

Serge Ruel

Ingénieur général de l'armement

Expert près la CAA de Paris

Contrats de travaux évanouis : manques à gagner de principe et indemnités méritées.

A lire maintes réclamations présentées par les entreprises de BTP, la « *perte d'industrie* » est devenue un *must* fidèlement inséré dans tout mémoire depuis l'article de Michel Verrier dans la revue « *Experts* » en 2000, tandis que de rares arrêts donnent le sentiment que les cours en ont des perceptions diverses ou se sont fait leurs opinions sur les réclamations sans s'attarder à leur emballage sémantique.

Ce qui n'est pas pour surprendre tant le recours désordonné à ce terme en a fait un être mal défini, polymorphe et « *attrape tout* », très loin de sa définition : « *la fraction des frais fixes que l'entrepreneur avait décidé d'amortir sur l'opération, lorsqu'il a défini le prix du marché et qui, finalement, ne se trouve pas encaissée du fait d'une diminution du chiffre d'affaires prévisionnel* ».

C'est pourquoi une contribution publiée dans *Experts* en 2015 avait tenté de faire le point sur ces dérives.

Une expertise avant dire droit confiée par le juge du fond aux fins d'évaluer le « *manque à gagner* » d'une entreprise évincée irrégulièrement d'une consultation, m'incite à revenir sur le sujet.

1/ Les fruits d'une expertise

L'enjeu financier était minime : une demande d'indemnisation de 10 k€ à propos d'un marché de 80 k€ au regard d'un chiffre d'affaire de 7 millions l'année de la consultation.

Son intérêt intrinsèque était par contre significatif car la jurisprudence apparaît focalisée sur les conditions autorisant l'indemnisation sans s'étendre sur le chiffrage de ses évaluations tandis que la littérature ouverte de la profession du chiffre sur ce sujet m'a semblé rare sur la Toile.

Au plan économique, la situation du soumissionnaire après cette éviction était identique à celle du titulaire d'un marché résilié ¹ avant commencement d'exécution pour *motif d'intérêt général*.

Un motif qu'il peut être commode d'invoquer. Ma première mission de rapporteur près le comité national de règlement amiable des litiges relatifs aux marchés publics, il y a trente ans, avait porté sur un tel cas : une DDE avait résilié un marché de dix millions de francs avant commencement d'exécution sans allouer d'indemnité ni de marché de remplacement (cela se faisait à l'époque).

Son motif de résiliation était excellent : elle avait appris qu'elle allait disposer de 30 millions au lieu de 10 pour rénover des infrastructures portuaires. Son motif de non-indemnisation surprenant.

Répondant au président du Comité, feu l'éminent conseiller d'Etat Roger Grégoire ², l'ingénieur de la DDE avait en effet exposé dans le parler agréablement fleuri de sa Provence natale, que j'entends encore : « *Eh ! monsieur le président, il ne nous est pas apparu qu'il y ait lieu à indemnisation puisque la résiliation avait été décidée dans l'Intérêt Général ...* ». Question de point de vue ...

¹ Par commodité : « *une entreprise résiliée* », selon une formulation Premier empire.

² J'ai le souvenir d'avoir entendu Michel Debré le qualifier, lors de sa messe d'obsèques à Saint Jacques du Haut pas début mars 1990, de premier président du « Comité *d'arbitrage* des litiges relatifs aux marchés publics » : cela m'avait marqué alors que ledit comité n'était qualifié officiellement que de « *consultatif* ». Je doute que M. Debré, conseiller d'Etat et alors Académicien français, ait employé le terme *arbitrage* par hasard.

L'ingénieur de la DDE devait être peu familier de l'article 1794 du Code civil :

« Le maître peut résilier, par sa seule volonté, le marché à forfait, quoique l'ouvrage soit déjà commencé, en dédommageant l'entrepreneur de toutes ses dépenses, de tous ses travaux, et de tout ce qu'il aurait pu gagner dans cette entreprise »

Dans l'esprit de cet article, à l'époque de ce chantier, l'article 46 CCAG/Travaux posait le principe lapidaire : *« l'entrepreneur a droit à être indemnisé, s'il y a lieu, du préjudice qu'il subit du fait de cette décision »*, les autres CCAG fixant l'indemnisation à 4 % au moins du montant non exécuté.

Si le CCAG/Tx a évolué sur ce point, la question de l'évaluation objective d'un manque à gagner était et reste assez ouverte, nous l'allons voir, d'autant plus que cette notion ferait utilement l'objet d'une définition communément partagée et ne se confond pas nécessairement avec l'indemnisation méritée par l'entreprise évincée ou résiliée.

En travaux publics, ce sujet agite les esprits de longue date : depuis que le Prince en fait réaliser.

2/ Les enseignements de cette mission d'expertise

Il m'a semblé opportun de partager les enseignements de cette mission d'expertise :

- constater, à l'issue d'une revue documentaire, les vertus de la définition restrictive proposée par Michel Verrier : *« la fraction des frais fixes que l'entrepreneur avait décidé d'amortir sur l'opération, lorsqu'il a défini le prix du marché et qui, finalement, ne se trouve pas encaissée du fait d'une diminution du chiffre d'affaires prévisionnel »* ;
- rebaptiser cette notion *« perte sur frais fixes »* ;
- l'assimiler au *« manque à gagner »* d'une entreprise évincée ou résiliée, lequel ne se confond pas nécessairement avec l'indemnisation méritée par l'entreprise ;
- relater un cas d'école : comment un requérant à la prétention initiale raisonnablement évaluée peut perdre tout crédit à l'asseoir sur une suite de justifications inadaptées, imaginatives et irrecevables.

3/ Quel « manque à gagner » ?

La question préalable, dans cette mission était de définir le *« manque à gagner »* que l'expert était invité à évaluer, a priori l'écart défavorable entre la situation *« normale »*, celle où se trouvait le sujet avant les événements, ex ante, et sa situation effective ex post.

In *La Jaune et la Rouge*, revue des anciens élèves de l'École polytechnique (N° 610 de décembre 2005), mon éminent confrère Yves POISSONNIER (X 52), expert agréé par la Cour de cassation, alors vice-président de la Compagnie nationale des experts en gestion d'entreprise, rappelait maintes conditions jurisprudentielles préalables à l'indemnisation, bien connues, avant de relever :

Ces règles, pour strictes qu'elles soient, laissent une latitude considérable pour définir la méthode d'évaluation dans chaque cas particulier, et sa mise en œuvre pour aboutir à un montant.

Cette dernière phrase mettait en évidence que le traitement de l'évaluation dudit préjudice, de ce manque à gagner, lui apparaissait, et reste me semble-t-il, assez ouvert.

D'autant que si la mission de l'expert devait être menée *« en prenant en compte le bénéfice net potentiel de l'entreprise »* je doutais que cela le limite nécessairement à une fraction du bénéfice net soumis à l'IS au prorata du montant du marché perdu. Ne serait-ce que parce que, si tel avait été son point de vue, le juge précité n'aurait guère eu motif à ordonner une mesure d'instruction ...

En effet, si le juge s'en tient assez souvent en de telles espèces à limiter l'indemnisation à un prorata du bénéfice fiscal, il peut se montrer singulièrement ouvert en présence de démonstrations pertinentes et étayées. Même imaginatives.

Jusqu'à 22 % du chiffre d'affaires perdu dans une décision de la Cour administrative d'appel de Marseille (12MA04778, 21 juillet 2014) infirmant l'arrêt d'un tribunal administratif qui avait limité l'indemnisation d'un loueur de voitures en se fondant sur son taux de marge nette de 3,1 %.

Le considérant 7 de la décision ³ de la CAA de Marseille :

Considérant que l'expert mandaté par la société AGL Services a, sur la base d'une perte de chiffre d'affaires de 3 718 000 € et d'une estimation des charges d'exploitation, estimé que le montant du bénéfice net que la société aurait pu retirer de l'exécution du marché s'établissait à 833 542,99 € ; que l'évaluation effectuée par l'expert est précise et rigoureuse et tient compte d'éléments précis tirés des données d'exploitation de la société AGL Services ; que l'expert intègre à juste titre dans le manque à gagner les plus-values résultant de la revente des véhicules loués, dès lors que ceux-ci viennent contribuer à l'enrichissement de la société et viennent corriger le niveau excessif des amortissements par rapport à la dépréciation réelle des véhicules ; qu'il y a lieu de retenir le taux de marge nette sur la perte de chiffre d'affaires résultant de l'évaluation de l'expert, soit 22,42 %, et de l'appliquer au montant de 3 200 000 € correspondant au montant minimal du marché ; que le manque à gagner de la société AGL Services s'établit donc à 717 440 € ;

était éclairant : l'expert (mandaté par l'entreprise et non par le juge du contrat) avait pu mener une analyse précise et rigoureuse, étayée par des « éléments précis tirés des données d'exploitation de la société », analyse que la cour a faite sienne, dans un cas de figure peu fréquent il est vrai.

Usant, du fait de l'excellence de leur formulation, de propos entendus au colloque consacré le 6 septembre 2018 par la Fédération des travaux publics à la traduction française du document « Delay & Disruption Protocol » de la *Society of construction law*, je rappellerai :

Lorsque qu'un retard imputable au maître de l'ouvrage affecte l'achèvement d'un chantier, l'entrepreneur soumet souvent une réclamation pour la perte de contribution aux frais généraux de siège et la perte du profit qu'il aurait obtenu du projet objet de la réclamation, voire d'autres projets.

Cela repose sur le fait que ses ressources liées au temps ont été prolongées sur le projet, plutôt que d'engendrer des revenus, notamment la contribution du contrat aux frais généraux et aux coûts du siège sur d'autres projets à partir de la date contractuelle d'achèvement.

Il en est de même dans le cas où le contrat n'est finalement pas exécuté, le présent cas :

Les frais généraux de siège peuvent être subdivisés en : « frais généraux dédiés » qui, grâce à une tenue minutieuse de dossiers, peuvent être attribués au retard du fait du maître de l'ouvrage ; et les « frais généraux non absorbés » (tels que loyer et certains salaires) engagés par un entrepreneur, quel que soit son volume de travail. Ces coûts peuvent être réclamés en dommages pour manquement au contrat.

Ou ici du fait de la rupture des relations précontractuelles à laquelle équivaut l'éviction.

³ Précisons que le Conseil d'Etat a infirmé cet arrêt le 21 octobre 2015 pour des motifs étrangers à l'évaluation du quantum de la décision d'indemnisation de la CAA de Marseille, annulé les conclusions indemnitaires du juge de première instance, et renvoyé l'affaire devant ladite CAA, laquelle a confirmé le quantum de sa décision d'indemnisation le 4 juillet 2016 sur la base des mêmes motivations, renforcées.

4/ D'autres pistes s'offraient-elles à la réflexion ?

Dans la contribution publiée naguère par la revue Experts, j'avais relevé le caractère polymorphe, incertain et improbable de la notion de perte d'industrie telle qu'invoquée dans la grande majorité des réclamations résultant de décalages de chantiers ou d'annulations de commandes dont j'avais eu à connaître.

Le caractère flou de cette notion, encore orpheline d'une définition reconnue par tous, transparaissait dans un article publié par ABEX News de juin 2005, consacré aux « *préjudices résultant d'arrêts de chantier* par deux experts belges, MM. Michel Binard (alors président de l'ABEX) et Pascal Alvoet.

Ces auteurs l'avaient limitée au résultat courant avant impôt (RCAI) mais ils avaient cité dans leur papier, avant ladite perte d'industrie dans cette définition restrictive :

- Les frais généraux de chantiers non couverts (non pertinents ici faute de chantier engagé) ;
- Le déficit de couverture des frais généraux de siège, en les termes suivants :

Ces frais généraux pour la plupart fixes comprennent notamment les amortissements et frais d'exploitation des bureaux, ateliers et lieux de stockage de l'entreprise ainsi que tous les frais de fonctionnement et les frais financiers. Ils comprennent également les rémunérations et charges liées au personnel administratif et technique affecté au siège.

Il appartient à l'entrepreneur de produire les données comptables (bilans déposés à la BNB, balance par soldes, grand livre et comptabilité générale et analytique du chantier litigieux, etc...) de nature à permettre une estimation plus précise de son préjudice financier, et ce notamment dans le cas où il voudrait démontrer que les frais généraux de siège et/ou de chantier ainsi que la marge bénéficiaire dépassent les valeurs forfaitaires reprises ci-dessous.

A défaut de production par l'entrepreneur préjudicié de données comptables officielles et en particulier d'une comptabilité analytique relative au chantier concerné, on peut estimer que les frais généraux de siège et de l'ensemble des chantiers en ce compris la marge bénéficiaire pourraient correspondre globalement à 17 % de la valeur du marché litigieux. Cette valeur est notamment citée dans le barème CMK d'immobilisation du matériel de chantier appliqué dans les marchés publics. Ce pourcentage, sauf preuves contraires, pourrait être réparti respectivement sur base de 8 à 10 % pour les frais généraux de siège, 2 % pour la marge bénéficiaire et 7 à 5 % pour les frais généraux de chantier.

Le préjudice résultant d'un arrêt de chantier rejoignait ainsi dans leur esprit la perte d'industrie de Verrier. Une heureuse convergence au-delà des noms de baptême.

Sans entrer dans un excès de détail, je voudrais évoquer les travaux ⁴ menés et publiés sous l'égide de Chantal Arens, première présidente de la cour d'appel de Paris et de Muriel Chagny, professeur à l'université de Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, directeur du master 2 *Concurrence et contrats*, à l'issue d'un colloque tenu à la cour d'appel de Paris le 22 septembre 2016 intitulé "*le juge et l'entreprise : quelles perspectives pour la réparation du préjudice économique ?*"

Ces travaux peuvent inciter à se fonder sur la marge sur coûts variables, laquelle inclut au premier chef la contribution budgétée aux frais généraux du contrat en cause, à savoir la perte d'industrie dans son acception simple rappelée supra, plutôt que sur le résultat net au sens fiscal du terme.

De même un opus de la Compagnie nationale des experts comptables de justice « *POINTS CLÉS RELATIFS À L'ÉVALUATION DES PRÉJUDICES ÉCONOMIQUES* » établi sous l'égide de la même Muriel Chagny relevait récemment :

⁴ Ce groupe de travail a publié le fruit de ses réflexions sous la forme de fiches méthodologiques sur la réparation du préjudice économique, disponibles sur le site Internet du ministère de la justice.

La problématique de l'évaluation des préjudices financiers ne se limite pas à une dichotomie entre surcoûts, au sens de coûts additionnels aux charges courantes, et gains manqués.

Il faut également considérer le cas des coûts non amortis qui, partie intégrante des charges courantes d'exploitation, ne constituent pas une charge nouvelle pour l'entreprise, mais qui ne sont pas moins constitutifs d'un préjudice financier dès lors qu'ils ne sont plus, du fait du sinistre, rattachés ou rattachables à une tâche productive.

Je citerai enfin un extrait d'une contribution de mon confrère Pierre Loeper sollicité à propos de « l'évaluation des préjudices » pour un numéro spécial de *La Jaune & la Rouge*, focalisé sur l'expertise judiciaire (mai 2014 ; www.lajauneetlarouge.com/magazine/695) :

Perte d'exploitation

Il s'agit là de comparer, en termes d'impact financier (en général impact sur le compte de résultat de l'entreprise victime du sinistre), la situation réelle (compte tenu de la faute ou du fait dommageable) avec la situation théorique, dans laquelle la faute ou le fait dommageable ne seraient pas survenus. Le problème est complexe quand il s'agit d'évaluer une perte de chiffre d'affaires et ses conséquences

C'est la reconstitution de cette situation théorique, dite encore « contrefactuelle », qui pose en général problème. La question semble simple s'agissant des surcoûts (coûts qui n'auraient pas été engagés) ; encore faut-il choisir un mode d'évaluation de ceux-ci : coût marginal (limité aux frais variables) ou coût complet (incorporant des frais fixes).

Deux thèses s'affrontent, celle selon laquelle les frais fixes constituent des charges quoi qu'il arrive, et celle selon laquelle les principes de bonne gestion veulent qu'ils soient rémunérés. [souligné par nous]

5/ Quel manque à gagner ?

L'ensemble de cette revue, sans doute non exhaustive, incite à fonder l'évaluation du manque à gagner qui nous occupe sur la contribution budgétée aux frais généraux faute que se dégage un tiers principe unique d'évaluation uniformément admis et « *obligé* ».

En effet, ces propos éclairent, et développent, la définition de la « *perte d'industrie* » selon Michel Verrier, que je suggère de rebaptiser « *perte sur frais fixes* ».

C'est aussi, me semble-t-il, la seule définition réaliste du « *manque à gagner* » que peuvent invoquer un candidat évincé à tort ou un titulaire résilié sans faute.

Il ne se confond pas avec une perte effective. Ni avec l'évaluation de la compensation de surcoûts d'exécution allégués, en général aussi réels que le plus souvent surévalués.

Ce défaut de contribution aux frais généraux est théorique : fondé sur une comptabilité budgétaire et/ou sur les œuvres du contrôleur de gestion, le taux invoqué par les requérants a été évalué ex ante sur la base d'une perspective de chiffre d'affaires futur et de l'observation d'une gestion écoulée.

Une évaluation objective, *prima facie* rigoureuse bien que soumise aux aléas d'une projection (« *La prévision est un art difficile, surtout lorsqu'elle concerne l'avenir* » ; attribué au physicien danois Niels Bohr). Il est vrai que l'expert peut observer les comptes réalisés de l'exercice concerné.

Une perte réelle ne peut se constater qu'ex post, une fois la gestion de l'année considérée acquise : le marché perdu n'ayant pas été exécuté, il n'y a pas perte réelle si d'autres commandes sont venues s'y substituer, ce qui est en général le cas s'il devait représenter une part minimale de l'activité de l'année, comme dans le cas du marché litigieux.

Il n'en est pas de même si le marché perdu devait représenter une part importante de l'activité de l'année, auquel cas il faut rechercher les conséquences de ce défaut d'activité comme je l'évoquais dans ma contribution de 2015. Encore que cette assertion soit sujette à caution car l'exercice peut avoir été marqué d'événements qui auront contribué à des pertes comme à des résultats positifs sans qu'un lien avec la non exécution du marché perdu puisse être établi.

Au but du compte, je suggère que le manque à gagner que j'avais été invité à évaluer ne pouvait être considéré que comme une perte théorique de revenu évaluée à partir de la gestion passée de l'entreprise et de l'activité prévue l'année de l'exécution du marché : à savoir la perte d'industrie telle que définie par Michel Verrier, la « *perte sur frais fixes* ». Affaire d'expert.

La perte réelle est une autre affaire, si elle a existé : c'est aussi affaire d'expert. Mais non ma mission, m'a-t-il semblé.

La perte de l'entreprise au chantier retardé ou arrêté un certain temps et /ou de celle qui a du prendre des mesures de préparation de chantier d'ampleur notable est un aussi autre sujet⁵. Affaire encore d'expert. Mais nous n'étions pas dans ce cas de figure.

L'indemnité méritée par chacun est un tout est un autre sujet, qui n'est plus affaire d'expert.

Elle peut se négocier entre gens de bonne compagnie, éventuellement en présence d'un tiers agissant en conciliateur plus ou moins interventionniste.

En l'absence d'accord amiable, elle est l'affaire du juge du contrat, qui pèse d'autres aspects que techniques, scientifiques ou comptables. Il pèse les âmes et ne néglige ni l'opportunité ni l'équité, encore moins les bonnes ou mauvaises fois s'il le pense approprié.

⁵ Voir supra les deux premiers alinéas des propos reproduits du colloque Fntp du 6 septembre 2018

6/ Comment ôter tout crédit aux tentatives de justification d'un manque à gagner allégué ?

A ce stade, venons-en au cas du soumissionnaire évincé en vue d'illustrer comment ôter tout crédit aux tentatives de justification d'un manque à gagner allégué.

Dans sa requête au fond, il avait cherché à justifier sa prétention d'une indemnité de 13 % des coûts complets de son offre en excipant d'une marge bénéficiaire de 13 % et d'une attestation maison selon laquelle ses marges bénéficiaires auraient varié d'une prestation à l'autre de zéro à plus de 40 %.

Résumé du sous détail de prix présenté en l'espèce

| coût complet | Taux de frais généraux | Taux de marge bénéficiaire | Prix de vente |
|--------------|------------------------|----------------------------|------------------------|
| 100 | 21 % | 13 % | 100 x 1.21 x 1.13 |
| | | | Prix de vente : 136.73 |

Le juge n'avait pas été réellement convaincu ; et pas plus votre serviteur une fois missionné.

En réunion, le soumissionnaire présenta ce même sous-détail de prix au taux de frais généraux appliqué aux déboursés secs de 21 % avec une marge bénéficiaire de 13 % des coûts complets.

Les parties convinrent que le requérant ne pouvait justifier objectivement son manque à gagner par application de son coefficient de marge, quel qu'il soit, car il était le fruit de décisions commerciales en opportunité ; que c'est le taux de frais de 21 %, ou de toute autre valeur, qu'il devait justifier à partir de sa comptabilité analytique et de ses comptes de l'année précédant celle de la remise de l'offre car seul il déterminait le manque à gagner susceptible de fonder l'indemnité méritée.

Bref, qu'il y avait lieu de se référer à la définition de Michel Verrier.

Je lui ai alors demandé de justifier le taux de frais fixes appliqué à ses déboursés secs dans la cotation de son offre, sur la base des derniers comptes disponibles l'année de la consultation, a priori ceux de l'année précédente.

Je reçus un tableau se résumant ainsi que suit :

Comptes de l'année précédant celle de la consultation (nombres modifiés)

| Coûts directs | Frais généraux | Total coûts | Chiffre d'affaires |
|---|----------------|-------------|--------------------|
| 5 000 k€ | 1 050 k€ | 6 050 k€ | 6 150 k€ |
| Ratio frais généraux /sur coûts directs | | 21 % | |

Le taux de marge bénéficiaire de 13 % avait disparu au profit d'un résultat net après IS de 1.66 % : les charges alléguées comme des frais généraux s'en seraient-elles accrues à due proportion ?

Perplexe, je l'invitai à reprendre sa copie sous le timbre de son commissaire aux comptes.

Je reçus une attestation toute en nuances délicates, selon laquelle le commissaire aux comptes n'exprimait aucun avis sur les éléments des comptes utilisés pour la détermination du coefficient de frais généraux, invitant implicitement le lecteur à la chasse aux truffes, citait deux items de charges à reclasser d'évidence en coûts directs (certains impôts ainsi que tout ou partie de charges afférentes à des conducteurs de travaux) mais laissait le lecteur découvrir le plus *Hénaurme*. Qui crevait les yeux.

A savoir en découvrant un tableau de « *salaires, charges et frais annexes* » selon lequel relevaient des frais généraux deux conducteurs de travaux et deux assistants de bureau d'études :

k€ ; nombres modifiés:

| Postes | Salaires bruts | Charges sociales | Frais annexes |
|--|----------------|------------------|---------------|
| 2 conducteurs de travaux | 60 | 40 | 20 |
| 2 assistants de bureaux d'études | 75 | 50 | 22 |
| Autres (dont DG et directeur commercial) | 300 | 200 | 45 |

Ce tableau incitait à :

- rappeler que le conducteur de travaux est le chef d'orchestre du chantier, des études à la livraison, responsable de leur bon déroulement, de la qualité, du respect des délais et de la rentabilité ; conclure que les charges correspondantes étaient à reclasser en coûts directs ;
- observer qu'ils était peu probable que des « *assistants de bureaux d'études* » n'œuvrent pas pour tout ou partie au profit des chantiers : c'est ce que suggérait l'ampleur de leurs frais annexes, près de 30 % du brut des intéressés, un taux équivalent à celui des conducteurs de travaux ; conclure que l'essentiel de leurs charges étaient à reclasser en coûts directs ;

Je constatais enfin avec quelque surprise que le total des charges sociales des personnels présentés comme imputables aux frais généraux était très précisément égal aux 2/3 du total des salaires bruts, soit sensiblement la somme des charges patronales et des précomptes à déduire des salaires bruts ; que les charges sociales classées en frais généraux s'en trouvaient ainsi singulièrement surévaluées. Les précomptes ⁶ étaient aussi à écarter des frais généraux, et ce **pour tous les salariés de l'entreprise**.

C'était donc près de la moitié des montants allégués comme frais généraux qui avaient vocation à être reclassés en coûts directs, le taux de frais réputé applicable aux déboursés secs se trouvant corrélativement ramené dans la norme courante de 10 à 12 %.

Cette démarche, que je qualifierai aimablement d'imaginative, m'est apparue comme un cas d'école à éviter de reproduire alors même que la prétention initiale était dans la norme.

Pire, après la première (et unique) réunion j'avais laissé les parties engagées en conversations rapidement conclues par un accord de principe, approuvé par le maire, inscrit à l'ordre du jour du conseil municipal suivant.

Surprise ! La société évincée fit part à la Ville en fin de matinée de ce jour là d'un revirement quant au quantum du projet d'accord, au montant proche de sa prétention initiale ... pour une histoire de frais irrépétibles. Ce qui m'a offert la découverte des truffes évoquées ci-dessus.

⁶ Les précomptes ne sont pas des charges au sens comptable du terme (c'est le salaire brut qui est enregistré en compte de charges en comptabilité). L'entreprise les prélève sur le salaire brut du salarié et les reverse aux caisses de sécurité sociale, retraite complémentaire, prévoyance. La plupart des entreprises disposent d'un compte 43 spécifique à chaque caisse pour suivre ces règlements.

Une leçon de l'histoire est que, pour obtenir une indemnisation dans une éviction irrégulière, il en est comme de toute réclamation :

- Il ne suffit pas de sauter sur sa chaise comme le fameux cabri du général De Gaulle : il faut produire des arguments techniques et comptables probants et convaincants.
- Il faut justifier le calcul de la fraction des frais fixes que l'entreprise avait décidé d'amortir sur l'opération et qui, finalement, ne se trouve pas encaissée du fait de la perte du marché.
- Accessoirement, il n'est pas inutile de démontrer un réel préjudice du fait qu'aucun autre marché n'aurait pu se substituer à celui perdu. Si tel a été le cas. En l'espèce, la société ayant réalisé l'année de la consultation sept millions de chiffre d'affaires et son activité croissant brillamment d'année en année de même que ses résultats, son préjudice effectif n'était que d'image et d'amour propre, dont elle n'avait pas demandé réparation.

Etait-ce à l'expert de soulever le point ?

Je me suis abstenu tout en semant quelques petits cailloux.

7/ De façon générale, l'affaire était intellectuellement intéressante : comment fallait-il l'aborder ?

L'affaire était intellectuellement intéressante car peu importaient les montants en cause au regard des réflexions à mener et des conclusions à en tirer.

Comment donc fallait-il l'aborder ? Fallait-il s'en tenir à Michel Verrier ? D'autres arguments pouvaient-ils / devaient-ils entrer en ligne de compte ?

Si la revue documentaire, laborieuse, à laquelle je me suis livré m'a conforté dans la seule référence à Michel Verrier, un rappel parallèle au CCAG/Travaux m'est apparu souhaitable.

On sait que le CCAG/Travaux est l'héritier des « *Clauses et conditions générales imposées aux entrepreneurs de travaux publics* » par le service des Ponts & Chaussées (circulaire du 30 juillet 1811) ; que les dernières évolutions de ce texte, à l'origine impérial, consacré par deux siècles d'usage et d'évolutions successives par petites touches, ont été mises au point en étroite concertation avec la profession, tout particulièrement la dernière (2009).

C'est pourquoi il n'est pas indifférent d'observer que l'article 46.4 de sa version actuelle a porté l'indemnité due au titulaire d'un marché résilié pour « *motif d'intérêt général* » de l'ancienne simple pétition de principe à 5 % du montant non exécuté.

Or, la situation de l'entreprise écartée à tort d'une consultation est, au plan économique, identique à celle de l'entreprise résiliée avant commencement d'exécution, voire en cours d'exécution, *pour motif d'intérêt général*. Je doute, au regard de l'équité, que l'entreprise écartée de façon irrégulière et illégale doive être moins bien traitée que celle résiliée pour des motifs **légitimes** d'intérêt général. D'autant qu'elle souffre en outre d'une perte d'image susceptible d'engendrer des pertes de chance.

Si, plutôt qu'en expert, j'agissais en arbitre ou en conciliateur en un dossier de l'espèce, je conclurais **a minima** sur cette base de 5 %, complétée des coûts d'établissement de l'offre et du bénéfice net avant IS au taux courant des entreprises du secteur, ensemble environ 10 %.

Sous inventaire de la réalité d'une perte effective dans le contexte de l'affaire.

Et de la qualité des justifications produites sur ce dernier point.

8/ En conclusion

La définition restrictive de Michel Verrier de la « *perte d'industrie* », à savoir :

« la fraction des frais fixes que l'entrepreneur avait décidé d'amortir sur l'opération, lorsqu'il a défini le prix du marché et qui, finalement, ne se trouve pas encaissée du fait d'une diminution du chiffre d'affaires prévisionnel ».

à laquelle je préférerais « *perte sur frais fixes* », s'avère la plus légitime pour définir le *manque à gagner* d'une entreprise écartée irrégulièrement ou résiliée par le fait du Prince.

Et techniquement la plus commode pour l'évaluer avec la rigueur souhaitable au vu des éléments techniques et comptables disponibles. Encore que l'on peut aussi se fonder sur l'Ebida

L'indemnisation méritée s'en déduit alors en fonction de la part qu'aurait prise le marché perdu dans l'activité de l'entreprise et de son évolution. Voire de considérations spécifiques en des cas particuliers tel celui traité par la CAA de Marseille.

Et de tous autres aspects que le juge du fond peut estimer devoir prendre en compte, notamment l'éventuelle sanction de la faute du maître d'ouvrage dans la conduite de sa consultation et de la plus ou moins bonne foi de chacune des parties.

Il convient d'ajouter que mon rapport avait suscité des observations de la part de la Ville puis des suggestions de la part du juge du fond.

La Ville avait contesté ma démarche au motif qu'elle ne lui paraissait pas conforme à un arrêt *Spie* du 19 janvier 2015 qu'elle entendait comme affirmant que « *le manque à gagner permet d'indemniser un candidat irrégulièrement évincé d'un marché public et correspond au bénéfice net que ce dernier lui aurait procuré, c'est-à-dire au taux de marge nette de l'entreprise appliqué au montant de son offre* »

Le magistrat qui m'avait désigné, plein de révérence à l'égard des œuvres de la Place du Palais Royal ou soucieux d'une réponse aux observations de la Ville, m'a demandé d'enrichir mon rapport en me plaçant dans l'esprit de l'arrêt *Spie* qu'il interprétait comme limitant l'indemnisation à un prorata du bénéfice net entendu comme le résultat avant impôts sur les sociétés ; on notera que cet arrêt *Spie* complétait sur le plan fiscal un arrêt du 8 février 2010, *Commune de la Rochelle*, qui fondait l'indemnisation sur le taux de marge constaté dans le secteur particulier des prestations spécifiques du marché litigieux.

Il soulevait ainsi une vraie question : les conclusions de l'expert doivent-elles dépendre de l'ordre juridictionnel qui le désigne ?

Bref, le sujet n'est pas épuisé.

