

Conférence du jeudi 7 avril 2016 organisée par la FCD

L'impact de la réforme du droit des contrats sur les relations commerciales



Contribution de Laurent Benzoni¹ à la table ronde

Violence économique et dépendance économique

Introduction : la puissance d'achat un phénomène mal appréhendé

Les deux termes du titre de cette table ronde « Violence économique » et « dépendance économique » ne relèvent pas de la sémantique économique. On ne les trouve pas dans les glossaires des manuels économiques qu'ils soient généralistes, micro-économie² ou économie industrielle³, ou spécialisés, économie de la concurrence⁴ ou en économie des contrats.

En tant qu'économiste, je crois comprendre que le terme juridique de violence économique consiste, dans le contexte des relations commerciales, à obtenir par la menace un avantage contractuel qui n'aurait pas été obtenu si les négociations s'étaient déroulées entre partenaires disposant d'un pouvoir de marché relativement équilibré. La notion de menace est, quant à elle, bien présente dans les analyses économiques, en particulier dans l'analyse des situations de négociation modélisées à l'aide de la théorie des jeux. Cette menace peut, en particulier, être exercée par l'acheteur si le vendeur se trouve en situation de faiblesse, ce que droit exprime sous le terme de dépendance économique. Economiquement, cela suppose que l'acheteur dispose d'un pouvoir de marché qu'il exerce à l'encontre de ses fournisseurs. Cette situation où l'acheteur dispose du pouvoir de marché est aussi présente dans les analyses économiques par exemple à dans la notion de contre-pouvoir acheteur (countervailing power⁵).

Ainsi, la question de fond posée par le thème de cette table ronde consiste à comprendre comment la puissance d'achat s'exerce pour imposer des clauses contractuelles défavorables aux fournisseurs. Il est possible d'étudier ce point *ex post* par l'analyse des clauses contractuelles litigieuses, comme par exemple celle concernant le délai de préavis imposé par la rupture ou la cessation du contrat⁶. Nous proposons d'aborder cette question sous un angle structurel, donc *ex ante*, c'est-à-dire de comprendre quelles situations de marché sont *a priori* propices à l'exercice potentiel de cette violence économique.

Le droit et l'économie de la concurrence ont depuis longtemps abordé de façon approfondie la question de l'exercice du pouvoir de marché des vendeurs. La notion de pouvoir de marché et son corollaire la position dominante ont suscité de nombreuses analyses économiques et une

¹ Professeur d'Economie à Sorbonne Universités et CRED, Président de TERA Consultants, benzoni@tera.fr, www.tera.fr

² Par exemple, B. Guerrien, Microéconomie, Dunod, 1998.

³ Par exemple J. Tirole, *The Theory of Industrial Organization*, MIT Press, 1998.

⁴ Par exemple, M. Motta, *Competition Policy: Theory and Practices*, Cambridge University Press, 2004 ; ou Emmanuel Combe, *Economie et politique de la concurrence*, Précis Dalloz, 2005.

⁵ Le terme de contre-pouvoir acheteur a été proposé par J. K. Galbraith dès 1952 pour qualifier la capacité des acheteurs disposant d'une taille importante sur les marchés aval d'obtenir des prix très bas de leurs fournisseurs sur les marchés amont. Cf. J. K. Galbraith, *American Capitalism: The Concept of Countervailing Power*, Houghton Mifflin, Boston, 1952.

⁶ Voir par exemple pour une contribution récente sur ce point : L. Benzoni et A. Atlani, « Le délai de préavis lors d'une rupture contractuelle : approche économique », *Actualité juridique des contrats d'affaires*, à paraître, 2016.

jurisprudence abondante. En revanche, le pouvoir de marché des acheteurs demeure un parent pauvre de la réflexion économique et aussi de la jurisprudence. Ce thème semble désormais susciter un intérêt croissant au regard de la concentration croissante observée dans l'aval des filières de production-distribution⁷. Cependant, la plupart des travaux économiques consacrés à la puissance d'achat s'intéresse le plus souvent, soit à mesurer ses effets, soit à identifier les circonstances casuistiques des termes de la négociation qui conduisent un acheteur particulier à abuser de sa puissance d'achat. En d'autres termes, l'analyse économique se focalise plus sur l'abus de la puissance d'achat et moins sur les structures de marché où celle-ci émerge. Autant les travaux économiques ont donc été prolixes sur la question du pouvoir de marché des offreurs et sur les structures de marché où ce pouvoir peut exister, autant elle est peu disert sur les structures de marchés où la puissance d'achat émerge comme un facteur pouvant influencer significativement l'équilibre des marchés.

Le droit se ressent de cette carence de l'économie. Ainsi la notion de dépendance économique est définie comme « ...ce rapport de force résulte, non pas de la domination objective d'un marché comme dans le cas de la position dominante, mais du fait que la puissance relative d'une entreprise rend ses partenaires vulnérables. Les critères retenus par la jurisprudence sont les suivants : la part de l'entreprise dans le chiffre d'affaires de son ou ses partenaires, la notoriété de la marque (ou de l'enseigne) et l'importance de la part de marché de ce ou ces partenaires, l'existence ou non de solutions alternatives, les facteurs ayant conduit à la situation de dépendance (choix stratégique ou "obligé" de la victime du comportement dénoncé) »⁸.

Ce faisceau d'indices pour définir la dépendance économique ne renvoie à aucune structure de marché objectivement repérable et quantifiable contrairement à la position dominante côté offre dont on sait qu'elle est généralement considérée comme effective lorsque la part de marché d'un offreur dépasse le seuil de 50%, ou bien lorsque la concentration des offreurs sur un marché dépasse le seuil de 1000 calculé par l'indice Hirschman-Herfindahl⁹.

La quasi-absence d'éléments quantitatifs génériques pour repérer la puissance d'achat au niveau des marchés est une source d'incertitude juridique. A l'instar des offreurs qui savent qu'ils sont soumis à une responsabilité particulière lorsqu'il dispose d'une position dominante, il ne serait pas inutile que les acheteurs puissent mieux anticiper le ou les seuil(s) au-delà desquels leur puissance est *a priori* suffisamment affirmée pour que leur responsabilité vis-à-vis des fournisseurs soit affirmée. Il importe donc pour avancer dans le débat d'essayer de mieux objectiver ces structures de marché favorables aux acheteurs où leur puissance d'achat pourrait éventuellement s'exprimer et devenir, le cas échéant, abusive.

Il ne s'agit donc pas ici de qualifier des comportements abusifs mais, en amont, d'identifier les environnements concurrentiels dans lesquels les éventuels abus des acheteurs sont susceptibles d'émerger. Pour ce faire, il faut en premier lieu présenter le seul indice quantitatif qui, à notre connaissance, existe dans la jurisprudence pour mesurer la puissance d'achat, à savoir le taux de menace défini par la Commission européenne. Après avoir montré les limites de cet indice, d'autres

⁷ En atteste les travaux récents que l'OCDE a consacré à ce thème : OCDE, *Les monopsones et le pouvoir d'achat*, Comité de la concurrence, 2008, DAF/COMP(2008)38.

⁸ <http://www.economie.gouv.fr/dgccrf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/Abus-de-dependance-economique>.

⁹ Cf. Autorité de la concurrence, *Lignes directrices de l'Autorité de la concurrence relatives au contrôle des concentrations*, juillet 2013, http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/ld_concentrations_juill13.pdf

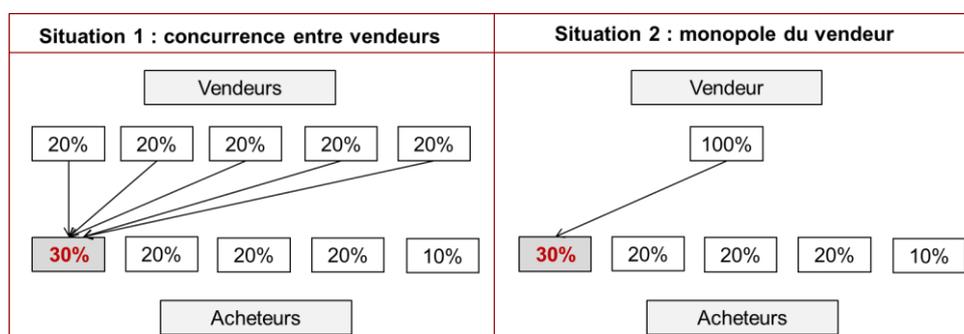
indices seront proposés qui complèteraient fort utilement l'analyse des structures de marché pour identifier celles où la puissance d'achat peut s'exercer.

1/ Le taux de menace

Pour identifier une situation de dépendance économique, la Commission européenne a défini un « taux de menace » qui mesure le seuil à partir duquel le chiffre d'affaires d'un fournisseur chez un même distributeur le met en position de fragilité structurelle et permet au distributeur d'établir un rapport de force qui lui est favorable dans les négociations commerciales et dont il peut, en conséquence, abuser. Dans l'affaire Carrefour/Promodes, un seuil critique de ce taux de menace avait été fixé à 22%, soit le niveau qui avait aussi été retenu dans des affaires similaires (Rewe/Meinl en Autriche et Cora/SES en France). Au-delà de ce seuil de 22% du taux de menace, le distributeur dispose d'une puissance d'achat suffisante pour imposer aux fournisseurs des conditions commerciales abusives.

Cet indice est intéressant en raison de sa simplicité de mise en œuvre. Il est néanmoins insatisfaisant, en particulier car le taux de menace peut-être identique, quel que soit le niveau de concentration de l'offre sur les marchés amont. Un exemple numérique simple permet d'appréhender ce problème. Supposons une situation de marché où 5 offreurs ayant chacun une part de marché de 20% font face à 5 acheteurs, dont le plus gros dispose d'une part de marché de 30%, les trois suivants d'une part de marché de 20%, et le plus petit d'une part de marché de 10% (cf. Figure 1 : situation 1). Dans ce cas, le plus gros acheteur représente plus de 20% dans les ventes de tous les offreurs qui sont donc en situation de dépendance économique vis-à-vis de cet acheteur puisque la part de ces derniers dans leurs achats représente plus de 22%. Supposons maintenant une situation où un seul vendeur affronte les mêmes acheteurs. Ce vendeur se trouve toujours en situation de dépendance vis-à-vis du plus gros acheteur, car celui-ci dépasse le seuil de 22% dans les ventes de ce vendeur unique (cf. Figure 1 : situation 2). Il paraît néanmoins contre-intuitif que ce vendeur se trouve dans la même situation de dépendance économique vis-à-vis de cet acheteur que les 5 vendeurs de la situation 1. Un vendeur en position de monopole se situe plus en position d'imposer ses conditions et ses prix que de subir le contrepouvoir d'un acheteur qui représenterait 30% de ses achats comme dans l'exemple chiffré retenu ici.

Figure 1 - Taux de menace un même seuil pour des situations contrastées



Source : TERA Consultants

Au-delà de ce point de faiblesse, il faut relever que le seuil de 22% retenu n'est pas nécessairement pertinent. Il a été en effet construit sur la base d'une enquête déclarative auprès d'un de fournisseurs lors d'une opération de concentration et n'a depuis jamais fait l'objet, à notre connaissance, d'étude plus poussée pour en tester la pertinence. Par ailleurs, il faut relever que le taux de 22% est homogène quelles que soient les structures de marché et les conditions technico-économiques des offreurs en amont (produits périssables ou non, production capitaliste ou non, etc.).

Au regard de ses insuffisances, le taux de menace tel que défini ne saurait constituer un indice fiable d'évaluation de situation de marché où la puissance d'achat peut être clairement identifiée. La disponibilité d'indices supplémentaires venant enrichir cette première approche semble donc nécessaire. Utilisables dans des circonstances variées, ces indices doivent se baser sur des informations aisées à obtenir et être simples à calculer.

2/ IDR : un Indice de Dépendance Relative

Un premier indice vise à calculer le ratio entre la part des ventes d'un fournisseur A chez un acheteur X, soit le taux de menace, sur la part des achats de l'acheteur X chez le fournisseur A, soit une sorte de mesure inversée du taux de menace. Il est qualifié d'Indice de Dépendance Relative (IDR).

Encart 1- Formule de l'Indice de Dépendance Relative et interprétation

$$\text{IDR} = \frac{\text{Part des ventes d'un fournisseur A chez l'acheteur X}}{\text{Part des achats de l'acheteur X chez le fournisseur A}}$$

Si IDR = 1 → relation complètement à l'équilibre
 Si IDR >> 1 → situation de dépendance
 Si IDR << 1 → situation de pouvoir de marché

Source : TERA Consultants

Avec cet indice, il est possible d'apprécier le rapport entre la dépendance du fournisseur à l'acheteur mais aussi la dépendance de l'acheteur au fournisseur d'un strict point de vue quantitatif. Si l'IDR est égal à l'unité la relation est complètement équilibrée car chacun représente une part quantitative équivalente dans son chiffre d'affaires et ses approvisionnements. Par exemple, si un acheteur représente 30% des ventes d'un fournisseur et que ce fournisseur représente 30% des achats de l'acheteur en cause, l'indice de dépendance relative est égal à 1. Si l'IDR est très supérieur à l'unité, cela signifie que l'acheteur représente une part bien plus significative des ventes pour le fournisseur que le fournisseur ne représente une part des achats pour l'acheteur : le fournisseur se trouve alors potentiellement exposé à la puissance d'achat. Inversement, si l'acheteur représente une part moindre dans le chiffre d'affaires d'un fournisseur que celle représenté par ses achats dans les ventes du fournisseur, l'IDR est alors inférieur à l'unité et le pouvoir de négociation se situe plutôt côté fournisseur (cf. encart 2 ci-dessous pour des exemples numériques).

Encart 2- Exemples numériques d'application de l'Indice de Dépendance Relative et interprétation

Cas 1	Cas 2
Si un fournisseur A réalise 10% de son chiffre d'affaires avec un acheteur X et, Si l'acheteur réalise 10% de ses achats chez le fournisseur A Alors : $\text{IdR} = 10\%/10\% = 1$	Si un fournisseur A réalise 30% de son chiffre d'affaires avec un acheteur X et, Si l'acheteur réalise 5% de ses achats chez le fournisseur A Alors : $\text{IdR} = 30\%/5\% = 6$

Source : TERA Consultants

L'IDR présente aussi des limites évidentes. Par exemple, si un acheteur représente 2% des ventes des produits d'un fournisseur et que ce fournisseur représente 0,1% des achats de l'acheteur, l'IDR est très supérieur à un, pour autant au regard des faibles pourcentages des achats en cause pour le fournisseur, il est peu probable que l'acheteur puisse exercer une puissance d'achat significative sur le fournisseur en question. Par ailleurs, l'IDR ne fournit qu'une mesure quantitative brute de la dépendance relative. En effet, si un composant est essentiel pour l'approvisionnement d'un acheteur et détermine la possibilité de produire un bien complexe, la part du fournisseur dans les achats peut s'avérer très faible mais, pour autant, la faible quantité est déterminante pour l'acheteur. En dépit d'une faible quantité achetée et que cette quantité représente une part substantielle du chiffre d'affaires pour le fournisseur, le pouvoir de négociation entre les parties peut être en réalité équilibré, voire se situer plutôt du côté du fournisseur plutôt que du côté de l'acheteur.

3/ IOS : un Indice des Options de Sortie

Sur le plan économique, la possibilité pour l'une des parties d'exercer un pouvoir dans la négociation sur l'autre partie dépend drastiquement des options de sortie dont dispose chacune des parties. Une partie disposant d'importantes options de sortie peut aisément rompre la négociation si les conditions contractuelles que l'on veut lui imposer lui semblent inacceptables. La mesure des options de sortie est souvent évaluée au niveau individuel dans l'analyse de la dépendance économique, elle renvoie aux possibilités de substitution que le fournisseur peut envisager en cas de clauses contractuelles déséquilibrées, voire de menace de rupture du contrat, émanant de l'acheteur.

Il est alors possible de construire un indice des options de sortie (IOS) au niveau du marché. Pour un marché de produit donné, l'IOS est le ratio entre la part de marché des fournisseurs non présents chez un acheteur donné et la part de marché des acheteurs que ne fournit pas le fournisseur A (cf. encart 3).

Encart 3- Formule de l'Indice des Options de Sortie et interprétation

$$\text{IOS} = \frac{\text{Part de marché des fournisseurs non présents chez l'acheteur X}}{\text{Part de marché des acheteurs que ne fournit pas le fournisseur A}}$$

Si IOS = 1 → options de sortie parfaitement équilibrées

Si IOS >> 1 → options de sortie favorables à l'acheteur

Si IOS << 1 → options de sortie favorables au vendeur

Source : TERA Consultants

Si l'IOS est égal à l'unité, les deux parties disposent d'options de sortie relativement équilibrées. Si l'IOS est très supérieur à l'unité, les options de sortie sont plus importantes pour l'acheteur que pour le fournisseur dans la mesure où l'acheteur trouvera plus facilement des nouveaux fournisseurs chez qui il ne s'approvisionne pas que le fournisseur trouvera de nouveaux débouchés en cas de rupture de la relation commerciale avec l'acheteur. Inversement, si le ratio est inférieur à l'unité, alors le fournisseur est en position de force dans la négociation car l'acheteur dispose de moins d'options de sortie.

L'encart 4 ci-dessous donne deux exemples numériques afin de mettre en évidence la simplicité du calcul et l'interprétation aisée de cet indice.

Encart 4- Exemples numériques d'application de l'Indice des Options de Sortie et interprétation

Cas 1	Cas 2
Si les fournisseurs non présents chez un acheteur X représentent 30% du marché et, Si les acheteurs du marché non fournis par A représentent 30% du marché, alors : IOS = 30%/30% = 1	Si les fournisseurs non présents chez un acheteur X représentent 10% du marché et, Si les acheteurs du marché non fournis par A représentent 50% du marché, alors : IOS = 10%/50% = 0,2

A l'instar des deux autres indices, l'IOS présente aussi des limites. Comme l'IDR, le niveau du ratio est indépendant des valeurs absolues figurant au numérateur et au dénominateur ainsi de faibles valeurs absolues en cause peuvent néanmoins déboucher sur des ratios très élevés ou très faibles alors même que les options de sortie pourraient apparaître comme très élevées pour chacune des parties.

4/ IHH-A : l'indice Hirshman-Herfindahl côté acheteurs

L'indice Hirshman-Herfindahl (IHH) est l'indice de concentration de référence utilisé dans les opérations de concentrations que ce soit au niveau européen, américain ou français afin de mesurer si la concentration atteinte à l'issue d'une concentration horizontale ou verticale ne dépasse pas un seuil critique à partir duquel l'opération est susceptible d'emporter des préoccupations de concurrence. Cet indice se calcule en effectuant la somme des parts de marché des offreurs au carré sur le(s) marché(s) pertinent(s) affecté(s) par l'opération.

S'agissant des opérations de concentration horizontale, fusions entre concurrents, la première valeur seuil de l'IHH est fixée à 1000. S'agissant des opérations de concentration verticale, la valeur de 2000 est retenue. L'utilisation de l'IHH se fonde sur une propriété économique qui relie directement le pouvoir de marché des vendeurs à la concentration dans les marchés oligopolistiques¹⁰. L'utilisation de cet indice afin d'estimer le pouvoir de marché, côté acheteurs, peut constituer un complément utile pour l'analyse de la puissance d'achat estimée au niveau d'un marché. La définition d'une valeur critique serait alors utile pour identifier les niveaux de concentration côté acheteurs qui peuvent favoriser l'émergence de la puissance d'achat, de telle sorte que les opérations de concentration horizontale ou les accords horizontaux menés au niveau des acheteurs sur les marchés puissent aussi être évalués dans les conséquences concurrentielles au niveau des marchés amont engageant les relations commerciales entre les acheteurs et les fournisseurs.

Conclusion : des analyses préliminaires à approfondir et à prolonger

Les quelques réflexions présentées ci-dessus pour proposer de nouveaux indices d'évaluation de la puissance d'achat restent préliminaires. Les différents indices requièrent peu de données pour être calculés. Mais la définition des valeurs critiques qui permettraient de les rendre opérationnels pour les autorités de concurrence ou les juges civils restent à définir. Seules des analyses approfondies menées sur des corpus de données permettraient d'estimer des valeurs seuils des indices qui seraient des repères utiles pour qualifier les situations de marché critique comme cela est fait pour les situations où est évalué le pouvoir de marché des offreurs. Bien évidemment, les situations de marché où la puissance de marché se manifeste n'implique aucune conséquence *a priori* sur des pratiques abusives que conférerait cette puissance de marché

Par ailleurs, il conviendrait de prolonger les réflexions en réfléchissant à l'élaboration d'autres indices. En particulier, des indices devraient être construits pour mesurer les transferts de risques entre acheteurs et fournisseurs sur la base des pratiques contractuelles généralement en vigueur sur les marchés. Cette approche serait un moyen d'estimer comment une puissance d'achat collective

¹⁰ Plus précisément, dans une concurrence en quantités (Cournot), le pouvoir de marché mesuré par l'indice de Lerner croît avec le niveau de concentration sur le marché mesuré par l'IHH pondéré de la valeur de l'élasticité de la demande aux prix.

peut s'exprimer même si les seuils individuels de puissance d'achat n'apparaissent pas. Ici aussi, l'analyse de la puissance d'achat rejoindrait les analyses qui sont menées côté offreurs pour identifier l'existence éventuelles positions dominantes collectives et/ou les effets coordonnés. Enfin, la multiplication d'indices pourrait donner lieu à la création d'un indice synthétique dans la mesure où des indices peuvent afficher des valeurs seuils et d'autres ne pas les atteindre : un indice synthétique aurait alors pour vertu de neutraliser des effets opposés.

Enfin, la construction de ces indices présuppose que les marchés sur lesquels ils sont calculés soient bien délimités. Rappelons que la délimitation des marchés pertinents se fait principalement dans deux directions, la dimension produit et la dimension géographique. Le droit de la concurrence peut aboutir dans les contentieux à délimiter des marchés de produits particulièrement étroits comme celui « des boissons gazeuses sucrées au goût de cola ». Mais, la délimitation géographique des marchés pertinents sera un enjeu tout aussi important dans le cadre de l'analyse des relations entre fournisseurs et acheteurs. Sur quel marché géographique doit-on mesurer l'IDR, l'IOS, l'IHH-A proposés ci-dessus s'agissant de fournisseurs vendant un même produit sur de nombreux marchés nationaux ace à des acheteurs essentiellement nationaux, ou bien comment mesurer ces indices pour un fournisseur régional ou local face à un acheteur national ou multinational ? Sur ce point, la question de la juste délimitation des marchés pertinents sera un élément, en amont du calcul des indices, déterminant pour les calculer et vérifier leur valeur. Mais cette incertitude sur la délimitation des marchés pertinents afin d'évaluer la puissance d'achat ne paraît ni plus ni moins sujette à discussion qu'elle ne l'est lorsqu'il s'agit d'évaluer le pouvoir de marché des offreurs.