Urteilskopf

91 II 25

4. Arrêt de la Ie Cour civile du 16 mars 1965 dans la cause Alex Martin SA contre Association suisse des fabricants de cigarettes.
Regeste (de):
Art. 2, 4, 5 Abs. 1 u. Abs. 2 lit. c, 6 Abs. 1, 23 BG über Kartelle und ähnliche Organisationen (KG), vom 20. Dezember 1962; Art. 28 ZGB, Art. 41 OR.

1. Das KG hat keine rückwirkende Kraft (Erw. 1).

2. Wer Vorkehren trifft, durch die ein Dritter in der Ausübung des Wettbewerbs erheblich behindert wird (Art. 4 KG), hatzu beweisen, dass diese Vorkehren im Sinne von Art. 5 KG ausnahmsweise zulässig sind (Erw. 2).

3. Beispiel eines Kartells, das durch Rationalisierung der Verteilung einer Ware auf der Grosshandelsstufe die Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. c KG anstrebt (Erw. 3).

4. Prüfung der Verhältnismässigkeit der Mittel, die das Kartell zur Erreichung seines als zulässig befundenen Ziels anwendet. Die benachteiligenden Vorkehren sind nur zulässig, soweit sie notwendig sind, um den Zusammenhalt des Kartells zu sichern. Sie sind dagegen unzulässig, wenn sie darüber hinaus darauf abzielen, einen Aussenseiter zu verdrängen oder ihn zu einem mit der Verbandsregelung übereinstimmenden wirtschaftlichen Verhalten zu zwingen, d.h. ihn vom Wettbewerb auszuschliessen (Erw. 4 und 5).

5. Anspruch auf Feststellung der Unzulässigkeit und auf Unterlassung der benachteiligenden Vorkehren (Erw. 6).

Regeste (fr):
Art. 2, 4, 5 al. 1 et al. 2 lettre c, 6 al. 1, 23 LF sur les cartels et organisations analogues du 20 décembre 1962; art. 28 CC et 41 CO.

1. La loi sur les cartels n'a pas d'effet rétroactif (consid. 1).

2. Il appartient à l'auteur de mesures discriminatoires qui entravent un tiers de façon notable dans l'exercice de la concurrence (art. 4 de ladite loi) de prouver que ces mesures sont exceptionnellement licites au regard de l'art. 5 (consid. 2).

3. Exemple d'un cartel qui, en rationalisant la distribution d'une marchandise au stade du commerce de gros, vise à promouvoir une structure souhaitable dans l'intérêt général selon l'art. 5 al. 2 lettre c de la loi sur les cartels (consid. 3).

4. Examen de la proportionnalité des moyens utilisés par le cartel pour atteindre son but, reconnu légitime. Les discriminations ne sont licites que dans la mesure nécessaire pour assurer la cohésion du cartel. Elles sont en revanche illicites si, dépassant cette mesure, elles tendent à évincer un outsider ou à le contraindre d'adopter un comportement économique conforme à la réglementation conventionnelle, c'est-à-dire à l'exclure de la concurrence (consid. 4 et 5).

5. Constatation de l'illicéité et cessation des mesures discriminatoires illicites (consid. 6).

Regesto (it):

Art. 2, 4, 5 cpv. 1 e cpv. 2 lett. c, 6 cpvl., 23 LF del 20 dicembre 1962 su i cartelli e le organizzazioni analoghe; art. 28 CC e art. 41 CO.

1. La legge sui cartelli non ha effetto retroattivo (consid. 1).

2. Spetta all'autore di misure discriminatorie le quali ostacolano notevolmente un terzo nell'esercizio della concorrenza (art. 4 legge citata) provare che tali misure sono, in via eccezionale, lecite ai sensi dell'art. 5 della legge sui cartelli (consid. 2).

3. Esempio di un cartello che, razionalizzando la distribuzione di una merce allo stadio del commercio all'ingrosso, si propone il promuovimento di una struttura desiderabile nell'interesse generale, ai sensi dell'art. 5 cpv. 2 lett. c della legge sui cartelli (consid. 3).

4. Esame della proporzionalità dei mezzi impiegati dal cartello per perseguire il suo scopo, riconosciuto legittimo. Le discriminazioni sono lecite soltanto nella misura in cui sono necessarie per assicurare la coesione del cartello. Sono, invece, illecite se, oltrepassando tale misura, esse mirano a soppiantare un concorrente che non fa parte del cartello o a costringerlo ad adottare un comportamento economico conforme alla regolamentazione convenzionale, vale a dire ad escluderlo dalla concorrenza (consid. 4 e 5).

5. Costatazione dell'illiceità e cessazione delle misure discriminatorie illecite (consid. 6).

Sachverhalt ab Seite 26

BGE 91 II 25 S. 26

A.- Au niveau de la production, le commerce des cigarettes indigènes est dominé par l'Association suisse des fabricants de cigarettes (en abrégé ASFC). Les grossistes spécialistes de la

BGE 91 II 25 S. 27

branche du tabac sont groupés en une autre association. Ils vendent, outre des cigarettes, des cigares et du tabac pour la pipe. En dehors de l'association des grossistes, d'autres organismes occupent une place dans le commerce en gros des cigarettes. Ce sont l'Union suisse des coopératives de consommation, les centrales des sociétés d'achat et certains détaillants spécialistes. En 1956, les groupements de l'industrie et du commerce des cigarettes demandèrent à l'Institut d'organisation industrielle de l'Ecole polytechnique fédérale de leur présenter un programme de réorganisation de la distribution. Ledit institut déposa le 28 février 1957 un rapport dans lequel il montre que la distribution était irrationnelle. La marge commerciale - gros et détail - était plus grande en Suisse qu'en Allemagne, en Hollande et en Belgique, trois pays où le marché est également libre. Les frais de distribution étaient anormalement élevés, parce que fabriques, grossistes et magasins spécialisés se concurrençaient pour livrer aux détaillants. Ceux-ci recevaient des visites de voyageurs de commerce selon une fréquence hors de proportion avec leurs besoins. Ils obtenaient des rabais ou des remises occultes de la part des grossistes, qui se faisaient une concurrence intense. Du moment que le prix de vente au détail est obligatoire et qu'il doit être indiqué sur l'emballage (art. 87 et 94 de l'ordonnance du Conseil fédéral du 30 décembre 1947 réglant l'imposition du tabac), les détaillants profitaient seuls de cette concurrence. Ils jouissaient de la même

marge de rabais, quelle que fût l'importance de leur commande. Il en résultait un émiettement des commandes entre les nombreux voyageurs. Chaque facture comprenait un nombre d'articles très grand pour un montant très faible. Cela provoquait un gaspillage des frais de distribution. Pour remédier à la situation, l'institut proposait diverses mesures de rationalisation, notamment une répartition de la distribution au stade du commerce de gros, une réduction des marges des grossistes, des remises progressives aux détaillants, selon l'importance de leur commandes, la création d'un pool d'une durée provisoire de cinq ans pour faciliter la transition et stabiliser dans une certaine mesure les positions du marché.

B.- En 1958, l'ASFC et l'Association des grossistes spécialistes de la branche du tabac sont convenues d'arrêter une organisation nouvelle du marché de la cigarette, qui est entrée

en vigueur entre le 1er août et le 1er octobre 1958. Elles n'ont pas signé un contrat écrit, mais se sont entendues pour adopter des accords et règlements internes: convention de l'ASFC, règlement d'exécution de cette convention, règlement du commerce de gros de la branche du tabac, règlement de la caisse de compensation du chiffre d'affaires des grossistes de la branche du tabac. Reprenant les principales suggestions de l'institut d'organisation industrielle, la nouvelle organisation comprend, en bref, les mesures décrites ci-après. a) La clientèle a été répartie entre les fabricants et les grossistes. Les fabricants ne livrent plus qu'aux grossistes, aux centrales des sociétés d'achat et aux détaillants spécialisés, définis désormais selon des critères précis arrêtés par l'ASFC. Les grossistes livrent à tous les autres clients. De ce fait, le nombre des clients de l'industrie a diminué (1541 en 1959 contre 2029 en 1957), tandis que la part du chiffre d'affaires total des fabriques de cigarettes qui est réalisée par les grossistes a augmenté (81,54% en 1962 contre 76,21% en 1957). Corrélativement, les marges des grossistes ont été réduites.
b) Le commerce de gros a aboli la marge fixe de 20% sur le prix de vente aux détaillants et introduit une marge progressive de 15 à 22,5% selon le montant de la commande, afin d'amener le détaillant à concentrer ses commandes. Il a restreint les crédits et les délais de paiement accordés jusque-là aux détaillants. c) Les grossistes ont créé une caisse temporaire de compensation du chiffre d'affaires, appelée "pool". C'est un accord de contingentement, assorti d'une bonification aux grossistes qui n'ont pas atteint le contingent et de pénalités pour ceux qui le dépassent. Le quota est calculé selon la part moyenne de chaque grossiste à la distribution de cigarettes en Suisse pour tous les membres du pool. On prit d'abord comme référence la moyenne des années 1955 à 1957, puis le chiffre d'affaires moyen des trois dernières années civiles. La pénalité (3%, puis dès 1961, 3,75%) n'est pas appliquée aux grossistes qui dépassent leur quota de 20%, si leur chiffre d'affaires n'excède pas 500 000 fr., et de 10% s'il n'est pas supérieur à 1 200 000 fr. De plus, le mode de calcul du quota permet à chaque grossiste d'augmenter son chiffre d'affaires dans les mêmes proportions que le total des ventes des fabriques en

Suisse - qui s'est fortement accru depuis 1957 - sans modifier la position respective des membres du pool. Créé pour cinq ans, jusqu'au 31 août 1963, le pool a été prorogé, avec des modifications réglementaires, jusqu'au 31 décembre 1964 en tout cas. d) La caisse de compensation des ducroires, alimentée par des versements des fabricants, supporte la moitié de la remise de 1 à 3% accordée à certains gros acheteurs collectifs (Union suisse des coopératives de consommation, sociétés d'achat, centrales d'achat des grands magasins); l'autre moitié du rabais est supportée par le grossiste vendeur. e) Les membres de l'ASFC consentent aux grossistes

qui ont adhéré au règlement du commerce de gros de la branche du tabac et au réglement de la caisse de compensation du chiffre d'affaires (pool), les avantages suivants: - une remise de 2% sur les prix facturés;
- une bonification dite rabais de fonction de 0,75% à 1,5% sur les prix facturés, selon l'importance du chiffre d'affaires (montant net des factures): de 500 000 à 1 200 000 fr.: 0,75%
de 1 200 000 à 6 000 000 fr.: 1,25%
plus de 6 000 000 fr.: 1,5%.
La caisse de compensation des ducroires, qui est une institution de l'association des grossistes, ne sert ses prestations qu'aux maisons qui y sont affiliées.

C.- En dépit de résistances initiales, la nouvelle réglementation du marché des cigarettes a été adoptée par les grossistes. La quasi-totalité d'entre eux - 129 maisons sur 131 - y ont adhéré. L'une des deux maisons dissidentes, Alex Martin SA, à Fribourg, a repris une entreprise individuelle fondée en 1880, qui faisait à l'origine le commerce de tabac au détail; aujourd'hui, elle exploite principalement un commerce de tabac en gros. Elle n'a pas voulu adhérer au pool, parce que les années 1955 à 1957 prises comme référence initiale étaient très défavorables pour elle. Plus tard, lorsque les trois dernières années civiles furent choisies comme déterminantes, elle exigea que seuls les six derniers mois précédant son entrée dans le pool fussent considérés comme référence. Les pourparlers ayant échoué de ce fait, Alex Martin SA persista dans son refus d'adhérer à la nouvelle réglementation. Elle ne bénéficia par

conséquent jamais de la remise de 2% sur les prix facturés. En revanche, les membres de l'ASFC lui accordèrent tout d'abord le rabais de fonction de 0,75%, puis de 1,25%, vu l'augmentation de son chiffre d'affaires. Ils cessèrent toutefois de le faire à partir du 31 mars 1961, en invoquant la nouvelle convention passée entre eux le 15 décembre 1960. Cette mesure supplémentaire a été prise sous la pression des grossistes. Malgré ses marges de grossiste réduites par les conditions nouvelles du marché et les prix discriminatoires qui lui étaient facturés, Alex Martin SA a continué de faire bénéficier les détaillants des anciennes conditions, à savoir un rabais de 20% quel que soit le montant de la commande. Elle a encore surenchéri sur les rabais accordés aux clients pour paiement comptant. Grâce à sa politique d'expansion, elle a fortement augmenté son chiffre d'affaires, qui a passé d'environ 750 000 fr. en 1957 à plus de 3 500 000 fr. en 1962. Durant le même temps, le chiffre global des ventes de cigarettes indigènes augmentait dans la proportion de trois à cinq, passant de 300 à 500 millions de francs en chiffre rond. Alex Martin SA a produit une expertise privée selon laquelle elle subirait une perte annuelle de l'ordre de 13 à 15 000 fr. si son chiffre d'affaires était demeuré au niveau de 1958; ce rapport concerne toutes les ventes et non la seule branche des cigarettes.

D.- Le 15 décembre 1961, Alex Martin SA fit assigner l'Association des grossistes spécialistes de la branche du tabac en cessation de boycott et en dommages-intérêts devant la Cour d'appel de Berne. Le 16 février 1962, elle déposa une demande contre l'ASFC devant le Tribunal civil de la Sarine, à Fribourg. Dans l'instance bernoise, l'association défenderesse contesta sa responsabilité. Elle prétendit qu'elle n'était pour rien dans les mesures discriminatoires prises envers la demanderesse. Les parties convinrent alors de suspendre le premier procès jusqu'à droit connu sur le second. L'action introduite devant le Tribunal de la Sarine fut portée, en vertu d'une convention des plaideurs, devant le Tribunal fédéral statuant comme juridiction unique.

E.- Par demande du 6 décembre 1962, Alex Martin SA prit contre l'ASFC des conclusions tendant à faire constater que la défenderesse exerce un boycott illicite en interdisant

à ses membres de lui livrer aux mêmes conditions qu'aux signataires du règlement du commerce de gros et du règlement de la caisse de compensation du chiffre d'affaires des grossistes (pool) de la branche du tabac. Elle requit en outre la cessation de ce boycott et l'abstention de toute discrimination future directe ou indirecte. Elle réclama également des dommagesintérêts par 322 106 fr. 10 (montant précisé dans une écriture du 9 janvier 1963), avec intérêt à 5% dès le 6 décembre 1962. Elle réserva ses droits quant à la réparation du dommage postérieur au 31 octobre 1962. L'ASFC, défenderesse, conclut au rejet de l'action.
Le 21 décembre 1962, le Tribunal fédéral déclara la demande recevable au regard de l'art. 41 litt. c OJ (RO 88 II 383). Le juge délégué à l'instruction ordonna une expertise, confiée au Prof. Jean Golay, à Lausanne, qui déposa son rapport le 18 avril 1964. Le 10 novembre 1964, le Tribunal fédéral reconnut à la défenderesse la qualité d'association au sens des art. 60 ss. CC, et partant la capacité d'ester en justice (RO 90 II 333).

Erwägungen

Considérant en droit:

1. La loi fédérale sur les cartels et organisations analogues du 20 décembre 1962 (loi sur les cartels) est entrée en vigueur le 15 février 1964. Elle ne contient pas de règle transitoire. Son art. 23 déclare applicables aux cartels, sauf disposition contraire, les normes du code civil, notamment celles du code des obligations. Il résulte des renvois successifs à l'art. 1er des dispositions finales et transitoires CO et à l'art. 1er Tit. fin. CC que la loi sur les cartels n'a pas d'effet rétroactif.
La conclusion de la demanderesse qui tend à l'allocation de dommages-intérêts pour le préjudice subi jusqu'au 31 octobre 1962 doit être examinée à la lumière du droit ancien. Quant aux conclusions en constatation de l'illicéité et en cessation du boycott, elles doivent être appréciées selon le droit en vigueur au jour du jugement, qui est déterminant (art. 21 al. 3 PCF, cf. LEUCH, n. 1 ad art. 160 PC bernois). Le droit nouveau leur est donc applicable.

2. Les mesures prises d'un commun accord par l'ASFC et par l'Association des grossistes spécialistes de la branche du tabac à l'égard d'Alex Martin SA sont propres à influencer

le marché des cigarettes par une limitation collective de la concurrence. L'ensemble de ces mesures constitue donc un cartel au sens de l'art. 2 de la loi sur les cartels. La demanderesse est la victime de discriminations en matière de prix. Elle paie les marchandises que lui livrent les membres de l'ASFC 2% plus cher que ses concurrents qui ont adhéré à la réglementation de 1958. En outre, elle ne reçoit pas le rabais de fonction de 1,25%,qui correspondrait à son chiffre d'affaires. Elle ne profite pas non plus de la caisse de compensation des ducroires. La marge des grossistes étant de l'ordre de 10%, la différence de prix s'élevant à 3,25% est sensible. Les mesures discriminatoires prises par le cartel à l'égard d'Alex Martin SA tendent à l'entraver notablement dans l'exercice de la concurrence. Elles sont donc en principe illicites, selon l'art. 4 de la loi sur les cartels. Au demeurant, la défenderesse admet expressément que la demanderesse est l'objet d'un boycott. Mais elle prétend qu'il s'agirait d'un boycott d'alignement qui serait justifié par les circonstances qu'elle allègue. L'art. 5 al. 1 de la loi sur les cartels apporte une exception au principe en déclarant licites les entraves à la concurrence justifiées par des intérêts légitimes prépondérants, qui ne restreignent pas la libre concurrence de manière excessive par rapport au but visé ou du fait de leur nature et de la façon dont elles sont appliquées. Le texte légal

cite notamment comme exemple d'intérêts légitimes prépondérants les mesures qui tendent "à promouvoir dans une branche ... une structure souhaitable dans l'intérêt général" (art. 5 al. 2 litt. c de la loi sur les cartels).
Il appartient en l'espèce à la défenderesse, qui a décidé les mesures discriminatoires appliquées par ses membres à la demanderesse, d'apporter la preuve que le boycott est justifié par des intérêts légitimes prépondérants, d'une part, et que les moyens utilisés sont adéquats pour atteindre le but visé, sans être disproportionnés à celui-ci, d'autre part (art. 8 CC; RO 86 II 378).

3. a) La nouvelle réglementation du commerce de gros des cigarettes indigènes impose aux fabricants et aux grossistes une discipline adoptée en vue de mettre fin au gaspillage des frais de distribution qu'entraînait la situation antérieure. Inspirée par les conclusions du rapport de l'Institut d'organisation

industrielle, elle a pour but de rationaliser la distribution. Elle réduit les frais en diminuant le nombre des visites de voyageurs aux clients, en groupant les commandes et en fixant des conditions de crédit unifiées, plus strictes. Elle répartit rationnellement entre les fabricants et les grossistes la distribution des cigarettes au stade du commerce de gros. Elle a réduit les marges des grossistes, mais cette réduction a été compensée par une diminution des frais de distribution. Elle a certes réduit également les marges des détaillants. L'expert a montré cependant de façon convaincante que ceux-ci jouissent encore d'une marge appréciable en comparaison de leurs collègues d'Allemagne, de Belgique et de Hollande, pays connaissant comme le nôtre un marché libre de la cigarette et non un monopole d'Etat. Il estime que des économies supplémentaires pourraient être réalisées au niveau du commerce de détail, en diminuant le nombre des débits - plus élevé en Suisse que dans les trois pays précités - et en rationalisant la vente. Or la réduction de la marge laissée aux détaillants est certainement le moyen le plus efficace de parvenir à ce résultat. Elle ne constitue donc pas un élément critiquable de la nouvelle réglementation.
b) Le maintien de l'état antérieur du marché, qui se caractérisait par une concurrence intense des grossistes allant jusqu'à des remises occultes consenties aux clients, ainsi que des frais de voyageurs, d'expédition et de distribution beaucoup trop élevés en raison de l'émiettement des commandes, aurait probablement fait disparaître plusieurs maisons de gros moyennes ou petites. Si la disparition d'entreprises marginales n'est pas nécessairement un mal du point de vue de l'économie générale, elle présente de graves inconvénients d'ordre social. De plus, elle risquait de conduire à une situation d'oligopole, voire de monopole défavorable aux consommateurs. Il est d'ailleurs nettement plus probable que la pression de la majorité des grossistes, incapables de faire face à un gaspillage grandissant des frais de distribution, aurait provoqué une augmentation des marges, au détriment du consommateur qui aurait dû payer un prix plus élevé. c) Grâce à la nouvelle réglementation du marché de gros, le prix de vente au détail est demeuré stable de 1957 à aujourd'hui, malgré l'augmentation du coût de la matière première et de la main-d'oeuvre, tandis que l'indice général des prix

à la consommation a augmenté de 17% environ. Sans doute l'augmentation globale de la consommation des cigarettes - qui a été de l'ordre de 41% en pièces et de 65% en francs entre 1957 et 1962 - et d'autres facteurs économiques ont-ils aussi joué un rôle. Néanmoins, l'organisation nouvelle du marché a freiné un gaspillage manifeste et contribué de la sorte à éviter une hausse du prix payé par le consommateur. Elle a donc ménagé les intérêts de celui-ci, tout en favorisant les intérêts des fabricants et des grossistes. d) Assurément, l'organisation mise sur pied par le cartel restreint la liberté d'action des grossistes. Le pool, qui est une mesure auxiliaire

nécessaire pour empêcher les maisons les plus importantes d'accroître trop rapidement leur chiffre d'affaires au détriment de concurrents moins puissants sur le marché, restreint fortement les possibilités d'extension des entreprises. Mais la loi sur les cartels ne prétend nullement imposer à des entreprises qui n'en veulent pas un régime de concurrence absolue. Reprenant les conclusions de la Commission d'étude des prix du Département fédéral de l'économie publique, elle s'attache à réaliser le postulat économique de la "concurrence possible". Le législateur a voulu laisser à chacun la faculté de renoncer à certains moyens de concurrence en se liant par des accords cartellaires, d'une part, et permettre à l'entrepreneur désireux de pratiquer la concurrence de le faire librement en ne retenant pour seul critère que sa prestation, d'autre part. Il s'efforce ainsi de conserver dans l'économie les facteurs capables de régulariser et d'atténuer les effets nuisibles des cartels. Parmi les inconvénients à éviter figurent les structures rigides, inappropriées au développement économique, qui sauvegardent des situations acquises au détriment de l'esprit d'initiative. Elles engendrent des pratiques malthusiennes et une sclérose de l'économie qui aboutit, dans les cas extrêmes, à maintenir des entreprises simplement parce qu'elles existent déjà ou à leur assurer un rendement déterminé (Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de loi sur les cartels et les organisations analogues du 18 septembre 1961, FF 1961 II p. 549 ss., notamment p. 556 et p. 584). Du point de vue juridique, le régime économique de la "concurernce possible" sauvegarde la liberté individuelle en permettant au concurrent dissident de résister au cartel qui exercerait une pression économique pour forcer son adhésion ou l'exclure

du marché. Il protège ainsi le droit de la personne au libre exercice de l'activité économique (Message cité, p. 556). Le contingentement relatif institué en l'espèce a le mérite de la souplesse. Il est calculé actuellement en fonction d'une référence mobile donnée par le chiffre d'achat moyen des trois dernières années civiles. Il laisse à chaque grossiste la faculté d'augmenter ses ventes sans pénalité dans la même proportion que s'accroît la consommation globale. De plus, le système des pénalités est adouci par une tolérance de 20%, respectivement 10% du chiffre d'affaires qui ne dépassait pas 500 000 fr., respectivement 1 200 000 fr. durant la période de référence. Il permet ainsi aux petites et moyennes entreprises de se développer sans entrave dans une certaine limite. Grâce à ces divers accommodements, le pool laisse subsister une marge appréciable de concurrence. De l'aveu de la demanderesse, il n'a pas empêché plusieurs maisons de gros conventionnelles d'augmenter notablement leur chiffre d'affaires. Même s'il était prorogé au-delà du 31 décembre 1964, quoique prévu comme une mesure transitoire, le pool continuerait d'assurer utilement, par une contrainte indirecte, le respect de la réglementation, sans restreindre de façon intolérable la liberté des grossistes qui lui ont donné leur adhésion.
e) En bref, la limitation relative de la concurrence imposée par le cartel à ses membres rationalise la distribution. Elle a permis d'économiser des frais inutiles. Elle satisfait les besoins des consommateurs à des conditions relativement meilleures. Elle tend ainsi à "produire un effet acceptable du point de vue économique" (Message cité, p. 585). On doit conclure que la nouvelle organisation du commerce de gros des cigarettes indigènes a créé, de façon encore imparfaite mais en marquant un progrès réel sur l'ancien état de choses, une structure mieux appropriée à l'intérêt général. Elle se justifie dès lors par des intérêts légitimes prépondérants au sens de l'art. 5 al. 2 litt. c de la loi sur les cartels.

4. Le but visé par le cartel étant reconnu légitime, il reste à examiner si les discriminations imposées à la maison Alex Martin SA ne restreignent pas la concurrence de manière excessive par rapport à ce but ou du fait de leur nature et de la façon dont elles sont appliquées. a) La demanderesse est exclue de la caisse de compensation des ducroires. Il s'agit d'une remise de 1 à 3% que les grossistes

accordent à certains gros acheteurs. Comme le relève l'expert, fabricants et grossistes ont dû faire cette concession à quelques acheteurs importants, afin de les gagner comme clients à la nouvelle organisation du marché. La remise est supportée pour moitié par le grossiste vendeur et pour moitié par la caisse de compensation des ducroires, alimentée en fait par les fabricants. Par son origine et par sa fonction, cette caisse fait corps avec l'organisation nouvelle. Il est dès lors parfaitement normal que ses prestations soient réservées aux seuls grossistes qui ont adhéré à la réglementation du marché. Les outsiders qui refusent d'observer les règles conventionnelles n'y ont pas droit. b) Les autres discriminations dont la demanderesse est l'objet sont l'application du prix de fabrique de base - supérieur de 2% à celui qui est facturé aux membres de l'organisation nouvelle - et le refus de la bonification de 0,75% à 1,5% du chiffre d'affaires, dite rabais de fonction. Le cartel qui vise un but reconnu légitime a le droit de prendre les mesures nécessaires pour l'atteindre. Or les grossistes qui ont adhéré à la réglementation du marché se sont imposé des restrictions dans la concurrence. Ils ont adopté des conditions uniformes pour les livraisons aux détaillants. Ils ont constitué un pool qui éponge les bénéfices au-delà d'un certain taux d'expansion. Pour sa part, la demanderesse a usé de son droit en conservant sa liberté. Elle jouit ainsi d'une capacité de concurrence complète. Elle accorde à ses clients des conditions qu'elle estime plus avantageuses pour eux et ne se fait pas faute de le leur rappeler dans ses lettres circulaires. Pratiquant une politique d'expansion coûte que coûte, elle a réussi à quintupler son chiffre d'affaires en cinq ans. Elle a sans doute bénéficié de l'abandon par les fabricants d'une partie de leur clientèle en faveur des grossistes et de la limitation des possibilités de concurrence que le pool représente pour ses adhérents. Si les fabricants livraient à la demanderesse aux mêmes conditions qu'aux grossistes conventionnels, ceux-ci n'auraient plus aucun intérêt à demeurer dans la nouvelle organisation, qui disparaîtrait. Le marché de la cigarette retomberait dans l'anarchie qui le caractérisait avant 1958. La discrimination de prix pratiquée à l'égard de la demanderesse est donc fondée dans son principe. Elle apparaît comme la mesure qui, en soi,

porte l'atteinte la moins grave aux intérêts de l'outsider. Elle lui permet de s'approvisionner sans restriction auprès des entreprises affiliées au cartel et d'utiliser librement sa pleine capacité concurrentielle. De par sa nature, elle ne restreint pas la liberté économique de la demanderesse de manière excessive par rapport au but visé. c) Encore faut-il, pour que le boycott demeure licite, que l'ampleur de la discrimination ne soit pas disproportionnée au but que se propose le cartel. La discrimination pratiquée en matière de prix vise à assurer le maintien de la réglementation, c'est-à-dire la cohésion du cartel. Elle doit faire en sorte que l'outsider qui bénéficie d'une pleine liberté de concurrence ne se trouve pas dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents qui se soumettent à la discipline cartellaire. Il faut que, tous comptes faits, le grossiste n'ait aucun avantage à rejoindre la dissidence. Tant qu'elle demeure dans cette limite, une discrimination en matière de prix n'est pas excessive au sens de l'art. 5 al. 1 de la loi sur les cartels.
En revanche, la discrimination sera excessive si, dépassant la limite ainsi tracée, elle tend à faire en sorte que l'activité de l'outsider ne soit plus rentable, et partant à rendre impossible la continuation de cette activité. Quelque légitime que soit son but, un cartel ne saurait prétendre, ni au nom de l'intérêt particulier des commerçants de la branche, ni même au nom de l'intérêt général, contraindre un outsider à adopter un comportement économique conforme à la réglementation conventionnelle, c'est-à-dire l'exclure de la concurrence. Le cartel s'efforce d'ordonner la lutte concurrentielle en fonction d'intérêts privés. Même s'il produit des effets conformes à l'intérêt général, il ne peut se prévaloir d'une sorte de "suppléance des organes étatiques" pour obtenir l'adhésion forcée d'un concurrent (contra: DESCHENAUX, L'esprit de la loi fédérale sur les cartels..., Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, p. 220). L'entrave à la concurrence justifiée par des intérêts légitimes n'est licite que dans la mesure où elle respecte le droit de la personne au libre exercice de l'activité économique, qui est l'expression juridique du postulat économique de la "concurrence possible" voulue par le Iégislateur (cf. consid. 3 d ci-dessus). Dans un régime de liberté économique, ni l'Etat,

ni a plus forte raison les

BGE 91 II 25 S. 38

associations privées ne peuvent obliger une personne à conformer son comportement en affaires à d'autres règles que celles de la loi (RO 86 II 370). La demanderesse a le droit de conserver sa liberté économique, même si l'usage qu'elle en fait n'est pas rationnel. Sont dès lors illicites les mesures qui, dépassant le degré nécessaire pour assurer la cohésion du cartel, tendraient à évincer un outsider ou, ce qui revient au même, à le contraindre à adhérer au cartel. De telles mesures seraient aussi graves pour le concurrent visé qu'un refus pur et simple des livraisons, devant lequel la défenderesse a sagement reculé. d) Il est vrai qu'une discrimination limitée au degré nécessaire pour assurer la cohésion du cartel risque de provoquer, selon les circonstances économiques, la ruine de l'outsider. Mais elle ne deviendrait pas illicite de ce fait (cf. RO 76 II 287 consid. 3). L'art. 6 al. 2 in fine de la loi sur les cartels, qui autorise le juge à ordonner l'admission du boycotté qui le demande dans le cartel, offre une issue qui permet à la victime d'une pareille discrimination de sauvegarder son existence économique. Les entraves à la concurrence proportionnées au but légitime visé par un cartel demeurent licites, en dépit des effets pernicieux qu'ils auraient pour l'outsider. Il n'est donc pas nécessaire de se déterminer sur l'allégation de la demanderesse, selon laquelle la discrimination dont elle est l'objet conduirait à sa ruine.

5. Jusqu'au 1er avril 1961, la discrimination pratiquée envers la demanderesse a consisté uniquement dans l'application de prix de fabrique de 2% supérieurs à ceux qui étaient facturés aux grossistes conventionnels. A partir de cette date, les fabricants ont en outre cessé de lui consentir le rabais de fonction. Cette mesure représente pratiquement une différence de prix supplémentaire de 1,25%, vu le chiffre d'affaires d'Alex Martin SA La marge brute des grossistes étant de l'ordre de 10%, la différence globale de 3,25% réduit cette marge d'environ un tiers. a) Les deux mesures discriminatoires sont de même nature. Elles consistent l'une et l'autre dans une réduction de prix. Selon l'expert, la différence de 2% compense les obligations et les charges assumées par les grossistes conventionnels, dont les outsiders sont libérés. La bonification sur le chiffre d'affaires dite rabais de fonction ne correspond pas à un avantage que

BGE 91 II 25 S. 39

le grossiste accorderait au fabricant, par exemple en faisant des commandes plus importantes. Celles-ci diminueraient les frais de distribution et de stockage, voire le loyer de l'argent immobilisé. Elles transféreraient au grossiste une part des charges qui sans cela resteraient au fabricant. L'outsider qui rendrait le même service à celui-ci pourrait alors prétendre à la remise compensatoire. Mais le rabais de fonction est calculé indépendamment du montant de chaque commande. Il dépend uniquement du chiffre d'affaires global des achats faits par chaque grossiste conventionnel auprès de la totalité des fabricants. Il représente donc un avantage consenti aux grossistes importants. Peut-être les fabricants ont-ils jugé conforme à leur intérêt de réduire le nombre des maisons de gros en éliminant progressivement les petits grossistes. Peut-être ont-ils dû faire ici encore une concession aux grossistes importants, pour les gagner à leurs projets de rationalisation. Quoi qu'il en soit, la demanderesse ne saurait prétendre au rabais de fonction en raison de la nature de celui-ci. Seul le montant de la discrimination doit être considéré. b) Pour une maison réalisant un chiffre d'affaires du même ordre que la demanderesse entre 1959 et 1962 (1,5 million de francs en 1959, 2,5 millions en 1960, 3,32 millions en 1961 et 3,5 millions en 1962), un calcul schématique montre qu'une différence de prix de 3,25% sur tous les achats représenterait plus du double de la pénalité de 3,75% qu'un grossiste conventionnel devrait payer au pool pour le dépassement de son quota, s'il augmentait son chiffre d'affaires dans la même mesure. En outre, la discrimi-

nation est aggravée par le fait que la différence de prix s'applique à la valeur globale de tous les achats effectués chaque année, sans égard à l'augmentation du chiffre de vente global des cigarettes - environ 12% par an durant la période considérée - qui échappe à toute pénalité. Elle ne souffre aucune marge de tolérance, contrairement aux pénalités du pool. Elle subsiste même si le chiffre d'affaires se stabilise, comme cela est à prévoir pour un outsider dont l'expansion ne sera pas continue, tandis que les pénalités cesseraient, grâce au système des références mobiles qui est à la base du contingentement relatif institué par le pool. Toujours selon un calcul schématique, une discrimination limitée à la différence de 2% sur les prix de fabrique diminuerait

certes l'écart entre l'outsider et le grossiste conventionnel. Elle permettrait néanmoins au second de dépasser son quota dans une mesure nettement plus grande que l'accroissement du chiffre d'affaires de l'outsider, jusqu'à ce que la pénalité à payer au pool atteigne le même montant que la différence de prix. La différence apparaîtrait de façon plus nette encore si l'on tenait compte de l'augmentation globale des ventes et de la tolérance qui adoucit le système des pénalités. Une discrimination aussi marquée se révèle amplement suffisante pour assurer la cohésion du cartel. c) Il est vrai que les grossistes qui ont adhéré au règlement cartellaire se sont engagés non seulement à participer au pool qui restreint leurs possibilités d'expansion, mais encore à imposer des conditions de vente déterminées à leur clientèle. Toutefois, l'outsider ne peut user de sa liberté qu'en accordant des conditions plus favorables aux détaillants et en développant son appareil de prospection. Il assume ainsi des charges qui diminuent encore sa marge déjà réduite, tandis que la compression des frais résultant du nouvel ordre du marché a amélioré la situation des grossistes conventionnels, même des petits grossistes.
d) Sans doute doit-on laisser au cartel qui vise un but légitime et assure sa cohésion par des moyens adéquats, tels qu'une discrimination en matière de prix, une certaine latitude dans l'ampleur de la mesure qu'il a choisi d'appliquer. Le degré de la discrimination nécessaire sera difficile à déterminer d'emblée. Le pronostic peut être déjoué par des circonstances imprévues. Le souci d'un effet préventif, voire d'une intimidation à l'égard des membres du cartel, ne doit pas être négligé. En l'espèce, cependant, les fabricants et les grossistes conventionnels ont jugé tout d'abord que la différence de prix de 2% suffirait à assurer la cohésion et l'efficacité du cartel. Leur prévision s'est réalisée puisque 129 grossistes sur 131 ont adhéré à la réglementation nouvelle. Pendant deux ans et demi, seule cette mesure a été appliquée. Bien que la demanderesse ait presque triplé son chiffre d'affaires durant ce temps, la cohésion du cartel n'a pas été ébranlée. La défenderesse elle-même n'a pas allégué que l'expansion d'Alex Martin SA exerçât une attraction sur certains grossistes conventionnels. e) L'expert estime qu'en jouissant du rabais de fonction, la demanderesse obtiendrait une situation qui se rapprocherait

par trop de celle des petits grossistes qui ont adhéré au cartel. Le calcul schématique démontre cependant que, même réduite à 0,75% (dans le cas du grossiste conventionnel réalisant un chiffre d'affaires inférieur à 500 000 fr., qui ne reçoit aucune bonification), la différence de prix qui subsiste au détriment de l'outsider demeure appréciable. La même différence de traitement existe d'ailleurs entre les grands et les petits grossistes à l'intérieur du cartel. En effet, le système du rabais de fonction variant de 0 à 1,25%, institué par la défenderesse, favorise incontestablement les grossistes importants.
f) Assurément, la demanderesse a conquis le droit au rabais de fonction en augmentant son chiffre d'affaires grâce à son indiscipline. On ne peut cependant la pénaliser en lui refusant la bonification par ce motif. Le commerce des cigarettes étant libre, aucun grossiste ne peut être contraint à observer d'autres règles que cel-

les de la loi. Mais la loi sur les cartels sauvegarde justement la liberté des entreprises. Elle interdit de forcer une entreprise indépendante à adhérer à un cartel, même si celui-ci se propose un but légitime en instituant un ordre désirable dans l'intérêt général. Si l'on admettait d'autres mesures de contrainte que celles qui sont nécessaires pour assurer la cohésion du cartel, on abandonnerait l'économie de libre marché pour verser dans une économie dirigée, non par l'Etat, mais par des associations privées. Or le législateur a rejeté cette solution. g) Selon l'appréciation de l'expert, le refus du rabais de fonction est une mesure discriminatoire "utile et équitable, sinon nécessaire pour assurer le respect de la réglementation". Toutefois, la différence de 2% sur le prix de fabrique suffit pour atteindre ce but. La discrimination supplémentaire appliquée par les fabricants à partir du 1er avril 1961 n'était pas indispensable pour maintenir la cohésion du cartel. Elle semble plutôt répondre au désir des grossistes d'évincer ou d'assujettir l'un des rares outsiders, dont la dissidence ne compromet pas l'ordre du marché tel qu'ils l'entendent. Il faut conclure qu'en l'état, la défenderesse n'a pas apporté la preuve que la suppression du rabais de fonction accordé à la demanderesse fût nécessaire pour maintenir la cohésion du cartel. Cette discrimination supplémentaire est donc illicite.

6. La conclusion 1 de la demande, qui tend à la constatation de l'illicéité du boycott, doit être admise en application

de l'art. 6 al. 1 de la loi sur les cartels, mais seulement dans la mesure où elle vise la suppression du rabais de fonction. Elle est mal fondée pour le surplus. La conclusion 2, qui tend à la cessation du boycott, subira le même sort, en vertu de la disposition légale précitée. Par ses conclusions 3 et 4, la demanderesse requiert que la défenderesse soit condamnée à faire en sorte que ses membres s'abstiennent à l'avenir de toute discrimination directe ou indirecte envers elle et qu'ils lui livrent des marchandises sans entrave. Il est douteux qu'une requête formulée de façon aussi large et imprécise remplisse les conditions posées par la jurisprudence pour que le tribunal déclare certains actes prohibés (cf. RO 56 II 437 et 84 II 457). Quoi qu'il en soit, elle est excessive. L'admission des conclusions 1 et 2 dans la mesure définie ci-dessus donne satisfaction à la demanderesse, autant que son action est fondée.

7. La conclusion 5 en paiement de dommages-intérêts pour le préjudice subi du 1er octobre 1958 au 31 octobre 1962, doit être examinée à la lumière du droit ancien. Les règles dégagées par la jurisprudence sur la base des art. 28 CC et 41 ss. CO, qui sont applicables en l'espèce, ne diffèrent pas du droit nouveau. Le Tribunal fédéral a jugé en effet que le boycott est en principe illicite; il n'est cependant pas contraire au droit s'il tend à défendre des intérêts légitimes manifestement prépondérants; les mesures discriminatoires utilisées comme moyen pour atteindre un but reconnu légitime ne sont toutefois licites que dans la mesure où elles ne sont pas disproportionnées à ce but; la preuve des faits propres à conférer un caractère licite au boycott incombe à l'auteur de celui-ci (RO 86 II 365 et, pour la proportionnalité des moyens, arrêts antérieurs cités). Au regard de la jurisprudence, la mesure discriminatoire consistant à refuser le rabais de fonction à la demanderesse doit être déclarée illicite par les motifs exposés plus haut (cf. consid. 5). Selon l'art. 41 CO, auquel renvoie l'art. 28 CC, l'auteur d'un acte illicite ne peut être condamné à payer des dommagesintérêts que s'il a commis une faute. La défenderesse a pris volontairement les mesures discriminatoires appliquées à la demanderesse; elle était consciente des effets dommageables de ses actes; elle a voulu ce résultat. En droit civil, la faute ne suppose pas que l'auteur ait eu

conscience du caractère illicite de son acte (RO 82 II 317; sic: OSER-SCHÖNENBERGER, n. 60 ad art. 41 CO et BECKER, n. 91 ibid.; contra: VON TUHR/SIEGWART, § 47 I p. 365). La défenderesse connaissait d'ailleurs la jurisprudence rappelée ci-dessus, à laquelle elle s'est référée dans sa lettre du 27 février 1961 à l'association des grossistes. Sachant que la discrimination est en principe illicite, elle devait examiner les circonstances de façon approfondie, avec objectivité et prudence, puis s'abstenir de toute mesure excédant le degré nécessaire pour atteindre le but du cartel (RO 81 II 128 consid. 5).
Le montant de l'indemnité sera calculé sur la base du chiffre d'affaires articulé par la demanderesse, qui est inférieur à celui que la défenderesse allègue pour la même période du 1er avril 1961 au 31 octobre 1962. Sur la base d'un rabais de fonction de 1,25%, la discrimination illicite représente une somme de 73 413 fr. 10. L'intérêt à 5% l'an doit être alloué à la demanderesse, qui le réclame dès le 6 décembre 1962, date à laquelle elle a déposé sa demande. La réparation du dommage postérieur au 31 octobre 1962 est réservée.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
Admet partiellement la demande, en ce sens que:
a) La discrimination en matière de prix dont Alex Martin SA est l'objet de la part des membres de l'Association suisse des fabricants de cigarettes est illicite dans la mesure où est refusé à Alex Martin SA le bénéfice de la bonification, de 0,75% à 1,5%, prévue par l'art. 13 de la convention conclue entre les membres de l'Association suisse des fabricants de cigarettes le 15 décembre 1960. b) L'Association suisse des fabricants de cigarettes est tenue d'inviter ses membres à accorder avec effet immédiat à Alex Martin SA la bonification susdite. c) L'Association suisse des fabricants de cigarettes est débitrice de Alex Martin SA de la somme de 73 413 fr. 10 avec intérêt à 5% dès le 6 décembre 1962.