



Paul Sandori

INDEMNISATION DES FRAIS GÉNÉRAUX DU SIÈGE SOCIAL DU MAÎTRE D'OEUVRE : QUELLE FORMULE RETENIR?

par Paul Sandori, ing., arch., O.A.A., F.R.A.I.C.
Revay et Associés limitée, Toronto

Lorsqu'un maître d'oeuvre a droit à une compensation pour un retard imputable au maître de l'ouvrage, on admet généralement que les frais généraux du siège social additionnels ou non compensés par des revenus adéquats soient pris en compte dans le calcul de l'indemnisation. Une fois que le droit à une indemnisation est établi, on dispose d'un certain nombre de formules couramment utilisées pour en calculer le montant.

La question de l'indemnisation a été abordée à maintes reprises — et en grand détail — de part et d'autre de l'Atlantique. Par ailleurs, on s'est bien peu penché sur les formules elles-mêmes. Soit on les accepte et les utilise telles quelles, soit on les rejette totalement.

Le présent article vise à rappeler la logique qui sous-tend les principales formules en usage et à évaluer dans quelle mesure les résultats obtenus de ces formules correspondent au dommage réellement subi. Nous utiliserons ici l'expression frais généraux d'entreprise (FGE) pour désigner les frais généraux du siège social de l'entrepreneur.

STRUCTURE GÉNÉRALE

Le présent article aborde trois formules différentes, soit les formules Emden et Hudson qui nous viennent de Grande-Bretagne, ainsi que la formule Eichleay qui provient des États-Unis.¹ Il sera également question d'une version modifiée de la formule Eichleay.

Afin de faciliter la comparaison, les formules Emden et Hudson sont découpées selon les trois mêmes étapes que la formule Eichleay et sa version modifiée. Les trois formules partagent ainsi une même structure

générale mais se différencient au niveau du détail.

La **première étape** consiste à déterminer la partie des frais généraux de l'entreprise à imputer au projet ayant subi un retard (c.-à-d. *les frais généraux liés au projet*). Il s'agit en fait d'établir le montant que le maître d'oeuvre aurait perçu à même les revenus du projet, comme contribution aux frais généraux de l'entreprise s'il n'y avait pas eu retard.

La **deuxième étape** consiste à convertir le montant global obtenu en un taux quotidien ou hebdomadaire de contribution aux frais généraux. Il s'agit simplement de diviser le montant des frais généraux liés au projet par la *durée prévue du projet* (jours ou semaines), c.-à-d. la période au cours de laquelle il y a eu (ou est censé avoir eu) contribution aux frais généraux.

La **troisième étape** consiste à multiplier ce taux quotidien ou hebdomadaire de frais généraux par le nombre de jours ou de semaines de retard indemnisable par suite d'un retard imputable au maître de l'ouvrage. On obtient ainsi le montant que peut réclamer le maître d'oeuvre.

LA FORMULE EMDEN

La formule Emden exprime les frais généraux liés au projet en termes de pourcentage moyen de la valeur du contrat. La décision rendue en 1978 par la Cour suprême de l'Ontario dans la cause *Ellis-Don Ltd. c. Parking Authority of Toronto* en donne une excellente illustration.² Le raisonnement du juge se subdivise en trois étapes.

1^{re} étape : La preuve a démontré que le taux moyen, courant et normal des frais généraux et profit par rapport à l'ensemble des contrats obtenus par Ellis-Don s'établis-

sait à 3,87 %.³ Or, la valeur du contrat d'Ellis-Don relatif au projet de la direction du stationnement était de 3 727 258 \$. En appliquant le taux moyen susmentionné, le juge a établi que le projet aurait eu une contribution de 144 279 \$ aux frais généraux et profits.

2^e étape : La durée du contrat — période de contribution — était de 59 semaines. Telle est la période qui aurait été nécessaire à Ellis-Don pour générer 144 279 \$ en frais généraux et profits. Aussi, si tout s'était par ailleurs déroulé comme prévu, les ressources consacrées au projet par le maître d'oeuvre auraient généré 144 279 \$/59 ou 2 445,40 \$ par semaine en frais généraux et profits pendant la durée du contrat.

3^e étape : Le projet a été retardé 17,5 semaines par la direction du stationnement. En l'absence de ce retard, Ellis-Don aurait pu affecter ces mêmes ressources à d'autres projets et générer des revenus au même taux approximativement que celui du projet retardé. L'incidence du retard en termes de frais généraux et de profits s'établit ainsi à 17,5 x 2 445,40 \$ ou 42 794,50 \$. Tel est le montant de l'indemnité que le tribunal a octroyé au maître d'oeuvre.

Bien que claire et logique, la formule Emden pose néanmoins un problème. Son calcul du pourcentage moyen de frais généraux tient généralement compte de la période de deux à trois ans qui précède le contrat en cause, ainsi que la durée de ce dernier. Il s'ensuit que l'affectation de frais généraux au projet retardé se fonde essentiellement sur les performances antérieures du maître d'oeuvre.

Par contre, il se peut que le maître d'oeuvre ait un carnet de commandes particulièrement bien garni pendant la durée du contrat et du dépassement d'échéance, si bien qu'une contribution réduite du projet retardé pourrait suffire en l'occurrence. Une indemnisation calculée selon la formule Emden ne refléterait guère cette situation. La formule Eichleay tente de remédier à cette lacune.

1 La formule Emden figure dans *Emden's Construction Law*, éd. Butterworths, et la formule Hudson dans *Hudson's Building and Engineering Contracts*, éd. Sweet & Maxwell. La formule Eichleay a été invoquée par le maître d'oeuvre requérant dans *Eichleay Corp., A.S.B.C.A. No. 5183, 60-2 B.C.A. (CCH) ¶ 2688, 1960 WL 538 (29 juillet 1960)*, décision confirmée lors d'une révision, 61-1 B.C.A. ¶ 2894, 1960 WL 684 (27 décem-

bre 1960). Les formules Emden et Hudson sont généralement utilisées pour calculer tant les pertes de profits que les frais généraux; la formule Eichleay est utilisée uniquement pour le calcul des frais généraux. La portée du présent article se limite au calcul des frais généraux.

2 (1978) 28 Build.L.R. 98

3 C'est également le pourcentage inclus dans la soumission d'Ellis-Don. Dans sa démarche, le tribunal a donc retenu un élément de la formule Hudson, dont nous traiterons plus loin.

LA FORMULE EICHLEAY

À la première étape, la formule Eichleay se concentre sur la durée d'exécution du contrat, *incluant la période de dépassement*, et ne se préoccupe pas de moyennes. Elle évalue les FGE du maître d'oeuvre relatifs au projet retardé en se fondant sur le ratio des ventes liées au projet par rapport au total des ventes au cours de la période d'exécution.

Cette approche repose sur le sens commun. Si par exemple l'entreprise a en cours deux projets qui génèrent des ventes équivalentes pendant la même période, la formule Eichleay affecte la moitié des FGE à chacun des deux projets.

Si par contre le maître d'oeuvre conclut des ventes supplémentaires dans le cadre d'autres projets, la formule accorde un montant réduit de frais généraux liés au projet en cause, ce qui se répercute évidemment sur l'indemnisation des frais généraux :

... la référence au total des ventes réelles... porte en soi un mécanisme rectificatif qui tient compte de tout nouveau travail exécuté pendant la période de dépassement; ce mécanisme a pour effet de réduire automatiquement le montant de la réclamation.⁴

La formule Eichleay tente donc de faire en sorte que l'octroi de dommages-intérêts au maître d'oeuvre ne revienne pas à surindemniser ce dernier. À noter toutefois qu'il y a deux faces à la médaille. En effet, si les autres travaux que le maître d'oeuvre est appelé à exécuter pendant la durée du contrat sont réduits, la formule Eichleay rajuste à la hausse la contribution du projet retardé aux FGE. À la limite, un maître d'oeuvre incapable d'obtenir d'autres mandats pendant la durée du contrat verrait la formule Eichleay imputer l'intégralité de ses FGE au projet retardé.

On peut difficilement admettre que le maître de l'ouvrage visé par le retard devrait payer pour l'insuccès du maître d'oeuvre à conclure d'autres contrats. On pourrait, à l'inverse, considérer l'incapacité de ce dernier de dénicher d'autres contrats comme une justification pour ne lui octroyer aucune indemnisation. En pareilles circonstances, on pourrait en effet invoquer que les ressources «bloquées» sur le projet retardé n'entraînent pour le maître d'oeuvre aucune perte de contribution à ses frais généraux et que, même si le maître d'oeuvre pouvait effectivement «récupérer» les ressources consacrées au projet retardé, il ne pourrait de toute façon en tirer aucun revenu.

Sur le plan mathématique, les étapes 2 et 3 de la formule Eichleay sont identiques à celles de la formule Emden : déterminer le taux de contribution et l'appliquer à la période de dépassement. Il n'en demeure pas moins que les deux formules diffèrent sensiblement à d'autres égards. Nous y reviendrons plus loin.

⁴ *R.G. Beer Corp., ENG BCA No. 4885, 86-3 BCA.* La raison pour laquelle on utilise les ventes plutôt que les revenus réels n'est pas claire – les ventes peuvent être et sont souvent contestées par les maîtres de l'ouvrage ou peuvent demeurer impayées.

LA FORMULE HUDSON : UNE MÉTHODE ABANDONNÉE

Les tribunaux recherchent des résultats raisonnables, et tant les formules Eichleay qu'Emden vont en ce sens. L'une et l'autre allouent au projet en retard une partie des frais généraux du maître d'oeuvre selon une approche rationnelle : soit à l'aide d'une moyenne historique (Emden), soit en proportion de l'ampleur du projet par rapport au volume total de travail de l'entreprise (Eichleay).

Cependant, les maîtres d'oeuvre suivent une logique différente. Ils prennent en considération une autre variable que ces formules ne prennent pas en compte : les conditions du marché au moment de l'appel d'offres. En période de faible activité, un maître d'oeuvre ne peut pas inclure une large part de frais généraux dans sa soumission; en période d'activité soutenue par contre, il peut imputer une importante proportion de ces frais afin de compenser les périodes creuses.

La formule Hudson présente une autre façon de calculer les frais généraux liés au projet, qui tient compte des pressions que la concurrence exerce sur le maître d'oeuvre. On calcule les frais généraux liés au projet en appliquant à la valeur du contrat le pourcentage que le maître d'oeuvre utilise réellement dans sa soumission.

La formule Hudson n'a pas été utilisée très souvent, avant d'être finalement abandonnée. Dans certains cas, on n'en a guère utilisé que le nom. En effet, certaines décisions rendues en Grande-Bretagne font appel à la formule Emden mais la désignent erronément sous le nom de «formule Hudson».

Dans la cause *Whittal Builders Co. Ltd. c. Chester-Le-Street*, le tribunal explique en ces termes pourquoi la formule Hudson a été abandonnée :⁵

Le pourcentage à prendre en considération... n'est pas celui dont se sert le [maître d'oeuvre] pour déterminer son prix contractuel, ce dernier pouvant être supérieur ou inférieur à son pourcentage habituel et pouvant être ou ne pas être réalisé... Il faut plutôt utiliser le pourcentage moyen réalisé par le maître d'oeuvre sur son chiffre d'affaires, ainsi qu'en attestent ses comptes.

De même, le *Delay and Disruption Protocol* (protocole sur les retards et interruptions) publié l'an dernier en Angleterre par la *Society of Construction Law* stipule ce qui suit :

L'utilisation de la formule Hudson est rejetée parce que cette dernière dépend, entre autres, de l'exactitude de la soumission et parce que le calcul se fonde sur une valeur qui inclut intrinsèquement une part des frais généraux et profits de l'entreprise — de sorte qu'il y a double comptabilisation.

Il est vrai que la formule Hudson exige une rectification pour éviter une double comptabilisation. Il est également vrai qu'il faut retrancher de la valeur du contrat les frais généraux intégrés, avant d'appliquer le pourcentage de frais généraux utilisé aux fins de la soumission. Néanmoins, les raisons pour lesquelles le tribunal et le pro-

tole cités rejettent la formule sur la base des inexactitudes d'une soumission type ne sont pas claires.

En effet, pourquoi un maître d'oeuvre qui, pour des raisons économiques, décide en période creuse de n'inclure dans sa soumission qu'un minimum de frais généraux pourrait-il bénéficier d'une formule qui prévoit la prise en compte d'un montant *raisonnable*? Ou encore pourquoi devrait-on ne lui accorder que le même montant raisonnable en période économique favorable? Enfin, pourquoi un pourcentage de frais généraux moyen serait-il plus susceptible de se concrétiser dans une conjoncture économique donnée que l'estimation réaliste que le maître d'oeuvre inclut dans sa soumission?

La véritable lacune de la formule Hudson tient au fait que, dans la plupart des cas, il est difficile, voire impossible de déterminer le pourcentage de frais généraux intégré au montant de la soumission. C'est pourquoi cette formule n'a pas de véritable portée pratique.

1^{RE} ÉTAPE : DES DIFFÉRENCES FORT TÉNUES

Un résultat intéressant ressort d'un examen quelque peu détaillé de la structure des deux formules principales. Il est possible de résumer commodément la première étape de la formule Emden dans l'équation mathématique que voici :

Frais généraux liés au projet = valeur du contrat x pourcentage moyen de FGE [1]

Le pourcentage moyen de FGE provient des dossiers financiers du maître d'oeuvre; on obtient cette valeur en divisant le total de ses FGE pendant une période de référence par le total des revenus de l'entreprise au cours de la même période. On peut alors remplacer le pourcentage moyen de FGE de l'équation [1] par le ratio *total des FGE / total des revenus de l'entreprise* pour une période donnée. L'équation se lit alors ainsi :

Frais généraux liés au projet = valeur du contrat x total des FGE / total des revenus de l'entreprise [2]

La formule Eichleay retient également une période de référence et affecte au projet retardé une partie des FGE du maître d'oeuvre au cours de cette période, en proportion des ventes liées au projet par rapport aux autres ventes du maître d'oeuvre :

Frais généraux liés au projet = total des FGE x ventes liées au projet / total des ventes[3]

Pour comparer les deux formules, il faut faire abstraction des éléments accessoires tels que modifications, suppléments, sommes facturées non payées et sommes réclamées. En l'occurrence, valeur du contrat, ventes liées au projet et revenus s'équivalent pour l'essentiel, tant en termes de projets individuels que de chiffre d'affaires global.

Si, dans l'équation [3], on substitue *valeur du contrat* à *ventes liées au projet*, et *total des revenus* à *total des ventes*, on obtient :

Frais généraux liés au projet = total des FGE x valeur du contrat / total des revenus [4]

Les éléments *valeur du contrat* et *total des FGE* peuvent être intervertis dans l'équation [4] sans que le résultat en soit modifié.

Aussi, l'équation [4] est identique à la [2], et la première étape de la formule Eichleay est structurellement identique à la première étape de la formule Emden.

Il s'ensuit que les deux formules sont essentiellement deux représentations différentes d'un pourcentage moyen de frais généraux applicable à la valeur du contrat. On peut établir la moyenne en examinant les dossiers financiers du maître d'oeuvre (a) pendant et avant la durée du contrat, comme dans la formule Emden; ou (b) pendant et après la durée du contrat, au cours de la période de dépassement, comme dans la formule Eichleay.

Si les FGE étaient constants et si le total des revenus du maître d'oeuvre l'était également, la période de référence retenue pour vérifier les résultats financiers du maître d'oeuvre serait sans importance car le ratio *total des FGE/total des revenus* ne changerait pas. Les calculs prévus à la première étape des formules Emden et Eichleay donneraient alors les mêmes frais généraux liés au projet.

DEUXIÈME ÉTAPE : DES PÉRIODES DE RÉFÉRENCE DIFFÉRENTES

Aussi, en termes mathématiques, il n'y a à toutes fins pratiques qu'une seule formule au stade de la première étape. La deuxième étape des formules Emden et Eichleay est également la même sur le plan mathématique. Les formules sont différentes, certes, mais pas quant à leur structure mathématique. Elles diffèrent plutôt par les *périodes de référence* sur lesquelles elles se fondent.

Chacune des formules tient compte de deux périodes de référence. La **première période de référence** est celle retenue à la première étape pour évaluer les résultats financiers du maître d'oeuvre en vue d'établir les frais généraux liés au projet.

Comme on l'a vu, la formule Emden détermine les frais généraux liés au projet à partir des antécédents à long terme du maître d'oeuvre. Le calcul exclut les ventes ou les revenus réalisés pendant la période de dépassement. La période envisagée est plutôt celle d'un autre projet, celui-là *fictif*, au cours duquel le maître d'oeuvre aurait pu générer d'autres revenus s'il n'avait pas été immobilisé par le projet retardé.

La formule Eichleay fait elle aussi référence à un projet fictif, mais pas au même que la formule Emden. Dans ce dernier, on ne fait pas de distinction entre la durée du contrat et celle du dépassement, et la formule vise à déterminer les frais généraux liés au projet pour l'ensemble de la période d'exécution. L'élément fictif tient au fait que le retard fait partie de la durée du contrat initial. Il n'est pas tenu compte des ventes potentielles découlant d'un autre projet pendant la période de dépassement.

La **deuxième période de référence** est la période de contribution aux frais généraux sous-jacente à la deuxième étape. On calcule le taux de contribution en divisant les frais généraux liés au projet par ladite période.

La formule Emden suppose une contribution au total des frais généraux liés au projet selon un taux uniforme pendant la durée du contrat. Ce taux correspond à celui que le

maître d'oeuvre utilise généralement dans ses soumissions et qui se rapproche de ce qu'on observe dans le cadre d'un projet normal.

Par ailleurs, la formule Eichleay se fonde sur l'hypothèse que les frais généraux liés au projet font l'objet d'une contribution *uniforme* sur l'ensemble du cycle d'exécution prolongé du projet fictif. Cette hypothèse ne se traduit par contre à peu près jamais dans la réalité. La formule apporte donc fiction sur fiction.

C'est en raison de l'illogisme du mode de répartition utilisé que la cour d'appel de New York a rejeté la formule Eichleay dans la décision rendue en 1978 dans le dossier *Berley*.⁶ Le maître d'oeuvre Berley avait en l'occurrence subi un retard d'un an par suite de problèmes imputables au maître de l'ouvrage. À la date d'achèvement prévue, environ 87 % des travaux avaient été exécutés; il ne restait que pour 60 000 \$ de travaux à exécuter pendant la période de dépassement. Lors du procès, Berley a invoqué la formule Eichleay.

La cour a fait observer que la formule Eichleay permettrait de recouvrer les mêmes frais généraux s'il n'était resté que 1 % des travaux à exécuter au moment du dépassement, ou encore s'il n'avait coûté que 100 \$ à Berley pour mener les travaux à terme — alors que le maître d'oeuvre aurait déjà touché la presque totalité de l'ensemble des frais généraux liés au projet. La formule Eichleay présume toujours qu'il y a lieu à contribution aux frais généraux pendant la période de dépassement et ce au même titre que pour la durée du contrat. La cour a estimé que les calculs établis en application de la formule Eichleay n'avaient qu'un «rapport fortuit avec les dommages réels» et a donc rejeté la formule.

La même critique n'aurait pas pu être opposée si le maître d'oeuvre avait fondé son argumentation sur la formule Emden. Le maître d'oeuvre est en effet tout à fait justifié de réclamer l'intégralité des frais généraux calculés selon la formule Emden même lorsqu'il reste très peu de travaux à exécuter, à condition de pouvoir prouver que, pour une quelconque raison objective, ses ressources étaient immobilisées par le projet retardé et qu'il ne pouvait les affecter à un autre projet. Une telle preuve peut être difficile à établir pour le maître d'oeuvre, mais c'est là une autre question.

TROISIÈME ÉTAPE : UNE LACUNE STRUCTURELLE

À la troisième étape, tant la formule Emden que la formule Eichleay multiplie le taux de contribution aux frais généraux par la durée du dépassement, afin d'établir le montant de la réclamation potentielle.

À ce stade, la formule Eichleay présente une autre lacune importante, inhérente à la structure de la formule à ses deuxième et troisième étapes. Le problème tient au fait que plus le dépassement se prolonge, plus s'allonge également la durée du projet fictif qui intègre le dépassement. C'est à l'aide de représentations mathématiques et graphiques qu'on peut le mieux en

apprécier l'effet par comparaison à la formule Emden.

Supposons que les revenus générés par les autres projets du maître d'oeuvre demeurent constants et que le projet retardé ne fait l'objet d'aucun ajout ni modification. Comme on l'a déjà vu, les formules Emden et Eichleay arrivent alors aux mêmes frais généraux liés au projet.

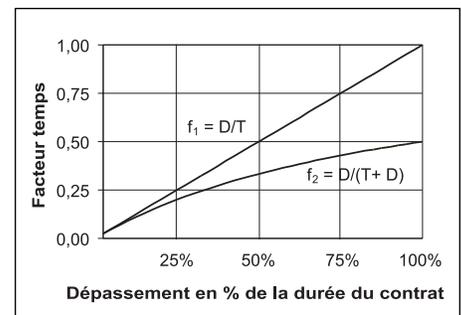
Aux deuxième et troisième étapes, les deux formules divisent les frais généraux liés au projet par la période de contribution aux frais généraux et multiplient le résultat par la période de dépassement. On peut combiner les deux étapes de façon à résumer le calcul de la réclamation potentielle du maître d'oeuvre à l'équation générale suivante :

Réclamation potentielle = frais généraux liés au projet x retard / durée prévue [5]

Une fois les frais généraux liés au projet établis, le montant de la réclamation potentielle est directement proportionnel au ratio *retard/période de contribution*, que l'on peut également appeler *facteur temps* du fait que ces deux composantes se mesurent en unités de temps.

La période de dépassement étant établie, la seule variable qui reste alors est la période de contribution. Utilisons la lettre T pour désigner la durée du contrat et D pour la période de dépassement. Le facteur temps f_1 de la formule Emden devient alors $f_1 = D / T$. Dans la formule Eichleay, le facteur temps f_2 s'exprime par $f_2 = D / (T + D)$, (T + D) représentant la période d'exécution, soit la durée du contrat et la période de dépassement conjuguées.

Le tableau ci-dessous illustre l'évolution du facteur temps dans les formules Emden et Eichleay au fur et à mesure qu'augmente le dépassement. L'axe horizontal présente la période de dépassement en pourcentage de la durée du contrat; ainsi, à 100 %, dépassement et durée du contrat sont égaux. L'axe vertical illustre la valeur du facteur temps.



Dans la formule Emden, l'évolution du facteur temps f_1 est directement proportionnelle au dépassement, ainsi que l'illustre la ligne droite du tableau. Aussi, le calcul des frais généraux à l'aide de la formule correspond à une même progression rectiligne. Par exemple, lorsque le dépassement est aussi long que l'entière durée du contrat, la méthode Emden impute au dépassement un montant qui correspond à l'intégralité des frais généraux liés au projet. En termes mathématiques, lors d'un dépassement de 100 %, le facteur temps est de 1,0, ainsi que l'illustre le tableau.

Nous convenons qu'un tel dépassement soit peu courant; il est néanmoins utile d'en tenir

⁶ *Berley Indus. Inc. c. Ville de New York*, 45 N.Y. 2d 683

compte pour éprouver la validité de la formule. Cette dernière «passe l'épreuve» : si le maître d'oeuvre peut travailler à un autre projet pendant la période de dépassement, on peut raisonnablement prévoir que ses ressources génèrent une même contribution aux frais généraux que pendant la période contractuelle équivalente.

Dans la formule Eichleay, le facteur temps, représenté par la courbe f_2 , ne rend pas compte de l'augmentation du dépassement, sauf pour de très courtes durées. L'écart entre la droite et la courbe est d'autant plus accentué que le dépassement augmente.

Lorsque le dépassement équivaut à la durée du contrat (100 % sur le tableau), la formule Eichleay n'impute au dépassement que 50 % des frais généraux liés au projet. Lors de dépassements encore plus importants, dont le tableau ne rend pas compte, le facteur temps peut approcher la valeur de 1,0, sans jamais l'atteindre tout à fait. Ainsi, qu'importe l'ampleur du dépassement, l'indemnisation maximale du maître d'oeuvre n'excédera jamais les frais généraux liés au projet.

Ainsi, plus le dépassement est long, plus les frais généraux du maître d'oeuvre demeurent non compensés. Sans raison logique, la formule Eichleay accorde une portion des frais généraux de moins en moins grande à mesure que le dépassement s'allonge.

FORMULE EICHLEAY MODIFIÉE : PAS DE CHANCE AU COUREUR

Plusieurs tentatives visant à modifier Eichleay jalonnent les quelque 40 ans d'existence de cette formule. À juste titre connue sous l'appellation de «formule Eichleay modifiée», la version utilisée dans la cause *Schindler Haughton Elevator Corp.*⁷ comporte les trois mêmes étapes et la même méthodologie mathématique que la formule Eichleay d'origine.

Tout comme la formule Eichleay initiale, au stade de la première étape, la formule Eichleay modifiée impute au projet retardé l'intégralité des frais généraux en se fondant sur le ratio projet/total des ventes — mais exclusivement pendant la *durée du contrat*. Contrairement à Emden, la formule ne remonte pas à une période antérieure à celle du contrat et, à l'inverse de la formule Eichleay d'origine, elle exclut la période de dépassement. En d'autres termes, les frais généraux liés au projet ne tiennent compte que de la situation financière du maître d'oeuvre pendant la durée du contrat.

7 GSBCA No. 5390 80-2 BCA (1980)

En l'occurrence, le problème tient au fait que les ventes du maître d'oeuvre pendant cette période sont affectées par le retard qui touche le projet. La formule ne permet pas de définir des frais généraux «normaux et courants» liés au projet.

La période de contribution correspond également à la durée du contrat, comme dans la formule Emden. Le montant de la réclamation potentielle que la formule permet d'établir est également proportionnel au dépassement, comme dans Emden.

Cette version modifiée de la formule Eichleay standard a été rejetée sans analyse par la Cour d'appel du circuit fédéral des États-Unis dans la cause *Capital Electric Co.*⁸

En invoquant une série de causes relatives à la question des frais généraux, la Cour a déclaré ce qui suit :

... nous ne croyons pas à l'opportunité de révoquer ces précédents [fondés sur la formule Eichleay d'origine]. Ces précédents constituent une référence de longue date et ont été pris en compte dans un si grand nombre de décisions des différents conseils d'appels contractuels qu'il serait plus opportun que l'initiative soit prise par le Congrès.

Enfin, en 1994 dans la cause *Wickham Contracting Co. c. Fischer*,⁹ la Cour du circuit fédéral a à toutes fins utiles consacré l'immuabilité de la formule Eichleay :

... la formule Eichleay est la seule méthode dont on dispose pour déterminer les frais généraux d'entreprise non compensés dans le contexte d'un contrat de construction fédéral.

QUELLE FORMULE RETENIR?

La formule Eichleay d'origine comporte trop de lacunes pour être mise en application, malgré le fait qu'elle est solidement implantée aux États-Unis.

La formule Eichleay modifiée est tout simplement pareille à la formule Emden sur le plan mathématique mais elle ne permet pas d'obtenir une estimation raisonnable des frais généraux liés au projet, ainsi que nous l'avons déjà fait observer.

La formule Emden suppose que la contribution aux frais généraux du maître d'oeuvre serait identique sur un autre projet et indem-

8 *Capital Electric Co. c. U.S.*, 729 F.2d, 743 (Circ. féd. 1984)

9 12 F.3d 1574, 13 FPD 1, 18 C.C. 121 (Circ. féd. 1994)

nise ce dernier en appliquant à la période de dépassement le taux de contribution en vigueur pendant la durée du contrat.

Le fait que le maître d'oeuvre doive prouver que ce taux de contribution pouvait effectivement s'appliquer à un autre projet pendant la période de dépassement est une question largement débattue devant les tribunaux mais qui dépasse la portée du présent article.

La formule Emden exige cependant des rajustements pour rendre compte plus fidèlement de la réalité.

À la première étape, la formule Emden établit les frais généraux raisonnables liés au projet qui *auraient* dû être pris en compte dans la valeur du contrat, sur la base des antécédents du maître d'oeuvre. Cette valeur doit faire l'objet d'un redressement et être alignée le plus possible sur le fondement de la formule Hudson — c'est-à-dire à une juste approximation de ce que le maître d'oeuvre *aurait* vraisemblablement inclus dans sa soumission compte tenu de la conjoncture.

Un autre redressement devrait être apporté après les deuxième et troisième étapes afin de tenir compte des revenus supplémentaires du maître d'oeuvre (ou de l'absence de tels revenus) pendant la période de dépassement, tant pour le projet retardé que pour ses autres projets.

Aucun de ces rajustements n'est facile à apporter ni ne constitue un strict exercice mathématique. L'effort requis et les coûts qui s'y rattachent dépendent du degré d'exactitude visé. En l'occurrence, un résultat parfaitement exact — comme une justice sans faille — demeure du domaine de l'utopie.

Il reste par ailleurs une autre option à mettre à l'essai.

On pourrait simplifier singulièrement le processus d'indemnisation des frais généraux non compensés des maîtres d'oeuvre en prenant à l'avance des mesures pertinentes. Ainsi, on pourrait demander aux maîtres d'oeuvre d'indiquer dans leurs soumissions, dans le contexte concurrentiel du processus d'appel d'offres, les taux hebdomadaires ou quotidiens de contribution aux frais généraux à utiliser en cas de retard. Le concept de dommages-intérêts conventionnels est utilisé depuis longtemps pour simplifier le calcul des dommages-intérêts à octroyer à un maître de l'ouvrage en cas de dépassement d'échéance. Il pourrait se révéler tout aussi utile au maître d'oeuvre qui tente de recouvrer des FGE non compensés.