

VD_FINDINFO 119/2011/SNR vom 31. August 2011

VD Tribunal cantonal, 2011-08-31, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_119_2011_SNR

FR: VD_FINDINFO 119/2011/SNR du 31 août 2011

IT: VD_FINDINFO 119/2011/SNR del 31 agosto 2011

Regeste

CARTEL, LOI FÉDÉRALE SUR LES CARTELS ET AUTRES RESTRICTIONS À LA CONCURRENCE, PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE, CONCURRENCE ET CARTELS, COMMISSION DE LA CONCURRENCE, SOCIÉTÉ COOPÉRATIVE, INDICATION DE PROVENANCE | 839 al. 2 CO, 15 LCart, 4 al. 2 LCart, 7 al. 2 LCart, 7 LCart

Erwägungen

E. 14

a) Il ressort du rapport établi par l'OIC à la suite d'un premier contrôle de la production du demandeur, le 17 juillet 2006, que l'ensemble des points du cahier des charges étaient remplis. b) Par courrier du 21 août 2006 le demandeur encore a sollicité l'accès aux caves de la défenderesse. La défenderesse a répondu par lettre du 28 août 2006 qu'elle ne pouvait d'aucune façon accéder à sa demande et assurer l'accès des fromages du demandeur à ses caves, au vu des conséquences fâcheuses qu'un tel précédent pourrait engendrer.

E. 15

a) Le demandeur d'une part et l'OIC d'autre part ont conclu un contrat de certification le 10 septembre 2006. Ce "contrat A. _____" règle la vérification de la conformité du producteur et de ses produits aux exigences contenues dans le cahier des charges de A. _____. Un "manuel de contrôle A. _____ AOC" est joint à ce contrat. Ce manuel mentionne notamment à son chiffre 3, intitulé "Analyse", les points contrôlés suivants : "Art. 4 et 5 : TEFD (500-580 g/kg), teneur en eau (33-37.5 %) teneur en sel (1.2-1.8 %) et MG/EST (490-549 g/kg) pour A. _____" b) Le rapport de contrôle de l'OIC du 16 novembre 2006 relatif à la cave du demandeur, signé par K. _____, indique que tous les points du cahier des charges sont remplis, à l'exception de la capacité de la cave, objet de l'article 13, ce point de contrôle ayant été rajouté à la main sur le formulaire pré-imprimé servant à établir le rapport. Ce rapport indique également que le sel ne provient pas de la zone et que l'hygrométrie n'est pas mesurable. Le rapport d'agrément relatif à la cave du demandeur établi le 27 novembre 2006 par K. _____ pour le compte du Service d'inspection Vaud-Genève (SRICL VD-GE) ne contient aucune mention relative à la provenance du sel.

E. 16

a) La commission de taxation des productions 2006 a procédé à la taxation à but informatif des fromages du demandeur dans sa cave, à la demande de l'OIC, en présence de J. _____ et F. _____, représentants de la défenderesse. La taxation a porté sur 78 meules avec plaquette A. _____ et 100 meules sans plaquette, choisies au hasard par les membres de la commission. Le rapport de contrôle du 1^{er} décembre 2006 mentionne notamment ce qui suit : " ouverture 3 pts nids, grosses ouvertures pâte 5.5

pts trop fine (type vacherin) goût 5.5 pts irrégulier avancé-piquant, fade, doucereux
extérieur 3 pts tâché, graissé, conservation Total

E. 17

Par courrier du 19 décembre 2006, l'OIC a communiqué au demandeur que sa production 2006 ne pourrait pas porter la mention "A. _____", plusieurs articles du cahier des charges n'étant pas remplis et que, pour sa production d'alpage 2007, seul l'art. 13 du cahier des charges ne pourrait pas être respecté.

E. 18

Par lettre du 6 mars 2007, le demandeur a encore requis de la défenderesse qu'elle accepte son adhésion en qualité de coopérateur. Cette dernière lui a répondu par lettre du 9 mars 2007 que sa demande serait traitée par son comité lors de la séance du 16 mars 2007. Par lettre du 23 mars 2007, la défenderesse a finalement refusé l'adhésion du demandeur, évoquant les motifs suivants : "- privilégier les demandes de jeunes agriculteurs avec une exploitation de base dans la zone de production; - préserver les intérêts de nos membres actuels; - obligation de gérer les quantités (capacité des caves)." Dans un courrier du 18 décembre 2007 adressé aux municipalités des communes de la zone de production du fromage d'alpage "A. _____" AOC, la défenderesse a écrit que le droit de fabriquer ce fromage n'allait pas de soi.

E. 19

Les honoraires du conseil du demandeur relatifs à ses démarches auprès de la défenderesse et de l'OFAG s'élèvent à 7'374 fr. 95.

E. 20

(13'573 fr. 20 + 16'483 fr. + 6'000 fr.) par année. h) Sur la base de ces chiffres, l'expert a calculé le dommage subi par le demandeur en termes manque à gagner pour les années 2005 et 2006, en comparant la situation réelle avec la situation hypothétique dans laquelle le demandeur se serait trouvé s'il était devenu membre de la défenderesse, puis s'il avait pu commercialiser lui-même l'ensemble de sa production de fromage au prix grossiste du fromage A. _____ AOC. Ses calculs se présentent de la manière suivante : " 2005 :
Fromage à pâte dure : 4'192 kg à CHF 13.50/kg = CHF 56'592.00 Fromage à pâte mi-dure :
3'089 kg à CHF 11.-/kg = 33'979.00 Lait industriel Vallait :
16'628 kg CHF 0.6847 = 11'385.20 Total CA 2005 101'956.20 2006
: Fromage à pâte dure : 4'391 kg à CHF 13.50/kg = CHF 59'278.50
Fromage à pâte mi-dure : 1'993 kg à CHF 11.-/kg = 21'923.00 Lait
industriel Vallait : 9'763 kg CHF 0.5397 = 5'269.10 Total CA
2005 86'470.60 Total CA 2005 et 2006 188'426.80 (...) Hypothèses : A. Dans
l'expectative que la W. A. _____ ait accepté B. _____ parmi ses membres, la
production totale de lait des années susmentionnées aurait été transformée en fromage
AOC, les quantités fabriquées auraient été de 8'422 kg en 2005 (99'080 kg de lait à 8,5 %) et
6'175 kg en 2006 (72'650 kg de lait à 8,5 %), soit 14'597 kg au total. En appliquant le tarif
d'achat de la W. A. _____ (tout en qualité A), le chiffre d'affaire aurait atteint CHF
80'009 en 2005 (CHF 9.50/kg) et CHF 59'897.50 en 2006 (CHF 9.70/kg), soit CHF
139'906.50 (...). Dans ce cas, B. _____ ne s'occupait ni d'affinage, ni de
commercialisation, à l'instar de tous les membres de la W. A. _____. Il faut cependant
soustraire des CA réalisés en 2005/2006 les suppléments de frais estimés dans les allégués
29 à 32, c'est-à-dire CHF 76'773.30 durant ces deux années (deux années à CHF 36'056.20

et CHF 4'660.90 d'investissements supplémentaires). Le manco dans l'hypothèse A s'élève alors à CHF 28'253.00 (= 139'906.50 – (188'426.80 – 76'773.30)). B. La 2^{ème} perspective serait que B. _____ ait pu commercialiser lui-même l'ensemble de sa production de fromage avec le signe protégé AOC et au prix grossiste de CHF 14.45 en 2005 et 14.80 en 2006, en utilisant les marques de caséine fournies par la W. A. _____. Bien sûr, il aurait fallu qu'il puisse affiner ses fromages dans une cave d'une capacité de plus de 3'000 pièces, respectivement que la cave des X. _____ soit acceptée conforme par l'OIC. Dans ce cas, il aurait théoriquement réalisé un CA de CHF 213'087.90 (= 8'422 kg de fromage x 14.45 en 2005 et 6'175 kg de fromage x 14.80/kg en 2006), alors qu'il a réalisé durant ces deux années un CA cumulé de CHF 188'426.80. Le manco dans l'hypothèse B s'élève alors à CHF 24'661.10. (= 213'087.90 – (188'426.80))."

E. 21

a) Dans son complément d'expertise du 13 juillet 2011, l'expert a encore précisé que le gérant de la cave du " S. _____ " estimait pouvoir aménager ces locaux de façon à accueillir 1'000 pièces de fromage supplémentaires dans un délai d'une semaine et moyennant un investissement de l'ordre de 20'000 francs. Il a toutefois refusé catégoriquement d'affiner les fromages du demandeur. b) L'expert a ensuite, compte tenu de diverses remarques des parties sur son premier raisonnement, recalculé le manque à gagner découlant, pour le demandeur, du fait qu'il n'a pas été admis comme membre de la défenderesse et qu'il n'a pas pu bénéficier de l'AOC A. _____ pour ses fromages. Le nouveau calcul tient compte de la cotisation, de la réserve locale et des différentes qualités de fromage. Par ailleurs, la quantité de lait produite indiquée pour l'année 2006 tient compte d'une quantité supplémentaire de 9'763 kg qui avait été omise dans le premier calcul. Le nouveau calcul est ainsi le suivant : " Hypothèses : A. Nous reprenons les quantités de lait produites sur l'Alpage D. _____ en 2005 (99'080 kg) et en 2006 (82'413 kg), selon le rapport TSM (...). Nous utilisons ensuite les données des pesées 2005 et 2006 de la W. A. _____ (...). Nous partons de l'hypothèse que la production de B. _____ correspond à la moyenne de la W. A. _____ et nous appliquons les mêmes chiffres-clés (...) (pesées 2005 et 2006), soit les pourcentages en qualité 1^{er} choix A et B, 2^e choix, etc. (...). Le calcul nous donne un CA brut de CHF 141'237 (...), auquel nous ajoutons le résultat de 10 % des réserves locales au prix du 2^e choix de l'année (CHF 11'639.-, [...]). Ensuite nous soustrayons les soins aux réserves (CHF 1.-/mois/pcs durant 6 mois [...]), les cotisations (CHF 1.-/kg inclus les réserves locales [...]) et les parts sociales (amorties sur 6 ans – soit une durée de bail - [...]). Il faut toutefois soustraire des CA réalisés en 2005/2006 les suppléments de frais estimés dans les allégués 29 et 32, c'est-à-dire CHF 76'773.30 durant ces deux années (deux années à CHF 36'056.20 et CHF 4'660.90 d'investissements supplémentaires). Le manco recalculé dans l'hypothèse A s'élève à CHF 23'925.50 (= 135'579.00 – (188'426.80 – 76'773.30)). B. Dans la 2^{ème} hypothèse, par rapport à notre calcul d'automne 2009, nous retirons une quantité de 10 % que nous considérons comme réserve locale et qui contiendrait les 2^e et éventuels 3^e choix et nous les prenons en compte au prix de vente équivalant à ceux de la W. A. _____ durant les mêmes années. Dans ce cas, il aurait théoriquement réalisé un CA de CHF 117'948.10 en 2005 (soit 90 % de 8'422 kg de fromage 1^{er} choix à CHF 14.45 et 842 kg de 2^e choix à CHF 10.00/kg [...]) et un CA de CHF 100'306.60 en 2006 (soit 90 % de 7'005 kg de fromage 1^{er} choix à CHF 14.80/kg et 700 kg de 2^e choix à CHF 10.00/kg). Cela donne un CA cumulé sur les deux années de CHF 218'254.70, alors qu'il a réalisé durant ces deux années un CA de CHF 188'426.80 Le manco dans l'hypothèse B s'élève alors à CHF 29'827.90 (= 218'254.70 –

188'426.80)." NB: Nous n'avons pas obtenu d'autres rapports de taxation que celui de la pièce 151. Le pointage s'élevait alors à 17 points, ce qui donne droit à la dénomination A._____ selon l'art. 17 du cahier des charges de l'appellation d'origine contrôlée A._____. Un seul rapport de taxation peut être insuffisant pour affirmer, respectivement infirmer, que les fromages fabriqués à l'alpage D._____ ne correspondraient pas à la qualité moyenne de ceux produits par les coopérateurs de "A._____", mais si la qualité de la fabrication faisait défaut, B._____ n'aurait pas pu vendre 13'665 kg de fromage en 2005 et 2006, développer sa propre marque et être toujours présent sur le marché en 2010, soit 5 ans plus tard." c) Enfin, selon les renseignements récoltés par l'expert, aucun problème technique ne s'opposerait à ce que le demandeur soit accepté comme producteur de Gruyère d'alpage AOC.

E. 22

En l'espèce, A._____ est un fromage à pâte dure.

E. 23

Dans le cycle de la production du fromage on distingue les phases suivantes : - la production - l'affinage - le conditionnement - la distribution

E. 24

Le demandeur, qui se plaint d'une entrave à la concurrence, se voit refuser par la coopérative l'affinage de son fromage à pâte dure dans une cave répondant au cahier des charges spécifique de A._____ en termes de capacité et dotée de cinq employés dédiés à l'affinage. La coopérative, quant à elle, est la seule sur le marché de l'affinage de A._____, seuls des fromages d'alpage affinés dans sa cave bénéficiant à l'heure actuelle de l'AOP. Toutefois, le fromage A._____ est substituable du point de vue du consommateur avec n'importe quel autre fromage à pâte dure. Pour apprécier les pratiques dénoncées, il convient donc de rester au niveau du fromage à pâte dure, et de définir le marché pertinent comme étant celui de l'affinage du fromage à pâte dure. Dans la mesure où il n'existe de toute façon pas de pratiques illicites, comme démontré ci-après, on peut laisser ouverte la question de savoir si une délimitation du marché plus étroite serait appropriée.

C.3.1.1.2 Marché géographique

E. 25

Le marché géographique comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (cf. par analogie art. 11 al. 3 let. b OCCE).

E. 26

Le marché de l'affinage est considéré comme étant national (DPC 2009/2, 171 N 21; Dörig Käsehandel AG/Alois Koch Käsehandel AG). On peut laisser ouverte la question de savoir si une délimitation géographique plus étroite serait opportune dans le cas d'espèce, l'existence de l'abus d'une position dominante n'étant pas démontrée. C.3.1.2 Position sur le marché

E. 27

S'il existe une concurrence actuelle et/ou potentielle suffisamment forte, la coopérative ne peut pas se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché.

E. 28

La production de A. _____ s'est élevée à 365 tonnes en 2006 et 445 tonnes en 2009 (Communiqué Cuvée de qualité pour «A. _____» AOC 2009, consultable sur le site Internet <http://www.agriinfo.com/PRODUCTION/Communique/2009/index2009.htm>). La production totale de fromage à pâte dure en Suisse était d'environ 70'000 tonnes en 2009 [Rapport agricole 2010 de l'office fédéral de l'agriculture OFAG, 20] (Gruyère 28'420 t en 2009 [Site internet de l'Association suisse des AOC-IGP: <http://www.aoc-igp.ch/125864012791-de-index>]).

E. 29

En l'espèce, en l'état, aucun élément recueilli dans le cadre de l'instruction ne permet de démontrer que la coopérative peut se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants sur le marché de l'affinage de fromage à pâte dure.

C.3.1.3 Résultat intermédiaire

E. 30

Compte tenu de la délimitation du marché de l'affinage du fromage à pâte dure, aucune position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart ne peut être démontrée.

E. 31

Mais même si on admettait une délimitation plus étroite du marché, la conclusion selon laquelle l'art. 7 LCart n'est pas violé ne changerait pas, dans la mesure où – comme démontré ci-après – il n'existe pas en l'état de comportement abusif de la part de la coopérative.

C.3.2 Pratiques illicites

C.3.2.1 Entrave de l'accès à la concurrence ou à son exercice

E. 32

Selon ce qui précède, la coopérative n'a pas de position dominante sur le marché pertinent. A titre subsidiaire, à supposer que sa position dominante soit établie, les éléments soumis à notre autorité ne permettent pas d'établir un comportement abusif au sens de l'art. 7 LCart.

E. 33

L'art. 7 LCart stipule à son article 1 que « les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux.» Selon son al. 2 sont notamment interdites les pratiques suivantes : a. le refus d'entretenir des relations commerciales (e.g. refus de livrer ou d'acheter des marchandises); b. la discrimination de partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales; c. le fait d'imposer des prix ou d'autres conditions commerciales inéquitables; d. la sous-enchère en matière de prix ou d'autres conditions commerciales, dirigée contre un concurrent déterminé; e. la limitation de la production, des débouchés ou du développement technique; f. le fait de subordonner la conclusion de contrats à la condition que les partenaires acceptent ou fournissent des prestations supplémentaires.

E. 34

Selon la pratique décisionnelle des autorités de concurrence tombe aussi sous le refus d'entretenir des relations commerciales de l'art. 7 al. 1 lit. a LCart la "essential facilities doctrine" (DPC 2007/3, 359 N 43s, NOK – Anschlussbegehren SN Energie AG/EWJR).

Les conditions sont les suivantes : - une infrastructure nécessaire et non duplicable - refus d'utilisation de cette infrastructure (contre rémunération) sans explication raisonnable.

E. 35

En l'espèce, le demandeur procède à l'heure actuelle à l'affinage de ses fromages dans la cave des X._____, qu'il loue, d'une capacité de 2'364 pièces (Lettre de l'OIC au demandeur du 24.05.2007). Il ne peut donc respecter l'article 13 du cahier des charges de A._____ - et par conséquent se voir octroyer l'AOP A._____ - qui précise : "l'affinage se fait exclusivement dans des caves d'une capacité de 3'000 pièces ou plus".

E. 36

La Comco prend acte de cet article sans toutefois en apprécier la nécessité et la pertinence pour la production de A._____. Cette question concerne en effet l'approbation du cahier des charges par l'OFAG (Cf. les Art. 5 ss de l'Ordonnance du 28 mai 1997 concernant la protection des appellations d'origine et des indications géographiques des produits agricoles et des produits agricoles transformés; RS 910.12) et non la qualification du comportement de la coopérative.

E. 37

Il ressort des éléments recueillis lors de l'instruction de la cause que, dans la région du [...], il existe quatre caves autres que celle de la coopérative et celle utilisée actuellement par le demandeur : S._____, H._____, R._____, M._____. Les caves du H._____, R._____, M._____ ne conviennent pas à l'affinage de A._____ : capacité inférieure à 3'000 pièces sans extension possible réalisable ou à un prix raisonnable, inadaptée pour l'affinage, utilisation exclusive pour porter à maturité d'autres fromages. La cave du S._____, utilisée actuellement pour porter à maturité plus de 3'000 fromages, pourrait facilement être étendue pour pouvoir accueillir la production de fromage du demandeur mais son propriétaire se refuse à y entreposer la production du demandeur (Rapport d'expertise du 28.10.2009 et complément d'expertise du 13.07.2010 établis pour le Tribunal cantonal par Patrick Vaudroz).

E. 38

Le demandeur dispose néanmoins de moyens autres que l'accès à la cave de la coopérative pour se mettre en conformité avec cet article dont il convient de préciser, comme le souligne l'expert, qu'il ne précise expressément le fait ni que la cave doive effectivement contenir 3'000 pièces, ni que seuls les fromages d'alpage A._____ doivent être entreposés dans cette cave.

E. 39

L'augmentation de la superficie de la cave des X._____ supposerait la réalisation d'une excavation, qui serait probablement trop onéreuse pour le demandeur seul (chiffrée à CHF 100'000.-), mais paraîtrait réalisable s'il se groupait avec d'autres producteurs de fromages d'alpage dans le même cas que lui, qui se sont vus refuser l'accès à la cave de la coopérative compte tenu de la situation de leur exploitation principale hors de la zone de production de A._____, comme lui, ou de fromages autres que A._____. En l'état, aucun élément ne permet de remettre en question le caractère vraisemblable d'une telle solution.

E. 40

A noter enfin que le demandeur dispose de la possibilité de solliciter une autre AOP fromagère que A._____, telle que le Gruyère par exemple, ce qu'il n'a pour l'instant jamais entrepris. C.3.2.2 Résultat intermédiaire

E. 41

En l'état, les caves de la coopérative ne constituent pas une infrastructure essentielle. Aucun abus au sens de l'art. 7 LCart ne peut dès lors être démontré. C.4 Accord illicite

E. 42

Le comportement de la coopérative est fondé sur la volonté de ses membres, en l'occurrence des concurrents directs du demandeur. Dans la mesure où une décision peut être déléguée à une coopérative pour cacher un accord illicite, l'art. 5 LCart peut être applicable en l'espèce. Or, tel n'est pas le cas, comme le démontre l'analyse suivante.

E. 43

Un éventuel accord concernant le refus d'accès aux caves de la coopérative ne peut être classé comme accord présumé illicite selon l'art. 5 al. 3 LCart. Notamment un accord concernant la restriction des quantités n'est pas donné, car les membres de la coopérative ne limitent pas leur propre quantité de fromage. De plus, compte tenu de la délimitation du marché et des alternatives du demandeur pour trouver une solution autre que l'affinage dans les caves de la coopérative, un éventuel accord concernant le refus d'accès aux caves de la coopérative ne serait à première vue pas notable au sens de l'al. 1 de l'art. 5 LCart.

E. 44

Il convient de relever qu'une illicéité selon l'art. 5 al. 1 LCart entraînerait seulement la nullité de l'accord illicite; une obligation de contracter est seulement envisageable dans des cas extraordinaires (Cf. Jean-Marc Reymond, in: Commentaire Romand, Droit de la concurrence, Tercier/Bovet (édit.), 2002, nn. 30 ss et 39 ad art. 13 LCart; Marc Amstutz/Blaise Carron, Basler Kommentar, Kartellgesetz, Amstutz/Reinert (édit.), 2010, Art. 7 LCart N114). C.5 CONCLUSION

E. 45

En conséquence, la question soulevée par le juge civil peut être résolue comme il suit :

- la coopérative n'a pas de position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart sur le marché suisse de l'affinage des fromages à pâte dure; - indépendamment de la question de sa position sur le marché, le dossier ne permet pas d'établir un comportement abusif de la coopérative, au sens de l'art. 7 LCart; - une obligation de contracter ne saurait être déduite, dans le présent cas à tout le moins, de l'art. 5 LCart." 23. D'autres faits allégués et admis ou prouvés, mais sans incidence sur la solution du présent procès, ne sont pas reproduits ci-dessus. 24. Par demande du 21 mai 2007, B._____ a pris contre W. A_____ les conclusions suivantes, avec dépens : "I. Constater que la W. A_____ entrave l'accès à l'AOP à Monsieur B._____ de manière illicite. II. Dire que la W. A_____ est astreinte à donner accès à ses caves à Monsieur B._____ contre rémunération usuelle. III. Dire que la W. A_____ est astreinte à admettre B._____ comme l'un de ses membres. IV. Dire que la W. A_____ est la débitrice de B._____ et lui doit prompt paiement de la somme de CHF 46'281 plus intérêt à 5 % l'an dès le 1er janvier 2006 (intérêt moyen) et de CHF 7'374.95 plus intérêt à 5 % dès le 21 mai 2007." Dans sa réponse du 30 novembre 2007, la défenderesse a conclu, avec suite de frais et dépens, au rejet des conclusions du demandeur. Dans son mémoire de droit du 11 novembre

2010, le demandeur a réduit sa conclusion III (recte : IV) aux montants de 41'222 fr. 25 plus intérêt à 5 % l'an dès le 1^{er} janvier 2006 (intérêt moyen) et de 7'374 fr. 95 plus intérêts à 5 % l'an dès le 21 mai 2007. En droit: I. a) A titre liminaire, il convient de préciser le droit de procédure applicable au présent jugement. Le Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (CPC; RS 272), entré en vigueur le 1^{er} janvier 2011, règle la procédure applicable devant les juridictions cantonales, notamment aux affaires civiles contentieuses (art. 1 let. a CPC). L'art. 404 al. 1 CPC dispose que les procédures en cours à l'entrée en vigueur de cette loi sont régies par l'ancien droit de procédure jusqu'à la clôture de l'instance. Cette règle vaut pour toutes les procédures en cours, quelle que soit leur nature (Tappy, *Le droit transitoire applicable lors de l'introduction de la nouvelle procédure civile unifiée*, JT 2010 III 11, p. 19). Par ailleurs, aux termes de l'art. 166 CDJP (Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02), les règles de compétence matérielle applicables avant l'entrée en vigueur de cette seconde loi demeurent applicables aux causes pendantes devant les autorités civiles ou administratives (Tappy, *op. cit.*, p. 14). b) La présente procédure a été introduite par demande du 21 mai 2007. Dès lors que l'instance, ouverte sous l'empire du CPC-VD (Code de procédure civile vaudoise du 14 décembre 1966, dans sa version au 31 décembre 2010; RSV 270.11) était toujours en cours le 1^{er} janvier 2011, la présente cause reste soumise au CPC-VD. c) En vertu de l'art. 4 al. 1 CPC-VD, le juge ne peut fonder son jugement sur d'autres faits que ceux qui ont été allégués dans l'instance et qui ont été soit admis par les parties, soit établis au cours de l'instruction selon les formes légales. Ce principe s'applique à la Cour de céans, qui statue en procédure ordinaire (Poudret et al., *Procédure civile vaudoise*, n. 1 ad art. 4 CPC-VD). Il peut toutefois également être tenu compte des faits révélés par une expertise écrite (art. 4 al. 2 in fine CPC-VD). II. Le demandeur soutient que, par son comportement, la défenderesse entrave la concurrence de manière illicite, au sens de l'art. 7 LCart. Il requiert son admission en qualité de membre de cette dernière et l'accès à ses caves moyennant une rémunération usuelle. Il réclame la réparation du dommage qu'il aurait subi du fait que ses fromages n'ont pas pu bénéficier de l'AOC A. _____, soit un montant de 41'222 fr. 25, ainsi que le remboursement de ses frais d'avocat relatifs aux opérations effectuées avant l'ouverture du présent procès, pour un montant total de 7'374 fr. 95. La défenderesse considère que le litige qui oppose les parties n'est pas soumis à la LCart, dès lors que le marché du fromage est réglementé par la LAgr (loi du 29 avril 1998 sur l'agriculture; RS 910.1) et l'ordonnance sur l'extension des mesures d'entraide des interprofessions et des organisations de producteurs du 30 octobre 2002 (OIOP; RS 919.117.72). Elle soutient en outre que, même si l'application de la LCart devait être admise, le fait de refuser l'adhésion du demandeur ne serait pas constitutif d'une entrave illicite. Selon elle, un droit à l'admission en qualité de membre ne pourrait pas non plus être déduit par le demandeur des art. 839 ss CO. Enfin, la défenderesse conteste être responsable du dommage dont le demandeur réclame réparation au motif que, même affinée dans ses caves, la production de ce dernier n'aurait pas pu bénéficier de l'AOC A. _____. III. a) En vertu de l'art. 15 al. 1 LCart, lorsque la licéité d'une restriction à la concurrence est mise en cause au cours d'une procédure civile, l'affaire est transmise pour avis à la COMCO. Si le juge ne saurait négliger l'opinion de la COMCO, un tel avis ne le lie toutefois pas, puisqu'il applique le droit d'office (ATF 109 II 260 c. 3, *rés.* in JT 1984 I 159; *Délégation du Tribunal fédéral et des Tribunaux cantonaux d'une part, et délégation de la Commission de la Concurrence et de son Secrétariat, Les relations entre les tribunaux civils et la Commission de la concurrence*, DPC 1997/4, p. 598). L'opinion de certains auteurs, selon laquelle le tribunal ne pourrait s'écarter de l'avis de la COMCO qu'en

cas de nécessité absolue (Hangartner, Das Verhältnis von Verwaltungs- und zivilrechtliches Wettbewerbsverfahren, AJP 2006, p. 43 ss (49); Zurkinden, Schweizerisches Kartellrecht, Berne 2010, p. 107) est à juste titre contestée par la doctrine majoritaire, qui relève qu'une telle exigence contreviendrait au principe *iura novit curia* (Borer, Wettbewerbsrecht I, n. 11 ad art. 15 LCart; Rüetschi, Das Gutachten der Wettbewerbskommission gemäss Art. 15 al. 1 KG – Schnittstelle zwischen Zivilprozess u. Verwaltungsverfahren, sic! 12/2008 pp. 884 ss spéc. 871; Reymond, Commentaire romand, n. 98 ad art. 15 LCart; Martenet/Heinemann, Droit de la concurrence, p. 202). b) Le dossier de la présente cause civile, qui porte sur la licéité d'une restriction à la concurrence, a été transmis à la COMCO par avis du 27 janvier 2011. Celle-ci s'est prononcée par avis du 12 avril 2011. Dans son analyse autonome de la prétendue violation de la LCart par la défenderesse, la Cour de céans tiendra compte de cet avis, sans être liée par lui. IV. a) La LCart ne s'applique pas lorsque, sur un marché donné, des prescriptions excluent de la concurrence certains biens ou services (art. 3 al. 1 LCart). Les prescriptions concernées sont notamment celles qui établissent un régime de marché ou de prix de caractère étatique (art. 3 al. 1 let. a LCart). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, sont de telles prescriptions celles qui excluent presque totalement la concurrence dans un secteur donné, comme c'est le cas notamment en matière agricole (ATF 129 II 497 c. 3.3.1, SJ 2004 I 165). Cela ne signifie toutefois pas que des pans entiers de l'économie puissent être soustraits à l'application de la LCart. La doctrine précise en effet que la préséance des prescriptions spéciales est limitée au strict nécessaire et que la liberté résiduelle qui subsiste dans chaque marché réglementé reste soumise au contrôle des autorités civiles et administratives chargées d'appliquer la LCart. C'est donc essentiellement l'examen des prescriptions spéciales en cause qui permet de déterminer, dans le cas d'espèce, le champ d'application de la LCart (Carron, Commentaire romand, nn. 13, 19 et 25 ad art. 3 LCart; Münch, Basler Kommentar, n. 4 ad art. 4 LCart; Borer, op. cit. n. 5 ad art. 3 LCart; Schraner, Kartellrecht und Immaterialgüterrecht, thèse, Zürich 2010, nn. 113 et 114 pp. 93 ss). Les mesures fondées sur des dispositions qui, comme l'art. 8 LAgr, concernent l'adaptation de l'offre ou de la demande aux exigences du marché ou la promotion des ventes, sont, de manière générale, exclues du champs d'application de la LCart. Le Tribunal fédéral a ainsi confirmé que la LCart ne s'appliquait pas au litige qui opposait une association de producteurs de fromages à l'un de ses membres au sujet des contributions de production dues par les membres, les mesures contestées étant fondées sur l'art. 8 LAgr (TF 4C.57/2006 du 20 avril 2006 c. 2.1 et 2.2). b) La LAgr contient notamment des dispositions relatives à la qualité des produits, la promotion des ventes et l'allègement du marché (art. 8 à 13 LAgr). L'art. 8 LAgr dispose ainsi que les mesures dont le but est de promouvoir la qualité des produits et les ventes ainsi que d'adapter la production et l'offre aux exigences du marché incombent aux organisations des producteurs ou des branches concernées (organisations) (art. 8 al. 1 LAgr). L'OIOP énumère à son annexe 1 les mesures prises sur la base de cette disposition (art. 1 al. 2 et 10 OIOP). Elle ne contient aucune mention relative au fromage A. _____ AOC. Selon l'avis de la COMCO du 12 avril 2011, l'art. 8 LAgr ne s'oppose pas à l'application de la LCart : cette disposition prévoit plutôt des exemptions à l'application de la LCart concernant les accords au sens de l'art. 5 LCart et non l'abus d'une position dominante au sens de l'art. 7 LCart. Aussi, les motifs invoqués par la défenderesse pour refuser l'accès aux caves et l'adhésion du demandeur ne se recourent-ils pas avec les buts de l'art. 8 LAgr. La décision de la défenderesse de refuser le demandeur comme membre a pour objectif de définir le cercle des producteurs amenés à fournir l'offre de fromage A. _____ AOC. Selon les explications de ses représentants,

elle tend à limiter ce cercle aux producteurs qui en font déjà partie et aux jeunes producteurs dont l'établissement principal se situerait dans la région de production. Ces critères sont sans influence sur la qualité des produits et des ventes. Ils ne permettent pas non plus d'adapter la production et l'offre aux exigences du marché, ce que la défenderesse ne soutient du reste pas. Dès lors que le comportement contesté ne poursuit aucun des objectifs de l'art. 8 LAgr, cette disposition n'est d'aucun secours à la défenderesse. Partant, le litige n'est nullement exclu du champ d'application de la LCart. V. a) La LCart s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). Toutes les entreprises engagées dans le processus économique qui offrent ou acquièrent des services, indépendamment de leur organisation ou de leur forme juridique, sont concernées. En l'espèce, la défenderesse est une entreprise au sens de la LCart, dès lors qu'elle est inscrite au registre du commerce et qu'elle offre des services, notamment l'exploitation de caves destinées à l'affinage de fromages. b) Les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Par entreprise dominante le marché, on entend une entreprise qui est à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants du marché (art. 4 al. 2 LCart). Le point de savoir si une entreprise domine ou non le marché doit toujours être apprécié en rapport avec un marché matériellement et géographiquement déterminant (ATF 133 II 104 c. 8.2; ATF 129 II 497 précité c. 6.3.1 et les références citées, SJ 2004 I 165; Reinert/Bloch, Basler Kommentar, n. 4 ad art. 4 al. 2 LCart; Clerc, op. cit., n. 23, 24, 29, 54 et 55 ad art. 4 al. 2 LCart; critique Raass, Die Marktabgrenzung : bestenfalls überflüssig, schlimmstenfalls irreführend, sic! 2011 p. 405). aa) Pour définir le marché matériellement déterminant, ou marché des produits, il convient de se référer d'une part à la notion de marché issue du droit communautaire, d'autre part à la définition de l'art. 11 al. 3 let. a OCCE (l'Ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises du 17 juin 1996; RS 251.4), applicable par analogie (Clerc, op. cit., n. 55 et 60 ad art. 4 al. 2 LCart; Zurkinden, op. cit., p. 33; Reinert/Bloch, op. cit., n. 21 et 105 ad art. 4 al. 2 LCart, Martenet/Heinemann, op. cit., p. 122). En vertu de cette dernière disposition, le marché des produits comprend tous les produits ou services que les partenaires de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (Clerc, op. cit., n. 30 ad art. 4 al. 2 LCart). Ce critère de substituabilité figure également dans la jurisprudence communautaire, qui étend toutefois la notion de marché des produits à l'ensemble des produits qui, même sans être nécessairement substituables, sont en tous cas suffisamment interchangeables avec les produits proposés par l'entreprise en cause, en fonction non seulement de leurs caractéristiques propres, mais également des conditions de concurrence et de la structure de la demande et de l'offre sur le marché (CJCE aff. C-333/94 du 14 novembre 1996, Tetra Pak II c/ Commission, Rec. 1996 I-5951, n. 10). Le degré de substituabilité est apprécié en fonction de caractéristiques non seulement objectives (propriétés, usage et prix du produit), mais aussi subjectives (préférences des consommateurs). Sous ce dernier aspect, il faut tenir compte de la manière dont le consommateur ou le partenaire commercial perçoit effectivement et subjectivement le produit ou service en cause, et non de la manière dont ce produit devrait objectivement être perçu par le consommateur raisonnable (Clerc, op. cit., n. 62 art. 4 al. 2 LCart;

Reinert/Bloch, op. cit., nn. 110 à 113 ad art. 4 al. 2 LCart). Le marché concerné peut constituer un sous-marché d'un marché plus large, lorsqu'il existe, pour le produit en cause, une demande spécifique des partenaires commerciaux et des consommateurs (Clerc., op., cit., n. 66 ad art. 4 al. 2 LCart). bb) Le marché géographique s'étend au territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché des produits (art. 11 al. 3 let. b OCCE également applicable par analogie; Clerc, op. cit., n. 73 ad art. 4 al. 2 LCart; Martenet/Heinemann, op. cit., p. 122). Il s'agit de l'aire à l'intérieur de laquelle la victime d'une entreprise qui abuserait de sa position dominante peut se tourner vers d'autres fournisseurs ou cocontractants (Clerc, op. cit., n. 31 et 72 ad art. 4 al. 2 LCart; Reinert/Bloch, op. cit., n. 219 ad art. 4 al. 2 LCart). c) aa) Dans son avis du 12 avril 2011, la COMCO définit le marché des produits en se référant à la pratique décisionnelle des autorités de la concurrence. Elle distingue d'une part les marchés du fromage frais, à pâte dure, à pâte mi-dure, à pâte molle et fondu, d'autre part les différentes phases dans le cycle de production du fromage, soit la production, l'affinage, le conditionnement et la distribution. Sur la base de ces considérations, la COMCO retient ce qui suit : "(...) le fromage A. _____ est substituable du point de vue du consommateur avec n'importe quel autre fromage à pâte dure. Pour apprécier les pratiques dénoncées, il convient donc de rester au niveau du fromage à pâte dure et de définir le marché pertinent comme étant celui de l'affinage du fromage à pâte dure. Dans la mesure où il n'existe de toute façon pas de pratique illicite, comme démontré ci-après, on peut laisser ouverte la question de savoir si une délimitation du marché plus étroite serait appropriée. (...)" Cela étant, il s'agit de déterminer si cet avis selon lequel le marché pertinent serait celui du (des) fromage(s) à pâte dure peut être suivi en l'espèce ou s'il se justifie au contraire de le délimiter plus précisément, en retenant comme marché déterminant celui du (des) fromage(s) à pâte dure bénéficiant d'une AOC ou celui du fromage A. _____ AOC . On observera à cet égard que, dans certaines affaires, la COMCO a déjà envisagé de retenir une subdivision du marché des fromages examiné en sous-marchés, limités à une seule sorte de fromage (DPC 2003/4 p. 783 n. 21 et DPC 2003/3 p. 539 n. 60; cf. aussi DPC 2010/3 p. 575 n. 18 dans lequel la COMCO a admis la possibilité de reconnaître l'existence d'un marché de l'affinage distinct pour la sorte de fromage concernée). Il est établi que, comme pour les autres fromages bénéficiant d'une AOC, la production du fromage A. _____ AOC doit respecter des exigences strictes, définies dans son cahier des charges. Ces procédés de fabrication, soumis au contrôle d'un organisme de certification, sont le gage d'une qualité supérieure; ils permettent de commercialiser les fromages à un meilleur prix. D'un point de vue objectif, les fromages à pâte dure bénéficiant d'une AOC ne sont donc pas substituables avec n'importe quel autre fromage à pâte dure, produit sans respecter de telles exigences. L'analyse subjective conduit à une délimitation encore plus précise du marché. En effet, le consommateur est généralement attaché à une ou des sortes de fromage, dont il connaît et recherche la saveur particulière ou les propriétés culinaires spécifiques. Il ne se contentera ainsi pas d'un quelconque fromage à pâte dure bénéficiant d'une AOC mais s'orientera exclusivement vers la sorte de fromage à laquelle il est habitué et qu'il souhaite spécifiquement consommer. Autrement dit, l'amateur de fromage cherche, selon les cas, à acheter du Gruyère ou de l'Emmental ou encore de A. _____. On ne peut concevoir qu'on lui vende, indifféremment, n'importe quel fromage à pâte dure, ou que l'un de ces fromages soit librement substituable à l'autre. A cela s'ajoute que l'AOC évoque pour le consommateur une consommation responsable, respectueuse des traditions et mettant en

valeur les produits du terroir. Par conséquent, du point de vue du consommateur, les différentes sortes de fromage à pâte dure protégées par une AOC ne sont pas substituables. Le marché de référence doit donc en l'espèce être défini comme étant celui de A. _____ AOC. bb) Dans son avis, la COMCO rappelle que le marché de l'affinage est considéré comme étant national, laissant ouverte la question de l'opportunité d'une délimitation géographique plus étroite. S'agissant d'une AOC qui délimite la zone d'affinage, il n'est pas envisageable que le marché s'étende au-delà de l'aire géographique admise par le cahier des charges de A. _____ AOC, soit le district du V. _____. d) Une fois le marché délimité, il faut déterminer la place de l'entreprise en cause sur ce marché. Il y a position dominante, au sens de l'art. 4 al. 2 LCart, lorsque l'entreprise concernée est "à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants du marché". La position dominante se caractérise ainsi par la liberté d'action de l'entreprise en cause. Cette liberté d'action ne coïncide pas nécessairement avec le concept économique de pouvoir de fixer les prix (Clerc, op. cit., n. 91 et 96 ad art. 4 al. 2 LCart; Reinert/Bloch, op. cit., n. 258 ad art. 4 al. 2 LCart). Lorsqu'une entreprise détient l'entier du marché de référence et qu'elle ne souffre aucune concurrence en raison de l'improbabilité de la pénétration du marché, il convient d'admettre qu'elle occupe une position dominante sur le marché de référence (Clerc, op. cit., n. 133 ad art. 4 al. 2 LCart; Reinert/Bloch, op. cit., n. 293 ad art. 4 al. 2 LCart). La position dominante peut être détenue par plusieurs entreprises agissant ensemble, comme une entité collective. Elle peut résulter du fait que l'entreprise dispose de droits spéciaux ou exclusifs sur une installation, une infrastructure ou un équipement indispensable à la production de certains biens, parce qu'il n'existe pas de substitut réel ou potentiel (Clerc, op. cit., pp. 178, 224, 339-400). En l'espèce, il est établi que la cave de la défenderesse est la seule à remplir les conditions du cahier des charges de A. _____ AOC. La défenderesse dispose dès lors indéniablement d'une position monopolistique - donc dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart - sur le marché de A. _____ AOC, qui constitue le marché déterminant, comme exposé ci-dessus. L'avis contraire de la COMCO, de toute manière fondé sur une autre délimitation du marché, ne saurait ainsi être suivi. VI. a) Le demandeur a requis à plusieurs reprises son adhésion en qualité de membre de la défenderesse et l'accès aux caves de cette dernière. Par courriers des 20 avril 2005, 10 mai 2005, 2 février 2006, 31 mars 2006 et 28 avril 2006, les représentants de la défenderesse lui ont systématiquement refusé l'une et l'autre. Pour statuer sur la licéité de ces refus, il convient de déterminer si la défenderesse a abusé de sa position et entravé l'accès du demandeur à la concurrence ou son exercice (Clerc, op. cit. n. 57 ad art. 7 LCart; Amstutz/Carron, op. cit., n. 17 ad art. 7 LCart). b) L'art. 7 al. 1 LCart contient une clause générale selon laquelle les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1 LCart). Une liste non exhaustive de comportements illicites figure à l'art. 7 al. 2 LCart (Clerc, op. cit., n. 61 et 105 ad art. 7 LCart; Amstutz/Carron, n. 24 ad art. 7 LCart; Heizmann, op. cit., p. 5; Martenet/Heinemann, op. cit., p. 125). L'art. 7 al. 2 let. a LCart, en particulier, vise le refus d'entretenir des relations commerciales (p. ex. le refus de livrer ou d'acheter de la marchandise). S'inspirant de la théorie dite "essential facility", la doctrine suisse qualifie ainsi un comportement d'abusif lorsqu'une entreprise en position dominante dispose seule des équipements ou des installations indispensables à la fourniture d'une prestation (aa) et qu'elle refuse, sans raison objective, de les mettre à disposition aussi de ses concurrents (bb). Le refus contesté

doit en outre être de nature à exclure toute concurrence (cc) (ATF 129 II 497 précité c. 6.5.1, SJ 2004 I 165; Clerc, op. cit., nn. 147, 150 et 152 ad art. 7 LCart; Amstutz/Carron, op. cit., n. 122 ad art. 7 LCart; Martenet/Heinemann, op. cit., pp. 126 et 127; Schraner, op. cit., n. 104 p. 86). aa) L'absence de substitut au service concerné implique d'une part que le concurrent ne peut pas se procurer auprès d'une source alternative le bien ou le service dont il a besoin pour son activité, d'autre part qu'il existe des obstacles techniques, réglementaires ou même économiques qui rendent impossible ou déraisonnablement difficile, pour le concurrent, de produire lui-même (ou en collaboration avec d'autres entreprises de la branche) le produit ou service dont il a besoin (Clerc, op. cit., n. 126 ad art. 7 LCart; Amstutz/Carron, op. cit., n. 125 ad art. 7 LCart). Le caractère indispensable du service doit être déterminé en fonction des circonstances existantes au moment du refus invoqué et non pas en fonction de circonstances futures potentiellement réalisables (Amstutz/Carron, op. cit., n. 126 ad art. 7 LCart). bb) Une entreprise peut refuser d'entretenir des relations commerciales avec un partenaire pour des motifs d'ordre commercial, pour des raisons d'efficacité de l'entreprise ou encore pour obtenir une prestation ayant le meilleur rapport qualité/prix pour le consommateur. Le manque de capacité disponible peut également constituer une justification objective (ATF 129 II 497 c. 6.5.4 précité et les références citées, SJ 2004 I 165). L'entreprise en position dominante ne pourra en revanche pas justifier son comportement par sa volonté de préserver ou d'augmenter ses parts de marché. En tous les cas, les raisons légitimes invoquées devront respecter le principe de proportionnalité (Clerc, op. cit., nn. 131 à 146 ad art. 7 LCart; Amstutz/Carron, op. cit., nn. 131 à 135 ad art. 7 LCart). La pratique d'une entreprise en position dominante est en principe illicite lorsque, sans aucune justification objective, elle entrave l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou l'exercice de celle-ci. Une stratégie envers les autres concurrents doit se révéler inéquitable en ce sens que, par exemple, d'après les circonstances, la volonté d'exclure un concurrent est manifeste; tel est également le cas lorsque les autres concurrents sont empêchés d'accéder à un marché, c'est-à-dire lorsque le comportement a un objectif qui est contraire à la concurrence (ATF 129 II 497 précité c. 6.5.1, SJ 2004 I 165). cc) Enfin, le refus doit être de nature à supprimer toute concurrence de la part de l'entreprise requérante (Clerc, op. cit., n. 128 ad art. 7 LCart; Amstutz/Carron, op. cit., n. 122 ad art. 7 LCart). La pratique suisse n'exige toutefois pas que le requérant soit un concurrent actuel ou potentiel de l'entreprise dominante (Amstutz/Carron, op. cit., n. 128 ad art. 7 LCart et les références citées; DPC 1999 p. 220 nn. 99 ss; DPC 1999 p. 463, nn. 11-15; contra Clerc, op. cit., n. 130 ad art. 7 LCart). c) Dans son avis du 12 avril 2011, la COMCO indique que les caves de la défenderesse ne constituent pas, en l'état, une infrastructure essentielle et que, par conséquent, aucun abus de la défenderesse ne peut être démontré. Le demandeur disposerait d'autres moyens que l'accès à la cave de la W. A._____ pour se conformer au cahier des charges de A._____ AOC, celui-ci ayant notamment la possibilité de se grouper avec d'autres producteurs refusés par la défenderesse pour augmenter la capacité de la X._____; le demandeur pourrait également entreprendre la production de Gruyère AOC. d) aa) Il résulte du rapport d'expertise judiciaire et de son complément qu'il n'existe qu'une seule cave en dehors de celle que la défenderesse exploite qui remplit les conditions du cahier des charges de l'AOC A._____, celle du S._____. Le gérant de cette cave ne souhaite toutefois pas y accueillir la production du demandeur et on ne voit pas à quel titre le demandeur pourrait l'y contraindre. Les autres caves sont trop petites et/ou inadaptées. Certaines pourraient être agrandies, mais au prix d'investissements disproportionnés pour un producteur seul. Une

collaboration avec d'autres producteurs à cet effet ne pourrait toutefois pas raisonnablement être exigée du demandeur; un tel projet impliquerait l'intervention de tiers, qui seraient également refusés par la W. A. _____, mais rempliraient par ailleurs les critères de production de A. _____ AOC, tiers dont on ignore l'existence, l'identité et les motivations. Une telle possibilité est ainsi purement théorique et rien, bien au contraire, ne permet de dire qu'elle est réalisable. Force est ainsi de retenir qu'actuellement la défenderesse dispose de l'unique installation indispensable à l'affinage du fromage A. _____ AOC, ce qu'elle ne conteste d'ailleurs pas, et que le demandeur ne dispose d'aucune solution concrète de remplacement. bb) Quant aux motifs justificatifs, la défenderesse ne fait pas valoir de raisons commerciales ou d'efficacité de l'entreprise. Elle soutient être limitée par la capacité de la cave, ce qui l'empêcherait d'accueillir la production du demandeur. S'il ressort de l'instruction que la cave de la défenderesse est pleine, d'autres éléments du dossier démontrent clairement que la décision de refus de la défenderesse n'a pas été dictée par des impératifs liés à la capacité de cette cave. On relève ainsi que le précédant locataire de l'alpage D. _____, qui produisait des quantités de lait équivalentes à celles du demandeur, était membre de la défenderesse et entreposait par conséquent sa production dans sa cave, que la production globale des membres de la défenderesse n'a cessé d'augmenter entre 2005 et 2009, la cave ayant été réaménagée en conséquence en 2005 et 2007, et enfin, que la défenderesse prétend vouloir soutenir les jeunes agriculteurs dont l'exploitation principale se trouve dans la région, auxquels elle réserve de toute évidence de la place dans sa cave. De plus, on constate que chaque nouvel adhérent se voit fixer par contrat un quota de fromage. Il apparaît ainsi que la défenderesse augmente sa production et admet de nouveaux membres, tout en répartissant entre eux la capacité de sa cave. Il est par conséquent établi que la défenderesse aurait en réalité la possibilité d'accueillir la production du demandeur, le cas échéant en limitant la quantité de fromage admis, respectivement en procédant à une équitable répartition entre ses membres. Partant, la défenderesse n'a pas établi que des raisons objectives justifieraient les refus qu'elle oppose au demandeur. Les autres motifs invoqués relèvent d'une discrimination non justifiée par le cahier des charges. cc) Privé de service d'affinage adéquat, le demandeur n'est pas en mesure de produire des fromages bénéficiant de l'AOC A. _____. Le fait qu'à dire d'expert, aucun obstacle technique ne s'oppose à ce qu'il produise du Gruyère ne modifie en rien cette appréciation dans la mesure où, pour les raisons évoquées au point V c ci-dessus, le marché de référence ne doit pas être étendu aux autres sortes de fromage à pâte dure bénéficiant d'une AOC. Le refus de la défenderesse a ainsi pour conséquence d'exclure toute concurrence du demandeur. e) La doctrine suisse admet que le comportement d'une entreprise dominante qui refuse de contracter avec certaines entités alors qu'elle entretient des relations commerciales avec d'autres entités se trouvant dans la même situation peut relever à la fois de l'art. 7 al. 2 let. a LCart et de l'art. 7 al. 2 let. b LCart. Cette dernière disposition sanctionne en effet la discrimination des partenaires commerciaux en matière de prix ou d'autres conditions commerciales. Peu importe toutefois en l'espèce : l'illicéité devant être admise sur la base de la première disposition, il n'est pas nécessaire d'examiner si les conditions de la seconde seraient également réunies. VII. La première conclusion de la demande tend à faire constater que la défenderesse entrave illicitement l'accès du demandeur à l'AOC A. _____. a) Les conditions de la constatation par le juge de l'existence ou de l'inexistence d'un droit relevant de la législation fédérale sont régies par le droit fédéral (ATF 136 III 102 c. 3.1, JT 2011 II 232; ATF 135 III 378 c. 2.2; ATF 131 III 319 c. 3.5, SJ 2005 I 499 et les références citées). Selon la jurisprudence du Tribunal

fédéral, l'action en constatation de droit est ouverte si la partie demanderesse a un intérêt important et digne de protection à la constatation immédiate de la situation de droit; il n'est pas nécessaire que cet intérêt soit de nature juridique, il peut s'agir d'un pur intérêt de fait. L'intérêt pratique à une constatation de droit fait normalement défaut pour le titulaire du droit lorsque celui-ci dispose d'une action en exécution, en interdiction ou d'une action formatrice, immédiatement ouverte, qui lui permettrait d'obtenir directement le respect de son droit à l'exécution de l'obligation. Dans ce sens, l'action en constatation de droit est subsidiaire par rapport à une action condamnatoire ou formatrice (ATF 135 III 378 précité c. 2.2; ATF 123 III 49 c. 1a, JT 1998 I 659, SJ 1997 342; ATF 120 II 144 c. 2a; Poudret et al., op. cit., n. 2 ad art. 265 CPC-VD; Reymond, op. cit., n. 12 ad art. 12 LCart). Ces considérations s'appliquent également au droit des cartels, dans la mesure où l'action indépendante en constatation de l'illicéité d'une restriction à la concurrence, telle qu'elle existait sous l'ancien droit, n'est plus prévue par le texte légal actuel et n'est justifiée par aucun motif particulier (Jacobs/Giger, Basler Kommentar, n. 37 ad art. 12 LCart; contra Reymond, op. cit., nn. 148 ss ad art. 12 LCart). b) En l'espèce, la première conclusion du demandeur, par lequel celui-ci entend faire constater que la défenderesse lui entrave l'accès à l'AOC de manière illicite est une conclusion en constatation de droit. Dans la mesure où le demandeur a également pris des conclusions en cessation de cette entrave, demandant l'accès à la cave de la défenderesse contre rémunération usuelle et l'admission comme membre de la défenderesse, il n'a toutefois pas d'intérêt pratique à cette constatation, ce qu'il ne prétend du reste pas. Partant, cette conclusion est irrecevable. VIII. Comme exposé, le demandeur requiert que la défenderesse soit astreinte à lui donner accès à ses caves et à l'admettre comme l'un de ses membres. a) L'art. 12 al. 1 let. a LCart permet à la victime d'une entrave illicite à la concurrence de demander notamment la suppression ou la cessation de cette entrave. Le cas échéant, le concurrent lésé pourra demander au juge de décider que celui qui est à l'origine de l'entrave à la concurrence conclue avec lui des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche (art. 13 let. b LCart). Si les conditions de l'action en suppression de l'entrave sont réunies, le juge pourra ainsi en particulier ordonner l'admission du lésé au sein d'entreprises groupées en association ou organisées sous forme de sociétés, quelle que soit la forme qu'elles ont choisie (Reymond, op. cit., n. 62 ad art. 13 LCart). L'action en suppression de l'entrave doit être admise si le demandeur est victime d'une entrave illicite, actuelle et qui perdure (Reymond, op. cit., n. 71 ad art. 12 LCart; Jacobs/Giger, op. cit., n. 47 ad art. 12 LCart). En l'espèce, le comportement de la défenderesse est illicite puisqu'il tombe sous le coup de l'art. 7 LCart (cf. point VI ci-dessus). De plus l'entrave persiste, le demandeur n'ayant toujours pas été admis comme membre de la défenderesse. Les conditions d'applications de l'art. 12 al. 1 LCart sont dès lors réunies, de sorte que le demandeur dispose d'un droit à être admis par la défenderesse comme l'un de ses membres. La conclusion III du demandeur doit dès lors être admise, sans qu'il soit nécessaire de se fonder sur l'art. 839 al. 2 CO invoqué à titre subsidiaire par le demandeur et dont l'application concurrente à celle de la LCart n'a pas à être examinée ici. b) En qualité de membre de la défenderesse, le demandeur aura accès à ses installations, ce qui prive d'objet la conclusion II de la demande. IX. a) Enfin, par sa conclusion IV, le demandeur réclame la réparation du dommage qui découle de l'entrave illicite à laquelle il est confronté. Pour la réparation d'un tel dommage, l'art. 12 al. 1 let. b LCart renvoie aux art. 41 ss CO (Reymond, op. cit., n. 80 ad art. 12 LCart; Jacobs/Giger, op. cit., n. 52 ad art. 12 LCart). La responsabilité délictuelle instituée par cette disposition suppose que soient réalisées cumulativement les quatre conditions suivantes : un acte illicite, une faute de

l'auteur, un dommage et un rapport de causalité (naturelle et adéquate) entre l'acte illicite fautif et le dommage (ATF 132 III 122 c. 4.1, rés. in JT 2006 I 258, SJ 2006 p. 181). Il est acquis que le comportement de la défenderesse est constitutif d'un acte illicite au sens de cette disposition et que cet acte est fautif, la défenderesse ne pouvant le justifier par des motifs valables. Reste ainsi à examiner si le demandeur a établi qu'il a subi un dommage et qu'il existe un lien de causalité entre ce dommage et l'acte illicite en question. b) aa) La causalité naturelle est un lien tel que sans le premier évènement, le second ne se serait pas produit (TF 4D_151/2009 du 15 mars 2010 c. 2.2; ATF 133 III 462 c. 4.4.2, JT 2009 I 47, SJ 2008 I 111; Werro, Commentaire romand, n. 33 ad art. 41 CO et les références citées). La causalité adéquate est donnée si, d'après le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie, la cause est propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question (Werro, op. cit., n. 37 ad art. 41 CO). Pour savoir si un fait est la cause adéquate d'un préjudice, le juge procède à un pronostic rétrospectif objectif : se plaçant au terme de la chaîne des causes, il remontera du dommage dont la réparation est demandée au chef de responsabilité invoqué et déterminera si, dans le cours normal des choses et selon l'expérience générale de la vie, une telle conséquence demeure dans le champ raisonnable des possibilités objectivement prévisibles (TF 4C.324/2005 du 5 janvier 2006 c. 2.2; ATF 119 Ib 334 c. 5b, JT 1995 I 606, SJ 1993, 616; ATF 112 II 349 c. 1d, JT 1987 I 392). Dans le domaine du droit civil des cartels, l'existence d'un lien de causalité adéquate peut se révéler difficile à démontrer lorsque le dommage ne dépend pas uniquement du comportement incriminé mais de diverses circonstances liées au marché (Jacobs/Giger, op. cit., n. 79 ad art. 12 LCart). bb) La défenderesse conteste tout lien de causalité entre son comportement et le dommage du demandeur, au motif que des défauts concernant des exigences du cahier des charges autres que celles relatives à l'affinage auraient empêché ce dernier d'obtenir l'AOC pour les fromages qu'il produit. Il ressort des rapports de contrôle de l'OIC des 17 juillet et 16 novembre 2006 que la production du demandeur remplissait tous les points du cahier des charges, à l'exception de la capacité de la cave. De même, le rapport établi par l'OIC le 1^{er} décembre 2006 ensuite d'une taxation à but informatif de la production du demandeur indique que ses fromages auraient obtenu 17 points, le cahier des charges exigeant au minimum 15. Le rapport d'analyse chimique du laboratoire SRICL VD-GE du même jour portant sur la composition des fromages fait état de valeurs conformes aux exigences du manuel de contrôle et du cahier des charges. Enfin, l'OIC a confirmé dans un courrier du 19 décembre 2006 adressé au demandeur que, pour sa production 2007, seul l'art. 13 du cahier des charges (relatif à l'affinage) n'était pas respecté. Certes, dans ce même courrier, l'OIC a indiqué que, pour la production 2006, plusieurs exigences du cahier des charges n'étaient pas remplies, sans toutefois préciser lesquelles. Quant à la conformité de la production du demandeur pour l'année 2005, aucune indication ne ressort du dossier. On peut donc admettre, en procédant à un pronostic rétrospectif, que le demandeur, qui était en mesure de fournir une production adéquate, n'a pas pu obtenir l'AOC principalement en raison du comportement anticoncurrentiel de la défenderesse. D'éventuelles imperfections de la production du demandeur pour les années 2005 et 2006 ne modifient en rien cette appréciation; il ne doit pas être reproché au demandeur, qui savait qu'il ne disposerait pas de l'infrastructure nécessaire à l'affinage de ses fromages, d'avoir renoncé à tout mettre en œuvre pour respecter certaines autres exigences du cahier des charges. L'expert a du reste retenu que, si le demandeur avait pu vendre 13'665 kg de fromage en 2005 et 2006, développer sa propre marque et être toujours présent sur le

marché en 2010, soit 5 ans plus tard, c'est que la qualité de ses fromages correspondait à la qualité moyenne de ceux produits par les membres de la défenderesse. Enfin, selon les renseignements récoltés par l'expert, aucun problème technique ne s'opposerait à ce que le demandeur soit accepté comme producteur de Gruyère d'alpage AOC. c) aa) Le dommage se définit comme la diminution involontaire de la fortune nette. Il correspond à la différence entre le montant actuel du patrimoine du lésé et l'état dans lequel se trouverait ce même patrimoine si l'évènement dommageable ne s'était pas produit. Il peut s'agir d'une diminution de l'actif, d'une non-augmentation de l'actif ou d'une non-diminution du passif (ATF 133 III 462 c. 4.4.2, rés. in JT 2009 I 47 et les arrêts cités). Le préjudice causé par une entrave à la concurrence est généralement constitué par les coûts et frais supplémentaires supportés par le lésé (*damnum emergens*) ainsi que par sa perte de gain (*lucrum cessans*) (Reymond, op. cit., nn. 87 et 88 ad art. 12 LCart; Jacobs/Giger, op. cit., n. 59 ad art. 12 LCart). Lorsque le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée (art. 42 al. 2 CO). Si cette disposition, permet d'alléger le fardeau de la preuve, elle ne conduit en aucun cas à supprimer ce fardeau et encore moins à pallier les éventuelles carences des plaideurs négligents (TF 4A_719/2011 du 7 mars 2012 c. 5.2; TF 4C.412/2004 du 23 février 2005 c. 3.2.1; ATF 122 III 219 c. 3a, JT 1997 I 246). Il appartient à la partie demanderesse de fournir au juge, dans la mesure où on peut l'attendre d'elle, tous les éléments de fait constituant des indices de l'existence du dommage et permettant ou facilitant son estimation (ATF 4A_719/2011 précité du 7 mars 2012 c. 5.2, TF 4A_77/2011 et 4A_571/2011 du 20 décembre 2011 c. 5.2; ATF 131 III 360 c. 5.1 et les arrêts cités, JT 2005 I 502; SJ 2005 I 333). Le tribunal doit se prononcer d'office sur l'application de cette disposition, même si elle n'est pas invoquée par la partie lésée (ATF 136 III 322 c. 3.4.5, SJ 2010 I 577). bb) Le demandeur fait valoir qu'il n'a pas pu vendre sa production au prix plus avantageux de A._____ AOC. Il chiffre son manque à gagner à un montant de 41'222 fr. 25. Il prétend également au remboursement de ses frais d'avocat avant procès, soit un montant de 7'374 fr. 95. La question du montant du manque à gagner du demandeur a été soumise à l'expert. Celui-ci a indiqué que la comparaison entre les comptabilités des parties était malaisée, dès lors que le demandeur ne disposait pas d'une comptabilité analytique et que, dans le système intégré de la W. A_____, les structures d'affinage ne pouvaient pas être comparées à la petite structure de l'exploitation du demandeur. L'expert a tout de même procédé à un calcul consistant à comparer le chiffre d'affaires hypothétique que le demandeur aurait pu réaliser s'il avait été admis comme membre de la défenderesse avec le chiffre d'affaires que ce dernier a réellement réalisé pendant les années concernées, soit 2005 et 2006. Selon ce calcul, qui tient compte des frais supplémentaires occasionnés par le fait que le demandeur ne pouvait pas bénéficier des infrastructures de la défenderesse, le montant de la perte de gain du demandeur s'élèverait à 23'925 fr. 90. Au titre de frais supplémentaires, l'expert a notamment compté un montant de 4'660 fr. 90 correspondant à des investissements auxquels le demandeur a consenti dans le but de se mettre en conformité avec le cahier des charges de A._____ AOC. L'existence d'un dommage est ainsi établie par expertise. S'agissant de son montant, l'expert procède à une analyse précise et convaincante qu'il y a lieu de suivre, en retenant le résultat figurant dans le rapport complémentaire d'expertise, hormis sur un point : la somme de 4'660 fr. 90 correspond à des dépenses que le demandeur aurait également dû supporter s'il avait pu affiner ses fromages en tant que membre de la défenderesse. Elle doit donc être déduite du montant du dommage que la défenderesse doit réparer. Aux yeux de la cour de céans, ce dommage est établi au

sens d'une preuve complète (art. 8 CC). On peut toutefois préciser qu'à défaut, l'on arriverait au même résultat, s'agissant d'un manque à gagner hypothétique, en faisant application de l'art. 42 al. 2 CO : les éléments chiffrés fournis par l'expert sont suffisants à cet égard et l'on ne saurait considérer que le demandeur aurait pu ou dû apporter de plus amples ou autres éléments aux fins de faire établir son dommage par le truchement de l'expertise judiciaire réalisée. Le demandeur fait encore valoir des honoraires d'avocat pour les opérations effectuées avant le présent procès. Ces opérations, dont l'objectif était de faire admettre le demandeur en qualité de membre de la défenderesse, étaient justifiées. Le montant total de ces honoraires s'élève à 7'439 fr. 50. Le fait que le demandeur n'ait pas établi avoir réglé les factures correspondantes est sans incidence sur le calcul du dommage. En effet, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le dommage survient à la naissance de la dette, dès avant le paiement de celle-ci. Le fait que le tiers créancier renonce provisoirement ou définitivement à réclamer le paiement de sa créance ne change rien à la réalité du dommage subi, sauf à démontrer – en renversant une présomption de fait – que le tiers créancier entend faire une libéralité à l'auteur du dommage (ATF 116 II 441 c. 3a/aa et les références citées, JT 1991 I 166). d) Les conditions de la responsabilité de la défenderesse pour le dommage causé au demandeur étant réunies, il incombe à la première de verser au second un montant de 26'704 fr. 10 (23'925 fr. 50 – 4'660 fr. 90 + 7'439 fr. 50) à titre de dommages-intérêts. X. a) Lorsque le débiteur est en demeure pour le paiement d'une somme d'argent, il doit l'intérêt moratoire à 5 pour cent l'an, même si un taux inférieur avait été fixé pour l'intérêt conventionnel (art. 104 al. 1 CO). Le débiteur d'une obligation exigible est généralement mis en demeure par l'interpellation du créancier (art. 102 al. 1 CO). b) Le demandeur n'a pas établi avoir mis en demeure la défenderesse avant la notification de la demande, le 19 juin 2007. C'est donc à partir de cette date, au plus tard, que l'intérêt moratoire est dû. Il en va de même pour le montant de 4'723 fr. 65 objet de la dernière note d'honoraires relative aux opérations avant procès effectuées par le conseil du demandeur, datée du 23 novembre 2007. Certes, cette note d'honoraires est postérieure à la notification de la demande. Toutefois, le débiteur dont l'attitude manifeste sans ambiguïté qu'il ne veut pas ou qu'il n'est pas en mesure de s'exécuter tombe en demeure même avant l'exigibilité de sa dette (violation anticipée du contrat – art. 108 al. 1 CO a fortiori). Dans ce cas, l'interpellation n'est donc pas nécessaire (Thévenoz, Commentaire romand, n. 31 ad art. 102 CO). Il convient ainsi d'admettre que l'attitude générale de la défenderesse indiquait clairement qu'elle n'avait pas l'intention de prendre en charge les frais d'avocat du demandeur. La violation anticipée de l'obligation par la défenderesse doit donc être admise. L'intérêt moratoire est ainsi dû dès le 19 juin 2007 pour l'ensemble du dommage. XI. a) En vertu de l'art. 92 CPC-VD, des dépens sont alloués à la partie qui obtient gain de cause. Ceux-ci comprennent principalement les frais de justice payés par la partie, les honoraires et les débours de son avocat (art. 91 let. a et c CPC-VD). Lorsque aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause, le juge peut réduire les dépens ou les compenser (art. 92 al. 2 CPC-VD). Les frais de justice englobent l'émolument de justice ainsi que les frais de mesures probatoires. Les honoraires d'avocat sont fixés selon le tarif des honoraires d'avocat dus à titre de dépens du 17 juin 1986 (TFJC; RSV 270.11.5). Les débours consistent dans le paiement d'une somme d'argent précise pour une opération déterminée (timbre, taxes, estampilles). . b) Obtenant gain de cause pour l'essentiel de ses prétentions, le demandeur B. _____ a droit à des dépens réduits d'un dixième, à la charge de la défenderesse W. A _____, qu'il convient d'arrêter à 33'450 (trente-trois mille quatre cent cinquante francs), savoir : a) 13'500 fr. à titre de participation aux honoraires de son conseil; b) 675 fr.

pour les débours de celui■ci; c) 19'275 fr. en remboursement de 9/10 de son coupon de justice.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.