

La durée du préavis lors de la cessation d'une relation contractuelle : l'analyse économique au service du 'petit' droit de la concurrence

Laurent Benzoni (Président, Fondateur Associé, TERA Consultants, Professeur d'économie à l'Université Paris II)

L'économie est mobilisée avec succès en droit de la concurrence. En revanche, les pratiques restrictives de concurrence ('petit' droit de la concurrence) sont rarement examinées au prisme de l'analyse économique. Tera Consultants montre ici comment les outils économiques peuvent être mobilisés pour tester le caractère loyal ou non du délai de préavis accordé lors de la cessation d'une relation contractuelle.

Le délai loyal de préavis comme durée de récupération d'un investissement spécifique

Lorsqu'une partie contractante ne souhaite pas renouveler un contrat ou rompt un contrat durant son exécution, l'autre partie peut être encline à porter l'affaire en justice si elle estime cette rupture contraire à ses intérêts légitimes. Cette contestation devant les tribunaux pourra s'appuyer sur les 4° ou 5° de l'article L442-6 du code de commerce. Dans son récent livre vert sur les pratiques commerciales déloyales¹, la Commission européenne identifie aussi la cessation des contrats comme l'un des vecteurs des sept pratiques déloyales qu'elle souhaite mieux encadrer. La pratique est commune aux pays de l'Union. La Commission indique que cette pratique peut constituer un moyen d'intimidation pour obtenir des contreparties disproportionnées (une analyse conforme au 4° de l'article L442-6) et la Commission conclut : « Les contrats doivent être résiliés... en donnant un préavis suffisant à la partie à laquelle la cessation est imposée afin qu'elle récupère son investissement »² (une disposition prévue dans le 5° de l'article L442-6).

Dans les développements de la Commission, le délai suffisant de préavis renvoie explicitement à une dimension économique : la faculté de récupération d'un 'investissement'. Cette appréciation générale nécessite des compléments méthodologiques pour pouvoir tester concrètement le caractère abusif ou non du délai de préavis lors de la cessation du contrat.

La notion d'investissement à laquelle se réfère la Commission européenne est, de toute évidence, celle d'*investissement spécifique*. Il s'agit d'un concept économique que la Commission utilise également dans ses dernières lignes directrices sur les

restrictions verticales³. Le contexte en cause dans ses lignes directrices est celui des relations contractuelles entre fournisseurs et acheteurs : un contexte contractuel identique à celui de l'article L442-6 ou du livre vert de la Commission.

Dans le cadre des restrictions verticales, La commission retient trois critères pour définir l'investissement spécifique : (i) l'investissement propre à la relation contractuelle ne peut être utilisé pour un autre contrat et être revendu sans encourir des pertes considérables, (ii) il s'agit d'un investissement à long terme dont le coût ne peut être récupéré à court terme, (iii) il est supporté par l'une des parties au contrat et non par l'autre⁴.

La Commission reprend ainsi, sans le citer, certains résultats d'Oliver Williamson, prix Nobel d'économie en 2009⁵, concernant la théorie des contrats. La Commission en fait cependant une interprétation restrictive qui en limite la portée.

De l'investissement spécifique aux dépenses spécifiques : quelques règles d'évaluation

Le terme *spécifique* dans les analyses de Williamson ne se réfère pas exclusivement à un investissement au sens comptable, c'est à-dire une dépense donnant lieu à un amortissement. Ce terme caractérise au contraire toute dépense engagée par les parties contractantes pour exécuter le contrat qui les lie, quelle que soit leur nature : actifs immobilisés ou non immobilisés (exemple des personnels recrutés et affectés pour exécuter le contrat en cause), actifs tangibles ou non (exemple dépenses de promotion en exécution du contrat)⁶.

Les dépenses spécifiques sont au fond des surcoûts qui n'auraient pas été supportés si le contrat en cause n'avait pas été exécuté, des surcoûts qui, de surcroît, n'ont pu être recouverts pendant l'exécution du contrat. De l'existence et de l'ampleur de ces pertes incidentes engendrées par ces surcoûts dépendent la qualification abusive ou non de l'interruption contractuelle, considérée alors comme une faute⁷.

Pour identifier et mesurer ces surcoûts et pertes

¹ Commission européenne, Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales dans la chaîne d'approvisionnement alimentaire et non alimentaire interentreprises en Europe, Com(2013) 37 final, Bruxelles, 31-1-2013.

² Ibidem, op. cit., p. 22.

³ Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, J. O. de l'Union européenne, 2010 C, 130/01.

⁴ Ibidem, §107.

⁵ Williamson O.E., *Markets and Hierarchies : Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, 1975.

⁶ Cf. sur ce point, voir la décision de l'Autorité de la concurrence, 08-MC-01 : en particulier le §180, p. 39, où sont identifiées sous le terme d'investissement spécifique, des dépenses de formation, de promotion, etc.

⁷ Cf. sur ce point le 1 de l'article L442-6 du code de commerce.

induits par la cessation du contrat, il importe, comme le suggère la Cour de cassation⁸ de réaliser le scénario dit *contrefactuel*, c'est-à-dire de reconstituer la situation de la société plaignante si elle n'avait pas exécuté le contrat. Selon la Commission européenne, trois méthodes économiques sont appropriées et légitimes pour produire un scénario contrefactuel : par comparaison, par modélisation « bottom-up » de l'entreprise, par simulation économique du marché⁹.

Selon les cas, ces méthodes conduisent à estimer les dépenses évitées si le contrat n'avait pas existé. Ainsi seront décomptées comme spécifiques, les seules dépenses engagées ultérieurement à la négociation du contrat. Par exemple, si une partie signe un contrat puis engage des dépenses pour l'honorer : ces dépenses sont spécifiques. En revanche, si le contrat requiert l'utilisation d'actifs déjà acquis : ces dépenses ne sont pas spécifiques, car le risque lié à ces dépenses résulte de l'initiative de la partie qui les a engagées et ne sauraient être imputables à la signature du contrat. Cette notion de risque partagé ou non, assuré ou non, est donc essentielle pour qualifier le caractère spécifique d'une dépense. Ainsi, dans sa décision n°08MCO1 relative à des pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones, l'Autorité de concurrence a considéré que les dépenses de formation ou de publicité dédiées à l'iPhone étaient spécifiques tandis que celles relatives aux subventions des terminaux iPhones ne l'étaient pas, car elles n'étaient supportées que si les iPhones étaient vendus : le risque pour le vendeur (Orange) était donc nul¹⁰.

Il importerait aussi, au cas où des actifs, matériels ou humains, identifiés comme spécifiques sont mobilisés pour l'exécution d'autres tâches que celles prévues dans le contrat en cause, de n'imputer au contrat dénoncé que la « juste » part de ces dépenses mutualisées entre plusieurs contrats. Par exemple, si un actif a été effectivement acquis pour exécuter le contrat dénoncé mais qu'il est utilisé pour 30% à d'autres fins que celles du contrat en cause, seule la « fraction » de l'actif affectée au contrat doit être intégrée dans l'évaluation des effets dus à la cessation du contrat. A cet égard, l'usage d'une méthode économique d'allocation doit absolument être favorisé par rapport aux chiffrages, parfois arbitraires, issus de la comptabilité analytique des entreprises.

Enfin, il convient de s'assurer que les dépenses spécifiques engagées ont été dûment proportionnées aux engagements contractuels. Il s'agit ici de ne pas

intégrer des inefficiences de la partie contractante qui aurait pu « mal » ou « surdépenser ». Le test de l'opérateur aussi efficient¹¹ (*'as efficient operator test'*) préconisé par la Commission européenne est adapté pour résoudre cette difficulté¹². Ce test paraît d'autant plus légitime qu'il a été validé à l'occasion de contentieux concurrentiels par les Cours suprêmes tant européenne¹³ que française¹⁴. L'évaluation consiste alors à auditer les méthodes de production et d'organisation mises en œuvre en s'assurant que celles-ci sont conformes à celles d'un acteur hypothétique ou « moyen » qui aurait mis en œuvre les pratiques courantes de la profession pour exécuter le contrat.

De l'évaluation des dépenses spécifiques à l'évaluation du « juste » délai de préavis ou d'une « juste » compensation

Une fois finalisée l'évaluation des dépenses spécifiques réellement imputables au contrat, il faut vérifier dans quelle mesure les recettes directes et indirectes induites par le contrat ont permis de couvrir ces dépenses.

Ici aussi une démarche spécifique doit être engagée afin d'isoler les recettes et de comprendre leur affectation en distinguant bien les notions comptables des notions économiques. Supposons par exemple que la dépense spécifique imputable consiste en un investissement de 100 amortis comptablement sur 5 ans (soit 20 par an) et que le profit annuel généré sur le contrat dénoncé s'élève à 50 par an pour l'entreprise exécutant le contrat. Si le contrat cesse en fin de 3^{ème} année, l'amortissement comptable n'a couvert que 60 contre un investissement dédié au contrat de 100. Sur une base comptable, la cessation du contrat au bout de trois ans peut donc sembler préjudiciable (40 de dépense spécifique non couverte) : un préavis est donc nécessaire. Cependant, le profit généré par le contrat sur 3 ans atteint 150, il a donc plus que couvert la dépense spécifique. La cessation du contrat n'induit pas de perte réelle sur une base économique et la cessation du contrat n'emporte pas de préjudice.

La constitution d'un plan d'affaires isolé du contrat (*stand alone*) constitue alors une bonne méthode pour éviter le travers mentionné ci-dessus. La chronique des dépenses spécifiques au contrat et des recettes afférentes permet de faire ressortir le taux de rendement interne (TRI) réel du contrat au moment de sa cessation. Un taux de rentabilité inférieur à celui de

⁸ Cour de cassation, Arrêt n° 226 FS-D du 16 février 2010.

⁹ Commission européenne, Document de travail concernant la quantification du préjudice dans les actions en dommages et intérêts fondées sur des infractions à l'article 101 ou 102 du TFUE, 2013.

¹⁰ Autorité de la concurrence, décision 08MCO1, § 180, 181 et 182.

¹¹ NB. Le terme 'efficient' est souvent remplacé, à tort, dans les commentaires ou décisions juridiques françaises par celui d'efficace.

¹² Commission européenne, Communication de la Commission - Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82..., 2009-C45-02, 2009.

¹³ Cour de Justice des Communautés Européennes, Arrêt Post Danmark, 27 mars 2012.

¹⁴ Cour de cassation, Arrêt n°717FS-P+B, 17 juin 2008.

la profession conduit à calculer le délai optimal du préavis, ou de fixer le montant de la compensation, de manière à amener le niveau de rentabilité du contrat à cette valeur cible¹⁵.

Cette première évaluation doit ensuite être affinée car la cessation d'un contrat ne saurait devenir un moyen de percevoir une rente (effet d'aubaine) par l'une des parties.

Deux facteurs classiques, souvent évoqués par les tribunaux, peuvent au moins être pris en considération : (i) la possibilité de trouver rapidement un partenaire substitut à celui qui fait défaut dans le contrat, (ii) l'effort qui pouvait être consenti durant l'exécution du contrat pour diversifier les partenaires commerciaux et réduire la dépendance économique vis-à-vis du contrat en cause.

Sur ces facteurs, une évaluation de la « fluidité » du marché est un point de passage nécessaire pour apprécier la faculté de la partie plaignante de pouvoir s'abstraire du « poids » du contrat dans son activité.

En premier lieu, le niveau de concentration des marchés que ce soit du côté des acheteurs ou des vendeurs peut être utilisé comme un indice de cette fluidité. Logiquement, moins les acteurs potentiels à l'échange sont nombreux, plus faible est la probabilité de substituer un partenaire par un autre pendant l'exécution du contrat et, *a fortiori* d'en trouver rapidement un nouveau en cas de cessation du contrat. Sur ce point, on relève que la Commission européenne retient un seuil de part de marché critique de 30%, côté acheteurs ou vendeurs, pour identifier l'existence d'une puissance de marché dans les relations commerciales verticales¹⁶. Il nous semble que ce seuil de 30% de part de marché pourrait être retenu comme un niveau au-delà duquel la fluidité concurrentielle du marché est altérée, obérant ainsi la faculté de changer aisément de partenaire.

En second lieu, il conviendra d'examiner les pratiques contractuelles en vigueur. Par exemple, plus les durées d'engagement contractuel en vigueur sur le marché en cause sont longues, plus la fluidité du marché sera altérée.

En troisième lieu, il convient d'examiner si le besoin assuré par le bien ou le service objet du contrat dénoncé ne dispose pas de proches substituts côté demande (possibilité de trouver un bien ou services permettant d'assurer le même besoin pour un prix relativement proche¹⁷) ou côté offre (adaptabilité de l'appareil de production pour la fourniture d'autres

biens ou services). Ici aussi certains outils de l'analyse économique utilisés avec succès pour le droit de la concurrence peuvent être mobilisés dans l'analyse des pratiques restrictives de concurrence.

Une analyse globale de la fluidité du marché pourrait aussi être menée en se basant sur une méthode économique mesurant les coûts de changements d'un partenaire commercial (*switching cost*)¹⁸. En fonction des résultats obtenus, il est possible d'apprécier si la faculté pour la partie plaignante de trouver des partenaires commerciaux est ou non raisonnable dans les délais imposés par le préavis.

Un dernier point mérite aussi d'être mentionné dans le cadre de cette évaluation, les effets indirects positifs ou négatifs du contrat sur l'activité globale de l'entreprise. Par exemple, si le partenaire et le contrat ont été utilisés comme référence commerciale et ont permis l'obtention d'autres marchés, il est économiquement logique d'attribuer une fraction de cet effet positif (recettes supplémentaires) au contrat interrompu. A l'opposé, passé un contrat avec un partenaire du marché peut induire des conflits d'intérêt, des problèmes de confidentialité des savoir-faire transmis, etc. qui empêchent d'accéder à d'autres partenaires. L'effet négatif du contrat doit être intégré dans l'analyse comme altérant la possibilité de se dégager d'une dépendance pendant l'exécution du contrat ou de retrouver rapidement d'autres partenaires après cessation du contrat.

L'ensemble des éléments issus qui viennent d'être évoqués viennent ainsi tempérer dans un sens ou un autre le délai « optimal » de base du préavis et permet d'obtenir un « juste » délai de préavis.

Conclusion

L'approche économique qui a été proposée ici permet au total d'évaluer de façon la plus rigoureuse possible l'impact économique réel d'une interruption de contrat afin de valider ou non le bien-fondé d'une demande de réparation soit que le délai de préavis prévu au contrat est trop court, soit que la rupture du contrat est considérée comme abusive. Cette approche permet de calculer un éventuel « juste » délai supplémentaire ou, d'évaluer le montant du dommage qui doit ou non être accordé en raison de la cessation d'un contrat.

L'analyse économique est bien un outil qui peut être mobilisé fort utilement dans les contentieux concernant les pratiques restrictives de concurrence comme elle l'est désormais dans les pratiques anticoncurrentielles.

¹⁵ Concrètement, il est logique de calculer délai et compensation sur la base d'un niveau de TRI correspondant à celui en vigueur en moyenne dans la société pour ses activités, ou de se référer à un TRI sectoriel.

¹⁶ Cf. Commission européenne, Lignes directrices sur les restrictions verticales, J. O. de l'Union européenne, 2010 C, 130/01, § 87-92.

¹⁷ Le seuil de +/-10% retenu pour pratiquer le test du monopoleur hypothétique peut constituer un bon référentiel.

¹⁸ O. Shy, « A Quick and Easy Method for estimating Switching Costs », International Journal of Industrial Organization, n°20, 2002, pp. 71-87. Cette méthode a été reprise par P. Nasse in, Rapport sur les coûts de sortie, Ministère de l'Industrie, 22 septembre 2005.

Info-news TERA Consultants

Publication de l'article "Antidumping et politique de la concurrence" par Thomas Garcia et Julien Pellefigue dans Concurrences n°4-2013

La politique antidumping, initialement conçue pour empêcher les pratiques anticoncurrentielles menées par des entreprises étrangères, a évolué au point que son application peut aujourd'hui créer des dommages aux consommateurs. L'article de Thomas Garcia et Julien Pellefigue détaille certains concepts et outils économique utilisés dans l'application du droit de la concurrence qui pourraient être intégrés dans les règles antidumping pour corriger ce défaut.

L'article est disponible sur le [site](#) de TERA.

Soutenance de thèse de sur la régulation et la concurrence dans le secteur des télécommunications par une consultante de TERA

Natalia Shutova, économiste et consultante confirmée de TERA Consultants, a soutenu avec les félicitations du jury le 24 septembre 2013 sa thèse intitulée " Monopole naturel, marchés bifaces, différenciation tarifaire : trois essais sur la régulation des télécommunications ". La thèse a été préparée sous la direction de Laurent Benzoni dans le cadre de École doctorale des sciences économiques à l'université Panthéon-Assas.

Cette thèse s'inscrit dans une démarche d'investissement en capital intellectuel de TERA qui finance des travaux de recherche de manière à se tenir à la pointe des évolutions de la théorie économique.

La thèse est disponible sur le [site](#) de TERA.

Participation de TERA Consultants à l'atelier « Pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence » au Ministère de l'Economie et des Finances

Laurent Benzoni (associé TERA Consultants) a présidé le 26 Septembre 2013 à cet atelier organisé par la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (DGCCRF). Laurent Benzoni a également réalisé une intervention sur l'analyse économique des pratiques

restrictives de concurrence

La vidéo de l'atelier est disponible sur le site du Ministère de l'Economie et des Finances : <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/atelier-dgccrf-pratiques-restrictives-et-droit-concurrence>

Announcement de la conférence DGCCRF en février 2014 sur la réparation comme outil au service de la politique de la concurrence

TERA Consultants interviendra lors de cette conférence avec deux présentations de Laurent Benzoni et Julien Pellefigue. La première présentation analysera les distinctions et les interactions entre réparation et sanction du point de vue économique. La deuxième examinera les méthodes économiques d'évaluation du préjudice concurrentiel dans les dernières propositions de la Commission européenne.

L'atelier aura lieu le mardi 4 février 2014 entre 14h et 17h30 au Ministère de l'économie et des finances. L'inscription est gratuite sur ateliers@dgccrf.finances.gouv.fr et les participants peuvent poser des questions aux intervenants dès maintenant.

Participation de TERA Consultants au rapport « Redefining the digital divide » par The Economist Intelligence Unit

TERA Consultants a été interviewé par l'auteur du rapport qui propose une nouvelle approche pour aborder la fracture numérique.

Le rapport, financé par Huawei, compare les stratégies de l'Australie, la France, l'Inde, la Russie, le Royaume-Uni et les États-Unis. Selon le rapport, l'accès à l'Internet a considérablement augmenté et la priorité devrait désormais porter sur la volonté et la capacité des citoyens à l'utiliser à des fins productives.

L'article est disponible sur le lien suivant :

<http://www.economistinsights.com/analysis/redefining-digital-divide>

A propos de TERA Consultants

TERA Consultants est l'un des principaux acteurs du conseil et de l'expertise économique en France. Son département concurrence emploie une équipe d'économistes expérimentés capables de mobiliser les techniques les plus avancées d'économie théorique (économie industrielle, théorie des jeux) et empiriques (économétrie, statistiques, méthodes de simulation) de manière pragmatique, en soutien des analyses juridiques réalisées par les cabinets d'avocats.

Depuis près de 20 ans, TERA a accumulé une longue expérience dans le domaine des abus de position dominante, pratiques concertées, aides d'Etat et concentrations, intervenant notamment dans l'affaire de l'exclusivité iPhone, le cartel des mobiles, les aides d'Etat de France Télécom, ou la concentration TPS / Canal Plus.

Pour nous contacter :