS Gas Transmission Enterprise v. The Argentine Republic, ICSID Case N° ARB/01/08 sentence du 12 mai 2005; cf. également WALDE T./SABAH B., Compensation, damages and valuation in international investment law, Transnational Dispute Management – Vol. 4, Issue 6, 2007.

⁵⁶ Sentence du 14 juillet 1987, 15 Iran-US CTR 230.

⁵⁷ RIPINSKY SERGEY/ WILLIAMS KEVIN (cité n. 42), 205-206; Metalclad v. Mexico, Award of 30 August 2000; Wena Hotels v. Egypt, Award of 8 December 2000; Tecmed v. Mexico, Award of 29 May 2003; see also SPP v. Egypt, Award of 20 May 1992; WEINBURG

B. La méthode DCF dans la jurisprudence suisse

A ce jour, la méthode DCF n'a jamais été utilisée par le Tribunal fédéral pour calculer un dommage. En revanche, cette juridiction a eu l'occasion de la mentionner dans le cadre d'une procédure d'indemnisation intentée par des riverains de l'aéroport de Zurich qui se plaignaient de l'impact du bruit des avions sur la valeur de leur propriété. Les recourants faisaient valoir que la valeur de leur bien – des immeubles locatifs – devait être déterminée par la valeur de rendement et non par celle du marché. Le Tribunal fédéral a cependant préféré à la méthode DCF celle élaborée pour la cause dont il avait à juger, la méthode *Minderwert Fluglärm (MIFLU)*⁵⁸, mieux adaptée selon lui au cas d'espèce. Cette dernière méthode est basée sur l'analyse des prix des transactions immobilières ; elle consiste à déterminer, par l'utilisation d'un modèle dit de régression multiple, la valeur de chaque caractéristique du bien immobilier évalué tels que l'âge, la surface, la qualité de la construction et de l'entretien, le voisinage, etc. De cette manière, il est possible d'évaluer un bien immobilier en utilisant des données concrètes et éviter ainsi d'avoir à appliquer des taux d'actualisation imprécis⁵⁹.

C. Les enseignements de l'ATF 134 II 160

On peut tirer trois enseignements de cette décision :

- Même si le Tribunal fédéral a retenu une méthode autre que la DCF, il a mentionné cette dernière comme une méthode possible, laissant clairement entendre qu'aucun obstacle de principe ne s'opposait à son emploi.
- Lorsque l'on a le choix entre plusieurs méthodes applicables, il faut retenir celle qui paraît être la plus appropriée au vu des faits de la cause.
- Le Tribunal fédéral ne s'est pas considéré en position de juger lui-même de l'application de la méthode puisqu'il convenait de prendre en considération les spécificités du marché local pour le faire. C'est la raison pour laquelle le Tribunal fédéral a renvoyé la cause à l'autorité inférieure afin que cette dernière apprécie les circonstances locales. En d'autres termes, quelle que soit la méthode, le juge doit non seulement s'assurer qu'elle est appropriée mais également vérifier que les éléments concrets ressortant du dossier sont pris en considération de manière appropriée.

H./RYAN C. (cité n. 42), 175; Rapport du Conseil fédéral (cité n. 41), 10; HELBLING CARL (cité n. 48), 736.

⁵⁸ ATF 134 II 160, c. 13.

⁵⁹ BENDER ANDRÉ/HOESLI MARTIN/ELION JANI (cité 43), 564-565.

III. Les enseignements de la responsabilité civile quant à l'application de la méthode DCF

1. La situation actuelle

Même si, en pratique, la méthode DCF est couramment utilisée en Suisse comme un mode possible de l'évaluation de l'entreprise, elle n'a pour l'instant encore jamais été retenue par la jurisprudence fédérale comme mode de calcul du dommage. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle soit inapplicable dans ce domaine. En effet, dans la mesure où il est acquis en droit de la responsabilité que le dommage futur est indemnisable, s'il est suffisamment prévisible, et que son calcul peut se faire, à certaines conditions, par l'application de tables, de statistiques ou d'autres méthodes théoriques, la méthode DCF peut entrer en ligne de compte comme l'un des moyens à disposition du juge.

2. L'application de la méthode DCF face aux exigences du calcul concret

En appliquant les principes dégagés par la jurisprudence pour le calcul du dommage – du dommage futur en particulier – tels que rappelés ci-dessus, on parvient au résultat suivant :

- Le recours à une méthode telle la méthode DCF est admissible pour calculer un dommage pour autant que ce dernier ne puisse pas être établi de manière concrète (supra I.C.2).
- L'application de la méthode ne peut se faire qu'aux conditions de l'art. 42 al. 2 CO ; en conséquence le demandeur doit avoir fait tout son possible pour alléguer et établir les éléments de fait fondant son dommage (*Substanziierungspflicht*, supra I.A.2), même si cela est particulièrement difficile en raison de la nature de l'atteinte (supra I.A.3)⁶⁰. En matière d'évaluation d'une entreprise, le lésé devra ainsi apporter au juge tous les éléments pertinents relatifs à la marche de l'entreprise, le marché dans lequel elle évolue et les développements prévisibles. Si le développement des affaires de l'entreprise évaluée – par exemple un *joint venture* en cours de création – nécessite que le demandeur y investisse personnellement des moyens financiers, il doit démontrer qu'il aurait disposé de ces derniers et que le projet aurait ainsi effectivement pu se réaliser (supra II.C.1 *in fine*).
- Le juge doit vérifier la pertinence de la méthode DCF par rapport au cas concret qu'il a à trancher, comme il doit le faire pour toute méthode (supra

⁶⁰ Handelsgericht des Kantons Zürich (6 novembre 1998), in ZR 100 (2001) N 31, 97, plus particulièrement 106.

II.C.2)⁶¹. Cela implique en particulier qu'il dispose du relevé des performances de l'entreprise pendant les trois voire les cinq dernières années, pour lui permettre d'apprécier les risques associés à la conduite de l'entreprise à évaluer (risques financiers, de liquidité, de taux de change, politiques, liés au type d'activité de l'entreprise, etc.) et, partant, de choisir le taux d'actualisation approprié. Cette exigence exclut en principe que l'on recoure à la méthode DCF pour une *start-up* ou pour une *joint venture* qui n'a pas encore fonctionné. Il est intéressant de relever que, même si elles sont plus enclines à recourir à l'application de la méthode DCF, les cours américaines posent néanmoins des exigences similaires : « *Typically, Delaware courts tend to favor a DCF model over other available methodologies in an appraisal proceeding. However, that metric has much less utility in cases where the transaction giving rise to appraisal was an arm's-length merger, where the data inputs used in the model are not reliable, or where a DCF is not customarily used to value a company in a particular industry* »⁶².

- Quand bien même la méthode tend à fixer la valeur actuelle de l'entreprise, son application doit être soumise aux règles régissant la réparation du dommage futur dans la mesure où ce sont les revenus futurs de l'entreprise qui sont utilisés pour fixer cette valeur (supra II.A). Ces revenus doivent donc pouvoir être déterminés avec un degré de certitude suffisant. Si ces conditions devaient ne pas être réunies, on entrerait alors dans le domaine du dommage hypothétique qui n'est pas indemnisable (supra I.B *in fine*)⁶³.
- L'horizon temps sur lequel la méthode va être appliquée doit être limité, généralement à dix ans au maximum (supra II.B.3)⁶⁴. Au-delà, on entre en principe dans le domaine de la spéculation de sorte qu'on ne pourra que difficilement admettre que le dommage futur est suffisamment prévisible.
- Les facteurs de risque sont suffisamment prévisibles de sorte que le taux d'actualisation peut être établi, en référence aux conditions qui prévaudront de manière prévisible dans le futur.
- En fixant le taux d'actualisation, le juge se gardera de prendre en compte deux fois le même risque (par exemple, l'arrivée d'un concurrent, la déréglementation du marché ou un changement législatif probable affectant les activités de l'entreprise évaluée, etc.), une fois par le taux de capitalisation

⁶¹ ATF 134 II 160, c. 13; 129 III 135, c. 4.2.2.1 = JdT 2003 I 511.

⁶² Highfields Capital, Ltd, Highfields Capital I, L.P. et Highfields Capital II, L.P. v. AXA Financial, Inc., Court of Chancery of Delaware, New Castle County, C.A. N° 804-VCL, 17 août 2007, c. IV A.

⁶³ ATF 4C.114/2006, c. 5.1; 129 III 18 c. 2.4; 82 II 401.

⁶⁴ ATF 134 II 160, c. 13; VERNIMMEN PIERRE/QUIRY PASCAL/LE FUR YANN (cité n. 5), chap. 37, 744;

lui-même, une seconde fois par l'appréciation concrète du risque en question (supra I.C.3 *in fine*)⁶⁵.

3. Le rôle du pouvoir d'appréciation du juge face à l'expert

Le calcul d'un dommage par la méthode DCF ne peut se concevoir sans avoir recours à un expert, seul à même de mettre cette dernière en œuvre. Cette tâche échappe en effet à la compétence du juriste. Le juge ne sera en principe pas lié par les conclusions de l'expert qu'il aura désigné. Mais s'il entend s'en écarter, il devra motiver sa décision et il ne saurait, sans motifs déterminants, substituer son opinion à celle de l'expert sur les questions requérant des connaissances spéciales⁶⁶. Cela dit, si même le juge ne peut se distancer sans raison des conclusions techniques de l'expert, il lui appartient de les appliquer au cas d'espèce en tenant compte des spécificités de ce dernier (supra II.C.2 et 3). Dans tous les cas, c'est au juge qu'il revient, faisant usage de son pouvoir d'appréciation (supra I.C.3), de fixer le montant du dommage et de son indemnisation. C'est donc au juge seul qu'il reviendra – si nécessaire – de faire application de l'art. 42 al. 2 CO pour calculer le dommage, prenant appui sur la détermination de ce dernier par l'expert au moyen de la méthode DCF.

Conclusion

Calculer un dommage lié à la valeur d'une entreprise relève, de par sa nature, d'une approche théorique, fondée notamment sur les règles de la comptabilité et celles de la gestion d'entreprise. Il en résulte que toute appréciation d'un dommage la diminuant repose elle aussi sur des données partiellement théoriques. La projection dans le futur de ces évaluations implique que l'on recoure à des formules économiques qui mènent le juge aux confins de l'abstraction. Ce mode de faire est néanmoins conforme aux exigences posées par la jurisprudence en matière de calcul du dommage. La méthode DCF est un des moyens auquel le juge pourrait recourir pour accomplir sa mission. Il n'est cependant pas concevable que le juge se contente de retenir les conclusions chiffrées auxquelles un expert économiste serait parvenu. Il devra s'assurer de l'adéquation de la méthode avec les faits de la cause et, dans toute la mesure du possible, de la prise en compte de tous les éléments concrets qui auront été amenés aux débats par les parties.

⁶⁵ ATF 129 III 135, c. 4.2.2.3 ; 113 II 345, c. 2b; Rapport du Conseil fédéral (cité n. 41), 11 ; CHAPPUIS BENOIT, Moment du dommage (cité n. 3), N 607.

⁶⁶ ATF 130 I 337, c. 5.4.2 = JdT 2005 I 95 ; ATF 128 I 81, c. 2 = JdT 2004 IV 55; TF, Zurich Assurances c. D. S., SJ 1997 58 ; BSK-DOLGE, ZPO 183 N 15.

Quels que soient les efforts du juge, ce dernier butera inexorablement contre l'impossibilité qu'il y a, d'une part, à prédire l'avenir et, d'autre part, à fixer de manière objective la valeur d'une entreprise. Cette situation – qui rend l'issue d'un litige particulièrement imprévisible – devrait conduire les parties à prévoir dans tout contrat ayant trait à une entreprise des modes de calcul de valeur et des clauses de garantie susceptibles de déterminer, avec le plus de précision possible, les conséquences patrimoniales d'une violation contractuelle affectant la valeur de l'entreprise.