

REPUBLIQUE FRANCAISE
AU NOM DU PEUPLE FRANCAIS

Cour de cassation
Chambre commerciale
6 décembre 2017

N° de pourvoi: 16-18835
Non publié au bulletin Rejet

Mme Mouillard (président), président
SCP Baraduc, Duhamel et Rameix, SCP Hémerly et Thomas-Raquin, SCP Piwnica et Molinié,
avocat(s)

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

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°/ 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°/ 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°/ 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°/ 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°/ 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 déferée, 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 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 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 plateformes 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'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'inventus 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 inventus 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.