

Grosses délivrées  
aux parties le :

**RÉPUBLIQUE FRANÇAISE**  
**AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS**

**COUR D'APPEL DE PARIS**

**Pôle 5 - Chambre 5-7**

**ARRÊT DU 12 MAI 2016**

(n° **71**, 12 pages)

Numéro d'inscription au répertoire général : **2015/00301**

Décision déferée à la Cour : n° **14-D-18** rendue le **28 novembre 2014**  
par l'**AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**

**DEMANDERESSE AU RECOURS :**

- **La société BRANDALLEY, S.A.**

Prise en la personne de son représentant légal  
Dont le siège social est : 19 rue de la Provence 75009 PARIS  
Elisant domicile au Cabinet de Maître François TEYTAUD  
61, boulevard Haussmann 75008 PARIS

Représentée par :

- Maître François TEYTAUD,  
avocat au barreau de PARIS,  
toque : J125  
61, boulevard Haussmann 75008 PARIS  
- Maître Valérie LEDOUX et Maître Caroline LEVRARD,  
avocates au barreau de PARIS  
Cabinet RACINE  
40 rue de Courcelles 75008 PARIS

**PARTIES INTERVENANTES :**

- **La société Showroomprivé.com, SARL,**

Prise en la personne de son représentant légal  
Dont le siège social est : 1 rue des Blés - ZAC de la Mont Joie 93212 LA PLAINE SAINT DENIS  
Elisant domicile au Cabinet AARPI BREDIN PRAT  
130, rue du Faubourg Saint-Honoré 75008 PARIS

Représentée par :

- Maître Olivier BILLARD et Maître Pierre HONORE,  
avocats au barreau de PARIS  
AARPI BREDIN PRAT  
130, rue du Faubourg Saint-Honoré 75008 PARIS

- **La société VENTE-PRIVÉE. COM, S.A.**

Prise en la personne de son représentant légal  
Dont le siège social est : 249 avenue du Président Wilson 93210 LA PLAINE SAINT DENIS

Elisant domicile au Cabinet DARROIS VILLEY MAILLOT BROCHIER

69, avenue Victor Hugo 75116 PARIS

Représentée par :

- Maître Constance BOCKET et Maître Didier THÉOPHILE  
avocats au barreau de PARIS  
AARPI DARROIS VILLEY MAILLOT BROCHIER,  
69, avenue Victor Hugo 75116 PARIS

**EN PRÉSENCE DE :**

**- L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**

représentée par son président  
11 rue de l' Echelle 75001 PARIS

représentée à l'audience par M. Henri GENIN, muni d'un pouvoir

**- M. LE MINISTRE DE L'ECONOMIE, DE L'INDUSTRIE ET DU NUMÉRIQUE**

D.G.C.C.R.F  
Bât.5,  
59 boulevard Vincent Auriol 75703 PARIS CEDEX 13

représentée à l'audience par M. André MARIE, muni d'un pouvoir

**COMPOSITION DE LA COUR :**

L'affaire a été débattue le 11 février 2016, en audience publique, devant la Cour composée de :

- M. Olivier DOUVRELEUR, Président de chambre, Président
- Mme Valérie MICHEL- AMSELLEM, Présidente de chambre
- Mme Laurence FAIVRE, Conseillère

qui en ont délibéré

**GREFFIER**, lors des débats : M. Benoît TRUET-CALLU

**MINISTÈRE PUBLIC :**

L'affaire a été communiquée au ministère public, représenté lors des débats par Mme Madeleine GUIDONI, avocate générale, qui a fait connaître son avis.

**ARRÊT :**

- contradictoire

- prononcé publiquement par mise à disposition de l'arrêt au greffe de la Cour, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 450 du code de procédure civile.

- signé par M. Olivier DOUVRELEUR, président et par M. Benoît TRUET-CALLU, greffier.

## Faits et procédure

Par lettre du 21 octobre 2009, la société Brandalley a saisi l'Autorité de la concurrence (ci-après l'Autorité) de pratiques mises en œuvre par la société Ventesprivees.com qu'elle jugeait contraires à l'article L. 420-2 du code de commerce. Elle soutenait que cette société abusait de la position dominante qu'elle détenait sur le marché de la "vente événementielle privée sur internet" en imposant aux grandes marques qu'elle distribue une clause d'exclusivité leur interdisant de commercialiser leurs stocks d'invendus auprès d'autres sites internet concurrents.

Le 19 juillet 2011, une notification de griefs a été adressée à la société Ventesprivees.com pour avoir, depuis 2005, *"abusé de sa position dominante sur le marché français de la vente événementielle en ligne en contractant avec ses fournisseurs des clauses d'exclusivité et de non concurrence leur interdisant, pour une durée injustifiée, de passer par un site de vente événementielle en ligne concurrent"*, cette pratique contraire aux articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE ayant *"eu pour objet et pour effet de conforter la position de Vente-privee.com en rendant artificiellement plus difficile l'entrée et le développement d'entreprises concurrentes sur ce marché."*

Après que les parties eurent présenté leurs observations sur ce grief, un rapport a été établi et l'Autorité a tenu sa séance sur cette affaire le 10 septembre 2014.

Par décision n° 14-D-18 du 28 novembre 2014, elle a considéré, d'une part, que l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne, tel que défini dans la notification de griefs et pour la période 2005-2011 n'était pas établie et, d'autre part, qu'il n'était *"plus concevable, à ce jour, d'analyser la substituabilité du côté de la demande pour la période visée par le grief notifié"*, dans la mesure où *"la perception contemporaine qu'ont les acteurs du marché sur les possibilités de substitution qui leur étaient offertes ou qu'ils considéraient comme telles il y a près d'une décennie ne pourrait être considérée aujourd'hui comme suffisamment fiable"*. En conséquence, elle a décidé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure.

L'Autorité a, cependant, procédé "à toutes fins utiles", à un examen des clauses litigieuses au regard des principes d'analyse des exclusivités de distribution et d'achat, tels que fixés par la jurisprudence et la pratique décisionnelle des autorités de concurrence. C'est ainsi qu'elle a observé qu'il ressortait des contrats conclus entre Ventesprivees.com et ses fournisseurs une incertitude quant à la portée exacte des clauses d'exclusivité qui y figuraient. Elle a, en effet, noté que certains fournisseurs considéraient que ces clauses leur interdisaient de contracter avec des concurrents pour écouler toute autre partie de leurs stocks, tandis que selon Ventesprivees.com, ces clauses ne s'appliquaient qu'aux produits qui étaient l'objet de la vente répertoriée. L'Autorité a, par ailleurs, constaté que la durée de ces clauses étaient *"systématiquement supérieure à la période couvrant la vente et la gestion du retour des invendus, soit seize semaines"*, et elle a rappelé que selon sa pratique décisionnelle, la durée des clauses d'exclusivité ne devait pas être *"inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur"* et que si tel était le cas, ce type de clause pourrait être constitutif d'un abus de la part d'une entreprise en position dominante.

La société Brandalley a formé le 6 janvier 2015 un recours contre cette décision.

La société Showroomprivé.com est intervenue volontairement à l'instance.

## La Cour,

Vu la décision de l'Autorité de la concurrence n° 14-D-18 du 28 novembre 2014 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la vente événementielle en ligne ;

Vu la déclaration de recours en annulation et/ou en réformation déposée le 6 janvier 2015 par la société Brandalley ;

Vu le mémoire au soutien de sa déclaration de recours déposé le 9 février 2015 par la société Brandalley ;

Vu les conclusions récapitulatives déposées le 20 novembre 2015 par la société Brandalley ;

Vu les conclusions d'intervention volontaire déposées le 30 janvier 2015 par la société Showroomprivé.com ;

Vu les conclusions et les conclusions en réplique et récapitulatives déposées le 28 avril 2015 et le 20 novembre 2015 par la société Showroomprivé.com ;

Vu la déclaration de jonction volontaire de la société Vente-privee.com en date du 6 février 2015 ;

Vu les conclusions déposées le 8 juin 2015 par la société Vente-privee.com ;

Vu les observations écrites déposées par le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique le 15 septembre 2015 ;

Vu les observations écrites déposées par l'Autorité de la concurrence le 15 septembre 2015 ;

Vu l'avis du ministère public ;

Après avoir entendu à l'audience publique du 11 février 2016 le conseil du requérant, qui a été mis en mesure de répliquer, de la société Showroomprivé.com, de la société Vente-privée.com ainsi que le représentant de l'Autorité de la concurrence, celui du Ministre de l'économie et le Ministère public ;

           **SUR CE,**

**La société Brandalley** fait d'abord valoir qu'il incombe à l'Autorité de la concurrence de définir le marché pertinent et que si le dossier qui lui est soumis ne contient pas les éléments nécessaires à cette définition, elle doit alors renvoyer l'affaire devant ses services d'instruction pour qu'ils procèdent à une instruction complémentaire. Elle soutient qu'en l'espèce, l'Autorité a violé cette obligation puisqu'elle s'est abstenue de définir le marché pertinent et a décidé, de façon inattendue et sans débat contradictoire préalable sur ce point, qu'il n'y avait pas lieu à poursuivre la procédure.

En second lieu, la société Brandalley soutient que c'est à juste titre que les services d'instruction de l'Autorité avaient conclu à l'absence de substituabilité entre la vente événementielle en ligne et les autres canaux de distribution de produits de déstockage. Elle souligne que ces services avaient mené leur analyse sur la base des critères de segmentation de marché habituellement retenus par les autorités de concurrence, lesquelles considèrent, en particulier, que les canaux de distribution physiques et en ligne ne sont pas suffisamment substituables pour être intégrés dans un même marché et que les circuits qui ne proposent une offre de produits qu'à titre accessoire n'exercent pas une pression concurrentielle suffisante sur les spécialistes pour être intégrés dans le même marché que ces derniers.

Au cas particulier de la vente événementielle en ligne, la société Brandalley fait valoir l'absence de substituabilité avec les canaux de distribution physique de produits invendus comprenant les solderies, les magasins d'usine, les showrooms physiques, les magasins traditionnels. Elle rappelle que les services d'instruction avaient relevé de nombreux éléments de différenciation, tenant en particulier à la zone de chalandise, la livraison à domicile, les contraintes horaires, l'image et le positionnement en gamme, la confidentialité des ventes, leur caractère prévisible, les prix pratiqués. Elle rappelle que les services d'instruction de l'Autorité avaient également mis en lumière l'absence de substituabilité entre les sites de vente

événementielle en ligne et les autres sites internet de distribution en ligne, lesquels se distinguent par les niveaux de prix, le caractère principal ou accessoire de l'offre de produits déstockés, la diversité des marques proposées, le positionnement dans la gamme, le caractère prévisible des ventes et leur confidentialité. Elle souligne que cette délimitation d'un marché de la vente événementielle en ligne est partagée par tous les acteurs, dont Vente-privee.com.

La société Brandalley souligne que la société Vente-privee.com détient plus de 80 % du marché de la vente événementielle en ligne, et qu'elle y exerce donc indiscutablement une position dominante. Elle observe, par ailleurs, que l'Autorité, si elle n'a pas qualifié les pratiques, puisqu'elle a refusé de faire de la vente événementielle en ligne un marché pertinent, a néanmoins donné dans sa décision des éléments d'analyse qui permettent de conclure au caractère abusif des clauses d'exclusivité. Elle considère que ce caractère abusif est, en toute hypothèse, établi par la fréquence de ces clauses, qui figurent dans la quasi-totalité des contrats passés par Vente-privee.com avec ses fournisseurs, par leur durée, supérieure à quatre mois dans plus de deux cas sur trois, et par leur portée en ce qu'elles exercent un effet de verrouillage.

A titre principal, la société Brandalley demande à la cour de juger que les clauses d'exclusivité mises en place par la société Vente-privee.com constituent un abus de la position dominante que celle-ci occupe sur le marché de la vente événementielle en ligne d'invendus et, en conséquence, d'une part, de prononcer contre elle une sanction pécuniaire déterminée compte tenu de la gravité et de la durée de ces pratiques et, d'autre part, de lui enjoindre de modifier les contrats la liant à ses fournisseurs. A titre subsidiaire, elle demande que la cour renvoie le dossier à l'Autorité pour que soit menée une instruction complémentaire.

**La société Showroomprivé.com**, intervenue volontairement à l'instance, soutient que l'Autorité, qui devait définir le marché pertinent, s'est abstenue de le faire, en violation de l'obligation qui lui incombait et alors, de surcroît, que ses services d'instruction avaient conclu à l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne sur lequel Vente-privee.com disposait d'une position dominante et en avait abusé.

Elle considère que l'Autorité a commis une erreur méthodologique et une erreur de droit en confondant "pression concurrentielle" et "substituabilité des produits", celle-ci permettant seule de délimiter le marché de produits pertinent. Elle reproche à l'Autorité de ne pas avoir tenu compte de la nature biface du marché de la vente événementielle et elle fait valoir que le dossier issu de l'instruction par les rapporteurs contenait tous les éléments de fait et de droit nécessaires et suffisants pour constater l'existence d'un marché aval de la vente événementielle en ligne, et en particulier les éléments d'analyse de la substituabilité. Elle fait valoir que Vente-privee.com détient sur ce marché une position dominante, supérieure à 80 %, et que les clauses d'exclusivité qu'elle impose à ses fournisseurs ont un caractère abusif, l'Autorité ayant elle-même fait part de ses doutes. Enfin, la société Showroomprivé.com soutient que l'Autorité a violé l'article R. 463-7 du code de commerce en ne renvoyant pas le dossier à l'instruction, qu'elle a méconnu le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement et le principe du contradictoire. Pour ces motifs, elle demande à la cour d'annuler la décision de l'Autorité.

**La société Vente-privee.com**, qui s'est jointe volontairement à l'instance, demande à la cour de rejeter le recours de la société Brandalley. A titre principal, elle approuve l'Autorité d'avoir considéré que l'instruction, contrairement aux conclusions des rapporteurs, n'avait pas permis d'établir l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne. A cet égard, elle soutient, d'une part, que les rapporteurs ont recherché les spécificités de la vente événementielle en ligne en se plaçant du point de vue de l'ensemble des consommateurs, alors qu'ils auraient dû se placer du seul point de vue des clients des sites internet de ventes événementielles et, d'autre part, qu'ils n'ont pas déterminé si les caractères de ce type de vente, en tant que procédé commercial et marketing, étaient susceptibles de limiter sa substituabilité avec les autres modes de vente. Elle fait valoir, par ailleurs, que les conditions d'un renvoi de l'affaire à l'instruction n'étaient pas réunies et que c'est à juste raison que l'Autorité a décidé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure. A titre subsidiaire, la société Vente-privee.com soutient qu'elle ne détient pas de position dominante sur le marché pertinent, qui est plus large que la seule vente événementielle en ligne et comprend au moins les ventes non événementielles

en ligne et les ventes en magasins de produits à prix décotés. Elle fait valoir, enfin, que les clauses d'exclusivité en cause sont conformes au droit applicable et qu'elles ne produisent, ni ne sont susceptibles de produire, aucun effet anticoncurrentiel.

\* \* \*

### **Sur les moyens de procédure**

L'Autorité a considéré dans sa décision que *"l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne tel que délimité dans la notification des griefs et pour la période visée (2005-2011) n'est pas établie"*. Elle a observé, par ailleurs, que *"les caractéristiques et les spécificités de la vente événementielle en ligne ayant évolué"* au cours de cette période, *"les possibilités de substitution, notamment du côté de la demande, sont susceptibles d'avoir évolué"* et elle en a conclu que *"dès lors, il n'est plus concevable, à ce jour, d'analyser la substituabilité du côté de la demande pour la période visée par le grief notifié"*. Elle a, en conséquence, décidé qu'il n'y avait *"pas lieu de poursuivre la procédure"*.

Les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com soutiennent que l'Autorité aurait dû non pas mettre fin à la procédure, mais renvoyer l'affaire à l'instruction, et qu'en s'abstenant de le faire, elle a violé les dispositions de l'article R. 463-7 du code de commerce et méconnu le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement et le principe du contradictoire.

C'est ainsi, en premier lieu, que la société Showroomprivé.com fait valoir que l'article R. 463-7 précité trouve à s'appliquer lorsque, comme en l'espèce, l'Autorité estime que l'instruction qui a été menée est incomplète ou insuffisante, et qu'il l'oblige alors à renvoyer l'affaire à l'instruction. Cette interprétation est cependant démentie par la lettre même des dispositions en cause, lesquelles prévoient que *"Lorsqu'elle estime que l'instruction est incomplète, l'Autorité de la concurrence peut décider de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction (...)"* ; il en ressort sans équivoque que le renvoi à l'instruction n'est nullement une obligation pour l'Autorité, mais une faculté qu'elle est libre d'exercer au vu des éléments du dossier.

En deuxième lieu, la société Showroomprivé.com soutient que l'Autorité a porté atteinte au principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement puisque, selon elle, il n'appartenait qu'aux services d'instruction, par application de l'article L. 461-4 du code de commerce, d'apprécier la possibilité et l'opportunité d'engager de nouvelles mesures d'instruction de l'affaire. Mais, ce faisant, elle donne aux dispositions de cet article une portée qu'elles n'ont pas. En effet, si aux termes de l'article L. 461-4, *"l'Autorité de la concurrence dispose de services d'instruction dirigés par un rapporteur général (...). Ces services procèdent aux investigations nécessaires à l'application des titres II, III et IV du présent livre (...)"*, il n'en résulte pas que la décision de mener de nouvelles mesures d'instruction relèverait, comme le prétend la société Showroomprivé.com, de l'*"office exclusif des services d'instruction de l'Autorité"*. Ce point est, de surcroît, expressément tranché par l'article R. 463-7 ci-dessus évoqué, qui, lorsque l'instruction s'avère incomplète, donne à l'Autorité elle-même, et non à ses services, le pouvoir de décider de renvoyer l'affaire à l'instruction.

En troisième lieu, les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com reprochent à l'Autorité de n'avoir évoqué le caractère incomplet et insuffisant de l'instruction que dans sa décision et de n'en avoir pas fait état en séance, de sorte qu'elles n'ont pu présenter d'observations sur ce point essentiel, en violation du principe du contradictoire.

Le principe du contradictoire, applicable à la procédure devant l'Autorité, interdit à celle-ci de fonder sa décision sur d'autres éléments de fait et de droit que ceux tirés du dossier et soumis au débat contradictoire. En revanche, ce principe ne saurait être considéré comme limitant sa liberté de délibérer, en toute indépendance par rapport aux analyses et conclusions de ses services, ni comme lui interdisant, ayant examiné le dossier dont tous les éléments ont été contradictoirement débattus, d'y donner la suite qui lui paraît la plus appropriée et, en l'espèce, de rejeter la saisine faute d'éléments suffisamment probants sans avoir à en avertir préalablement

le plaignant.

Les moyens d'annulation des sociétés Brandalley et Showroomprivé.com seront donc rejetés.

### **Sur le manquement à l'obligation de définir le marché pertinent**

Comme le rappellent à juste titre les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com, l'application des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 TFUE suppose, avant de porter une appréciation sur les pratiques litigieuses, de définir le marché pertinent afin de déterminer si l'entreprise en cause y occupe une position dominante. Consacrée de façon constante par la pratique décisionnelle des autorités de concurrence et par la jurisprudence communautaire et interne, cette définition préalable du marché pertinent constitue, ainsi que le souligne l'Autorité dans ses observations devant la cour, "*le point de départ de l'examen à conduire*" en vue de la qualification d'une pratique anticoncurrentielle.

Les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com soutiennent qu'en l'espèce, l'Autorité n'a pas procédé à cette définition du marché pertinent, en violation de l'obligation qui lui incombait. Cette critique n'apparaît cependant pas fondée puisqu'il ressort au contraire de la décision déférée que l'Autorité s'est attachée à définir le marché pertinent, au vu des éléments du dossier et, en particulier, de ceux réunis dans la notification de griefs et dans le rapport. Au terme d'un libre examen de ces éléments, elle est parvenue à une conclusion contraire à celle de ses services, en considérant que ces éléments ne rapportaient pas la preuve de l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne.

Les services, dans le cadre tant de la notification de griefs que du rapport, avaient conclu à l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, sur lequel la société Ventessprivees.com, qui en détenait plus de 80 %, se trouvait en position dominante. L'Autorité, ayant rappelé le principe selon lequel "*la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent*", a, pour des motifs qu'on examinera ci-après, considéré que les éléments de différenciation de la vente événementielle en ligne et des autres canaux de distribution d'invendus que les services avaient identifiés étaient insuffisants à caractériser un marché pertinent. Elle a, en effet, relevé que plusieurs de ces éléments n'étaient pas spécifiques à la vente événementielle en ligne, puisqu'ils se retrouvaient aussi dans les autres canaux de distribution d'invendus (prix, confidentialité, positionnement "haut de gamme", stocks), et que d'autres devaient être relativisés (logique d'"achat d'impulsion"). L'Autorité a, par ailleurs, considéré qu'il convenait, pour apprécier la substituabilité des produits en cause, de déterminer si d'autres canaux de distribution de produits de déstockage étaient susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la vente événementielle en ligne. Au terme de son analyse, l'Autorité a conclu que "*l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne tel que délimité dans la notification des griefs et pour la période visée (2005-2011) n'est pas établie*"; elle n'a donc nullement manqué à l'obligation qui lui incombait de déterminer si le secteur sur lequel il était allégué que la société Ventessprivees.com occupait une position dominante constituait un marché pertinent.

Le moyen d'annulation des sociétés Brandalley et Showroomprivé.com sera donc rejeté.

### **Sur l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne**

En premier lieu, la société Showroomprivé.com fait valoir que l'Autorité a écarté l'analyse de ses services - qui concluaient à l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne distinct des autres canaux de distribution de produits invendus -, au motif qu'il convenait d'examiner si ces autres canaux étaient susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur les ventes événementielles en ligne. Elle en conclut que l'Autorité a, ce faisant, commis une erreur méthodologique "majeure" et une erreur de droit, en confondant "pressions concurrentielles" et "substituabilité", alors que ce n'est qu'au regard de cette dernière notion qu'il convient de définir le marché pertinent.

Ce reproche n'apparaît cependant pas fondé, à la simple lecture de la motivation de la décision déferée. En effet, l'Autorité a clairement affirmé, au point 103, que la substituabilité entre produits ou services constituait *"le critère déterminant du marché pertinent"* et elle a rappelé, au point 87, que ce principe avait été consacré de longue date, ainsi par la Commission européenne qui, dans sa communication du 9 décembre 1997 relative à la définition du marché en cause aux fins d'application du droit communautaire de la concurrence, avait indiqué que le marché de produits *"comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables (...)"*. L'Autorité a ensuite précisé que cette substituabilité s'appréciait au regard des *"caractéristiques et [des] spécificités physiques, techniques ou fonctionnelles du produit"*, mais que cet examen était insuffisant et qu'il convenait de déterminer si d'autres produits exerçaient une *"pression concurrentielle"* compte tenu de *"l'éventuelle réaction des consommateurs à des variations de leur prix"*. L'Autorité n'a donc nullement confondu *"pression concurrentielle"* et *"substituabilité"*, comme le lui reproche la société Showroomprivé.com ; elle a au contraire clairement séparé ces deux notions dans son analyse, la recherche d'éventuelles pressions concurrentielles ayant en l'espèce pour objet d'apprécier, à titre surabondant, la substituabilité des produits en cause pour délimiter le marché pertinent.

En deuxième lieu, la société Brandalley soutient que les autorités de concurrence considèrent dans leur pratique décisionnelle que les canaux de distribution physique et les canaux de distribution en ligne ne sont pas suffisamment substituables pour être intégrés dans un même marché. Il ne ressort cependant pas des décisions dont elle se prévaut qu'une telle absence de substituabilité aurait été consacrée par ces autorités comme un principe absolu et applicable dans tous les cas. Au contraire, dans la décision n° 09-D-06 du 5 février 2009 relative au secteur de la vente de voyages en ligne qu'invoque la société Brandalley, l'Autorité de la concurrence a relevé que dans ce secteur, *"la Commission européenne ne semble pas disposée à reconnaître l'existence d'un marché des services d'agence de voyages en ligne qui serait distinct du marché des services d'agence de voyages traditionnelle"* et qu'à l'inverse, la Commission a *"refusé de reconnaître l'existence d'un marché des services d'agence de voyages en ligne"* et a estimé que *"les services d'agence de voyages en ligne étaient substituables à ceux offerts par les agences traditionnelles"*.

En troisième lieu, les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com contestent l'analyse de l'Autorité qui a considéré que la délimitation d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, tel que défini par ses services, ne reposait pas sur des éléments probants. Elles font valoir qu'à l'inverse, ses services avaient retenu des éléments de segmentation des marchés entre les différents canaux de distribution de stocks d'invendus qui auraient dû conduire l'Autorité à constater l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne.

Sur ce point, il convient, au préalable, de rappeler que, comme la cour l'a jugé plus haut, il ne ressort nullement de la pratique décisionnelle de l'Autorité que celle-ci aurait considéré, de façon générale et absolue, que les canaux de distribution physiques et les canaux de distribution en ligne constitueraient par principe et dans tous les cas des marchés distincts portant sur des produits ou services non substituables entre eux.

En ce qui concerne l'examen de substituabilité mené par l'Autorité, la société Brandalley reproche à celle-ci d'avoir omis des éléments de segmentation de marché retenus par ses services, - tenant à la zone de chalandise, aux contraintes horaires, à la livraison à domicile -, lesquels, selon elle, suffisent *"à eux seuls, pour constater que la vente événementielle en ligne et la vente de produits déstockés dans des magasins physiques de déstockage n'étaient pas substituables pour le consommateur"*. Mais ces caractères propres de la vente événementielle en ligne, qui la distinguent effectivement des autres canaux de distribution de stocks d'invendus, n'établissent pas, par eux-mêmes, une absence de substituabilité, alors que les autres éléments allégués de segmentation, qui seront examinés ci-après, ne suffisent pas plus à identifier un marché pertinent.

S'agissant du niveau "attractif" des prix pratiqués par la vente événementielle en ligne, les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com reprochent à l'Autorité d'avoir refusé d'y voir une spécificité, au motif que d'importantes décotes étaient aussi constatées dans les magasins d'usine et les enseignes physiques de vente privée. Force est de constater, cependant, qu'elles n'étaient cette critique d'aucun élément probant, la société Showroomprivé.com se bornant à se référer aux déclarations d'un fournisseur - qui affirme que la décote pratiquée par les sites de ventes événementielles est "*bien plus importante*" que celle pratiquée par les magasins d'usine -, et alors que l'Autorité s'est appuyée dans sa décision sur des données chiffrées figurant dans une étude versée à la procédure, d'où il ressort que les décotes des magasins d'usine sont du même ordre que celles de la vente événementielle en ligne (Étude Eurostaf, "La distribution des invendus dans l'habillement").

S'agissant de la confidentialité de la vente, retenue par ses services comme une spécificité de la vente événementielle en ligne, l'Autorité a considéré qu'elle devait être relativisée, dans la mesure où les sites qui la pratiquent n'imposent plus de condition de parrainage et peuvent ainsi compter plusieurs millions de membres. La société Brandalley le conteste et reprend l'affirmation figurant dans la notification de griefs, aux termes de laquelle seul un "*club de membres très restreint*" a accès à la vente événementielle en ligne, mais elle n'apporte aucun élément de preuve qui démentirait le constat de l'Autorité selon lequel ce n'est plus le cas.

S'agissant du positionnement "haut de gamme" de la vente événementielle en ligne, l'Autorité a observé qu'il était partagé par d'autres canaux de distribution, tels les enseignes physiques de ventes privées ou certains magasins d'usine, qui se caractérisent par une "*forte sélectivité des marques référencées*". A l'encontre de cette analyse, la société Showroomprivé.com fait état des déclarations de certains fournisseurs qui soulignent que la vente événementielle en ligne leur permet de préserver leur image de marque. Il n'en ressort pas, cependant, qu'un positionnement "haut de gamme" ne pourrait être assuré que par la vente événementielle en ligne, au point d'en être un caractère spécifique d'où résulterait une absence de substituabilité avec tous les autres canaux de distribution. La société Brandalley conteste elle-aussi l'analyse de l'Autorité, mais elle se borne à se référer à la notification de griefs et au constat que les magasins d'usine auraient une "*image relativement bas de gamme*", ce simple constat, à le supposer avéré, ne suffisant pas à établir que le positionnement "haut de gamme" serait un caractère exclusivement spécifique à la vente événementielle en ligne.

S'agissant de la logique d'"achat d'impulsion", la notification de griefs a souligné qu'elle distinguait la vente événementielle en ligne des autres canaux de distribution, lesquels répondraient plus fréquemment à un besoin identifié et réfléchi. L'Autorité a, cependant, relativisé son importance en observant que le ratio entre le nombre de visiteurs du site et le nombre d'acheteurs était faible, que le taux d'abandon des paniers était très élevé et que la plupart des acheteurs comparaient les prix, une telle comparaison s'accommodant mal de la logique d'"achat d'impulsion", sans que les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com n'aient apporté d'éléments propres à démentir cette analyse.

S'agissant de la profondeur et de la largeur du stock, qui seraient selon la notification de griefs un caractère propre à la vente événementielle en ligne, l'Autorité a considéré qu'il convenait de relativiser cette analyse, en observant que les magasins physiques de déstockage permettaient également d'écouler d'importants stocks. Si la société Showroomprivé.com s'appuie sur les déclarations de certaines marques et de Ventesprivées.com, qui mettent en avant la capacité de la vente événementielle en ligne à écouler rapidement des stocks d'invendus, il n'en résulte pas qu'il y aurait là une spécificité la distinguant de tous les autres canaux de distribution d'invendus.

La société Showroomprivé.com, par ailleurs, souligne, du côté de l'offre, une spécificité de la vente événementielle en ligne, tenant au caractère "ponctuel" des ventes, par opposition à la permanence des remises proposées sur les sites de déstockage généralistes. Elle fait valoir que selon certaines déclarations recueillies au cours de l'instruction, il résulterait de ces remises permanentes une dégradation de l'image de la marque des fournisseurs, de sorte que les sites pratiquant de telles remises ne constitueraient pas une alternative à la vente événementielle en ligne. Mais il convient, d'une part, de rappeler que, comme la cour l'a jugé plus haut, il n'est nullement démontré que les sites de ventes événementielles en ligne auraient un positionnement

en gamme toujours plus élevé que celui des autres canaux et, d'autre part, d'observer que la perception du marché qu'ont les acteurs ne constitue pas un élément déterminant s'il n'est pas corroboré par d'autres indices convergents, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Enfin, la société Showroomprivé.com rappelle que les sites de vente événementielle en ligne et leurs fournisseurs ne supportent pas les contraintes logistiques de la vente physique, et elle y voit la preuve d'une absence de substituabilité avec les autres canaux de distribution. Mais ce constat, qui peut être fait pour tous les canaux de vente en ligne, lesquels supportent, par ailleurs, la charge d'importants investissements spécifiques, notamment informatiques, ne traduit pas une absence de substituabilité telle qu'elle délimiterait un marché pertinent.

De ces constatations, il ressort que les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com n'apportent pas d'éléments de nature à écarter l'appréciation de l'Autorité en ce qui concerne l'absence de spécificité ou la relativité des critères retenus par ses services, de sorte que c'est à juste titre et par une motivation que la cour adopte pour le surplus, qu'elle a considéré que le "faisceau d'indices" fondant leur analyse, au terme de laquelle ils ont conclu à l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, n'était pas établi.

En quatrième lieu, la société Showroomprivé.com reproche à l'Autorité d'avoir méconnu la nature biface de la vente événementielle en ligne et de ne pas lui avoir appliqué la grille d'analyse qu'elle emploie pour ce type de marchés, comme elle l'a fait "*de façon emblématique*" à l'égard de plateformes de réservation d'hôtels et de sites d'agences de voyage en ligne dans l'affaire Booking.com (décision n° 15-D-06 du 21 avril 2015 sur les pratiques mises en œuvre par les sociétés Booking.com B.V., Booking.com France SAS et Booking.com Customer Service France SAS dans le secteur de la réservation hôtelière en ligne - pièce n° 5 produite par la société Showroomprivé.com). Elle rappelle que les marchés bifaces ont pour caractéristique de mettre en relation deux groupes d'agents qui ont des gains potentiels à interagir, de sorte que le bénéfice d'un agent dépend du nombre d'agents de l'autre groupe et que s'exercent d'importants effets de réseau. La société Showroomprivé.com considère que la vente événementielle en ligne répond à cette définition et constitue donc un marché biface, à l'instar des plateformes qui étaient en cause dans l'affaire Booking.com précitée, et qu'en conséquence, l'Autorité aurait dû examiner le côté amont du marché de la vente événementielle en ligne sur lequel, selon elle, la société Ventesprivees.com exerce une puissance de marché qui lui permet d'imposer à ses fournisseurs des clauses d'exclusivité.

Mais il ressort du dossier que cet examen a été mené par les services d'instruction, dans le cadre tant de la notification de griefs que du rapport. En effet, la notification de griefs comporte, dans ses § 153 à 159, une analyse de la "*substituabilité du point de vue de l'offre*", justifiée par le constat que les caractéristiques de l'offre peuvent influencer "*également sur le comportement des consommateurs*", et donc sur la substituabilité de la demande, et qu'elles peuvent dès lors "*fonder une distinction des marchés*". De même, le rapport consacre ses § 34 à 48 à l'"*existence d'un marché amont*" de la fourniture de stocks de marques et relève la "*connexité indiscutable*" qui unit les marchés amont et aval ; ses auteurs, sans prendre un parti définitif sur ce point, envisagent expressément la "*nature biface*" du marché de la vente événementielle en ligne et en concluent qu'en toute hypothèse l'existence alléguée d'un marché amont de la fourniture de stocks d'invendus ne remet pas en cause le grief notifié à Ventesprivees.com. Au vu de ces éléments, l'Autorité a, dans sa recherche de définition du marché pertinent, expressément envisagé l'existence du marché amont de l'approvisionnement en stocks d'invendus. Ayant rappelé les termes de l'arrêt rendu par le TUE le 9 septembre 2009 dans l'affaire Clearstream, elle a noté que "*l'identification d'un marché amont, voire hypothétique*" suffisait "*pour poursuivre l'analyse de la délimitation d'un marché aval*". On ne saurait donc lui reprocher d'avoir ignoré le marché amont de l'approvisionnement en stocks d'invendus et de ne pas en avoir pris en compte les particularités dans son appréciation du marché aval de la distribution de ces stocks.

#### **Sur la demande subsidiaire de renvoi à l'Autorité pour instruction complémentaire**

La société Brandalley considère qu'en affirmant "péremptoirement" que le marché

pertinent ne pouvait plus être défini pour la période 2005-2011 et en décidant, en conséquence, qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure, l'Autorité a fait preuve d'une "carence incompréhensible et injustifiable". Aussi demande-t-elle à la cour, à titre subsidiaire, d'annuler de ce chef la décision déferée et de renvoyer le dossier à l'Autorité pour qu'une instruction complémentaire soit menée.

Cette instruction complémentaire aurait pour objet de déterminer si sur la période allant de 2005 à 2011, compte tenu des possibilités de substitution notamment du côté de la demande, il existait un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, l'instruction déjà menée n'ayant pas réuni sur ce point d'éléments suffisamment probants.

Or, l'Autorité a justement relevé dans sa décision les circonstances qui rendraient cette recherche vaine. C'est ainsi qu'elle a souligné que le secteur du déstockage de produits invendus avait connu une très forte évolution, marquée, en particulier, par l'essor des sites de e-commerce proposant une offre de déstockage. Cette évolution est illustrée par les données quantitatives que l'Autorité a fournies dans ses observations devant la cour, d'où il ressort que de 2005 à 2011 ont été créées plus d'une centaine de sociétés proposant des ventes événementielles de stocks d'invendus sur internet, et intervenant soit exclusivement en ligne, soit par adossement à des entreprises spécialisées dans le déstockage physique. L'Autorité a également souligné, sur le plan qualitatif, les importantes évolutions technologiques du secteur qui ont, elles aussi, impacté les comportements d'achat des consommateurs.

Ces évolutions rapides et leur impact sur les consommateurs ont, au demeurant, été soulignés dans la notification de griefs, dont les auteurs ont relevé que l'analyse à laquelle ils avaient procédé devait "*être appréhendée dans l'état actuel des choses*" et qu'elle était "*susceptible d'être modifiée en fonction de l'évolution à venir du secteur*" (Notification de griefs du 13 juillet 2011, point 159). De ces mutations, il résulte qu'il ne serait plus possible d'identifier et de porter une appréciation rétrospective sur des comportements passés, et aujourd'hui différents, des consommateurs. Aussi est-ce à juste titre que l'Autorité a constaté qu'en l'espèce l'analyse de la substituabilité du côté de la demande - indispensable à la détermination du marché pertinent - n'était, dès la date de la décision déferée, "*plus concevable*". Le moyen d'annulation sera donc rejeté.

### **Sur les frais irrépétibles**

Il n'y a pas lieu de prononcer de condamnation en application de l'article 700 du code de procédure civile.

### **PAR CES MOTIFS**

**REJETTE** le recours formé par la société Brandalley contre la décision n° 14-D-18 du 28 novembre 2014 de l'Autorité de la concurrence ;

**REJETTE** la demande de condamnation présentée au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

**CONDAMNE** la société Brandalley aux dépens de l'instance.

**LE GREFFIER,**

**LE PRÉSIDENT,**

**Benoit TRUE-CALLU**

**Olivier DOUVRELEUR**