

COMM.

CH.B

COUR DE CASSATION

Audience publique du **12 mai 2021**

Rejet

Mme DARBOIS, conseiller le plus
ancien faisant fonction de président

Arrêt n° 405 F-D

Pourvoi n° Z 19-12.357

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 12 MAI 2021

La société Edenred France, société par actions simplifiée, dont le siège est 166-180 boulevard Gabriel Péri, 92240 Malakoff, venant aux droits de la société Accentiv' Kadeos, a formé le pourvoi n° Z 19-12.357 contre l'arrêt rendu le 12 décembre 2018 par la cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 4), dans le litige l'opposant :

1°/ à la société Conforama Holding, société anonyme,

2°/ à la société Conforama France, société anonyme,

ayant toutes deux leur siège 80 boulevard du Mandinet Lognes,
77432 Marne-la-Vallée cedex 2,

3°/ à la société Kering, société anonyme, dont le siège est 40 rue de Sèvres,
75007 Paris, anciennement dénommée PPR et venant aux droits de la
société FNAC,

défenderesses à la cassation.

La demanderesse invoque, à l'appui de son pourvoi, les quatre moyens de cassation annexés au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Michel-Amsellem, conseiller, les observations de la SARL Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, avocat de la société Edenred France, de la SCP Alain Bénabent, avocat des sociétés Kering, Conforama Holding et Conforama France, après débats en l'audience publique du 16 mars 2021 où étaient présentes Mme Darbois, conseiller le plus ancien faisant fonction de président, Mme Michel-Amsellem, conseiller rapporteur, Mme Champalaune, conseiller, et Mme Fornarelli, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 12 décembre 2018), par un contrat conclu le 30 mars 2007, les sociétés Pinault Printemps Redoute (la société PPR, devenue la société Kering), Conforama Holding, Fnac et Redcats ont cédé l'intégralité du capital de leur filiale commune, la société Kadéos, qui regroupait les activités des enseignes Conforama, Fnac, Printemps et La Redoute, en matière de titres-cadeaux (chèques cadeaux et cartes-cadeaux multi-enseignes) à la société Accor services, qui était alors déjà active dans le secteur des titres-cadeaux, par l'intermédiaire de sa filiale, la société Accentiv'House.

2. L'article 6-1 de ce contrat, intitulé « engagement d'exclusivité » imposait à ces sociétés de n'accepter que les bons cadeaux proposés par les sociétés Accentiv'House et Kadéos en ces termes : « les Enseignes [Fnac, Conforama, Redcats et leurs filiales, à l'exception de celles figurant à l'Annexe 1(e)], s'engagent, tant en leur nom que pour le compte des sociétés qu'elles contrôlent respectivement, à ce que, pendant une durée de cinq (5) ans à compter des présentes, en France, (elles) les enseignes n'acceptent, en règlement des marchandises vendues, aucun règlement par bons cadeaux autres que ceux proposés par la société [Kadéos] ou par Accentiv'House ». L'article 6.2, intitulé « non-concurrence », interdisait à chacun des cédants, pendant une durée de cinq ans, d'« émettre des Bons cadeaux concurrençant ceux proposés par la société (Kadéos) ».

3. Le même jour, en application de l'article 2 d) du contrat de cession, les sociétés Kadéos et Accentiv'House ont conclu des contrats de partenariat avec la société Fnac et avec la société Conforama, conformes au modèle

annexé au contrat de cession, qui mettaient à leur charge des obligations d'exclusivité et une obligation de non-concurrence.

4. Ainsi, ces contrats de partenariat, conclus pour une durée de cinq ans à compter du 1^{er} janvier 2007, prévoyaient à l'article 1.1 a) l'engagement de chacune de ces sociétés « aux opérations essentielles suivantes » : « (i) distribuer auprès de sa clientèle les Solutions Cadeaux Kadéos, (ii) accepter, en échange de produits ou services qu'elle distribue les Solutions Cadeaux Kadéos et les Solutions Cadeaux Accentiv'House [...]. »

5. Chacune des sociétés Fnac et Conforama s'engageait aussi, aux termes du même article, à : « (iii) pour la durée des présentes [...] ne pas mettre sur le marché français à travers son système de distribution d'autres cartes prépayées ou chèques cadeaux que les Solutions Cadeaux Kadéos (...). »

6. L'article 3.1 des contrats de partenariat précisait que les obligations de distribution et d'acceptation mises à la charge des sociétés Fnac et Conforama étaient souscrites « à titre exclusif » et que chacune des enseignes s'interdisait de distribuer, émettre ou accepter « tout autre titre offrant des services identiques ou similaires aux solutions cadeaux Kadéos ». En particulier, l'article 3.1 b) énonçait que « L'enseigne s'engage, pendant la durée du présent contrat à ne pas émettre directement ou indirectement par une entité sous son contrôle, un/des titre(s) offrant des services identiques ou similaires aux solutions Kadéos ou Accentiv, à l'exception des solutions listées à l'article 1.1.a (iii). »

7. En 2009, la société Kadéos a fusionné avec la société Accentiv'House et pris le nom d'Accentiv'Kadéos. En 2010, la société Accor services a été séparée de la branche hôtelière du groupe Accor et a pris la dénomination d'Edenred France (la société Edenred).

8. Saisie en 2009, par une société concurrente de la société Kadéos, qui soutenait que les clauses d'exclusivité et de non-concurrence précitées avaient pour objet ou pour effet de verrouiller les marchés de la distribution et de l'acceptation des cartes-cadeaux, l'Autorité de la concurrence a, par une décision n° 11-D-08 du 27 avril 2011, rendu obligatoires les engagements portant sur l'abandon des exclusivités en matière d'acceptation et de distribution des cartes-cadeaux pris par la société Accentiv'Kadéos.

9. En septembre et octobre 2010, les sociétés Fnac et Conforama ont décidé de mettre en vente leurs propres cartes-cadeaux utilisables dans leurs seules enseignes (les cartes-cadeaux mono-enseigne).

10. À la suite du prononcé d'une ordonnance de référé lui enjoignant, sous astreinte, de cesser de distribuer sa carte mono-enseigne, la société Fnac, aux droits de laquelle est venue la société Kering, a assigné la société

Accentiv/Kadéos afin que soit ordonnée la levée de la clause de non-concurrence et l'allocation de dommages-intérêts. Les sociétés Conforama France et Conforama Holding, contre lesquelles une interdiction identique avait été prononcée, sont intervenues à l'instance.

Examen des moyens

Sur le premier moyen, pris en ses neuf premières branches, ci-après annexé

11. En application de l'article 1014, alinéa 2, du code de procédure civile, il n'y a pas lieu de statuer par une décision spécialement motivée sur ce moyen qui n'est manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Sur le premier moyen, pris en sa dixième branche

Enoncé du moyen

12. La société Edenred fait grief à l'arrêt de dire que la clause de non-concurrence constituait une entente, contraire aux articles 101, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union (TFUE) et L. 420-1 du code de commerce, de rejeter en conséquence ses demandes de condamnation des sociétés Kering, Conforama France et Conforama Holding pour violation de cette clause, de la condamner à restituer à ces sociétés les sommes qu'elles lui avaient versées au titre des liquidations d'astreintes, soit 7 914 529,04 euros pour la société Kering et 3 815 718,08 euros pour les sociétés Conforama France et Conforama Holding et de la condamner à payer à chacune de ces sociétés une somme de 150 000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile, alors « que seuls les éléments de l'accord jugés non conformes au droit des ententes peuvent être déclarés illicites ; que la cour d'appel ayant retenu que l'article 1.1.a. (iii) des contrats de partenariat interdisait à la Fnac et Conforama d'émettre et de distribuer des cartes concurrentes aux "Solutions Cadeaux Kadéos", elle a jugé cette clause non conforme au droit des ententes en tant seulement qu'elle privait les enseignes de la faculté d'émettre des cartes-cadeaux mono ou multi-enseignes concurrentes de Kadéos ; qu'ainsi, en déclarant cette clause illicite dans son ensemble, en ce donc compris, même si elle n'en constatait pas la contrariété avec le droit des ententes, l'interdiction de distribution dans les magasins Fnac et Conforama et sur leurs sites Internet de leurs cartes-cadeaux mono-enseigne, la cour d'appel a violé les articles L. 420-3 du code de commerce et 101, paragraphe 2, TFUE. »

Réponse de la Cour

13. L'arrêt retient qu'il résulte de la combinaison des articles 1.1 a) (iii) et 3.1.b) du contrat de partenariat que les sociétés Fnac et Conforama étaient privées de la possibilité d'émettre des cartes-cadeaux mono ou multi-enseignes concurrentes de celles de la société Accentiv'Kadéos. Il précise que l'objet de cette obligation était d'empêcher ces enseignes de concurrencer la société Accentiv'Kadéos pendant cinq ans en exerçant une activité d'émetteurs de titres cadeaux mono et pluri-enseignes et constate que cette interdiction portait un frein à leur liberté commerciale et les empêchait de satisfaire la demande des consommateurs, obligés d'acheter une carte multi-enseignes comportant la Fnac ou Conforama parmi d'autres enseignes, même s'ils ne souhaitent acheter que le service de l'une de ces deux enseignes.

14. L'arrêt retient encore que l'intérêt d'une carte mono-enseigne est d'être distribuée dans le magasin de l'enseigne en question, que les termes de la clause de non-concurrence eux-mêmes, éclairés par ceux du contrat de cession, évoquaient bien les notions d'« émettre » et de « mettre sur le marché » des titres concurrents, et que la clause concernait à la fois l'émission et la distribution. Il relève que l'Autorité de la concurrence a analysé l'article 1.1.a (iii) des contrats de partenariat et énoncé que celui-ci contribuait au pouvoir de la société Accentiv'Kadéos sur le marché des cartes-cadeaux et, par conséquent, à l'effet de forclusion de ce marché. Il ajoute que cette autorité a, dans sa décision n° 10-D-07, retenu, d'une part, que l'effet de verrouillage du marché, produit par l'exclusivité d'acceptation des cartes-cadeaux multi-enseignes, était amplifié par les exclusivités de distribution interdisant aux enseignes partenaires de distribuer leur propre carte-cadeau mono-enseigne et, d'autre part, que le couplage d'une exclusivité d'acceptation et d'une exclusivité de distribution interdisant à l'enseigne affiliée l'émission d'une carte mono-enseigne pourrait avoir pour effet de permettre à la société Accentiv'Kadéos de capter une part importante des recettes de l'enseigne.

15. Du constat de l'objet et des effets potentiels de la clause de non-concurrence, qui était de nature à empêcher tout transfert de la demande des consommateurs de la carte multi-enseignes vers la carte mono-enseigne et donc à préserver la position prééminente de la société Accentiv'Kadéos sur le secteur des cartes multi-enseignes, mais aussi à retarder l'émergence d'acteurs importants tels que la Fnac ou Conforama, privés d'émettre leur propre carte, l'arrêt déduit que l'obligation de non-concurrence énoncée par l'article 1.1.a (iii) des contrats de partenariat

constitue une entente anticoncurrentielle contraire aux articles 101, alinéa 1, du TFUE et L. 420-1 du code de commerce.

16. De ces constatations et appréciations, dont il résulte qu'elle a établi que la clause de non-concurrence constituait, tant en ce qui concerne l'émission que la distribution des cartes-cadeaux mono-enseigne, une entente anticoncurrentielle prohibée par les articles 101, alinéa 1 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce, la cour d'appel a déduit à bon droit que cette clause était illicite dans son ensemble.

17. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le deuxième moyen

Enoncé du moyen

18. La société Edenred fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 1°/ qu'une obligation de non-concurrence constitue l'accessoire de l'opération principale lorsqu'elle est directement liée à la réalisation de celle-ci et qu'elle lui est objectivement nécessaire ; que la cour d'appel a retenu que la société Edenred ne démontrait pas que l'obligation de non-concurrence était directement liée à la réalisation de la cession de Kadéos, dès lors que cette opération était intervenue à une date où cette société était active uniquement sur le marché des cartes-cadeaux multi-enseignes et non sur celui des cartes-cadeaux mono-enseigne ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'elle constatait que les services offerts par les cartes-cadeaux multi et mono-enseigne étaient "identiques ou similaires", ce dont il résultait que ces cartes étaient substituables ou interchangeables entre elles au sens du droit de la concurrence et qu'elles constituaient un marché unique au regard duquel apprécier la restriction accessoire, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE ;

2°/ qu'une obligation de non-concurrence constitue l'accessoire de l'opération principale lorsqu'elle est directement liée à la réalisation de celle-ci et qu'elle lui est objectivement nécessaire ; que la cour d'appel a retenu que la société Edenred ne démontrait pas que l'obligation de non-concurrence était objectivement nécessaire à la mise en œuvre de la cession de la société Kadéos, ce même type de clause ayant été conclu avec d'autres enseignes que celles parties au contrat de cession, ce qui démontrait qu'elle ne répondait pas aux préoccupations de ce contrat, à savoir garantir le transfert à la société Accor, mais visait en réalité d'autres objectifs ou excédait

celui-ci ; qu'en statuant ainsi, cependant que la société Kadéos ne commercialisant pas d'autres produits ou services que la carte-cadeaux multi-enseignes, la valeur cédée à garantir, au sens du droit des ententes, résidait dans la valeur d'émission de cette carte et le réseau d'enseignes référencées par celle-ci, toutes appartenant au groupe Pinault Printemps Redoute (le groupe PPR) même si elles n'étaient pas toutes directement signataires du contrat de cession, rendant dès lors indispensables les obligations de non-concurrence des sociétés Fnac et Conforama pour garantir le transfert au groupe Accor de la valeur complète de la société Kadéos, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE ;

3°/ que les obligations de non-concurrence se justifient pour des périodes n'excédant généralement pas cinq ans lorsque la cession de l'entreprise intervient dans le cadre de la scission de l'entité économique du vendeur et le transfert partiel des actifs à l'acquéreur ; que l'arrêt attaqué ayant constaté que la société Kadéos avait été cédée à la société Accor par les sociétés du groupe PPR tandis que ses seules clientes continuaient d'être des enseignes filiales de ce groupe, la cour d'appel, en retenant que la durée communément admise d'une clause de non-concurrence dans le contexte de l'espèce était de trois années cependant qu'elle était en réalité de cinq années maximum, a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE ;

4°/ que, subsidiairement, si les obligations de non-concurrence se justifient pour des périodes n'excédant généralement pas trois ans lorsque la cession de l'entreprise inclut la fidélisation de la clientèle sous la forme à la fois du fonds commercial et du savoir-faire, chaque période de non-concurrence doit cependant être appréciée dans le contexte qui lui est propre, en tenant compte de la période nécessaire à l'acquéreur pour consolider la clientèle cédée ; qu'en jugeant excessive la durée de cinq ans non reconductibles de l'obligation de non-concurrence, tout en constatant que le lancement par les sociétés Fnac et Conforama de leurs cartes-cadeaux mono-enseigne en septembre et octobre 2010 avait d'emblée impacté fortement les ventes de la société Kadéos, révélant ainsi l'insuffisance du délai de trois ans qu'elle retenait pour consolider la clientèle cédée, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'imposaient, en violation des articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE. »

Réponse de la Cour

19. L'arrêt énonce que la notion de restriction accessoire, qui conduit à ne pas appliquer les dispositions des articles 101 du TFUE et L. 420-1 du code de commerce à une situation qui le justifierait, concerne toute disposition directement liée et nécessaire à une opération, dite principale, qui, elle-même, ne constitue pas une restriction de concurrence. Il précise que l'application de cette notion impose, d'une part, que la restriction en cause soit subordonnée, en importance et par un lien évident, à l'opération principale, d'autre part, qu'elle soit objectivement nécessaire et, enfin, qu'elle soit proportionnée à sa réalisation.

20. Après avoir encore rappelé que la communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, qui constitue un guide d'analyse utile, énonce au point 23 que « [...] les clauses de non-concurrence doivent rester limitées aux produits (y compris leurs versions améliorées ou actualisées et les produits qui les remplacent) et aux services qui constituaient l'activité économique de l'entreprise cédée. [...] La protection contre la concurrence du vendeur sur les marchés de produits ou de services sur lesquels l'entreprise cédée n'était pas active avant la cession n'est pas considérée comme nécessaire », l'arrêt relève que l'opération est intervenue à une date à laquelle seule la carte multi-enseignes était commercialisée par la société Kadéos.

21. L'arrêt rappelle ensuite que la Commission, dans la même communication, précise, au point 19, que « De telles clauses de non-concurrence ne sont cependant justifiées par l'objectif légitime de réalisation de la concentration que dans la mesure où leur durée, leur champ d'application territorial et leur portée matérielle et personnelle n'excèdent pas ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin » et, au point 20, que ces clauses se justifient pour des périodes n'excédant généralement pas trois ans lorsque la cession de l'entreprise inclut la fidélisation de la clientèle sous la forme à la fois du fonds commercial et du savoir-faire.

22. Il retient enfin que la société Edenred, sur laquelle repose la charge de la preuve du caractère proportionné de la clause, ne tente aucunement de démontrer que la durée de cinq ans était justifiée par le montant des investissements réalisés pour la cession, ainsi qu'elle le soutient comme seule explication économique de cette disposition.

23. Par ces énonciations, constatations et appréciations, dont elle a justement déduit que le lien direct avec l'opération de cession n'était pas démontré, dès lors que les cartes mono-enseigne n'existaient pas au moment de la cession, sans qu'importe qu'elles aient présenté des éléments de similitude avec les cartes pluri-enseignes, et considéré, dans le cadre de son appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis, que la société Edenred ne démontrait pas, ainsi qu'il lui incombait, que la durée de la clause qui comportait une obligation de non-concurrence et non des obligations d'achats et de livraisons comme invoqué dans le moyen, était proportionnée à la réalisation de l'opération principale, la cour d'appel a pu, sans encourir le grief de la deuxième branche, rendu inopérant par le rejet des autres griefs, retenir que la clause de non-concurrence contestée ne pouvait être qualifiée de restriction accessoire.

24. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le troisième moyen

Énoncé du moyen

25. La société Edenred fait le même grief à l'arrêt, alors :

« 1^o/ qu'en application de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2790/1999, l'exemption par catégorie bénéficie au fournisseur dont la part de marché ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels ; que, pour écarter l'exemption automatique de l'article 5 du règlement susvisé concernant les clauses de non-concurrence contractuelles dont la durée est au plus égale à cinq ans, la cour d'appel a retenu que la lettre d'autorisation C2006-06 du ministre chargé de l'économie en date du 17 février 2006 décrivait les positions suivantes : Kadéos ([20-30] % de parts de marché en valeur) et Accentiv ([0-10] %), ce qui conduisait, en additionnant les parts de marché des deux sociétés, à une fourchette de 20-40 % pour Accentiv/Kadéos ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'il lui appartenait d'apprécier la position exacte des parties sur le marché au jour de la signature des contrats de partenariat et de vérifier concrètement que leur part de marché était inférieure à 30 % du marché pertinent, et non pas seulement comprise dans une fourchette de 20-40 %, la cour d'appel a privé son arrêt attaqué de base légale au regard des articles 101, paragraphe 3, TFUE, 2, 3 et 5 du règlement (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 ;

2°/ que le bénéfice de l'exemption par catégorie n'est pas perdu pour les aspects verticaux des accords conclus entre entreprises concurrentes ; que la cour d'appel a retenu que le règlement d'exemption par catégorie (CE) n° 2790/1999 ne s'appliquait pas à la pratique concernée, dès lors que celle-ci constituait une entente horizontale dont les effets venaient renforcer ceux d'une entente verticale ; qu'en statuant ainsi, cependant que, l'arrêt attaqué ayant constaté que l'obligation de non-concurrence prévue à l'article 1.1. a. (iii) des contrats de partenariat, interprétée conjointement avec les clauses d'exclusivité de ces contrats et du contrat de cession, présentait, prises toutes ensemble, des restrictions à la fois d'ordre horizontal (émission des cartes-cadeaux mono ou multi-enseignes) et vertical (acceptation et distribution des cartes-cadeaux multi-enseignes), il appartenait à la cour d'appel de procéder à un examen différencié de ces effets verticaux pour apprécier s'ils remplissaient les conditions pour bénéficier d'une exemption catégorielle ; qu'en s'en abstenant, elle a violé l'article 101, paragraphe 3, TFUE, et les articles 2 et 5 du règlement susvisé. »

Réponse de la Cour

26. L'article 2, paragraphe 4, du règlement de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dispose que « L'exemption prévue au paragraphe 1 ne s'applique pas aux accords verticaux conclus entre entreprises concurrentes [...] ». L'article 1^{er} de ce règlement précise que, pour son application, sont des « entreprises concurrentes » des fournisseurs actuels ou potentiels sur le même marché de produits.

27. Après avoir relevé que l'interdiction d'émission de cartes-cadeaux mono ou multi-enseignes s'inscrit dans un cadre de relations horizontales de concurrence, puisque les partenaires intervenaient alors sur un même produit, et que les obligations d'exclusivité relatives à l'acceptation et à la distribution de cartes-cadeaux s'inscrivaient dans une relation verticale, l'arrêt retient que le règlement d'exemption n° 2790/1999 ne s'applique pas à la pratique concernée, qui constitue une entente horizontale renforçant une entente verticale.

28. Ayant ainsi fait ressortir que les obligations instaurées dans le cadre d'un accord vertical étaient conclues entre entreprises concurrentes puisqu'elles étaient fournisseurs actuels ou potentiels sur le même marché de produits,

la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche qu'il lui est reproché d'avoir négligée, a exactement retenu que le règlement d'exemption n° 2790/1999 ne s'appliquait pas à l'accord concerné.

29. Le rejet du premier grief rend sans objet le second, qui manque par le fait qui lui sert de base.

30. Le moyen n'est donc pas fondé.

Sur le quatrième moyen

Énoncé du moyen

31. La société Edenred fait encore le même grief à l'arrêt, alors :

« 1^o/ qu'est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique anticoncurrentielle prohibée ; que, pour débouter la société Edenred de ses demandes de condamnation pour violation de l'obligation de non-concurrence et la condamner à restituer les sommes versées au titre des liquidations d'astreintes, la cour d'appel a retenu que les sociétés Kering et Conforama ne demandaient pas la nullité de l'obligation de non-concurrence, mais que l'illicéité de celle-ci au regard du droit des ententes privait néanmoins les décisions de liquidation d'astreintes de leur fondement juridique et faisait obstacle à ce que les sociétés Kering et Conforama soient sanctionnées pour l'avoir violée ; qu'en statuant ainsi, en retenant, implicitement mais nécessairement, que l'obligation de non-concurrence était réputée non écrite cependant qu'elle ne pouvait prononcer une autre sanction que celle de la nullité prévue par les articles L. 420-3 du code de commerce et 101, paragraphe 2, TFUE, la cour d'appel a violé ces textes ;

2^o/ que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut demander réparation des conséquences de l'inexécution ; que, pour débouter la société Edenred de ses demandes de condamnation pour violation de l'obligation de non-concurrence, la cour d'appel a retenu que les sociétés Fnac et Conforama ne pouvaient pas être sanctionnées pour avoir violé cette clause jugée illicite au regard du droit des ententes ; qu'en statuant ainsi, cependant que le manquement contractuel invoqué par la société Edenred au soutien de sa demande de condamnation de la Fnac et Conforama, et le préjudice d'exploitation dont elle leur

demandait réparation, concernaient tous deux uniquement la distribution des cartes mono-enseigne Fnac et Conforama sur leurs sites Internet et dans leurs magasins respectifs, et non l'émission de ces cartes-cadeaux qu'elle jugeait seule contraire au droit des ententes, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1147, en leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenus 1103, 1217 et 1231-1, du code civil ;

3°/ que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; que, pour condamner la société Edenred à restituer les sommes versées au titre des liquidations d'astreintes, la cour d'appel a retenu que l'illicéité de l'obligation de non-concurrence au regard du droit des ententes privait les décisions de liquidation d'astreintes de leur fondement juridique ; qu'en statuant ainsi, cependant que la Fnac et Conforama avaient été condamnées sous astreinte à cesser la distribution sur le marché français de leurs cartes mono-enseigne, et non l'émission de celles-ci qui était seule jugée illicite au regard du droit des ententes, la cour d'appel a violé l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution, ensemble l'article 1134, en sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu 1103, du code civil. »

Réponse de la Cour

32. Ayant, par des motifs vainement critiqués par les premier, deuxième et troisième moyens, retenu le caractère anticoncurrentiel des obligations résultant de l'article 1.1. a (iii) des contrats de partenariat, s'attachant tant à l'émission qu'à la distribution des cartes-cadeaux mono-enseigne, la cour d'appel, bien qu'elle n'ait, à tort, pas prononcé l'annulation de cette clause, en méconnaissance des articles 101, alinéa 2, du TFUE et L. 420-3 du code de commerce, ce qu'elle aurait dû faire en relevant ce moyen d'office après avoir recueilli les observations des parties, a néanmoins, à bon droit, décidé, d'abord, que les sociétés Fnac et Conforama ne pouvaient être sanctionnées pour ne pas avoir respecté la clause de non-concurrence et, ensuite, que les astreintes ainsi que leur liquidation, prononcées sur le fondement de cette clause, étaient dépourvues de fondement juridique, de sorte que les sommes qu'elles avaient payées en exécution des décisions les prononçant devaient leur être restituées.

33. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne la société Edenred France aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par la société Edenred France et la condamne à payer aux sociétés Kering, Conforama Holding et Conforama France la somme globale de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du douze mai deux mille vingt et un.

MOYENS ANNEXES au présent arrêt

Moyens produits par la SARL Matuchansky, Poupot et Valdelièvre, avocat aux Conseils, pour la société Edenred France.

PREMIER MOYEN DE CASSATION

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que la clause de non-concurrence constituait une entente, contraire aux articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce, d'avoir débouté en conséquence la société Edenred de ses demandes de condamnation des sociétés Kering, Conforama France et Conforama Holding pour violation de cette clause, d'avoir condamné la société Edenred à restituer à ces sociétés les sommes qu'elles lui avaient versées au titre des liquidations d'astreintes, à hauteur de 7.914.529,04 euros pour la société Kering et 3.815.718,08 euros pour les sociétés Conforama France et Conforama Holding et d'avoir condamné la société Edenred à payer à chacune de ces sociétés une somme de 150.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Aux motifs que, sur la portée de l'obligation de non-concurrence stipulée à l'article 1.1. a (iii) des contrats de partenariat : selon l'article 1.1 a) (iii) des contrats de partenariat signés entre d'une part la société Kadéos et Accentiv'House et d'autre part les sociétés Fnac et Conforama : « les parties s'engagent, dans les conditions des présentes, aux opérations essentielles suivantes a) pour l'enseigne (...) (iii) pour la durée des présents à ne pas mettre sur le marché français à travers son système de distribution d'autres cartes cadeaux prépayées ou chèques cadeaux que les Solutions Cadeaux Kadéos à l'exception des solutions en place à la date des présentes soit : la carte Fnac Musique [en réalité Music], les Chèques Lire, les chèques cadeaux virtuel Fnac direct et les coffrets cadeaux weekenddesk ainsi que les solutions cadeaux qui pourraient être émises localement dans le cadre d'une opération promotionnelle telle que l'animation d'un centre commercial dont l'enseigne fait partie » ; qu'il résulte de ce texte que les sociétés Fnac et Conforama ne pouvaient, pendant la durée du partenariat, à savoir jusqu'au 31 décembre 2011, émettre sur le marché français, dans leurs magasins et sur leur site Internet d'autres cartes cadeaux prépayées que les solutions cadeaux multi enseignes Kadéos ; que le terme « autres cartes cadeaux » est en effet un titre générique englobant cartes mono et multi-enseignes ; que les exceptions à cette clause de non-concurrence

contractuelle étaient limitativement énumérées à l'article ci-dessus et ne comprenaient pas, de façon générale, les cartes mono enseigne de Fnac et Conforama ; que les sociétés appelantes ne peuvent soutenir que les cartes mono-enseigne n'étaient pas concernées par la clause de non concurrence, la carte Fnac Musi[c], mentionnée parmi les exceptions, étant précisément une carte mono-enseigne, limitée aux produits musicaux de la chaîne ; qu'elles ne peuvent davantage prétendre que les cartes mono enseigne ne pouvaient rentrer dans le périmètre de l'accord puisqu'elles n'existaient pas au moment de sa signature ; qu'en effet, outre la carte Fnac Musi[c], la grande distribution avait déjà, à l'époque, introduit des cartes mono-enseigne sur le marché ; qu'il y a donc lieu de conclure que le périmètre de la clause de non concurrence litigieuse couvrait aussi bien les cartes mono-enseigne, que les cartes pluri-enseignes ; que, sur le manquement contractuel de la société Accentiv'Kadéos, l'article 1.1 b) des contrats de partenariat stipule : « les parties s'engagent, dans les conditions des présentes, aux opérations essentielles suivantes (...) b) pour Kadéos (I) créer des solutions cadeaux mono-enseigne à la demande de Fnac » ; qu'il résulte du courrier adressé le 18 février 2010 par la Fnac à la société Accor Service que la société Fnac n'a pas formellement demandé à la société Accor la mise en oeuvre de l'article 1.1 b) des contrats de partenariat : « Il nous semble important de recadrer dès à présent nos discussions. En effet, au vu des termes de votre lettre, nous pensons qu'il y a incompréhension du contexte de nos demandes. Vous nous écrivez que nous vous avons "formellement demandé de réaliser la carte mono-enseigne B2C de la Fnac". Nous avons plus précisément indiqué que nos réflexions marketing nous amènent à penser qu'il serait pertinent de proposer à notre clientèle une carte cadeaux mono-enseigne Fnac. Aussi, c'est au titre du respect de nos relations de partenaires que nous vous avons informés dès le début du mois de novembre 2009, de notre souhait d'émettre et de distribuer, début 2010 dans nos "magasins", aux côtés de vos Solutions Cadeaux, une carte cadeaux mono enseigne Fnac. Cette carte étant distribuée et acceptée exclusivement dans les magasins Fnac. Toujours dans le cadre de nos bonnes relations, nous vous avons demandé si vous seriez intéressés d'émettre une telle carte cadeaux Fnac et à quelles conditions vous seriez prêts à le faire. En ce sens nous vous avons fait part de nos objectifs financiers. Il s'agissait donc pour nous, simplement de recueillir, en toute transparence, votre avis et vos propositions avant de prendre une décision sur ce sujet (...) » ; que les sociétés appelantes ne démontrent donc pas avoir invoqué cette stipulation à l'encontre de la société Accor Services ; que, dès le départ, elles ont expliqué qu'elles lui demandaient une proposition sur l'émission d'une carte

mono-enseigne, mais se réservaient la faculté de la mettre en oeuvre elles même ; que les propositions effectuées par la société Accor Services, dans le cadre d'une discussion avec la Fnac, dont les conditions étaient jugées inacceptables par celle-ci, ne constituent donc pas un manquement à l'article 1.1. b des contrats de partenariat, aucune mauvaise foi dans les négociations ne ressortant par ailleurs des courriers versés aux débats ; que, sur le caractère anticoncurrentiel de la clause 1.1. a (iii) des contrats de partenariat, la pratique étant appréhendée sous le double prisme de l'abus de position dominante et de l'entente, la cour examinera successivement les deux griefs ; que l'application du droit de l'Union n'est pas contestée ; que, sur l'abus de position dominante, aux termes de l'article 102 du TFUE : « Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci (...) » ; que l'article L. 420-2 du code de commerce prévoit de même : « Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci » ; que la caractérisation de l'abus nécessite au préalable celle du marché pertinent et d'une position dominante sur ce marché ; que dans sa décision d'engagements, l'Autorité a laissé ouverte la question du marché pertinent, marché limité aux titres-cadeaux multi-enseignes, ou marché comprenant aussi bien les titres multi-enseignes que les titres mono-enseigne, n'ayant pas besoin, dans une décision d'engagements, de définir aussi précisément le contour du marché, dès lors que la société Kadéos détenait sur ces deux marchés une part supérieure à 30 %, seuil d'exonération automatique au titre du règlement d'exemption des ententes verticales ; qu'elle a souligné à cet égard la contrainte concurrentielle exercée par les cartes mono-enseigne sur les titres multi-enseignes, du point de vue des comportements d'achat final (§ 76), « contrainte matérialisée par les transferts de valeur d'émission qui apparaissent importants » (§ 75), sans en conclure pour autant au caractère substituable des cartes mono-enseigne et multi-enseignes ; que la cour ne peut en l'état définir plus précisément que l'Autorité le marché pertinent de produits et services, aucun élément complémentaire n'étant versé aux débats depuis la décision d'engagements, en terme d'analyse de la substituabilité de la demande ; que les appelants ne démontrent donc pas que la clause constitue un abus de position dominante de la société Accentiv'Kadéos, faute de délimitation du marché pertinent sur lequel cette société serait en position dominante ; que, sur l'entente anticoncurrentielle,

selon l'article 101, alinéa 1 du TFUE : « Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre, ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à : fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction ; limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements ; répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ; appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes (...) » ; que l'article L. 420-1 du code de commerce prohibe de la même façon « lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à 1° limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ; 2° faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ; 3° limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ; 4° répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement » ; que la démonstration d'une entente au sens de ces textes nécessite la démonstration d'un concours de volonté ayant pour objet ou effet une restriction de concurrence ; * Sur le concours de volontés, qu'il n'est pas discuté que celui-ci résulte de la signature des contrats de partenariat contenant la clause litigieuse ; * Sur la restriction de concurrence, que, dans la mesure où les pratiques sont examinées, en l'espèce, au titre de la prohibition des ententes illicites, il n'est pas nécessaire de définir le marché avec davantage de précision, dès lors que le secteur a été suffisamment identifié pour qualifier les pratiques observées et permettre de les imputer aux opérateurs qui les ont mises en oeuvre ; que les restrictions de concurrence et leurs effets seront donc examinés sur le secteur des titres cadeaux mono et pluri-enseignes, marché le plus vaste et hypothèse la plus favorable à la société Edenred ; que ce marché est de dimension nationale, les enseignes étant essentiellement présentes en France ; qu'il convient de rappeler que, pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 101, paragraphe 1 du TFUE ou à l'article L. 420-1 du code de commerce, un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée doit avoir « pour objet ou pour effet » d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence dans le marché intérieur ; que, si les sociétés

appelantes décrivent les effets potentiels de la clause, leurs arguments relèvent aussi de son objet, de sorte qu'il ne peut leur être fait le reproche de s'en être tenues aux effets ; qu'afin d'apprécier si un accord entre entreprises, ou une décision d'association d'entreprises, présente un degré suffisant de nocivité pour être considéré comme une restriction de concurrence par objet au sens de l'article 101, paragraphe 1, TFUE, il convient de s'attacher à la teneur de ses dispositions, aux objectifs qu'il vise à atteindre ainsi qu'au contexte économique et juridique dans lequel il s'insère ; que, dans le cadre de l'appréciation dudit contexte, il y a lieu également de prendre en considération la nature des biens ou des services affectés ainsi que les conditions réelles du fonctionnement et de la structure du ou des marchés en question ; qu'en outre, bien que l'intention des parties ne constitue pas un élément nécessaire pour déterminer le caractère restrictif d'un accord entre entreprises, rien n'interdit aux autorités de la concurrence ou aux juridictions nationales et de l'Union d'en tenir compte ;

- Les dispositions de la clause : L'obligation découlant des articles 1.1 a (iii) et de l'article 3.1 b. du contrat de partenariat, qui interdisent aux enseignes référencées de « mettre sur le marché français à travers (leur) système de distribution d'autres cartes cadeaux prépayées (...) que les Solutions Cadeaux Kadéos (...) » et d'« émettre, directement ou indirectement par une entité sous son contrôle, un/des titres offrant des services identiques ou similaires aux solutions cadeaux Kadéos ou Accentiv, à l'exception des solutions listées à l'article 1.1. a (iii) » prive les enseignes Fnac et Conforama de la faculté d'émettre des cartes cadeaux multi enseignes concurrentes d'Accentiv/Kadéos ou leur propre carte mono-enseigne ; qu'elle constitue donc une obligation de non-concurrence entre opérateurs concurrents ; qu'en s'engageant à ne pas créer de titres concurrents de ceux émis par Kadéos, les deux opérateurs s'interdisent de faire concurrence à Kadéos, non seulement en émettant des cartes cadeaux multi enseignes, mais en émettant des cartes de leur propre enseigne, ce qui, non seulement porte un frein à leur liberté commerciale, mais les empêche de satisfaire la demande des consommateurs, obligés d'acheter une carte multi enseignes comportant la Fnac ou Conforama parmi d'autres enseignes, même s'ils ne souhaitent acheter que le service de l'une de ces deux enseignes ;
- Les objectifs de la clause : Elle empêche les enseignes de venir concurrencer la société Kadéos pendant cinq ans en exerçant une activité concurrente d'émetteurs de titres cadeaux, pluri ou mono enseigne ;
- Le contexte juridique : Les contrats de partenariat dans lesquels s'insère la clause litigieuse revêtent plusieurs dimensions ; que certaines des obligations mises à la charge de la Fnac et Conforama relèvent d'une relation verticale : il

s'agit notamment des clauses d'exclusivité relatives à l'acceptation et à la distribution des cartes multi-enseignes qui ont fait spécifiquement l'objet des engagements de Kadéos, dans la décision de l'Autorité ; que d'autres obligations s'inscrivent dans le cadre d'une relation horizontale : l'interdiction faite aux enseignes d'émettre leurs propres cartes cadeaux mono-enseigne ou pluri-enseignes ; qu'en effet, s'agissant de la possibilité d'émettre une carte mono-enseigne, la Fnac et Accentiv'Kadéos n'agissent pas à un niveau différent de la chaîne de production mais au même stade, ce qui explique d'ailleurs qu'Accentiv'Kadéos qualifie elle-même cette obligation d'« obligation de non-concurrence » ; que la société Edenred ne peut alléguer qu'il s'agit seulement d'une interdiction de distribution des titres mono-enseigne dans les magasins de la Fnac ou de Conforama, l'émission de ces titres et leur distribution en dehors des magasins des deux enseignes étant permises ; qu'en effet, outre que cette lecture est dépourvue de sens, l'intérêt d'une carte mono-enseigne étant d'être distribuée dans le magasin de l'enseigne en question, les termes de la clause de non-concurrence eux-mêmes, éclairés par ceux du contrat de cession, évoquent bien les notions d'« émettre », et de « mettre sur le marché » des titres concurrents ;

- Le contexte économique : .L'indissociabilité des clauses : La clause de non-concurrence est indissociable des clauses d'exclusivité et vient en renforcer les effets, ainsi que l'Autorité l'a constaté dans ses deux décisions ; que l'Autorité de la concurrence a analysé l'article 1.1.a (iii) des contrats de partenariat comme contribuant au pouvoir de la société Accentiv'Kadéos sur le marché des cartes-cadeaux et par conséquent, à l'effet de forclusion de ce marché ; que l'Autorité, saisie par un concurrent de la société Kadéos, la société Titre Cadeaux, d'une demande de mesures conservatoires (décision n° 10-D-07) concernant la clause d'exclusivité interdisant aux enseignes partenaires d'accepter en paiement les cartes cadeaux multi-enseignes des concurrents de Kadéos (cf § 27 de la décision), a estimé que leur effet de verrouillage du marché de l'acceptation des cartes cadeaux prépayées était amplifié par des « exclusivités de distribution interdisant aux enseignes partenaires de distribuer leur propre carte cadeau mono-enseigne » (c'est la cour qui souligne) (§ 92 de la décision de mesures conservatoire) ; qu'elle a, par ailleurs, souligné que « le couplage d'une exclusivité d'acceptation et d'une exclusivité de distribution interdisant à l'enseigne affiliée l'émission d'une carte mono-enseigne pourrait avoir pour effet de permettre à Kadéos de capter une part importante des recettes de l'enseigne » (§ 93) ; que l'Autorité de la concurrence a donc analysé l'article 1.1.a (iii) du contrat de partenariat comme contribuant au pouvoir de la société Edenred sur le marché des cartes-cadeaux et, par conséquent, à l'effet de forclusion des

clauses d'exclusivité sur ce marché ; que son analyse dans la décision d'engagements n° 11-D-08 est identique : la clause de non concurrence litigieuse vient renforcer la portée des clauses d'exclusivité d'acceptation Kadéos, seules expressément concernées par les engagements pris par Kadéos ; que l'Autorité conclut ainsi clairement son analyse en ces termes, au point 121 : « Les exclusivités conclues entre Accentiv'Kadéos et les enseignes affiliées à la carte Kadéos sont susceptibles d'avoir pour effet de forclure les marchés français de l'acceptation et de la distribution des cartes cadeaux B-to-C ou des cartes cadeaux multi-enseignes B-to-C, dans la mesure où elles conduiraient à capter un portefeuille d'enseignes générant une forte valeur d'émission, permettant à Accentiv'Kadéos de détenir 81 % des marchés français d'acceptation et de distribution de la carte cadeau multi-enseignes en B-to-C ou [40-45 %] des marchés français d'acceptation et de distribution de la carte cadeaux en B-to-C, et dans la mesure où les alternatives offertes sur ces marchés aux concurrents ou aux nouveaux entrants paraissent modestes » ; qu'à la lecture de la décision, il ressort que les exclusivités en cause sont toutes les exclusivités d'acceptation, de distribution et d'émission des cartes-cadeaux, ce qui recouvre l'émission de cartes-mono-enseigne et que le « marché français de l'acceptation et de la distribution des cartes cadeaux B-to-C » recouvre les cartes mono et multi-enseignes, ce qui démontre bien que la clause en cause fait également partie des clauses considérées comme susceptibles de constituer une pratique anticoncurrentielle par l'Autorité ; que la cour fait sienne cette analyse aux termes de laquelle les clauses d'exclusivité conclues par la société Kadéos avec les sociétés Fnac et Conforama avaient pour effet de capter les enseignes les plus intéressantes à son profit, à savoir celles disposant d'une très forte notoriété générale ou sectorielle et d'un chiffre d'affaires significatif ; qu'il est rappelé dans la décision 10-D-07 que la Fnac détenait à l'époque 28 % de son marché ; qu'en conséquence, les concurrents de la société Accentiv'Kadéos ne pouvaient composer une offre concurrente de celle d'Accentiv'Kadéos ; qu'en outre, la clause de non-concurrence qui empêchait les deux enseignes d'émettre leurs propres cartes mono-enseigne contribuait au verrouillage du marché, en conférant une forte valeur d'émission à la carte Kadéos (§ 93), par la captation des recettes de ces deux enseignes ; .La position des parties sur le marché : La position des parties sur les marchés affectés par l'accord est déterminante ; que, conclue par des entreprises disposant pour l'une, d'une position prééminente sur le marché de l'émission des cartes et de l'acceptation, pour les autres de position prééminente sur leurs marchés respectifs, et dotées d'une très forte notoriété et attractivité dans leurs secteurs respectifs

(cf l'évaluation préliminaire du rapporteur, pièce 48 des appelantes, page 14), cette clause de l'accord contribuait, avec les clauses d'exclusivité, à empêcher l'émergence, pendant cinq ans, de cartes mono-enseignes au sein des enseignes les plus attractives du marché ; que la Fnac était l'enseigne la plus recherchée par les acquéreurs de titres cadeaux ; qu'elle détenait à l'époque une part prépondérante de la valeur d'émission de la carte Kadéos ; que la portée de ces deux clauses de non-concurrence était donc significative au regard de cette valeur d'émission ; Les effets potentiels : Cette clause de non-concurrence n'a été appliquée que pour sa partie cartes pluri-enseignes ; qu'elle n'a pu avoir que des effets potentiels pour les cartes mono enseigne, puisqu'elle n'a pas été appliquée ; que, sur le secteur des cartes pluri-enseignes, cette clause, qui empêchait les enseignes référencées d'émettre leurs propres cartes mono-enseigne, devait permettre à Accentiv'Kadéos de conserver son volume d'affaires et de maintenir le large périmètre du marché de la carte multi-enseignes ; qu'elle était de nature à empêcher tout transfert de la demande des consommateurs de la carte multi-enseignes vers la carte mono-enseigne et donc à préserver la position prééminente de Kadéos sur le secteur des cartes multi-enseignes où elle avoisinait déjà les 80 % d'après les constatations de l'Autorité, non sérieusement remises en cause ; que, s'agissant du secteur de la carte mono-enseigne, la clause de non-concurrence était susceptible d'y restreindre la concurrence pendant cinq ans, puisqu'elle visait à empêcher ou à retarder l'émergence d'acteurs importants tels que la Fnac ou Conforama, privés de la faculté d'émettre leur propre carte ; qu'elle visait ainsi à empêcher l'apparition d'un produit encore nouveau à l'époque, pour lequel il y avait pourtant une demande des consommateurs, ainsi que l'indique l'Autorité au point 76 de la décision d'engagements (pièce 61 des appelants, note des professeurs Choné-Grimaldi et Gauthier, page 11) ; que les consommateurs se voyaient donc privés, par cette clause, de cartes mono-enseignes Fnac et Conforama, et contraints d'acheter une carte multi-enseignes Kadéos pour avoir recours aux services de ces deux enseignes ; qu'en ce que les deux enseignes étaient les seules à pouvoir proposer leurs cartes mono-enseigne, la clause interdisait aux consommateurs de profiter de ce produit nouveau ; .La durée : La durée de cette clause, de cinq ans non reconductibles, n'est pas justifiée par la société Edenred et contribue à l'effet de verrouillage souligné plus haut ; qu'en conclusion, les clauses de non concurrence convenues entre les sociétés Kadéos d'une part et les sociétés Fnac et Conforama d'autre part constituent des ententes anticoncurrentielles, contraires aux articles L. 420-1 du code de commerce et 101, alinéa 1 du TFUE (arrêt attaqué, pp. 9 à 18) ;

1°) Alors que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ; que l'article 1.1. a. (iii) des contrats de partenariat interdisait à la Fnac et Conforama de « mettre sur le marché français à travers (leur) système de distribution d'autres cartes cadeaux prépayées que les Solutions Cadeaux Kadéos (...) » ; que la cour d'appel a déduit de cette stipulation, interprétée conjointement avec celles des articles 3.1 des contrats de partenariat et 6.2 du contrat de cession, que l'interdiction était faite à la Fnac et Conforama d'émettre et de distribuer des cartes cadeaux concurrentes aux Solutions Cadeaux Kadéos, en particulier leurs propres cartes cadeaux mono-enseigne ; qu'en statuant ainsi, cependant que l'interdiction de « [mise] sur le marché » prévue aux contrats de partenariat se rapportait uniquement à la distribution (et non à l'émission ou l'acceptation), par la Fnac et Conforama, de cartes cadeaux concurrentes « à travers [leur] système de distribution », la cour d'appel a ajouté à l'article 1.1. a. (iii) des contrats de partenariat une interdiction d'émission des cartes cadeaux mono-enseigne qu'il ne prévoyait pas, en violation de l'article 1134 du code civil, en sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu 1103 du même code ;

2°) Alors que l'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties ; que la cour d'appel a retenu que l'article 1.1. a. (iii) des contrats de partenariat interdisait à la Fnac et Conforama d'émettre et de distribuer des cartes concurrentes aux Solutions Cadeaux Kadéos, en particulier leurs propres cartes cadeaux mono-enseigne, et que la société Edenred reconnaissait elle-même que cette clause constituait une restriction de concurrence ; qu'en se déterminant ainsi, cependant que la société Edenred qualifiait uniquement d'obligation de non-concurrence l'obligation faite aux enseignes Fnac et Conforama au titre de l'article 1.1. a. (iii) des contrats de partenariat de ne pas distribuer des cartes cadeaux concurrentes aux Solutions Cadeaux Kadéos, et non pas d'émettre (ou d'accepter) des cartes cadeaux mono-enseigne dès lors que celles-ci n'étaient pas distribuées dans leurs magasins et/ou sur leurs sites Internet, la cour d'appel a dénaturé les termes du litige, violant ainsi l'article 4 du code de procédure civile ;

3°) Alors que, en tout état de cause, pour apprécier si un accord entre entreprises présente un degré suffisant de nocivité pour constituer une restriction de concurrence par objet, le juge doit examiner la teneur des stipulations contractuelles, les objectifs que l'accord visait à atteindre, ainsi que le contexte économique et juridique dans lequel il s'inscrivait ; qu'en décidant que l'obligation de non-concurrence constituait une restriction par

objet compte tenu de ses objectifs et du contexte économique et juridique dans lequel elle s'inscrivait, tout en constatant que les cartes cadeaux Kadéos étaient multi-enseignes et qu'elles reposaient sur un réseau d'enseignes référencées, et sans rechercher, en conséquence, comme elle y était invitée (conclusions récapitulatives d'appel, p. 57), si ce réseau d'enseignes, dont dépendait directement la valeur d'émission des cartes de la société Kadéos, était fragilisé du fait que cette filiale du groupe PPR était cédée au groupe Accor tandis que tous ses clients, dont la Fnac et Conforama, continuaient d'appartenir au groupe PPR, justifiant ainsi qu'un partenariat exclusif et non-concurrent soit imposé aux enseignes de ce groupe pendant un certain temps après la cession, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1 du TFUE ;

4°) Alors qu'une restriction de la concurrence doit présenter un degré suffisant de nocivité pour pouvoir être qualifiée de restriction par objet ; que la cour d'appel a retenu que l'obligation de non-concurrence visait à empêcher ou retarder l'émergence d'acteurs importants, tels que la Fnac ou Conforama, qui étaient privés de la faculté d'émettre leur propre carte cadeaux et que, ces deux enseignes étant les seules à pouvoir proposer leurs cartes mono-enseigne, la clause interdisait donc aux consommateurs de profiter de ce produit nouveau ; qu'en statuant ainsi, tout en constatant que l'article 1.1 b. des contrats de partenariat imposait à Kadéos l'obligation essentielle de « créer des Solutions Cadeaux mono-enseigne à la demande de [l'Enseigne] », de telle sorte que, replacée dans son contexte économique et juridique, l'obligation de non-concurrence n'interdisait pas aux consommateurs de profiter des cartes cadeaux mono-enseigne Fnac ou Conforama, la cour d'appel, qui n'a pas caractérisé la nocivité toute particulière de la restriction de concurrence par objet qu'elle retenait, a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1 du TFUE ;

5°) Alors qu'une restriction de la concurrence doit présenter un degré suffisant de nocivité pour pouvoir être qualifiée de restriction par objet ; que la cour d'appel a retenu que l'obligation de non-concurrence visait à obliger les consommateurs à acheter la carte multi-enseignes Kadéos comportant la Fnac ou Conforama parmi d'autres enseignes, même s'ils ne souhaitent acheter que le service de l'une de ces deux enseignes ; qu'en statuant ainsi, tout en constatant que les services offerts par l'une et l'autre carte étaient identiques ou similaires, et sans caractériser aucune incidence économique,

ni aucun surcoût lié à l'utilisation d'une carte cadeaux multi-enseignes que les consommateurs restaient libres, en toutes occurrences, de monétiser auprès de l'enseigne référencée de leur choix, la cour d'appel n'a pas caractérisé la nocivité toute particulière de la restriction de concurrence par objet qu'elle retenait, et a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1 du TFUE ;

6°) Alors que la durée de validité d'une clause de non concurrence doit s'apprécier concrètement et son ajustement doit être contrôlé dans le temps et dans l'espace par rapport à la fonction qu'elle remplit ; qu'en retenant le caractère excessif de la durée de l'obligation de non-concurrence, de cinq ans non reconductibles, sans apprécier concrètement l'objet de cette clause ni au regard des objectifs des parties aux contrats de partenariat et de cession ni au regard du contexte économique et juridique dans lequel elle s'inscrivait, et sans caractériser la nocivité toute particulière de cette obligation sur la concurrence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1 du TFUE ;

7°) Alors que le juge ne peut pas se fonder valablement sur les effets sur la concurrence d'un accord entre entreprises pour retenir l'existence d'une restriction par objet ; que, la cour d'appel ayant relevé que l'article 1.1 a. (iii) des contrats de partenariat serait indissociable des articles 3.1 des mêmes contrats et 6.2 du contrat de cession, elle a apprécié les effets du premier sur les seconds et les effets des seconds sur la concurrence pour conclure qu'ils formaient ensemble une obligation générale de non-concurrence constitutive d'une restriction par objet ; qu'en privant ainsi de toute portée utile la distinction entre objet et effet restrictif de concurrence, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, TFUE ;

8°) Alors que les effets sur la concurrence s'apprécient dans le périmètre du marché concerné par l'accord entre entreprises ; que la cour d'appel a indiqué examiner les restrictions de concurrence et leurs effets sur le secteur des titres-cadeaux mono et multi-enseignes, marché le plus vaste et hypothèse qualifiée de plus favorable à la société Edenred ; qu'en statuant ainsi, cependant que les articles 3.1 des contrats de partenariat et 6.2 du contrat de cession visaient tout à la fois les activités d'émission, de distribution et d'acceptation des cartes cadeaux prépayées, les effets restrictifs de concurrence de ces clauses devaient être appréciés dans le

cadre des marchés connexes distincts que constituait chacune de ces activités prise séparément, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, TFUE ;

9°) Alors que les effets anticoncurrentiels d'un accord sont appréciés in concreto et par comparaison avec le contexte économique et juridique réel dans lequel la concurrence interviendrait en son absence ; que la cour d'appel a indiqué examiner la restriction de concurrence et ses effets sur le secteur des titres-cadeaux mono et multi-enseignes, marché le plus vaste et hypothèse qualifiée de plus favorable à la société Edenred ; qu'en statuant ainsi, sans examiner concrètement la concurrence réelle ou même potentielle qui aurait existé sur chacun des marchés connexes distincts concernés de l'émission, la distribution et l'acceptation des cartes cadeaux prépayées en l'absence de l'obligation de non-concurrence, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard des articles L. 420-1 du code de commerce et 101, paragraphe 1, TFUE ;

10°) Alors que, en dernière hypothèse, seuls les éléments de l'accord jugés non conformes au droit des ententes peuvent être déclarés illicites ; que la cour d'appel ayant retenu que l'article 1.1. a. (iii) des contrats de partenariat interdisait à la Fnac et Conforama d'émettre et de distribuer des cartes concurrentes aux Solutions Cadeaux Kadéos, elle a jugé cette clause non conforme au droit des ententes en tant seulement qu'elle privait les enseignes de la faculté d'émettre des cartes cadeaux mono ou multi-enseignes concurrentes de Kadéos ; qu'ainsi, en déclarant cette clause illicite dans son ensemble, en ce donc compris, même si elle n'en constatait pas la contrariété avec le droit des ententes, l'interdiction de distribution dans les magasins Fnac et Conforama et sur leurs sites Internet de leurs cartes cadeaux mono-enseigne, la cour d'appel a violé les articles L. 420-3 du code de commerce et 101, paragraphe 2, TFUE.

DEUXIÈME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que la clause de non-concurrence constituait une entente, contraire aux articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce, d'avoir débouté en conséquence la société Edenred de ses demandes de condamnation des sociétés Kering, Conforama France et Conforama Holding pour violation de cette clause, d'avoir condamné la société Edenred à restituer à ces sociétés les sommes qu'elles lui avaient versées au titre des liquidations d'astreintes,

à hauteur de 7.914.529,04 euros pour la société Kering et 3.815.718,08 euros pour les sociétés Conforama France et Conforama Holding et d'avoir condamné la société Edenred à payer à chacune de ces sociétés une somme de 150.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Aux motifs que la société Edenred expose qu'il s'agit d'une restriction accessoire à l'accord de cession du 30 mars 2007, dans ses dernières conclusions (p. 58) et qu'elle n'est donc pas contraire à l'alinéa 1 de l'article 101 du TFUE ou à l'article L. 420-1 du code de commerce : « si l'opération de concentration avait dû être notifiée, il ne fait nul doute que l'article 1.1 a. (iii) des Contrats de Partenariat - ainsi que les deux obligations d'exclusivité de l'article 1.1 a. d'ailleurs - aurait été regardée comme une restriction accessoire et déclarée licite à ce titre » ; que les appelantes soutiennent au contraire que les conditions limitatives des restrictions accessoires ne sont pas réunies ; que la notion de restriction accessoire couvre toute restriction qui est directement liée et nécessaire à la réalisation d'une opération principale ; que, par restriction directement liée à la réalisation d'une opération principale, il convient d'entendre toute restriction qui est subordonnée en importance par rapport à la réalisation de cette opération et qui comporte un lien évident avec celle-ci ; que, quant à la condition relative au caractère nécessaire d'une restriction, celle-ci implique un double examen ; qu'en effet, il convient de déterminer, d'une part, si la restriction est objectivement nécessaire à la réalisation de l'opération principale et, d'autre part, si elle est proportionnée par rapport à celle-ci ; que, par conséquent, l'examen du caractère objectivement nécessaire d'une restriction par rapport à l'opération principale ne peut être que relativement abstrait ; qu'il s'agit non d'analyser si, au vu de la situation concurrentielle sur le marché en cause, la restriction est indispensable pour le succès commercial de l'opération principale, mais bien de déterminer si, dans le cadre particulier de l'opération principale, la restriction est nécessaire à la réalisation de cette opération ; que si, en l'absence de la restriction, l'opération principale se révèle difficilement réalisable, voire irréalisable, la restriction peut être considérée comme objectivement nécessaire à sa réalisation ; que, dès lors qu'une restriction est objectivement nécessaire à la réalisation d'une opération principale, il convient encore de vérifier si sa durée et son champ d'application matériel et géographique n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour la réalisation de ladite opération ; que si la durée ou le champ d'application de la restriction excèdent ce qui est nécessaire pour la réalisation de l'opération, elle doit faire l'objet d'une analyse séparée

dans le cadre de l'article 101, paragraphe 3, TFUE ; qu'en premier lieu, la cour note que la société Edenred reconnaît implicitement que la clause de non-concurrence constitue bien une restriction de concurrence, puisqu'elle évoque cette cause justificative ; que la cour souligne également que la société Edenred invoque la théorie des restrictions accessoires également pour les clauses d'exclusivité, alors qu'elle ne l'a pas fait devant l'Autorité ; qu'en deuxième lieu, la société Edenred ne démontre pas que la clause litigieuse était « directement liée à la réalisation de l'opération » ; qu'en effet, l'opération est intervenue à une date à laquelle seule la carte multi-enseignes était commercialisée par Kadéos ; Or, ainsi que le rappelle la « Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration », dont s'inspirent les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales comme guide d'analyse utile, invoquée par les appelantes : « De même, les clauses de non-concurrence doivent rester limitées aux produits (y compris leurs versions améliorées ou actualisées et les produits qui les remplacent) et aux services qui constituaient l'activité économique de l'entreprise cédée. Il peut s'agir de produits et de services ayant atteint un stade de développement avancé au moment de l'opération, ou encore de produits dont le développement est achevé mais qui ne sont pas encore commercialisés. La protection contre la concurrence du vendeur sur les marchés de produits ou de services sur lesquels l'entreprise cédée n'était pas active avant la cession n'est pas considérée comme nécessaire » (point 23) (c'est la cour qui souligne) ; qu'en troisième lieu, la société Edenred, en page 60 de ses conclusions, révèle que ce type de clause avait été conclu avec d'autres enseignes que celles parties au contrat de cession, telles La Redoute, Cyrillus, VertBaudet, Fnac Eveil § Jeux, Surcouf, ce qui démontre qu'elle ne répondait pas aux préoccupations de ce contrat de cession, à savoir garantir le transfert à Accor, mais visait en réalité d'autres objectifs ou excédait celui-ci ; qu'en quatrième lieu, la clause discutée n'est pas justifiée par un objectif légitime, la durée de cinq ans apparaissant trop longue ; qu'ainsi, la Commission européenne, dans la Communication de la Commission relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration prévoit-elle : « De telles clauses de non-concurrence ne sont cependant justifiées par l'objectif légitime de réalisation de la concentration que dans la mesure où leur durée, leur champ d'application territorial et leur portée matérielle et personnelle n'excèdent pas ce qui est raisonnablement nécessaire à cette fin » (point 19) ; que les clauses de non-concurrence se justifient pour des périodes n'excédant généralement pas trois ans lorsque la cession de l'entreprise inclut la

fidélisation de la clientèle sous la forme à la fois du fonds commercial et du savoir-faire (point 20) ; or, que la société Edenred ne tente aucunement la démonstration, dans la présente espèce, de ce que la durée de cinq ans était justifiée par le montant des investissements réalisés en 2007, ainsi qu'elle le soutient pourtant comme seule explication économique de la clause ; que la cour note à cet égard que cet argument était également soutenu devant l'Autorité pour les clauses d'exclusivité d'acceptation et de distribution (cette notion recouvrant l'émission de titres mono-enseigne), sans que l'Autorité en soit convaincue ; qu'il est exposé dans l'étude du professeur Lecocq que « les obligations d'exclusivité et de non concurrence souscrites dans le contrat de cession ou dans les contrats de partenariat dont le modèle est annexé au contrat de cession ont pour objet de garantir que Kadéos aura, après la cession, des relations commerciales (et donc un chiffre d'affaires) avec les sociétés du groupe PPR équivalentes à celles qui existaient avant la cession », pendant cinq ans ; que, cependant, la proportionnalité de cette durée de cinq ans à l'objectif poursuivi, à savoir « l'amortissement du prix d'achat des droits sociaux » n'est nullement établie, alors que cette preuve repose sur l'intimée ; que l'amortissement sur trois ans ou une durée moindre aurait peut-être suffi ; qu'il convient à cet égard de souligner que la clause a été respectée par les deux enseignes jusqu'en septembre et octobre 2010, le contrat de cession et les contrats de partenariats ayant été conclus fin mars 2007, de sorte que la durée de trois ans était dépassée, durée habituelle de telles clauses de non-concurrence, lorsqu'elles ont mis en oeuvre leurs cartes mono-enseigne ;

1°) Alors qu'une obligation de non-concurrence constitue l'accessoire de l'opération principale lorsqu'elle est directement liée à la réalisation de celle-ci et qu'elle lui est objectivement nécessaire ; que la cour d'appel a retenu que la société Edenred ne démontrait pas que l'obligation de non-concurrence était directement liée à la réalisation de la cession de Kadéos, dès lors que cette opération était intervenue à une date où cette société était active uniquement sur le marché des cartes cadeaux multi-enseignes et non sur celui des cartes cadeaux mono-enseigne ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'elle constatait que les services offerts par les cartes cadeaux multi et mono-enseigne étaient « identiques ou similaires », ce dont il résultait que ces cartes étaient substituables ou interchangeables entre elles au sens du droit de la concurrence et qu'elles constituaient un marché unique au regard duquel apprécier la restriction accessoire, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE ;

2°) Alors qu'une obligation de non-concurrence constitue l'accessoire de l'opération principale lorsqu'elle est directement liée à la réalisation de celle-ci et qu'elle lui est objectivement nécessaire ; que la cour d'appel a retenu que la société Edenred ne démontrait pas que l'obligation de non-concurrence était objectivement nécessaire à la mise en oeuvre de la cession de la société Kadéos, ce même type de clause ayant été conclu avec d'autres enseignes que celles parties au contrat de cession, ce qui démontrait qu'elle ne répondait pas aux préoccupations de ce contrat, à savoir garantir le transfert à Accor, mais visait en réalité d'autres objectifs ou excédait celui-ci ; qu'en statuant ainsi, cependant que Kadéos ne commercialisant pas d'autres produits ou services que la carte cadeaux multi-enseignes, la valeur cédée à garantir, au sens du droit des ententes, résidait dans la valeur d'émission de cette carte et le réseau d'enseignes référencées par celle-ci, toutes appartenant au groupe PPR même si elles n'étaient pas toutes directement signataires du contrat de cession, rendant dès lors indispensables les obligations de non-concurrence de la Fnac et Conforama pour garantir le transfert au groupe Accor de la valeur complète de la société Kadéos, la cour d'appel a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE ;

3°) Alors que les obligations de non-concurrence se justifient pour des périodes n'excédant généralement pas cinq ans lorsque la cession de l'entreprise intervient dans le cadre de la scission de l'entité économique du vendeur et le transfert partiel des actifs à l'acquéreur ; que l'arrêt attaqué ayant constaté que la société Kadéos avait été cédée à la société Accor par les sociétés du groupe PPR tandis que ses seules clientes continuaient d'être des enseignes filiales de ce groupe, la cour d'appel, en retenant que la durée communément admise d'une clause de non-concurrence dans le contexte de l'espèce était de trois années cependant qu'elle était en réalité de cinq années maximum, a violé les articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE ;

4°) Alors que, subsidiairement, si les obligations de non-concurrence se justifient pour des périodes n'excédant généralement pas trois ans lorsque la cession de l'entreprise inclut la fidélisation de la clientèle sous la forme à la fois du fonds commercial et du savoir-faire, chaque période de non-concurrence doit cependant être appréciée dans le contexte qui lui est propre, en tenant compte de la période nécessaire à l'acquéreur pour consolider la clientèle cédée ; qu'en jugeant excessive la durée de cinq ans non reconductibles de l'obligation de non-concurrence, tout en constatant

que le lancement par la Fnac et Conforama de leurs cartes cadeaux mono-enseigne en septembre et octobre 2010 avait d'emblée impacté fortement les ventes de la société Kadéos, révélant ainsi l'insuffisance du délai de trois ans qu'elle retenait pour consolider la clientèle cédée, la cour d'appel n'a pas tiré de ses constatations les conséquences légales qui s'imposaient, en violation des articles L. 420-1, L. 420-4 du code de commerce et 101, paragraphe 3, TFUE.

TROISIÈME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que la clause de non-concurrence constituait une entente, contraire aux articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce, d'avoir débouté en conséquence la société Edenred de ses demandes de condamnation des sociétés Kering, Conforama France et Conforama Holding pour violation de cette clause, d'avoir condamné la société Edenred à restituer à ces sociétés les sommes qu'elles lui avaient versées au titre des liquidations d'astreintes, à hauteur de 7.914.529,04 euros pour la société Kering et 3.815.718,08 euros pour les sociétés Conforama France et Conforama Holding et d'avoir condamné la société Edenred à payer à chacune de ces sociétés une somme de 150.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Aux motifs que, sur l'application du règlement d'exemption, la société Edenred expose que la position d'Accentiv'Kadéos sur le marché pertinent était inférieure à 30 % au moment de la signature du contrat de partenariat ; qu'elle en veut pour preuve l'étude de marché réalisée par le ministre de l'économie dans sa lettre d'autorisation C2006-06 du 17 février 2006, relative à une opération de concentration dans le domaine des titres-cadeaux ; or, que le règlement d'exemption (CE) n° 2790/1999 de la Commission du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ne s'applique pas à la pratique concernée, qui constitue comme vu plus haut, une entente horizontale dont les effets viennent renforcer ceux d'une entente verticale ; que, dès lors, les seuils d'exonération de ce règlement ne s'appliquent pas ; qu'enfin, la décision du ministre citée décrit les positions suivantes : Kadéos ([20-30] % de parts de marché en valeur) et Accentiv ([0-10] %), ce qui conduit, en additionnant les parts de marché des deux sociétés à une fourchette de 20-40 % pour Accentiv'Kadéos ; qu'il n'est donc pas établi que l'exemption automatique de l'article 5 du règlement,

concernant les clauses de non-concurrence contractuelles dont la durée est au plus égale à cinq ans, s'applique en l'espèce (arrêt attaqué, p. 22) ;

1°) Alors que le bénéfice de l'exemption par catégorie n'est pas perdu pour les aspects verticaux des accords conclus entre entreprises concurrentes ; que la cour d'appel a retenu que le règlement d'exemption par catégorie (CE) n° 2790/1999 ne s'appliquait pas à la pratique concernée, dès lors que celle-ci constituait une entente horizontale dont les effets venaient renforcer ceux d'une entente verticale ; qu'en statuant ainsi, cependant que, l'arrêt attaqué ayant constaté que l'obligation de non-concurrence prévue à l'article 1.1. a. (iii) des contrats de partenariat, interprétée conjointement avec les clauses d'exclusivité de ces contrats et du contrat de cession, présentait, prises toutes ensemble, des restrictions à la fois d'ordre horizontal (émission des cartes cadeaux mono ou multi-enseignes) et vertical (acceptation et distribution des cartes cadeaux multi-enseignes), il appartenait à la cour d'appel de procéder à un examen différencié de ces effets verticaux pour apprécier s'ils remplissaient les conditions pour bénéficier d'une exemption catégorielle ; qu'en s'en abstenant, elle a violé l'article 101, paragraphe 3, TFUE, et les articles 2 et 5 du règlement susvisé ;

2°) Alors qu'en application de l'article 3, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 2790/1999, l'exemption par catégorie bénéficie au fournisseur dont la part de marché ne dépasse pas 30 % du marché pertinent sur lequel il vend les biens ou services contractuels ; que, pour écarter l'exemption automatique de l'article 5 du règlement susvisé concernant les clauses de non-concurrence contractuelles dont la durée est au plus égale à cinq ans, la cour d'appel a retenu que la lettre d'autorisation C2006-06 du ministre chargé de l'économie en date du 17 février 2006 décrivait les positions suivantes : Kadéos ([20-30] % de parts de marché en valeur) et Accentiv ([0-10] %), ce qui conduisait, en additionnant les parts de marché des deux sociétés, à une fourchette de 20-40 % pour Accentiv/Kadéos ; qu'en statuant ainsi, cependant qu'il lui appartenait d'apprécier la position exacte des parties sur le marché au jour de la signature des contrats de partenariat et de vérifier concrètement que leur part de marché était inférieure à 30 % du marché pertinent, et non pas seulement comprise dans une fourchette de 20-40 %, la cour d'appel a privé son arrêt attaqué de base légale au regard des articles 101, paragraphe 3, TFUE, 2, 3 et 5 du règlement (CE) n° 2790/1999 du 22 décembre 1999.

QUATRIÈME MOYEN DE CASSATION (SUBSIDIAIRE)

Il est fait grief à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir dit que la clause de non-concurrence constituait une entente, contraire aux articles 101, paragraphe 1, TFUE et L. 420-1 du code de commerce, d'avoir débouté en conséquence la société Edenred de ses demandes de condamnation des sociétés Kering, Conforama France et Conforama Holding pour violation de cette clause, d'avoir condamné la société Edenred à restituer à ces sociétés les sommes qu'elles lui avaient versées au titre des liquidations d'astreintes, à hauteur de 7.914.529,04 euros pour la société Kering et 3.815.718,08 euros pour les sociétés Conforama France et Conforama Holding et d'avoir condamné la société Edenred à payer à chacune de ces sociétés une somme de 150.000 euros au titre de l'article 700 du code de procédure civile ;

Aux motifs que, si en vertu de l'alinéa 2 de l'article 101 du TFUE, « Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit », et selon les dispositions de l'article L. 420-3 du code de commerce, « Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 », la cour note que les appelantes ne demandent pas la nullité de la clause, mais qu'elle soit déclarée illicite ; que la clause étant illicite au regard du droit des ententes, les sociétés Fnac et Conforama ne pouvaient être sanctionnées pour avoir violé cette clause, de sorte que le jugement entrepris sera infirmé en toutes ses dispositions ; que la clause ayant servi de fondement aux décisions d'astreinte rendues en la forme des référés étant illicite, elle a privé les décisions de liquidation d'astreintes de leur fondement juridique ; que les sommes versées au titre de ces deux décisions ayant liquidé les astreintes à l'encontre des sociétés Fnac et Conforama doivent donc être restituées aux deux sociétés (arrêt attaqué, pp. 22 et 24) ;

1°) Alors que, est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique anticoncurrentielle prohibée ; que, pour débouter la société Edenred de ses demandes de condamnation pour violation de l'obligation de non-concurrence et la condamner à restituer les sommes versées au titre des liquidations d'astreintes, la cour d'appel a retenu que les sociétés Kering et Conforama ne demandaient pas la nullité de l'obligation de non-concurrence, mais que l'illicéité de celle-ci au regard du droit des ententes privait néanmoins les décisions de liquidation d'astreintes de leur fondement juridique et faisait obstacle à ce que les

sociétés Kering et Conforama soient sanctionnées pour l'avoir violée ; qu'en statuant ainsi, en retenant, implicitement mais nécessairement, que l'obligation de non-concurrence était réputée non écrite cependant qu'elle ne pouvait prononcer une autre sanction que celle de la nullité prévue par les articles L. 420-3 du code de commerce et 101, paragraphe 2, TFUE, la cour d'appel a violé ces textes ;

2°) Alors que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut demander réparation des conséquences de l'inexécution ; que, pour débouter la société Edenred de ses demandes de condamnation pour violation de l'obligation de non-concurrence, la cour d'appel a retenu que les sociétés Fnac et Conforama ne pouvaient pas être sanctionnées pour avoir violé cette clause jugée illicite au regard du droit des ententes ; qu'en statuant ainsi, cependant que le manquement contractuel invoqué par la société Edenred au soutien de sa demande de condamnation de la Fnac et Conforama, et le préjudice d'exploitation dont elle leur demandait réparation, concernaient tous deux uniquement la distribution des cartes mono-enseigne Fnac et Conforama sur leurs sites Internet et dans leurs magasins respectifs, et non l'émission de ces cartes cadeaux qu'elle jugeait seule contraire au droit des ententes, la cour d'appel a violé les articles 1134 et 1147, en leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenus 1103, 1217 et 1231-1, du code civil ;

3°) Alors que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; que, pour condamner la société Edenred à restituer les sommes versées au titre des liquidations d'astreintes, la cour d'appel a retenu que l'illicéité de l'obligation de non-concurrence au regard du droit des ententes privait les décisions de liquidation d'astreintes de leur fondement juridique ; qu'en statuant ainsi, cependant que la Fnac et Conforama avaient été condamnées sous astreinte à cesser la distribution sur le marché français de leurs cartes mono-enseigne, et non l'émission de celles-ci qui était seule jugée illicite au regard du droit des ententes, la cour d'appel a violé l'article L. 131-4 du code des procédures civiles d'exécution, ensemble l'article 1134, en sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016, devenu 1103, du code civil.