

ATF 149 IV 1 | TF, 16.11.2022, 6B\_978/2020\*

*Il appartient à l'exploitant d'un callcenter de vérifier la présence d'un blocage de publicité dans l'annuaire téléphonique. La confusion de bases de données téléphoniques relève d'un dol éventuel et non pas de la négligence en raison de la violation de diligence grave qu'elle constitue. La notion de relation commerciale est à interpréter de manière restrictive ; concernant des biens de consommation à durée de vie restreinte, la relation commerciale est rompue lorsque le client ne manifeste pas d'intérêt pendant une longue durée.*

### Faits

Une entreprise de télémarketing opère des centres d'appels téléphoniques (*callcenter*) à des fins de marketing et publicité. Le Secrétariat d'État à l'économie (SECO) a reçu près de 50 plaintes concernant les appels provenant de l'un des centres d'appels de la société. Entre fin 2012 et 2014, le Ministère public bernois a dénombré 27 appels passés envers des particuliers qui avaient pourtant spécifié une renonciation à la publicité au moyen d'un astérisque dans l'annuaire téléphonique.

Le Ministère public bernois reproche au directeur du conseil d'administration de la société des infractions à la LCD pour méthodes de publicité et de vente déloyales. Les agissements des employés de l'entreprise lui sont imputables au sens de l'art. 29 let. a CP.

Le *Regionalgericht Bern-Mittelland* acquitte intégralement le directeur. À la suite de l'appel du SECO, la Cour Suprême du Canton de Berne condamne le directeur pour quatre infractions ; elle renonce néanmoins à lui infliger une peine en application de l'art. 52 CP. Le directeur forme recours en matière pénale au Tribunal fédéral, qui est amené à se prononcer sur l'infraction d'agissement déloyal (art. 3 cum 23 LCD) en lien avec un blocage de publicité dans l'annuaire téléphonique.

### Droit

Le Tribunal fédéral commence par rappeler que l'art. 3 al. 1 let. u LCD réprime le fait de contacter un client qui a indiqué ne pas souhaiter recevoir de messages publicitaires. Cette disposition fonde une obligation de vérifier, au moyen des annuaires téléphoniques, si le

client a renoncé à être contacté pour de la publicité. Une exception au principe de blocage de publicité figure dans le texte légal actuel : le démarcheur peut contacter le client s'il existe entre eux une relation commerciale. Cette exception ne figure pas dans l'ancienne version du texte, pertinente en l'espèce. Cependant, le Tribunal fédéral relève que la doctrine considérait déjà la présence de relation commerciale comme une exception au blocage de publicité et qu'elle constituait une pratique bien établie à l'époque.

Fort de ces constats, le Tribunal fédéral souligne que l'élément déterminant du point de vue du droit pénal est la présence d'un astérisque à côté du nom du client dans l'annuaire, au moment de l'appel litigieux. Aussi, il importe peu que le client ait demandé quelque temps auparavant à son opérateur téléphonique de radier l'astérisque ; c'est l'inscription dans l'annuaire qui fait foi.

Ensuite, le Tribunal fédéral relève que l'infraction de l'art. 3 al. 1 let. u LCD requiert une intention ou à tout le moins le dol éventuel pour procéder à une condamnation, à l'exception de la négligence. Or, le recourant prétend que les appels proviennent d'un mélange de bases de données. En effet, l'entreprise a récupéré une base de données téléphoniques provenant de l'une de ses filiales par erreur. Par voie de conséquence, le *callcenter* ne savait pas que l'entreprise qui l'avait mandaté pour effectuer sa publicité n'entretenait pas de relation commerciale avec les clients dans la base de données. Au surplus, le recourant avait pris d'autres mesures afin d'éviter de contacter des clients sans relation commerciale ; ces mesures n'ont pas eu d'effet en raison du mélange de bases de données. Enfin, le recourant constate que seuls 4 cas demeurent litigieux sur un volume total de plus de sept millions d'appels. Pour le recourant, le comportement reproché serait donc une négligence non punissable.

Le Tribunal fédéral rejette l'argument. Le reproche ne se situe pas au niveau du contact fortuit de clients, mais bien de l'utilisation de bases de données erronées. La société aurait dû veiller à ne pas mélanger les fiches des clients et ainsi garantir qu'aucun appel ne ciblerait des personnes au bénéfice d'un blocage de publicité. Des mesures simples auraient pu éviter une telle violation de diligence ; elles n'ont pas été prises. L'absence de séparation des bases de données, dont le recourant aurait pu se prémunir et qu'il a acceptée, a

provoqué le résultat dommageable. La société s'est ainsi rendue coupable de l'infraction de l'art. 3 al. 1 let. u LCD, par dol éventuel.

Enfin, le recourant conteste qu'il ait commis une infraction à l'égard d'une cliente en particulier, car celle-ci avait commandé un complément alimentaire sept années avant l'appel litigieux. Selon le recourant, l'infraction n'est donc pas punissable, car il existait une relation commerciale au moment de l'appel. Le Tribunal fédéral s'interroge ainsi sur la durée d'une relation commerciale, lorsqu'elle n'est pas renouvelée régulièrement. Alors que pour un produit ayant une durée contractuelle de longue durée - par exemple un abonnement - une relation commerciale peut perdurer, tel n'est pas le cas pour les produits de consommation à courte durée de vie que les clients n'auraient pas commandés à nouveau. Dans ce cas, la notion de relation commerciale est à interpréter de manière restrictive, afin de protéger le client des dérives du télémarketing. En l'absence de manifestation d'intérêt du client pour le produit, la durée de la relation commerciale est résolument restreinte et ne doit pas être surestimée. En l'espèce, une commande vieille de sept années pour des compléments alimentaires n'atteste d'aucune relation commerciale existante.

Partant, le Tribunal fédéral rejette le recours.

Proposition de citation : ARNAUD NUSSBAUMER-LAGHZAOU, La condamnation d'un callcenter pour violation de la LCD, in: <https://lawinside.ch/1260/>