



**OLIVIER FRÉGET**

Avocat à la Cour,  
associé chez Fréget  
Tasso de Panafieu  
Avocats, et expert  
du Club des juristes

## Injonction structurelle et propriété

**L**a future loi Macron va introduire dans notre droit de la concurrence un outil qui constitue, sans doute, sa plus grande évolution depuis la mise en œuvre en 2001 du contrôle obligatoire de certaines concentrations. Cette évolution consiste à habilitier l'Autorité de la concurrence, dans le secteur du commerce de détail, à imposer à un acteur dominant de céder des magasins lorsqu'elle constate que les prix de détail sont anormalement élevés, en l'absence de tout abus de cette position ou tentative de la renforcer par le biais d'une acquisition.

Le Conseil constitutionnel apparaît avoir considéré, lorsqu'un dispositif similaire avait été introduit dans les territoires d'outre-mer, que ce type de mécanisme ne constituait pas une atteinte à la liberté d'entreprendre (décision n°2013-3 LP du 1<sup>er</sup> octobre 2013).

La question du respect du droit de propriété est peut-être plus neuve et fondamentale. Si l'on veut comparer ce dispositif avec celui auquel il s'apparente le plus, précisément le contrôle des concentrations, les différences sont manifestes. Lorsqu'une autorité de concurrence interdit une concentration, elle interdit seulement la vente d'actifs à une entreprise en particulier et le cédant éventuel a toujours la possibilité de conserver les actifs en renonçant à l'opération. Le contrôle des concentrations n'entraîne pas ainsi une dépossession forcée, une expropriation. Par ailleurs, dans la mesure où le cédant peut renoncer à son opération de concentration, il n'est jamais obligé de vendre le cas échéant à vil prix les actifs en cause. Aucune atteinte n'est ainsi faite, en valeur, à son patrimoine. Dans le cas de l'injonction structurelle, l'obligation de vendre va nécessairement faire baisser la valeur des actifs concernés. Si le prix proposé par l'acquéreur potentiel « le plus approprié » est trop faible, l'entreprise n'aura pas d'autres choix que de l'accepter. Une nouvelle forme en quelque sorte de la « malédiction du méritant ».

Car, que l'on ne se trompe pas, la situation serait différente s'il s'agissait d'un abus de position dominante, lequel peut permettre de telles cessions forcées. La vente éventuellement à perte peut constituer une forme de sanction à la suite d'une faute. Ici, dans le cas de l'injonction structurelle, l'opération entraînera une forme d'expropriation d'une entreprise mais sans faute, au bénéfice très indirect et très hypothétique des consommateurs, mais très certaine et potentiellement très lucrative d'un tiers acquérant, sans aucune indemnisation, ni juste ni préalable de l'exproprié, comme l'exige la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

La seule manière d'éviter cet écueil serait en réalité que, comme dans les procédures usuelles d'expropriation, l'Etat se porte acquéreur des actifs à un prix déterminé par voie d'expertise puis les revende : une forme de « nationalisation temporaire », en quelque sorte... sachant qu'il ne pourra alors les revendre pour un prix inférieur car cela constituerait une aide d'Etat. ■