Urteilskopf

94 II 329

49. Arrêt de la Ire Cour civile du 5 novembre 1968 dans la cause Rentchnick contre Compagme britannique et américaine de tabacs SA et consorts.
Regeste (de):
Art. 4 und 5 Kartellgesetz (KG).

1. Benachteiligung in den Preisen oder Bezugsbedingungen im Sinne von Art. 4 KG liegt vor, wenn ein Kartell für die gleiche Leistung aus Gründen, die mit dem Gegenstand des Geschäftes als solchem nichts zu tun haben, verschiedene Preise und Bezugsbedingungen festsetzt (Erw. 2).

2. Eine Vorkehr eines Kartells ist objektiv geeignet, einen Dritten in der Ausübung des Wettbewerbs erheblich zu behindern (Art. 4 Abs. 1 KG), wenn im konkreten Fall die Benachteiligung fühlbar genug ist, um das wirtschaftliche Verhalten des Betroffenen zu beeinflussen, d.h. um seine Freiheit in der Gestaltung seiner wirtschaftlichen Tätigkeit zu beschränken (Erw. 3 u. 4).

3. Das Kartell hat die Tatsachen zu beweisen, die den Richter zu überzeugen vermögen, dass die benachteiligenden Vorkehren ausnahmsweise durch überwiegende schutzwürdige Interessen im Sinne von Art. 5 KG gerechtfertigt sind; diese Bestimmung ist eng auszulegen. Bei der Entscheidung darüber, ob ein Kartell die Förderung einer im Gesamtinteresse erwünschten Struktur eines Wirtschaftszweiges (Art. 5 Abs. 2 lit. c KG) bezweckt, sind die besonderen Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen; der blosse Hinweis auf Präzedenzfälle genügt nicht (Erw. 5 u. 6).

Regeste (fr):
Art. 4 et 5 LF sur les cartels et organisations analogues (L. cart.).

1. Il y a discrimination en matière de prix ou de conditions d'achat, au sens de l'art. 4 L. Cart., lorsqu'un cartel fixe des prix différents ou des conditions différentes pour la même prestation, sur la base de considérations étrangères à l'objet direct du marché (consid. 2).

2. Une mesure prise par un cartel est objectivement de nature à entraver notablement un tiers dans l'exercice de la concurrence (art. 4 al. 1 in fine L. cart.) si, dans le cas concret, la discrimination est assez sensible pour affecter, directement ou indirectement, le comportement économique de la personne visée, c'est-à-dire pour limiter sa liberté dans l'organisation de son activité économique (consid. 3 et 4).

3. Il appartient au cartel d'apporter la preuve de faits qui permettent au juge de se convaincre qu'exceptionnellement, les mesures discriminatoires se justifient par des intérêts légitimes prépondérants au sens de l'art. 5 L. cart., disposition qui doit être interprétée strictement. Pour juger si un cartel vise à promouvoir une structure souhaitable dans l'intérêt général (art. 5 al. 2 lettre c L. cart.), il faut examiner les faits propres à chaque situation concrète; il ne suffit pas de se référer à des précédents (consid. 5 et 6).

Regesto (it):
Art. 4 e 5 LF sui cartelli e le organizzazioni analoghe (LCart.).

1. C'è discriminazione in materia di prezzi o di condizioni d'acquisto ai sensi dell'art. 4 LCart., quando un cartello stabilisce prezzi o condizioni differenti per la medesima prestazione, sulla base di considerazioni estranee all'oggetto diretto del mercato (consid. 2).

2. Una misura presa da un cartello è oggettivamente propria ad ostacolare notevolmente un terzo nell'esercizio

della concorrenza (art. 4 cpv. 1 in fine LCart.) se, nella fattispecie, la discriminazione è abbastanza sensibile per influenzare, direttamente o indirettamente, il comportamento economico del concorrente colpito, vale a dire per limitarne la libertà nell'organizzazione della sua attività economica (consid. 3 e 4).

3. Spetta al cartello provare i fatti che permettono al giudice di convincersi che, eccezionalmente, le misure discriminatrici sono giustificate da interessi legittimi preponderanti ai sensi dell'art. 5 LCart.; questa norma va interpretata in senso stretto. Per giudicare se un cartello mira a promuovere una struttura desiderabile nell'interesse generale (art. 5 cpv. 2 lett. c LCart.), bisogna esaminare i fatti propri ad ogni situazione concreta; non basta riferirsi a precedenti (consid. 5 e 6).

Sachverhalt ab Seite 330

BGE 94 II 329 S. 330

A.- Jacques Rentchnick est négociant en tabacs à Genève. Il vend notamment des cigarettes fabriquées par quatre sociétés anonymes qui ont leur siège dans le canton de Genève, à savoir la Compagnie britannique et américaine de tabacs SA, extension suisse, la SA Ed. Laurens, "Le Khédive", extension suisse, la SA United Cigarettes Company Ltd et Tabatex SA Ces quatre sociétés sont membres de l'Association suisse des fabricants de cigarettes (en abrégé: ASFC), à Fribourg. Au niveau de la production, le commerce des cigarettes indigènes est dominé par l'ASFC. Les grossistes spécialistes de la branche du tabac se sont groupés également en une association. En dehors de celle-ci, d'autres organismes font le commerce de gros des cigarettes. Ce sont notamment les centrales des sociétés d'achat et l'Union suisse des coopératives de consommation. Jusqu'en 1958, les fabricants, les grossistes et certains magasins spécialisés se concurrençaient pour livrer aux détaillants. En 1958, l'ASFC et l'Association des grossistes spécialistes de la branche du tabac sont convenues d'une nouvelle réglementation du marché sur la base d'un projet établi par l'Institut d'organisation industrielle de l'Ecole polytechnique fédérale.

BGE 94 II 329 S. 331

En vertu de cet accord, 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". Ceux-ci sont définis désormais selon des critères précis arrêtés par l'ASFC d'entente avec les grossistes. Ils sont ravitaillés directement par les fabricants au prix dit de fonction. Jusqu'au début de l'année 1967, l'ASFC exigeait du "détaillant-spécialiste" a) qu'il réalise un chiffre d'affaires minimal par la vente de cigarettes; b) qu'il vende principalement des articles de la branche du tabac et qu'il aménage son local en conséquence; c) qu'il limite la vente du "mi-gros" à la quantité vendue en 1957 et qu'il réserve cette vente aux cafetiers-restaurateurs et aux hôteliers, à l'exclusion de tous autres revendeurs. Il y a en Suisse environ 1350 "détaillants-spécialistes" et environ 120 000 détaillants ravitaillés par les grossistes. Rentchnick prétend que, dès le début de l'année 1967, la limitation de la vente du "mi-gros" a été abolie. Les défenderesses et intimées le contestent, soutenant que le principe de la limitation a été maintenu, mais qu'il n'est plus appliqué strictement. Les juges du fait n'ont pas élucidé ce point. Refusant de se soumettre aux conditions requises du "détaillant-spécialiste", Rentchnick n'obtient plus delivraisons directes des quatre fabricants susnommés. Il doit se procurer les cigarettes de leur fabrication par l'intermédiaire des grossistes et ne bénéficie plus des prix de fabrique.

B.- Par exploit du 30 mars 1967, Rentchnick a assigné devant la Cour de justice du canton de Genève la Compagnie britannique et américaine de tabacs SA, extension suisse, la SA Ed. Laurens, "Le Khédive", exten-

sion suisse, la SA United Cigarettes Company Ltd et Tabatex SA Fondé sur la loi fédérale du 20 décembre 1962 sur les cartels et organisations analogues (LCart.), le demandeur conclut à ce qu'il plaise à la cour: a) déclarer illicite le refus par les défenderesses de ravitailler directement le demandeur en cigarettes de leur fabrication; b) enjoindre aux défenderesses de reprendre leurs livraisons au demandeur "au prix de fabrique de fonction", sous la menace de l'application de l'art. 292 CP; c) condamner solidairement les défenderesses à payer au

demandeur une indemnité de 23 713 fr. 25 avec intérêt à 5% dès le 1er janvier 1965 pour le dommage qu'elles lui ont causé dès le 1er mars 1963, les droits du demandeur étant réservés pour le dommage postérieur au 31 décembre 1966. Le demandeur a porté ultérieurement ses conclusions pécuniaires à 66 508 fr. 95 avec intérêt à 5% dès le 1er janvier 1965. Il a réclamé en outre une somme de 10 000 fr. avec intérêt à 5% dès le 15 février 1964 à titre de réparation du tort moral. Il a requis également une astreinte de 100 fr. par jour de retard dans la reprise des livraisons. Rentchnick a intenté aux défenderesses, devant le Tribunal de première instance de Genève, une autre action, fondée sur les art. 28 CC et 41 CO, concernant le préjudice antérieur à l'entrée en vigueur de la loi sur les cartels (15 février 1964). Il offre d'imputer sur l'indemnité qui lui sera allouée dans la présente cause la somme qui lui sera payée en vertu du jugement rendu dans l'autre procès. A l'appui de ses conclusions, le demandeur allègue que la signature du "bulletin d'engagement" exigé des "détaillantsspécialistes" restreindrait sa liberté. Il se prétend victime d'un boycott, attendu que les mesures arrêtées par l'ASFC et appliquées par les défenderesses l'obligent à se ravitailler par l'entremise des grossistes et que sa marge de bénéfice est ainsi réduite. Il voit aussi une discrimination dans le fait que, selon les décisions de l'ASFC, les fabricants fournissent directement, et sans exiger d'eux aucun engagement, de gros clients tels que la centrale d'achats USEGO, la société Kiosk AG, les fédérations de sociétés coopératives (U.S.C. et S.C.S.C.), comme aussi dans le fait que certains grossistes, approvisionnés au prix de fabrique, exploitent des magasins de détail. Les défenderesses ont conclu au rejet de la demande. Elles contestent que le demandeur soit l'objet d'une discrimination. Subsidiairement, elles invoquent des intérêts légitimes prépondérants.

C.- Statuant le 10 mai 1968, la Première Chambre de la Cour de justice du canton de Genève a débouté Rentchnick de ses conclusions. Ce jugement est motivé, en bref, comme il suit: Les mesures dont se plaint le demandeur sont prises en vertu d'un accord entre l'ASFC et l'Association des grossistes. Cette entente constitue un cartel au sens de l'art. 2 LCart. En revanche, le demandeur n'a pas établi que le privilège reconnu aux détaillants

spécialistes ait mis en danger ou même entravé notablement son "existence économique", pas plus que celle des 120 000 détaillants ordinaires de Suisse. C'est parce qu'il y voit son intérêt que Rentchnick refuse de signer le bulletin d'engagement. Le seul fait que, comme n'importe quel autre détaillant, il doive choisir entre les avantages attachés à la position de détaillant spécialiste ou de détaillant ordinaire et ne puisse cumuler ces avantages, ne constitue pas une entrave à la concurrence au sens de l'art. 4 LCart. Au demeurant, même si les mesures incriminées tombaient sous le coup de l'art. 4 LCart., elles bénéficieraient de l'exception statuée par l'art. 5 de la loi. Se référant à l'arrêt Alex Martin SA c. ASFC du 16 mars 1965 (RO 91 II 25), la cour cantonale constate que la répartition des ventes entre les fabricants et les grossistes, destinée à assainir les méthodes de distribution, est une mesure visant à promouvoir une structure souhaitable dans l'intérêt général. La discrimi-

nation n'est pas excessive par rapport au but de la réglementation. Rentchnick se trouve dans la même situation que les 120 000 détaillants ordinaires établis en Suisse. Et le fait que la marge du grossiste s'ajoute au prix payé par le détaillant est normal. L'argument tiré de la livraison aux grandes centrales d'achat n'est pas concluant. Tout comme les grossistes, ces organismes assument en effet les frais de la distribution aux différents points de vente. Quant aux grossistes qui exploitent eux-mêmes un commerce de détail, on en dénombre 15 en Suisse, dont un seul à Genève. Pour critiquable que soit la discrimination dont ils bénéficient, leur nombre est si restreint qu'ils ne peuvent pas exercer une influence notable sur les règles normales de la concurrence.

D.- Contre ce jugement, Rentchnick recourt en réforme au Tribunal fédéral. Il persiste dans ses conclusions. A titre subsidiaire, il conclut à l'annulation du jugement déféré, en vertu de l'art. 64 OJ, et au renvoi de la cause à l'autorité cantonale en vue de déterminer le montant de son préjudice. Les intimées concluent au rejet du recours.

Erwägungen

Considérant en droit:

1. Les faits allégués par les parties et qui ne sont pas constatés dans le jugement déféré, notamment leurs démonstrations

avec chiffres à l'appui, sont des allégations nouvelles, irrecevables dans la procédure de recours en réforme (art. 55 al. 1 lettre c et 63 al. 2 OJ).

2. Selon l'art. 4 LCart., sont illicites les mesures prises par un cartel, telles notamment "l'interdiction ... de livrer des marchandises ..., les discriminations en matière de prix ou de conditions d'achat ..., lorsqu'elles visent à écarter des tiers de la concurrence ou à les entraver notablement dans l'exercice de celle-ci". a) Le refus des intimées de livrer leurs cigarettes au recourant au prix de fabrique est la manifestation d'un accord qui lie les associations de fabricants et de grossistes. Avec raison, les parties ne contestent pas que cet accord constitue un cartel au sens de l'art. 2 de la loi. b) L'interdiction de livrer des marchandises, tout comme les discriminations en matière de prix ou de conditions d'achat, est une mesure qui tombe sous le coup de l'art. 4 LCart. dès qu'elle apparaît discriminatoire, c'est-à-dire lorsque le cartel accorde à certains concurrents un avantage qu'il refuse aux autres. Il serait licite, au regard de l'art. 4 LCart., que des fabricants refusent de façon générale tel mode de livraison, par exemple qu'ils refusent de livrer au détail, et partant de vendre leurs produits directement aux détaillants. Il est ainsi loisible à un cartel ou à une organisation analogue de se borner à livrer en gros. Le refus de livrer selon d'autres modalités n'est pas prohibé par l'art. 4 LCart. tant que les livraisons en gros sont consenties à tout acheteur qui en accepte les conditions générales, c'est-à-dire des conditions fixées sans égard au fait que cet acheteur soit affilié ou non à une association et quelle que soit la façon dont il organise la revente. De même, les "discriminations en matière de prix ou de conditions d'achat" supposent que le cartel fixe des prix différents ou des conditions différentes pour la même prestation, sur la base de considérations étrangères à l'objet direct du marché. En revanche, des différences de prix qui trouvent leur contrepartie dans un service de l'acheteur, tel que la distribution ou le transport de marchandises, ou encore un ducroire, ne constituent pas une "discrimination" au sens de l'art. 4 LCart. c) En l'espèce, l'organisation cartellaire dont les intimées font partie refuse au recourant la livraison directe de cigarettes par les fabricants et l'oblige à s'approvisionner chez les grossistes,

à des conditions plus onéreuses. Elle agit de la sorte parce que Rentchnick refuse lui-même de souscrire des engagements relatifs à l'organisation de son commerce, à la part faite dans l'aménagement de ses magasins à l'exposition des articles de la branche et, surtout, à la limitation de certaines ventes (mi-gros). Le refus de la livraison directe par les intimées a ainsi pour cause le refus du recourant de se conformer à certaines règles de conduite au sujet de l'utilisation et de la revente des marchandises. Il s'agit donc d'une mesure discriminatoire qui tombe sous le coup de l'art. 4 LCart.
d) Sans doute certaines des conditions imposées peuventelles, du point de vue des fabricants, trouver une justification dans une promotion des ventes que le commerçant spécialiste assure mieux que ses concurrents. Il est concevable en effet que, grâce à leurs connaissances particulières et par le fait qu'ils vendent exclusivement ou principalement des articles de la branche, les détaillants spécialistes favorisent une distribution plus large et meilleure des produits fabriqués. Mais cet élément doit être examiné au titre des intérêts légitimes prépondérants qui, selon l'art. 5 LCart., justifient exceptionnellement des entraves à la concurrence.

3. Les mesures prises par un cartel ne sont illicites que "lorsqu'elles visent à écarter des tiers de la concurrence ou à les entraver notablement dans l'exercice de celle-ci" (art. 4 al. 1 in fine LCart.). a) Le terme "visent" ne signifie pas que le législateur ait posé une condition subjective. Point n'est besoin que la mesure incriminée procède d'une intention déterminée de son auteur. Il faut et il suffit qu'objectivement, la mesure en question soit de nature à entraver la concurrence (RO 91 II 316, consid. 3). Tel est le cas du refus de livrer des cigarettes au recourant au prix de fabrique. b) L'entrave à la concurrence n'est illicite en vertu de l'art. 4 LCart. que si elle est notable. En dépit des critiques formulées par la doctrine (cf. par exemple DESCHENAUX, La nouvelle jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de boycott et l'avant-projet de loi sur les cartels, Wirtschaft und Recht 1961, p. 137 ss., notamment 148), le législateur a introduit délibérément cette exigence en considérant que "l'entrave de peu d'importance qui n'influe pas profondément sur l'activité d'un outsider" ne tombe pas sous le coup de l'art. 4 LCart. (cf.

Message du Conseil fédéral du 18 septembre 1961, FF 1961 II 549 ss., 577; DESCHENAUX, RDS 1968 I 85). Dans l'arrêt Miniera A. G. (RO 90 II 512, consid. 8), confirmé sur ce point par l'arrêt Sessler (RO 91 II 318, consid. 3 in fine), le Tribunal fédéral a relevé que, par sa nature même, l'atteinte aux droits de la personnalité sur laquelle est fondée la prohibition du boycott ne peut résulter que d'une entrave d'une certaine intensité à la liberté économique. Il a dénié la qualité de "notable" à une entrave passagère ou si légère qu'elle n'entraîne que des inconvénients de peu d'importance. Dans l'arrêt Sessler, il a jugé qu'une discrimination qui se traduisait par une diminution de 3‰ du gain brut de l'intéressé ne constituait pas une entrave notable à la concurrence (RO 91 II 319 ss., consid. 4). Cette jurisprudence a été critiquée par MERZ (RJB 1967 p. 18 ss. et Das schweizerische Kartellgesetz, Berne 1967, p. 44), qui s'insurge contre le recours à un critère quantitatif pour apprécier le caractère notable de l'entrave. Pour cet auteur, toute atteinte à la liberté de concurrence, légère ou non, lèse les droits de la personnalité, et partant est illicite; l'entrave est notable dès que la victime a un intérêt juridique à en demander la suppression. Peut-être l'arrêt Sessler a-t-il étendu quelque peu le champ des mesures permises, sans tenir suffisamment compte de l'hypothèse, d'ailleurs non réalisée, d'une pluralité d'entraves minimes en soi, mais dont l'accumulation peut peser lourdement (cf. MERZ, Das schweizerische Kartellgesetz, p. 44 s.). Quoi qu'il en soit, le juge ne saurait s'affranchir du critère quantitatif qui résulte du texte légal (cf. dans ce sens SCHÜRMANN, Bundesgesetz über Kartelle und ähnliche Organisationen, p. 70

s.). En revanche, l'art. 4 LCart. doit être interprété selon le principe fondamental de la loi, qui repose sur le respect du droit à la libre concurrence conçu comme une liberté personnelle. Aussi bien, toute entrave à cette liberté doit-elle en principe être qualifiée de notable, à moins qu'elle ne soit si légère qu'elle n'entraîne que des inconvénients de peu d'importance, lesquels n'auraient aucune portée pratique sur la liberté de décision de l'intéressé, qui est au fond le bien protégé. Comme le relève DESCHENAUX (RDS 1968 I 85), l'interprétation du terme "notable" doit être prudente. Le juge sera attentif aux répercussions d'une discrimination en soi minime

sur la liberté d'action de la personne visée, sur la structure et le développement de son entreprise. Peu importe, notamment, que, malgré la discrimination, le commerce de l'outsider n'ait pas été ruiné, mais qu'il ait pu se développer favorablement (arrêt Giesbrecht, RO 86 II 365 ss., 380, consid. 5 a). Il appartient au juge saisi d'une action intentée par la victime de mesures prises par un cartel ou une organisation analogue de constater en quoi consiste la discrimination et de rechercher si, dans le cas concret, cette discrimination est assez sensible pour affecter, directement ou indirectement, le comportement économique du demandeur, pour limiter sa liberté dans l'organisation de son activité économique. Dans l'affirmative, la discrimination est notable au sens de l'art. 4 LCart.

4. Selon le jugement déféré, le recourant n'a pas établi que, du fait de l'avantage reconnu aux détaillants spécialistes - qui ne sont que 1350 - "l'existence économique" des 120 000 détaillants ordinaires que compte la Suisse et particulièrement la sienne propre "soit mise en danger ou même notablement entravée". Mais là n'est pas la question. L'art. 4 LCart. vise l'entrave à la concurrence. La notion "d'entrave notable à la concurrence" ressortit au droit. Il incombait à la cour cantonale de constater les faits constitutifs de l'entrave, de dire en quoi consiste la discrimination, d'exposer les effets de cette discrimination sur la liberté de décision du demandeur, afin de permettre à la juridiction de réforme de vérifier si elle faisait une saine application de l'art. 4 LCart. Le jugement attaqué ne satisfait pas à ces exigences. Il ne contient aucune indication sur les différences de prix ni sur les chiffres de ventes. Les renseignements - en partie contradictoires d'ailleurs - qui figurent dans les mémoires des parties ne sauraient y suppléer. Il n'appartient pas non plus au Tribunal fédéral de reconstituer un état de fait sur la base du dossier, alors que vraisemblablement l'assistance d'un expert serait utile sinon nécessaire. La cour cantonale relève encore que c'est parce qu'il y voyait son intérêt que Rentchnick a refusé de signer le bulletin d'engagement qui, en contrepartie d'une limitation de son activité commerciale dans le domaine du mi-gros, lui aurait valu l'avantage d'être ravitaillé directement par les fabricants. Il ne saurait prétendre, selon les juges genevois, cumuler les avantages des deux statuts. Or ce raisonnement est contraire à l'esprit de la

loi sur les cartels qui tend précisément à garantir à chacun le droit d'organiser librement son activité économique, sans être obligé, par des associations auxquelles il n'appartient pas, de se conformer à des limitations de la libre concurrence, limitations que la loi proscrit en principe (cf. arrêt Giesbrecht, RO 86 II 380, consid. 5 a, qui énonce des règles encore valables sous l'empire de la loi nouvelle).

5. La cour cantonale a jugé par surabondance que, même dans l'hypothèse où les conditions de l'art. 4 LCart. seraient réunies, l'action de Rentchnick devrait être rejetée de toute manière en vertu de l'art. 5 LCart. Se référant à l'arrêt Alex Martin SA c. ASFC (RO 91 II 25 ss.), elle estime que les mesures discriminatoires prises

par les intimées envers le recourant seraient justifiées par des intérêts légitimes prépondérants, attendu qu'elles visent à promouvoir une structure souhaitable dans l'intérêt général. Si le jugement déféré était fondé sur ce point, l'action serait vouée à l'échec, quelle que soit la décision quant à l'illicéité des mesures cartellaires au regard de l'art. 4 de la loi. Aussi faut-il examiner si les motifs invoqués par la juridiction cantonale sont conformes au droit fédéral. a) Aux termes de l'art. 5 al. 2 lettre c LCart., peuvent notamment être justifiées par des intérêts légitimes prépondérants les mesures qui visent "à promouvoir dans une branche ou une profession, une structure souhaitable dans l'intérêt général". Le Message du Conseil fédéral expose que la sauvegarde d'une structure est souhaitable si elle tend à produire "un effet acceptable du point de vue économique" (FF 1961 II 585); il met en garde contre "des modifications trop brusques affectant les structures économiques", qui peuvent avoir "des effets d'ordre social regrettables" (loc. cit., p. 584). Fondé sur ces déclarations, qui l'invitaient à une certaine retenue, le Tribunal fédéral a jugé que la limitation conventionnelle du commerce de gros des cigarettes indigènes par un accord entre fabricants et grossistes, qui s'étaient entendus sur un partage de la clientèle, avait créé, d'une façon encore imparfaite mais en marquant un progrès réel sur l'ancien état de choses, "une structure mieux appropriée à l'intérêt général". Il en a conclu que cette mesure de rationalisation se justifiait par des intérêts légitimes prépondérants au sens de l'art. 5 al. 2 lettre c LCart. (RO 91 II 25 ss., notamment 35, consid. 3 e). L'arrêt Alex Martin SA a été critiqué par MERZ (RJB 1967

p. 23 s.; Das schweizerische Kartellgesetz, p. 62 ss.), qui lui reproche en particulier de faire une application très large de la notion de "structure souhaitable dans l'intérêt général", laquelle est devenue "une structure mieux appropriée à l'intérêt général", et par DESCHENAUX (RDS 1968 I 88 ss.). Si la décision prise dans la cause Alex Martin SA se justifiait par de bons motifs, notamment en raison de l'effort de rationalisation entrepris et du progrès incontestable que marquait l'organisation cartellaire par rapport à l'ancien état du marché de gros des cigarettes, et si cette décision demeurait dans le cadre d'une interprétation large du texte légal, on doit convenir avec les auteurs précités qu'une application aussi prudente de la loi sur les cartels pourrait à la longue trahir l'esprit de cette loi et affaiblir son efficacité. Ainsi que le relève DESCHENAUX (L'esprit de la loi sur les cartels, Etudes de droit commercial en l'honneur de Paul Carry, Genève 1964, p. 218), "dans la conception du législateur, la libre concurrence représente une valeur supraprivée, qui est affectée de l'indice de l'intérêt général ... Seuls des intérêts privés qui sont positivement dans l'intérêt général, c'est-à-dire qui favorisent un développement heureux de l'économie nationale, peuvent servir à justifier des entraves à la concurrence de tiers". Cette interprétation de la loi est commandée par l'analyse des exemples donnés à l'art. 5 LCart., qui l'emporte sur l'opinion exprimée dans le Message du Conseil fédéral. Il faut donc appliquer plus strictement la loi et exiger du cartel la preuve de faits qui permettent au juge de se convaincre de l'existence d'intérêts légitimes prépondérants au sens de l'art. 5 LCart. b) En l'espèce, la cour cantonale s'est bornée à se référer aux faits exposés et aux appréciations données dans l'arrêt Alex Martin SA Mais dans cette cause, à laquelle le recourant n'était pas partie, le Tribunal fédéral avait à examiner si la limitation conventionnelle de la concurrence entre les fabricants et les grossistes, qui s'étaient entendus pour se partager la clientèle et qui avaient assorti leur accord d'une limitation de la concurrence entre les grossistes par le jeu d'une caisse de compensation, visait à promouvoir une structure souhaitable dans l'intérêt général (cf. art. 5 al. 2 lettre c LCart.). L'action du recourant pose la question de l'incidence de ce partage de la clientèle entre fabricants et grossistes sur la position d'un détaillant qui, non seulement n'était pas partie à l'accord de partage, mais en était

en quelque sorte l'objet, de même que les 120 000 détaillants ordinaires établis en Suisse. C'est un aspect de la réglementation du marché sur lequel le Tribunal fédéral ne s'est pas prononcé dans la cause Alex Martin SA Le fait d'inclure dans la clientèle des fabriques les "détaillants-spécialistes", c'est-à-dire de créer dans le commerce de détail une catégorie "privilégiée", définie selon des critères qui paraissent variables et qui ont en fait varié, n'est pas nécessairement un élément essentiel de l'accord conclu entre fabricants et grossistes. Sans doute, comme le relève la cour cantonale, la suppression de critères relativement sévères pour la reconnaissance de la qualité de détaillant spécialisé - que postule le recourant - perturberait l'accord en question. Mais cela ne signifie pas encore que l'organisation conventionnelle du marché de gros serait compromise. Et ce n'est pas parce que, considéré sous l'un de ses aspects, soit la concurrence entre fabricants et grossistes ou entre grossistes, cet accord a été jugé économiquement acceptable qu'il doit être considéré comme intangible. D'autres critères de partage de la distribution, fondés sur des éléments mieux en rapport avec les services rendus par les partenaires respectifs - tels par exemple une définition des ventes en gros - sont concevables également. Au surplus, il ne s'agit pas seulement de poser des critères pour définir le détaillant, mais aussi et surtout d'apprécier la portée d'une limitation de la liberté des commerçants auxquels ce statut est reconnu, limitation dont on peut douter qu'elle soit un élément essentiel de l'accord. La référence pure et simple aux constatations de l'arrêt Alex Martin SA ne saurait dès lors être assimilée à la constatation de faits constitutifs d'intérêts légitimes prépondérants par rapport au droit du recourant d'exercer sa liberté économique. Du reste, le juge saisi d'une contestation relative aux cartels, qui touche à la liberté individuelle, ne doit pas se borner à statuer sur la base d'une appréciation sommaire par référence à des précédents. Il doit examiner les faits propres à chaque situation concrète. Or le jugement déféré ne contient pas la constatation des faits qu'il incombait aux intimées d'établir. Sur ce point également, une expertise eût été utile, voire nécessaire. Et si la cour cantonale avait à résoudre une question de principe, elle pouvait requérir l'avis de la Commission des cartels (art. 19 al. 2 LCart.).

6. Conformément à l'art. 64 OJ, le jugement attaqué doit

être annulé et la cause renvoyée à l'autorité cantonale pour qu'elle complète ses constatations de fait dans la mesure où des preuves ont été régulièrement offertes selon le droit de proc dure cantonal et pour qu'elle statue à nouveau. Sur le vu de l'état de fait complété, la juridiction cantonale examinera si les mesures discriminatoires prises par les intimées envers le recourant visent à l'entraver notablement dans l'exercice de la concurrence, au sens de l'art. 4 LCart. tel qu'il est interprété dans le consid. 3 ci-dessus. Dans l'affirmative, la cour cantonale dira si, exceptionnellement, les entraves à la concurrence imposées par les intimées au recourant sont licites parce que justifiées par des intérêts légitimes prépondérants au sens de l'art. 5 LCart. et du consid. 5 ci-dessus. Elle appliquera alors, le cas échéant en complétant l'état de fait sur ce point également, les principes de subsidiarité et de proportionnalité que la disposition légale précitée commande d'observer. En revanche, la cour cantonale n'aura pas à reprendre l'examen de deux arguments du recourant qui peuvent être réfutés en l'état. D'une part, la discrimination à l'égard des centrales d'achat dont se plaint Rentchnick est objectivement justifiée, car ces centrales assument les frais de distribution aux points de vente au détail et remplissent ainsi une fonction équivalente à celle du grossiste. D'autre part, en ce qui concerne les grossistes qui exploitent un commerce de détail, le jugement déféré constate en fait que leur cas est exceptionnel. Ils sont 15 en Suisse, dont un seul à Genève. La cour cantonale en déduit que l'existence de ce commerce ne saurait concurrencer sérieusement le recourant. Mais surtout, la loi sur les cartels n'empêche pas un grossiste d'être aussi détaillant et l'on ne voit pas en quoi le fait que tel grossiste vende une partie de sa marchandise dans un magasin de détail constitue une atteinte au principe de la libre concurrence.

Dispositiv

Par ces motifs, le Tribunal fédéral:
Admet le recours, annule le jugement rendu le 10 mai 1968 par la Première Chambre de la Cour de justice du canton de Genève et renvoie la cause à la juridiction cantonale pour nouvelle décision dans le sens des motifs.