

Police administrative : situation d'abus de position dominante automatique

Lire les conclusions de :

Viviane André

Conclusions du rapporteur public

Lire les commentaires de :

Anthony Bron

L'appel de la forêt pour le droit public de la concurrence

DÉCISION DE JUSTICE

TA Grenoble – N° 1604784 – Méaudre-en-Vercors – 20 novembre 2018 – C+ [↗](#)

INDEX

Mots-clés

L.420-2 du code de commerce, Droit de la concurrence, Situation d'abus de position dominante, Acte administratif, Message écrit sur téléphone, Musher, Chiens de traîneaux, Pistes de ski

Rubriques

Police administrative, Actes administratifs, Responsabilité

Résumé Conclusions du rapporteur public Note universitaire

Résumé

- ¹ La création d'une situation d'abus de position dominante par des décisions de police administrative engage la responsabilité de l'administration.
- ² Les activités de chiens de traîneau sont strictement limitées, par des arrêtés de police du 24 novembre 2014 et du 18 février 2014, à un parcours balisé clairement identifié, excluant cette pratique sur les pistes de ski de fond de la commune. Au cours de la saison hivernale 2015/2016, les conditions d'enneigement faible ont rendu impraticable la piste normalement dévolue à ces activités.
- ³ Par arrêté du 5 février 2016, le maire de la commune a autorisé l'un des mushers exerçant son activité sur le territoire de la commune, à faire usage d'une partie des pistes de ski de fond, chaque jour de 18 heures à 20 heures jusqu'au retour de conditions d'enneigement suffisantes sur la piste réservée aux chiens de traîneau. La société requérante, concurrente directe, a, de manière informelle, sollicité la même autorisation qui lui a été refusée par le maire par le biais d'un message écrit sur téléphone.
- ⁴ Après avoir constaté que le message écrit sur téléphone, dont ni la provenance ni l'authenticité n'étaient contestées par la commune, révélait une décision de refus d'autorisation opposée à la société requérante, le tribunal a qualifié cette décision ainsi que celle autorisant la concurrente à faire usage d'une piste de ski de fond dans des conditions restreintes, de décisions de police administrative.
- ⁵ Dès lors que l'exercice de pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'administration a pour mission de protéger ou de garantir n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence. (1)
- ⁶ Constatant l'existence d'un unique marché pertinent, le tribunal a considéré que le maire, par les décisions, adoptées, avait permis à l'une des deux sociétés l'accès à une infrastructure essentielle à leur activité, non substituable. Il a également constaté que la société qui avait accès à ces infrastructures, bénéficiait d'un droit exclusif, révélé par le refus d'autoriser la société concurrente à accéder à ces infrastructures essentielles. Le tribunal en a conclu que les décisions

du maire de la commune avaient eu pour effet direct de créer une situation d'abus de position dominante, indépendante de l'intention de la société concurrente, en méconnaissance de l'article L. 420-2 du code de commerce. Le maire a donc commis une faute de nature à engager la responsabilité de la commune.

⁷ (1) Conseil d'Etat, Avis du 22 novembre 2000, société L et P Publicité, n° 223645.

Conclusions du rapporteur public

Viviane André

Rapporteur public au tribunal administratif de Grenoble

DOI : [10.35562/alyoda.6488](https://doi.org/10.35562/alyoda.6488)

¹ S'il n'est pas rare que l'abus de position dominante soit invoqué devant les juridictions administratives, ces dernières ne retiennent que rarement sa caractérisation ; c'est pourtant ce que nous allons vous proposer de faire dans l'affaire qui vient d'être appelée.

² Celle-ci nous transporte sur le plateau du Vercors et plus exactement dans la commune nouvelle d'Autrans-Méaudre-en-Vercors où deux sociétés - « Entre chiens et loups » d'une part, et « Team Alpen » d'autre part - exploitent notamment l'activité de chiens de traîneau.

³ Lors de la saison hivernale 2015/2016, les conditions d'enneigement des pistes réservées à l'exercice de cette activité étaient insuffisantes pour qu'elle y soit pratiquée. Les pistes de ski de fond, située à une plus haute altitude, ne souffrant pas des mêmes difficultés, la *musher* gérant la société « Team Alpen », Mme X., a sollicité l'autorisation de les utiliser pour exercer son activité économique. Par arrêté du 5 février 2016, le maire l'a autorisée à faire usage d'une partie des pistes, sur un circuit allant de la combe des Mortes jusqu'au Civières puis sur la piste verte écureuil, chaque jour, de 18 heures à 20 heures jusqu'au retour d'un enneigement suffisant des pistes réservées à l'activité de chiens de traîneau.

⁴ La société requérante « Entre chiens et loups », concurrente directe de la société « Team Alpen », a, de manière informelle, sollicité la même autorisation qui lui a été refusée par un texto du maire du 12 février 2016, nous y reviendrons.

⁵ S'estimant lésée, la société requérante vous demande de condamner la commune nouvelle d'Autrans-Méaudre-en-Vercors à l'indemniser du préjudice ainsi subi et invoque notamment à cet égard, l'existence d'une situation d'abus de position dominante créée par les deux décisions du maire d'Autrans des 5 et 12 février 2016.

⁶ * Précisons, tout d'abord, que le texto du 12 février 2016 aux termes duquel (je cite) « *Le site de Gève est saturé. Il ne nous est pas possible d'accorder une autre autorisation que celle accordée à Mme X. de façon très exceptionnelle* », doit selon nous, alors que ni son auteur, ni son authenticité, ni sa portée ne sont contestés, être analysé sinon comme constituant une décision faisant grief (TA Caen, 11 octobre 2018, *M. T.*, n° 1701091), du moins comme révélant l'existence d'une telle décision (CE, 5 mai 2014, n° 370830 et autre, société Mercedes-Benz France) .

7 * Vous constaterez, ensuite, que la décision du 5 février 2016 autorisant Mme X. à faire usage, pour réaliser des baptêmes et des initiations de chiens de traîneau, d'un itinéraire empruntant certaines pistes de ski de fond situées sur le site de Gève, tout comme la décision du 12 février 2016 refusant la délivrance d'une autorisation similaire à la société « Entre chiens et loups », constituent des décisions de police administrative, puisqu'elles encadrent les modalités d'exercice de l'activité économique des chiens de traîneau. Si cette nature est plus aisée à appréhender s'agissant de la décision du 12 février qui a pour conséquence d'interdire l'exercice de cette activité sur les pistes de ski de fond, il faut se rendre compte, pour la décision du 5 février, qu'elle emporte une dérogation aux arrêtés de police des 18 février et 25 novembre 2014 règlementant l'activité des chiens de traîneau et celle du site de ski de fond pour des motifs d'ordre public tenant à la sécurité et à la tranquillité publique (s'il en est encore besoin, vous serez convaincus par la lecture des décisions du Conseil d'Etat des 22 juin 1951, *M. D.*, n° 00591 et autre et CE 27 mars 2017 *syndicat interprofessionnel de la montagne*, n° 390594, éclairé par les conclusions de Sophie-Justine Lieber).

8 * Vous le savez, les règles de la concurrence ont été intégrées au bloc de légalité s'imposant à l'administration par le Conseil d'Etat dans sa décision du 3 novembre 1997, *société Million et Marais* (n° 169907), en particulier celles issues de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de laquelle découle notamment désormais l'article L. 420-2 du code du commerce qui prohibe l'abus de position dominante.

9 Vous le savez tout autant, les règles de la concurrence doivent être prises en compte par l'administration, y compris dans l'exercice des pouvoirs de police administrative (voyez en ce sens CE, 22 novembre 2000, *société L&P Publicité SARL*, n° 223645 ; ou plus récemment CE, ord. du 5 février 2014, *SAS Allocab*, n° 374524

10 Comme le soulignait Jacques-Henri Stahl dans ses conclusions sur la décision du Conseil d'Etat du 16 juin 2004, *mutuelle générale des services publics* (n° 235176), « la prohibition de l'abus de position dominante vise le comportement d'entreprises et non directement les décisions des autorités publiques. Ce n'est donc qu'à raison de la prise en considération de leurs effets que les actes administratifs sont susceptibles d'être regardés comme contraires aux règles de la concurrence ».

11 Ainsi, l'illégalité d'un acte ne peut être admise - ou la responsabilité de la personne publique engagée - que si l'acte ou les actes ont en eux-mêmes nécessairement pour conséquence de placer l'entreprise en cause en situation d'abuser de sa position dominante. Nous insistons, il faut que l'entreprise soit placée dans une situation dans laquelle elle est automatiquement et nécessairement amenée à abuser d'une position dominante.

¹² Tel est notamment le cas lorsque les actes de l'administration donnent à un opérateur économique l'accès exclusif à une infrastructure essentielle à un marché pertinent, sans que ses concurrents ne puissent avoir accès à une infrastructure équivalente (voir par ex. CAA Paris, 7 février 2013, régie Autonome des Transports Parisiens, n° 10PA05686).

¹³ En l'espèce, vous n'aurez pas de difficulté à constater que les décisions des 5 et 12 février 2016 ont créé une situation d'abus de position dominante automatique au profit de la société « Team Alpen » dont la société requérante a eu à pâtir.

¹⁴ En effet, en autorisant la *musher* de la société « Team Alpen » à utiliser 7 km de pistes de ski de fond enneigées alors que les pistes normalement affectées à l'activité de chiens de traîneau ne l'étaient pas, le maire d'Autrans lui a permis l'accès à une infrastructure essentielle à l'exploitation de son activité économique de baptême et d'initiation aux chiens de traîneau sur la commune d'Autrans-Méaudre-en-Vercors.

¹⁵ Si le *musher* de la société « Entre chiens et loups » a été autorisé, le 18 février 2016, à utiliser, entre 14 et 17 heures, les parcelles B403 et B405 sur le domaine de ski alpin, cette infrastructure, de quelques centaines de mètres, ne lui permettait de proposer ni ses offres habituelles ni des offres équivalentes à celle de la société « Team Alpen » : seules de petites initiations étaient possibles d'être effectuées tandis que la société Team Alpen pouvait proposer de véritables excursions (à rapprocher des considérants 33 et 34 de la décision n° 008-D-08 du 29 avril 2008 du Conseil de la concurrence) .

¹⁶ Ainsi, et alors que le site de la commune faisait par ailleurs la publicité de la possibilité pour la société « Team Alpen » d'organiser des excursions malgré le faible enneigement et mentionnait au contraire expressément que les conditions d'enneigement étaient susceptibles de rendre impossible la pratique de cette activité pour la société « Entre chiens et loups », nous sommes d'avis que les décisions des 5 et 12 février 2016 ont placé la société « Team Alpen » en situation d'abuser de sa position dominante.

¹⁷ La création de cette situation anticoncurrentielle est illégale, fautive, et donc de nature à engager la responsabilité de la commune d'Autrans-Méaudre-en-Vercors à l'égard de la société « Entre chiens et loups » qui l'a subie.

¹⁸ * Au titre de ses préjudices, la société requérante sollicite d'abord l'indemnisation de son préjudice commercial, constitué, selon elle, d'une perte de recettes et de l'impossibilité de couvrir ses charges fixes par ses recettes d'exploitation.

19 Pour assurer une réparation complète du préjudice commercial, vous accordez une indemnité correspondant aux pertes de recettes subies par la société, diminuées des charges qu'elle n'a pas eu à exposer et augmentées, le cas échéant, des charges supplémentaires provoquées par l'interruption de son activité ; l'octroi d'une telle indemnité assure ainsi la réparation du préjudice résultant de l'impossibilité de couvrir les charges fixes par des recettes d'exploitation et, le cas échéant, du préjudice résultant d'une perte de bénéfice (voir en ce sens CE, 27 juillet 2015, société fromagère de Charchigné, n° 372410).

20 En l'espèce, la société « Entre chiens et loups » évalue son préjudice commercial total découlant de la situation d'abus de position dominante qui a duré pendant 35 jours, à 17 744 euros.

21 Il nous semble toutefois, que dès lors que l'autorisation faite à la société « Team Alpen » d'utiliser les pistes de ski de fond était limitée à 2 heures par journée, seule une partie des pertes d'exploitation de la société requérante était en lien avec la situation d'abus de position dominante, l'autre étant en réalité strictement liée aux mauvaises conditions d'enneigement.

22 Compte tenu des justifications apportées concernant les recettes moyennes annuelles et les charges pesant sur la société « Entre chiens et loups », vous ferez une juste appréciation de son préjudice commercial en lui allouant une somme de 5 000 euros.

23 Vous pourrez, selon nous, estimer que la société requérante a subi un préjudice lié à une perte ponctuelle de clientèle et de notoriété dans la mesure où elle n'a pu, à l'inverse de sa concurrente directe, proposer aucune véritable excursion en chiens de traîneau. La faiblesse de ses offres durant la période concernée, comparée à celles de la société « Team Alpen » rendues possibles par l'autorisation délivrée le 5 février 2016, n'a pu qu'inciter ses clients potentiels à se tourner vers son concurrent ; d'autant que, comme nous vous l'avons déjà dit, le site Internet de la commune et le programme des activités soulignaient ce déséquilibre des offres. Nous pensons toutefois que, compte tenu de la nature de cette activité essentiellement touristique, ce préjudice a été limité dans le temps à la période de faible enneigement. Nous vous proposons donc de n'allouer à la société requérante qu'une somme de 1 000 euros au titre de ce préjudice.

24 Enfin, nous pensons que vous ne retiendrez pas le préjudice moral invoqué par la société « Entre chiens et loups » ; selon nous, rien ne s'opposait à ce que ses chiens sortent et se dépensent, indépendamment de leur participation à une quelconque activité commerciale... Et à dire vrai, nous ne doutons pas et du moins l'espérons, que les chiens ont pu courir à leur aise durant les 35 jours de faible enneigement.

25 Par ces motifs nous concluons :

26 - à la condamnation de la commune d'Autrans-Méaudre-en-Vercors à verser à la société « Entre chiens et loups » une somme de 6 000 euros au titre du préjudice subi ;

27 - et à ce que soit mise à sa charge une somme de 1 200 euros au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Note universitaire

L'appel de la forêt pour le droit public de la concurrence

Anthony Bron

Elève-avocat, Diplômé du Master 2 Droit public des affaires de l'Université Jean Moulin Lyon

3

DOI : [10.35562/alyoda.6490](https://doi.org/10.35562/alyoda.6490)

¹ Rémy Schwartz déclarait dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'Etat du 30 juillet 2003 Société Caen distribution, que le "*droit de la concurrence issu de l'ordonnance du 1er décembre 1986 irradie tout le droit public*". Le jugement commenté en est une parfaite illustration.

² L'affaire en question concerne une activité peu connue de la jurisprudence administrative, le *mushing*. Originaire d'Amérique du nord, la pratique des excursions en chien de traîneau s'est développée depuis quelques décennies en France et notamment sur le plateau du Vercors, lieu où s'est cristallisé le présent litige.

³ En l'occurrence, le différend opposait deux sociétés concurrentes, dénommées "*Entre chiens et loups*" et "*Team Alpen*", proposant chacune d'elle des randonnées en chien de traîneau sur le territoire de la commune nouvelle d'Autrans-Méaudre-en-Vercors. La pratique de cette activité de pleine nature n'en demeurerait pas moins réglementée et cantonnée à certaines zones de la commune. En effet, le maire de ladite commune avait par arrêté du 18 février 2014, interdit cette activité sur l'ensemble des pistes de ski de fond au cours de la saison hivernale, et l'avait par arrêté du 24 novembre 2014, uniquement autorisé sur parcours balisé entre les hameaux des Tranchants et de Payenat.

⁴ Toutefois, le faible niveau d'enneigement des pistes réservées au *mushing* durant la saison hivernale 2015/2016, empêchait les sociétés concernées de proposer leurs excursions. Mme. X la gérante de la société "*Team Alpen*" a alors sollicité le maire de la commune, en lui demandant d'utiliser pour ses randonnées en chien de traîneau, une partie des pistes de ski de fond, situées plus en altitude et ne souffrant pas du manque de neige. Par arrêté du 5 février 2016, le maire l'a autorisée à disposer d'une partie des pistes du domaine de ski de fond, chaque jour de 18 heures à 20 heures jusqu'au retour d'un enneigement suffisant des pistes consacrées à l'activité chien de traîneau.

⁵ Faisant face aux mêmes difficultés d'enneigement, et voyant d'un mauvais œil qu'un tel avantage ait été accordé à sa concurrente, la société "*Entre chiens et loups*" a aussitôt demandé au maire à

bénéficiaire de la même autorisation. Par un message écrit sur téléphone du 12 février, le maire a rejeté sa demande.

⁶ S'estimant lésée de ne pas avoir pu mener son activité dans des conditions équivalentes à celle de sa concurrente directe, la société "*Entre chiens et loups*" a par conséquent saisi le tribunal administratif de Grenoble afin de faire condamner la commune d'Autrans-Méaudre-en-Vercors à l'indemniser du préjudice qu'elle estime avoir subi du fait des décisions du 5 et 12 février 2016, invoquant principalement l'existence d'une situation d'abus de position dominante créée par les deux décisions précitées.

La qualification des décisions du maire de mesures de police administrative

⁷ Il convient tout d'abord d'aborder la problématique relative à la qualification juridique des décisions du maire de la commune du 5 et du 12 février 2016. Les juges du tribunal administratif de Grenoble tout comme le rapporteur public, considèrent très justement que ces deux décisions s'apparentent à des mesures individuelles de police administrative, dès lors qu'elles encadraient l'activité chien de traîneau sur le territoire de la commune. En effet, ces deux décisions traduisent effectivement les pouvoirs de police du maire, qui rappelons-le est investi, en application des articles L. 2212-1 et L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, d'une compétence générale de police administrative au niveau communal, et doit à ce titre, protéger l'ordre public local, en adoptant des mesures à caractère réglementaire ou individuelle, nécessaires à la préservation de la sécurité, de la tranquillité, de la salubrité et de la moralité publique. Une telle qualification s'inscrit de plus, pleinement dans la jurisprudence du Conseil d'Etat qui énonce qu'une autorité de police peut selon les nécessités de l'ordre public, réglementer l'exercice d'une profession ou d'une activité dans la mesure où celle-ci risque d'y porter atteinte, à condition que la mesure soit justifiée par des circonstances de temps et de lieux et qu'aucune autre mesure moins contraignante ne puisse être adoptée. En l'espèce, il faut préciser que le maire de la commune avait déjà fait usage de ses pouvoirs de police pour réglementer le *mushing* sur l'ensemble du territoire communal, en adoptant d'une part, l'arrêté du 18 février 2014, qui interdisait pour préserver la sécurité et la tranquillité des fondeurs, ce type de randonnées sur les pistes ski de fond, et d'autre part, l'arrêté du 24 novembre 2014, qui de son côté limitait cette pratique à une zone bien précise de la commune. L'encadrement de cette activité par des mesures de portée générale paraissait nécessaire au vu de la nature même des randonnées en chien de traîneau qui implique qu'elles se réalisent sur de vastes espaces - dont les sociétés en cause n'étaient semble-t-il pas propriétaires au

regard des éléments factuels en notre possession - et surtout au vu des risques d'interférence de cette dernière avec d'autres types d'activités hivernales. Dès lors, l'arrêté du 5 février 2016 ne constituait qu'une dérogation aux arrêtés du 18 février et du 24 novembre 2014, en ce qu'il autorisait la société "Team Alpen" à réaliser des randonnées en dehors du secteur habituellement réservé à cette pratique, sur une partie des pistes de ski de fond, où celle-ci était d'ordinaire interdite. De surcroît, les deux décisions du maire du 5 et du 12 février 2016 n'avaient pas uniquement pour conséquence de réglementer l'activité des professionnels du *mushing* sur la commune d'Autrans-Méaudre-en-Vercors, elles avaient aussi pour effet de soumettre à autorisation l'exercice de cette activité, nous y reviendrons plus en détail ci-après.

Le contrôle par le tribunal administratif de Grenoble de la légalité des décisions de police administrative du 5 et 12 février 2016

Le maire de la commune susmentionnée a ainsi fait usage de ses pouvoirs de police pour réglementer l'activité économique des sociétés pratiquant le *mushing* sur son territoire. Or, depuis un avis du 22 novembre 2002, le Conseil d'Etat a pu énoncer que lorsque *"l'exercice des pouvoirs de police administrative est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures ont pour objectif la protection de l'ordre public ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spécifiques que l'administration a pour mission de protéger ou de garantir, n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la légalité de ces mesures de police administrative et qu'il appartient au juge de l'excès de pouvoir d'apprécier la légalité de ces mesures en recherchant si elles ont été prises compte tenu de l'ensemble de ces objectifs et de ces règles de concurrence"*. En l'espèce, les deux mesures querellées avaient bien un effet anticoncurrentiel impactant directement l'activité économique (de services) proposée par la société "Entre chiens et loups". Selon les termes de l'avis susmentionné, le juge administratif avait donc la possibilité d'apprécier la légalité de ces décisions, d'une part, au regard de la liberté du commerce et de l'industrie, et d'autre part, à l'aune des règles de concurrence essentiellement regroupées au sein de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (aujourd'hui codifié aux articles L. 420-1 et suivants du code de commerce), qui est entrée par l'arrêt société Million et Marais de 1997 - marquant le point de départ de l'opposabilité de ces règles aux décisions administratives - au sein du bloc de légalité du juge administratif. De manière regrettable et alors que cet argument avait

été soulevé par la requérante, le jugement commenté, demeure silencieux sur le contrôle de la conformité de ces mesures par rapport à la liberté du commerce et de l'industrie (2-1) mais procède *a contrario* à un examen en détail de la légalité de ces décisions au regard des règles de concurrence (2-2).

L'absence de contrôle des décisions à l'aune de la liberté du commerce et de l'industrie

⁹ Il est donc étonnant qu'après avoir mentionné dans un premier temps le considérant de principe de l'avis L&P de 2000 et dans un second temps que les mesures de police adoptées par le maire ne devaient porter aux règles de concurrence que des atteintes justifiées au regard des objectifs de protection de l'ordre public, les juges n'aient pas procédé au contrôle de la légalité de ces décisions par rapport à la liberté du commerce et de l'industrie. Rappelons que conformément à la jurisprudence du Conseil d'Etat, le juge administratif peut tout à fait examiner la légalité d'une mesure de police et *in fine* la censurer, au regard de la seule liberté du commerce et de l'industrie, sans qu'il ait besoin de se référer aux règles de concurrence. Le juge procède dans ce cas à un contrôle de proportionnalité identique à celui qu'il réalise pour apprécier la validité d'atteintes portées à tous les autres droits et libertés fondamentaux reconnus. La liberté du commerce et de l'industrie permet ainsi aux opérateurs économiques de s'opposer à toute forme d'interdiction ou de restriction de leurs activités économiques qui seraient le fait d'une autorité publique. A ce titre, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie rend illégale toute mesure de police prononçant une interdiction générale et absolue d'exercer une activité professionnelle sauf si elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, et que les atteintes portées à ce principe doivent être nécessaires et proportionnées à l'objectif d'intérêt général poursuivi ou aux circonstances particulières rencontrées. En l'espèce, il ressort des conclusions du rapporteur public que la décision de refus du 12 février 2016, était justifiée par le fait que la partie du domaine de ski de fond ouverte à la pratique du *mushing* était saturée, de telle sorte que son accès devait être réservé à une seule société exerçant ce type d'excursion. En l'occurrence, le caractère justifié et proportionné de la mesure pouvait être aisément critiqué pour plusieurs raisons. En effet, même si la saturation des pistes de ski de fond ouvertes aux randonnées en chien de traîneau proposé à la société "*Team Alpen*" aurait pu justifier, notamment pour des raisons de sécurité publique, un accès limité aux pistes, le maire aurait tout à fait pu partager les créneaux horaires d'accès à ces pistes entre les deux sociétés. Plus encore, les pistes de ski de fond n'étant réservées à cette activité qu'entre 18

heures à 20 heures - soit après la fermeture des pistes aux fondeurs - ce dernier aurait pu accorder à la société "*Entre chiens et loups*" un accès pendant ces horaires, à une autre partie du domaine skiable.

10

Au surplus, il convient de rappeler qu'en application de l'arrêt Daudignac et plus récemment de l'arrêt du Conseil d'Etat du 13 avril 2018 Établissement public du domaine national de Chambord, toute mesure de police subordonnant à autorisation l'exercice d'une profession non réglementée par la loi, est contraire à la liberté du commerce et de l'industrie. Or, les décisions du 5 et 12 février 2016, semblaient bien avoir pour effet de soumettre à autorisation l'exercice de l'activité chien de traineau des sociétés, puisqu'en l'absence d'un droit d'accès aux pistes de ski de fond, il était tout bonnement impossible pour chacune d'elle de proposer leurs services en cas de déficit d'enneigement. Ainsi, ces décisions semblaient aussi pour ce motif, non conformes à la liberté du commerce et de l'industrie.

Le contrôle des décisions au regard du droit de la concurrence

11

Les juges grenoblois ont donc fait le choix de se concentrer sur l'examen de la légalité des décisions querellées au regard des seules règles de concurrence en appréciant de manière approfondie si ces dernières étaient de nature à créer une situation d'abus de position dominante. Essentielle en droit de la concurrence, cette notion est définie par l'article 102 du TFUE qui stipule qu': "*Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci [...]*". L'article L. 420-2 du code de commerce reprend en droit interne cette définition. La caractérisation d'un abus de position dominante nécessite dans un premier temps, de délimiter le marché sur lequel il intervient, puis dans un second temps de réunir trois éléments qui sont, l'existence d'une position dominante, la démonstration d'une exploitation abusive de cette position ainsi que l'établissement d'un lien de causalité entre le pouvoir de domination de l'entreprise et l'abus qui lui est imputé. La particularité du jugement commenté est qu'après avoir rappelé la théorie de l'abus automatique de position dominante tel qu'issue de l'arrêt Höfner du 23 avril 1991 et appliquée par le Conseil d'Etat, il parvient à démontrer que la situation litigieuse est constitutive d'un abus de position dominante, en faisant intervenir à l'appui de son raisonnement d'autres notions du droit de la concurrence, celles des facilités essentielles et de droits exclusifs. Ainsi, les juges ont tout d'abord procédé à la définition du marché pertinent en cause (a).

Puis, les magistrats ont démontré que les pistes de ski de fond auxquelles la société "Team Alpen" avait accès, devaient être qualifiées d'infrastructure essentielle et plaçait *de facto* cette dernière en position dominante (b). Enfin, ils ont pu conclure qu'en accordant un droit exclusif d'accès à cette infrastructure, l'arrêté du 5 février 2016 avait eu pour effet de créer une situation d'abus de position dominante (c).

Le préalable obligatoire : la définition du marché pertinent

12

L'Autorité de la concurrence définit le marché pertinent "*comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. [...]*". La délimitation du marché pertinent procède donc de l'examen des caractéristiques objectives du produit en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre. Elle se fait en deux étapes : tout d'abord, l'Autorité identifie les biens et services qui s'échangent sur ce marché ; puis, elle définit la zone géographique concernée. En l'espèce, les juges administratifs s'attèlent avec minutie à la définition du marché pertinent. Ils mentionnent dans un premier temps, que le marché en cause porte sur une prestation de service consistant à proposer à leur clientèle des "*randonnées en traineau tracté par des chiens*", puisque les activités des deux sociétés sont pleinement substituables, et que les consommateurs désirant pratiquer ce type d'excursions peuvent opter alternativement pour l'une ou l'autre de celles-ci. Dans un second temps, les juges procèdent là encore de manière approfondie, à la limitation de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les clients peuvent pratiquer le *mushing*. Ils rappellent en tout d'abord, qu'une telle pratique s'exerçait au sein de la même vallée qualifiée "*d'étroite*" et "*d'isolée*", dont la configuration draine "*une clientèle touristique ou locale unique*". Et ce à juste titre, car la particularité de la zone géographique peut tout à fait être retenue comme élément de délimitation du marché pertinent. Ainsi, les secteurs géographiques où sont exercées les activités des deux sociétés ne sont pas sécables et doivent être appréciés globalement. De plus, la faible distance qui sépare les communes, d'Autrans et de Méaudre, implique que les touristes ou leurs habitants qui envisagent d'exercer des randonnées de ce type peuvent tout aussi bien se rapprocher de la société "*Entre chiens et loups*" que de l'entreprise "*Team Alpen*". En effet, la distance que les consommateurs sont prêts à parcourir pour accéder à un service est un élément à prendre en compte pour délimiter le marché géographique pertinent.

La qualification des pistes de ski de fond d'infrastructure essentielle, à l'origine de la position dominante de la société "Team Alpen"

13

Il appartenait ensuite aux juges de caractériser l'élément à l'origine de la position dominante de la société "Team Alpen" sur le marché de la randonnée en chien de traîneau. Selon la jurisprudence tant administrative que judiciaire, plusieurs éléments peuvent créer une position dominante, tels que la pratique de prix prédateurs, la fourniture de prestations gratuites, un monopole légal ou encore la mise à disposition de manière discriminatoire à un ou plusieurs opérateurs économiques d'une ressource ou d'une infrastructure essentielle. En effet, cette dernière notion ne s'applique pas qu'aux entreprises qui en sont détentrices mais aussi aux administrations qui en sont propriétaires. Selon la Cour de justice, si les *"infrastructures, produits ou services ne sont pas interchangeables, et qu'en raison de leurs caractéristiques particulières, et notamment du coût prohibitif de leur reproduction et/ou du temps raisonnable requis à cette fin, il n'existe pas d'alternatives viables pour les concurrents potentiels"* elles doivent être jugées essentielles. Ayant repris cette jurisprudence, l'Autorité de la concurrence, qualifie d'"essentielle", l'infrastructure possédée par une entreprise ou une personne publique en situation de position dominante (ou de monopole) qui répond aux conditions de non interchangeabilité, de non reproductibilité à un coût raisonnable et qui est l'unique *"porte d'accès"* à un marché aval. Ainsi, diverses formes d'infrastructures se sont déjà vu reconnaître la qualité d'infrastructures essentielles, comme un réseau de télécommunication, un réseau de transport d'électricité et de gaz, une installation aéroportuaire ou, une hélistation. En l'espèce, les juges grenoblois ont fait pleinement application de ces critères pour affirmer que les pistes de ski de fond mises à disposition de la société "Team Alpen" peuvent effectivement être qualifiées d'infrastructures essentielles. En effet, le domaine skiable de la commune n'est pas reproductible à un coût raisonnable et aucune autre infrastructure de ce type n'existe à proximité de la zone d'exercice de cette activité. Même si par arrêté du 18 février 2016, la société "Entre chiens et loups" s'est vue accorder par le maire, un accès à une partie du domaine de ski alpin (qui regroupait seulement deux parcelles d'une centaine de mètres de longueur), les juges indiquent très justement que cette zone ne représentait qu'un cheminement que de quelques centaines de mètres, qui ne permettait aucunement la mise en œuvre de l'activité de la société requérante dans des conditions similaires à sa concurrente, qui elle bénéficiait d'un circuit long de plus de sept kilomètres, lui permettant de proposer ses services dans conditions assez similaires à celles d'une période hivernale normale. En outre, ce caractère *"essentiel"* est

renforcé par l'absence de neige durant la saison 2015-2016 rendant impossible le *mushing* sur les pistes qui lui étaient habituellement réservées. Cependant, il faut rappeler que cette activité était depuis un arrêté du 24 novembre 2014, interdite sur les pistes dédiées au ski de fond et qu'au surplus elle ne peut être exercée que sur des pistes de neige damées. Par conséquent, en accordant à la société "*Team Alpen*" un accès à certaines pistes de ski de fond, le maire a placé cette dernière en position dominante. Que la Cour de justice définit comme la "*position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne un pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité d'adopter des comportements*" indépendamment de ses concurrents et des consommateurs. Il convient de préciser qu'une part de marché supérieure à 50 % ou encore la présence de barrières à l'entrée sont des indices d'une possible position dominante. Or, ici, grâce à son accès à une partie du domaine de ski de fond, cette entreprise était la seule à pouvoir proposer ce type d'activité sur un important certain secteur géographique notamment du fait d'impossibilité pour sa principale concurrente de pouvoir accéder à l'infrastructure, lui permettant de mener son activité dans des conditions normales. Elle détenait alors un important pouvoir de marché, de nature à altérer le fonctionnement de la concurrence sur ce marché.

L'octroi d'un droit exclusif à l'origine du caractère abusif de la position dominante

14

Enfin, une fois l'infrastructure essentielle identifiée, les juges nous précisent que l'accès octroyé à la société "*Team Alpen*" s'apparentait à un droit exclusif en ce sens que seule cette entreprise pouvait accéder à cette partie du domaine skiable de fond pour pratiquer le *mushing*. Il est utile de rappeler qu'aux termes de l'article 2 de la directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques les droits exclusifs sont définis comme "*des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument juridique, réglementaire et administratif, qui lui réserve le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné*". Toutefois, il n'existe pas en droit interne, de définition textuelle de cette notion - hormis l'article L. 1212-1 du code de la commande publique - et même si le Conseil d'Etat l'utilise, il ne l'a jamais explicité. Il convient donc de se référer à la doctrine qui définit le droit exclusif comme un privilège légal conférant "*une exclusivité sur un marché, un monopole*". C'est donc à bon droit que les magistrats ont jugé que l'autorisation délivrée par l'arrêté du 5 février constituait un droit exclusif. S'agissant de la légalité de tels droits, l'article 106 TFUE stipule que les "*Etats membres en ce qui*

concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du traité, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus".

L'instauration de droits exclusifs n'est donc pas interdite par le droit de l'Union sous réserve que leur octroi n'aille pas à l'encontre des règles de concurrence en constituant par exemple une situation d'abus de position dominante. En outre, le Conseil d'Etat et la Cour de justice sont venus indiquer que l'attribution de tels droits présuppose la constitution d'une position dominante. Par ailleurs, il ressort de la jurisprudence administrative que l'octroi d'un droit exclusif d'utiliser une infrastructure essentielle est constitutif d'un abus de position dominante à moins de justifier les restrictions d'accès par des raisons objectives en ce sens qu'un accès exclusif accordé pour des motifs "*techniques*" ou "*financiers*" peut être admis, seulement si son attribution a fait l'objet d'une publicité préalable. Ainsi, en accordant à la société "*Team Alpen*" l'exclusivité de l'accès à une infrastructure essentielle - consistant en une partie des pistes de ski de fond de la commune - pour exercer son activité *mushing* en période de faible enneigement, sans au préalable avoir procédé à une procédure de mise en concurrence, le maire a favorisé l'exploitation abusive de la position dominante de cette entreprise. L'arrêté du 5 février 2016 a donc eu effet de créer une situation de quasi-monopole en faveur de l'entreprise "*Team Alpen*", car elle seule pouvait proposer des randonnées en chien de traîneau sur la commune. En effet, la société "*Entre chiens et loups*" à défaut de pouvoir accéder à une infrastructure similaire, n'était par conséquent pas en mesure de pouvoir exercer son activité et par extension de la concurrencer. Il est néanmoins regrettable que le jugement n'ait pas contrôlé si le motif d'intérêt général invoqué par le maire (*i.e* la saturation des pistes de ski de fond ouvertes au *mushing*) pouvait ou non justifier l'atteinte aux règles de concurrence.

La réparation du préjudice né de la pratique anticoncurrentielle

15

Après avoir caractérisé la situation d'abus de position dominante, les juges procèdent à l'évaluation du préjudice subi par la société requérante. En effet, selon la jurisprudence administrative, les pratiques anticoncurrentielles commises par les personnes publiques sont constitutives de fautes de nature à engager leur responsabilité. Le jugement commenté rappelle par ailleurs, conformément à l'arrêt du Conseil d'Etat Société Fromagère de Charchigné du 27 juillet 2015, que l'évaluation des préjudices résultant d'une part, de l'impossibilité de couvrir les charges fixes par des recettes d'exploitation et d'autre part, de la perte de bénéfice, doit tenir compte des pertes de recettes subies par la société victime de la

pratique, diminuées des charges qu'elle n'a pas eu à exposer et augmentées, le cas échéant des charges supplémentaires provoquées par l'interruption de son activité. En l'espèce, les juges grenoblois n'ont tout d'abord, que très partiellement fait droit aux demandes de la société requérante concernant le préjudice d'exploitation, en accordant une indemnité de 3 000 euros sur les 17 000 demandés, aux motifs que son activité n'a été impactée qu'à compter de la notification de la décision de refus du 12 février 2016, et que la délivrance d'un hypothétique accès équivalent aux pistes, n'aurait pas eu pour conséquence de multiplier par deux sa clientèle. Les magistrats ont aussi procédé à l'indemnisation du préjudice lié à la perte de clientèle et de notoriété en le considérant en lien avec l'illégalité. En revanche, ces derniers n'ont pas admis l'existence d'un tel lien concernant la réparation du préjudice moral invoqué par la société et tenant au fait qu'elle n'ait pas pu faire courir ses chiens, puisque celles-ci n'empêchaient pas la société de sortir ces chiens en dehors de toute activité commerciale.

16

En conclusion, ce jugement confirme que le juge administratif s'est aujourd'hui pleinement saisi du droit de la concurrence et qu'à ce titre, les maires de communes supports de stations de ski (alpin ou de fond) doivent particulièrement veiller à ce que l'usage de leur pouvoir de police pour réglementer certaines activités économiques présentes sur leur territoire, ne soit pas de nature à créer des pratiques anticoncurrentielles.