

N° 384653
Société Spie Est

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies
Audience du 5 janvier 2015
Lecture du 19 janvier 2015

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Vous avez depuis longtemps reconnu à l'entreprise candidate à l'attribution d'un marché public ayant été irrégulièrement évincée de la procédure alors qu'elle avait des chances sérieuses d'obtenir le marché un droit à être indemnisée de son manque à gagner (Sect, 13 mai 1970, *Monti*, n° 74601, au rec ; 18 juin 2003, *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe, Société Biwater et Société Aqua TP*, n° 249630, aux T). Faisant application du principe selon lequel l'indemnisation devait couvrir tout le préjudice subi du fait de l'irrégularité, et seulement lui, vous avez par la première de ces décisions indiqué que l'indemnisation devait réparer le manque à gagner « constaté en fait, c'est-à-dire compte tenu des bénéfices qui pouvaient être normalement attendus de l'exécution des travaux ». Les nombreuses décisions que vous avez rendues sur ce point recourent pour désigner ce manque à gagner à des terminologies variées, « bénéfice net » (7^{ème} ssjs, 11 février 2011, *Cté de Cnes du Pays d'Aranc*, n° 337193), « taux de marge nette » (8 février 2010, *Cne de La Rochelle*, n° 314075, aux T), sans jamais donner de définition abstraite et exhaustive des éléments concourant à sa détermination. Vous n'avez ainsi jamais été amenés à affirmer que ce manque à gagner devait être calculé avant déduction de l'impôt sur les sociétés, probablement parce que ni les juges du fond ni les parties n'ont jamais douté de la pertinence d'une telle solution. Il aura donc fallu que la CAA de Nancy prenne une position différente pour la fixation de l'indemnité qu'elle a condamné l'Office public d'habitat de Thionville à verser à la sté Spie Est, pour vous en donner l'occasion. Elle l'a fait en réformant un jugement du TA de Strasbourg pour déduire de l'indemnité réparant le manque à gagner de la société Spie Est, candidate évincée de l'obtention d'un marché relatif à l'exploitation d'installations de chauffage collectif attribué à sa seule concurrente dont l'offre était irrégulière, l'impôt sur les sociétés et la participation des salariés. La société Spie Est se pourvoit en cassation contre cet arrêt du 25 juillet 2014 en tant qu'il a fixé le montant de l'indemnisation du préjudice qu'elle a subi.

Outre deux moyens contestant la régularité de l'arrêt, qui ne présentent aucune originalité et sur lesquels vous n'aurez pas à vous prononcer si vous nous suivez, la requérante soutient qu'en déduisant l'impôt sur les sociétés de la détermination de son manque à gagner, la cour a commis une erreur de droit.

Le bien fondé de ce moyen ne fait à nos yeux aucun doute. Fiscalement, une indemnité d'éviction qui a pour objet de compenser un manque à gagner constitue un profit de l'exercice au cours duquel elle a été allouée, qui entre donc dans l'assiette de l'impôt sur les sociétés, qui porte, en application de l'article 38 du CGI, sur le bénéfice net (Plen fiscale, 18 juil 1973, *Min de l'éco et des finances*, n° 86950 ; 27 mai 1983, *Sté X*, n° 27921, aux T ; 30

mai 2012, *Min du budget c/ M et Mme P....*, aux T). Plusieurs décisions relatives à l'inclusion de la TVA dans l'indemnité rappellent que celle-ci doit être fiscalement neutre pour le bénéficiaire (Sect. 29 janvier 1982, *S.A. des docks lorrains*, 13690 ; 11 février 1983, *Société entreprise Caroni*, 29123, au rec et 21 mars 2007 *Cne de Boulogne-Billancourt*, 281796, au rec).

Comme nous l'avons dit, le manque à gagner correspond au bénéfice net que l'entreprise aurait retiré de l'exécution du contrat, autrement dit la marge nette qu'elle aurait dégagée, c'est-à-dire ce qu'il lui serait resté après déduction des recettes produites par cette exécution de tous les frais et charges engagés pour celle-ci. Ainsi, par exemple, comme le précise votre décision précitée *Groupement d'entreprises solidaires ETPO Guadeloupe*, les frais de présentation de l'offre n'ont pas à faire l'objet d'une indemnisation distincte du manque à gagner car ils ont nécessairement été intégrés dans les charges de l'entreprise. Ce bénéfice net étant soumis à l'impôt sur les sociétés, ce dernier ne saurait être déduit de l'indemnisation due à la société, qui se verrait en quelque sorte imposée deux fois, tandis que la collectivité responsable bénéficierait de l'impôt sur les sociétés, dont elle n'est pas destinataire, l'Etat se voyant quant à lui privé d'une partie de celui-ci, puisque son assiette s'en trouvera réduite.

Nous vous proposons par conséquent d'annuler l'arrêt en tant qu'il a fixé le montant de l'indemnité due à la société Spie Est et de renvoyer l'affaire à la CAA de Nancy qui devra la recalculer sans en déduire l'impôt sur les sociétés. Quant à la participation des salariés, elle devrait normalement figurer dans les charges, ce qui explique que la société ne conteste pas particulièrement sa déduction de son bénéfice net.

Vous pourrez enfin mettre à la charge de l'OPH de Thionville le versement à la société Spie Est d'une somme de 3 000 euros au titre des frais qu'elle a exposés dans cette instance.

Tel est le sens de nos conclusions.