

COUR DE CASSATION

Audience publique du **6 décembre 2017**

Rejet

Mme MOUILLARD, président

Arrêt n° 1516 FS-D

Pourvoi n° D 16-18.835

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE,
FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, a rendu l'arrêt suivant :

Statuant sur le pourvoi formé par la société Brandalley, société anonyme, dont le siège est 19 rue de la Provence, 75009 Paris,

contre l'arrêt rendu le 12 mai 2016 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 5-7), dans le litige l'opposant :

1^o/ à la société Vente-privée.com, société anonyme, dont le siège est 249 avenue du président Wilson, 93210 La Plaine-Saint-Denis,

2^o/ au président de l'Autorité de la concurrence, domicilié 11 rue de l'Echelle, 75001 Paris,

3^o/ au ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, domicilié DGCCRF, bâtiment 5, 59 boulevard Vincent Auriol, 75703 Paris cedex 13,

défendeurs à la cassation ;

En présence de : la société Showroomprivé.com, société à responsabilité limitée, dont le siège est 1 rue des Blés, Zac de la Mont Joie, 93212 La Plaine Saint Denis cedex,

La société Vente-privée.com défenderesse au pourvoi principal a formé un pourvoi éventuel contre l'arrêt rendu le 28 mai 2015 par la cour d'appel de Paris ;

La demanderesse au pourvoi principal invoque, à l'appui de son recours, deux moyens de cassation annexés au présent arrêt ;

Vu la communication faite au procureur général ;

LA COUR, composée conformément à l'article R. 431-5 du code de l'organisation judiciaire, en l'audience publique du 7 novembre 2017, où étaient présents : Mme Mouillard, président, Mme Orsini, conseiller rapporteur, Mme Riffault-Silk, conseiller doyen, Mme Laporte, M. Grass, Mmes Darbois, Poillot-Peruzzetto, MM. Sémériva, Cayrol, Mme Champalaune, conseillers, M. Contamine, Mmes Tréard, Le Bras, MM. Gauthier, Guerlot, Mmes Brahic-Lambrey, de Cabarrus, conseillers référendaires, Mme Pénichon, avocat général, Mme Arnoux, greffier de chambre ;

Sur le rapport de Mme Orsini, conseiller, les observations de la SCP Piwnica et Molinié, avocat de la société Brandalley et de la société Showroomprivé.com, de la SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, avocat du président de l'Autorité de la concurrence, de la SCP Hémerly et Thomas-Raquin, avocat de la société Vente-privée.com, l'avis de Mme Pénichon, avocat général, et après en avoir délibéré conformément à la loi ;

Statuant tant sur le pourvoi principal formé par la société Brandalley contre l'arrêt du 12 mai 2016 que sur le pourvoi éventuel relevé par la société Vente-privée.com contre l'arrêt du 28 mai 2015 ;

Reçoit la société Showroomprivé.com en son intervention volontaire à titre accessoire ;

Attendu, selon les arrêts attaqués (Paris, 28 mai 2015 et 12 mai 2016), que la société Brandalley a saisi, le 21 octobre 2009, l'Autorité de la concurrence (l'Autorité) de pratiques mises en oeuvre par la société Vente-privée.com, soutenant que cette société abusait de la position dominante qu'elle détenait sur le marché de la vente événementielle en ligne, en imposant aux grandes marques qu'elle distribuait une clause d'exclusivité leur interdisant de commercialiser leurs stocks d'inventus auprès d'autres sites internet concurrents ; que par une décision n° 14-D-18 du 28 novembre 2014, l'Autorité a considéré que l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne, tel que défini dans la notification des griefs, n'était pas établie et que, sur la base des informations dont elle disposait

pour la période comprise entre 2005 et 2011, visée par le grief, les conditions d'une interdiction au titre des articles 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) et L. 420-2 du code de commerce n'étaient pas réunies et qu'il n'y avait donc pas lieu de poursuivre la procédure ; que la société Brandalley a exercé un recours en annulation et, subsidiairement, en réformation, contre cette décision ; que la société Showroomprivé.com étant intervenue volontairement à l'instance au soutien des prétentions de la société Brandalley, son intervention a été déclarée recevable par le premier arrêt attaqué ; que, par le second arrêt, le recours de la société Brandalley contre la décision de l'Autorité a été rejeté ;

Sur le premier moyen du pourvoi principal :

Attendu que la société Brandalley fait grief à l'arrêt du 12 mai 2016 du rejet de son recours contre la décision de l'Autorité alors, selon le moyen, *que l'instruction et la procédure devant l'Autorité sont contradictoires sous réserve de respecter le secret des affaires ; que le juge de la concurrence méconnaît le principe du contradictoire en relevant d'office un moyen tiré d'une prétendue spécificité de la détermination du marché pertinent qui l'empêcherait d'accomplir sa mission, sans inviter les parties à présenter leurs observations ; qu'en affirmant que l'Autorité avait pu valablement fonder sa décision de non-lieu sur les prétendues insuffisances de ses services d'instruction dans la détermination du marché pertinent sans renvoyer l'affaire à l'instruction au prétexte d'une impossibilité d'apprécier a posteriori la substituabilité du côté de la demande et sans inviter les parties à en débattre contradictoirement à l'audience, la cour d'appel a violé l'article L. 463-1 du code de commerce, ensemble l'article 16 du code de procédure civile ;*

Mais attendu que, tenue de vérifier si les conditions d'application des articles 102 TFUE et L. 420-2 du code de commerce étaient réunies, l'Autorité, qui n'a pas relevé un moyen d'office en retenant, au vu des éléments soumis au débat contradictoire, que l'existence d'un marché pertinent limité à la vente événementielle en ligne n'était pas établie et en décidant, faute qu'elle puisse l'être pour la période visée par la notification des griefs, de ne pas renvoyer l'affaire à l'instruction, n'était pas tenue d'inviter les parties à présenter leurs observations ; que la cour d'appel a, à bon droit, rejeté le moyen tiré de la violation, par l'Autorité, du principe de la contradiction ; que le moyen n'est pas fondé ;

Et sur le second moyen, pris en ses première, deuxième, troisième, quatrième, cinquième, sixième, septième, huitième, dixième, douzième et quatorzième branches, du même pourvoi :

Attendu que la société Brandalley fait le même grief à l'arrêt alors, selon le moyen :

1^o/ que préalablement à tout examen d'un éventuel abus de position dominante, le juge de la concurrence doit, en toutes circonstances, procéder à une délimitation positive du marché de référence ; qu'en considérant que l'Autorité n'avait pas manqué à son obligation de déterminer le marché pertinent en retenant 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 », quand il incombait, au contraire, à l'Autorité avant de rejeter la plainte dont elle était saisie de définir elle-même le marché pertinent ou à défaut de renvoyer le dossier à l'instruction, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

2^o/ que préalablement à tout examen d'un éventuel abus de position dominante, le juge de la concurrence doit, en toutes circonstances, procéder à une délimitation positive du marché de référence ; qu'en considérant que l'Autorité n'avait pas manqué à son obligation de déterminer le marché pertinent en retenant 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 » ce qui suffirait à exclure tout abus de position dominante, bien que l'Autorité ait ensuite examiné les clauses d'exclusivité litigieuses et retenu que la durée de certaines d'entre elles pourrait être inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

3^o/ que méconnaît son office, la cour d'appel qui refuse de délimiter le marché concerné par les pratiques dénoncées ; qu'en se bornant à affirmer que l'Autorité avait pu valablement décider 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 n'est pas établie, la cour d'appel qui a, elle aussi, refusé de délimiter le marché pertinent effectivement applicable en la cause au prétexte que « 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 », a violé l'article 4 du code civil, ensemble les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

4^o/ que le caractère incertain des données économiques disponibles ou la relativité de certains critères d'appréciation ne peut pas justifier l'absence de délimitation d'un marché pertinent ; qu'en décidant le contraire la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

5^o/ que si la définition du marché pertinent peut varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, du côté de la demande ou de

l'offre, se modifient, il incombe à l'Autorité, dans le cadre de son activité de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, d'apprécier le marché dans sa situation contemporaine des pratiques ; qu'en considérant que l'Autorité avait pu valablement décider 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 n'est pas établie, et que la délimitation rétrospective du marché pertinent n'était désormais plus concevable, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

6°/ que la délimitation insuffisante du marché pertinent par le plaignant ne dispense pas le juge de la concurrence de procéder à cette délimitation ; qu'en considérant, pour confirmer la décision de non-lieu déférée, que les sociétés Brandalley et Showromprivé.com n'apportent pas d'éléments de nature à écarter l'analyse de l'Autorité ayant conclu que l'existence d'un marché événementielle en ligne n'était pas établie, la cour d'appel qui n'a pas délimité le marché pertinent applicable a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

7°/ que le marché pertinent est celui où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les consommateurs comme substituables ou interchangeables entre eux en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage qu'ils en font ; que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande, qui constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent, s'apprécie en fonction d'un faisceau d'indices comprenant, notamment, les besoins et perceptions des consommateurs, les caractéristiques spécifiques du produit, son usage, son coût et ses conditions de commercialisation ; qu'en affirmant que la spécificité de la vente événementielle en ligne par rapport aux autres canaux de distribution d'inventus n'était pas établie après avoir admis qu'il conviendrait d'examiner si d'autres canaux de distribution de produits de déstockage sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la vente événementielle en ligne, mais que cette étude n'a jamais été faite dans la mesure où il ne serait plus possible d'identifier et de porter une appréciation rétrospective sur des comportements passés, et aujourd'hui différents, des consommateurs, rendant impossible l'analyse de la substituabilité du côté de la demande indispensable à la détermination du marché pertinent, ce dont il résulte que l'absence d'étude sur la substituabilité entre les différents canaux de distribution d'inventus fait obstacle non seulement à la reconnaissance de la spécificité de la vente événementielle en ligne mais également à la démonstration contraire de son absence de spécificité, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

8°/ que le marché pertinent est celui où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les consommateurs

comme substituables ou interchangeable entre eux en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage qu'ils en font ; que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande, qui constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent, s'apprécie en fonction d'un faisceau d'indices comprenant, notamment, les besoins et perceptions des consommateurs, les caractéristiques spécifiques du produit, son usage, son coût et ses conditions de commercialisation ; qu'ainsi le marché pertinent est défini par un faisceau d'indices selon une approche multicritères ; qu'en considérant au contraire, pour dire que l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne n'était pas établie que chaque critère invoqué par les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com n'était pas à lui seul de nature à établir l'absence de substituabilité du côté de la demande, quand il lui appartenait au contraire de porter une appréciation globale sur l'ensemble des critères visés, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

9°/ que le marché pertinent est celui où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les consommateurs comme substituables ou interchangeable entre eux en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage qu'ils en font ; que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande, qui constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent, s'apprécie en fonction d'un faisceau d'indices comprenant, notamment, les besoins et perceptions des consommateurs, les caractéristiques spécifiques du produit, son usage, son coût et ses conditions de commercialisation ; qu'en refusant de tenir compte des éléments de segmentation de marché retenus par les services d'instruction mais ignorés par l'Autorité, tenant à la zone de chalandise, aux contraintes horaires, à la livraison à domicile pour délimiter le marché pertinent tout en admettant que ces éléments sont spécifiques à la vente événementielle en ligne, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

10°/ que la substituabilité entre différents biens ou services, du point de vue de l'offre, implique que les autres fournisseurs soit proposent les mêmes biens ou services que celui ou ceux en cause, soit peuvent réorienter leur production vers ce(s) produit(s) ou service(s) et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque substantiel ; qu'en refusant, pour apprécier la substituabilité entre différents biens ou services, du point de vue de l'offre, de tenir compte de la spécificité des coûts supportés par chaque canal de distribution tout en admettant qu'à la différence des magasins physiques les canaux de vente en ligne supportent la charge d'importants investissements spécifiques, notamment informatiques, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

11°/ qu'un marché biface se caractérise par des interactions de deux types au moins d'agents économiques qui conduisent à des externalités de réseau dans lesquelles l'activité économique d'un opérateur - consommateur ou producteur - influe positivement ou négativement sur le bénéfice susceptible d'être retiré par un autre agent de sa propre activité, sans passage par un marché ni transfert monétaire ; que lorsqu'elle examine le marché biface des plates-formes internet, l'Autorité ne peut pas se dispenser d'analyser concrètement les caractéristiques du marché amont et du marché aval ainsi que leurs interactions réciproques ; qu'en considérant que l'Autorité avait suffisamment tenu compte de la nature biface du marché en envisageant l'existence d'un marché amont de l'approvisionnement de stocks d'invendus et retenu que l'identification d'un marché amont, voire hypothétique "suffisait" pour poursuivre l'analyse de la délimitation d'un marché aval quand il lui incombait au contraire d'examiner concrètement les caractéristiques du marché amont de l'approvisionnement en stocks d'invendus et celles du marché aval de la distribution de ces stocks, la cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L. 420-2 du code de commerce ;

Mais attendu, en premier lieu, qu'après avoir approuvé l'analyse de l'Autorité selon laquelle les éléments du dossier de l'instruction ne permettaient pas d'établir l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne, tel que défini dans la notification de griefs, pour la période 2005-2011, l'arrêt relève que l'Autorité a, à juste titre, souligné que le secteur du déstockage de produits invendus avait connu une très forte évolution, marquée par l'essor des sites de e-commerce proposant une offre de déstockage, puisque plus d'une centaine de sociétés proposant des ventes événementielles de stocks d'invendus sur internet avaient été créées entre 2005 et 2011, qui intervenaient soit exclusivement en ligne soit par adossement à des entreprises spécialisées dans le déstockage physique ; qu'il ajoute que, sur le plan qualitatif, l'Autorité a également souligné les importantes évolutions technologiques du secteur qui ont, elles aussi, affecté les comportements d'achat des consommateurs ; qu'il retient qu'en l'état de ces évolutions rapides et de leur impact sur les consommateurs, qui ont été soulignés dans la notification de griefs, il ne serait plus possible d'identifier et de porter une appréciation rétrospective sur des comportements passés, et aujourd'hui différents, des consommateurs et en déduit que c'est à juste titre que l'Autorité a constaté que l'analyse de la substituabilité du côté de la demande, pour la période visée par le grief, indispensable à la détermination du marché pertinent, n'était plus concevable, dès la date de sa décision, 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, près d'une décennie plus tôt, ne pourrait être considérée comme suffisamment fiable ; qu'ayant ainsi fait ressortir qu'un renvoi à l'instruction ne permettrait pas d'établir l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, sur lequel il était soutenu que

la société Vente-privée.com aurait détenu une position dominante entre 2005 et 2011, et, après avoir rappelé que si l'article R. 463-7 du code de commerce permet à l'Autorité de décider de renvoyer une affaire à l'instruction lorsqu'elle estime celle-ci incomplète, ce texte ne lui ouvre qu'une simple faculté qu'elle est libre d'exercer, au vu des éléments du dossier, la cour d'appel a pu retenir que l'Autorité n'avait pas, au vu des circonstances de l'espèce, manqué à son obligation de rechercher si le secteur sur lequel il était allégué que la société Vente-privée.com occupait une position dominante constituait un marché pertinent et, sans méconnaître son office ni refuser d'apprécier le marché dans sa situation contemporaine des pratiques, approuver l'Autorité d'avoir considéré qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure et ce, peu important le caractère potentiellement anticoncurrentiel des clauses d'exclusivité incriminées, relevé par l'Autorité ;

Attendu, en deuxième lieu, qu'après avoir énoncé qu'ainsi que l'a affirmé l'Autorité, la substituabilité entre différents produits et services du point de vue de la demande est le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent, lequel comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables, l'arrêt rappelle que cette substituabilité s'apprécie au regard des caractéristiques et des spécificités physiques, techniques ou fonctionnelles du produit, mais que cet examen est insuffisant et qu'il convient de déterminer si d'autres produits exercent une pression concurrentielle, compte tenu de l'éventuelle réaction des consommateurs à des variations de leur prix ; qu'il retient que l'Autorité a, à juste titre, considéré que plusieurs des éléments de différenciation du marché de la vente événementielle en ligne et des autres canaux de distribution d'invendus, identifiés par les services d'instruction, tels le niveau "attractif" des prix, la confidentialité de la vente, le positionnement haut de gamme, l'importance du stock, n'étaient pas spécifiques à la vente événementielle en ligne, puisqu'ils se retrouvaient aussi dans les autres canaux de distribution d'invendus, tandis que d'autres, telle la logique d'achat d'impulsion, devaient être relativisés et en déduit que ces éléments de segmentation ne suffisent pas à identifier un marché pertinent ; qu'il retient encore, s'agissant des éléments de différenciation tenant à la zone de chalandise, aux contraintes horaires, à la livraison à domicile, retenus par les services de l'instruction et invoqués par la société Brandalley comme établissant, à eux seuls, l'absence de substituabilité entre la vente événementielle en ligne et la vente dans des magasins physiques de déstockage, que 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 ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a procédé à une analyse globale et n'a pas refusé de tenir compte des éléments sur lesquels s'étaient fondés les services de l'instruction pour délimiter le marché pertinent, a pu retenir que l'absence de substituabilité du côté de la demande n'était pas établie ;

Attendu, en troisième lieu, qu'ayant relevé que la société Showroomprivé.com faisait valoir que les sites de ventes événementielles en ligne et leurs fournisseurs ne supportaient pas les contraintes logistiques de la vente physique et qu'elle y voyait la preuve d'une absence de substituabilité avec les autres canaux de distribution, la cour d'appel a retenu que ce constat pouvait être fait pour tous les canaux de vente en ligne, lesquels supportaient, par ailleurs, la charge d'importants investissements spécifiques, notamment informatiques, ce dont elle a pu en déduire qu'il ne traduisait pas une absence de substituabilité de l'offre telle qu'elle délimiterait un marché pertinent ;

Et attendu, enfin, qu'après avoir constaté que la notification des griefs avait défini un marché aval sur lequel les offreurs sont les sites de ventes événementielles en ligne et les demandeurs les consommateurs finals, l'arrêt relève que, dans sa décision, l'Autorité a expressément envisagé l'existence du marché amont de l'approvisionnement en stocks d'invendus mais qu'elle a considéré que, dès lors que les produits déstockés étaient indispensables à l'exercice de l'activité de Vente-privée.com auprès des consommateurs finals, l'identification d'un marché amont potentiel, voire hypothétique, suffisait pour poursuivre l'analyse du marché aval ; qu'en cet état et dès lors que les sociétés Brandalley et Showroomprivé.com, qui reprochaient à l'Autorité de ne pas avoir retenu l'existence d'un marché aval de la vente événementielle en ligne, tel que visé dans la notification des griefs, n'expliquaient pas en quoi la nature biface du marché qu'elles alléguaient était susceptible d'avoir une incidence sur la délimitation du marché pertinent, la cour d'appel a pu retenir qu'il ne pouvait être reproché à l'Autorité, qui n'avait pas ignoré le marché amont de l'approvisionnement en stocks d'invendus, de ne pas avoir pris en compte les particularités de ce marché dans son appréciation du marché aval de la distribution de ces stocks ;

D'où il suit que le moyen n'est fondé en aucune de ses branches ;

Et attendu qu'il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur le second moyen, pris en ses neuvième, onzième et treizième branches, qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation ;

PAR CES MOTIFS et, sans qu'il y ait lieu de statuer sur le pourvoi éventuel :

REJETTE le pourvoi principal ;

Condamne la société Brandalley et la société Showroomprivé.com aux dépens ;

Vu l'article 700 du code de procédure civile, condamne la société Brandalley à payer à la société Vente-privée.com la somme de 3 000 euros et la même somme de 3 000 euros au président de l'Autorité de la concurrence et rejette les autres demandes ;

Vu l'article R.490-5 du code de commerce, dit que sur les diligences du directeur de greffe de la Cour de cassation, le présent arrêt sera notifié, par lettre recommandée avec avis de réception, à la Commission européenne, à l'Autorité de la concurrence et au ministre chargé de l'économie ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du six décembre deux mille dix-sept.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SCP Piwnica et Molinié, avocat aux Conseils, pour la société Brandalley

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours formé par la société Brandalley contre la décision n° 14-D-18 du 28 novembre 2014 de l'Autorité de la concurrence ;

AUX MOTIFS PROPRES QUE (...) 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 ; que 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 ; qu'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 (...)

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE (...) 113. Il conviendrait d'examiner si d'autres canaux de distribution de produits de déstockage sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la vente événementielle en ligne. Parmi ces canaux, on relèvera notamment :

- les magasins ou dépôts d'usine : ces magasins, généralement implantés au sein de vastes complexes commerciaux dédiés au déstockage (les centres et villages de marques), relèvent d'une gestion internalisée des stocks ;
- les magasins physiques vendant à titre principal les produits de la saison en cours, mais disposant à titre accessoire d'un espace de déstockage (coin « bonnes affaires ») ;
- les réseaux physiques de déstockage : il s'agit de magasins dédiés à la vente de produits à prix réduits qui ne sont pas directement exploités par les marques ;
- les showrooms physiques : il s'agit de magasins spécialisés dans l'organisation de ventes privées qui proposent des produits de fin de série à un nombre restreint de clients ;
- les sites de e-commerce : ces sites, qui connaissent un développement important depuis 2005, proposent une offre de produits déstockés (notamment High-Tech, électroménager et prêt-à-porter) ;

- les sites des opérateurs de vente par correspondance : ces sites peuvent proposer une offre dédiée au déstockage (par exemple, les ventes privées ainsi que les Aubaines de La Redoute, Les 3 Suisses avec Excédence ou encore les Galeries Lafayette avec une section « bonnes affaires »).

114. En conséquence, 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.

115. Ce constat s'impose uniquement pour la période visée par le grief notifié (2005-2011). Les caractéristiques et les spécificités de la vente événementielle en ligne ayant évolué au cours de la période, notamment avec l'essor des sites de e-commerce proposant une offre de déstockage, les possibilités de substitution, notamment du côté de la demande, sont susceptibles d'avoir évolué. 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. En effet, 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 (...);

ALORS QUE l'instruction et la procédure devant l'Autorité de la concurrence sont contradictoires sous réserve de respecter le secret des affaires ; que le juge de la concurrence méconnaît le principe du contradictoire en relevant d'office un moyen tiré d'une prétendue spécificité de la détermination du marché pertinent qui l'empêcherait d'accomplir sa mission, sans inviter les parties à présenter leurs observations ; qu'en affirmant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement fonder sa décision de non-lieu sur les prétendues insuffisances de ses services d'instruction dans la détermination du marché pertinent sans renvoyer l'affaire à l'instruction au prétexte d'une impossibilité d'apprécier a posteriori la substituabilité du côté de la demande et sans inviter les parties à en débattre contradictoirement à l'audience, la Cour d'appel a violé l'article L 463-1 du Code de commerce, ensemble l'article 16 du Code de procédure civile.

SECOND MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt d'avoir rejeté le recours formé par la société Brandalley contre la décision n° 14-D-18 du 28 novembre 2014 de l'Autorité de la concurrence ;

AUX MOTIFS QUE (...) 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 ; que 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, que 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 ; qu'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 ; que 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 Ventesprivees.com, qui en détenait plus de 80 %, se trouvait en position dominante ; que 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, qu'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") ; que 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 ; qu'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" ; qu'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 Ventesprivees.com occupait une position dominante constituait un marché pertinent ; que le moyen d'annulation des sociétés Brandalley et Showroomprivé.com sera donc rejeté (...) ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE sur l'existence d'un marché pertinent de la vente événementielle en ligne, la société Showroomprivé.com fait valoir, en premier lieu, 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 ; qu'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 ; que ce reproche n'apparaît cependant pas fondé, à la simple lecture de la motivation de la décision déférée ; qu'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 (...) " ; que 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" ; que l'Autorité n'a donc nullement confondu "pression concurrentielle" et "substituabilité", comme le lui reproche la société Showroomprivé.com ; qu'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 ; qu'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 ; qu'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 ; qu'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" ; qu'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 ;

qu'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 ; que sur ce point, il convient, au préalable, de rappeler que, comme la cour l'a jugé plus haut, qu'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 ; qu'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 ; que 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 ; que 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") ; que 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 ; que 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 ; que 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 " ; qu'à 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 ; qu'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 ; que 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 ; que 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 ; que 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 permettraient également d'écouler d'importants stocks ; que si la société Showroomprivé.com s'appuie sur les déclarations de certaines marques et de Ventesprivees.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 ; que 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 ; qu'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 ; qu'il convient (cependant) d'une part, de rappeler que, comme la cour l'a jugé plus haut, qu'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 ; qu'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 ; que 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 ; que 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 ; qu'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 oeuvre 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) ; qu'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 ; que 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 ; que (cependant) 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 ; qu'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 " ; que 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 ; qu'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 , qu'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 ;

AUX MOTIFS ENCORE QUE 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 ; que 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 ; que l'Autorité a justement relevé dans sa décision les circonstances qui rendraient cette recherche vaine ; que 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 ; que 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) ; que 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 ; qu'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 déférée, "plus concevable " ; que le moyen d'annulation sera donc rejeté ;

ET AUX MOTIFS ADOPTES QUE (...) 99. Au soutien de la thèse selon laquelle le marché pertinent de produit serait celui de « la vente événementielle en ligne », la notification des griefs et le Rapport se sont d'abord appuyés sur les déclarations de Vente-privee.com et sur les contrats qui lient Vente-privee.com à ses fournisseurs.

100. En effet, ils relèvent que la société Vente-privee.com affirme, dans sa réponse à la notification de griefs, avoir créé un nouveau mode de distribution des stocks « (...) à partir d'un concept innovant qui permet aux marques d'écouler dans un espace de temps très réduit (en général 2 à 3 jours) des quantités importantes d'inventus auprès des consommateurs finals en proposant à ces derniers des rabais significatifs, s'élevant en moyenne à plus de 60 % et pouvant aller jusqu'à 80 %. C'est ce business model qui a permis à Vente-privee.com de devenir un outil privilégié pour de nombreuses marques en respectant leur image et l'univers de leurs produits ».

101. De plus, ils retiennent que dans l'article 3 de la clause de partenariat du contrat type de commercialisation l'exclusivité s'applique à tous « sites web marchands, accessibles par ordinateur ou par téléphone portable, dont l'objet, le mode de fonctionnement et la configuration formelle (c'est à dire proposant (i) la vente de produits à prix discounté (ii) dans le cadre d'un club de membres (iii) à la suite d'une invitation), seraient identiques ou similaires à celui de VENTE-PRIVEE.COM ».

102. Toutefois, pour définir un marché pertinent, l'Autorité se fonde le plus souvent sur « différents indices tels que la nature du bien, l'utilisation qui en est faite, les caractéristiques de l'offre (les stratégies de commercialisation mises en place pour les offreurs, comme la différenciation des produits ou celle des modes de distribution, à l'environnement juridique, les différences de prix ou les préférences des demandeurs » (rapport annuel 2010).

103. Parmi ces indices, l'Autorité a eu l'occasion de rappeler que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent. Les caractéristiques et les spécificités physiques, techniques ou fonctionnelles du produit, si elles peuvent contribuer à expliquer le comportement des demandeurs, ne permettent pas à elles seules d'évaluer le degré de substituabilité de ce produit avec d'autres.

104. Ainsi, la définition du marché pertinent doit permettre, en partant du type de produits ou services en cause, d'y inclure le cas échéant d'autres produits ou services, si ceux-ci exercent une pression concurrentielle.

105. Selon la notification des griefs et le rapport, le marché de la vente événementielle en ligne se distinguerait des autres canaux de déstockage, tant physiques qu'en ligne, par plusieurs spécificités :

(i) un niveau de prix très attractif : les prix pratiqués sur les sites de vente événementielle seraient très significativement inférieurs à ceux observés en magasins physiques ou en ligne, avec des décotes pouvant aller jusqu'à -70 % par rapport au prix usuel du produit ;

(ii) le caractère confidentiel de la vente : afin de protéger les marques des risques de parasitisme et de cannibalisation que le déstockage est susceptible de générer vis-à-vis de leur réseau de distribution, les ventes événementielles en ligne ne feraient l'objet d'aucune publicité auprès du grand public et ne seraient en outre accessibles qu'à un club de membres ;

(iii) une logique « d'achats d'impulsion » de la part des consommateurs : les participants à la vente événementielle en ligne ne chercheraient pas tant à satisfaire un besoin identifié qu'à bénéficier de prix attractifs pour des produits qu'ils peuvent désirer, mais dont ils n'ont pas nécessairement identifié au préalable le besoin. La brièveté de la vente, son caractère imprévisible, et le fait que le prix soit attractif, seraient de nature à encourager les « achats d'impulsion » par les consommateurs. Dans cette perspective, la motivation des achats lors d'une vente événementielle serait bien distincte de celles des achats dans les magasins traditionnels, physiques ou virtuels, qui répondraient plus fréquemment à un besoin identifié et réfléchi ;

(iv) un positionnement haut de gamme : la vente événementielle en ligne bénéficierait, par rapport aux ventes, événementielles ou non, en magasins physiques, d'une image « haut de gamme » tant pour les consommateurs que pour les fournisseurs ;

(v) un stock de produits plus large : les volumes et les gammes de produits proposés par les magasins physiques de déstockage seraient moins importants que ceux proposés par les opérateurs en ligne. Les marques préféreraient en effet s'adresser aux sites de ventes événementielles en ligne lorsqu'elles ont d'importants stocks à écouler car les débouchés y sont plus importants, du fait notamment de l'étendue de la clientèle susceptible d'acheter en ligne. Les consommateurs auraient dès lors accès à un choix plus large et une profondeur de stock plus importante.

106. Pour ce qui concerne le niveau « attractif » des prix, s'il est vrai que les décotes sont importantes dans la vente événementielle en ligne, elles se retrouvent également dans les magasins d'usine, lesquels affichent, selon l'étude Eurostaf « La distribution des invendus dans l'habillement » (2011), fournie par Vente-privee.com, des remises « en moyenne de - 30 % à - 70 % par rapport au prix de vente détail en boutique »³. De même, les solderies et magasins dégriffés « achètent les stocks à faibles coûts (5 à 20 % du prix de vente hors taxes pour les marques les plus prestigieuses) », laissant ainsi présager des prix de revente très attractifs. De même, les enseignes physiques de ventes privées pratiquent des remises pouvant aller jusqu'à 70 %⁵. L'enquête par questionnaire du cabinet ExactEtudes, fournie

par Vente-privee.com montre également que les consommateurs interrogés estiment qu'il existe différents canaux pour trouver « des produits de marques à prix discount » : ventes événementielles en ligne (72 %), mais aussi magasins d'usine (36 %), magasins traditionnels (32 %), site « discount » (28 %), des sites des marques directement (14 %), des catalogues de vente par correspondance (14 %), autre (7 %).

107. L'élément tenant au caractère confidentiel de la vente doit être tout d'abord relativisé. Le système d'inscription en ligne est en pratique peu contraignant : les sites de ventes événementielles en ligne comptent plusieurs millions de membres. Il n'existe plus de conditions de parrainage pour devenir membre et pouvoir ainsi accéder aux ventes organisées. Il s'agit donc d'un système ouvert à tout internaute disposant d'une adresse email et l'inscription est quasi instantanée.

108. En outre, le caractère confidentiel de la vente se retrouve également dans certains canaux physiques de déstockage :

- les enseignes physiques de ventes privées cultivent également une certaine confidentialité, grâce à « un accès restreint aux ventes », notamment au moyen d'une cotisation annuelle⁶ ;

- selon Eurostaf, « les solderies présentent les avantages de respecter la confidentialité des marques (les distributeurs ne réalisent aucune publicité mettant en avant les marques) » (p. 67).

109. Pour ce qui concerne la logique de « l'achat d'impulsion », plusieurs éléments factuels viennent relativiser son importance :

- le ratio entre le nombre de visiteurs et d'acheteurs est faible : selon les analyses du cabinet CRA, pour le compte de Vente-privee.com, le taux de transformation, défini comme le ratio entre le nombre d'utilisateurs et de visiteurs par vente et par an, serait inférieur à 2,5 % ; ce taux est largement inférieur à celui observé dans les magasins physiques ;

- le taux d'abandon des paniers est très élevé. Après avoir placé dans le panier les produits qu'ils ont sélectionnés, les membres doivent encore confirmer leurs achats avant de passer commande. Or, selon les estimations effectuées par CRA sur les données communiquées par Vente-privee.com, près de 60 % des consommateurs abandonnent totalement leur panier au moment de passer commande ;

- selon l'enquête du cabinet ExactEtudes, il apparaît que seulement 30 % des clients de Vente-privee.com affirment ne jamais comparer les prix avec ceux d'autres sites/catalogues ou magasins. Cette logique de comparaison s'accommode mal avec la notion « d'achat d'impulsion ».

110. Concernant le positionnement « haut de gamme », s'il est exact que la vente événementielle en ligne se positionne sur des produits à forte image de marque, il apparaît également que certains canaux de déstockage, tels que les enseignes physiques de ventes privées bénéficient également « d'une image sélective »⁷. De même, les magasins d'usine, centres de marques, se caractérisent par une « forte sélectivité des marques référencées, davantage positionnées sur le moyen/haut de gamme et le haut de gamme/luxe »⁸.

111. Enfin, pour ce qui concerne la profondeur et la largeur du stock, les éléments au dossier montrent que les magasins physiques de déstockage permettent également d'écouler d'importants stocks d'invendus. Ainsi, les réponses aux questionnaires envoyés à 26 fournisseurs font apparaître que les « enseignes classiques avec une offre de déstockage », les « réseaux de magasins de déstockage » et plus encore les « magasins d'usine » représentent, en valeur, un important canal d'écoulement des invendus. De plus, certains centres de marques disposent d'une zone de chalandise particulièrement large : à titre d'exemple, dans le cas de Troyes, « les clients des centres de marque de Troyes parcourent, en moyenne, un trajet de 220 km pour venir faire leurs achats »⁹.

112. S'il est utile de partir des caractéristiques et spécificités des produits en cause pour déterminer les contours d'un marché pertinent, on ne peut toutefois s'arrêter à ces seuls éléments. En effet, l'analyse des caractéristiques et spécificités des produits en cause ne permet pas d'apprécier à elle seule la substituabilité des produits et l'éventuelle réaction des consommateurs à des variations de leur prix.

113. Il conviendrait d'examiner si d'autres canaux de distribution de produits de déstockage sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la vente événementielle en ligne. Parmi ces canaux, on relèvera notamment :

- les magasins ou dépôts d'usine : ces magasins, généralement implantés au sein de vastes complexes commerciaux dédiés au déstockage (les centres et villages de marques), relèvent d'une gestion internalisée des stocks ;
- les magasins physiques vendant à titre principal les produits de la saison en cours, mais disposant à titre accessoire d'un espace de déstockage (coin « bonnes affaires ») ;
- les réseaux physiques de déstockage : il s'agit de magasins dédiés à la vente de produits à prix réduits qui ne sont pas directement exploités par les marques ;
- les showrooms physiques : il s'agit de magasins spécialisés dans l'organisation de ventes privées qui proposent des produits de fin de série à un nombre restreint de clients ;
- les sites de e-commerce : ces sites, qui connaissent un développement important depuis 2005, proposent une offre de produits déstockés (notamment High-Tech, électroménager et prêt-à-porter) ;
- les sites des opérateurs de vente par correspondance : ces sites peuvent proposer une offre dédiée au déstockage (par exemple, les ventes privées ainsi que les Aubaines de La Redoute, Les 3 Suisses avec Excédence ou encore les Galeries Lafayette avec une section « bonnes affaires »).

114. En conséquence, 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.

115. Ce constat s'impose uniquement pour la période visée par le grief notifié (2005-2011). Les caractéristiques et les spécificités de la vente

événementielle en ligne ayant évolué au cours de la période, notamment avec l'essor des sites de e-commerce proposant une offre de déstockage, les possibilités de substitution, notamment du côté de la demande, sont susceptibles d'avoir évolué. 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. En effet, 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 ;

ET QUE sur les clauses d'exclusivité (...) 126. conformément à la pratique décisionnelle de l'Autorité, la durée des clauses d'exclusivité ne doit pas être inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur, à plus forte raison lorsqu'il existe déjà dans le contrat une clause réservant la marchandise et interdisant au fournisseur de vendre ses produits à des tiers pendant les deux jours qui suivent la vente effective. Inséré dans les contrats conclus par une entreprise qui serait en situation de domination sur le marché, ce type de clause pourrait être susceptible de constituer un abus.

127. En l'espèce, si la qualification d'abus de position dominante au titre des articles L. 420-2 du code de commerce et 102 du TFUE doit être écartée pour la période comprise entre 2005 et 2011 pour les raisons précédemment exposées, l'Autorité relève toutefois qu'interrogée en séance, Vente-privee.com n'a pas été en mesure de justifier les clauses d'exclusivité litigieuses au-delà d'une durée de seize semaines.

1°) ALORS QUE préalablement à tout examen d'un éventuel abus de position dominante, le juge de la concurrence doit, en toutes circonstances, procéder à une délimitation positive du marché de référence ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence n'avait pas manqué à son obligation de déterminer le marché pertinent en retenant 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 », quand il incombait, au contraire, à l'Autorité de la concurrence avant de rejeter la plainte dont elle était saisie de définir elle-même le marché pertinent ou à défaut de renvoyer le dossier à l'instruction, la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

2°) ALORS QUE préalablement à tout examen d'un éventuel abus de position dominante, le juge de la concurrence doit, en toutes circonstances, procéder à une délimitation positive du marché de référence ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence n'avait pas manqué à son obligation de déterminer le marché pertinent en retenant 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 » ce qui suffirait à exclure tout abus de position dominante, bien que l'Autorité

de la concurrence ait ensuite examiné les clauses d'exclusivité litigieuses et retenu que la durée de certaines d'entre elles pourrait être inhabituelle et disproportionnée par rapport aux usages contractuels du secteur, la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

3°) ALORS QUE méconnaît son office, la Cour d'appel qui refuse de délimiter le marché concerné par les pratiques dénoncées ; qu'en se bornant à affirmer que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement décider 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 n'est pas établie, la Cour d'appel qui a, elle aussi, refusé de délimiter le marché pertinent effectivement applicable en la cause au prétexte que « 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 déférée, plus concevable », a violé l'article 4 du Code civil, ensemble les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

4°) ALORS QUE le caractère incertain des données économiques disponibles ou la relativité de certains critères d'appréciation ne peut pas justifier l'absence de délimitation d'un marché pertinent ; qu'en décidant le contraire la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

5°) ALORS QUE si la définition du marché pertinent peut varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, du côté de la demande ou de l'offre, se modifient, il incombe à l'Autorité de la concurrence, dans le cadre de son activité de contrôle des pratiques anticoncurrentielles, d'apprécier le marché dans sa situation contemporaine des pratiques ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait pu valablement décider 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 n'est pas établie, et que la délimitation rétrospective du marché pertinent n'était désormais plus concevable, la Cour d'appel a violé de plus fort les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

6°) ALORS QUE la délimitation insuffisante du marché pertinent par le plaignant ne dispense pas le juge de la concurrence de procéder à cette délimitation ; qu'en considérant, pour confirmer la décision de non-lieu déférée, que les sociétés Brandalley et Showromprivé.com n'apportent pas d'éléments de nature à écarter l'analyse de l'Autorité de la concurrence ayant conclu que l'existence d'un marché événementielle en ligne n'était pas établie, la Cour d'appel qui n'a pas délimité le marché pertinent applicable a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

7°) ALORS QUE le marché pertinent est celui où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les consommateurs comme substituables ou interchangeables entre eux en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage qu'ils en font ; que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande, qui constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent, s'apprécie en fonction d'un faisceau d'indices comprenant, notamment, les besoins et perceptions des consommateurs, les caractéristiques spécifiques du produit, son usage, son coût et ses conditions de commercialisation ; qu'en affirmant que la spécificité de la vente événementielle en ligne par rapport aux autres canaux de distribution d'inventus n'était pas établie après avoir admis qu'il conviendrait d'examiner si d'autres canaux de distribution de produits de déstockage sont susceptibles d'exercer une pression concurrentielle sur la vente événementielle en ligne, mais que cette étude n'a jamais été faite dans la mesure où il ne serait plus possible d'identifier et de porter une appréciation rétrospective sur des comportements passés, et aujourd'hui différents, des consommateurs, rendant impossible l'analyse de la substituabilité du côté de la demande indispensable à la détermination du marché pertinent, ce dont il résulte que l'absence d'étude sur la substituabilité entre les différents canaux de distribution d'inventus fait obstacle non seulement à la reconnaissance de la spécificité de la vente événementielle en ligne mais également à la démonstration contraire de son absence de spécificité, la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

8°) ALORS QUE le marché pertinent est celui où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les consommateurs comme substituables ou interchangeables entre eux en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage qu'ils en font ; que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande, qui constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent, s'apprécie en fonction d'un faisceau d'indices comprenant, notamment, les besoins et perceptions des consommateurs, les caractéristiques spécifiques du produit, son usage, son coût et ses conditions de commercialisation ; qu'ainsi le marché pertinent est défini par un faisceau d'indices selon une approche multicritères ; qu'en considérant au contraire, pour dire que l'existence d'un marché de la vente événementielle en ligne n'était pas établie que chaque critère invoqué par les sociétés Brandalley et Showromprivé.com n'était pas à lui seul de nature à établir l'absence de substituabilité du côté de la demande, quand il lui appartenait au contraire de porter une appréciation globale sur de l'ensemble des critères visés, la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

9°) ALORS QUE la vente sur Internet constitue un critère de distinction des marchés ; qu'en se bornant à retenir que les autorités de concurrence n'ont jamais consacré de manière absolue la non substituabilité des canaux de distribution physique et des canaux de distribution en ligne, la Cour d'appel qui a statué, par des motifs impropres à établir la substituabilité des différents modes de distribution aux yeux des consommateurs a privé sa décision de base légale au regard des articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

10°) ALORS QUE le marché pertinent est celui où se confrontent l'offre et la demande de produits ou de services considérés par les consommateurs comme substituables ou interchangeable entre eux en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage qu'ils en font ; que la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande, qui constitue le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent, s'apprécie en fonction d'un faisceau d'indices comprenant, notamment, les besoins et perceptions des consommateurs, les caractéristiques spécifiques du produit, son usage, son coût et ses conditions de commercialisation ; qu'en refusant de tenir compte des éléments de segmentation de marché retenus par les services d'instruction mais ignorés par l'Autorité de la concurrence, tenant à la zone de chalandise, aux contraintes horaires, à la livraison à domicile pour délimiter le marché pertinent tout en admettant que ces éléments sont spécifiques à la vente événementielle en ligne, la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

11°) ALORS QUE la substituabilité entre différents biens ou services, du point de vue de l'offre, implique que les autres fournisseurs soit proposent les mêmes biens ou services que celui ou ceux en cause, soit peuvent réorienter leur production vers ce(s) produit(s) ou service(s) et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque substantiel : qu'en se bornant à retenir, pour exclure toute spécificité de la vente événementielle du côté de l'offre, « qu'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 (...) 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 », la Cour d'appel qui a statué par des motifs impropres à démontrer la substituabilité des services du côté de l'offre, a privé sa décision de base légale au regard des articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

12°) ALORS QUE la substituabilité entre différents biens ou services, du point de vue de l'offre, implique que les autres fournisseurs soit proposent les mêmes biens ou services que celui ou ceux en cause, soit peuvent réorienter leur production vers ce(s) produit(s) ou service(s) et les

commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque substantiel : qu'en refusant, pour apprécier la substituabilité entre différents biens ou services, du point de vue de l'offre, de tenir compte de la spécificité des coûts supportés par chaque canal de distribution tout en admettant qu'à la différence des magasins physiques les canaux de vente en ligne supportent la charge d'importants investissements spécifiques, notamment informatiques, la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce :

13°) ALORS QU'un marché biface se caractérise par des interactions de deux types au moins d'agents économiques qui conduisent à des externalités de réseau dans lesquelles l'activité économique d'un opérateur - consommateur ou producteur - influe positivement ou négativement sur le bénéfice susceptible d'être retiré par un autre agent de sa propre activité, sans passage par un marché ni transfert monétaire ; que lorsqu'elle examine le marché biface des plates-formes internet, l'Autorité de la concurrence ne peut pas se dispenser d'analyser concrètement les caractéristiques du marché amont et du marché aval ainsi que leurs interactions réciproques ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait, dans sa recherche de définition du marché pertinent expressément envisagé l'existence d'un marché amont d'approvisionnement en stocks d'inventus, dans la mesure où la notification des griefs et le rapport avaient consacré la nature biface du marché et l'existence d'un marché amont de la fourniture de stocks d'inventus pour en conclure que ce marché amont ne remettait en cause la délimitation du marché pertinent comme étant celui de la vente événementielle en ligne et le grief notifié à Vente-privée.com, quand le collège de l'Autorité de la concurrence n'a pas adopté la position de ses services d'instruction, mais a, au contraire, expressément réfuté cette analyse pour conclure, à l'inverse, à l'absence de marché pertinent de la vente événementielle en ligne et ordonner un non-lieu à suivre, la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce ;

14°) ALORS QU'un marché biface se caractérise par des interactions de deux types au moins d'agents économiques qui conduisent à des externalités de réseau dans lesquelles l'activité économique d'un opérateur - consommateur ou producteur - influe positivement ou négativement sur le bénéfice susceptible d'être retiré par un autre agent de sa propre activité, sans passage par un marché ni transfert monétaire ; que lorsqu'elle examine le marché biface des plates-formes internet, l'Autorité de la concurrence ne peut pas se dispenser d'analyser concrètement les caractéristiques du marché amont et du marché aval ainsi que leurs interactions réciproques ; qu'en considérant que l'Autorité de la concurrence avait suffisamment tenu compte de la nature biface du marché en envisageant l'existence d'un marché amont de l'approvisionnement de stocks d'inventus et retenu que l'identification d'un marché amont, voire hypothétique" suffisait "pour poursuivre l'analyse de la délimitation d'un marché aval" quand il lui

incombait au contraire d'examiner concrètement les caractéristiques du marché amont de l'approvisionnement en stocks d'invendus et celles du marché aval de la distribution de ces stocks, la Cour d'appel a violé les articles 102 du TFUE et L 420-2 du Code de commerce.