

(?). Elle prononce, au stade du référé et dans l'attente du jugement au fond à venir, une injonction de cesser toute utilisation et exploitation des termes « Time For The Planet », « *sur tout support quel qu'il soit, en ce compris les noms de domaines Facebook, LinkedIn et tout le réseau social, sous astreinte provisoire de 1 000 euros par jour de retard [...]* ».

Espérons que les arguments au fond seront plus rigoureusement présentés, devant le tribunal judiciaire !

Time to gain... Ou try again !

Pascale TRÉFIGNY

Mots-Clés : Droit des marques - Compétence judiciaire - Faits connexes de concurrence déloyale - Juridictions spécialisées

JurisClasseur : Marques – Dessins et modèles, fasc. 7550

PROTECTIONS DIVERSES, CONCURRENCE DÉLOYALE, PARASITISME



Nicolas BOUCHE,
maître de conférences à l'université Jean Moulin - Lyon 3



Jacques LARRIEU,
professeur, université Toulouse 1 Capitole-CDA

CONCURRENCE DÉLOYALE

12 La preuve par le « client mystère »

Solution. – Sont déclarés irrecevables pour atteinte au principe de loyauté de la preuve les éléments de preuve rassemblés par des « clients mystère », alors qu'une certaine professionnalisation et un mode de rémunération ambigu font douter de la neutralité de ces témoins, d'autant que leur attitude peut être interprétée comme une incitation à la fraude qu'ils étaient chargés de constater.

Impact. – Le principe de loyauté dans l'administration de la preuve constitue un obstacle difficile à surmonter pour qui n'a pas d'autre choix que l'utilisation de clients fictifs pour démontrer le bien-fondé de ses allégations.

Cass. com., 10 nov. 2021, n° 20-14.669, ROF c/ Sté IMD Optic : *JurisData* n° 2021-018578

Extraits :

[...]

Faits et procédure

1. Selon l'arrêt attaqué (Paris, 18 février 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 IMD Optic, 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 IMD Optic en cessation des actes de concurrence déloyale et en paiement de dommages-intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession.

[...]

Réponse de la Cour

5. Après avoir constaté que les deux « clientes mystère » ayant rédigé les attestations étaient rémunérées par la société Qualivox et qu'elles avaient également rédigé les attestations sur la base desquelles le ROF avait assigné trois autres opticiens début 2017, l'arrêt retient qu'il en résulte l'existence de relations d'affaires entre le ROF et la société Qualivox et une certaine professionnalisation de

ces deux « clientes mystère », de nature à faire douter de leur parfaite neutralité dans l'établissement des témoignages produits, aucun élément n'étant apporté quant à leur mode de rémunération par la société Qualivox. L'arrêt retient enfin que le contenu même des attestations montre que les « clientes mystère » ont d'emblée appelé l'attention des opticiens sur les montants de prise en charge des verres et montures par leur mutuelle, ce qui ne permet pas d'écarter la thèse de la société IMD Optic selon laquelle les opticiens ont été incités à la fraude, le remboursement des produits par la mutuelle ne pouvant être perçu par les opticiens que comme un élément déterminant de la vente.

6. De ces 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 IMD Optic, la cour d'appel, qui n'était pas tenue de procéder à la recherche invoquée par la troisième branche, qui ne lui était pas demandée, a pu déduire que les attestations, ainsi que les devis et factures qui les accompagnaient, avaient été obtenus de manière déloyale et étaient donc irrecevables.

7. Le moyen n'est donc pas fondé. PAR CES MOTIFS, la Cour REJETTE le pourvoi ;

[...]

NOTE : 1 – Le « client mystère ». – Pour qui laisse paresseusement galoper son imagination, l'énigmatique personnage prend vite une stature romanesque et se trouve mêlé à de troubles complots et à de sombres machinations. Mais hélas le mystère se dissipe bientôt et on apprend qu'il ne s'agit que d'une technique discrète de contrôle, d'audit, voire d'espionnage d'un partenaire commercial, d'un salarié ou d'un concurrent. Pour le marketing, c'est une « personne envoyée par une entreprise et se faisant passer pour un client afin de juger de la qualité de l'accueil et du service » (www.mercator.fr). Le procédé est plus répandu qu'on pourrait penser, utilisé tantôt par un franchiseur ou un fournisseur pour inspecter discrètement un détaillant (*Cass. com.*, 7 mai 2019, n° 17-29.013. – *Cass. soc.*, 29 sept. 2021, n° 20-18.802), tantôt par un employeur pour surveiller ses salariés (*CA Lyon, ch. soc.*, 8 févr. 2006, n° 04/04522, SA Castorama. – *CA Bordeaux*, 18 janv. 2007, n° 05/00759, SNC Relais H. – *CA Orléans*, 19 févr. 2008, n° 07/1656. – *CA Douai*, 28 mars 2008, n° 07/01012), tantôt par un concurrent pour mettre au jour les pratiques douteuses d'un rival (*Cass. 2^e civ.*, 26 sept. 2013, n° 12-23.387, *Optical Center* : *JurisData* n° 2013-021142. – *Cass. com.*, 6 déc. 2016, n° 15-18.088, *Optical Center*. – *Cass. com.*, 27 janv. 2021, n° 18-14.774, *Optical Center c/ Atol et a.* : *JurisData* n° 2021-001040). Des « visites mystère » sont

organisées, des « *clients mystère* » sont mandatés pour tester le comportement de celui que l'on veut contrôler, les services d'un quidam sont utilisés pour réaliser un constat d'achat (*JCl. Marques – Dessins et modèles, fasc. 3470 : Saisie-contrefaçon, n° 100, par Ch. de Haas*).

2 – **Factures falsifiées.** – Dans l'une des affaires examinées par la chambre commerciale le 10 novembre dernier (*Cass. com., 10 nov. 2021, n° 20-14.669, ROF c/ Sté IMD Optic : JurisData n° 2021-018578*), c'est un syndicat professionnel, le rassemblement des opticiens de France (ROF) qui, au nom de sa mission de défense de l'éthique de la profession, avait organisé, avec l'aide d'un prestataire de services spécialisé, la visite de deux « *clientes mystère* » dans le magasin d'optique de la société IMD Optic. La pratique frauduleuse dont cette dernière était soupçonnée concernait la facturation des lunettes et consistait à augmenter artificiellement le prix des verres en diminuant corrélativement le prix des montures. Comme les verres sont remboursés plus généreusement que les montures, le client bénéficiait d'une prise en charge plus conséquente du prix des lunettes, avantage de nature à séduire un presbyte ou un myope près de ses sous. Cette pratique était susceptible de créer une distorsion de concurrence au détriment des autres enseignes d'optique.

Le stratagème de la société IMD Optic dévoilé par les deux « *clientes mystère* » semble relativement récurrent si l'on en croit un examen rapide de la jurisprudence. Dans un arrêt du même jour, la Cour de cassation a examiné la validité de la preuve par « *clientes mystère* » utilisée à l'égard d'une autre entreprise soupçonnée de la même falsification de factures par le même syndicat professionnel (*Cass. com., 10 nov. 2021, n° 20-14.670, ROF c/ Sté Naggabo : JurisData n° 2021-018579*). D'autres affaires ont opposé des concurrents. Ainsi la société Optical Center a été partie à trois procédures dans lesquelles elle reprochait des actes de concurrence déloyale à des opticiens soupçonnés des mêmes pratiques déloyales (*Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-18.088. – Cass. com., 14 févr. 2018, n° 16-24.619 : JurisData n° 2018-002244. – Cass. com., 27 janv. 2021, n° 18-14.774 : JurisData n° 2021-001040*). Si la technique de preuve du « *client mystère* » était couramment utilisée dans ces affaires, la validité de ce moyen de preuve donne exceptionnellement lieu à un examen précis dans les arrêts du 10 novembre 2021, et spécialement dans l'affaire ROF c/ société IMD Optic.

3 – **Loyauté de la preuve.** – La preuve des fausses facturations reposait exclusivement sur le témoignage des deux « *clientes mystères* » et les devis et factures qu'elles avaient récupérés. Les juges du fond ont déclaré irrecevables ces moyens de preuve au motif qu'ils avaient été obtenus de manière déloyale. Ils faisaient référence au principe de loyauté dans l'administration de la preuve consacré par l'assemblée plénière de la Cour de cassation (*Cass. ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 : JurisData n° 2011-000038*) qui l'a fondé sur les articles 9 du Code de procédure civile et 6, § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (*F. Ferrand, Rép. pr. civ. Dalloz, v° Preuve, n° 488*).

L'auteur du pourvoi contestait l'arrêt de la cour d'appel sur trois points. Il le critiquait d'abord pour avoir déduit la déloyauté du seul fait que les « *clientes mystère* » étaient rémunérées. Il lui reprochait ensuite d'avoir conclu au défaut de loyauté des preuves de la falsification alors que les « *clientes mystère* » n'avaient pas provoqué la commission du délit. Enfin, il reprochait à la cour de ne pas avoir pris en considération le fait que le syndicat ne pouvait disposer d'aucun autre moyen de preuve.

Dans sa réponse, la chambre commerciale met d'abord l'accent sur deux éléments retenus par la cour d'appel qui font soupçonner une « *certaine professionnalisation* » des témoins : le fait qu'elles ont reçu une rémunération et le fait qu'elles sont intervenues dans trois autres enquêtes. Cela ajouté à l'incertitude sur leur mode de rémunération, possiblement une commission à chaque constat d'une falsification de facture, a contribué à éveiller les soupçons de la cour d'appel quant à la parfaite neutralité desdits témoignages.

Ensuite, la Cour de cassation rappelle que, selon les constatations faites par les juges du fond, ce sont les « *clientes mystère* » qui ont pris l'initiative d'attirer l'attention des opticiens sur les différences de prise en charge des verres et montures par les mutuelles. L'arrêt d'appel en avait déduit qu'on ne pouvait écarter l'hypothèse d'une provocation à la fraude de la part des témoins.

Pour la chambre commerciale, ces éléments démontrent le recours des témoins à un « *stratagème* », à une « *mise en scène* », « *de nature à faire douter de la neutralité de leur comportement à l'égard de la société IMD Optic* ». Elle conclut que la cour d'appel a justement « *pu déduire que les attestations, ainsi que les devis et factures qui les accompagnaient, avaient été obtenus de manière déloyale et étaient donc irrecevables* ».

De manière générale, la Cour de cassation se montre hostile aux opérations clandestines, reposant sur des stratagèmes et des ruses afin d'obtenir des preuves (*Cass. soc., 18 mars 2008, n° 06-40.852 : JurisData n° 2008-043260 ; D. 2008, p. 2306, obs. M.-C. Amauger-Lattes, I. Desbarats, C. Dupouey-Dehan, B. Lardy-Pélessier, J. Pélessier et B. Reynès. – Cass. 2^e civ., 26 sept. 2013, n° 12-23.387, Optical Center, préc.*) ou sur l'utilisation de témoins dont l'indépendance à l'égard du demandeur n'est pas garantie (*pour les constats d'achat : Cass. 1^{re} civ., 25 janv. 2017, n° 15-25.210, G-Star Raw : JurisData n° 2017-000971*). Est-ce à dire que le procédé probatoire reposant sur le « *client mystère* » est interdit ? Dans un litige entre opticiens concurrents à propos de falsification de factures, la chambre commerciale a écarté sans autre explication les attestations recueillies par un « *client fictif* », « *faute d'avoir été loyalement obtenues* » (*Cass. com., 6 déc. 2016, n° 15-18.088, Optical Center*). Mais dans une décision de 2008, concernant une preuve constituée par un « *client fictif* », la même chambre a caractérisé la déloyauté de la manœuvre par le fait que l'intéressé n'entendait pas donner suite à sa commande (*Cass. com., 18 nov. 2008, n° 07-13.365 : D. 2009, p. 2714, obs. P. Delebecque, J.-D. Bretzner et T. Vasseur*).

4 – **Droit à la preuve.** – La troisième branche du moyen reprochait à la cour d'appel d'avoir déclaré la preuve par « *client mystère* » irrecevable alors que l'auteur du pourvoi ne disposait d'aucun autre moyen lui permettant d'établir le bien-fondé de ses allégations. La chambre commerciale a écarté logiquement ce moyen parce qu'il n'avait pas été invoqué devant les juges du fond (*id. : Cass. com., 10 nov. 2021, n° 20-14.670, UDO c/ Nagabbo, préc.*). Si tel avait été le cas, la recevabilité de la preuve par « *client mystère* » aurait-elle été assurée ? Le défaut de moyen alternatif de preuve soulève la question du droit à la preuve. La reconnaissance d'un droit subjectif à la preuve par une partie de la doctrine (*V. F. Ferrand, art. préc., n° 4-5*) et par une jurisprudence (*Cass. 1^{re} civ., 5 avr. 2012, n° 11-14.177 : JurisData n° 2012-006418*) plaiderait en faveur de la recevabilité de la preuve par « *client mystère* » si elle s'avérait indispensable. Encore faudrait-il que cette production soit « *proportionnée aux intérêts antinomiques en présence* ». De plus, signale le professeur Frédérique Ferrand : « *Cette jurisprudence naissante de la Cour de cassation semblant consacrer, aux conditions énoncées, un véritable « droit à la preuve » devra être confrontée à un autre principe émergent, consacré récemment à plusieurs reprises par la Haute juridiction : le principe de loyauté probatoire* ». Comment concilier ces impératifs ? « *C'est le sort de tous les droits à... que de rencontrer d'autres droits à... et, nonobstant l'optimisme parfois béat de juristes oublieux de l'histoire, c'est bien à l'arbitrage entre eux que sont occupés les juristes depuis qu'ils existent* », écrivait Hauser (*J. Hauser, Limites du droit au respect de la vie privée et familiale et droit à la preuve : RTD civ. 2012, p. 506*). Or, l'effacement du devoir de loyauté dans l'établissement de la preuve devant ce droit à la preuve est incertain, voire peu probable (*G. Lardeux, Du droit de la preuve au droit à la preuve : D. 2012, p. 1596. – « L'exigence de loyauté est absolue » : S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais et L. Mayer, Procédure civile : Dalloz, coll. Hypercours, 7^e éd., n° 1131*). Bref, le mystère demeure.

Jacques LARRIEU

Mots-Clés : Concurrence déloyale - Preuve