



HAL
open science

Chiens de traîneau, (absence de) neige et concurrence

Sébastien Brameret

► **To cite this version:**

Sébastien Brameret. Chiens de traîneau, (absence de) neige et concurrence. Revue Lamy de la Concurrence, 2019, 83, pp.33-37. hal-02137837

HAL Id: hal-02137837

<https://hal.science/hal-02137837v1>

Submitted on 23 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Chiens de traîneau, (absence de) neige et concurrence »
Note sous TA Grenoble, n° 1604784, *Société Entre chiens et loups*

Version de travail ; publication RLC, 2019, en cours

Sébastien BRAMERET

Maître de conférences
Univ. Grenoble Alpes, CRJ, F-38000 Grenoble

Le fait, pour une collectivité territoriale, de limiter l'accès à une piste damée à une seule société pratiquant l'activité de chien de traîneau, fût-ce pour un motif lié au faible enneigement de la station, place celle-ci dans une situation d'abus automatique de position dominante et ouvre droit, pour son concurrent, à réparation sur le fondement de la responsabilité pour faute simple.

TA Grenoble, 20 novembre 2018, n° 1604784, *Société Entre chiens et loups*, concl. V. André (disponibles sur <https://alyoda.eu>)

Mots-clefs : droit public de la concurrence ; abus automatique de position dominante ; responsabilité pour faute

L'absence de neige dans les massifs montagneux de moyenne altitude fait peser de lourdes contraintes sur les collectivités territoriales. Outre les enjeux économiques liés la production de neige artificielle et à l'exploitation des domaines skiables (de piste ou nordique), un certain nombre d'autres d'activités hivernales subissent également les aléas climatiques. C'est notamment le cas des chiens de traîneaux.

Bien loin des mythiques traversées du Klondike sauvage véhiculées par Jack London dans son *Appel de la forêt*, l'activité de chien de traîneau s'exerce, à titre principal, sur des pistes balisées, damées et spécialement réservées à cette pratique. Or, l'absence d'enneigement suffisant peut conduire à l'émergence de tensions entre les protagonistes de ce marché que nous n'osons qualifier « de niche ». L'affaire qui a conduit au rendu de la décision du 20 novembre 2018 par le tribunal administratif de Grenoble illustre ces tensions et permet de revenir sur les implications économiques de certains actes de puissance publique (n° 1604784, *Société Entre chiens et loups*, concl. V. André, www.alyoda.eu).

Par deux arrêtés (28 février et 24 novembre 2014), le maire de la commune d'Autrans a, d'une part, interdit formellement les activités étrangères au ski de fond sur les pistes spécialement aménagées à cet effet au cours de la période hivernale et, d'autre part, limité l'exercice des activités de chien de traîneau à un parcours balisé sur le territoire communal, distinct des pistes de ski nordique. L'absence notable de neige au cours de l'hiver 2015-2016 a cependant montré les limites de cet encadrement réglementaire. Devant l'impossibilité de créer et d'entretenir une piste spécifique pour l'activité de chien

de traîneau, le maire de la commune (devenue au 1^{er} janvier 2016 la commune nouvelle d'Autrans-Méaudre en Vercors) a, par un arrêté du 5 février 2016, autorisé la société Team Alpen et Mme Mériguet, *musher* exerçant habituellement son activité sur le territoire communal, à faire usage d'une partie des pistes de ski de fond (un tronçon de 7 km) pour son activité de chien de traîneau, de façon journalière et en dehors des horaires d'ouverture des pistes aux fondeurs (sur le créneau 18h-20 h), jusqu'au retour de meilleures conditions d'enneigement. La société Entre chiens et loups, qui exerce aussi l'activité de chien de traîneau, a effectué une demande similaire. Le maire a d'abord opposé un refus à cette demande, par le biais d'un « message écrit sur téléphone » reçu le 12 février 2016 (TA Grenoble préc., point 1), évoquant le fait que « le site de Gêve est saturé » et qu'il n'est, dès lors « pas possible d'accorder une autre autorisation que celle accordée à Mme Mériguet de façon très exceptionnelle » (le contenu du texte est cité par la rapporteure publique, dans ses conclusions, accessibles sur : <https://alyoda.eu>).

Dans l'espoir de satisfaire, au moins partiellement, la demande de la société Entre chiens et loups, le maire lui a accordé, par un arrêté du 18 février 2016, un accès à deux parcelles cadastrales situées sur le domaine de ski alpin de la commune (et sur une plage horaire de 14h à 17h), mais ne représentant que quelques centaines de mètres. Le tribunal administratif de Grenoble a alors été saisi de la question de la légalité de telles mesures de police, restreignant l'exercice d'une activité économique sur le territoire communal. Plus précisément, il s'agissait de savoir si les décisions du maire plaçaient nécessairement la société Team Alpen et Mme Mériguet dans une situation d'abus de position dominante et si, dans l'affirmative, cela permettait d'engager la responsabilité communale. À ces deux questions, le juge administratif répond par l'affirmative, censurant les décisions du maire et engageant la responsabilité de la commune. L'intérêt principal de ce jugement réside dans le fait qu'il s'agit de l'une des rares décisions dans lesquelles le juge administratif censure un acte administratif sur le fondement de la violation du droit de la concurrence et, par extension, accepte d'engager la responsabilité de la personne publique, pour avoir placé l'entreprise destinataire d'un acte de police administrative dans une situation contraire à la concurrence. Au-delà de cette spécificité, la confrontation des actes de puissance publique au droit de la concurrence est devenue classique et l'engagement de la responsabilité de la personne publique du fait de la violation du droit de la concurrence, logique.

L'application (classique) du droit de la concurrence à un acte de police administrative

La question de l'application du droit de la concurrence aux activités économiques des personnes publiques ne pose – *a priori* – pas de difficulté, l'article L. 410-1 du Code de commerce attribuant une compétence générale à l'Autorité de la concurrence pour connaître de toutes « les activités de production, de distribution ou de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques » (sur cette question, v., not., G. Clamour, S. Destours, A. Podlinski, « Droit de la concurrence publique », J. Cl. collectivité territoriale, Fasc. 571). Plus délicate est la question de la soumission des actes de puissance publique au droit de la concurrence.

Historiquement, c'est le Tribunal des conflits qui a invité le juge administratif à prendre en compte les règles de concurrence lors de son contrôle de légalité, dans une décision aussi obscure que commentée. Il rappelle qu'un acte d'organisation d'une activité de service public n'est pas assimilable à une activité de production, de distribution ou de service au sens du droit de la concurrence et ne saurait donc échapper à la compétence de la juridiction administrative, mais ajoute qu'il appartient à cette dernière de « *vérifier la validité de cet acte au regard (du droit de la concurrence)* » (T. confl., 6 juin 1989, préfet Région Île-de-France : Rec. CE 1989, p. 293 ; RFD adm. 1989, p. 457, concl. B. Stirn ; AJDA 1989, p. 431, chron. M. Honorat et M. Baptiste ; RD publ. 1989, p. 1780, note Y. Gaudemet ; JCP G 1990, II, 21395, note P. Terneyre).

Après un refus de presque dix ans, le Conseil d'État a, dans son célèbre arrêt *Million et Marais*, enfin accédé à l'invitation du Tribunal, en acceptant de vérifier si l'acte administratif dont il était saisi avait « *créé au profit de cette entreprise une position dominante* » au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce (CE, sect., 3 nov. 1997 ; Lebon, p. 406, concl. J.-H. Stahl ; AJDA 1997, p. 945, chron. T.-X. Girardot et F. Raynaud ; AJDA 1998, p. 247, note O. Guézou ; RFDA 1997, p.1228, concl. J.-H. Stahl). S'en est suivie une jurisprudence relativement abondante, dans laquelle le Conseil d'État a dessiné, par touches successives, les contours d'une jurisprudence parfois baroque (en ce sens, v. not., S. Nicinski, *Droit public de la concurrence*, LGDJ Systèmes, 2005, 240 p. ; G. Clamour, S. Destours, M. Foglia, « *Droit public de la concurrence* », J. Cl. collectivité territoriale, Fasc. 572).

L'affaire soumise au tribunal administratif était, de ce point de vue, relativement simple. Par plusieurs actes de police administrative, le maire de la commune d'Autrans a restreint l'accès aux pistes damées à une seule entreprise. Reprenant quasi textuellement les développements de l'avis *L&P publicité* (CE, sect., avis cont., 22 nov. 2000, n° 223645 ; Lebon, p. 526, concl. S. Austray ; RFDA 2001, p. 872, concl. ; AJDA 2001, p. 198, note M.-C. Rouault ; D. 2001, p. 2110, note N. Albert ; D. 2001, p. 1235, obs. G. Gonzalez ; RDP 2001, p. 393, note C. Guettier.), le tribunal relève que « *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* » (jug. préc., point 3). La qualification juridique de l'acte administratif ne posait, en l'espèce, aucune difficulté sérieuse. Il ne s'agissait pas d'un acte de gestion du domaine public, dont la qualification pour les pistes de ski demeure par ailleurs incertaine, **même si elle a été clarifiée par le Conseil d'État** (A remplacer par CE 2014 Val d'Isère GADAB - **en ce sens, v. P. Yolka, « Le statut des pistes de ski : nouveaux développements », Note sous CAA Lyon, 3 février 2005, Welma Pachod et 17 novembre 2005, Commune de St-Bon-Tarentaise, JCP A, 2006, n° 46, comm. 1264**). Il n'était d'ailleurs pas démontré que l'intégralité des 7 km de pistes damées traversait des parcelles de terrain appartenant à des personnes publiques. Au contraire, le maire avait, par sa décision, encadré les conditions d'exercice d'une activité économique privée.

Le tribunal aurait peut-être pu se placer sur le terrain, plus classique, de l'atteinte par l'acte de police, au principe de la liberté du commerce et de l'industrie. Invoquant les jurisprudences (classiques) *Société des autobus antibois* (CE, sect., 29 janv. 1932 : Lebon, p. 117) et *Daudignac* (CE, ass., 22 juin 1951 : Lebon, p. 362), il aurait alors cherché à voir si l'acte présentait un caractère disproportionné au regard de l'objectif poursuivi par l'autorité administrative. En l'espèce, le fait d'invoquer la saturation du site alors que celui-ci est fermé au public (et en particuliers aux fondeurs, dont la cohabitation avec l'espèce canine peut parfois présenter des difficultés) sur les horaires réservés aux chiens de traineau semble assez disproportionné à l'objectif de police poursuivi. Et ce d'autant plus qu'il s'agissait de donner un accès à deux sociétés n'exploitant que quelques équipages.

En l'espèce, l'affaire donnait l'occasion aux juges du fond de mobiliser les règles de droit de la concurrence à l'appui d'une censure d'un acte administratif, ce qui n'est pas si fréquent, comme le relève la rapporteure publique dans ses conclusions.

La question qui se posait était alors celle de savoir si cet acte était susceptible de placer son destinataire dans une situation contraire à la concurrence et plus précisément dans la situation d'abuser automatiquement de sa position dominante. Le tribunal rappelle bien à cet égard que « *si l'exercice du pouvoir de police n'a pas légalement par lui-même pour objet de créer une position dominante sur un marché pertinent, il peut néanmoins avoir un tel effet en favorisant un ou plusieurs acteurs économiques* » (jug. préc., point 3). Le juge administratif reprend ainsi une distinction devenue classique depuis les jurisprudences *Ville de Pamiers* (T. confl., 6 juin 1989, préc.) et *Million et Marais* (CE, sect., 3 nov. 1997, préc.), distinguant clairement la nature juridique de l'acte administratif de son effet potentiellement économique. L'acte relève bien de la compétence du juge administratif dans la mesure où il s'agit d'un acte pris dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, mais peut se voir opposer les règles de la concurrence dès lors qu'il est susceptible de placer son destinataire dans une situation contraire à la concurrence (à titre principal entente ou abus de position dominante), c'est-à-dire dans les cas où il a un effet économique. En l'espèce, l'acte de police du maire entre dans cette qualification, dans la mesure où il a pour objectif de réglementer l'exercice d'une activité économique privée. Il en aurait pu en être différemment s'il s'était agi, pour la collectivité territoriale, de prendre un acte de gestion du domaine. Dans ce cas, la jurisprudence administrative reconnaît que l'acte peut « *avoir pour objet* » et non seulement « *pour effet* » de créer une situation anticoncurrentielle (v., not., CAA Paris, 7 févr. 2013, n° 10PA05686 et n° 11PA02805, RATP ; RLC 2013/35, obs. G Clamour).

L'abus de position dominante est défini par l'article L. 420-2 du code de commerce, qui prohibe « *l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci* ». À la différence de l'entente, par nature interdite, la position dominante d'une entreprise sur un marché n'est par principe pas interdite. Seule son exploitation abuse l'est, le droit de la concurrence cherchant à trouver un équilibre entre libre jeu de la concurrence et risque de distorsion de celle-ci. L'analyse de la réalité de l'abus d'une position dominante est parfois délicate pour la juridiction, qui rappelle que « *la création d'une position dominante par l'effet d'une mesure de police n'est incompatible avec le respect des dispositions relatives à la concurrence que si cette réglementation conduit nécessairement à l'exploitation de la position dominante de manière abusive* » (jug. préc.,

point 3). Les juges mobilisent ici – là encore de façon classique – le raisonnement du juge européen et sa théorie dite de l'abus automatique de position dominante (pour l'une des premières affaires, v. CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser, pt 29 : Rec. CJCE 1991, p. I -1979). Le fonctionnement du juge européen a été parfaitement résumé par J. Arrighi de Casanova, qui relève que cette théorie permet d'appréhender « *l'acte administratif dans ses effets et de rechercher simplement s'il place nécessairement les agents économiques qui en sont destinataires – et qui sont directement soumis, eux, (au droit des pratiques anticoncurrentielles) – en situation d'en méconnaître les prescriptions* » (concl. sur CE, 13 oct. 1999, Cie Air France : AJDA 2000, p. 86).

Dans l'affaire de la société Entre chiens et loups, le tribunal administratif s'appuie sur une série de quatre considérations pour conclure à un abus automatique de position dominante. En premier lieu, le marché pertinent des deux entreprises est identique, les deux entreprises exerçant la même activité, « *dans les mêmes secteurs géographiques* » (jug. préc., point 4). En deuxième lieu, l'acte administratif a pour objet de réglementer l'accès des deux entreprises à « *des infrastructures essentielles* » à l'exercice de leur activité, « *sans lesquelles l'activité en question était impossible* » (jug. préc., point 5). En troisième lieu, l'encadrement de l'activité des deux entreprises n'est pas équivalent, la société Entre chiens et loups ne disposant manifestement pas d'un accès aussi développé ni satisfaisant aux pistes que la Team Alpen (jug. préc., point 6). En dernier lieu, le fait de réserver l'accès à la piste de 7 km à la seule société Team Alpen lui a « *conféré un droit exclusif la plaçant dans une situation d'abus de position dominante* » (jug. préc., point 7). Le tribunal conclut de l'ensemble de ces considérations que « *les décisions du maire de la commune ont 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* » (jug. préc., point 8), la plaçant ainsi dans une situation nécessairement contraire à la concurrence.

La seule possibilité, pour la commune, d'échapper à une censure, aurait été de démontrer que les décisions du maire étaient fondées sur des considérations d'intérêt général, car, comme le relève C. Bergéal, « *l'octroi d'une position dominante n'est pas, en soi, condamnable dès lors qu'elle est justifiée par l'intérêt général* » (concl. sur CE, 27 juill. 2001, CAMIF, BJCP 2001, p. 505). Cette approche de l'opposabilité du droit de la concurrence a permis au juge administratif de concilier celui-ci avec d'autres impératifs, liés par exemple à la continuité du service public (CE, 30 juin 2004, n° 258999, Département de la Vendée ; Lebon, p. 277 ; RJEP 2004, p. 487, concl. P. Collin ; AJDA 2004, p. 2210, note S. Nicinski ; Dr. adm. 2004, comm. 161, obs. M. Bazex et S. Blazy ; AJDA 2004, p. 2309, obs. N. Charbit ; RLC 2005/1, n° 50, obs. S. Destours).

L'engagement (logique) de la responsabilité pour faute de la commune du fait d'un acte de police administrative

Le juge administratif n'acceptant que rarement de censurer un acte administratif sur le fondement de la violation du droit de la concurrence, le juge administratif n'a eu que rarement l'occasion d'engager la responsabilité de la puissance publique, S. Nicinski n'en recensant que deux exemples (in Droit public des affaires, LGDJ, 2018, 6^e éd., n° 557 : TA Bastia, 6 févr. 2003, SARL Autocars Mariani c/ Département de la Haute-Corse : DA,

2003, n° 104, note R. Roux ; CAA Paris, 4 déc. 2003, Société d'équipement de Tahiti et des Îles : Contrats-Marchés publ. 2004, comm. 54, obs. G. Eckert ; AJDA 2005, p. 200, note S. Nicinski ; RLC 2005/3, n° 216, note G. Clamour). L'intérêt du jugement du tribunal administratif du 20 novembre 2018 n'en est que renforcé.

Pour autant, d'un point de vue théorique, rien ne s'oppose à ce que « *la création (d'une) situation anticoncurrentielle (soit) 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* » (V. André, concl. préc.). Le jugement du tribunal s'inscrit dans la continuité directe du Tribunal des conflits, selon lequel « *les décisions par lesquelles ces personnes assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, relèvent de la compétence de la juridiction administrative pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes publiques* » (T. confl., 18 oct. 1999, ADP et Cie nat. Air France c/TAT European Airlines : Lebon, p. 469, concl. R. Schwartz ; AJDA 1999, p. 996, chron. P. Fombeur et M. Guyomar ; AJDA 1999, p. 1029, note M. Bazex ; RFDA 2000, p. 567, note Y. Laidié).

Le jugement *Société Entre chiens et loups* serait le premier exemple d'engagement de la responsabilité de la personne publique du fait d'un acte de police administrative plaçant son destinataire dans une situation d'abus automatique de position dominante. Dans les deux affaires similaires évoquées, l'engagement de la responsabilité était retenu d'une part à l'encontre d'un acte de gestion du domaine public plaçant son destinataire dans une situation d'abus de position dominante (CAA Paris, 4 déc. 2003, préc.) et, d'autre part, contre la procédure de passation d'un contrat de la commande publique, dès lors que le choix de la personne publique avalise une entente illicite à laquelle prendrait part l'entreprise retenue (TA Bastia, 6 févr. 2003, préc.).

Une fois admise dans son principe, la responsabilité de la collectivité territoriale du fait de la création d'une situation anticoncurrentielle illégale peut être recherchée sur le fondement de la faute simple et la personne publique « *ne saurait invoquer l'absence de faute lourde au regard de la complexité de la mission* » qui lui est confiée (CAA Paris, 4 déc. 2003, préc.). En l'espèce, aucune circonstance particulière ne laisse penser qu'un tel régime aurait pu être mobilisé et le tribunal administratif accepte la réparation des préjudices de nature commerciale en lien direct avec la méconnaissance des règles du droit de la concurrence : préjudice commercial de l'entreprise lié à l'interruption de l'activité (perte de bénéfices et impossibilité de couvrir les charges par les recettes) et à la perte de notoriété et de clientèle. Il rejette par contre les demandes relatives à la reconnaissance d'un préjudice moral tenant au fait de ne pas avoir pu faire courir les chiens durant la période concernée. À cet égard, la rapporteure publique constate – non sans une ironie certaine – qu'il n'est pas en lien direct et certain avec l'illégalité commise par le maire, dès lors que « *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* » (concl. préc.).