

REPUBLIQUE FRANÇAISE

AU NOM DU PEUPLE FRANÇAIS

**COUR D'APPEL DE LYON**

**3ème chambre A**

**ARRÊT DU 12 mars 2020**

**APPELANTE :**

SA N.

**INTIMÉE :**

**Syndicat Union X.**

\* \* \* \* \*

Date de clôture de l'instruction : **08 Mars 2019**

Date des plaidoiries tenues en audience publique : **12 Février 2020**

Date de mise à disposition : **12 Mars 2020**

**Composition de la Cour lors du délibéré :**

Arrêt **Contradictoire** rendu par mise à disposition au greffe de la cour d'appel, les parties en ayant été préalablement avisées dans les conditions prévues à l'article 450 alinéa 2 du code de procédure civile,

\* \* \* \*

**EXPOSÉ DU LITIGE**

Par acte d'huissier de justice du 30 janvier 2017, l'Union X., syndicat professionnel, a fait assigner la SA N., exerçant l'activité d'opticien à Lyon, devant le tribunal de commerce de Lyon pour entendre ordonner à cette dernière de cesser, immédiatement et sous astreinte de 5'000'€ par infraction constatée, des agissements de concurrence déloyale en utilisant des moyens illégaux, la condamner au paiement de dommages-intérêts d'un montant de 50'000'€ pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession et ordonner la publication de la décision dans différentes publications et sites internet aux frais de la société N. .

Au soutien de son action, elle a exposé que dans le cadre de sa mission de moralisation et défense de l'éthique de la profession des opticiens-lunetiers, elle a procédé, en 2016, à des contrôles d'un certain nombre de points de vente dont celui exploité par la société N. , afin de vérifier l'éventuelle pratique irrégulière consistant à faire supporter par les mutuelles une partie du prix des montures en falsifiant les factures'; que la visite de deux clientes mystères avait révélé que la société N. utilisait cette

pratique.

La société N. s'est opposée aux demandes en soulevant à titre principal l'irrecevabilité des preuves obtenues en violation du principe de loyauté dans l'administration de la preuve et à titre subsidiaire, en contestant avoir commis une faute caractérisant un acte de concurrence déloyale susceptible d'engager sa responsabilité.

Elle a formé une demande reconventionnelle de dommages-intérêts pour procédure abusive.

Par jugement du 15 janvier 2018, le tribunal de commerce a':

- ordonné la cessation immédiate des agissements de concurrence déloyale de la société N. sous astreinte de 2'000'€ par infraction constatée après le prononcé du jugement,
- condamné la société N. à verser à l'Union X. la somme de 10'000'€ à titre de dommages-intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession,
- ordonné la publication du jugement dans les revues professionnelles, le tout aux frais avancés de la société N. ,
- ordonné l'exécution provisoire,
- condamné la société N. à payer à l'Union X. une somme de 2'500'€ au titre de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamné la société N. aux dépens.

La société N. a relevé appel de cette décision par acte du 14 février 2018.

Par conclusions déposées le 13 novembre 2018, fondées sur les articles 1240 et 1241 nouveaux et 1315 du code civil, les articles 9 et 56 du code de procédure civile, ensemble l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve, et l'article 32-1 du code procédure civile, **la société N.** demande à la cour de':

- juger recevable et bien fondé son appel de l'ensemble de chefs de jugements (énumérés dans les conclusions),

*en conséquence,*

- réformer le jugement pour chacun des chefs mentionnés, statuant à nouveau,
- juger que les pièces n° 5 à 12 produites par l'intimé ont été obtenues en violation du principe de loyauté dans l'administration de la preuve,
- les déclarer irrecevables,

*subsidiairement,*

- juger qu'elle n'a commis aucune faute caractérisant un acte de concurrence déloyale susceptible d'engager sa responsabilité à l'égard de l'intimé,
- juger surabondamment que l'intimé n'a subi aucun préjudice,

*en conséquence,*

- le débouter de l'intégralité de ses demandes, fins et conclusions comme infondées,

*en tout état de cause,*

- condamner l'intimé à lui payer la somme de 20'000'€ à titre de dommages-intérêts outre celle de 5'000'€ en application de l'article 700 du code de procédure civile pour la présente instance et 10'000'€ pour la première instance,

- le condamner à publier l'arrêt infirmatif dans deux revues mensuelles
- le condamner aux entiers dépens de première instance et d'appel avec droit de recouvrement direct au profit de la SCP J. et Associés, représentée par Me J., avocat, sur son affirmation de droit.

Par conclusions déposées le 10 janvier 2019, fondées sur les articles 1240 et 1241 nouveaux du code civil, L. 470-7 du code de commerce, 700 du code de procédure civile,

Le syndicat Z. venant aux droits du syndicat L'Union X. demande à la cour de':

- confirmer le jugement entrepris sauf en ce qu'il a condamné la société N. au paiement de la somme de 10'000'€ à titre de dommages-intérêts pour atteinte à l'intérêt collectif de la profession,

*et statuant à nouveau,*

- condamner la société N. à lui payer la somme de 50'000'€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,
- condamner la même aux entiers dépens distraits au profit de Me C. sur son affirmation de droit.

## MOTIFS

### Sur les prétentions du syndicat

Pour prouver les faits reprochés à la société N. , le syndicat produit les attestations établies par deux clientes mystères, Mmes Giraudier et L. T à la suite de leur visite dans le point de vente exploité par la société N. 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 N. 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 G. 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 Q. (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 Q. (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 N. .

Ces éléments démontrent que le témoignage de Mme G., comme celui de Mme L., 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 dont la société N. , 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 du 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 du commerce concernant les pratiques anti-concurrentielles, 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 G. et L., 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.

Sur la demande de dommages-intérêts de la société N.

Le droit d'ester en justice ne peut donner lieu à dommages-intérêts que s'il a dégénéré en abus ce qui ne résulte pas de la déloyauté de l'administration de la preuve et de l'absence de mise en demeure antérieure à l'assignation, faits invoqués par la société N. au soutien de sa demande qui est donc rejetée.

La décision infirmée ayant ordonné sa publication avec exécution provisoire, la demande de publication du présent arrêt dans les mêmes revues formée par la société N. est justifiée. Il y est fait droit dans les conditions précisées au dispositif.

Sur les dépens et les frais irrépétibles

Partie perdante, le syndicat doit supporter les entiers dépens et frais irrépétibles et verser à la société N. une indemnité de procédure globale pour la première instance et la cause d'appel.

### **PAR CES MOTIFS**

*La cour statuant publiquement, par arrêt contradictoire,*

**Infirm**e le jugement entrepris,

*Statuant à nouveau,*

**Déboute** le syndicat Z. venant aux droits de l'Union X. de ses prétentions,

**Déboute** la SA N. de sa demande reconventionnelle de dommages-intérêts,

**Ordonne** la publication, sans délais et pendant un mois, du présent arrêt dans les revues mensuelles aux frais du syndicat Z. venant aux droits de l'Union X.,

**Condamne** le syndicat Z. venant aux droits de l'Union X. à verser à la SA N. une indemnité de 5'000'€ sur le fondement de l'article 700 du code de procédure civile,

**Condamne** le syndicat Z. venant aux droits de l'Union X. aux dépens de première instance et d'appel, ces derniers avec faculté de recouvrement conformément aux dispositions de l'article 699 du code de procédure civile.