

VD_FINDINFO 36/2012/FAB vom 12. Januar 2012

VD Tribunal cantonal, 2012-01-12, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_findinfo_36_2012_FAB

FR: VD_FINDINFO 36/2012/FAB du 12 janvier 2012

IT: VD_FINDINFO 36/2012/FAB del 12 gennaio 2012

Regeste

CONCURRENCE DÉLOYALE, DÉNIGREMENT, INCITATION À VIOLER OU À RÉSILIER UN CONTRAT, CARTEL, POSITION DOMINANTE, ASSOCIATION SPORTIVE, MESURE PROVISIONNELLE, EXÉCUTION ANTICIPÉE, URGENCE, DOMMAGE IRRÉPARABLE | 2 LCD, 3 al. 1 let. a LCD, 4 let. a LCD, 7 LCart, 10 LDIP, 136 LDIP, 137 al. 1 LDIP, 16 LDIP, 13 CPC (CH), 261 CPC (CH)

Erwägungen

E. 2

LCD n'entre donc en ligne de compte qu'à titre subsidiaire, si le comportement reproché ne tombe pas sous le coup des art. 3 à 8 LCD (TF 4A_371/2010 du 29 octobre 2010 c. 8.1; ATF 133 III 431 c. 4.1 et les réf.). aa) En vertu de l'art. 3 let. a LCD, agit de façon déloyale celui qui dénigre autrui, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes. Le terme dénigrer signifie s'efforcer de noircir, de faire mépriser quelqu'un en attaquant ou en niant ses qualités. Un propos est dénigrant lorsqu'il rend méprisable le concurrent, ses marchandises ou ses prestations (ATF 122 IV 33 c. 2c; TF 4C.295/2005 du 15 décembre 2005 c. 4.1). Toute assertion négative ne suffit pas: elle doit revêtir un certain caractère de gravité (Spitz, in Jung/Spitz [éd.], Jung/Spitz [éd.], Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb [UWG], Berne 2010, n. 29 ad art. 3 let. a LCD). En outre, une allégation n'est pas déjà illicite au sens de l'art. 3 let. a LCD du seul fait qu'elle dénigre un concurrent ou ses prestations; il faut encore qu'elle soit inexacte – c'est-à-dire contraire à la réalité –, fallacieuse – soit exacte en elle-même, mais susceptible, par la manière dont elle est présentée ou en raison de l'ensemble des circonstances, d'éveiller chez le destinataire une impression fautive –, ou alors inutilement blessante – à savoir qu'elle donne du concurrent, respectivement de ses prestations au sens large, une image négative, outrancière, que la lutte économique ne saurait justifier (ATF 124 III 72 c. 2b/aa; TF 4C.167/2006 du 16 mai 2007 c. 6.1.2; Pedrazzini/Pedrazzini, op. cit., n. 5.14 ss). Le point de savoir si une allégation est fallacieuse dépend de l'impact qu'elle peut avoir sur son destinataire: si la déclaration est adressée à un nombre indéterminé de personnes – par exemple par voie de presse –, il faut déterminer l'impression qu'elle a produite, compte tenu de toutes les circonstances du cas concret, dans l'esprit d'un destinataire moyen et non prévenu (TF 4C.205/2000 du 13 septembre 2000 c. 2b; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Bâle/Genève/Munich 2001, n. 27 ad art. 3 let. a LCD); si l'allégation est adressée à un cercle de personnes plus spécifique, il faut prendre en considération, le cas échéant, les connaissances particulières dont celles-ci peuvent disposer (cf. Cour d'appel du canton de Berne, 24 novembre 1997, in Sic! [Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence] 1998 p. 207 c. 3; Spitz, op. cit., n. 49 ad art. 3 let. a LCD). bb) Pour les actions fondées sur un acte de

concurrency déloyale, la légitimation active est reconnue à celui qui, par cet acte, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou celui qui en est menacé (art. 9 al. 1 LCD; Spitz, op. cit., n. 8 ss ad art. 9 LCD). La légitimation passive appartient à quiconque a provoqué ou menace de provoquer par ses agissements une atteinte à la concurrence loyale, que ce soit à titre d'auteur, d'instigateur ou de complice (TF 4C.224/2005 du 12 décembre 2005 c. 2.2.3; Spitz, op. cit., n. 33 ad art. 9 LCD; Pedrazzini/Pedrazzini, op. cit., n. 17.02). cc) Conformément à l'art. 8 CC (Code civil suisse du 10 décembre 1907; RS 210), il incombe au demandeur de prouver les faits qui fondent sa prétention, respectivement d'établir la fausseté des faits communiqués par le défendeur (ATF 123 III 354 c. 2b; Pedrazzini/Pedrazzini, op. cit., n. 20.05). c) Suivant l'art. 9 al. 1 let. a LCD, celui qui, par un acte de concurrence déloyale, est menacé de subir une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général, peut demander au juge de l'interdire, si elle est imminente. Dans l'hypothèse où, au jour du dépôt de la requête, aucun acte de concurrence déloyale n'a été commis, il appartient au demandeur d'apporter des indices permettant de conclure que le défendeur a l'intention d'en commettre (Spitz, op. cit., n. 63 ad art. 9 LCD), tels que l'octroi de mandats publicitaires, l'apparition à une foire, l'envoi d'offres à des clients potentiels, etc. (Schlosser, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, in Sic! 2005 pp. 339 ss, spéc. 344). Si des atteintes ont déjà eu lieu, le risque de réitération est en règle générale présumé aussi longtemps que le défendeur se refuse à admettre les prétentions du demandeur (ATF 106 II 357 c. 2a; Pedrazzini/Pedrazzini, op. cit., n. 14.08; Hahn, in Baker/McKenzie [éd.], Kartellgesetz [KG], Berne 2007, n. 10 ad art. 17 aLCart). d) La requérante reproche à l'intimée de l'avoir dénigrée auprès des collectivités accueillant ou censées accueillir ses manifestations sportives. aa) Il est établi, à tout le moins au degré de la vraisemblance, que, dans le courant de l'année 2009, le président et le secrétaire général de l'intimée ont pris l'initiative de rencontrer le syndic de la commune de Vevey, qui avait accueilli un tournoi de la requérante, pour l'informer de ce que celle-ci n'était pas la fédération reconnue par le CIO et que les joueurs qui participaient à ses compétitions étaient potentiellement menacés d'exclusion. Même si elles sont susceptibles de dégrader l'image de la requérante et de ses prestations, ces allégations n'en sont pas moins exactes. Il importe peu, à cet égard, que les mesures d'exclusion que l'intimée prend à l'encontre des athlètes qui participent aux compétitions de la requérante soient justifiées ou non, ce qu'il conviendra d'examiner sous l'angle du droit des cartels. Du point de vue de l'art. 3 let. a LCD, les informations communiquées au syndic de la commune de Vevey échappent à la critique. bb) Le 7 mars 2011, Swiss Volley a écrit au service des sports de la commune de Vevey. Elle lui expliquait, dans ce courrier, que le tournoi organisé à Vevey par la requérante n'est pas reconnu par elle, ni d'ailleurs par la confédération européenne de volleyball ou l'intimée. Elle l'informait en outre que la requérante était une fédération "pratiquement inconnue", qui avait vu le jour trois ans auparavant, et que les joueurs qui participaient à ses tournois n'avaient pas d'"ambitions sportives sérieuses", dès lors qu'ils risquaient d'être exclus à vie de la fédération intimée. Aussi Swiss Volley justifiait-elle son intervention en invoquant son devoir de veiller "à ce qu'aucun joueur amateur suisse désireux de jouer encore dans des championnats officiels" ne participe aux compétitions de la requérante. Elle concédait, en conclusion, que "[d]ans un pays comme la Suisse, toute personne peut librement fonder des clubs et des associations, et organiser des tournois sportifs". Ces déclarations ne sont pas le

fait de l'intimée. Toutefois, dans la mesure où l'intimée a expressément demandé à Swiss Volley d'intervenir auprès des villes qui accueillent les compétitions de la requérante pour les informer de la nature de ces événements (supra, ch. 5d), elle pourrait se voir imputer un rôle d'instigatrice. Il s'agit donc d'examiner les déclarations de la fédération suisse sous l'angle de l'art.

E. 3

let. a LCD. Sur le fond, les explications de Swiss Volley étaient susceptibles de faire apparaître la requérante sous un jour défavorable. Encore faut-il qu'elles puissent être considérées comme fausses, fallacieuses ou inutilement blessantes. Il est établi que les compétitions de la requérante ne sont pas reconnues par l'intimée, ni par ses associations affiliées, et que les athlètes qui y participent peuvent être exclus à vie de l'intimée (supra, ch. 5d). De ce point de vue, les allégations de Swiss Volley correspondent à la vérité. S'agissant de la notoriété de la requérante, il faut constater qu'à la date du courrier litigieux, elle était vieille d'un peu plus de quatre ans, et non pas de trois ans, comme l'a écrit Swiss Volley. Cette petite divergence entre le message transmis et la réalité n'atteint toutefois pas le degré de gravité requis pour constituer un acte de dénigrement illicite. Pour le reste, il incombait à la requérante de rendre vraisemblable qu'elle était, malgré son jeune âge, une fédération connue du public (supra, ch. VIII.b/aa), de sorte que, à défaut, on ne saurait retenir qu'en la présentant comme "pratiquement inconnue", Swiss Volley a travesti les faits. Quant à l'assertion selon laquelle les joueurs qui participent aux manifestations de la requérante n'ont pas d'ambitions sportives sérieuses, elle est plausible, puisque les sanctions de l'intimée les empêchent de participer aux compétitions de celle-ci et aux Jeux Olympiques. Au terme d'un examen limité à la vraisemblance, la démarche de la fédération suisse n'apparaît pas illicite et, partant, on ne saurait reprocher à l'intimée d'avoir agi en concurrent déloyal. cc) Le 3 janvier 2010, le président de la confédération africaine de volleyball affiliée à l'intimée a écrit au représentant du gouvernement du Mozambique. Il lui a expliqué que l'intimée est l'organisme reconnu par le CIO pour administrer le volleyball sur le plan mondial: toutes les fédérations nationales lui sont affiliées et doivent respecter sa constitution. Il l'a aussi informé qu'une fédération nationale qui rejoindrait une association illégale serait censée quitter l'intimée, et serait de ce fait privée du droit de participer aux manifestations que celle-ci organise. Bien qu'elle n'y soit pas nommément désignée, il y a lieu de considérer, sous l'angle de la vraisemblance, que la requérante, qui souhaitait organiser, en 2010, une étape de son tournoi "ProTour" au Mozambique, faisait implicitement l'objet de l'intervention de la confédération africaine de volleyball. Il reste que les informations transmises aux autorités du Mozambique sont conformes à la réalité. Il est exact que l'intimée est la fédération internationale reconnue par le CIO pour administrer le volleyball sur le plan mondial. Il est vrai également – indépendamment de la question de la licéité du procédé – que l'intimée exclut les fédérations nationales qui s'affilient à une autre fédération internationale, que le message qualifie d'"illégale". Certes, ce dernier terme pourrait prêter le flanc à la critique. Il ressort toutefois du contexte que cet épithète était utilisé dans le sens de "contraire à la constitution et aux règlements de l'intimée", voire de "non reconnue par l'intimée", et non pas dans celui d'"illicite en vertu de la loi". L'autorité gouvernementale, destinataire de l'information, ne pouvait pas le comprendre autrement. Il s'ensuit que la confédération africaine de volleyball n'a pas propagé d'allégations fausses ou fallacieuses. Partant, même si l'intimée lui a demandé d'intervenir auprès des autorités (supra, ch. 5.b), on ne saurait lui faire le grief d'avoir porté atteinte de façon déloyale à la position concurrentielle de la requérante. e) La requérante prétend que l'intimée a commis

un acte de concurrence déloyale en s'adressant à la société H. _____ SA. aa) H. _____ SA est l'un des sponsors de la requérante. Dans un courrier électronique du 19 octobre 2010, l'intimée l'a informée qu'elle avait pris différentes mesures pour prévenir l'organisation par la requérante de tournois non autorisés, parmi lesquelles l'exclusion des athlètes qui y participent de toutes compétitions organisées par l'intimée. Elle soulignait, en outre, qu'elle est la fédération officielle de volleyball reconnue par le CIO et qu'elle n'autorise pas les activités de la requérante, lesquelles créent, selon elle, de la confusion sur le marché et dans l'esprit des joueurs de volleyball. Pour ces motifs, l'intimée demandait à H. _____ SA de bien vouloir reconsidérer son partenariat avec la requérante. Interpellée par cette société sur le sens de ses allégations, l'intimée a répondu, le

E. 5

novembre 2010, qu'elle entendait simplement appliquer ses propres règles, qui limitent le sponsoring pour les compétitions internationales aux seules fédérations autorisées par elle, et informer au sujet des sanctions prévues pour la participation à des épreuves de volleyball non autorisées. Dans un ultime courrier, daté du 1^{er} février 2011, l'intimée a prié H. _____ SA de noter que " M. Q. _____ ne peut pas organiser de compétitions de Beach Volleyball dans la mesure où la FIVB possède le droit exclusif reconnu par le CIO pour le Volleyball et le Beach Volleyball " (trad. de l'anglais par la requérante). Les allégations de l'intimée consignées dans les courriers électroniques des 19 octobre et 5 novembre 2010 sont conformes à la réalité et, pour ce motif, échappent à la critique sous l'angle de l'art. 3 let. a LCD. L'appréciation du courriel du 1^{er} février 2011 est plus délicate. Il est exact que, du point de vue du CIO, l'intimée est seule compétente pour gérer et administrer le sport du volleyball et du beach volleyball. La conséquence juridique qu'en tire l'intimée – i.e. que la requérante ne peut pas organiser des compétitions de beach volleyball – est équivoque: elle est fautive si, par ces mots, l'intimée voulait insinuer que les activités de la requérante sont illicites au regard de la loi, mais elle est véridique si l'intimée entendait souligner par là que la requérante ne peut pas se réclamer de l'autorité du CIO pour ses compétitions de volleyball. Au vu du contexte et, en particulier, de la mention explicite de la reconnaissance de l'intimée par le CIO, la deuxième acception doit l'emporter. On voit mal, d'ailleurs, que H. _____ SA ait pu comprendre le message différemment, en ce sens que la fédération qu'elle sponsorise se livrerait à des activités prohibées par la loi. Au stade des mesures provisionnelles, les explications communiquées par l'intimée à H. _____ SA n'apparaissent ni fausses, ni fallacieuses, ni encore inutilement blessantes, ce qui exclut qu'elles soient tenues pour déloyales. bb) Il faut encore examiner si, en demandant à H. _____ SA de reconsidérer son partenariat, l'intimée a agi de façon déloyale. D'après l'art. 4 let. a LCD, celui qui incite un client à rompre un contrat en vue d'en conclure un autre avec lui agit de façon déloyale. La simple tentative n'est pas déloyale (ATF 133 III 43 c. 4.5; ATF 114 II 91 c. 4a/dd; Spitz, op. cit., n. 38 ad art. 4 LCD et les réf.). Sur le plan subjectif, l'incitation à rompre un contrat n'est illicite que si l'auteur poursuit le dessein de se substituer au lésé dans la relation contractuelle (Pedrazzini/Pedrazzini, op. cit., n. 8.17). En l'espèce, il n'est pas allégué ni rendu vraisemblable qu'en s'adressant à H. _____ SA, l'intimée cherchait à évincer la requérante pour conclure un contrat de sponsoring avec cette société. En outre, l'intervention de l'intimée n'a pas déterminé H. _____ SA à rompre ses relations contractuelles avec la requérante. Il s'ensuit que, sous cet angle également, l'intimée n'a pas agi de manière déloyale. cc) Il reste qu'on ne peut exclure, à ce stade, que l'intervention de l'intimée, dans la mesure où elle incitait H. _____ SA à reconsidérer son partenariat avec

la requérante, tombe sous le coup de la clause générale de l'art. 2 LCD. Toutefois, même si ce comportement devait s'avérer illicite, une mesure d'interdiction ne se justifierait que s'il était sérieusement à craindre que l'intimée persiste dans cette attitude à l'avenir. Or le courrier électronique du 19 octobre 2010 apparaît comme un événement isolé. Il n'est pas établi ni même rendu vraisemblable que la requérante se soit adressée, dans des termes analogues, à d'autres sponsors de la requérante. Le témoin F. _____ l'a d'ailleurs attesté, pour ce qui concerne la société J. _____ SA, qui soutient elle aussi les activités de la requérante. En l'absence de tout risque de réitération, l'acte incriminé, même supposé contraire à l'art. 2 LCD, ne justifie pas la protection provisoire sollicitée par la requérante. f) En définitive, il n'apparaît pas, sous l'angle de la vraisemblance, que l'intimée ait agi de façon déloyale vis-à-vis de la requérante. Celle-ci ne démontre pas non plus qu'elle pourrait être la victime de tels actes à l'avenir. Il s'ensuit que sa première conclusion en interdiction doit être rejetée. VIII. a) La requérante réclame aussi, à titre provisionnel, le constat de la nullité de certaines clauses des statuts et de règlements de l'intimée, qui présenteraient les marques d'un abus de position dominante. Sont visées les dispositions qui empêchent les joueurs ayant un lien avec la requérante ou ayant pris part à des manifestations organisées par elle de participer, pour ce seul motif, aux compétitions de l'intimée (chef de conclusions n o III), respectivement aux compétitions olympiques (chef de conclusions n o IV). b) La constatation du caractère illicite d'une restriction de la concurrence ne peut pas être obtenue par le biais de mesures provisionnelles (David et al., op. cit., n o 649; Sprecher, in Spühler/Tenchio/Infanger [éd.], Basler Kommentar – ZPO, Bâle 2010, n. 12 ad art. 262 CPC; Jacobs/Giger, in Amstutz/Reinert [éd.], Basler Kommentar – Kartellgesetz, Bâle 2010, n. 6 ad art. 17 aLCart; Hahn, op. cit., n. 14 ad art. 17 aLCart). Cette mesure ne permet pas de prévenir un changement de l'objet du litige, ni d'assurer la conservation des preuves, ni ne suffit à écarter un danger imminent (TF 4C.452/1996 in Sic! 1997 p. 38 c. 4; Reymond, op. cit., n. 108 ad art. 17 LCart et les réf.). Il s'ensuit que le juge des mesures provisionnelles ne peut pas décider provisoirement qu'un acte juridique est nul en tout ou en partie (cf. Reymond, op. cit., n. 109 ad art. 17 LCart). c) En l'espèce, la requérante a pris des conclusions en cessation de l'atteinte (chef de conclusions n o V) portant sur le même objet que ses conclusions constatatoires. On voit mal, dès lors, de quel intérêt digne de protection elle pourrait se prévaloir pour demander l'adjudication de ces conclusions (cf. TF 4C.452/1996 précité c. 4). Cette condition de recevabilité faisant défaut (cf. art. 59 al. 2 let. a CPC), les conclusions n os III et IV de la requête sont irrecevables. IX. a) La requérante fait valoir qu'en sanctionnant les joueurs qui participent à ses compétitions, l'intimée entrave son accès à la concurrence au sens de l'art. 7 LCart. Elle conclut à ce qu'ordre soit donné à l'intimée d'accepter ces joueurs dans ses propres compétitions, ainsi qu'aux Jeux Olympiques (chef de conclusions n o V). Elle demande en outre que l'intimée soit condamnée à annuler immédiatement toutes les sanctions prises contre ses membres ou contre les joueurs ayant participé à ses compétitions (chef de conclusions n o IX). b) aa) La loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé ou de droit public qui sont parties à des cartels ou à d'autres accords en matière de concurrence, qui sont puissantes sur le marché ou participent à des concentrations d'entreprises (art. 2 al. 1 LCart). Est soumise à la loi toute entreprise engagée dans le processus économique qui offre ou acquiert des biens ou des services, indépendamment de son organisation ou de sa forme juridique (art. 2 al. 1bis LCart). La loi appréhende la notion d'entreprise d'un point de vue fonctionnel et économique: est une entreprise au sens de la LCart tout acteur qui participe au processus économique en qualité de producteur de biens ou de services (Lehne, in

Amstutz/Reinert [éd.], Basler Kommentar – Kartellgesetz, Bâle 2010, n. 9 ad art. 2 LCart). Il importe peu que l'entreprise soit active du côté de l'offre ou de la demande (Killias, in Tercier/Bovet [éd.], Commentaire romand – Droit de la concurrence, Bâle 2002, n. 20 ad art. 2 LCart), ou que son activité soit orientée vers la réalisation d'un bénéfice (Lehne, op. cit., n. 12 ad art. 2 LCart). bb) Lorsqu'elles organisent des compétitions, les fédérations sportives sont demandeuses de prestations sportives et offrent aux athlètes la possibilité de participer à ces compétitions (" essential facilities "). Les fédérations sportives offrent également à un large public le spectacle des manifestations sportives – que ce soit à l'intérieur du stade ou par l'intermédiaire des médias – et servent de plate-formes publicitaires (cf. concernant les fédérations sportives: Pachmann, Sportverbände und Corporate Governance, St-Gall 2007, pp. 242 ss; Philipp, Kartellrecht und Sport, Jusletter du 11 juillet 2005, n o 11; Fuchs, Rechtsfragen der Vereinstrafe. Unter Berücksichtigung der Verhältnisse in Sportverbänden, thèse Zurich 1999, pp. 91 ss; Tercier, Le matériel sportif officiel et le sponsoring; aspects de droit de la concurrence, in PJA [Pratique juridique actuelle] 1998 pp. 24 ss, spéc. 27). L'intimée et les fédérations qui lui sont affiliées offrent à tous les niveaux – mondial, continental et national – des prestations qui consistent, notamment, dans l'organisation et la gestion de compétitions de volleyball, professionnel ou amateur, si bien qu'il ne fait guère de doute qu'elles doivent être considérées comme des entreprises au sens de l'art. 2 LCart. Quant à la requérante, elle propose le même genre de prestations que l'intimée, de sorte que la qualité d'entreprise doit aussi lui être reconnue au sens de cette disposition. c) aa) Par entreprises dominant le marché on entend une ou plusieurs entreprises qui sont à même, en matière d'offre ou de demande, de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants du marché, qu'ils soient concurrents, fournisseurs ou acheteurs (art. 4 al. 2 LCart). L'établissement de la position dominante d'une entreprise nécessite la détermination préalable du marché. Celui-ci se définit selon deux critères principaux: le marché des produits et le marché géographique (Clerc, in Tercier/Bovet [éd.], Commentaire romand – Droit de la concurrence, Bâle 2002, n. 55 ad art. 4 al. 2 LCart). Au regard du premier critère, le marché déterminant comprend tous les produits ou services qui ont pour objet de satisfaire une demande déterminée, c'est-à-dire non seulement ceux offerts par l'entreprise elle-même, mais aussi tous ceux que les partenaires commerciaux et/ou les consommateurs considèrent comme suffisamment substituables ou interchangeableables en raison de leurs caractéristiques objectives, de leur prix, de l'usage auquel ils sont destinés et des préférences des consommateurs (DPC [Droit et politique de la concurrence] 2005/4 p. 605 n o 28; Clerc, op. cit., n. 62 ad art. 4 al. 2 LCart). Quant au marché géographique, il comprend le territoire sur lequel les partenaires potentiels de l'échange sont engagés du côté de l'offre ou de la demande pour les produits ou services qui composent le marché de produits (Clerc, op. cit., n. 73 ad art. 4 al. 2 LCart). Lorsque le marché a été délimité, il faut examiner la place de l'entreprise en cause, soit vérifier qu'elle occupe une position dominante. En l'absence de toute concurrence, soit quand existe un monopole de droit ou de fait, il y a nécessairement position dominante (Clerc, op. cit., n. 133 ad art. 4 al. 2 LCart). bb) Le sport organisé est, dans la règle, régi par le principe de l'unicité – " Ein-Platz-Prinzip " ou principe de la représentation unitaire –, d'après lequel il ne peut y avoir, dans chacune des disciplines sportives, qu'un seul organe fédérateur à chaque niveau géographique pour une discipline sportive donnée. Le monopole qu'il confère à la fédération lui donne, à son niveau de compétence – cantonal, régional, national ou international –, l'autorité nécessaire pour gouverner sa discipline sportive (Zen-Ruffinen, Droit du sport, Zurich

2002, n o 103; Pachmann, op. cit., pp. 26 ss; Philipp, op. cit., n os 7, 8 et 35). Le CIO respecte également ce principe (Fenners, *Der Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit im organisierten Sport*, thèse Fribourg, Zurich/Bâle/Genève 2006, nn. 16 ss). cc) Sur le plan suisse, deux décisions cantonales ont reconnu – certes à titre provisionnel – à la Swiss Football League la qualité d'entreprise dominant le marché (Juge délégué du Tribunal cantonal du canton du Valais, 20 octobre 2003, in RVJ [Revue valaisanne de jurisprudence] 2003 pp. 249 ss, spéc. 252 s.; Juge instructeur du Tribunal de commerce du canton d'Argovie, 19 octobre 2004, in CaS [Causa Sport] 2004 p. 243 c. 3.2.1). Le juge délégué de la Cour civile du Tribunal cantonal vaudois a statué dans le même sens concernant les positions de l'association Euromeetings, organisme faîtier au niveau européen pour l'organisation de compétitions d'athlétisme (JD CCIV 24 juin 2011/87 c. III.a), et de l'Union Européenne des Associations de Football (JD CCIV 27 septembre 2011/131 c. VI.c/bb). dd) Le marché de produits pertinent, en l'espèce, est celui de l'organisation de compétitions de volleyball. Il englobe tous les services y relatifs et est illimité dans l'espace. L'intimée est la seule fédération reconnue par le CIO pour gérer, sur le plan mondial, le volleyball. Elle est à même de se comporter de manière essentiellement indépendante par rapport aux autres participants du marché, qu'ils soient concurrents, fournisseurs ou acheteurs. Bien qu'il soit battu en brèche par la requérante, l'intimée dispose d'un monopole de fait, ce qui suffit pour lui reconnaître une position dominante au sens de l'art. 4 al. 2 LCart. Il reste encore à dire si, en excluant de ses rangs les joueurs ayant participé aux compétitions de la requérante, elle abuse de cette position. X. a) aa) En effet, l'existence d'une position dominante n'est pas interdite par la loi sur les cartels, dont les dispositions prohibent uniquement le comportement abusif d'une entreprise en position dominante (Clerc, op. cit., nn. 1 et 58 ad art. 7 LCart). L'art. 7 LCart vise à empêcher qu'une entreprise dominante limite de façon abusive la liberté d'action de ses concurrents ou partenaires commerciaux (fournisseurs, clients) et, par là, affaiblisse la concurrence (RVJ 2003 p. 257). L'application de cette disposition présuppose l'existence d'un lien entre la position dominante et le comportement prétendument abusif (Clerc, op. cit., n. 57 ad art. 7 LCart). Une entreprise abuse notamment de sa position dominante lorsqu'elle entrave l'accès à la concurrence ou son exercice par d'autres entreprises, sans que son comportement ne soit objectivement justifié par des considérations commerciales légitimes ("legitimate business reasons"; cf. Clerc, op. cit., n. 79 ad art.

E. 7

LCart; DPC 1997 p. 501; CaS 2004 p. 242 c. 3.2.3). Dans le domaine du sport, les motifs objectifs pouvant justifier l'entrave ne sont pas exclusivement d'ordre commercial; de tels motifs, purement économiques, tiennent insuffisamment compte des spécificités du sport. Il s'agit donc de prendre aussi en considération les exigences qui sont propres à cette activité humaine, telles que les règles garantissant le déroulement régulier d'une compétition sportive, la sécurité des participants et l'égalité des chances entre concurrents (Philipp, op. cit., n o 36). bb) Une entreprise dominante a le droit de préserver ses propres intérêts commerciaux, lorsque ceux-ci sont attaqués, mais la riposte doit être raisonnable et proportionnée à la menace ou à l'attaque, compte tenu de la puissance économique des entreprises en présence (Clerc, op. cit., n. 145 ad art. 7 LCart). Ainsi, la CJCE (Cour de justice des Communautés européennes; aujourd'hui: Cour de justice de l'Union européenne) a jugé qu'une entreprise dominante qui refuse de livrer ses produits à l'un de ses partenaires commerciaux pour le dissuader de donner la préférence aux produits d'une entreprise concurrente abuse de sa position (CJCE du 14 février 1978, *United Brands Company et cts*

c/ Commission, in Rec. 1978 pp. 209 ss, nos 163 ss). cc) Lorsque l'entrave illicite provient d'une décision ou d'une recommandation d'une association, celle-ci de même que ses membres qui mettent en œuvre cette décision ont qualité pour défendre à l'action en cessation (Reymond, op. cit., n. 37 ad art. 12 LCart). b) L'intimée exclut de ses rangs et ordonne aux fédérations qui lui sont affiliées d'exclure tous les joueurs qui participent aux compétitions organisées par la requérante. On peut y voir une mesure défensive – voire de représailles –, qui entrave indirectement l'accès de la requérante au marché, dès lors que les athlètes qui ont l'ambition de participer à des compétitions de haut niveau organisées par l'intimée et aux Jeux Olympiques seront peu enclins à renoncer à ces perspectives en prenant part aux événements sportifs de la requérante. Du point de vue de la jurisprudence européenne susmentionnée, le procédé paraît discutable. Toutefois, comme on l'a dit, un acte d'entrave n'est abusif que s'il ne peut pas être justifié par des considérations commerciales légitimes et/ou, dans le domaine du sport, par les exigences qui sont propres à cette activité humaine. Dès lors, il s'agirait encore de dire, dans le cadre de cet examen, si le principe de la représentation unitaire (" Ein-Platz-Prinzip "), qui postule qu'une discipline sportive doit être gouvernée par une seule fédération, est propre à justifier les mesures anti-concurrentielles prises par l'intimée. La question peut toutefois demeurer indécise en l'espèce, dès lors que la requête de mesures provisionnelles doit de toute manière être rejetée, pour les motifs qui suivent. XI. a) Comme déjà dit (supra, ch. VI.a), les mesures provisionnelles supposent que le requérant rende vraisemblable que l'atteinte dont il fait l'objet est susceptible de lui causer un préjudice difficilement réparable. Par préjudice, on désigne tant les dommages patrimoniaux (diminution ou non-augmentation de l'actif; augmentation ou non-diminution du passif) que les dommages immatériels (Bohnet, op. cit., n. 11 ad art. 261 CPC; Zürcher, in Brunner/Gasser/Schwander [éd.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Zurich 2011, nn. 18 ss ad art. 261 CPC). Le préjudice est difficilement réparable lorsqu'il est à craindre qu'il ne puisse plus être supprimé au terme d'un procès au fond, ou qu'il ne puisse l'être que difficilement (Treis, in Baker/McKenzie [éd.], Schweizerische Zivilprozessordnung [ZPO], n. 8 ad art. 261 CPC; Schlosser, op. cit., p. 347). Tel est notamment le cas lorsque le dommage risque d'être malaisé à chiffrer ou à prouver, notamment lorsque l'entrave subie par le requérant est de nature à lui faire perdre des clients ou à affaiblir sa position sur le marché (ATF 125 III 451 c. 3c; Cour d'appel du canton de Fribourg, 14 octobre 1998, in Sic! 1999 p. 159 c. 5; Jacobs/Giger, op. cit., n. 17 ad art. 17 aLCart; Reymond, op. cit., n. 69 ad art. 17 aLCart; Hahn, op. cit., n. 11 ad art. 17 aLCart; Schlosser, eod. loc.). Il en va également ainsi lorsque le requérant se dit victime d'un préjudice essentiellement immatériel qui lèse, par exemple, sa réputation ou celle de ses produits (Reymond, op. cit., n. 74 ad art. 17 aLCart). Pour convaincre le juge des mesures provisionnelles que la condition du dommage difficilement réparable est remplie, de simples allégations ne suffisent pas; celles-ci sont en effet impropres à rendre vraisemblable un tel dommage; le requérant doit au contraire fournir des éléments qui sont de nature à corroborer ses dires (Schlosser, op. cit., p. 351 et les réf.). b) Au chapitre du dommage difficilement réparable, la requérante allègue que l'intimée s'en prend de manière méthodique à toutes ses ressources, soit à ses joueurs, ses compétitions, ses sponsors et à la couverture par les médias de ses manifestations (all. 65). Ce faisant, elle paraît confondre l'acte prétendument illicite, d'une part, et le préjudice, d'autre part. Quoi qu'il en soit, comme l'a confirmé le témoin R. _____, les sanctions qu'une fédération sportive dominant le marché inflige aux joueurs qui participent aux compétitions d'une fédération sportive concurrente sont de nature à affaiblir la position de celle-ci sur le marché,

notamment s'agissant du recrutement de joueurs. On ne saurait toutefois se satisfaire de ce seul constat, déduit de l'expérience générale de la vie, pour conclure, in concreto, que la requérante est menacée d'un préjudice difficilement réparable. S'il est vrai que le dommage causé par une entrave à la concurrence est difficile à établir, il incombait à la requérante de rendre à tout le moins plausible, le cas échéant sur la base d'un faisceau d'indices, que les sanctions décidées par l'intimée ont effectivement entraîné des conséquences négatives sur sa position concurrentielle, en particulier en freinant la progression de ses activités. Or la requérante n'a pas satisfait à ce devoir. Elle n'a produit aucun élément de sa comptabilité, ni passé ou actuel, qui aurait permis d'observer une baisse, un ralentissement de l'augmentation, voire une non-augmentation de son chiffre d'affaires; elle n'a pas non plus fait entendre de témoin – par exemple son comptable – sur ces points précis. Bien plus, l'instruction a montré que, depuis sa création, la requérante a vu croître, nonobstant les sanctions de l'intimée, le nombre de ses adhérents et son budget de fonctionnement. Au mois d'octobre 2007, soit près d'un an après sa création, elle enregistrait l'affiliation de cinquante-neuf nations; au mois d'août 2011, elle annonçait environ nonante fédérations nationales affiliées et six à sept millions de joueurs licenciés. Quant à son budget, il est passé de 3'000'000 fr. en octobre 2007 à 10'000'000 fr. en août 2011. Certes, le témoin K. _____ a estimé le budget de fonctionnement de la requérante pour l'année 2012 à quelque 1'000'000 francs. Cependant, la valeur probante de ce témoignage doit être relativisée, dans la mesure où son auteur n'a pas accès à la comptabilité de la requérante. Au demeurant, il apparaît invraisemblable que le budget de la requérante ait été amputé de ses neuf dixièmes entre 2011 et 2012. La requérante n'expose pas les raisons de cette diminution et, à supposer qu'elle soit avérée, il est pour le moins improbable qu'elle puisse être imputée aux actes prétendument illicites de l'intimée, qui ont débuté en 2007 déjà. Par ailleurs, il est établi que la requérante devait organiser, à la fin de l'année 2011, la finale de ses championnats du monde à Abu Dhabi; elle disait pouvoir retirer de cet événement un apport net de 50'000'000 dollars. Certes, la compétition n'a pas eu lieu à la date prévue. De l'aveu même de la requérante, les sanctions de l'intimées n'y sont pour rien. Au surplus, des discussions sont toujours en cours en vue de l'organisation de cette finale en 2012. Sur le vu de ces chiffres, on ne saurait retenir que la requérante a vu sa position concurrentielle amoindrie du fait des mesures prises par l'intimée. Force est de constater qu'elle n'a pas rendu suffisamment vraisemblable l'existence du préjudice qu'elle allègue, ni, au demeurant, le caractère irréparable de celui-ci. Pour ce motif déjà, la requête de mesures provisionnelles doit être rejetée. XII. a) L'octroi des mesures provisionnelles suppose aussi l'urgence. Cette notion, qu'on rattache parfois à celle de préjudice difficilement réparable (Bohnet, op. cit., n. 12 ad art. 261 CPC), est un concept relatif qui se mesure à l'aune de la durée du procès au fond (cf. TF du 28 novembre 1990, in SJ 1991 p. 113 c. 4c; TF 4P.263/2004 c. 2.2; David et al., op. cit., n. 621; Sprecher, op. cit., n. 39 ad art. 261 CPC). C'est en effet uniquement parce qu'une procédure ordinaire, vu sa durée, ne permettrait pas de sauvegarder les droits du requérant et de lui éviter un dommage irréparable que des mesures provisionnelles sont justifiées (Reymond, op. cit., n. 62 ad art. 17 aLCart; Schlosser, op. cit., pp. 361 s.). Le requérant qui tarde à agir risque d'être déchu du droit d'obtenir des mesures provisionnelles; on présumera en effet, que la menace d'un dommage irréparable que seules peuvent écarter de telles mesures, autrement dit le besoin de protection immédiate, fait alors défaut, ou que la requête se heurte à l'art. 2 al. 2 CC (Reymond, op. cit., n. 64 ad art. 17 aLCart et les réf.). On ne saurait toutefois reprocher au requérant d'avoir consacré du temps pour des démarches légitimes, telles que la réunion des

éléments de preuve, l'examen d'un dossier complexe, la recherche d'une solution transigée ou encore l'envoi de lettres de sommation (Schlosser, op. cit., p. 356). La requête ne doit être rejetée que lorsqu'il s'avère qu'une procédure ordinaire, introduite à temps, aurait abouti à une résolution du litige plus ou moins en même temps, ou peu de temps après la demande de protection provisoire (David et al., op. cit., n o 622; Jacobs/Giger, op. cit., n. 18 ad art. 17 aLCart; Schlosser, op. cit., p. 357 et les réf.; Hahn, op. cit., n. 13 ad art. 17 aLCart). b) En l'espèce, la requérante a su dès sa création que l'intimée sanctionnait les joueurs qui participaient à des compétitions qu'elles ne reconnaissait pas. Son président a occupé le poste de directeur général de l'intimée jusqu'au mois d'août 2005; à ce titre, il ne pouvait ignorer ces sanctions qui résultaient d'une décision prise au mois de mars 1996 par le conseil d'administration de l'intimée. En outre, la circulaire de l'intimée du 15 février 2007, qui annonçait les mesures litigieuses, a été transmise en copie à l'organisateur des tournois "Pro Series", que la requérante soutenait. Il faut en déduire qu'à ce moment déjà, elle a su, sans équivoque possible, que l'intimée sanctionnerait les joueurs qui participent à ses compétitions. Or, la requête de mesures provisionnelles n'a été déposée que le 22 novembre 2011, soit près de cinq ans après la création de la requérante, respectivement plus de quatre ans et demi après la première circulaire de l'intimée. En outre, entre la décision de la requérante de saisir les tribunaux civils, prise en congrès le 25 novembre 2010, et le dépôt de la requête de mesures provisionnelles, près d'une année s'est écoulée. Une telle attente, alors que les sanctions continuaient d'année en année à être prises par l'intimée, ou plus précisément par les fédérations nationales qui lui sont affiliées, indique que, pour la requérante elle-même, un besoin de protection immédiat ne se justifiait pas. Dans le cas contraire, celle-ci aurait agi bien plus tôt. Une telle conclusion va dans le sens de ce qui a été dit plus haut au sujet de l'absence de préjudice irréparable (supra ch. XI.b). Au surplus, il n'est pas allégué ni établi, serait-ce au degré de la vraisemblance, que la requérante a retardé le dépôt de sa requête pour privilégier la recherche d'une solution transactionnelle, ni qu'elle ait sommé l'intimée de cesser le comportement incriminé. La réunion des éléments de preuve produits à l'appui de la requête ne suffit pas non plus à justifier un pareil report de plusieurs années. D'expérience, il y a lieu retenir que la requérante, si elle n'avait pas attendu pendant quatre ans et demi, voire cinq ans, aurait été en mesure d'obtenir un jugement sur le fond de ses prétentions à la date du dépôt de la requête de mesures provisionnelles. Il s'ensuit que la condition de l'urgence n'est pas réalisée. Pour ce motif également, la requête doit être rejetée. XIII. Le rejet de la requête s'impose aussi eu égard au principe de proportionnalité. a) Les mesures provisionnelles doivent obéir au principe de la proportionnalité (art. 36 al. 3 Cst. [Constitution fédérale de la Confédération suisse; RS 101]; Treis, op. cit., nn. 17 ss ad art. 261 CPC). La mesure prononcée doit être proportionnée au risque d'atteinte et tenir compte des intérêts de la partie adverse; le juge doit se livrer à une pesée d'intérêts et prendre en compte le droit présumé du requérant à la mesure provisionnelle et les conséquences que celle-ci entraînerait pour le requis (Bohnet, op. cit., n. 17 ad art. 261 CPC; Huber, op. cit., n. 23 ad art. 261 CPC). Lorsque les mesures provisionnelles s'apparentent à des mesures d'exécution anticipée du jugement, les exigences sont particulièrement strictes; dans un tel cas, les chances de succès du requérant dans la procédure au fond doivent être évaluées soigneusement et proportionnellement au préjudice encouru par le l'intimé (Bohnet, op. cit., n. 18 ad art. 261 CPC). Pour admettre des conclusions provisionnelles qui tiendraient lieu d'exécution anticipée du jugement au fond à venir, la position du requérant ne doit pas simplement être rendue vraisemblable; elle doit bien plutôt apparaître comme "évidente et indubitable" (ATF 130 II 149 c. 2.3; ATF 127 II

132 c. 4d; Schlosser, op. cit., p. 359), soit comme prouvée ou manifestement fondée (Schlosser, eod. loc.), du moins quand la mesure a un effet durable, voire définitif (Hohl, Procédure civile, t. II, Zurich 2010, n os 1822 ss, spéc. 1838 à 1848 et les réf.). Selon le Tribunal fédéral, ces exigences élevées ne portent pas seulement sur la vraisemblance comme mesure de la preuve requise, mais aussi sur l'ensemble des conditions d'octroi de la mesure provisionnelle, en particulier sur l'appréciation de l'issue du litige au fond et sur celle des inconvénients que la décision pourrait créer à chacune des deux parties (ATF 131 III 473 c. 3.2). b) Les mesures provisionnelles tendant à la prévention ou à la cessation de l'atteinte illicite constituent des mesures d'exécution anticipée du jugement (Reymond, op. cit., n. 95 ad art. 17 aLCart). c) A ce stade, même si plusieurs éléments plaident en sa faveur, le bien-fondé des prétentions de la requérante demeure incertain. Le préjudice qu'elle allègue, même s'il est théoriquement concevable, n'a pas été rendu vraisemblable, ni du reste son caractère irréparable. Au demeurant, si l'exécution anticipée des prétentions de la requérante était autorisée, l'intimée serait tenue de modifier fondamentalement sa politique à l'égard des compétitions qu'elle n'a pas autorisées. Il en résulterait un impact important et immédiat sur l'ensemble du marché des compétitions de volleyball, qu'un jugement au fond – dans l'hypothèse où il serait favorable à l'intimée – ne pourrait qu'imparfaitement faire disparaître. Dans ces conditions, à supposer que l'intérêt de la requérante à obtenir l'exécution immédiate de ses prétentions ait été rendu vraisemblable, il devrait céder devant celui de l'intimée au maintien provisoire du statu quo. XIV. Les frais sont mis à la charge de la partie qui succombe, soit, en l'occurrence, la requérante (art. 105 al. 1 et 106 al. 1 CPC). Ils comprennent les frais judiciaires et les dépens (art. 95 al. 1 CPC). a) Aux termes de l'art. 28 du tarif du 28 septembre 2010 des frais judiciaires civils (TFJC; RSV 270.11.15), l'émolument forfaitaire de décision pour les contestations en procédure sommaire est fixé, devant la Cour civile, entre 900 et 3'000 fr., montant que le juge délégué peut augmenter jusqu'à concurrence de 30'000 fr., lorsque la cause impose un travail particulièrement important (art. 31 TFJC). En l'espèce, l'émolument forfaitaire de la décision de mesures provisionnelles est arrêté à 5'000 francs. L'émolument forfaitaire de la décision de mesures superprovisionnelles du 23 novembre 2011 est arrêté à 350 francs (art. 30 TFJC). b) Les dépens comprennent les débours nécessaires et le défraiement d'un représentant professionnel (art. 95 al. 3 CPC). En matière patrimoniale, pour les causes instruites et jugées en procédure sommaire, le défraiement de l'avocat est fixé entre 4'000 fr. et 9'000 fr., lorsque la valeur litigieuse se situe, comme en l'espèce, entre 250'001 fr. et 500'000 francs (art. 6 du tarif des dépens en matière civile du 23 novembre 2010 [TDC]; RSV 270.11.6). En l'espèce, compte tenu de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps consacrés à son mandat par l'avocat de l'intimée (art. 3 al. 2 TDC), le défraiement de celui-ci est arrêté à 6'000 fr. et les débours à 300 francs (art. 19 al. 2 TDC). Par ces motifs, le juge délégué, statuant à huis clos et par voie de mesures provisionnelles : I. rejette, dans la mesure où elle est recevable, la requête de mesures provisionnelles déposée le 22 novembre 2011 par la Fédération Mondiale de Volleyball et de Beach Volleyball à l'encontre de la Fédération Internationale de Volleyball. II. met les frais judiciaires, arrêtés à 5'350 fr. (cinq mille trois cent cinquante francs), à la charge de la requérante. III. condamne la requérante à verser à l'intimée Fédération Internationale de Volleyball le montant de 6'300 fr. (six mille trois cents francs) à titre de dépens. IV. déclare la présente ordonnance immédiatement exécutoire. Le juge délégué : Le greffier : F. Byrde J. Maytain Du L'ordonnance qui précède, lue et approuvée à huis clos, est notifiée, par l'envoi de photocopies, aux conseils des parties. La présente ordonnance peut

faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss et 90 ss LTF (loi du 17 juin sur le Tribunal fédéral; RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF). Le greffier : J. Maytain

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