

Le délai de préavis lors d'une rupture contractuelle : approche économique

Laurent BENZONI, Professeur à Sorbonne Universités (Paris 2), CRED et TERA
Consultants Alexis ATLANI, Consultant à TERA Consultants

Introduction

Lorsque deux parties établissent des relations contractuelles commerciales, la rupture ou la non reconduction du contrat impose le respect d'un préavis afin que la partie subissant l'interruption du contrat puisse disposer du temps nécessaire pour s'adapter à ce nouveau contexte. Si le délai de préavis est estimé comme insuffisant par la partie subissant la cessation du contrat, elle peut s'appuyer sur le 5° de l'article L.442-6 du code de commerce qui dispose : «I.- Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers... 5° De rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels...».

Ainsi, quand bien même le délai de préavis est prévu dans le contrat¹ ou des accords interprofessionnels², celui-ci ne constitue qu'un minimum qui peut être contesté. La durée de préavis relève en effet de l'ordre public et non de la seule volonté des parties. Le « juste » délai de préavis participe de l'équilibre du contrat signé entre les parties et un délai contractuel de préavis trop court peut être interprété comme la manifestation d'un déséquilibre entre les parties lors de la négociation du contrat.

Le 5° de l'article L.442-6 mentionné ci-dessus semble « normaliser » la durée du préavis en se référant à la durée de la relation contractuelle rompue et aux pratiques en vigueur sur ce point dans la profession concernée. Cette approche est surprenante sur le plan économique. En effet, la diversité des formes et des modalités contractuelles, y compris au sein d'une même profession, est telle que se référer à une pratique moyenne peut conduire à surestimer versus sous-estimer considérablement ce délai, donc le préjudice y afférent. Seule une analyse au cas d'espèce semble alors pertinente. Cependant, procéder au cas par cas constitue une forte source d'incertitude juridique qui n'est pas propice aux relations d'affaires. L'analyse économique peut alors fournir un cadre méthodologique permettant une certaine objectivation du « juste » délai de préavis applicable au cas les plus divers.

Cette approche est issue de la théorie économique des contrats : elle repose sur la notion de dépense spécifique. Cette approche trouve déjà une application éprouvée en droit de la concurrence tant européen que national. La dépense spécifique a déjà été mentionnée et préconisée par de nombreux travaux d'économistes comme un critère essentiel pour encadrer les relations contractuelles entre acheteurs et fournisseurs³. Nous en montrons ici l'intérêt et l'usage dans le domaine de la détermination d'un délai de préavis économiquement proportionné.

¹ Cour d'appel de Lyon, 10 avril 2003, n° 2001-05067.

² Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 2 décembre 2008, 08-10.731

³ Par exemple : P. Rey, J. Tirole, *Régulation des relations entre fournisseurs et distributeurs*, La documentation française, 2000.

Le préavis : un délai fonction de la durée de récupération de « l'investissement »

La Commission européenne identifie la rupture brutale des relations contractuelles comme l'un des vecteurs essentiels de pratiques commerciales déloyales⁴. Pour la Commission, la menace d'une rupture contractuelle constitue un moyen d'intimidation pour obtenir des contreparties disproportionnées et créer ainsi les conditions d'un déséquilibre entre les parties prenantes d'un contrat. Ces développements renvoient bien aux 2° et 4° du L.442-6 du code de commerce français⁵. Pour parer l'existence de ces situations indésirables : « *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* »⁶.

Sur ce point, l'approche de la Commission semble se démarquer substantiellement du 5° de l'article L.442-6. En suivant le raisonnement de la Commission, le « juste » délai de préavis renvoie à la possibilité de récupération d'un 'investissement', tandis que le 5° du L442-6 sous-tend que la durée d'un préavis doit être au fond proportionnée à la durée de la relation contractuelle établie et en relation avec des pratiques en vigueur. La Commission tourne ainsi le dos à l'approche normative pour préconiser une approche casuistique. En effet, sur le fond, rien ne permet économiquement de relier la durée d'une relation contractuelle, donc une durée « normale » du préavis tel que prévue dans le 5° du L.442-6, à la nécessité de récupérer l'investissement consenti pour la relation commerciale comme l'indique la Commission. Bien au contraire, l'intuition suggère qu'une relation contractuelle établie de longue date permet *a priori* de mieux amortir les investissements consentis pour réaliser le(s) contrat(s), ainsi plus la relation contractuelle sera longue, plus le préavis de cessation de la relation contractuelle pourra être courte car l'interruption du contrat causera un faible préjudice, l'investissement ayant été en grande partie, voire en totalité, récupéré.

Nous proposons d'approfondir la démarche de la Commission car celle-ci reprend, sans les citer, les enseignements de la théorie économique des contrats et plus précisément les analyses d'Oliver Williamson⁷. Dans cette approche, le critère de récupération d'un investissement renvoie au concept d'investissement « spécifique ». Ce concept d'investissement spécifique est d'ailleurs un élément que retient la Commission dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales pour caractériser les bonnes pratiques contractuelles des relations fournisseurs-acheteurs/distributeurs⁸. Ce concept est aussi présent dans la jurisprudence française du droit de la concurrence⁹ qui s'appuie aussi sur les enseignements de l'analyse économique des contrats. Ce concept est ainsi très utile pour aborder la question du délai du préavis sous un angle économique posée dans le droit français des pratiques commerciales restrictives.

La Commission retient trois critères pour caractériser un investissement spécifique.

- (i) Il s'agit d'un investissement propre à la relation contractuelle qui ne peut être utilisé pour un autre contrat et revendu sans encourir des pertes.

⁴ 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.

⁵ « 2° De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ; 4° D'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente ; »

⁶ Livre vert sur les pratiques commerciales déloyales, *op. cit.*, p. 22.

⁷ Williamson O.E., *Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, 1975. NB. O.E. Williamson a obtenu le prix Nobel d'économie en 2009 pour ses recherches menées dans ce domaine.

⁸ Commission européenne, *Lignes directrices sur les restrictions verticales*, J. O. de l'Union européenne, 2010 C, 130/01. § 107 d), 108, 146, 198 à propos de la définition d'un contrat d'agence, de la justification de certaines restrictions verticales pour éviter tout sous-investissement, etc.

⁹ Autorité de la concurrence, *décision n°08-MC-01 relative à la distribution d'iPhone par Orange*.

- (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'autre¹⁰.

Il s'agit cependant d'une définition restrictive qui en limite la portée opérationnelle pour notre objet. Il convient donc de mieux en préciser les contours.

Dépenses spécifiques plutôt qu'investissement

Dans les travaux d'O. Williamson, le concept d'investissement spécifique ne renvoie pas uniquement à un investissement au sens économique de coût fixe ou au sens comptable d'actif donnant lieu à amortissement¹¹. Ce concept qualifie plus généralement toute dépense engagée par les parties contractantes pour exécuter le contrat qui les lie, cela quelle que soit leur nature : actif immobilisé ou non (exemple : personnels recrutés et affectés pour exécuter spécifiquement le contrat en cause), actif corporel ou non (exemple : dépenses de personnel, de promotion ou de communication, etc. prévues pour l'exécution du contrat)¹². Pour éviter toute ambiguïté sémantique, le terme d'investissement spécifique doit être remplacé par celui plus général de *dépense spécifique* qui cerne bien mieux le périmètre des éléments à prendre en considération pour mesurer l'effet réel et complet d'une rupture contractuelle.

Les dépenses spécifiques désignent alors l'ensemble des dépenses engagées qui ne l'auraient pas été en l'absence du contrat en cause : actifs corporels ou incorporels, toutes charges d'exploitation, dont les charges salariales par exemple, etc.

Si les dépenses spécifiques afférentes à un contrat ne sont pas recouvertes par les recettes du contrat lorsqu'une partie souhaite l'interrompre le contrat avant terme ou cesser la relation commerciale établie, il peut apparaître un manque à gagner pour la partie subissant l'interruption : l'évaluation de la juste durée du préavis permet d'éviter le manque à gagner, en ce sens qu'un délai supplémentaire doit permettre de générer les recettes supplémentaires susceptibles de couvrir les dépenses spécifiques non recouvertes, ou bien alternativement de calculer une indemnité compensatoire proportionnée au préjudice subi.

On notera qu'une indemnisation correctement dimensionnée, donc évolutive dans le temps, et prévue contractuellement suffirait à mieux anticiper le problème des ruptures contractuelles. Et c'est bien parce que le contrat n'a pas prévu correctement cette occurrence d'une cessation du contrat pourtant aisé à prévoir que la question du délai de préavis peut devenir contentieuse. D'un point de vue économique, ces contrats où certaines clauses font défaut et débouchent sur une situation non prévue dans le contrat sont qualifiés de contrats incomplets. Le refus d'une partie d'inclure des clauses permettant d'améliorer la complétude d'un contrat constitue un indice probant que cette partie s'est réservé la possibilité d'adopter ultérieurement un comportement opportuniste lors de l'exécution du contrat¹³. Cette absence d'indemnités de rupture contractuelle incluses dans le contrat ou celles d'indemnités manifestement sous-estimées peut relever, nous semble-t-il, alors du 2° de l'article L.442-6 plus que du 5°.

¹⁰ Lignes directrices sur les restrictions verticales, op. cit., §107.

¹¹ « The crucial investment distinction is this: to what degree are transaction-specific (nonmarketable) expenses incurred. », O. Williamson, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), pp. 233-261

¹² 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.

¹³ Dans la théorie économique des contrats, l'opportunisme est un comportement qui vise à obtenir des avantages contractuels indus par la ruse, la menace, la tricherie ou l'habileté procédurière, soit au moment de la négociation du contrat, soit au moment de son exécution : cf. O. E. Williamson, *Markets and Hierarchy : Analysis and Antitrust Implications*, Free Press, 1975.

Les recettes spécifiques attribuables à un contrat semblent plutôt aisées à identifier, il s'agit du montant correspond au chiffre d'affaires facturé dans le cadre du contrat. En revanche, l'identification des dépenses spécifiques constitue un exercice bien plus complexe.

Et si le contrat n'avait jamais eu lieu ? L'état contrefactuel et les dépenses spécifiques « brutes »

Pour évaluer l'effet de la rupture contractuelle, il convient de distinguer deux états distincts de l'entreprise qui la subit :

- d'une part, l'état réel correspondant à celui de l'entreprise ayant exécuté le contrat et qui est donc observable,
- d'autre part, l'état contrefactuel, celui qu'aurait connu l'entreprise si le contrat n'avait pas été signé et exécuté.

Les méthodes permettant de construire un état économique contrefactuel sont reconnues et identifiées dans la directive 2014/104/UE relative aux actions en dommages pour les infractions en droit de la concurrence¹⁴.

L'écart entre le réel et le contrefactuel mesure alors les recettes perdues et les dépenses évitées si le contrat n'avait pas existé. Ces dépenses évitées constituent une première mesure « brute » des dépenses spécifiques au contrat. Cette première approche permet ainsi d'exclure du périmètre des dépenses spécifiques tous les actifs et toutes les charges préexistantes au contrat et déjà présentes au sein de l'entreprise. En effet, le risque pris sur ces dépenses résulte de la seule initiative de la partie qui les a engagées et ne sauraient donc être imputables à la signature du contrat. Cette notion de risque engagé pour l'exécution d'un contrat constitue l'un des critères pour qualifier économiquement le caractère spécifique d'une dépense.

Dans le cas le plus général, il serait alors de bonne pratique que les dépenses incrémentales spécifique, soient explicitement identifiées par l'entreprise, voire mieux, être listées dans le document contractuel liant les parties. Cela est d'autant plus nécessaire qu'une entreprise opère le plus souvent plusieurs contrats simultanément pour des clients différents et que la distinction entre actifs spécifiques au contrat et ceux mutualisés avec d'autres contrats peut s'avérer très complexe *ex post* alors qu'elle est simple *ex ante* (cf. infra). Mais cette pratique d'inventaire n'est pas, loin s'en faut, la plus courante. Il convient donc de pallier *ex post* le défaut d'informations fiables et opposables lorsqu'une rupture donne lieu à un litige sur la question du délai du préavis.

Il convient ensuite de passer de la mesure brute des dépenses spécifiques à leur mesure « nette ».

Des dépenses spécifiques « brutes » à l'évaluation des dépenses « nettes »

Des charges pour exécuter un contrat ont un caractère purement variable dans le sens où elles varient proportionnellement avec le niveau de production. L'interruption de la production liée au contrat interrompt mécaniquement le coût que représentent ces charges. Ces charges variables ne peuvent être tenues pour être dépenses spécifiques¹⁵. Dans sa décision n°08-MC-01 relative à des

¹⁴ En France la Cour de Cassation (décision Orange dans l'affaire Iphone) a validé cette approche en considérant que pour bien évaluer les recettes et les dépenses spécifiques afférentes à un contrat, il fallait raisonner en comme si le contrat n'avait pas eu lieu.

¹⁵ Au cas où l'entreprise subissant l'interruption du contrat s'est engagée auprès de ses propres fournisseurs en amont sur des quantités pour exécuter le contrat, les pénalités liées à l'interruption de ce contrat amont présentent un caractère de dépenses spécifiques bien que les fournitures en cause puissent apparaître comme des charges variables en première analyse. Il en va

pratiques mises en œuvre dans la distribution des iPhones, l'Autorité de la concurrence a considéré que les dépenses de formation ou de publicité supportées par Orange pour distribuer l'iPhone étaient spécifiques car non dépendantes des quantités vendues. En revanche, les dépenses relatives aux subventions des terminaux iPhones ne l'étaient pas, car ces charges variables n'étaient supportées par Orange que si les iPhones étaient vendus : le coût à supporter par le distributeur (Orange) sur ce poste était nul si le contrat s'interrompait et n'engendrait plus de ventes¹⁶. En d'autres termes, si Apple avait interrompu le contrat, les dépenses de subvention des terminaux n'étaient plus supportées par Orange car les terminaux n'étaient plus distribués, à l'inverse des dépenses de publicité et de formation dont le recouvrement est contingent des ventes réalisées et n'auraient pas été nécessairement récupérées par Orange en cas d'interruption du contrat, la récupération de ces dépenses par Orange dépendant du volume de ventes réalisées au moment de l'interruption du contrat.

Il importera 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 à d'autres fins que celles du contrat en cause, seule la fraction et non la totalité 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 des coûts mutualisés entre plusieurs contrats devra être privilégié par rapport aux chiffres issus de la comptabilité analytique. Une bonne méthode est la représentation du contrat sous la forme d'un plan d'affaires isolé (*stand alone*) et de comparer ce plan d'affaires isolé au plan d'affaires intégrant l'ensemble de l'activité de l'entreprise. Les gains d'efficience induits par la mutualisation du contrat avec d'autres activités de l'entreprise peuvent alors être mis en évidence¹⁷. Ces gains doivent être intégrés dans l'analyse et être déduits des dépenses spécifiques.

La valeur résiduelle des dépenses spécifiques doit aussi être prise en considération. Supposons par exemple une dépense spécifique imputable au contrat de 100 amortis comptablement sur 5 ans (soit 20 par an d'amortissement) et posons que la recette annuelle générée par le contrat dénoncé s'élève à 25 par an. Si le contrat cesse en fin de 3^{ème} année, l'amortissement comptable n'a assuré que le remboursement de 60 de l'investissement dont le montant était de 100. Ainsi, sur une base comptable, au bout de trois ans les dépenses spécifiques cumulées sont de 60 et les recettes spécifiques de 75, l'excédent d'exploitation est de 15. Il importe alors de vérifier que cet excédent est justifié par un coût raisonnable du capital¹⁸. Cependant, et tous les comptables le savent, la durée économique d'un investissement diffère toujours de sa durée de vie réelle dans l'entreprise. Si la durée est plus courte, cas d'obsolescence accélérée, l'entreprise a pu réaliser des provisions qui doivent être déduites de la dépense spécifique. Si, et c'est le cas le plus général, la durée de vie réelle dépasse la durée de vie comptable, la valeur économique résiduelle de l'investissement est supérieure à sa valeur résiduelle comptable ; il faut alors en tenir compte pour redresser à la baisse le montant de la dépense spécifique.

Ne pas indemniser l'inefficience, intégrer les effets indirects.

de même pour les stocks acquis des biens qui ne peuvent être utilisés qui peuvent être traités comme des dépenses spécifiques s'ils ne peuvent réutiliser en l'état avant péremption pour d'autres usages par l'entreprise.

¹⁶ Autorité de la concurrence, décision 08-MC-01, § 180, 181 et 182.

¹⁷ Ces gains d'efficience sont qualifiés d'économie d'envergure, de diversité ou de champs : *economies of scope* en anglais.

¹⁸ Même si le plaignant arrive à l'équilibre budgétaire, il aura passé trois ans à ne gagner aucun euro. Ses cent euros ne lui auront rien rapporté mais lui auront pourtant coûté le prix du temps (l'inflation) et celui du risque (pour un actionnaire ou un banquier, une entreprise a généralement un risque de défaillance non nul). L'analyse comptable néglige ce facteur : elle lisse un investissement via l'amortissement et oublie ce faisant que cette dépense impacte rapidement et puissamment les flux de trésorerie, ce qui peut coûter beaucoup d'argent à une entreprise voire augmenter son risque de défaillance.

Pour établir au mieux l'écart entre le réel et le contrefactuel, une approche économique rigoureuse doit s'assurer que les dépenses spécifiques nettes engagées par le plaignant ont été proportionnées de façon efficiente aux engagements contractuels. Il s'agit donc de ne pas intégrer les inefficiences de la partie contractante qui aurait pu « mal » ou « sur-dépenser » pour exécuter le contrat. Cette inefficience est observable en analysant l'état réel de l'entreprise. Le test de l'opérateur aussi efficient¹⁹ (*'as efficient operator test'*) préconisé par la Commission européenne est ainsi adapté pour dépasser cette difficulté²⁰. Ce test a aussi été validé à l'occasion de contentieux concurrentiels par les Cours suprêmes tant européenne²¹ que française²². L'évaluation consiste alors à vérifier que les méthodes de production et d'organisation mises en œuvre pour exécuter le contrat 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 au moment où celui-ci a été signé.

Enfin, le raisonnement économique ne doit pas oublier la présence d'effets indirects du contrat sur le reste de l'entreprise. En effet, si par exemple 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 aux recettes spécifiques du contrat interrompu. On parle alors économiquement d'externalité positive du contrat sur l'activité de l'entreprise. Le contrat signé par Microsoft avec IBM pour la fourniture des systèmes exploitation des ordinateurs personnel est l'archétype du contrat cité en analyse économique comme ayant produit des externalités positives extraordinaires pour une entreprise naissante et qui a pu supporter sans difficulté l'interruption du contrat lorsque son acheteur s'est senti trop dépendant de son fournisseur.

Conclusion

La comparaison du réel et du contrefactuel permet donc de bien isoler les dépenses spécifiques nettes afférentes à un contrat. Ce sont dépenses qui doivent être valorisées rigoureusement pour évaluer la durée du contrat permettant à une entreprise de recouvrer ces dépenses. Si ces dépenses ne sont pas recouvertes, il est alors possible de calculer le délai de prolongation du contrat permettant de prolonger le contrat pour que les dépenses spécifiques non remboursées soient couvertes par des recettes supplémentaires. Plus raisonnablement, une indemnité pour cause de rupture abusive peut être calculée. Il reste que si cette indemnité est versée en totalité, l'entreprise indemnisée ne doit pas pouvoir réutiliser les actifs en cause à d'autres fins et les actifs devraient être définitivement réformés, cédés ou licenciés s'agissant des personnels. A défaut l'entreprise indemnisée pourrait bénéficier d'un effet d'aubaine en tirant d'actifs dûment remboursés des revenus supplémentaires.

Cette approche issue de la théorie économique des contrats et déjà mobilisée avec succès en droit de la concurrence pourrait venir utilement servir le droit des pratiques commerciales restrictives. Elle part néanmoins d'un paradigme très distinct de celui du 5° de l'article L.442-6, mais l'analyse économique ne nous semble pas un fondement inapproprié pour le droit positif des affaires et du commerce.

¹⁹ NB. Le terme 'efficient' est souvent remplacé, à tort, dans les commentaires ou décisions juridiques françaises par celui d'efficace.

²⁰ 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.

²¹ Cour de Justice des Communautés Européennes, Arrêt Post Danmark, 27 mars 2012

²² Cour de cassation, Chambre commerciale, 17 juin 2008, 05-17.566