

COUR CIVILE

Ordonnance de mesures provisionnelles dans la cause divisant **Z._____**
SA, à Ecublens, d'avec **L._____**, à Lausanne.

Audience du 17 janvier 2012

Présidence de Mme CARLSSON, juge instructeur
Greffier : Mme Maradan

Statuant immédiatement à huis clos, le juge instructeur considère :

En fait :

1. La requérante Z._____ SA est une société anonyme dont le siège est à [...]. Active dans le domaine de l'optique, elle exploite 21 points de vente en Suisse romande à l'enseigne " [...]".

L'intimée L._____ est une succursale de la [...]. Son siège est à [...]. Son but est la production et la diffusion de programmes de radio et de télévision, d'offres en lignes et d'offres multimédias et toutes les autres activités qui leur sont directement ou indirectement liées.

2. L'intimée diffuse l'émission hebdomadaire d'information à l'intention des consommateurs " A._____" (ci-après : A._____) . Cette émission, produite par F._____, [...] et P._____ est diffusée le mardi soir, à 20h15, sur la chaîne [...]. Elle est ensuite rediffusée le jeudi après-midi de la même semaine sur la chaîne [...], puis quelques semaines plus tard sur la chaîne internationale francophone [...].

Après sa diffusion, l'émission peut être visionnée en tout temps sur Internet, sur le site [...] ou par podcasting. Le site contient également un descriptif écrit de l'émission, illustré par des clichés extraits du reportage filmé.

3. L'émission d'A._____ intitulée "Lunettes optiques : voir clair dans la jungle des offres!", diffusée la première fois le 20 septembre 2011, s'inscrivait dans le contexte de la suppression du remboursement des lunettes optiques prévu par la LAMal. L'émission débute comme il suit :

" **F._____ , présentatrice A._____**

1. Bonsoir à tous.
2. Elles ne sont plus remboursées par l'assurance-maladie de base, vos lunettes. Alors, entre toutes les offres, comment choisir? Test et enquête ce soir pour y voir plus clair.

(...)

4. On le sait, ce qui est gratuit en fait ne l'est pas. Quand une grande chaîne de produits optiques offre une paire de lunettes gratuite pour votre enfant, c'est qu'elle rogne sur sa marge ou qu'elle puise dans son budget marketing.
5. Et c'est ce que certains font depuis janvier 2011, depuis que le Conseiller fédéral [...] a donné son feu vert à une décision qui a soulevé la tollé. Aujourd'hui, la colère n'est pas retombée chez les parents, les médecins, et se pose donc la question du choix des lunettes puisque c'est vous qui payez et que certains opticiens font tout pour vous attirer.
6. Nous les avons comparées ces offres vous allez voir, mais commençons par le commencement.

C._____ , journaliste A._____

7. Avant, c'était 180 francs tous les cinq ans pour les adultes et 180 francs chaque année pour les enfants. Voilà ce que vous remboursait l'assurance-maladie pour vos lunettes. Depuis janvier 2011, c'est 0 franc pour tout le monde. Les lunettes, comme les verres de contact d'ailleurs, ne sont plus du tout remboursés."

L'émission se poursuit par les interviews d'un responsable de l'Office fédéral de la santé publique, de quelques consommateurs et du président de l'association des ophtalmologues genevois sur la question de la suppression du remboursement des lunettes optiques. Puis, le journaliste introduit X._____, Directeur général de S._____, comme il suit :

"(...)

35. Les grandes enseignes d'opticien ont effectivement réagi en baissant leurs prix. Paires de lunettes en action, lunettes d'enfant à prix cassé et même, chez certains, carrément gratuites.
36. Exemple: S._____, le numéro un suisse de l'optique, fait un geste pour les familles et un joli coup commercial.

X._____, Directeur général de S._____

37. Nous avons réagi essentiellement au niveau des enfants puisque là si vous voulez, c'est déjà grave de pas s'équiper en tant qu'adulte ou avoir un frein à l'équipement, mais pour un enfant c'est beaucoup plus grave. Ça peut avoir des conséquences au niveau du développement de l'enfant, au niveau de sa scolarité et là, nous avons effectivement remplacé le remboursement par un rabais, d'un montant équivalent de 180 francs pour toutes les lunettes enfant jusqu'à 18 ans. Nous avons été les premiers à réagir et cette mesure a été passablement répercutée dans les médias, donc, c'est vrai qu'aujourd'hui nous remarquons qu'il y a une augmentation du chiffre des lunettes enfant.

C._____, journaliste A._____

38. Oui, et puis bon, indirectement si les enfants viennent chez vous, ça peut aussi attirer les parents?

X._____, Directeur général de S._____

39. Alors exactement, tout à fait. Donc, c'est vrai que ça peut être aussi intéressant au niveau de la fidélisation familiale. Tout à fait.

C._____, journaliste A._____

40. Donc il y a vraiment un aspect publicitaire.

X. _____, Directeur général de S. _____

41. On peut dire qu'il y a un aspect publicitaire.

(...)"

La parole est ensuite donnée à un petit opticien indépendant, à quelques consommateurs, ainsi qu'à des représentants du [...] et de [...], qui décrivent en substance l'évolution des comportements de consommation, en particulier pour les familles dont les revenus sont modestes.

Dans la deuxième partie de l'émission, [...], conservatrice du musée de la lunette de [...], expose brièvement l'histoire de la lunette de la fin du 13^{ème} siècle à nous jours. Cet exposé est complété par quelques séquences d'archives datant des années 1970 et par les interviews d'un directeur d'usine de production de lunettes moderne et d'un opticien à la retraite.

La dernière partie de l'émission est consacrée à une enquête menée par une enquêtrice d'A. _____ :

" F. _____, présentatrice ABE

133. On peut ajouter que le prix d'une monture est aussi influencé par sa matière. Du titane coûte plus cher évidemment que du plastique. La marge de l'opticien sur une monture de marque varie aussi passablement. Nous l'avons vérifié avec huit opticiens dans le canton de Genève. La même monture " [...] original way fair" peut passer de 190 francs à 300 francs ou une monture " [...]" varie entre 236 francs en action, et 456 francs, selon chez qui vous l'achetez à Lausanne. Et puis le prix des verres, lui aussi, dépend de la correction. Donc, ça fait beaucoup de paramètres qui rendent la comparaison des prix et des offres assez complexe, mais nous avons mené l'enquête en nous mettant tout simplement dans la peau d'une consommatrice *lambda* qui a un léger problème de vue : myopie et astigmatisme.

C. _____, journaliste A. _____

134. C'est un parcours que connaissent bien 7 suisses sur 10. L'achat d'une paire de lunettes, ça commence par un examen

de la vue et la lecture de petites lettres, de toutes petites lettres.

135. Etape suivante, le choix des montures. Deux mille montures en rayon, pas facile de s'y retrouver. Ensuite on vous mesure l'écart entre les pupilles; c'est le moment high-tech. Et puis on passe aux verres, là aussi ça peut aller de 40 francs pour une paire de verres simples jusqu'à 1'200 francs pour les plus sophistiquées. Design, prix, qualité du service... Comment choisir?
136. Après avoir passé un examen chez un ophtalmologue, une enquêtrice d'A._____ s'est rendue anonymement dans huit enseignes en Suisse romande, elle a aussi commandé une paire de lunettes sur Internet et a visité deux opticiens en France voisine.

J. _____, enquêtrice d'A. _____

137. Je me mettais dans la peau du consommateur, je voulais changer de paire de lunettes. Je voulais savoir déjà si il y avait vraiment besoin au niveau ophtalmologique et puis j'avais envie de changer de look. Bon, j'ai décidé de prendre des paires de lunettes "tendance", toutes simples en plastique noir, comme on en trouve beaucoup aujourd'hui.

(...)

F. _____, présentatrice A. _____

142. Alors maintenant P. _____, le gros morceau, si je puis dire, c'est la facture totale qu'a payée à chaque fois notre enquêtrice consommatrice. Je vous rappelle ce qu'elle a demandé à chaque fois, nous étions au mois de mai dernier : une paire de lunettes simple en plastique noir, un peu tendance qui lui aille bien, évidemment. A partir de là, elle s'est laissée conseiller et guider par l'opticien ou le vendeur.

P. _____, journaliste A. _____

143. Oui, alors résultat pour un examen de la vue, monture simple, des verres antireflets. Le plus cher des dix opticiens que notre enquêtrice a visité c'est [...] à [...]. Monture proposée [...] à 292 francs, verres 278 francs, prix total, y compris l'examen de la vue et le montage des verres : 625 francs.

F. _____, présentatrice A. _____

144. Une offre un peu moins chère maintenant chez [...] à [...] : une monture [...] à 241 francs, des verres pour 258 francs, prix total : 589 francs et une offre [...] proposait en mai dernier une deuxième monture pour vous et une tierce personne, et si vous la prenez, et bien il faut savoir, il faudra payer les verres.

P. _____, journaliste A. _____

145. Oui et le prix total que notre enquêtrice a payé chez [...], côté français est moins élevé, on s'en doute - il lui a été proposé une monture nettement moins chère.

F. _____, présentatrice A. _____

146. Côté suisse, [...] et [...] qui sont donc les deux plus chers de notre groupe de sonde. En troisième position, voici [...] à Delémont, une monture [...] à 200 francs, des verres toujours antireflets à 258 francs et un total de 504 francs. [...] offre soit une réduction de 50 francs, soit pour 1 franc de plus, vous avez une deuxième paire pour vous. Lunettes de vue ou solaires corrigées sans antireflets, là les verres sont aussi offerts. Notre enquêtrice a choisi la deuxième paire et vous ne serez pas surpris d'apprendre qu' [...] côté français, et bien là la facture était moins chère.

P. _____, journaliste A. _____

147. Et oui, il faut préciser aussi que chaque opticien propose des assurances ou des garanties différentes, ce serait un peu trop long de les détailler mais vous les trouverez sur notre site Internet.

F. _____, présentatrice A. _____

148. De moins en moins cher, maintenant, [...]. On va chez Z. _____ SA à [...], une monture qui tombe à 248 francs, des verres à 188 francs, une facture totale de 486 francs. Là, pas d'offre de réduction ou de deuxième paire de lunettes en mai dernier.

P. _____, journaliste A. _____

149. Oui, c'est vraiment la jungle pour comparer tout ça, alors en 5^{ème} position, du plus cher au moins cher, nous avons [...] à [...], alors là c'est une monture [...] à 205 francs, 190 francs de verres et une facture totale pour notre enquêtrice de 445 francs, et pas d'offre spéciale en mai dernier.

F. _____, présentatrice A. _____

150. Un petit peu moins cher encore, 6 francs de moins, c'est toujours ça : la facture totale chez [...] à [...], une monture [...] à 219 francs, des verres pour 180 francs, prix total 439 francs, pas d'offre spéciale en mai dernier.

P. _____, journaliste A. _____

151. Oui et en septième position, nous avons [...] à [...]. Notre enquêtrice s'est vue proposer une monture à 179 francs, des verres pour 250 francs, ça c'est pas donné, et puis une facture totale de 409 francs. S. _____ offrait en mai dernier, soit 50 francs de réduction, ce que nous avons choisi, soit une deuxième paire de lunettes."

Suit une nouvelle intervention du directeur général de S._____ :

" **F._____**, présentatrice **A._____**

152. (...) C._____ a demandé au Directeur général de S._____ Suisse si ces lunettes offertes sont de la même qualité que celles que nous payons. Sa réponse est intéressante :

X._____, Directeur général de **S._____**

153. Quand les montures sont offertes, dans toutes les grandes chaînes, se seront quand même des montures qui ne sont pas des montures de marque, qui sont une sélection de montures qui, effectivement, au niveau du prix de revient, est inférieure par rapport à d'autres montures de marque.

C._____, journaliste **A._____**

154. Et au niveau de la qualité? Est-ce qu'on peut avoir autant confiance dans la deuxième paire de lunettes que dans la première?

X._____, Directeur général de **S._____**

155. Alors, je pense qu'au niveau de la qualité, il y a quand même des écarts, y a pas des énormes écarts, mais je pense qu'il y a un certain écart au niveau de la qualité des produits, au niveau du design. Il est clair que vous n'observez pas la même chose que dans des lunettes de marque.

C._____, journaliste **A._____**

156. Et au niveau des verres?

X._____, Directeur général de **S._____**

157. Euh... au niveau des verres ce sont souvent des verres simples qui sont offerts, sans toutes les options qu'on pourrait avoir... disons que c'est vrai que la deuxième paire c'est pas la panacée, mais par contre, comme paire de secours, il est vrai que bon, c'est tout à fait acceptable.

F._____, présentatrice **A._____**

158. Cette paire offerte est donc bien à considérer comme une paire de secours et vous aviez peut-être entendu mercredi dernier dans le TJ de 19h30 que S._____ a baissé de 30 % le prix de certaines montures, conséquence de la chute de l'euro.

P._____, journaliste **A._____**

159. Et oui, après S._____ notre enquêtrice a payé ses lunettes tendance en plastique noir chez [...] à [...]. Alors nous avons une monture [...] à 145 francs, des verres à 151 francs et une facture totale, frais inclus, F._____, de 321 francs seulement.

C'est l'opticien avec pignon sur rue le moins cher de notre coup de sonde. [...] à [...], par contre, n'a pas fait d'offre spéciale.

F. _____, présentatrice A. _____

160. Avec pignon sur rue, vous avez bien fait de le préciser P. _____, parce qu'il reste une possibilité, celle de commander ses lunettes sur Internet, ce que nous avons fait sur le site [...]. Il faut compter huit jours de délai. Nous avons reçu une paire de la marque [...] et une facture totale de 140 francs au cours de l'euro en juin dernier, frais de livraison compris. C'est pas cher, il faut bien l'avouer, mais il y a des inconvénients : à la commande vous devez calculer vous-même l'écart de vos pupille, ce qui n'est pas évident, et après impossible d'aller faire régler ces lunettes, alors que tous les opticiens assurent un service après-vente. Sans oublier que sur la paire que nous avons commandée par Internet, le labo a repéré un défaut, et oui, parce que nous avons aussi fait vérifier la qualité de toutes ces paires de lunettes. Verdict du laboratoire :

C. _____, journaliste A. _____

161. Nous avons apporté nos 13 paires de lunettes à [...], dans un laboratoire spécialisé dans l'optique. Vérification de la correction, qualité des verres, solidité des branches et des montures. Le résultat global est bon. Les 13 paires respectent les normes européennes de qualité, mais la responsable de l'étude a tout de même noté, sur deux des paires, un problème d'ajustement des branches.

I. _____, Physicienne, responsable de l'étude

162. On a vérifié que sur les 13 références qu'on a reçues, il y en avait donc 11 qui étaient alignés sur un plan horizontal, au niveau donc de la monture et des branches, voilà, qui étaient stables, et il y a deux paires qui sont donc....

C. _____, journaliste ABE

163. Qui basculent...

I. _____, Physicienne, responsable de l'étude

164. Voilà, où on a la branche en fait gauche qui est légèrement au-dessus.

C. _____, journaliste ABE

165. Il s'agit des lunettes de la marque [...] que nous avons achetées chez Z. _____ SA à [...], ainsi que les lunettes de la marque [...] que nous avons achetées chez [...], à [...] en France voisine.

I. _____, Physicienne, responsable de l'étude

166. On peut penser qu'il va y avoir un problème et que la personne risque de revenir en disant : "elle ne me tient pas de ce côté-ci,

j'ai la paire de lunettes qui glisse quand je bouge la tête". Il faudra donc la faire à nouveau ajuster.

C. _____, journaliste ABE

167. Autre problème pour cette paire de lunettes [...], achetée sur Internet, sur le site [...], qui ont mal supporté l'un des tests réalisés.

I. _____, Physicienne, responsable de l'étude

168. C'est un test qui a été réalisé selon une norme européenne où on va aller frotter le verre, ça simule en fait l'usage quotidien que peut avoir le consommateur quand il nettoie ses lunettes. Sur la face externe, donc, de l'œil gauche, eh bien il y a des rayures qui restent apparentes et qui en fait gênent la vision du consommateur, parce que bon, ça ne se voit pas de suite, mais en fait, voilà, on sait qu'il y a une rayure qui apparaît."

Le mot de la fin est laissé à F. _____, qui conclut l'émission comme il suit :

"169. Une rayure c'est quand même embêtant! Pour revenir à votre porte-monnaie et au problème de départ, le non remboursement de ces 180 francs chaque année pour les enfants et tous les cinq ans pour les adultes, et bien certains opticiens proposent des rabais substantiels de façon à attirer toute la famille. Formidable, la mesure de [...] aurait donc atteint son but? Oui, mais dans un court terme, parce que ces offres ne vont pas forcément durer, c'est une politique de marketing à bien plaisir qui peut s'arrêter du jour au lendemain et qui ne couvre pas tout le territoire."

4. Le mandat d'analyse et de test des paires de lunettes acquises au cours de l'enquête a été confié à un laboratoire international A.Y. _____, leader mondial sur les marchés de l'analyse des produits agro-alimentaires et pharmaceutiques.

L'intimée allègue que l'émission " A. _____ " travaille avec le groupe auquel appartient le laboratoire en question depuis 1983 et que cette collaboration n'a jamais posé de problèmes. Elle précise que les tests technologiques ont été réalisés par la division optique du laboratoire selon les normes internationales en vigueur et aux frais de l'émission.

5. L'émission d'A. _____ du 20 septembre 2011 a été rediffusée l'après-midi du jeudi 22 septembre 2011 sur la chaîne [...] et le dimanche 2 octobre 2011 au matin sur [...]. Sur le site [...], 16'505 ouvertures de visionnage ont été comptabilisées au total pour l'émission litigieuse, dont 82 % ont eu lieu au cours des trois semaines qui ont suivi la première diffusion de l'émission. Par la suite, l'intérêt des internautes a diminué, mais l'émission continue à être visionnée. Les représentants de l'intimée ont déclaré que le nombre d'ouvertures de visionnage de l'émission avait légèrement augmenté au cours des quelques jours ayant précédé l'audience, vraisemblablement en raison de la récente médiatisation du litige dans la presse ([...]). Interpellée, la requérante a admis être à l'origine de cette médiatisation, expliquant qu'elle avait agi de la sorte pour rétablir son image. L'hyperlien relatif à l'émission apparaît d'ailleurs toujours dans la première page de recherche sur le moteur de recherche [...], sur la base des mots clé : "achat lunettes".

Interpellés lors de l'audience de ce jour sur la durée de visibilité de l'émission sur le site [...], les représentants de l'intimée ont déclaré que cette dernière faisait procéder régulièrement à une épuration des diverses émissions publiées, en fonction de leur intérêt pour le consommateur. Elle a précisé que pour des émissions traitant de sujets fortement liés à l'actualité, comme c'était le cas de l'émission litigieuse, la durée de visibilité était de 1,5 à 2 ans, respectivement une année pour le podcasting.

6. Après avoir pris connaissance du contenu de l'émission litigieuse, la requérante a mandaté la société [...] pour comparer ses prix avec ceux des principales enseignes concurrentes de Suisse romande.

L'enquête a été effectuée par sondages téléphoniques, entre le 21 septembre et le 4 octobre 2011. 158 magasins ont été appelés, parfois à plusieurs reprises, pour un total de 258 appels. Lors de chaque appel, le prix de deux montures (parmi 16 montures identiques sélectionnées) a été demandé. La société enquêtrice a pris soin de définir si les prix proposés étaient standards ou promotionnels.

Selon ce sondage, les prix le plus bas en moyenne sont ceux pratiqués par la requérante et [...], alors que les produits des sociétés [...] et S._____ sont les plus chers du groupe testé. Le rapport ne précise pas quels sont les points de vente concernés. Il n'y a pas non plus de distinction entre les prix des montures et celui des verres ou du montage.

7. La requérante a saisi l'Organe de médiation de la RTS d'une plainte par courrier 21 octobre 2011.

Par lettre du 2 novembre 2011, le médiateur pour la radio-télévision suisse romande a déclaré cette plainte irrecevable en raison de sa tardiveté.

8. Par courrier du 28 octobre 2011, le conseil de la requérante a écrit à l'intimée notamment ce qui suit :

"(...) Le 20 septembre 2011, l'émission A._____ ("A._____") a été consacrée au marché de l'optique en Suisse romande, avec pour objectif affiché d'amener les téléspectateurs à y "*voir clair dans la jungle des offres*".

Ma mandante a été particulièrement surprise par le contenu de cette émission et notamment par les résultats de l'enquête menée par votre collaboratrice J._____, qui s'est présentée dans différents points de vente de Suisse romande en disant vouloir acquérir "une paire de lunettes [optiques] en plastique noir, plutôt tendance et qui lui aille bien".

L'émission a ensuite établi un "classement" mettant en avant le prix payé pour chaque monture achetée par votre employée, ainsi que pour les verres optiques qui y étaient montés. Or, la paire de lunettes acquise auprès de Z._____ SA ne figure pas en bonne posture dans ce "classement" et pour cause : le choix de la collaboratrice de la [...] s'est porté sur une monture à CHF 248.-, alors que ma mandante propose des montures "tendance" à partir de CHF 39.-, ce qui n'a en aucun cas pu échapper à votre journaliste, dès lors que ce prix bas permanent est annoncé par des affiches largement visibles en vitrine et placardé dans les points de vente Z._____ SA.

Un étrange traitement de faveur semble en outre avoir été réservé à S._____, au point que plusieurs séquences de l'émission incriminée confinent au publireportage.

Ainsi :

- S._____ est présentée comme "*le numéro 1 en Suisse*", puis citée en exemple pour avoir, prétendument, décidé "d'offrir

des paires de lunettes aux enfants" afin de compenser les restrictions adoptées le 1^{er} janvier 2011 par l'abrogation de certaines dispositions de la LAMaL. S._____ n'offre en réalité pas de paire de lunettes aux enfants, mais un rabais de 180.- sur leur prix, ce qui n'est pas du tout la même chose quand on sait que cette enseigne pratique des prix plus élevés que la moyenne....

- La publicité gratuite ainsi offerte à S._____ se poursuit par deux interviews accordées à X._____, Directeur de S._____, qui s'attache, en début et en fin d'émission, à vanter les qualités de S._____, dont il affirme à tort qu'elle aurait été la première à réagir à la modification légale intervenue le 1^{er} janvier 2011, en offrant des rabais substantiels sur les lunettes pour enfants. En réalité, Z._____ SA a été ce précurseur, en offrant dès le début de l'année 2011 des prix promotionnels destinés à compenser en partie la suppression de la prise en charge forfaitaire des frais d'optique. En outre, et c'est inadmissible, aucune des enseignes citées dans le reportage n'a eu droit à la parole, à l'exception de S._____.
- En examinant le "classement" final établi par A._____, on constate qu'en réalité, S._____ commercialise ses verres optiques à un prix plus élevé que la plupart de ses concurrents. De manière surprenante, cette différence de prix est escamotée dans le reportage, qui indique que S._____ - toujours elle - offrirait un "rabais" de CHF 50.- ou encore une paire de lunettes supplémentaire gratuite à ses clients. Mme F._____ ajoute en fin d'émission, que S._____ aurait "répercuté la baisse de l'euro" sur le prix d'une parties de ses produits, en offrant un rabais supplémentaire de 30 %. Les offres spéciales des autres acteurs de l'optique en Suisse romande sont à peine mentionnées, et même totalement passées sous silence dans le cas de Z._____ SA, qui propose pourtant des montures de qualité à un prix bas permanent de CHF 39.-. Ainsi, à plusieurs reprises, l'émission incriminée avantage-t-elle S._____ au détriment de ses concurrents, et ce d'une manière qui ne peut être qu'intentionnelle.

Outre la comparaison des prix opérée par l'émission, certains prétendus "défauts" qualitatifs sont également évoqués. A cet égard, il est péremptoirement annoncé aux téléspectateurs que la paire de lunettes acquise auprès de Z._____ SA se serait avérée "mal ajustée au niveau des branches", sans pour autant que des explications soient fournies quant à la méthode utilisée pour parvenir à ce constat, au demeurant contesté par ma mandante.

Mise en cause quant à la qualité de ses produits et mal notée en référence aux prix qu'elle pratique, ma mandante n'a cependant pas eu l'occasion de s'exprimer au cours de l'émission, contrairement à S._____ qui fait longuement sa promotion par la voix de son Directeur, pour des raisons que je me permets de vous suggérer d'élucider sans tarder.

En raison de la diffusion et des rediffusions de cette émission, y compris sur [...], donc dans le monde entier, Z._____ SA a dû faire face à de nombreuses critiques totalement injustifiées. Plusieurs personnes ont décommandé le rendez-vous qu'elles avaient pris auprès des différents points de vente, poussées qu'elles étaient à

choisir la concurrence. Ma mandante observe par ailleurs une régression du chiffre d'affaires depuis le début du mois d'octobre 2011.

Afin d'éviter que le préjudice causé à ma mandante ne s'aggrave encore, je vous prie d'ordonner le retrait de l'émission litigieuse de votre site (. [...]), ce qui me paraît être le geste de bonne volonté minimum qu'on peut attendre d'une entreprise se voulant "service public", dès lors que les errements de l'émission sont manifestes.

(...)"

L'intimée a répondu par un courrier du 16 novembre 2011. Elle a rappelé que l'approche éditoriale de l'émission était de tester et de comparer la qualité des produits ainsi que la prestation de conseil proposée par les vendeurs. Quant aux résultats de l'enquête effectuée, elle s'est déterminée comme il suit :

"Les résultats de l'enquête présentée dans l'émission - établis sous la forme d'un classement des paires de lunettes en fonction du prix dans un ordre décroissant - sont le reflet exact et scrupuleux des offres faites à l'enquêtrice d'A. _____.

(...)

Concernant plus particulièrement la paire de lunettes acquise dans le magasin Z. _____ SA de [...] et contrairement à ce que vous indiquez, ce n'est pas notre enquêtrice qui a porté son choix sur une monture [...] à CHF 248.- avec des verres à CHF 188.-, mais c'est bien le vendeur de votre mandant qui lui a conseillé, puis vendu cette paire de lunettes pour un prix total de CHF 486.- (CHF 248.- + CHF 188.- + CHF 50.- de montage). La prestation facturée correspond donc à ce que le vendeur du magasin estimait approprié de proposer à notre enquêtrice pour répondre à ses attentes, en termes de produit et de service. Si votre mandant offre, comme vous le soulignez, des réductions spéciales et des prix bas permanents, le vendeur n'a toutefois pas jugé utile d'en faire profiter notre enquêtrice lors de sa visite au mois de mai 2011 dans le magasin Z. _____ SA à [...].

(...)"

L'intimée a ensuite réfuté toute accusation de publicité en faveur de la société S. _____, expliquant ce qui suit :

"En premier lieu, si le classement tient compte d'un rabais de CHF 50.- et évoque l'alternative de la seconde paire gratuite pour la paire de lunettes acquise chez S. _____, c'est que ces offres ont été concrètement proposées à notre enquêtrice lors de son passage chez cet opticien. Par ailleurs, il aurait été en outre parfaitement incompréhensible pour les téléspectateurs que la rédaction

d'A. _____ ne s'intéresse pas à la qualité de la deuxième paire gratuite (...).

En second lieu, l'information sur le positionnement commercial de S. _____ en Suisse provient des chiffres que nous ont transmis l'Association Suisse de l'Optique (ASO). D'après cet organisme professionnel, S. _____ est bien le numéro 1 en Suisse avec 88 points de vente et 800 collaborateurs au sein de l'entreprise, ce qui représente plus de 25 % du marché des lunettes optiques.

Au regard de la suppression dans l'assurance-maladie de base du remboursement forfaitaire des frais d'optique (...), il était en outre intéressant de relever le fait que S. _____, dans le but d'attirer comme clientèle tout la famille, base une grande partie de sa publicité sur sa réduction de CHF 180.- sur les paires de lunettes pour enfants. L'émission ne manque toutefois pas de préciser en fin de sujet que ces rabais sont de la politique de marketing à bien plaisir qui peut s'arrêter du jour au lendemain et que c'est donc probablement bien le consommateur au final qui supportera économiquement la suppression du remboursement par la LAMal.

Enfin, à la date de diffusion du sujet, la baisse vertigineuse de l'euro et ses conséquences sur l'économie suisse faisait l'actualité dans tous les médias suisses. La question de la répercussion de la baisse de l'euro sur les produits importés étant une question centrale pour les consommateurs suisses, il était dès lors parfaitement naturel qu'un magazine de consommation comme A. _____ évoque, dans un sujet consacré au prix des prestations de lunetterie, le rabais de 30 % annoncé par S. _____ pour tenir compte de la baisse de l'euro, étant donné le peu d'entreprises ayant annoncé des répercussions à la baisse sur le prix en francs suisses."

Enfin, toujours dans le même courrier, l'intimée a expliqué que le laboratoire d'optique mandaté pour tester la qualité des produits achetés était spécialisé dans les tests de lunettes et que toutes les lunettes avaient été manipulées de la même manière. Elle a ajouté que le dérèglement des branches de certaines paires de lunettes était un fait que le téléspectateur était à même de considérer comme un fait technique sans gravité.

9. Dans une lettre du 7 décembre 2011, le conseil de la requérante a encore écrit ce qui suit :

"(...) Alors même que le prix ne constituait pas un critère de choix, vous admettez pourtant avoir établi "un classement des paires de lunettes en fonction du prix dans un ordre décroissant". Nécessairement arbitraire dans son résultat, cette méthodologie a incontestablement eu pour effet de fausser les rapports de concurrence, toute en induisant les téléspectateurs en erreur, dès

lors que leurs choix futurs seront orientés en fonction d'un critère qui n'était pas prévu initialement.

Je note à ce propos que les indications figurant sur votre site quant aux résultats de ce que vous appelez une "enquête" en France voisine n'ont pas été intégrés au "classement", ce qui est en soi révélateur du peu d'objectivité de la méthode utilisée.

Vous contestez, en second lieu, avoir accordé un traitement préférentiel à S._____, ce qui est à l'évidence contredit par la retranscription de l'émission, qui confirme sans contestation possible qu'un temps de parole particulièrement "généreux" a été offert à S._____, sans préjudice des commentaires carrément promotionnels que Mme F._____ et M. C._____ ont également réservés à cette enseigne.

En outre, votre courrier n'explique pas pourquoi une longue interview, complaisante dans le ton et dans la forme, a été dévolue au directeur de S._____, alors qu'aucune des grandes enseignes concurrentes n'a eu le droit à la parole.

En dernier lieu, ma mandante maintient que les critiques relatives à l'ajustement des montures qu'elle a fournies dans le contexte de l'émission ne reposent sur aucun fondement et que seul un contrôle sur le visage de l'enquêtrice d'A._____ aurait permis de déterminer objectivement si celles-ci avaient été correctement ajustées ou non. Une telle critique infondée ne saurait en aucun cas être atténuée ou contrebalancée par les qualités "*globalement bonnes*" des verres et des montures fournies par l'ensemble des prestataires, dès lors que ceux-ci n'ont - à deux exceptions près - pas fait l'objet de remarques particulières.

Par courrier du 19 décembre 2011, l'intimée a répondu notamment ce qui suit :

"(...)

1. L'objectif de l'émission

L'émission " A._____ " est une émission d'information à l'attention des consommateurs. Son objectif est d'appréhender les situations concrètes auxquelles sont confrontés les téléspectateurs. Le souci premier d'un consommateur, lorsqu'il acquiert une paire de lunettes - une nécessité partagée par 70 % de la population suisse - est le prix que cet achat va lui coûter, ainsi que le modèle de lunettes qui va lui être proposé par le vendeur. L'enquête, telle qu'elle a été menée par nos équipes, traduit donc parfaitement la réalité vécue au quotidien par le consommateur : celui-ci a une idée de ce qu'il voudrait comme genre de monture, puis le vendeur le guide vers une paire de lunettes censée lui convenir, et lui fait bénéficier ou pas des offres promotionnelles proposées par l'enseigne. L'émission met donc en évidence les résultats d'une enquête comparative sur la qualité des prestations et des conseils distillés par les vendeurs de lunettes, et leur propension incontestable à orienter les consommateurs vers des lunettes plutôt chères. Il est donc parfaitement logique, pour la clarté du propos, de présenter aussi les résultats de cette enquête en fonction du critère du prix.

Nous soulignons en outre que l'enquête entreprise en mai et juin dernier ainsi que la présentation des résultats respectent en tous points les directives techniques et scientifiques relatives aux enquêtes et tests comparatifs, lesquelles sont définies par les protocoles du Bureau Européen des Unions de Consommateurs (BEUC), organisme reconnu regroupant vingt-sept organisations privées. Ces directives, sur lesquelles se base également la Fédération Romande des Consommateurs (FRC), prévoient notamment (i) un achat anonyme ainsi que des tests (ii) effectués par un laboratoire indépendant (iii) financés par l'enquêteur lui-même.

Enfin, contrairement à ce que vous avancez sur l'enquête menée en France voisine dans deux établissements, les résultats obtenus sont bel et bien intégrés dans l'émission et visibles sur le site Internet de l'émission.

2. Le prétendu traitement de faveur réservé à

S. _____

S'agissant de vos considérations sur le temps de parole offert à S. _____, nous rappelons ici que l'émission " A. _____ " n'est pas une émission de débats politiques avec un temps de parole chronométré, mais un magazine d'information qui repose sur un mandat éditorial précis, avec des enquêtes, des tests, des reportages et des interviews. Une deuxième paire gratuite ayant été proposée à notre enquêtrice lors de son passage chez S. _____, la rédaction d'A. _____ se devait de renseigner les téléspectateurs sur la qualité de cette seconde paire. L'interview donnée par le directeur de S. _____ est en outre loin d'être "complaisante", dès lors qu'y est fait l'aveu que la qualité de cette deuxième paire offerte est toute relative, et assurément inférieure à la première qu'elle accompagne.

Quant à l'évocation par les journalistes F. _____ et C. _____ du rabais de 30 % annoncé au moment de la diffusion par S. _____ pour tenir compte de la baisse de l'euro, nous estimons que cette information s'inscrit pleinement dans le mandat éditorial de l'émission et répond à un réel besoin d'information du consommateur suisse, la répercussion de la baisse de l'euro sur les produits importés étant une question centrale pour ceux-ci.

3. Les observations du laboratoire spécialisé en

optique

Concernant les informations relatives à l'ajustement des montures, l'émission retranscrit fidèlement les résultats observés par le laboratoire d'optique européen mandaté. Ces mesures de contrôle ont été effectuées selon les normes suisses et européennes en vigueur par un organisme spécialisé et reconnu. L'objectivité de ces résultats ne peut donc être remise en cause.

(...)"

10. Par requête de mesures provisionnelles déposée le 16 décembre 2011 devant le juge délégué de la Cour civile du Tribunal cantonal, la requérante Z._____ SA a pris contre l'intimée L._____, les conclusions suivantes :

"Principalement

1.-

Ordonner à L._____ le retrait du site de la Citée [...] de l'émission A._____ diffusée le 20 septembre 2011 sur ses antennes.

2.-

Dire que la présente injonction est prononcée sous la menace des peines prévues à l'article 292 CPS.

3.-

Dispenser Z._____ SA de fournir des sûretés.

4.-

Condamner L._____ en tous les frais judiciaires et dépens.

Subsidiairement

5.-

Ordonner la comparution personnelle des parties.

6.-

Ordonner en tant que de besoin l'audition du témoin suivant :

- Mme [...] (collaboratrice au sein de la rédaction de l'émission A._____), domiciliée [...]."

Dans son mémoire du 16 janvier 2012, l'intimée a conclu au rejet des conclusions de la requête de mesures provisionnelles.

En droit :

I. La requérante invoque une violation de l'art. 3 let. a et e LCD (loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale; RS 241). Elle reproche en particulier à l'intimée d'avoir établi un classement basé uniquement sur le prix des lunettes alors que les critères de l'enquête étaient divers et ne pouvaient pas donner lieu à une comparaison, d'avoir injustement dénigré sa prestation en présentant des résultats de tests de laboratoire non pertinents et d'avoir favorisé l'entreprise concurrente S._____. Elle prétend avoir subi une atteinte à son crédit professionnel ainsi qu'une baisse de son chiffre d'affaires.

L'intimée s'oppose aux conclusions de la requérante. Elle considère que le contenu de l'émission litigieuse et sa présentation sont licites et que l'intérêt du public est d'avoir accès à ces informations, raison pour laquelle elle souhaite maintenir la visibilité de l'émission sur le site [...] pendant la durée usuelle pour ce type de sujet.

II. En vertu de l'art. 60 CPC (Code de procédure civile du 19 décembre 2008; RS 272) le tribunal doit examiner d'office sa compétence.

a) L'art. 13 CPC prévoit que, sauf disposition contraire de la loi, le tribunal impérativement compétent pour ordonner des mesures provisionnelles est le tribunal compétent pour statuer sur l'action principale (let. a), ou le tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée (let. b).

En vertu de l'art. 36 CPC, le tribunal du domicile ou du siège du lésé ou du défendeur ou le tribunal du lieu de l'acte ou du résultat de celui-ci est compétent pour statuer sur les actions fondées sur un acte illicite. Sont de telles actions notamment celles qui reposent, comme en l'espèce, sur une violation de la loi contre la concurrence déloyale (Haldy, Code de procédure civile commenté, n. 2 ad art. 36 CPC).

La requérante (lésée) a son siège à [...]. Les tribunaux vaudois sont donc compétents pour connaître d'une action au fond et, par

conséquent, de la présente requête de mesures provisionnelles. Au demeurant, l'intimée, qui s'est présentée à l'audience du 17 janvier 2012 sans émettre de réserve, a tacitement accepté la compétence des tribunaux vaudois (cf. art. 18 CPC).

b) Le canton de Vaud a institué la Cour civile du Tribunal cantonal en tant qu'instance devant connaître des litiges portant sur les causes pour lesquelles le droit fédéral impose une instance cantonale unique (art. 74 al. 3 LOJV [loi d'organisation judiciaire du 12 décembre 1979, RSV 173.01]). C'est notamment le cas en matière de concurrence déloyale, lorsque la valeur litigieuse dépasse 30'000 francs (art. 5 al. 1 let. d CPC). Par ailleurs, lorsque la loi désigne une autorité collégiale pour statuer sur le fond, le juge unique désigné par la cour est compétent pour statuer dans les affaires auxquelles s'applique la procédure sommaire (art. 43 al. 1 let. e CDPJ [Code de droit privé judiciaire vaudois du 12 janvier 2010; RSV 211.02]), soit notamment en matière de mesures provisionnelles (art. 248 let. d CPC).

La requérante considère que la valeur litigieuse, soit le dommage actuel et futur lié à l'atteinte à son crédit professionnel et à la perte de clientèle dépasse le montant de 30'000 francs. Il n'y a pas lieu de remettre en question cette estimation, qui n'a pas été contestée par l'intimé. La Cour civile du Tribunal cantonal serait donc compétente pour statuer sur le fond du litige et le juge délégué doit statuer sur la présente requête de mesures provisionnelles.

III. Les décisions prises en instance cantonale unique selon les art. 5 ss CPC doivent, d'après l'art. 112 LTF (Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral, RS 173.11), être communiquées par écrit. Une communication orale suivie d'une motivation écrite selon les art. 239 al. 1 et 2 CPC est exclue. La réserve du droit cantonal prévue à l'art. 112 al. 2 LTF ne s'applique pas non plus, car le domaine de la procédure civile n'est plus du droit cantonal (Staehelin, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), n. 38 ad art. 239 CPC; Oberhammer, Basler

Kommentar, n. 10 ad art. 239 CPC; Hofmann/Lüscher, Le Code de procédure civile, p. 150). La présente ordonnance est dès lors motivée d'office.

IV. La légitimation active en droit de la concurrence déloyale est reconnue à celui qui, par un acte de concurrence déloyale, 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 LCD). S'agissant en particulier de la publication de tests comparatifs, tout concurrent atteint ou menacé dans ses intérêts économiques a qualité pour agir (Abrecht, La licéité des tests comparatifs, thèse, Lausanne 1994, p. 235). La légitimation passive appartient à quiconque a provoqué ou menace de provoquer par ses agissements une atteinte à la concurrence loyale (TF 4C.224/2005 du 12 décembre 2005 c. 2.2.3 et les références citées). Il n'est pas nécessaire que l'auteur se trouve dans un rapport de concurrence avec le lésé. Il suffit que son comportement exerce une influence sur les relations entre concurrents ou entre fournisseurs et clients, c'est-à-dire qu'il ait un impact sur le marché et la concurrence économique. Partant, des journalistes peuvent être actionnés s'ils ne s'en tiennent pas aux règles de la concurrence loyale et donnent sur des tiers des informations inexactes ou fallacieuses (TF 4C.167/2006 du 16 mai 2007 c. 6.1.1 et les références citées; TF 4C.224/2005 du 12 décembre 2005 précité c. 2.2.2 et les références citées).

La requérante prétend subir, depuis la première diffusion de l'émission litigieuse et de par son maintien sur le site Internet de l'intimée, une atteinte à son crédit professionnel, qui aurait eu pour conséquence une diminution de son chiffre d'affaires. Partant, elle est légitimée à agir contre l'intimée, qui est à l'origine de la diffusion de l'émission litigieuse à la télévision et sur Internet, sur la base de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (RS 241; ci-après: LCD).

V. Jusqu'au 31 décembre 2010, la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale réglait de manière exhaustive les conditions des mesures provisionnelles en matière de concurrence déloyale. En particulier, l'article 14 LCD renvoyait aux articles 28c à 28f CC, applicables par analogie. Ces dispositions ont été abrogées avec l'entrée en vigueur du CPC (Hohl, Procédure civile, n. 1734; FF 2006 p. 6953). Les mesures provisionnelles et la procédure à suivre sont désormais exclusivement régies par les articles 261 ss CPC.

a) A teneur de l'art. 261 al. 1 CPC, le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes : cette prétention est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être (let. a) et cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable (let. b). Le tribunal peut renoncer à ordonner des mesures provisionnelles lorsque la partie adverse fournit des sûretés appropriées (art. 261 al. 2 CPC).

Saisi d'une requête de mesures provisionnelles, le juge doit examiner d'abord si le requérant est titulaire d'une prétention au fond, puis s'il est atteint ou menacé d'une atteinte illicite dans ses droits. A ce titre, il faut qu'il y ait urgence, c'est-à-dire qu'il y ait une nécessité d'une protection immédiate en raison d'un danger imminent qui menace les droits du requérant (Hohl, op. cit., nn. 1755 ss et les références citées; Bohnet, Code de procédure civile commenté, n. 7 à 10 ad art. 261 CPC; Huber, Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), n. 17 à 22 ad art. 261 CPC).

En vertu de l'art. 262 CPC, toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice peut être ordonnée, notamment une interdiction ou un ordre de cessation d'un état de fait illicite (art. 262 let. a et b CPC).

Pour examiner la réalisation des conditions de l'art. 261 CPC, le juge se fonde sur les éléments de preuve immédiatement disponibles et se

limite à un examen sommaire de la question de droit (TF 4A_367/2008 du 14 novembre 2008 c. 2 et TF 5A_629/2009 du 25 février 2010 c. 4.2). Les exigences de preuve sont réduites et le juge peut se contenter de la vraisemblance des faits pertinents (TF 4A_420/2008 c. 2.3 du 9 décembre 2008; ATF 129 III 426 c. 3). Un fait ou un droit est rendu vraisemblable lorsque, au terme d'un examen sommaire, sur la base d'éléments objectifs, ce fait ou ce droit est rendu probable, sans pour autant qu'il faille exclure la possibilité que les faits aient pu se dérouler autrement ou que la situation juridique se présente différemment (Bohnet, op. cit., n. 4 ad art. 261 CPC et les références citées). Le juge doit accorder la protection requise si, sur la base d'un examen sommaire, la prétention invoquée au fond ne se révèle pas dénuée de chances de succès (ATF 108 II 69 c. 2a et les références citées; Pelet, Réglementation fédérale des mesures provisionnelles et procédure civile cantonale contentieuse, thèse Lausanne 1986, nn. 61 ss).

b) Lorsque la requête est dirigée contre un média à caractère périodique, l'octroi de mesures provisionnelles est soumis à des conditions supplémentaires, plus strictes, censées sauvegarder la liberté des médias (Barrelet/Werly, Droit de la communication, 2^{ème} éd., nn. 1656-1657, p. 498; Bohnet, op. cit., n. 2 et 4 ad art. 266 CPC; Huber, op. cit., n. 2 ad art. 266 CPC; Zürcher, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, n. 1 ad art. 266 CPC; Konfmeel Ehrenzeller, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkomentar, n. 1 ad art. 266 CPC).

Est un média tout organisme diffusant des informations au public par le texte, l'image, le son ou une combinaison de ces procédés (CJ GE, SJ 2001 I 341, c. 3c). Il s'agit notamment de la presse, de la radio et de la télévision, mais aussi des articles publiés sur Internet ou sur des blogs (5P.259/2005, c. 6 du 17 novembre 2005). Le Tribunal fédéral a souligné la nécessité de la destination au public ou de la possible publicité de l'information susceptible de causer l'atteinte. Le caractère périodique du média implique une certaine répétition dans sa parution (ATF 136 IV 145 c. 3.3; Barrelet/Werly, op. cit., n. 1420, p. 430 s.; Zürcher, op. cit., n. 9 ad art. 266 CPC; Sprecher, op.cit., n^{os} 12, 18, 19 et 20; Huber, op. cit. , n. 5 ad

art. 266 CPC; Ciola-Dutoit/Cottier, *Le droit de la personnalité à l'épreuve des blogs*, *medialex* 2008, p. 72 spéc. 75 et 79).

En l'espèce, l'émission litigieuse est visible sur un site Internet accessible à tous. De plus, la page relative à l'émission A._____ est mise à jour régulièrement, puisque de nouveaux sujets sont intégrés chaque semaine. L'application des dispositions particulières relatives aux atteintes commises par le biais d'un média à caractère périodique est donc justifiée. Le fait que les sujets visibles sur le site aient été diffusés auparavant dans l'émission télévisée ne modifie en rien cette appréciation. En effet, seuls le mode de diffusion de l'information et son accessibilité sont déterminants.

c) A teneur de l'art. 266 CPC, des mesures provisionnelles ne peuvent être ordonnées contre un média à caractère périodique que si les trois conditions particulières suivantes sont réunies : l'atteinte est imminente et propre à causer un préjudice particulièrement grave (let. a), cette atteinte n'est manifestement pas justifiée (let. b) et la mesure ne paraît pas disproportionnée (let. c). Cette disposition reprend les conditions énoncées par l'ancien art. 28c al. 3 aCC (abrogé par l'entrée en vigueur du Code de procédure civile du 19 décembre 2008) si bien que la jurisprudence rendue en relation avec cette dernière disposition reste applicable (Bohnet, *op. cit.*, n. 2 ad art. 266 CPC, et les références citées; Sprecher, *op. cit.*, n^{os} 1 et 4 ad art. 266 CPC).

L'atteinte se définit comme étant un trouble à la personnalité, à savoir tout comportement de tiers qui cause de quelque façon un trouble aux biens de la personnalité d'autrui, en violation des droits qui la protègent (ATF 136 III 410 c. 2.2.2, JT 2010 I 553; ATF 136 III 296 c. 3.1, SJ 2010 I 465; ATF 120 II 369 c. 2 et les références citées, JT 1997 I 314). Elle est imminente lorsque le comportement du défendeur laisse sérieusement craindre une violation des droits du demandeur; une menace hypothétique, pour le cas où il viendrait à l'idée du défendeur d'agir comme on le craint, ne permet en revanche pas de conclure à l'imminence de l'atteinte (TF 4A_529/2008 du 9 mars 2009 c. 4.1 et les références citées).

L'atteinte doit en outre être propre à causer un préjudice "particulièrement grave". Le degré d'atteinte requis est plus élevé que celui attendu dans le cas de mesures provisionnelles ordinaires. La gravité peut résulter de l'atteinte elle-même, mais aussi du nombre des destinataires de la publication. Le préjudice ne doit pas forcément être matériel, il peut même être purement immatériel. Il peut résulter de l'atteinte à la personnalité. Cette condition est généralement réalisée lorsque l'information diffusée est erronée (Sprecher, op. cit., n^{os} 23 ss ad art. 266 CPC; Kofmehl Ehrenzeller, op. cit., n. 3 ad art. 266 CPC; Bohnet, op. cit., n. 14 et 15 ad art. 266 CPC; Huber, op. cit., n. 10 ad art. 266 CPC). Le Tribunal fédéral a ainsi admis une atteinte qualifiée dans le cas d'un article de presse donnant la fausse impression qu'une personne était impliquée dans une procédure pénale (TF 5P.259/2005 du 17 novembre 2005). L'attitude du demandeur doit également être prise en considération. Le vétérinaire qui, à des reproches le concernant, répond au moyen d'une interview de près d'un page, illustrée de sa photo, dans le journal du lieu où il a son cabinet, ne peut réclamer une mesure provisionnelle interdisant au Blick d'évoquer son affaire et de révéler son identité (Barrelet/Werly, Droit de la communication, n. 1662).

L'art. 266 CPC exige encore l'absence manifeste de motifs justificatifs tels que l'intérêt à informer (correctement) le public des événements d'intérêt général, l'accord de la personne concernée ou encore un état de nécessité. L'existence du motif doit être allégué et prouvée par l'auteur de l'atteinte (Bohnet, op.cit., n. 16 à 18 ad art. 266 CPC; Huber, op. cit., n. 11 ad art. 266 CPC; Zürcher, op. cit., n^{os} 15 ss ad art. 266 CPC; Sprecher, op. cit., n. 28 et 38 ad art. 266 CPC; Kofmel Ehrenzeller, op. cit., n. 3 ad art. 266 CPC).

Enfin, la mesure ordonnée ne doit pas être disproportionnée. Elle doit être adéquate, c'est-à-dire apte à atteindre le résultat escompté, et nécessaire, le préjudice en question ne pouvant être détourné autrement (Bohnet, op. cit., n^{os} 22 et 23 ad art. 266 CPC; Huber, op. cit., n. 12 ad art. 266 CPC; Sprecher, op. cit., n. 35 à 37 ad art. 266 CPC; Kofmel

Ehrenzeller, op. cit., n. 4 ad art. 266 CPC). Selon le Tribunal fédéral, dans le cas d'un média diffusé sur Internet, une mesure tendant au retrait de l'information ou l'interdiction de sa rediffusion peut satisfaire à cette condition (TF 5P.308/2003 du 28 octobre 2003 c. 2.6).

VI. L'émission litigieuse reste visible sur le site Internet tsr.ch ou par podcasting, si bien qu'elle est accessible à tous en tout temps. Certes, le nombre d'ouverture des visionnages a fortement diminué depuis le jour de la première diffusion de l'émission, la légère recrudescence des jours précédant l'audience étant à mettre en lien avec la médiatisation du litige orchestrée par la requérante. Toutefois, les chiffres absolus restent relativement importants, puisque l'intimée a référencé plus de 3'000 ouvertures de visionnage au cours des 3 mois ayant précédé l'audience. L'hyperlien qui conduit à l'émission apparaît en outre toujours dans les premiers résultats des recherches du moteur de recherche " [...]", pour les mots clé "achat lunettes". Pour autant qu'une atteinte existe, le critère de l'imminence apparaît dès lors réalisé.

Quant au dommage, un dommage matériel concret en relation avec le maintien de l'émission litigieuse sur le site n'a pas été établi. En matière de concurrence déloyale, toutefois, la vraisemblance d'un dommage immatériel est généralement admise lorsqu'il y a une atteinte illicite (Schlosser, Les conditions d'octroi des mesures provisionnelles en matière de propriété intellectuelle et de concurrence déloyale, p. 347-384; sic! 1997 586-587) En effet, la LCD est une législation spéciale qui complète la protection de la personnalité, car elle a pour but de protéger la liberté économique qui est comprise dans le droit de la personnalité; il en va ainsi de la prohibition du dénigrement qui apparaît comme la concrétisation, dans le jeu de la concurrence, de la protection de la personnalité (ATF 121 III 168; JT 1996 I 52). Si l'atteinte illicite alléguée est rendue vraisemblable, l'existence d'un préjudice au sens de l'art. 266 CPC n'est ainsi pas à écarter.

VII. Reste ainsi à examiner si l'existence d'une prétention au fond a été rendue vraisemblable.

a) La LCD a pour but de garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1 LCD). Tout participant au marché doit ainsi se comporter de façon à respecter les règles de la bonne foi et de la loyauté commerciale (ATF 126 III 198 c. 2c).

Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (art. 2 LCD). Les art. 3 à 8 LCD contiennent une liste exemplative d'agissements déloyaux (TF 4C.170/2006 du 28 août 2006 c. 3; ATF 132 III 414 c. 3.1; TF 4C.224/2005 du 12 décembre 2005 précité c. 3.2; ATF 131 III 384 c. 3a et l'arrêt cité, JT 2005 I 434).

b) Selon l'art. 3 let. a LCD, agit de façon déloyale celui qui dénigre autrui, ses marchandises, ses oeuvres, ses prestations, ses prix ou ses affaires par des allégations inexactes, fallacieuses ou inutilement blessantes. Est dénigrant un propos qui s'efforce de noircir, de faire mépriser (quelqu'un ou quelque chose) en disant du mal, en attaquant, en niant les qualités. Un propos est dénigrant lorsqu'il rend méprisable le concurrent, ses marchandises, etc. Tout propos négatif ne suffit pas : il doit revêtir un certain caractère de gravité. Dénigre par exemple un produit mis sur le marché celui qui le dépeint comme sans valeur, d'un prix surfait, inutilisable, entaché de défauts ou nuisible. Une allégation n'est pas déjà illicite au sens de l'art. 3 let. a LCD du seul fait qu'elle dénigre les marchandises d'un concurrent; il faut encore qu'elle soit inexacte - c'est-à-dire contraire à la réalité, - ou bien 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 encore 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 (TF 4A_481/2007 du 12 février 2008 c. 3.3; TF 4C.167/2006 du 16 mai 2007 précité c. 6.2; TF 4C.224/2005 du 12 décembre 2005 précité c. 3.2 et les références citées). A l'inverse, en l'absence de dénigrement, l'art. 3 let. a LCD n'est pas applicable, même si les propos incriminés sont inexacts ou fallacieux (Born, UWG versus Medien, Unter besonderen Berücksichtigung der aktuellen Rechtsprechung, Medialex 2010, p. 134 spéc. p. 136).

Pour déterminer si une ou plusieurs expressions contenues dans des articles sont dénigrantes au sens de l'art. 3 let. a LCD, il y a lieu de se fonder sur l'impression que se forge le lecteur moyen non prévenu, qui ne dispose pas de connaissances techniques particulières et prête aux allégations publiées l'attention commandée par les circonstances. Cette question doit être traitée comme une question de droit et non de fait (4A_481/2007 du 12 février 2008, c. 3.3 et les références citées; TF 4C.170/2006 du 28 août 2006 précité c. 3.2 et les références citées). Par ailleurs, chacune des allégations concernées doit être analysée séparément. Une impression d'ensemble négative pourra influencer l'interprétation des différentes allégations, elle ne sera en revanche pas déterminante (TF 4C.167/2006 du 16 mai 2007 précité c. 6.1.2; TF 4C.224/2005 du 12 décembre 2005 précité c. 3.2; ATF 124 IV 162, JT 1999 I 450).

La notion de caractère déloyal (Unlauterkeit), c'est-à-dire d'illicéité, doit encore être interprétée conformément à la Constitution, en particulier à la lumière de l'art. 16 Cst. ([Constitution fédérale de la Confédération du 18 avril 1998; RS. 101] libertés d'opinion et d'information) et 17 Cst. (liberté des médias). En effet, l'application de la LCD ne doit pas faire obstacle au but assigné par le constituant à la fonction même des médias dans le monde économique, qui consiste à susciter un débat, informer le public sur les faits d'intérêt général, sur les événements économiques, de façon à favoriser l'échange des opinions et la discussion politique. Le Tribunal fédéral considère ainsi qu'il convient de n'admettre qu'avec retenue l'existence d'un dénigrement déloyal commis par voie de presse (TF 4C.167/2006 du 16 mai 2007 précité c. 6.1.2 2 et

les références citées, TF 4C.224/2005 du 12 décembre 2005 précité c. 3.2). Il a considéré que le reproche fait, par voie de presse, à un distributeur, d'avoir réduit de manière "dictatoriale" ("diktatorisch") l'assortiment de ses magasins satellites ne tombait pas sous le coup de l'art. 3 let. a LCD (TF du 13 décembre 1994, Karl Schweri et Denner AG c. Staatsanwaltschaft des Kantons Zurich, RSPI 1995, p. 444). De même, il a nié le caractère illicite de la désignation médiatisée de "mafia de carnet d'adresses" ("Adressbuch Maffia"), pour un éditeur de guides touristiques (TF 4A_481/2007 du 12 février 2008) et celle de "foire annuelle" ("Jahrmarktveranstaltung") pour un match de boxe dont le niveau sportif était inférieur à celui annoncé (TF 6S.340/2003 du 4 juin 2004 c. 3, sic! 2004/11 p. 882).

c) Selon l'art. 3 let. e LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, compare, de façon inexacte, fallacieuse, inutilement blessante ou parasitaire sa personne, ses marchandises, ses œuvres, ses prestations ou ses prix avec celles ou ceux d'un concurrent ou qui, par de telles comparaisons, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents. Pour que cette règle soit applicable, il faut tout d'abord qu'il y ait comparaison avec les produits d'un ou plusieurs concurrents, voire de l'ensemble des concurrents.

A l'instar d'autres méthodes publicitaires, la comparaison, qui est en principe licite, doit être objective, véridique et réaliste. Une comparaison est inexacte lorsqu'elle repose sur des données fausses. Cela suffit à lui conférer un caractère déloyal. Mais une comparaison qui s'appuie sur des données véridiques peut également revêtir un tel caractère, si ces données sont imprécises, secondaires ou incomplètes et qu'elles sont propres à susciter des erreurs auprès d'une partie non négligeable du public. Doit être qualifiée de fallacieuse, notamment, la comparaison qui prend en considération des facteurs secondaires sans mentionner des circonstances essentielles. D'un autre côté, une comparaison n'est pas constitutive de concurrence déloyale du simple fait qu'elle n'inclut pas tous les critères concevables, pour autant que cette limitation soit énoncée sans équivoque, de manière à ne pas suggérer que

les offres ont été soumises à un test comparatif complet (ATF 132 III 414 c. 4.2.1; ATF 129 III 426 c. 3.1.1; Baudenbacher, Lauterkeitsrecht, Kommentar zum UWG, nn. 39 ss ad art. 3 let. e LCD). Les comparaisons ne relèvent du droit de la concurrence que lorsqu'elles peuvent influencer les relations existant entre les concurrents ou des fournisseurs et des consommateurs; cela suppose qu'elles soient de nature à influencer le comportement des cercles intéressés (ATF 125 III 286, JT 1999 I 452, sic! 5/1999 p. 576).

d) Un test comparatif peut être jugé illicite au regard de l'art. 3 let. e LCD s'il contient des indications qui réalisent l'un des quatre faits constitutifs de déloyauté. Un test comparatif qui ne contient pas des indications vérifiables peut tomber sous le coup de l'art. 2 LCD lorsque le processus d'essai sur lequel il repose n'apparaît pas conforme à l'exigence d'objectivité qui doit exister à chaque phase du processus d'essai (Abrecht, op. cit., p. 209). Le choix de l'objet du test et la sélection des produits tests peuvent faire apparaître le test comme illicite. Un concurrent peut contester des résultats de tests désavantageux pour son produit lorsque la comparaison entre son produit et les autres apparaît fallacieuse parce qu'il s'agit de produits qui ne peuvent raisonnablement pas être comparés (Abrecht, op. cit., p. 210; Schwenninger, *Werberecht Kommentar*, 2^{ème} éd., p. 43). La présentation des résultats d'un test constitue un élément important. Celle-ci devrait être accompagnée d'un commentaire fournissant toutes les explications utiles pour la compréhension et l'utilisation du test, en particulier le système d'évaluation, incluant l'interprétation et la pondération des résultats des essais, devrait être publié dans les grandes lignes avec les résultats du test. L'absence d'indications sur la méthode de pondération et sur les appréciations globales pourrait en effet conduire à considérer le test comme fallacieux (Abrecht, op. cit., p. 231 et les références citées).

VIII. a) aa) La requérante reproche à l'intimée d'avoir établi un classement fondé sur une comparaison qui ne pouvait pas être objective, véridique et réaliste dès lors que n'a pas été comparé ce qui est

comparable. Elle soutient que le postulat de départ de l'enquête laissait supposer que celle-ci allait permettre de déterminer les prix pratiqués par plusieurs enseignes pour un produit identique, à savoir une monture de lunettes de la même marque et des verres dotés de propriétés identiques. Or, la rédaction de l'émission a défini des critères aléatoires, en optant pour "des lunettes en plastique noir, un peu tendance, qui aillent bien [à l'enquêtrice]". La requérante reproche en outre à l'enquêtrice d'A._____, dans son cas, d'avoir porté son choix sur une monture onéreuse, alors qu'elle proposait à ce moment-là des montures répondant au critère de l'enquête pour le prix de 39 fr., ce qui a eu pour effet de fausser le classement en la reléguant à la quatrième place. Pour la requérante, les résultats du classement ont également été faussés par le fait que, dans le cas de S._____, l'enquêtrice d'A._____ a choisi de bénéficier d'une ristourne de 50 fr., tandis que dans le cas d' [...], elle a opté pour la deuxième paire gratuite. Ils auraient encore été faussés par le fait que la rédaction d'A._____ n'a pas inclus dans l'enquête, comme élément de comparaison, les assurances et garanties supplémentaires offertes par certaines enseignes.

bb) Selon les explications fournies par la journaliste enquêtrice lors de l'émission, l'enquête avait pour objectif de mettre en scène la réalité vécue par un consommateur désireux de changer de paire de lunettes, qui n'aurait par hypothèse qu'une idée du style de lunettes qu'il recherche, sans connaître exactement la marque et le modèle qu'il souhaite acquérir. La méthodologie utilisée a été exposée clairement une première fois au début de la partie consacrée à l'enquête et une seconde fois avant la présentation des résultats : l'enquêtrice demandait à chaque fois une paire de lunettes noire, tendance, qui lui aille bien, puis, elle se laissait guider par l'opticien ou le vendeur. Les entreprises testées étaient ainsi requises de fournir une prestation de conseil et de vente pour laquelle aucune exigence de budget n'était fixée.

Dans ce contexte, le fait qu'une offre de la requérante plus avantageuse et correspondant aux critères de l'enquête n'ait pas été prise en compte, parce qu'elle n'a pas été proposée par le vendeur, n'est pas

constitutif d'un comportement déloyal, au sens des art. 2 et 3 let. e LCD. Le téléspectateur ou l'internaute sont en effet mis en situation de comprendre que l'enquêtrice n'a pas choisi la paire la moins chère du magasin ou qu'elle n'a pas demandé spontanément à bénéficier des offres promotionnelles les plus avantageuses. La comparaison n'est donc pas fallacieuse et elle ne repose pas sur des données fausses. Pour les mêmes raisons, il ne doit pas être reproché à l'enquêtrice d'avoir opté pour un rabais de 50 fr. dans l'un des magasins et pour une deuxième paire de lunettes gratuites dans un autre, dès lors que ces options ont été conseillées par les vendeurs.

Rien ne permet en outre de considérer que le procédé consistant à établir un classement final en fonction du prix, alors même que ce critère n'a pas été pris en compte au moment de l'achat, entraverait la libre concurrence. En effet, la méthodologie choisie, certes peu transparente du point de vue du vendeur, n'est pas de nature à susciter une compréhension erronée de la part des téléspectateurs ou des internautes, qui n'ont aucune raison de penser que l'enquête effectuée serait assimilable à un simple sondage de prix, compte tenu des explications fournies lors de l'émission.

C'est encore à tort que la requérante reproche à l'intimée de ne pas avoir détaillé les assurances et garanties supplémentaires offertes par chaque enseigne lors de l'achat de la paire de lunettes, et de ne pas avoir tenu compte de ces éléments dans le classement. Il ne s'agit en effet pas d'une circonstance essentielle en comparaison de laquelle le prix des lunettes apparaîtrait secondaire, ce que la requérante ne prétend d'ailleurs pas. De même, cette circonstance ne rend pas les données de l'enquête imprécises ou incomplètes au point de susciter des erreurs auprès d'une partie importante des destinataires de l'émission : ceux-ci sont informés du fait que les données n'ont pas été intégrées au classement et qu'elles peuvent être consultées sur la page Internet de l'émission.

b) La requérante reproche aussi à l'intimée d'avoir présenté l'enseigne concurrente S._____ comme le "numéro 1 en Suisse", d'avoir avantaagé cette enseigne en permettant à son directeur général d'intervenir à deux reprises au cours de l'émission et d'avoir mentionné, en fin d'émission, que cette enseigne répercutait la baisse de l'euro en offrant encore à ses clients une réduction supplémentaire de 30 %. Toutefois, ces déclarations, - dont la requérante ne conteste pas la véracité - ne s'inscrivent pas dans le cadre d'une comparaison des prestations de la requérante avec celles de S._____. De plus, loin d'être complaisante, les interviews font dire à son directeur général que l'offre promotionnelle relative aux lunettes d'enfants est en réalité un joli coup commercial et que la qualité de la seconde paire gratuite objet de son autre offre promotionnelle est très inférieure à celle de la première paire. Rien ne permet ainsi d'affirmer que S._____ a été injustement favorisée par rapport à ses concurrents dans l'émission litigieuse. Partant, ces propos ne tombent pas sous le coup de l'art. 2 et/ou 3 let. a et e LCD.

c) La requérante reproche encore à l'intimée d'avoir dénigré son produit par des allégations inexactes lors de la présentation des résultats des tests de qualité des lunettes objet de l'enquête. Les passages concernés sont les suivants :

I._____, Physicienne, responsable de l'étude

162. On a vérifié que sur les 13 références qu'on a reçues, il y en avait donc 11 qui étaient alignés sur un plan horizontal, au niveau donc de la monture et des branches, voilà, qui étaient stables, et il y a deux paires qui sont donc....

C._____, journaliste A._____

163. Qui basculent...

I._____, Physicienne, responsable de l'étude

164. Voilà, où on a la branche en fait gauche qui est légèrement au-dessus.

C._____, journaliste A._____

165. Il s'agit des lunettes de la marque [...] que nous avons achetées chez Z._____ SA à [...], ainsi que les lunettes de la marque

[...] que nous avons achetées chez [...], à [...] en France voisine.

I. _____, Physicienne, responsable de l'étude

166. On peut penser qu'il va y avoir un problème et que la personne risque de revenir en disant : "elle ne me tient pas de ce côté-ci, j'ai la paire de lunettes qui glisse quand je bouge la tête". Il faudra donc la faire à nouveau ajuster.

Selon la requérante, la méthodologie utilisée pour le test de qualité ne serait pas adéquate, dans la mesure où elle ne tiendrait pas compte de l'ajustement morphologique des lunettes. Ce fait est contesté par l'intimée, qui maintient que le mandat du laboratoire consistait bien à vérifier l'ajustement des lunettes selon les besoins de l'enquêtrice et non pas de manière abstraite.

A priori, l'instruction n'a pas démontré que le laboratoire mandaté depuis des années par l'intimée manquait de sérieux et/ou d'expérience dans les tests de produits de consommation. En outre, sur les treize paires de lunettes testées, seules les paires de l'intimée et d'une autre enseigne se sont révélées "mal" réglées. Ces deux paires "penchaient" du même côté. Cette circonstance ne permet pas à elle seule de considérer, même au stade de la vraisemblance, que les résultats des tests de laboratoire sont inexacts.

Dans l'émission, juste avant de présenter les résultats, le journaliste explique que les tests ont porté sur la vérification de la correction, de la qualité des verres ainsi que de la solidité des branches et des montures. Il précise ensuite immédiatement que le résultat global est "bon" et que les "treize paires respectent les normes de qualité". Puis il nuance légèrement son propos, en indiquant que "le responsable de l'étude a tout de même noté, sur deux des paires, un problème d'ajustement des branches", en ce sens que la branche gauche était "légèrement au dessus". Le défaut est donc présenté comme tout à fait secondaire, et de faible importance. La physicienne du laboratoire indique d'ailleurs qu'un simple réajustement par l'opticien permet d'y remédier. Contrairement à ce que soutient la requérante, son entreprise n'a donc

pas été présentée comme un entreprise négligeant la finition de ses prestations tout en offrant des prix moyens, en tous les cas du point de vue du téléspectateur ou de l'internaute moyen non prévenu. Les propos relayés dans l'émission ne peuvent donc pas être considérés comme inutilement blessants, bien qu'exactes.

d) Au vu de ce qui précède, une limitation de la liberté de média de l'intimée ne se justifie pas dans le cas d'espèce. Dépourvue de fondement, la requête de mesures provisionnelles doit donc être rejetée.

IX. a) En application des art. 104 al. 3 et 106 al. 1 CPC, il est statué immédiatement sur les frais des mesures provisionnelles, qui sont mis à la charge de la partie succombante, en l'occurrence la requérante. Selon 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 francs, montant que le juge délégué peut augmenter jusqu'à concurrence de 30'000 francs, lorsque la cause impose un travail particulièrement important (art. 31 TFJC).

En l'occurrence, l'émolument forfaitaire de la décision de mesures provisionnelles est arrêté à 8'000 fr., pour tenir compte du travail qu'a occasionné l'examen de la cause.

b) Les dépens comprennent les débours nécessaires et le défraiement d'un représentant professionnel. En l'espèce, compte tenu de l'importance de la cause, de ses difficultés, de l'ampleur du travail et du temps consacré par l'avocat de la requérante, le défraiement du mandataire professionnel est arrêté à 6'000 fr. et les débours à 300 fr. (art. 3 al. 2, 6 et 19 du tarif des dépens en matière civile [TDC]; RSV 270.11.6).

En définitive, l'intimée versera à la requérante le montant de 6'300 fr. à titre de dépens.

**Par ces motifs,
le juge instructeur,
statuant à huis clos et
par voie de mesures provisionnelles :**

- I. Rejette la requête de mesures provisionnelles déposée le 16 décembre 2011 par Z. _____ SA contre L. _____.
- II. Met les frais judiciaires de la procédure provisionnelle, arrêtés à 8'000 francs (huit mille francs), à la charge de la requérante.
- III. Condamne la requérante Z. _____ SA à verser à l'intimée L. _____ le montant de 6'300 fr. (six mille trois cents francs) à titre de dépens.

Le juge instructeur :

D. Carlsson

Le greffier :

C. Maradan

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 LTF et 90 ss LTF (loi du 17 juin 2005 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 :

C. Maradan