

Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 449/2012

Arrêt du 23 mai 2013

Ire Cour de droit civil

Composition

Mmes et MM. les juges Klett, présidente, Corboz, Kolly, Kiss et Niquille.

Greffier: M. Thélin.

Participants à la procédure

Coopérative des producteurs de fromages d'alpage « L'Etivaz »,
représentée par Mes Antonella Cereghetti Zwahlen et Pierre-Alain Killias, avocats,
défenderesse et recourante,

contre

X. _____,

représenté par Me Alex Dépraz, avocat,
demandeur et intimé.

Objet

entrave à la concurrence

recours contre le jugement rendu le 31 août 2011 par la Cour civile du Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Faits:

A.

La Coopérative des producteurs de fromages d'alpage « L'Etivaz » a notamment pour but, d'après ses statuts, la mise en valeur des fromages d'alpage et l'exploitation de caves à fromage. Dès 1999, elle a obtenu l'inscription de l'appellation d'origine protégée (AOP) ou contrôlée (AOC) « L'Etivaz » au registre des appellations d'origine et des indications géographiques institué par la législation fédérale sur l'agriculture. Elle exploite une cave d'affinage sise à L'Etivaz, dans la commune de Château-d'Oex; sa cave est actuellement la seule à produire des fromages commercialisables sous cette appellation.

L'alpage de Temeley-Aï, dans la commune de Leysin, se trouve à l'intérieur de la zone de production définie par le cahier des charges de l'appellation protégée « L'Etivaz ». Jusqu'en 2004, son ancien locataire ou fermier W. _____ a produit du fromage sous cette appellation; il était membre de la Coopérative et, pour l'affinage, il livrait sa production à la cave d'icelle. Après son décès en février 2005, la commune propriétaire n'est pas parvenue à lui trouver un successeur habitant la région. Depuis avril 2005, l'alpage est pris à bail et exploité, durant la saison d'estivage, par X. _____, agriculteur à A. _____, localité qui est éloignée des Préalpes vaudoises.

B.

X. _____ produit lui aussi du fromage à Temeley-Aï. Il utilise une cave d'affinage à Château-d'Oex. Parce que la capacité de cette installation est inférieure à trois mille pièces, elle ne satisfait pas au cahier des charges

de l'appellation « L'Etivaz » et X. _____ ne peut donc pas commercialiser sa production sous cette appellation.

Egalement dès avril 2005, dans le but d'accéder à la cave de la Coopérative et, par là, à l'appellation protégée, X. _____ a plusieurs fois demandé son admission en qualité de sociétaire. La Coopérative a refusé; elle lui opposait sa volonté de conserver une capacité d'affinage résiduelle pour le cas où un jeune agriculteur de la région désirerait adhérer et livrer sa production. La Coopérative a confirmé son refus nonobstant une intervention de la commune de Leysin.

Au cours des années 2005 et 2006, la Coopérative a rejeté quatre demandes d'adhésion présentées par d'autres producteurs, au motif que les candidats n'avaient pas leur exploitation principale dans la zone de production ou qu'ils ne tiraient pas leur revenu principal de l'agriculture de montagne.

Dans la commune de Rossinière, à La Tine, soit à l'intérieur de la zone d'affinage définie par le cahier des charges, il existe une autre cave qui répondrait aux exigences de l'appellation « L'Etivaz », notamment à raison d'une capacité supérieure à trois mille pièces. Son propriétaire n'utilise pas de l'appellation protégée. Parce qu'il ne veut pas concurrencer la Coopérative, il refuse aussi d'accueillir la production de X. _____ et de lui permettre d'accéder ainsi à l'appellation protégée.

C.

Le 21 mai 2007, X. _____ a ouvert action contre la Coopérative devant le Tribunal cantonal du canton de Vaud. L'autorité saisie devait constater que la défenderesse entravait de manière illicite l'accès du demandeur à l'appellation d'origine protégée « L'Etivaz ». La défenderesse devait être condamnée à donner au demandeur accès à ses caves contre rémunération usuelle, et à l'admettre en qualité de sociétaire. Elle devait aussi être condamnée à lui payer les sommes de 46'281 fr. - prétention ultérieurement diminuée à 41'222 fr.25 - et 7'374 fr.95 à titre de dommages-intérêts, avec intérêts au taux de 5% par an, respectivement dès le 1er janvier 2006 et le 21 mai 2007.

La défenderesse a conclu au rejet de l'action.

Le juge instructeur a fait établir une expertise et il a pris l'avis de la Commission fédérale de la concurrence.

La Cour civile du Tribunal cantonal a tenu audience le 31 août 2011 puis elle s'est prononcée par un jugement du même jour. Elle en a communiqué le dispositif le 15 septembre 2011 puis l'expédition complète le 8 juin 2012.

Accueillant partiellement l'action, la Cour a condamné la défenderesse à admettre le demandeur en qualité de sociétaire, d'une part, et à lui payer 26'704 fr.10 avec intérêts au taux de 5% par an dès le 19 juin 2007, d'autre part.

D.

Agissant par la voie du recours en matière civile, la défenderesse requiert le Tribunal fédéral de réformer le jugement en ce sens que l'action soit entièrement rejetée. Des conclusions subsidiaires tendent à l'annulation de ce prononcé et au renvoi de la cause à la Cour civile pour nouvelle décision.

Le demandeur conclut au rejet du recours.

Considérant en droit:

1.

La contestation ressortit au droit de la concurrence, soit une matière où le droit fédéral prévoit une instance cantonale unique (art. 5 al. 1 let. b du code de procédure civile unifié (CPC) entré en vigueur le 1er janvier 2011; auparavant, art. 14 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions de la concurrence - LCart; RS 251). Le recours en matière civile est donc recevable sans égard à la valeur litigieuse (art. 74 al. 2 let. b LTF). Les conditions de recevabilité de ce recours sont par ailleurs satisfaites.

Le recours est ouvert pour violation du droit fédéral (art. 95 let. a LTF). Le Tribunal fédéral applique ce droit d'office, hormis les droits fondamentaux (art. 106 LTF). Il n'est pas lié par l'argumentation des parties et il apprécie librement la portée juridique des faits; il s'en tient cependant, d'ordinaire, aux questions juridiques que la partie recourante soulève dans la motivation du recours (art. 42 al. 2 LTF; ATF 135 III 397 consid. 1.4 p. 400; 133 II 249 consid. 1.4.1 p. 254), et il ne se prononce sur la violation de droits fondamentaux que s'il se trouve saisi d'un grief invoqué et motivé de façon détaillée (art. 106 al. 2 LTF; ATF 134 I 83 consid. 3.2 p. 88;

134 II 244 consid. 2.2 p. 246; 133 II 249 consid. 1.4.2).

Le Tribunal fédéral doit conduire son raisonnement juridique sur la base des faits constatés dans la décision attaquée (art. 105 al. 1 LTF); les allégations de fait et les moyens de preuve nouveaux sont en principe irrecevables (art. 99 al. 1 LTF). Le tribunal peut compléter ou rectifier même d'office les constatations de fait qui se révèlent manifestement inexacts, c'est-à-dire arbitraires aux termes de l'art. 9 Cst. (ATF 137 I 58 consid. 4.1.2 p. 62; 133 II 249 consid. 1.1.2 p. 252), ou établies en violation du droit (art. 105 al. 2 LTF). La partie recourante est autorisée à attaquer des constatations de fait ainsi irrégulières si la correction du vice est susceptible d'influer sur le sort de la cause (art. 97 al. 1 LTF).

2.

La Cour civile a statué sur la base des art. 7 al. 1 et 12 al. 1 let. a et b LCart. Selon ces dispositions, les pratiques d'entreprises occupant une position dominante sont réputées illicites lorsque ces entreprises abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou entravent l'exercice de la concurrence, ou désavantagent les partenaires commerciaux (art. 7 al. 1). Celui qu'une pratique illicite entrave dans l'accès à la concurrence ou dans l'exercice de la concurrence peut demander en justice, outre la suppression ou la cessation de l'entrave (art. 12 al. 1 let. a), la réparation du dommage (art. 12 al. 1 let. b).

Conformément à l'art. 15 al. 1 LCart, la Cour civile a préalablement recueilli l'avis de la Commission fédérale de la concurrence.

L'instance ayant débuté avant le 1er janvier 2011, le droit cantonal antérieur lui est resté applicable jusqu'à sa clôture par l'effet de l'art. 404 al. 1 CPC.

3.

Invoquant l'art. 29 al. 2 Cst., la défenderesse se plaint de violation de son droit d'être entendue. Elle fait valoir que l'avis de la Commission de la concurrence a été sollicité puis versé au dossier alors que les parties avaient déjà déposé le mémoire de droit prévu par l'art. 317a CPC vaud. Aucun échange supplémentaire d'écritures n'est intervenu ultérieurement et le délai disponible pour une éventuelle demande de réforme - une procédure permettant d'introduire dans le procès, s'il y a lieu, de nouveaux allégués et de nouvelles offres de preuve - était alors échu. La défenderesse soutient qu'elle n'a ainsi pas eu l'occasion de prendre position sur l'avis.

Elle ne prétend cependant pas avoir ignoré que le juge instructeur avait recueilli un avis de la Commission. En tant que cet acte de procédure était un fait nouveau postérieur au dépôt du mémoire de droit, l'art. 317b al. 2 CPC vaud. autorisait les parties à présenter une demande de réforme jusqu'à la clôture de l'audience de jugement.

Pour le surplus, il est exact que devant les autorités judiciaires, les art. 6 par. 1 CEDH et 29 al. 1 et 2 Cst. garantissent à chaque partie le droit de prendre position sur les prises de position écrites des autres parties ou autorités en cause (ATF 138 I 484 consid. 2.1 p. 485/486; 138 I 154 consid. 2.3.3 p. 157). Or, la défenderesse a eu l'occasion de plaider lors de l'audience du 31 août 2011, de sorte qu'elle a pu prendre position sur l'avis de la Commission de la concurrence. Le grief tiré de ces garanties de procédure est donc privé de fondement.

4.

Les pratiques visées à l'art. 7 al. 1 LCart ne sont interdites par cette disposition qu'aux entreprises occupant une position dominante. D'après la définition consacrée par l'art. 4 al. 2 LCart, il y a position dominante lorsqu'une entreprise est à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants au marché - concurrents, fournisseurs ou acheteurs.

5.

L'aptitude d'une entreprise à se comporter de manière essentiellement indépendante s'apprécie par rapport au marché matériellement et géographiquement déterminant (ATF 129 II 497 consid. 6.3.1 p. 536; arrêt 2C 484/2010 du 29 juin 2012, consid. 9, destiné à la publication); il est donc nécessaire de délimiter ce marché.

5.1. Une délimitation excessivement étroite peut entraîner une surestimation du pouvoir de l'entreprise visée; une délimitation indûment étendue peut au contraire aboutir à une sous-estimation (Evelyne Clerc et Praveira Këllezli, in *Commentaire romand*, 2e éd., 2013, n°64 ad art. 4 al. 2 LCart; Vincent Martenet et Andreas Heinemann, *Droit de la concurrence*, 2012, p. 102; opinion divergente: Adrian Raass, *Die Marktabgrenzung*

: bestenfalls überflüssig, schlimmstenfalls irreführend, sic! 2011 p. 405). Conformément à la pratique de la Commission fédérale de la concurrence, les définitions du marché consacrées par l'ordonnance sur le contrôle des concentrations d'entreprises (OCCE; RS 251.4) sont applicables par analogie (Clerc/Këllezzi, loc. cit., nos 69 et 98 ad art. 4 al. 2 LCart; Mani Reinert et Benjamin Bloch, in Commentaire bâlois, 2010, nos 105 et 219). Le marché matériellement déterminant, ou marché des produits, comprend ainsi tous les produits ou services que les partenaires potentiels de l'échange considèrent comme substituables en raison de leurs caractéristiques et de l'usage auquel ils sont destinés (art. 11 al. 3 let. a OCCE). Au besoin, une étude économétrique (étude de « l'élasticité croisée des prix ») détermine les produits que les partenaires potentiels tiennent pour substituables à un produit déterminé: on recherche si une augmentation du prix de ce produit entraîne un déplacement de la demande vers d'autres produits; dans l'affirmative, ces derniers sont inclus dans le marché déterminant (Clerc/Këllezzi, loc. cit., nos 78 et ss; Reinert/Bloch, loc. cit., nos 114 et 115).

Le degré de substituabilité doit être 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 en cause, plutôt que de la manière dont ce produit devrait objectivement être perçu par un consommateur raisonnable; notamment dans le domaine des produits de marque, des produits techniquement et économiquement substituables peuvent n'être pas considérés comme tels par les consommateurs (Clerc/Këllezzi, loc. cit., nos 73 et 74; Reinert/Bloch, loc. cit., n° 113).

Une position dominante peut exister aussi sur un très petit marché; éventuellement, le marché déterminant est un sous-marché délimité à l'intérieur d'un marché plus large, s'il existe une demande spécifique des partenaires commerciaux ou des consommateurs pour le produit ou le service concerné (Clerc/Këllezzi, loc. cit., n° 87).

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 matériellement déterminant (art. 11 al. 3 let. b OCCE). Il s'agit essentiellement du territoire à l'intérieur duquel la victime d'une entreprise qui abuserait de sa position dominante peut se tourner vers d'autres fournisseur ou cocontractants (Clerc/Këllezzi, loc. cit., nos 97 et 98); il est tenu compte, en particulier, des possibilités et des coûts de transport ou de déplacement (Martenet/Heinemann, op. cit., p. 103).

La Cour civile s'est référée à ces critères et la défenderesse n'en conteste ni la validité ni la pertinence.

5.2. Selon le demandeur, le marché déterminant est celui du fromage commercialisé sous l'appellation protégée « L'Etivaz ».

Dans son avis qu'elle a entre-temps publié (DPC 2011 p. 302), la Commission de la concurrence a énuméré divers types de fromages, soit ceux « frais », « à pâte dure », « à pâte mi-dure », « à pâte molle » ou « fondus », et diverses étapes dans le cycle de la production, soit « la production », « l'affinage », « le conditionnement » ou « la distribution ». Affirmant sans autres développements que « le fromage "L'Etivaz" est substituable du point de vue du consommateur avec n'importe quel autre fromage à pâte dure », elle a rejeté l'opinion du demandeur. Elle a retenu comme déterminant le marché national suisse de l'affinage des fromages à pâte dure, toutefois sans exclure que des délimitations plus précises du produit concerné et de l'étendue géographique soient éventuellement préférables. En définitive, selon la Commission, la délimitation exacte du marché peut demeurer indéfinie car la pratique de la défenderesse n'est de toute manière pas abusive.

La Cour civile a retenu, elle, que le marché déterminant est celui du fromage commercialisable sous l'appellation protégée « L'Etivaz ». Elle a motivé son appréciation dans les termes ci-après:

Il est établi que, comme pour les autres fromages bénéficiant d'une AOC, la production du fromage L'Etivaz 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 l'Etivaz. 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.

5.3. Invoquant l'art. 9 Cst., la défenderesse fait grief à la Cour civile de s'être écartée arbitrairement de l'avis exprimé par la Commission de la concurrence. Il est cependant constant - et la défenderesse le reconnaît - que l'avis de la Commission ne lie pas le juge de la cause (arrêt 4A 101/2008 du 4 août 2008, consid. 3.1, RtiD 2009 I 705); celui-ci doit en revanche discuter l'avis (Reto Jacob et Gion Giger, in *Commentaire bâlois*, 2010, n°28 ad art. 15 LCart) et motiver une appréciation divergente (Jean-Marc Reymond, in *Commentaire romand*, 2e éd., 2013, n°99 ad art. 15 LCart; Martenet/Heinemann, op. cit., p. 202). Ces exigences sont en l'espèce satisfaites. Pour le surplus, élucider le marché déterminant au regard de l'art. 4 al. 2 LCart est une question juridique que le Tribunal fédéral examine librement, sur la base des faits constatés par la juridiction cantonale; le moyen tiré de l'art. 9 Cst. est donc dépourvu de portée indépendante.

D'après l'argumentation présentée, la délimitation du marché adoptée par la Cour civile ne repose pas sur des constatations de fait suffisantes. En particulier, il n'est pas établi que la commercialisation sous une appellation protégée permette effectivement d'obtenir un « meilleur prix », comme la Cour l'a retenu, ni qu'une semblable commercialisation assure effectivement un revenu net plus important aux producteurs. La Cour a en outre méconnu, prétendument, que l'alpage de Temeley-Aï se trouve aussi dans la zone de production de l'appellation protégée « Gruyère » et que le demandeur pourrait donc commercialiser sa production sous cette appellation-ci. La délimitation critiquée suppose que le prix final de « L'Etivaz » soit supérieur à celui du « Gruyère », or ce fait n'est établi. Seule une étude de l'élasticité croisée des prix de ces deux appellations, étude qui n'a pas été exécutée, permettrait d'exclure que le « Gruyère » soit substituable à « L'Etivaz ». Du raisonnement de la Cour, il résulte que chaque appellation protégée engendre un marché indépendant, ce que la défenderesse estime contraire à la réalité. Enfin, la Cour confond indûment le marché du produit final et celui d'un service nécessaire à sa fabrication, en l'occurrence l'affinage.

5.4. A teneur de l'art. 7 al. 1 de la loi fédérale sur l'agriculture (LAgr; RS 910.1), la Confédération fixe les conditions-cadre de la production et de l'écoulement des produits agricoles de sorte que la production soit assurée de manière durable et peu coûteuse et que l'agriculture tire de la vente des produits des recettes aussi élevées que possible. Les art. 8 à 12 LAgr tendent à assurer la qualité des produits et la promotion des ventes; les art. 14 à 16b règlent spécialement la désignation des produits agricoles. L'art. 16 LAgr institue l'appellation d'origine protégée; il charge le Conseil fédéral d'établir un registre de ces appellations (art. 16 al. 1 LAgr) et de réglementer les conditions de l'enregistrement, en particulier les exigences du cahier des charges propre à chaque appellation (art. 16 al. 2 let. b LAgr), les procédures d'enregistrement et d'opposition (art. 16 al. 2 let. c LAgr), et le contrôle de la production (art. 16 al. 2 let. d LAgr).

L'appellation d'origine protégée est régie en détail par 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 (OAOP; RS 910.12). La reconnaissance et l'enregistrement d'une appellation, y compris l'approbation du cahier des charges, incombent à l'Office fédéral de l'agriculture; elles sont soumises à une procédure complexe (art. 5 à 12 OAOP) qui doit être suivie aussi lors d'une éventuelle modification du cahier des charges (art. 14 al. 1 OAOP; ATF 137 II 152). Selon l'art. 16 al. 6 LAgr, celui qui veut user d'une appellation dans la désignation et la commercialisation de ses propres produits doit conformer sa production à toutes les exigences du cahier des charges; il doit en outre la soumettre au contrôle de l'organisme de certification compétent, accrédité par l'Office fédéral (art. 18 et 19 al. 1 OAOP). Un rapport de droit public s'établit entre l'organisme de certification et le producteur (ATF 138 II 134 consid. 4.6 p. 157).

Selon l'art. 16 al. 7 let. a et b LAgr, une appellation enregistrée est protégée contre toute utilisation commerciale qui en exploite le renom pour d'autres produits (let. a), ou, en général, contre toute usurpation, contrefaçon ou imitation (let. b). Sur le plan international, la Confédération soutient les organisations concernées dans la défense des appellations d'origine suisses (art. 16b LAgr). Par l'effet de la protection légale, l'appellation d'origine protégée est un signe susceptible d'acquérir, dans le public, une identité et une réputation particulières, propres

à stimuler l'écoulement du produit qu'elle revêt et, par là, à influencer les rapports de force entre concurrents (David Meisser et David Aschmann, *Herkunftsangaben und andere geographische Bezeichnungen*, in *Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 2005, vol. III/2, p. 170; Jürg Simon, *Neueste Entwicklungen bei den Ursprungsbezeichnungen*, in *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Immaterialgüterrecht*, 2002, p. 160; Lorenz Hirt, *Der Schutz schweizerischer Herkunftsangaben*, 2003, p. 2 et 3; Josef Skála, *Trademark or appellation of origin*, in *Gastronomie, alimentation et droit*, 2003, Alberto Aronovitz, éd., p. 441 et ss).

5.5. La protection légale est indépendante de la performance commerciale plus ou moins importante des produits revêtus de l'appellation concernée, de l'influence correspondante de cette appellation sur les rapports de force entre concurrents et du profit que les producteurs en retirent. Le droit de faire usage d'une appellation d'origine, selon l'art. 16 al. 6 LAgr (ATF 134 II 272 consid. 2.1 p. 278), est lui aussi indépendant de la performance de l'appellation et de son influence sur les rapports de force entre concurrents. A un producteur désireux de faire usage d'une appellation d'origine et de se soumettre au cahier des charges, on ne saurait opposer que l'appellation ne lui apportera, le cas échéant, aucun avantage sur le plan de la concurrence. Il appartient au contraire à chacun d'apprécier librement s'il a ou n'a pas intérêt à exercer la concurrence avec l'appellation concernée et avec les contraintes qui s'y rattachent.

Dans la présente affaire, le demandeur attaque une pratique de la défenderesse qui l'empêche d'accéder à l'appellation « L'Etivaz » pour la commercialisation de sa production. Dans la délimitation du marché matériellement déterminant, il s'impose de prendre en considération la nature de l'appellation d'origine protégée, soit un instrument de la lutte économique entre concurrents, créé, géré et soutenu par la Confédération dans le but de stimuler l'écoulement de produits agricoles. Là où un concurrent se prétend illicitement empêché d'accéder à une appellation, le marché déterminant est nécessairement restreint à celui, réel ou supposé, de l'appellation en cause. Le demandeur a le droit d'exercer la concurrence avec l'appellation « L'Etivaz » s'il croit y avoir un intérêt et que, pour sa production, il se conforme au cahier des charges; dans ce contexte juridique spécifique, il n'a pas besoin de prouver l'existence effective d'un marché de cette appellation qui soit distinct du marché des produits standards et de celui de l'appellation « Gruyère ». La défenderesse ne peut donc pas utilement faire valoir, à supposer que le fait soit avéré, que ce marché distinct n'existe pas parce que l'appellation « L'Etivaz » est dépourvue de

valeur intrinsèque ou n'a pas de valeur supérieure à celle de l'appellation « Gruyère ». Ainsi, les données économiques auxquelles la défenderesse fait allusion sont dépourvues de pertinence et il n'était pas nécessaire de les recueillir; en conséquence, cette partie n'est pas fondée à se plaindre de lacunes dans les constatations de fait.

6.

D'après la définition légale déjà mentionnée (consid. 4 ci-dessus), la position dominante suppose l'aptitude d'une entreprise à se comporter, sur le marché déterminant, de manière essentiellement indépendante des autres participants.

6.1. Une entreprise occupe une position dominante, parmi d'autres hypothèses, lorsqu'elle détient la totalité du marché déterminant et qu'elle n'est exposée à aucune concurrence parce que des circonstances de fait ou de droit rendent improbable l'irruption d'une autre entreprise sur ce marché. La position dominante peut être occupée par plusieurs entreprises agissant de concert. Conformément à la théorie de l'« essential facility » désormais consacrée aussi en droit suisse, la position dominante peut résulter de ce que l'entreprise dispose de droits exclusifs sur une installation, une infrastructure ou un équipement indispensable et qu'il n'existe pas de substitut réel ni potentiel (ATF 129 II 497 consid. 6.5.1 p. 538; Clerc/Këllezi, op. cit., nos 179, 184 et 185 ad art. 4 al. 2 LCart; Martenet/Heinemann, op. cit., p. 103 et 104). La Cour civile s'est également référée à ces critères et ils ne sont pas non plus contestés par la défenderesse.

Selon l'art. 2 al. 2 du cahier des charges de l'appellation protégée « L'Etivaz », l'affinage doit s'accomplir dans l'ancien district du Pays-d'Enhaut, dit zone d'affinage, comprenant les communes de Rossinière, Château-d'Oex et Rougemont.

Selon l'art. 13 du cahier des charges, « l'affinage se fait exclusivement dans des caves d'une capacité de trois mille pièces ou plus ». Cette règle a notamment pour effet de réduire les possibilités de concurrence sur le marché ici déterminant. Une règle quantitative de ce genre, à moins qu'elle ne soit nécessaire aux caractéristiques

du produit ou typique de sa méthode de production spécifique (cf. art. 7 al. 1 let. c et d OAOP), peut receler une entrave à la concurrence (Simone Walther, AOC und Kartellrecht, 2010, p. 31 et 33/34). Le cahier des charges a cependant été approuvé par l'Office fédéral de l'agriculture lors de l'enregistrement de l'appellation d'origine protégée; la demande d'enregistrement a alors été publiée (art. 9 OAOP) et toute personne justifiant d'un intérêt digne de protection a pu faire opposition et provoquer une décision sur opposition (art. 10 et 11 OAOP). En tant que la protection juridique des concurrents de la demanderesse a été assurée lors de cette procédure administrative, un contrôle du cahier des charges au regard du droit de la concurrence ne saurait intervenir dans la présente contestation. L'action entreprise par le demandeur ne tend d'ailleurs pas à l'annulation de l'art. 13 du cahier des charges.

Selon les constatations de la Cour, il existe deux caves situées dans la zone d'affinage et satisfaisant aux exigences de cette dernière disposition. L'une de ces caves est celle de la défenderesse; le propriétaire de l'autre cave, précisément pour ne pas concurrencer la défenderesse, s'abstient de pratiquer cette activité. A bon droit, la Cour retient que la défenderesse occupe une position dominante sur le marché déterminant.

6.2. Il est aussi constaté qu'une augmentation de la capacité de la cave actuellement utilisée par le demandeur, augmentation qui rendrait cette cave conforme aux exigences du cahier des charges, pourrait être envisagée moyennement un investissement d'environ 5'000 francs. La décision attaquée indique cependant aussi que pour diverses raisons, cette solution - il s'agit semble-t-il d'un aménagement différent des locaux existants, dont le volume demeurerait inchangé - est présentée comme inadéquate par l'expert judiciaire. La défenderesse affirme donc à tort, pour contester sa position dominante, que le demandeur pourrait pratiquer lui-même l'affinage de « L'Etivaz » moyennant un investissement modeste de 5'000 francs.

Dans son avis, la Commission de la concurrence a admis qu'un agrandissement de la cave, également étudié par l'expert judiciaire et évalué par lui à 100'000 fr., « serait probablement trop onéreux pour le demandeur seul mais paraîtrait réalisable s'il se groupait avec d'autres producteurs [...] qui se sont vu refuser l'accès à la cave de la coopérative ». La Cour civile n'a cependant pas constaté que d'autres producteurs fabriquant de « L'Etivaz » soient réellement et concrètement disposés à s'associer au demandeur pour la création d'une nouvelle cave collective; elle a au contraire tenu cette hypothèse pour « purement théorique ». Il n'y a donc pas lieu de s'y attarder.

7.

Selon l'art. 7 al. 2 let. a LCart., le refus d'entretenir des relations commerciales, en particulier le refus d'acheter ou de livrer des marchandises, s'inscrit dans les pratiques éventuellement abusives visées par l'art. 7 al. 1 LCart. L'entreprise en position dominante se comporte de manière abusive lorsqu'elle dispose seule des équipements ou installations indispensables à la fourniture d'une prestation, qu'il n'existe pas de concurrence sur le marché de cette prestation, que l'entreprise refuse sans raison objective de mettre l'infrastructure aussi à la disposition d'un concurrent potentiel et que celui-ci n'a aucune solution de remplacement (ATF 129 II 497 consid. 6.5.1 p. 538 et 6.5.3 p. 640). L'abus peut se situer sur un marché voisin ou situé en amont de celui visé par le concurrent potentiel. Le refus peut porter sur un service indispensable à ce concurrent ou sur la mise à disposition d'une infrastructure qui lui est indispensable (Clerc/Këllezzi, op. cit., n°72 ad art. 7 al. 2 LCart; Marc Amstutz et Blaise Carron, in Commentaire bâlois, 2010, nos 123 et 147 ad art. 7 LCart).

En l'espèce, la défenderesse refuse d'admettre le demandeur à titre de sociétaire et de recevoir sa production pour l'affinage. Ce refus empêche le demandeur de commercialiser cette même production sous l'appellation protégée « L'Etivaz ». Etant la seule entreprise à pratiquer l'affinage, la défenderesse est également la seule à pouvoir commercialiser du fromage sous ladite appellation. Son refus semble porter davantage sur un service consistant dans l'affinage en cave conformément au cahier des charges, plutôt que sur la mise à disposition d'une cave où le demandeur pourrait lui-même exécuter ou faire exécuter l'affinage; cette distinction n'a cependant pas d'importance. On a par ailleurs vu que le demandeur n'a aucune possibilité d'affiner lui-même sa production, ni dans sa cave actuelle ni dans une autre, ni de la faire affiner par une entreprise tierce.

La défenderesse soutient qu'indépendamment du refus critiqué, le demandeur est empêché d'accéder au marché qu'il convoite parce que sa production n'est de toute manière pas conforme au cahier des charges. Elle conteste ainsi le rapport de causalité entre son refus d'entrer en relations avec lui et l'empêchement d'exercer la concurrence. Elle mentionne un passage de la décision attaquée d'où il ressort que selon l'organisme de cer-

tification compétent, le fromage produit en 2006 par le demandeur était déficient au regard de plusieurs clauses du cahier des charges, et celui produit en 2007 n'était déficient qu'au regard de l'art. 13 relatif à la capacité de la cave. L'assertion de la défenderesse semble donc vraie pour 2006. Il apparaît cependant aussi que le demandeur a pu améliorer sa production dès l'année suivante 2007, et les juges du fait n'ont en tous cas pas constaté que ce producteur, indépendamment de la capacité de sa cave, soit durablement hors d'état de respecter le cahier des charges. Le refus de la défenderesse a donc bien pour effet d'entraîner une restriction de la concurrence.

8.

Un refus d'entrer en relations commerciales n'est pas abusif, et il échappe ainsi à la censure de l'art. 7 al. 1 LCart, s'il répond à une justification objective. L'entreprise en position dominante n'est notamment pas tenue de fournir ses services ou de donner accès à ses installations lorsque leur capacité est insuffisante et que, par suite, elle ne pourrait plus satisfaire entièrement les besoins de sa propre clientèle (ATF 129 II 497 consid. 6.5.4 p. 540). Dans cette hypothèse, l'entreprise n'a aucune obligation d'accroître la capacité de ses installations (Clerc/Këllezzi, op. cit., n°56 ad art. 7 al. 2 LCart).

La défenderesse a d'abord opposé au demandeur qu'elle entend conserver une capacité d'affinage résiduelle pour le cas où un jeune agriculteur de la région désirerait adhérer et livrer sa production; dans le procès, elle soutient que sa cave est entièrement utilisée.

La Cour civile rejette cette justification; elle motive son appréciation comme suit:

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 [...] n'a pas été dictée par des impératifs liés à la capacité de cette cave. On relève ainsi que le précédent locataire de l'alpage Têmeley-Aï, 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 admise,

respectivement en procédant à une équitable répartition entre ses membres.

L'existence d'une capacité résiduelle de la cave est un point de fait sur lequel le Tribunal fédéral n'exerce que le contrôle restreint prévu par les art. 97 al. 1 et 105 al. 2 LTF. Les déductions opérées ou à opérer sur la base d'indices relèvent aussi de la constatation des faits (ATF 117 II 256 consid. 2b p. 258; 136 III 486 consid. 5 p. 489; 128 III 390 consid. 4.3.3 in fine p. 398).

La défenderesse se plaint de contradictions dans l'appréciation des premiers juges et elle en conteste le résultat. Elle ne met toutefois pas en doute les faits pris en considération. En particulier, il est constant que la cave a reçu la production de Têmeley-Aï jusqu'en 2004, soit immédiatement avant le décès de W. _____ et l'arrivée du demandeur. Selon les juges, la défenderesse « réserve de la place » aux jeunes agriculteurs dont l'exploitation principale se trouve dans la région, or cette affirmation n'est pas démentie dans l'argumentation soumise au Tribunal fédéral. Il est certes contradictoire de retenir simultanément que « la cave est pleine » et que cette installation « peut accueillir la production du demandeur »; néanmoins, au regard de l'ensemble des éléments mis en évidence dans la décision attaquée, il n'apparaît pas que cette dernière constatation - qui est essentielle - soit manifestement contraire à la situation effective. Elle résiste donc à la critique développée à l'appui du recours. Il est sans importance qu'une appréciation différente des éléments disponibles, plus favorable à la défenderesse, soit peut-être aussi défendable (cf. ATF 138 I 305 consid. 4.3 p. 319; 137 I 1 consid. 2.4 p. 5)

La Cour civile ne retient pas que la défenderesse doive entreprendre des travaux d'agrandissement ou de réaménagement de sa cave pour accueillir la production du demandeur. Cette partie-là discute donc inutilement les possibilités de transformation envisagées par l'expert judiciaire et mentionnées dans la décision attaquée.

Faute de répondre à une justification objective, le refus d'entrer en relations avec le demandeur se révèle abusif, et partant illicite aux termes de l'art. 7 al. 1 LCart.

9.

Selon les art. 12 al. 1 let. a et 13 let. b LCart, celui qu'une pratique illicite entrave dans l'accès à la concurrence peut demander en justice la suppression ou la cessation de l'entrave (art. 12 let. a); il peut notamment réclamer que l'adverse partie soit condamnée à conclure avec lui des contrats conformes au marché et aux conditions usuelles de la branche (art. 13 let. b).

D'après les conclusions qui lui étaient présentées, la Cour civile devait constater que la défenderesse entravait de manière illicite l'accès du demandeur à l'appellation d'origine protégée « L'Etivaz »; elle devait condamner la défenderesse à lui donner accès à sa cave contre rémunération usuelle et, enfin, la condamner à accepter le demandeur en qualité de sociétaire.

La Cour a rejeté les conclusions en constatation de droit au motif que le demandeur, prenant aussi des conclusions en condamnation, n'y avait pas d'intérêt. Elle a condamné la défenderesse à admettre le demandeur au nombre de ses sociétaires; cela fait, elle a rejeté les conclusions tendant à l'accès à la cave, contre rémunération usuelle, au motif qu'elles n'avaient plus d'objet.

La défenderesse ne met pas en doute que sur la base des art. 12 let. a et 13 LCart, le juge saisi puisse contraindre une collectivité - notamment une association ou une société coopérative - à agréer un membre supplémentaire (cf. Reymond, op. cit., nos 65 et 66 ad art. 13 LCart). Elle fait valoir que parmi plusieurs mesures aptes à faire cesser l'entrave à la concurrence, le juge doit adopter celle qui est le moins préjudiciable à la partie condamnée (Reymond, loc. cit., n°15). Elle mentionne l'avis de la Commission de la concurrence selon lequel « une obligation de contracter est envisageable seulement dans des cas extraordinaires ». Elle soutient qu'en l'espèce, la Cour civile n'aurait pas dû la condamner à accepter le demandeur au nombre de ses sociétaires, mais seulement à lui donner accès à sa cave contre rémunération usuelle. Elle omet cependant d'expliquer en quoi cette mesure-ci lui serait moins préjudiciable que l'autre, de sorte que la recevabilité de son argumentation est douteuse au regard de l'art. 42 al. 1 et 2 LTF, lequel concerne la motivation des recours adressés au Tribunal fédéral.

En doctrine, l'avis de la Commission est critiqué comme trop restrictif (Reymond, loc. cit., n°41).

Dans le procès, au plaideur qui se réfère à l'art. 13 let. b LCart et réclame un régime contractuel conforme au marché et aux conditions usuelles de la branche, il incombe de préciser, dans ses conclusions, quelles seront les conditions à imposer à l'adverse partie. Une simple référence aux conditions usuelles est en principe insuffisante; la demande en justice doit indiquer tous les points objectivement essentiels du contrat voulu (Reymond, loc. cit., n°52). En l'espèce, devant la Cour civile, le demandeur ne paraît pas avoir présenté des conclusions satisfaisant à cette exigence. La défenderesse s'est opposée à l'action; elle ne paraît pas non plus, et elle ne prétend pas avoir pris des conclusions subsidiaires conformes à cette même exigence. Dans ces conditions, la solution maintenant préconisée par elle, censément commandée par le principe de la proportionnalité, n'entraîne pas en considération car la Cour civile n'avait pas à élucider d'office les conditions usuelles de l'affinage en cave. La défenderesse échoue donc, dans la mesure où sa critique est recevable, à mettre en évidence une application incorrecte de l'art. 13 LCart.

10.

Selon l'art. 12 al. 1 let. b LCart, celui qu'une pratique illicite entrave dans l'accès à la concurrence peut demander en justice la réparation du dommage; cette prétention est soumise aux règles de la responsabilité délictuelle. La Cour civile alloue au demandeur des dommages-intérêts au total de 26'704 fr.10 en capital, composés de 19'264 fr.60 pour perte de gain et de 7'439 fr.50 pour frais d'avocat avant procès. La Cour juge que si la défenderesse avait dûment accepté le demandeur à titre de sociétaire, celui-ci aurait pu commercialiser sa production des années 2005 et 2006 sous l'appellation protégée « L'Etivaz ». Sur la base de l'expertise judiciaire, la Cour constate une perte de gain correspondant à la différence entre le revenu que cette production aurait apporté au demandeur dans cette hypothèse et le revenu moins élevé qu'elle lui a effectivement apporté.

La défenderesse conteste l'obligation de réparer une perte de gain. Parmi d'autres moyens, elle soutient que la production du demandeur des années 2005 et 2006 ne répondait pas aux exigences du cahier des charges, indépendamment de la capacité insuffisante de la cave d'affinage, et que par conséquent, son adverse partie n'aurait de toute manière pas pu user de l'appellation protégée. Elle conteste ainsi le rapport de causalité entre l'entrave à la concurrence et la perte de gain. Elle se plaint de constatations manifestement inexacts aux termes de l'art. 97 al. 1 LTF.

La Cour civile discute le rapport de causalité dans les termes suivants:

[L'organisme de contrôle a confirmé au demandeur]que pour sa production 2007, seul l'art. 13 du cahier des charges (relatif à l'affinage) n'était pas respecté. Certes, [l'organisme a aussi]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 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 oeuvre 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 cinq 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.

La Cour ne constate pas que la production des années 2005 et 2006 fût entièrement conforme aux exigences du cahier des charges, indépendamment de l'art. 13 de ce texte; elle laisse ce point de fait ouvert avec une allusion à « d'éventuelles imperfections ». Elle constate en revanche que « le demandeur était en mesure de fournir une production adéquate », et que si ce producteur a « renoncé à tout mettre en oeuvre » à cette fin, c'est parce qu'il n'avait de toute manière pas accès à une cave adéquate pour l'affinage.

La Cour ne se réfère à aucun élément de preuve topique pour constater que « le demandeur était en mesure de fournir une production adéquate » déjà pendant les années 2005 et 2006. Considérées objectivement, les conjectures que l'expert judiciaire tire de la vente de 13'665 kg de fromage n'autorisent aucune conclusion quant à l'aptitude - hypothétique - du demandeur à satisfaire les exigences spécifiques du cahier des charges pour cette marchandise. Le contexte n'apporte d'ailleurs aucun indice propre à accréditer cette constatation; il n'a notamment pas été établi que le demandeur fût un producteur de fromage expérimenté déjà avant son arrivée à l'alpage de Temeley-Aï en avril 2005.

D'après la défenderesse et pour l'année 2005, la constatation critiquée est même démentie par le dossier: c'est seulement au cours de l'été de cette année que le demandeur a acquis certaines des fournitures nécessaires au pré-affinage en chalet qui est prescrit par le cahier des charges. Cela n'est pas contesté dans la réponse au recours.

Il incombait au demandeur de prouver, au moins au degré de la vraisemblance prépondérante, un lien de causalité naturelle entre l'entrave à la concurrence et la perte de gain (cf. ATF 133 III 462 consid. 4.4.2 p. 471). Ce plaideur n'avait apparemment pas cherché à faire certifier sa production de fromage pendant la première année 2005; il a obtenu un rapport défavorable en 2006, puis favorable en 2007. Sous l'angle de la vraisemblance et au regard de l'ensemble des circonstances, le demandeur paraît avoir eu besoin d'une période d'installation et de rodage avant de parvenir, dès 2007, à une production entièrement conforme - hormis la capacité de la cave - au cahier des charges. La constatation opposée de la Cour civile se révèle incompatible avec une appréciation sérieuse et objective des preuves disponibles; par suite, la défenderesse est fondée à se plaindre d'une constatation manifestement inexacte. Faute d'un rapport de causalité, la Cour civile ne pouvait pas allouer la réparation de la perte de gain conformément aux art. 12 al. 1 let. b LCart et 41 CO; sa décision doit être réformée sur ce chef de la contestation.

Il n'est pas nécessaire d'examiner les nombreux griefs que la défenderesse développe de surcroît au sujet du montant de la perte de gain et du devoir de réduire le dommage auquel le demandeur n'a prétendument pas satisfait. Enfin, en tant qu'un comportement illicite lui est imputable, la défenderesse ne met pas en doute son obligation de rembourser les frais d'avocat avant procès.

11.

Aucune des parties n'obtient entièrement gain de cause; il s'ensuit que l'émolument judiciaire et les dépens doivent être répartis entre elles (art. 66 al. 1 et 68 al. 1 LTF). Au regard des intérêts en présence, trois quarts de ces frais et dépens incombent à la défenderesse et un quart au demandeur. Arrêtés à 7'200 fr. pour chaque partie, les dépens sont compensés à due concurrence.

Par ces motifs, le Tribunal fédéral prononce:

1.

Le recours est partiellement admis, dans la mesure où il est recevable, et la décision attaquée est réformée en ce sens que:

- La défenderesse est condamnée à admettre le demandeur en qualité de sociétaire;
- La défenderesse est condamnée à payer au demandeur 7'439 fr.50 avec intérêts au taux de 5% par an dès le 19 juin 2007.

2.

Les parties acquitteront un émolument judiciaire de 6'000 fr., à raison de 4'500 fr. à la charge de la défenderesse et de 1'500 fr. à la charge du demandeur.

3.

La défenderesse versera une indemnité de 3'600 fr. au demandeur, à titre de dépens.

4.

La cause est renvoyée à l'autorité précédente pour statuer à nouveau sur les frais et dépens de l'instance cantonale.

5.

Le présent arrêt est communiqué aux parties et au Tribunal cantonal du canton de Vaud.

Lausanne, le 23 mai 2013

Au nom de la Ire Cour de droit civil
du Tribunal fédéral suisse

La présidente: Klett

Le greffier: Thélin