Télémarketing et LCD : quelques précisions autour de la relation commerciale entre un client et un fournisseur

Arrêt TF 6B_978/2020 (d) du 16 novembre 2022* (ATF 149 IV 1)

Par Hadrien Monod, le 16 décembre 2022

> En matière de télémarketing, l'art. 3 al. 1 let. u LCD interdit au fournisseur l'envoi de publicité aux personnes ayant exprimé le refus d'en recevoir au moyen d'un astérisque dans un annuaire. Seule une relation commerciale actuelle existant entre un client et un fournisseur permet de faire échec à ce principe et autorise ainsi un tel envoi dans une relation spécifique. Le Tribunal fédéral estime, à cet égard, que la commande de compléments alimentaires effectuée sept ans avant l'appel publicitaire concerné ne permet pas de considérer la relation commerciale comme actuelle.

I. En fait

Le secrétariat d'État à l'économie (SECO) a reçu une quarantaine de plaintes visant des appels téléphoniques attribuables à l'entreprise de télémarketing B SA, dont A est le président du conseil d'administration. Il est reproché à ce dernier, puisque les actes des employés de B SA lui sont imputables, des infractions à la loi sur la concurrence déloyale, notamment s'agissant des méthodes de publicité. Entre décembre 2012 et septembre 2014, près d'une trentaine de personnes auraient été appelées par l'entreprise B SA alors que l'annuaire téléphonique mentionnait, par le biais d'un astérisque, le blocage de la publicité exigé par ces personnes. En première instance, A est totalement acquitté. Le SECO fait appel concernant 15 cas. Le Tribunal cantonal du canton de Berne reconnaît finalement la culpabilité de A dans 4 cas. Ce dernier forme alors un recours par devant le Tribunal fédéral.

II. En droit

D'après l'art. 3 al. 1 let. u LCD (*cum* art. 23 al. 1 LCD), quiconque ne respecte pas la mention figurant dans l'annuaire selon laquelle la personne concernée ne souhaite pas recevoir de messages publicitaires peut être puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Depuis le 1er janvier 2021, la disposition prévoit que la mention de refus de publicité n'a pas d'effet s'il existe une relation commerciale entre l'émetteur du message publicitaire et la personne ayant fait inscrire ledit blocage. À l'époque des faits, l'exception liée à l'existence d'une relation commerciale ne figurait pas dans la loi. Néanmoins, le Tribunal fédéral explique que l'ancienne version de l'art. 3 al. 1 let. u LCD ne valait déjà pas lorsqu'il existait une relation d'affaire entre l'émetteur des messages publicitaires et leurs destinataires (c. 1).

La question fondamentale est ainsi de savoir si les personnes ayant reçu des messages publicitaires indésirés étaient bien en relation commerciale avec l'entreprise émettrice B SA.

En premier lieu, A conteste deux éléments : d'une part, l'établissement des faits opéré par l'autorité précédente s'agissant de l'existence de la mention de blocage de publicité du client C au moment des faits reprochés ; d'autre part, le fait que la plainte pénale déposée par le SECO ne corresponde pas à la volonté de C de dénoncer la société B SA. Selon le Tribunal fédéral, au contraire, l'autorité précédente pouvait légitimement admettre l'existence d'une mention de blocage concernant C puisque l'astérisque était présente dans l'annuaire le jour de l'appel incriminé (c. 2.3). En outre, la légitimité à agir accordée au SECO découle de sa qualité d'autorité de surveillance dans l'exécution des tâches relatives à la LCD. Cela implique notamment d'endiguer les excès du marketing téléphonique. Par conséquent, il n'est pas nécessaire que le motif individuel qui poussait C à dénoncer l'appel téléphonique en question (un « bip » sonore dérangeant) corresponde exactement à la plainte déposée par le SECO (violation de l'inscription des astérisques) (c. 2.5).

En deuxième lieu, A reproche à l'autorité précédente d'avoir admis le dol éventuel s'agissant de deux personnes appelées (F et G). Ces deux personnes disposaient d'une mention de blocage de publicité dans l'annuaire téléphonique. Elles figuraient également dans la banque de données d'une société tierce (H Sàrl), filiale de B SA. Suite à un transfert de données erroné, F et G ont effectivement été appelées à des fins de publicité portant sur I SA, dont elles n'avaient pourtant jamais été clientes. B SA a donc bien utilisé pour la campagne marketing de I SA des données provenant d'une filiale. Les mesures de précaution prises par B SA pour tenir compte des refus de publicité exprimés n'ont cependant pas suffi. B SA et A auraient en ce sens dû éviter que les fichiers des différentes filiales ne se mélangent, notamment en prenant des mesures conservatrices simples, telles qu'une limitation des droits d'accès (c. 3.3.2). Le reproche de A selon lequel un risque résiduel ne peut être exclu qu'au prix d'un effort disproportionné ne tient pas. L'utilisation des données personnelles des clients contraire à la LCD découle, au contraire, de l'absence de séparation des bases de données. La probabilité d'une utilisation illicite de ces données était donc élevée. Par conséquent, l'acceptation d'un tel risque dépasse la négligence consciente et peut effectivement être considérée comme relevant du dol éventuel (c. 3.3.3).

En dernier lieu, A conteste sa culpabilité s'agissant d'un appel auprès de J. En substance, A considère qu'il existait une relation commerciale au moment de l'appel téléphonique vers J. Cette personne faisait en effet partie d'une base de données de clients de I SA, auprès de qui elle avait commandé, sept ans auparavant, des compléments alimentaires. Selon l'autorité précédente, B SA, qui a procédé à l'appel, aurait dû s'apercevoir que la relation commerciale n'existait plus et que l'appel ne pouvait être réalisé qu'à des fins publicitaires illicites (c. 4.1). Pour le Tribunal fédéral, le litige réside principalement dans le fait de savoir si l'on peut estimer qu'une relation commerciale perdure plus de sept ans après la dernière commande effectuée par le client (c. 4.3). Il rappelle que la notion de « client » autorise un « fournisseur » au sens de la LCD à faire parvenir au premier des messages publicitaires malgré l'éventuelle mention de blocage de publicité. Cette relation doit exister au moment de la communication publicitaire (cf. FF 2017 6185, 6277). Puisqu'elle s'achève généralement de façon informelle, la relation commerciale entre un client et un fournisseur s'examine selon plusieurs critères. Aussi, il convient d'analyser la nature de la relation commerciale, le type de produit concerné, ainsi que la forme et le contenu du contrat conclu.

D’après les juges fédéraux, la notion de relation commerciale doit être interprétée de façon restrictive pour éviter les dérives du télémarketing et pour respecter la volonté exprimée par l’astérisque de ne pas recevoir de messages publicitaires. L’exception permettant l’envoi de publicité à des personnes ayant signifié leur refus repose sur la présomption qu’il existe un intérêt pour les communications commerciales dans le cadre spécifique concerné (c. 4.3.2). Or, en l’espèce, la dernière commande avait été faite plus de sept ans auparavant. Le Tribunal fédéral rejoint donc le raisonnement de l’autorité précédente et considère également que la relation commerciale entre I SA et J n’existait plus, si bien que l’appel téléphonique contrevient à l’art. 3 al. 1 let. u LCD. B SA et – par le biais de l’art. 29 CP – A ne pouvaient pas estimer de bonne foi qu’une telle relation perdurait et que la relation était encore actuelle. Le Tribunal fédéral rejette en ce sens l’erreur sur l’illicéité (art. 21 CP) invoquée par A (c. 4.3.3).

Le recours est par conséquent rejeté (c. 5).

Proposition de citation : Hadrien MONOD, Télémarketing et LCD : quelques précisions autour de la relation commerciale entre un client et un fournisseur, in : https://www.crimen.ch/158/ du 16 décembre 2022