

COMM.

FB

COUR DE CASSATION

Audience publique du 10 novembre 2021

Rejet

Mme DARBOIS, conseiller doyen
faisant fonction de président

Arrêt n° 760 F+B

Pourvoi n° J 20-14.670

R É P U B L I Q U E F R A N Ç A I S E

A U N O M D U P E U P L E F R A N Ç A I S

ARRÊT DE LA COUR DE CASSATION, CHAMBRE COMMERCIALE, FINANCIÈRE ET ÉCONOMIQUE, DU 10 NOVEMBRE 2021

Le Rassemblement des opticiens de France (ROF), dont le siège est [Adresse 1], anciennement dénommé Syndicat national des opticiens réunis, venant aux droits de l'Union des opticiens, a formé le pourvoi n° J 20-14.670 contre l'arrêt rendu le 12 mars 2020 par la cour d'appel de Lyon (3e chambre A), dans le litige l'opposant à la société Nagabbo, société anonyme, dont le siège est [Adresse 2], défenderesse à la cassation.

Le demandeur invoque, à l'appui de son pourvoi, le moyen unique de cassation annexé au présent arrêt.

Le dossier a été communiqué au procureur général.

Sur le rapport de Mme Bellino, conseiller référendaire, les observations de la SCP Rousseau et Tapie, avocat du Rassemblement des opticiens de France, anciennement dénommé Syndicat national des opticiens réunis, venant aux droits de l'Union des opticiens, de la SCP Ricard, Bendel-Vasseur, Ghnassia, avocat de la société Nagabbo, après débats en l'audience publique du 21 septembre 2021 où étaient présentes Mme Darbois, conseiller doyen faisant fonction de président, Mme Bellino, conseiller référendaire rapporteur, Mme Champalaune, conseiller, et Mme Mamou, greffier de chambre,

la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, composée des président et conseillers précités, après en avoir délibéré conformément à la loi, a rendu le présent arrêt.

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Lyon, 12 mars 2020), l'Union des opticiens (l'UDO), aux droits de laquelle vient le Rassemblement des opticiens de France (le ROF), syndicat professionnel ayant notamment pour mission de moraliser et défendre l'éthique de la profession des opticiens-lunetiers, a organisé la visite de « clients mystère » auprès de différents magasins d'optique, dont celui exploité par la société Nagabbo, afin de vérifier l'éventuelle pratique frauduleuse consistant à falsifier les factures en augmentant le prix des verres et en diminuant corrélativement le prix des montures, pour faire prendre en charge par les mutuelles des clients une part plus importante du prix des montures.

2. Se prévalant des témoignages de deux de ces « clientes », l'UDO a assigné la société Nagabbo en cessation des actes de concurrence déloyale et en paiement de dommages-intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession.

Examen du moyen

Enoncé du moyen

3. Le ROF fait grief à l'arrêt de déclarer irrecevables les deux attestations et de rejeter l'ensemble de ses demandes, alors :

« 1°/ que si le principe de loyauté de la preuve fait obstacle à la recevabilité d'une preuve recueillie par un procédé consistant à provoquer la commission d'une infraction ou d'une faute civile, il n'interdit pas l'administration de la preuve d'une telle infraction ou faute par le biais d'une attestation établie par une personne l'ayant constatée et relatant objectivement les circonstances de sa commission ; que la seule circonstance que le rédacteur de cette attestation soit rémunéré à ce titre ne caractérise pas à lui seul le caractère déloyal de ce procédé, dès lors que la personne concernée se borne à constater la commission d'un fait sans intervenir en vue de sa réalisation, et qu'elle n'est pas spécialement rétribuée en cas de constatation d'un fait déterminé ; que pour écarter les deux attestations respectivement établies par Mme [S] et par Mme [G], relatant la commission par des préposés de la société Nagabbo de fraudes aux mutuelles par falsification de factures, la cour d'appel a retenu que Mme [S], répondant aux questions d'un huissier sur sommation interpellative, a indiqué qu'elle avait été mandatée par la société Qualivox pour effectuer un scénario non réel dont le déroulement lui a été précisé par la société Qualivox (prétendre que les lunettes lui plaisant étaient trop chères, qu'elle ne connaissait pas le nom de sa mutuelle, qu'elle reviendrait avec cette information), qu'une prescription pour une monture de lunettes de vue lui avait été établie pour l'occasion, tout en précisant qu'elle n'avait pas besoin de lunettes, qu'il s'agissait d'une mission rémunérée au taux horaire qui ne s'était pas limitée à la société Nagabbo ; que la cour d'appel en a déduit que ce témoignage, comme celui de Mme [G] dont il n'était pas contesté qu'elle avait exécuté la même mission dans les mêmes conditions, avait été obtenu par un stratagème caractérisé par le recours à un tiers au statut non défini pour une mise en scène, et constituaient des preuves déloyales, peu important que la visite de clients mystères ait été, ou non, annoncée au préalable ; qu'en statuant de la sorte, par des motifs impropres à établir le défaut d'impartialité des témoins mandatés pour effectuer les "visites mystères", ainsi que le caractère déloyal du procédé employé par l'Union des opticiens pour établir l'existence des fraudes commises par la société Nagabbo, la cour d'appel

a violé l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

2°/ que ne constitue pas une mise en scène destinée à provoquer la commission d'une infraction ou d'une faute civile le fait de mandater une personne afin de se rendre dans une entreprise pour constater les modalités de facturation d'un produit et s'assurer de leur conformité à la législation applicable ; qu'en l'espèce, au soutien de ses demandes contre la société Nagabbo, le ROF versait aux débats deux attestations, respectivement établies par Mme [S] et par Mme [C], aux termes desquelles ces dernières indiquaient que le préposé de la société Nagabbo avait falsifié la facture d'achat de leurs lunettes, en augmentant le prix des verres, mieux remboursé par les mutuelles, et en diminuant corrélativement celui de la monture, tels qu'ils figuraient sur le devis qui leur avait été initialement présenté ; que pour écarter ces attestations comme établies en méconnaissance du principe de loyauté de la preuve, la cour d'appel a retenu que la "cliente mystère" avait été mandatée et rémunérée par la société Qualivox, pour effectuer un scénario non réel dont le déroulement lui avait été précisé par la société Qualivox (prétendre que les lunettes lui plaisant étaient trop chères, qu'elle ne connaissait pas le nom de sa mutuelle, qu'elle reviendrait avec cette information), ce dont elle a déduit que les attestations avaient été obtenues par un stratagème caractérisé par le recours à un tiers au statut non défini pour une mise en scène, de sorte qu'elles constituaient des preuves déloyales devant être écartées des débats ; qu'en statuant ainsi, sans qu'il résulte de ses constatations que les auteurs des attestations avaient cherché à provoquer la commission de la fraude, la cour d'appel s'est fondée sur des motifs impropres à établir le caractère déloyal du procédé employé pour recueillir les attestations litigieuses, et a encore violé l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

3°/ que les juges du fond doivent examiner, fût-ce sommairement, les pièces versées aux débats par les parties et répondre aux moyens opérants invoqués au soutien de leurs prétentions ; qu'en retenant que les témoignages de Mme [S] et de Mme [G] avaient été obtenus par un stratagème caractérisé par le recours à un tiers au statut non défini pour une mise en scène, sans procéder à la moindre analyse des attestations en cause et sans répondre au moyen invoqué par le ROF qui faisait valoir qu'il résultait de ces attestations que les "clientes mystères" n'avaient pas provoqué la commission de la fraude, le préposé de la société Nagabbo ayant de sa propre initiative proposé de falsifier les factures d'achat de lunettes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4°/ et en tout état de cause, qu'un mode de preuve est légalement admissible dès lors qu'il constitue le seul moyen pour celui qui l'a employé de rapporter la preuve d'un fait et que l'atteinte qu'il porte aux droits des tiers est proportionnée au regard des intérêts en présence ; qu'en l'espèce, le ROF faisait valoir que la méthode dite des "visites mystères" constituait la seule façon de rapporter la preuve des éventuelles fraudes aux mutuelles que pouvaient commettre certains opticiens, et qu'elle avait pour but de constater la commission d'actes illégaux portant atteinte aux intérêts et à la réputation de la profession, et constitutifs d'actes de concurrence déloyale ; qu'en se bornant à retenir, pour écarter les deux attestations versées aux débats par le syndicat exposant, que celles-ci avaient été établies en méconnaissance du principe de loyauté de la preuve, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la pratique des "visites mystères" dans le cadre desquelles avaient été établies les attestations en cause ne constituait pas le seul moyen pour le syndicat de rapporter la preuve d'éventuelles fraudes aux mutuelles par le biais de falsifications de factures, et si la production de ces attestations n'était pas proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence, en ce qu'il tendait à rapporter la preuve d'actes de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession d'opticiens, et constitutifs de faits de concurrence déloyale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 9 du code de procédure civile et de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

»

Réponse de la Cour

4. Après avoir énoncé qu'en application de l'article 9 du code de procédure civile et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, la preuve obtenue par un stratagème se caractérisant par un montage, une mise en scène, une opération clandestine, est déloyale, l'arrêt constate que les attestations produites par le ROF ont été établies par des « clientes mystère » dont l'une, répondant aux questions qui lui ont été posées par un huissier de justice sur sommation interpellative, a indiqué qu'elle avait été mandatée par la société Qualivox, spécialisée selon le ROF « dans le recrutement

de ce genre de prestataires », pour effectuer un scénario non réel dont le déroulement lui avait été dicté par la société Qualivox, qu'une prescription pour une monture de lunettes de vue lui avait été établie pour l'occasion, cependant qu'elle n'avait pas besoin de lunettes et qu'il s'agissait d'une mission rémunérée au taux horaire qui ne s'était pas limitée à la société Nagabbo. L'arrêt retient que ces éléments démontrent que ce témoignage, comme celui de l'autre « cliente mystère », dont il n'est pas contesté qu'elle a exécuté la même mission dans les mêmes conditions, ont été obtenus par un stratagème caractérisé par le recours à un tiers au statut non défini pour une mise en scène.

5. De ces énonciations, constatations et appréciations, dont il résulte que le syndicat a eu recours à un stratagème consistant à faire appel aux services de tiers rémunérés pour une mise en scène de nature à faire douter de la neutralité de leur comportement à l'égard de la société Nagabbo, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de répondre aux conclusions inopérantes invoquées par la troisième branche ni d'effectuer la recherche invoquée par la quatrième branche, qui ne lui était pas demandée, a pu déduire que les attestations, les ordonnances utilisées pour se faire passer pour des clientes potentielles, ainsi que les devis, factures et feuilles de soins remis à la suite de leur mise en scène, avaient été obtenus de manière déloyale et étaient donc irrecevables.

6. Le moyen n'est donc pas fondé.

PAR CES MOTIFS, la Cour :

REJETTE le pourvoi ;

Condamne le Rassemblement des opticiens de France aux dépens ;

En application de l'article 700 du code de procédure civile, rejette la demande formée par le Rassemblement des opticiens de France et le condamne à payer à la société Nagabbo la somme de 3 000 euros ;

Ainsi fait et jugé par la Cour de cassation, chambre commerciale, financière et économique, et prononcé par le président en son audience publique du dix novembre deux mille vingt et un.

MOYEN ANNEXE au présent arrêt

Moyen produit par la SCP Rousseau et Tapie, avocat aux Conseils, pour le Rassemblement des opticiens de France, anciennement dénommé Syndicat national des opticiens réunis, venant aux droits de l'Union des opticiens.

Il est reproché à l'arrêt infirmatif attaqué d'avoir débouté le syndicat Rassemblement des Opticiens de France, venant aux droits de l'Union des Opticiens, de ses prétentions, et d'avoir ordonné la publication, sans délai et pendant un mois, de l'arrêt dans les revues mensuelles « Bien Vu » et « L'Opticien Lunetier » aux frais du syndicat Rassemblement des Opticiens de France, venant aux droits de l'Union des Opticiens et d'avoir condamné ce dernier au paiement de frais irrépétibles ;

Aux motifs que « Sur les prétentions du syndicat : pour prouver les faits reprochés à la société Nagabbo, le syndicat produit les attestations établies par deux clientes mystères, Mme [S] et Mme [G] à la suite de leur visite dans le point de vente exploité par la société Nagabbo en se comportant comme des clientes potentielles ainsi que les ordonnances utilisées par ces dernières et devis, factures et feuilles de soins qui leur ont été remises. La société Nagabbo soulève l'irrecevabilité de ces pièces obtenues à la suite d'un stratagème en violation du principe de loyauté dans l'administration de la preuve. En application de l'article 9 du code de procédure civile et du principe de loyauté dans l'administration de la preuve, la preuve obtenue par un stratagème se caractérisant par un montage, une mise en scène, une opération clandestine est déloyale. En l'espèce, les attestations produites par le syndicat ont été établies par des clientes mystères dont l'une, Mme [S] répondant aux questions qui lui ont été posées par un huissier de justice sur sommation interpellative du 28 février 2017, a indiqué qu'elle avait été mandatée par la société Qualivox (spécialisée, selon le syndicat, « dans le recrutement de ce genre de prestataires ») pour effectuer un scénario non réel dont le déroulement lui a été précisé par la société Qualivox (prétendre que les lunettes lui plaisant étaient trop chères, qu'elle ne connaissait pas le nom de sa mutuelle, qu'elle reviendrait avec cette information,...), qu'une prescription pour une monture de

lunettes de vue lui avait été établie pour l'occasion, tout en précisant qu'elle n'avait pas besoin de lunettes, qu'il s'agissait d'une mission rémunérée au taux horaire qui ne s'était pas limitée à la société Nagabbo. Ces éléments démontrent que le témoignage de Mme [S], comme celui de Mme [G], dont il n'est pas contesté qu'elle a exécuté la même mission dans les mêmes conditions, ont été obtenus par un stratagème caractérisé par le recours à un tiers au statut non défini pour une mise en scène, et sont des preuves déloyales, peu important que la visite de clients mystères ait été, ou non, annoncée au préalable par un communiqué publié dans la presse professionnelle ou par courriers adressés aux opticiens lyonnais dont la société Nagabbo, qui le conteste, cette éventuelle information étant sans incidence sur la réalité du stratagème employé et sans que les dispositions légales, citées par le syndicat établissent, contrairement à ce qu'il affirme, que le recours aux clients mystères est légal et donc loyal. En effet, en autorisant, aux termes des articles L. 450-3-2 du code de commerce et L. 215-3-4 du code de la consommation, des agents habilités à utiliser le technique du client mystère, le législateur n'a pas consacré la validité du moyen de preuve mais a, au contraire dérogé de manière limitée et encadrée, au principe de la loyauté dans l'administration de la preuve dans un intérêt public représenté par la poursuite des infractions et manquements prévus par le livre IV du code de commerce concernant les pratiques anticoncurrentielles, la transparence tarifaire et les pratiques restrictives anticoncurrentielles et par le livre II du code de la consommation concernant la conformité et sécurité des produits et des services et ce, de manière proportionnée puisque cette technique est seulement permise pour les agents habilités et à la condition que la preuve des infractions ne puisse pas être rapportée autrement. En conséquence, les attestations de Mmes [S] et [G], les ordonnances qu'elles ont utilisées pour se faire passer par des clientes potentielles, les devis, factures et feuilles de soins qui leur ont été remises à la suite de leur mise en scène, sont irrecevables ce qui conduit, par infirmation de la décision déferée, au débouté de l'ensemble des prétentions du syndicat » ;

Alors 1°) que si le principe de loyauté de la preuve fait obstacle à la recevabilité d'une preuve recueillie par un procédé consistant à provoquer la commission d'une infraction ou d'une faute civile, il n'interdit pas l'administration de la preuve d'une telle infraction ou faute par le biais d'une attestation établie par une personne l'ayant constatée et relatant objectivement les circonstances de sa commission ; que la seule circonstance que le rédacteur de cette attestation soit rémunéré à ce titre ne caractérise pas à lui seul le caractère déloyal de ce procédé, dès lors que la personne concernée se borne à constater la commission d'un fait sans intervenir en vue de sa réalisation, et qu'elle n'est pas spécialement rétribuée en cas de constatation d'un fait déterminé ; que pour écarter les deux attestations respectivement établies par Mme [S] et par Mme [G], relatant la commission par des préposés de la société Nagabbo de fraudes aux mutuelles par falsification de factures, la cour d'appel a retenu que Mme [S], répondant aux questions d'un huissier sur sommation interpellative, a indiqué qu'elle avait été mandatée par la société Qualivox pour effectuer un scénario non réel dont le déroulement lui a été précisé par la société Qualivox (prétendre que les lunettes lui plaisant étaient trop chères, qu'elle ne connaissait pas le nom de sa mutuelle, qu'elle reviendrait avec cette information), qu'une prescription pour une monture de lunettes de vue lui avait été établie pour l'occasion, tout en précisant qu'elle n'avait pas besoin de lunettes, qu'il s'agissait d'une mission rémunérée au taux horaire qui ne s'était pas limitée à la société Nagabbo ; que la cour d'appel en a déduit que ce témoignage, comme celui de Mme [G] dont il n'était pas contesté qu'elle avait exécuté la même mission dans les mêmes conditions, avait été obtenu par un stratagème caractérisé par le recours à un tiers au statut non défini pour une mise en scène, et constituaient des preuves déloyales, peu important que la visite de clients mystères ait été, ou non, annoncée au préalable ; qu'en statuant de la sorte, par des motifs impropres à établir le défaut d'impartialité des témoins mandatés pour effectuer les « visites mystères », ainsi que le caractère déloyal du procédé employé par l'Union des Opticiens pour établir l'existence des fraudes commises par la société Nagabbo, la cour d'appel a violé l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Alors 2°) que ne constitue pas une mise en scène destinée à provoquer la commission d'une infraction ou d'une faute civile le fait de mandater une personne afin de se rendre dans une entreprise pour constater les modalités de facturation d'un produit et s'assurer de leur conformité à la législation applicable ; qu'en l'espèce, au soutien de ses demandes contre la société Nagabbo, le Rassemblement des Opticiens de France versait aux débats deux attestations, respectivement établies par Mme [S] et par Mme [C], aux termes desquelles ces dernières indiquaient que le préposé de la société Nagabbo avait falsifié la facture d'achat de leurs lunettes, en augmentant le prix des verres, mieux remboursé par les mutuelles, et en diminuant corrélativement celui de la monture, tels qu'ils figuraient sur le devis qui leur avait été initialement présenté ; que pour écarter ces attestations comme établies en méconnaissance du principe de loyauté de la preuve, la cour d'appel a retenu que la « cliente mystère » avait été mandatée et rémunérée par la société Qualivox,

pour effectuer un scénario non réel dont le déroulement lui avait été précisé par la société Qualivox (prétendre que les lunettes lui plaisant étaient trop chères, qu'elle ne connaissait pas le nom de sa mutuelle, qu'elle reviendrait avec cette information), ce dont elle a déduit que les attestations avaient été obtenues par un stratagème caractérisé par le recours à un tiers au statut non défini pour une mise en scène, de sorte qu'elles constituaient des preuves déloyales devant être écartées des débats ; qu'en statuant ainsi, sans qu'il résulte de ses constatations que les auteurs des attestations avaient cherché à provoquer la commission de la fraude, la cour d'appel s'est fondée sur des motifs impropres à établir le caractère déloyal du procédé employé pour recueillir les attestations litigieuses, et a encore violé l'article 9 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Alors 3°) en outre que les juges du fond doivent examiner, fût-ce sommairement, les pièces versées aux débats par les parties et répondre aux moyens opérants invoqués au soutien de leurs prétentions ; qu'en retenant que les témoignages de Mme [S] et de Mme [G] avaient été obtenus par un stratagème caractérisé par le recours à un tiers au statut non défini pour une mise en scène, sans procéder à la moindre analyse des attestations en cause et sans répondre au moyen invoqué par le Rassemblement des Opticiens de France qui faisait valoir qu'il résultait de ces attestations que les « clientes mystères » n'avaient pas provoqué la commission de la fraude, le préposé de la société Nagabbo ayant de sa propre initiative proposé de falsifier les factures d'achat de lunettes, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

Alors 4°) et en tout état de cause, qu'un mode de preuve est légalement admissible dès lors qu'il constitue le seul moyen pour celui qui l'a employé de rapporter la preuve d'un fait et que l'atteinte qu'il porte aux droits des tiers est proportionnée au regard des intérêts en présence ; qu'en l'espèce, le Rassemblement des Opticiens de France faisait valoir que la méthode dite des « visites mystères » constituait la seule façon de rapporter la preuve des éventuelles fraudes aux mutuelles que pouvaient commettre certains opticiens, et qu'elle avait pour but de constater la commission d'actes illégaux portant atteinte aux intérêts et à la réputation de la profession, et constitutifs d'actes de concurrence déloyale ; qu'en se bornant à retenir, pour écarter les deux attestations versées aux débats par le syndicat exposant, que celles-ci avaient été établies en méconnaissance du principe de loyauté de la preuve, sans rechercher, comme elle y était invitée, si la pratique des « visites mystères » dans le cadre desquelles avaient été établies les attestations en cause ne constituait pas le seul moyen pour le syndicat de rapporter la preuve d'éventuelles fraudes aux mutuelles par le biais de falsifications de factures, et si la production de ces attestations n'était pas proportionnée au regard des intérêts antinomiques en présence, en ce qu'il tendait à rapporter la preuve d'actes de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif de la profession d'opticiens, et constitutifs de faits de concurrence déloyale, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 9 du code de procédure civile et de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.