

REPUBLIQUE ET



CANTON DE GENÈVE

POUVOIR JUDICIAIRE

P/556/2017 et P/1997/2015

ACPR/397/2017

COUR DE JUSTICE

Chambre pénale de recours

Arrêt du jeudi 15 juin 2017

Entre

La CONFÉDÉRATION SUISSE, représentée par le SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE, sis Holzikofenweg 36, 3003 Berne,

La FÉDÉRATION ROMANDE DES CONSOMMATEURS, sise rue de Genève 17, case postale 6151, 1002 Lausanne,

recourants,

contre les ordonnances de classement rendues le 11 janvier 2017 par le Ministère public,

et

A_____, domicilié _____, comparant par M^e Nicola MEIER, avocat, rue de la Fontaine 2, 1204 Genève,

B_____, domicilié _____, comparant par Me Frédéric SERRA, avocat, FRORIEP, rue Charles Bonnet 4, case postale 399, 1211 Genève 12,

C_____, domicilié _____, comparant par Me Florian BAIER, avocat, rue Pierre-Fatio 12, case postale 3055, 1211 Genève 3,

LE MINISTÈRE PUBLIC de la République et canton de Genève, route de Chancy 6B, 1213 Petit-Lancy - case postale 3565, 1211 Genève 3,

intimés.

EN FAIT :

- A. a.** Par trois actes expédiés le 20 janvier 2017 au greffe de la Chambre de céans, la CONFÉDÉRATION SUISSE, représentée par le SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCONOMIE (ci-après : SECO), recourt contre les ordonnances du 11 janvier 2017, par lesquelles le Ministère public a classé les procédures dirigées contre A_____, B_____ et C_____, à la suite de ses plaintes pénales des 30 janvier et 12 mai 2015 pour infraction à l'art. 23 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD).

Le SECO conclut à l'annulation des ordonnances précitées et au renvoi du dossier au Ministère public pour instruction complémentaire.

- b.** Par acte expédié le 18 janvier 2017, la FÉDÉRATION ROMANDE DES CONSOMMATEURS (ci-après : FRC) recourt contre les ordonnances de classement rendues le 11 janvier 2017, par lesquelles le Ministère public a classé les procédures dirigées contre A_____ et B_____ à la suite de ses plaintes des 10 et 12 novembre 2015.

La FRC conclut à la condamnation de B_____ et A_____ pour infraction à l'art. 3 al. 1 let. u LCD et au prononcé d'une peine appropriée.

- B.** Les faits pertinents suivants ressortent du dossier :

a. Le 30 janvier 2015, le SECO a déposé plainte pénale contre les personnes qui exploitaient les numéros de téléphones 1_____ à 2_____ pour infraction à l'art. 3 al. 1 let. u LCD, leur reprochant d'appeler des personnes résidant en Suisse à des fins publicitaires sans respecter l'astérisque dans l'annuaire, signifiant que ces personnes ne le souhaitaient pas. Le SECO relevait, notamment, que par le biais de l'art. 26 LCD en faveur des art. 6 et 7 de la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA), il était aussi possible de poursuivre pénalement le chef d'entreprise, l'employeur ou le mandant, s'il n'avait pas pris les précautions nécessaires pour éviter que l'infraction ne se produise. Les appels en cause émanant de raccordements genevois, le Ministère public de ce canton était compétent pour connaître de la plainte. Il ressortait des réclamations reçues par le SECO que ces raccordements correspondaient à un centre d'appels qui composait de façon automatisée plusieurs numéros en même temps.

À l'appui de la plainte, le SECO a produit :

- 12 courriels de réclamations adressés à lui, entre le 3 octobre et le 27 janvier 2015, pour des appels téléphoniques indésirables, dont certains mentionnent des appels quotidiens (annexes 2, 12, 14, 16, 22). Les appels étaient passés pour le compte, notamment, de l'association d'entraide D_____ (annexes 4 et 8), de "E_____" à _____ (annexe 6) et d'un centre d'appel (annexe 10);

- un extrait du Registre du commerce relatif à D_____, dont il ressort qu'il s'agissait d'une association d'entraide, présidée par C_____.

- b.** Le 28 avril 2015, C_____ a déclaré à la police qu'en mai ou juin 2014, il avait été contacté par le SECO qui l'avait informé qu'il ne devait pas "*trop embêter*" les personnes qui ne souhaitent pas recevoir des appels téléphoniques publicitaires. Il avait aussitôt pris contact avec F_____, qui s'occupait du démarchage pour son association, pour lui demander de ne plus contacter les personnes dont le raccordement était précédé d'un astérisque. Si les appels avaient continué, cela signifiait que le nécessaire n'avait pas été fait. Il avait déjà précédemment accompli des démarches dans ce sens, ayant reçu directement des plaintes à ce sujet. Il s'engageait à recontacter F_____ pour trouver une solution, souhaitant vraiment que les gens ne soient plus importunés indûment.

- c.** B_____ a déclaré à la police le 21 mai 2015 que les numéros de téléphone allant du 1_____ à 2_____ étaient bien au nom de sa société, G_____SA, mais qu'ils étaient exploités par F_____. Ce bloc de numéros servait au démarchage pour D_____. En ce qui concernait G_____SA, il exploitait le bloc allant du 3_____ à 4_____. Le contrat qui liait sa société à F_____ prévoyait que les personnes qui figuraient dans l'annuaire téléphonique avec l'astérisque ne devaient pas être contactées. A_____ lui avait dit qu'il pouvait contacter les détenteurs d'astérisque s'agissant de D_____, qui n'avait pas de but lucratif. B_____ a précisé que G_____SA vendait des compléments alimentaires, qu'il travaillait depuis 13 ans avec F_____ et qu'il était devenu très proche d'A_____.

- d.** Le Ministère public a rendu, le 14 juillet 2015, deux ordonnances pénales reconnaissant C_____ et B_____ coupables d'infraction à l'art. 23 al. 1 LCD et les condamnant à une peine de 40 jours-amende avec sursis.

- e.** Les prévenus ont formé opposition contre les ordonnances précitées, les 22 et 27 juillet 2015.

- f.** Auditionné par le Ministère public le 24 septembre 2015, B_____ a contesté les faits qui lui étaient reprochés. Il voulait que l'astérisque soit respecté, mais il arrivait quand même que des personnes qui l'avaient fait imprimer dans l'annuaire soient contactées par F_____. Cela faisait 10 ans qu'il travaillait avec cette société. Au début, il pouvait simplement lui remettre le CD-ROM de "*local.ch*" et seule une faible quantité de numéros était assorti d'astérisques, mais depuis trois ans, une plus grande quantité l'était. Ils devaient dorénavant travailler de manière beaucoup plus ciblée, en fournissant à F_____ une liste de clients. Il avait pu arriver que des gens au bénéfice d'un astérisque soient contactés par F_____, s'ils avaient déjà acheté des produits à G_____SA.

g. Le 24 septembre 2015, C_____ a également contesté les faits qui lui étaient reprochés, faisant valoir que l'activité de D_____ était purement humanitaire et qu'elle ne tombait pas sous le coup de la LCD. La FRC l'avait informé, le 27 octobre 2014, avoir reçu des plaintes et qu'il n'était pas idéal en termes d'image de contacter des personnes disposant d'un numéro avec astérisque. Il avait alors convenu avec F_____ que, dorénavant, lors des appels aux personnes dont le numéro était assorti d'un astérisque, le but caritatif de l'association leur serait expliqué et il leur serait proposé de mettre fin à l'entretien si elles le souhaitaient.

h. Par pli du 10 novembre 2015 adressé au Ministère public de Genève, la FRC a déposé plainte pénale contre D_____, qui avait appelé, en utilisant notamment les raccords 5_____, 6_____ et 7_____, des personnes – qui ne souhaitaient pas l'être et l'avaient signifié dans l'annuaire téléphonique – pour obtenir des promesses de don.

À l'appui de sa plainte, la FRC a produit 5 formulaires de dénonciation reçus entre le 20 août et le 12 octobre 2015, dont 2 mentionnent plusieurs appels malgré l'astérisque (messages 8_____ et 9_____).

i. Le 12 novembre 2015, la FRC a déposé plainte pénale contre G_____SA pour des faits similaires. Entre le 19 janvier et le 20 octobre 2015, la société précitée et/ou toute autre société mandatée par celle-ci – utilisant les raccords 10_____, 11_____, 12_____ et 13_____ – avait appelé de manière intempestive des personnes pour leur proposer des médicaments alors qu'elles bénéficiaient d'un astérisque et n'étaient pas clientes de G_____SA.

À l'appui de sa plainte, la FRC a produit :

- ses statuts, dont il ressort qu'elle est une association à but non lucratif s'engageant pour une consommation responsable et pour la protection et le respect des droits et des intérêts des consommateurs;
- un extrait du Registre du commerce du canton de Schwyz relatif à G_____SA, dont il ressort que cette société est présidée par B_____ et qu'elle est domiciliée à _____ (SZ);
- 11 formulaires de dénonciations transmises à la FRC entre le 20 août et le 20 octobre 2015, dont certains mentionnent des appels quotidiens (messages 14_____, 15_____ et 16_____), des appels provenant d'un centre d'appels (messages 14_____, 16_____ et 17_____), des appels pour G_____SA (messages 18_____, 19_____ et 20_____), H_____ (message 21_____), I_____ (message 17_____), "J_____" (message 16_____). À teneur du message 17_____ du 13 septembre 2016, une certaine K_____ de la maison

I_____ avait refusé d'épeler le nom de la société et prétendu qu'elle était à _____, ce qui ne correspondait pas au numéro d'appel. À teneur du message 15_____ du 12 août 2015, provenant du numéro 11_____, l'appelant avait mentionné travailler pour un laboratoire, de façon peu claire, et avait refusé de s'identifier personnellement ainsi que de retirer l'appelé de la liste des contacts de la société alors que celui-ci bénéficiait d'un astérisque. Dix formulaires précisent que l'appelé n'était pas client de l'appelant.

j. Le 18 décembre 2015, le Ministère public a prévenu complémentaiement B_____, d'avoir, entre le 27 janvier et le 20 octobre 2015, en qualité de président de G_____SA, procédé, par l'intermédiaire d'un centre d'appel situé au Maroc, à un démarchage téléphonique agressif auprès de personnes bénéficiant d'un astérisque dans l'annuaire dans le but de commercialiser des produits de sa société.

B_____ a contesté les faits qui lui étaient reprochés. Il était intervenu, bien avant l'ordonnance pénale, auprès d'A_____ pour que les appels auprès des abonnés bénéficiant d'un astérisque cessent. Sa société commercialisait des compléments alimentaires, mais pas des médicaments, comme évoqué par un dénonciateur. Il envisageait de mettre fin au contrat liant G_____SA à F_____, mais s'il ne travaillait plus avec cette société, il devrait cesser son activité, car il n'était pas possible de trouver un centre d'appels en Suisse travaillant à des conditions aussi favorables que celles proposées par F_____. Depuis sa dernière audition, il avait à nouveau demandé à A_____ que les appels téléphoniques aux bénéficiaires d'astérisque cessent.

k. Le 18 décembre 2015, C_____ a déclaré au Ministère public avoir entrepris toutes les démarches nécessaires auprès de F_____ afin que celle-ci cesse d'appeler les personnes au bénéfice d'un astérisque. Si ses instructions n'étaient pas respectées, il prendrait les mesures qui s'imposaient.

l. Le 15 janvier 2016, le SECO a transmis au Ministère public les réclamations reçues en lien avec D_____ et G_____SA. Il y avait eu au total 133 réclamations entre le 3 octobre 2014 et le 5 mai 2015 sur les numéros 1_____ à 2_____ donc "5/6" avec la mention D_____ ou similaire.

De nouvelles recherches avaient été entreprises sur les numéros mentionnés dans les plaintes de la FRC, dont il résultait que 122 réclamations au total avaient été répertoriées en lien avec les numéros précités, entre le 23 janvier 2015 et le 14 janvier 2016, dont "2/3" faisaient référence à G_____SA ou une mention similaire.

Il avait pu être établi que 5 autres numéros avaient encore été exploités par D_____ et G_____SA pour des appels publicitaires non sollicités, entre le 27 février 2015 et le 14 janvier 2016, en lien avec lesquels le SECO avait reçu 164 réclamations, dont 6

mentionnaient explicitement G_____SA et 10 D_____. Il s'agissait des numéros 22_____, 23_____, 7_____, 24_____ et 25_____.

Le 17 janvier 2014 et le 11 mai 2015, le SECO avait porté plainte pénale auprès du Ministère public de Schwyz contre les exploitants de deux numéros, en lien avec lesquels il avait reçu 164 réclamations, dont plusieurs mentionnaient G_____SA.

En annexe de son pli, le SECO a produit 24 courriels de réclamation, notamment :

- une réclamation du 13 janvier 2015 qui mentionne des appels plusieurs fois par semaine, malgré des plaintes;
- une réclamation du 25 février 2015 qui mentionne que le collaborateur qui appelait au sujet de D_____ était très culpabilisant;
- une réclamation du 27 mars 2015 mentionnant que la vente par téléphone avait été insistante, qu'il s'agissait de recherche de fonds pour D_____, que la seule solution pour s'en défaire était de "boucler au nez", que c'était désagréable et une atteinte à la sphère privée et que les appels intervenaient 7 jours sur 7, jusqu'à des heures tardives (22h);
- une réclamation du 30 juin 2015 mentionnant que l'appelant représentant le Laboratoire G_____SA à _____, avait insisté pour vendre des produits, malgré le rappel de l'astérisque, et refusé de donner le réel nom de la société ainsi que les coordonnées du responsable;
- une réclamation du 14 septembre 2015, mentionnant G_____SA et précisant que la personne appelante avait clairement refusé de donner l'adresse de la société : "_____ (dépôt ?), puis _____, à la rue de la Gare"; l'appelé ayant demandé de parler au supérieur hiérarchique de l'appelante, celle-ci était devenue agressive et lui avait raccroché au nez;
- une réclamation du 22 septembre 2015, dans laquelle la personne appelée mentionnait recevoir chaque semaine environ 2 à 5 appels publicitaires de G_____SA, qui continuait à téléphoner malgré les rappels de l'astérisque;
- deux réclamations du 23 octobre 2015, dans lesquels le même appelé disait avoir reçu trois appels le même jour du Laboratoire G_____SA, prétendument à _____ (mais qui n'existait pas), pour de la publicité agressive en allemand ou en français avec un accent maghrébin et que, malgré l'astérisque, il était harcelé depuis plusieurs mois;

- une réclamation du 13 novembre 2015, mentionnant un appel de G_____SA à _____, précisant que la publicité était agressive et indésirable;
- une réclamation du 25 novembre 2015 en lien avec un appel provenant du 10_____, mentionnant des appels une fois par mois, malgré l'astérisque, pour des produits "*de santé*";
- une réclamation du 8 décembre 2015 mentionnant L_____ à _____, en provenance du raccordement 12_____.

m. Le 22 janvier 2016, le SECO a informé le Ministère public que deux autres numéros exploités par G_____SA et D_____ avaient encore pu être identifiés :

- le numéro 26_____, pour lequel il avait reçu 38 réclamations entre le 5 juin 2015 et le 2 janvier 2016, dont 3/7 mentionnaient D_____ ou un nom similaire;
- le numéro 27_____, pour lequel il avait reçu 29 réclamations entre le 5 juin 2015 et le 4 janvier 2016, dont 1/3 mentionnaient G_____SA ou un nom similaire. Vu le nombre croissant de numéros exploités par G_____SA et D_____ qui n'avaient pas été mentionnés par les prévenus, le SECO demandait au Ministère public d'imposer à ces derniers de fournir la liste complète des raccordements utilisés pour le démarchage téléphonique, afin de déterminer l'ampleur de leur activité délictuelle.

Le SECO transmettait en annexe de son pli dix courriels de réclamation.

n. Le 3 mars 2016, C_____ a informé le Ministère public avoir résilié le 28 janvier 2016, avec effet immédiat, le contrat de prestations qui liait D_____ avec F_____, qui n'avait pas suivi ses instructions. Il avait décidé de ne plus avoir recours à des services de télémarketing.

o. Mis en prévention d'infraction à l'art. 3 al. 1 let. u LCD le 4 mars 2016 par le Ministère public, A_____ a confirmé que C_____ et B_____ avaient fait appel à lui pour procéder à du démarchage téléphonique. Sa société F_____ était un centre d'appels basé au Maroc, qui employait entre 500 et 600 collaborateurs et travaillait dans plusieurs pays européens. L'introduction de l'astérisque en Suisse avait passablement compliqué la tâche de la société, car il n'était pas possible de procéder à un traitement informatisé de sa base de données. Ils avaient acheté une nouvelle base de données auprès de Twixtel mentionnant les astérisques, laquelle n'était pas directement utilisable pour leur activité. Dès qu'ils relevaient un astérisque dans la base Twixtel, ils devaient le reporter dans leur propre base de données.

Ils disposaient de trois types de base. Une base de prospection pour laquelle ils ne procédaient pas à l'appel de numéros disposant d'un astérisque. Une base pour les anciens clients de G_____SA, qu'ils appelaient même s'il y avait un astérisque, et une base pour les donateurs de D_____, qu'ils appelaient également s'il y avait un astérisque, estimant qu'il ne s'agissait pas d'un démarchage commercial. A_____ a précisé qu'F_____ avait une approche industrielle et massive et que 35 collaborateurs travaillaient uniquement pour D_____, ce qui représentait 90'000 appels par mois. Dans ce contexte, il pouvait arriver que des collaborateurs passent à côté d'un astérisque, étant précisé que les erreurs commises restaient minimales, par rapport au volume d'appels, et que les directives de la société F_____ étaient de respecter les astérisques. Si les centres d'appels en Suisse avaient réussi à appliquer la règle de l'astérisque, c'était, à son avis, parce qu'ils n'avaient pas du tout le même volume d'appels qu'eux. Cela n'aurait pas été viable pour G_____SA et D_____ de recourir à une société suisse pour un nombre équivalent d'appels. Si les anciens clients de G_____SA demandaient, lors d'un appel, à ne plus en recevoir, ils étaient supprimés de leur base.

S'agissant de G_____SA, il n'avait pas le chiffre exact des appels mensuels passés en Suisse, mais il devait être légèrement inférieur à ceux effectués pour D_____. S'agissant des 38 réclamations entre le 5 juin 2015 et le 2 janvier 2016, A_____ a relevé que cela représentait 0.004 % de la masse des appels traités, ce qui montrait que tout était entrepris pour respecter l'astérisque. Ils n'avaient aucun intérêt à répéter des appels car leurs marges étant extrêmement faibles et ils devaient limiter les appels inutiles. Ils corrigeaient la base de données des personnes appelées qui indiquaient ne plus vouloir être contactées.

p. La procédure ouverte contre B_____, à la suite d'une plainte pénale déposée par le SECO le 12 mai 2015 au Ministère public du canton de Schwyz, a été transmise en dessaisissement au Ministère public, qui a accepté sa compétence le 12 avril 2016. Il ressort de cette procédure que B_____ a, par ordonnance pénale du 1^{er} février 2016, été reconnu coupable d'infraction à l'art. 23 al. 1 LCD pour des faits similaires à ceux relatifs à la procédure ouverte dans le canton de Genève, et qu'il a formé opposition contre cette ordonnance.

q. Le 29 juin 2016, le SECO a transmis au Ministère public 448 nouvelles réclamations reçues entre 5 janvier et le 23 juin 2016, pour des appels en provenance de nouveaux raccordements, mentionnant de manière explicite ou similaire G_____SA. Dans la plupart des cas, les auteurs des appels s'étaient présentés comme étant des collaborateurs de L_____, M_____ ou N_____, à _____. Un nouveau raccordement utilisé pour G_____SA avait été mis en évidence sur la base d'une réclamation du 23 juin 2016, qui mentionnait une société O_____ à _____.

À teneur des 11 réclamations annexées au pli du SECO, toutes mentionnent un appel de L_____, N_____, P_____ OU Q_____ et celle du 25 février 2016 précise : "*mehrmals früher R_____, heute S_____, immer _____, immer T_____ oder U_____*"; quatre mentionnent _____ ou _____.

r. Par avis de prochaine clôture du 30 juin 2016, le Ministère public a annoncé qu'une ordonnance de classement serait rendue et a imparté aux parties un délai au 30 juillet 2016 pour présenter leurs éventuelles réquisitions de preuve et leurs conclusions en indemnisation.

s. B_____, C_____ et A_____ ont requis une indemnisation au sens de l'art. 429 al. 1 let. a CPP.

t. Le 23 août 2016, la FRC a informé le Ministère public ne pas s'être opposée à l'avis de prochaine clôture, car elle n'avait reçu que quelques plaintes au nom de G_____SA entre le 22 janvier et le 22 février, puis plus par la suite. Elle en avait conclu que cette société avait finalement décidé de respecter l'astérisque. Toutefois après avoir effectué pendant l'été une analyse plus poussée des numéros dénoncés par les consommateurs sur son site, elle avait constaté que, même si le nom de G_____SA n'apparaissait plus, les numéros dénoncés dans sa plainte du 12 novembre 2015 avaient fait l'objet de plaintes pour des appels passés au nom de L_____. Elle avait également constaté que 13 autres numéros avaient été employés par cette société. L_____ avait appelé d'une manière insistante les dénonçants tout au long de l'année 2016 pour leur vendre des compléments alimentaires ou des cosmétiques. Ces personnes n'étaient pas clientes de cette société et avaient toutes l'astérisque. Des similitudes avec les appels faits au nom de G_____SA en 2015 et début 2016 apparaissaient avec netteté.

La FRC a transmis en annexe 25 formulaires de dénonciation, dont il ressort que plusieurs personnes se plaignaient d'appels fréquents (au plus 4 à 8 fois par semaine – messages 28_____, 29_____ et 30_____) et agressifs (message 31_____), deux mentionnent G_____SA (réclamations des 25 janvier et 22 février 2016 – messages 32_____ et 33_____).

u. Le 11 janvier 2017, le Ministère public a ordonné la disjonction de la procédure pénale dirigée contre A_____ (P/556/2017) de celle dirigée contre C_____ et B_____ (P/1997/2015).

v. Selon les extraits du casier judiciaire suisse figurant à la procédure, B_____ et C_____ sont sans antécédent judiciaire. Aucune information à ce sujet ne figure dans les pièces de forme relatives à A_____.

- C. À teneur des ordonnances querellées, le Ministère public a retenu que les faits reprochés aux prévenus étaient établis par les pièces du dossier, nonobstant leurs dénégations. Ils étaient constitutifs d'infraction à l'art. 23 al. 1 LCD. Cela étant, au vu des éléments du dossier, en particulier, de la diminution importante des réclamations, des explications d'A_____, de l'absence d'antécédent des prévenus et des mesures prises par C_____ qui avait résilié le contrat de prestations liant D_____ à F_____, il était exceptionnellement renoncé à les condamner, en application de l'art. 52 CP.
- D. a. À l'appui de ses recours, le SECO fait valoir que depuis le 30 juin 2016, date à laquelle l'avis de prochaine clôture avait été transmis aux parties, il avait encore reçu 13 réclamations contre les numéros objets de la présente procédure, dont 3 faisaient référence à G_____SA (L_____; V_____; W_____; produit naturel). En réponse à l'avis de prochaine clôture, la FRC avait, dans son courrier du 23 août 2016, mentionné des nouveaux numéros probablement employés par les prévenus. Le SECO avait reçu 24 réclamations contre 2 de ces numéros (dont 6 contre le numéro 34_____ – qui faisaient mention de S_____E –, et 1 contre le numéro 35_____).

Le Ministère public avait motivé ses ordonnances en relevant la diminution du nombre des réclamations. Il avait ainsi oublié que le nombre total d'infractions s'élevait déjà à plusieurs centaines et que les mesures prises par les prévenus n'avaient pas permis de diminuer le risque de violation à la LCD de manière suffisante. La véritable ampleur de l'affaire n'avait pas encore pu être constatée, dès lors que les numéros exploités par A_____ en faveur de D_____ et G_____SA n'avaient encore pas tous été identifiés. La procédure devait être reprise également pour établir les liens entre les prévenus et L_____, puisque que des similitudes avec les appels téléphoniques faits au nom de G_____SA apparaissaient avec netteté. En outre, c'était à tort que le Ministère public avait fait application de l'art. 52 CP. Au vu du nombre très élevé de plaintes reçues et du dossier, on ne pouvait pas considérer que la culpabilité des auteurs et les conséquences de leurs actes étaient peu importantes. L'intérêt public et l'intérêt du SECO à poursuivre les auteurs étaient toujours actuels et justifiés, vu l'importance que l'affaire avait acquise. Le droit pénal avait pour objet la prévention et la répression des infractions. Renoncer à la poursuite des prévenus serait tout sauf un signal préventif.

b. À l'appui de son recours, la FRC fait valoir que le Procureur se montrait exceptionnellement clément vis-à-vis de B_____ et d'A_____. Elle était convaincue que tant l'un que l'autre n'avaient pas pris toutes les mesures qui s'imposaient pour ne pas répéter les infractions commises de manière réitérée d'abord en 2015, puis en 2016, lors des démarchages téléphoniques aux noms de G_____SA et L_____. Les plaintes n'avaient pas cessé en 2016 et perduraient en 2017. Aussi, le Ministère public ne pouvait retenir qu'elles avaient sensiblement diminué. Même s'il y avait une baisse des nouveaux cas de non-respect de l'astérisque, il y avait

toutefois eu des infractions répétées à l'art. 3 al. 1 let. u LCD. À plusieurs reprises et durant de nombreux mois, les consommateurs victimes de ses agissements avaient informé les personnes qui les appelaient que leurs procédés étaient déloyaux, sans que celles-ci modifient leur procédure de vérification. Les auditions par la police et le Ministère public n'avaient pas permis non plus de faire cesser ces agissements. Il existait actuellement des moyens, payants ou gratuits (local.ch), de vérifier l'existence ou non de l'astérisque. Rien que pour la plainte de la FRC, des dénonciations contre G_____SA avaient été recensées entre le 19 janvier et le 20 octobre 2015. Ces faits s'étaient reproduits du 22 janvier au 22 février 2016, aux noms de G_____SA et L_____, avec les mêmes numéros que ceux mentionnés dans la plainte pénale de novembre 2015. Ensuite L_____, par le biais du même centre d'appel, avait continué en 2016 à appeler avec plusieurs autres numéros des personnes disposant d'un astérisque. En fin d'année 2016, de nouvelles dénonciations étaient parvenues à la FRC en lien avec G_____SA et L_____.

c. Le Ministère public a observé le 10 février 2017 qu'après réexamen du dossier, il considérait que le classement de la procédure se justifiait du fait que l'élément constitutif de l'intention faisait défaut. En effet, il ressortait de l'instruction, principalement des explications d'A_____, que sa société F_____ travaillait à l'aide de sa propre base de données qu'elle n'avait pas pu mettre à jour afin de tenir compte de l'arrivée des astérisques dans l'annuaire téléphonique. Il en résultait que les opérateurs devaient procéder à des contrôles manuels dans la base de données Twixtel, que la société avait spécialement achetée à cet effet. Cela étant, vu le volume d'appels téléphoniques, il arrivait que certaines erreurs soient commises et que des personnes ayant apposé l'astérisque reçoivent un appel. Il était dès lors manifeste que cette société n'avait pas intentionnellement violé les dispositions applicables de la LCD. À cela s'ajoutait que B_____ et C_____ avaient spécifiquement demandé à A_____, respectivement sa société, de respecter la législation concernant les astérisques.

Le classement se justifiait également en application de l'art. 52 CP. Les prévenus n'avaient jamais été condamnés pénalement. S'agissant de B_____ et C_____, il fallait tenir compte du fait qu'ils avaient donné l'instruction à A_____, respectivement sa société, de respecter l'astérisque apposé dans l'annuaire téléphonique. C_____ avait, en outre, résilié le contrat le liant à F_____ pour parer aux risques que des personnes soient indûment contactées. À la décharge de B_____, il n'avait pas pu prendre une telle mesure, car son entreprise dépendait du démarchage effectué par F_____. Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, la culpabilité des prévenus n'était pas importante. Il en allait de même des conséquences des appels téléphoniques aux particuliers, sans minimiser le dérangement d'un appel téléphonique non souhaité. Il convenait dès lors de confirmer les ordonnances de classement.

d. C_____ a observé que D_____ n'avait pas d'activité commerciale. Cette association travaillait depuis des années pour sauver des vies et promouvoir des projets humanitaires en Afrique et aux Philippines, notamment. Il avait donné instruction à F_____ de cesser tout appel sur des numéros de téléphone portant un astérisque dans les annuaires, dès qu'il avait eu connaissance de cette problématique. Finalement, ayant constaté que ses instructions n'étaient pas respectées, il avait résilié le mandat du centre d'appels avec effet immédiat. Il requérait la condamnation du SECO à l'indemniser pour ses frais d'avocat à hauteur de CHF 1'600.- + TVA.

À l'appui de ses observations, C_____ a produit :

- un courriel adressé le 17 juillet 2015 à F_____ exigeant l'arrêt immédiat des appels avec astérisque;
- un courriel adressé le 28 janvier (2016) à A_____, par lequel C_____ résiliait avec effet immédiat leurs rapports contractuels, car F_____ continuait à appeler des numéros en Suisse malgré l'astérisque.

e. B_____ a observé, le 13 février 2017, que seule une réclamation sur les 39 produites par le SECO à l'appui de sa plainte concernait G_____ SA.

La plainte de la FRC évoquait 48 dénonciations entre le 15 janvier et le 20 octobre 2015. Parmi ces dénonciations, 23 concernaient des numéros effectivement utilisés par G_____ SA. Pour la période allant du 3 octobre 2014 au 20 octobre 2015, seules 23 dénonciations avaient trait à des numéros employés ou mis à disposition par G_____ SA.

S'appuyant sur un courrier de la FRC du 23 août 2016 évoquant de nouveaux numéros probablement employés par les prévenus, le SECO annonçait avoir reçu 6 réclamations entre le 1^{er} février et le 5 octobre 2016 contre les numéros 34_____ et 35_____. Ces réclamations faisaient toute mention de L_____ à _____. Ces plaintes ne pouvaient être attribuées à des appels liés à G_____ SA. Le SECO mentionnait 3 réclamations depuis le 30 juin 2016 contre les numéros 10_____ et 11_____ faisant référence, selon lui, à G_____ SA. Si ces réclamations mentionnaient la vente de produits naturels, il s'agissait là encore de démarchage pour une société à _____ et il ne s'agissait pas de numéros détenus par G_____ SA. En ce qui concernait la FRC, qui fournissait une liste de dénonciations non datée, ni documentée à l'appui de son recours du 18 janvier 2017, elle recensait 47 dénonciations de novembre à décembre 2016 faisant référence à L_____ et G_____ SA. Or, seules sept dénonciations mentionnaient G_____ SA.

En résumé, sur la base d'environ 80'000 appels par mois sur une période de 21 mois, 31 dénonciations concernaient G_____ SA. L'accord liant cette dernière à F_____

prévoyait déjà que les personnes figurant dans l'annuaire téléphonique avec l'astérisque ne devaient pas être contactées. Dès qu'F_____ relevait un astérisque dans la base de données Twixtel, celui-ci était reporté dans sa propre base de données. Seuls les anciens clients de G_____SA étaient appelés, même s'il y avait un astérisque, vu la relation commerciale existante. Toutefois, selon les déclarations d'A_____, si un client demandait à ne plus recevoir d'appels téléphoniques, son nom était effacé de la base.

La FRC, dont l'unique but poursuivi par le recours était la fixation d'une peine appropriée par le Ministère public, ne pouvait se voir reconnaître la qualité pour recourir, au sens de l'art. 382 al. 2 CPP. Son recours était irrecevable.

En ce qui concernait le SECO, son recours tendait à la poursuite de l'instruction en vue d'établir la réelle étendue de la culpabilité du prévenu. Il s'agissait là d'une question pénale qui ne pouvait pas faire l'objet d'un recours de la partie plaignante. Le SECO n'ayant pas fait valoir de prétentions civiles, il n'était pas fondé à recourir sur la culpabilité du prévenu et son recours devait également être déclaré irrecevable.

Si, par impossible, la Chambre pénale déclarait les recours recevables, ces derniers devraient être rejetés. Au vu des "nouveaux" éléments de fait apportés par le SECO, on peinait à comprendre l'intérêt à compléter l'instruction, car les appels dénoncés à l'appui du recours concernaient des numéros non attribuables à G_____SA. Il était "*trop facile*" de vouloir attribuer à G_____SA tout démarchage effectué en Suisse dans le domaine des compléments alimentaires au moyen de n'importe quel numéro de téléphone. Par ailleurs, il était déjà établi que, malheureusement et malgré les précautions prises, il n'était pas impossible et complètement évitable qu'un appel soit effectué à une personne munie d'un astérisque. G_____SA ne pouvait être informée de chaque nouveau cas. Poursuivre l'instruction durant quelques mois ne permettrait que de relever quelques infractions supplémentaires imputables à G_____SA, ce qui n'aurait qu'une influence négligeable, voire inexistante, sur le sort de la cause. Selon l'Office fédéral de la communication, on dénombrait en Suisse 2'565'984 personnes raccordées à un réseau fixe en 2015. Attendu que chacune d'entre elles était susceptible de faire usage ou de renoncer à faire usage de l'astérisque, avoir une base de données complète en tout temps était impossible. Le risque zéro ne pouvait dès lors pas être envisagé. Sur une période de 21 mois, 1'890'000 appels avaient été passés par F_____ pour G_____SA et seules 30 personnes s'étaient plaintes. Force était de constater que les mesures réclamées par G_____SA et prises par F_____ avaient permis de limiter quasiment totalement les conséquences. Il fallait également relever que l'art. 3 al. 1 let. u LCD ne s'appliquait pas aux relations commerciales préexistantes. C'était donc à juste titre, au regard du peu d'importance de la culpabilité et des conséquences des infractions à l'art. 3 al. 1 let. u LCD, que le Ministère public avait renoncé à lui infliger une peine.

f. A_____ a observé, le 23 février 2017, que les faits nouveaux allégués par les recourants concernaient des appels provenant de raccordements sans lien avec G_____SA et D_____. En effet, sa mise en prévention portait sur les numéros de téléphone 1_____ à 2_____, soit ceux en lien avec G_____SA et D_____. Or, aucun de ces numéros n'était visé par les nouvelles pièces produites par les recourants. Ces éléments n'étaient, en conséquence, pas susceptibles d'influer sur l'appréciation des faits visés par l'ordonnance de classement.

Les autorités suisses étaient incompétentes, dès lors qu'F_____ se trouvait au Maroc et que, s'ils étaient avérés, les faits qui lui étaient reprochés auraient été commis à l'étranger et non en Suisse. Il n'avait, à aucun moment, eu l'intention d'adopter un quelconque comportement en Suisse ni même d'y provoquer un éventuel résultat, dès lors que l'activité du centre d'appels se limitait à la passation d'appels du Maroc vers l'étranger.

Ni la FRC ni le SECO n'entendaient faire valoir des prétentions civiles contre lui, ce qui entraînait l'irrecevabilité de leurs recours.

Subsidiairement, aucune infraction à la LCD ne pouvait être retenue. Cette loi ne s'appliquait pas aux démarches à vocation humanitaire.

C'était de manière non intentionnelle que des appels avaient été adressés à des personnes bénéficiant d'un astérisque. La proportion d'appels passés par erreur était inférieure à 0.01 %. Près de 50% des raccordements helvétiques bénéficiaient d'un astérisque. Partant, s'il avait réellement eu l'intention de contacter des personnes s'en prévalant, la proportion des appels effectués à celles-ci aurait été bien plus élevée. De plus, des mesures avaient été prises pour éviter ces appels, ce qui démontrait qu'il ne s'en était pas accommodé (dol éventuel). De plus, il cherchait à limiter au maximum les appels inutiles pour des raisons de rentabilité, vu les marges extrêmement faibles réalisées. Cela démontrait qu'il n'avait aucunement l'intention d'effectuer de tels appels. L'absence manifeste d'intention pouvait être illustrée par la proportion infime de dénonciations relatives à sa société sur le nombre de dénonciations totales reçues par le SECO entre 2012 et 2015. Soit 80 sur 45'803 réclamations, ce qui représentait 0.17% des plaintes. L'intimé demandait une indemnisation pour ses frais d'avocat à hauteur de CHF 5'100.-.

g. Le SECO a répliqué, faisant valoir que la partie plaignante était admise à recourir contre un jugement pénal sur la question de la culpabilité, qui pouvait constituer, le cas échéant, un élément déterminant pour l'appréciation de ses prétentions civiles, qu'elle n'était pas tenue de faire valoir dans le procès pénal. Elle avait dès lors un intérêt à recourir au pénal sur l'élément de la faute.

Les associations de bienfaisance n'étaient pas exclues du champ d'application de la LCD. La loi parlait de "*toutes les parties concernées*" et de "*messages publicitaires de tiers*" dans le but d'étendre le plus possible son champ d'application et d'éviter que de tels comportements déloyaux dans tous les domaines où le jeu de la concurrence devait être assuré. D_____ était une association de bienfaisance confrontée à la concurrence d'autres associations, fondations et entreprises ayant un but semblable. Pour se faire connaître, elle devait faire de la publicité de façon à promouvoir ses activités pour convaincre les personnes d'y adhérer et de la financer. La publicité faite, notamment par téléphone, par de telles associations devait être assimilée à la publicité faite par n'importe quelle entreprise. Les personnes disposant d'un astérisque ne voulaient pas être dérangées par des appels publicitaires de tout genre. Il n'y avait pas lieu d'octroyer un traitement de faveur pour une association de bienfaisance.

S'agissant de B_____, il lui aurait été très facile de collaborer avec un nouveau centre d'appels respectant la législation suisse, de manière à démontrer sa volonté complète de se conformer à la LCD. On aurait donc pu et dû attendre de lui qu'il mette fin à sa collaboration avec F_____ pour résoudre le problème de la violation de l'astérisque. En maintenant le mandat qui le liait à ce centre d'appels, il avait, pour le moins, accepté le risque que d'autres infractions à la LCD se produisent.

S'agissant des observations de B_____, le SECO relève n'avoir versé à la procédure que les réclamations faisant référence à G_____SA et pas tout démarchage téléphonique effectué en Suisse dans le domaine des compléments alimentaires. Les indications du lieu de provenance de la société appelant (_____) et les produits offerts (produits naturels,...) dans ces réclamations constituaient des indices suffisants pour s'interroger sur les relations entre ces appels et la société G_____SA, ce qui justifiait la reprise de la procédure.

Il était exact que, s'il existait une relation commerciale entre l'appelant et l'appelé, les appels publicitaires n'étaient en principe pas illicites. Néanmoins, le fait qu'une personne avait conclu, à un moment donné, un contrat d'achat avec une société ne permettait pas de considérer indéfiniment cette personne comme cliente de la société. Après un certain délai, il fallait considérer qu'il n'existait plus de relations commerciales et que les appels publicitaires étaient illicites. Cela valait d'autant plus dans le domaine des produits naturels pour lesquels le client n'avait pas besoin d'un suivi après la conclusion du contrat. Ainsi, les appels vers des anciens clients de G_____SA devaient être analysés et éventuellement pris en compte pour déterminer la culpabilité du prévenu.

S'agissant d'A_____, un rattachement territorial fondé sur la notion de résultat était concevable même en matière de délit formel ou de délits de mise en danger abstraite. Les autorités de poursuite pénale suisses étaient donc compétentes.

L'intégralité des appels téléphoniques effectués par F_____ et ayant fait l'objet des réclamations auprès du SECO ou de la FRC (plus de 400 réclamations) constituait des infractions attribuables aux prévenus. L'infraction à la loi était donc beaucoup plus grave que ce que le prévenu voulait faire croire.

EN DROIT :

1. Les recours formés par le SECO et la FRC ont trait au même état de fait, de sorte qu'il se justifie, par économie de procédure, de les traiter dans un même arrêt.
2. **2.1.** Les recours ont été déposés selon la forme et dans le délai prescrits (art. 385 al. 1 et 396 al. 1 CPP) et concernent des ordonnances sujettes à recours auprès de la Chambre de céans (art. 393 al. 1 let. a CPP).

2.2. Reste à déterminer si les recourants disposent de la qualité pour recourir.

2.2.1. À teneur de l'art. 382 al. 1 CPP, toute partie qui a un intérêt juridiquement protégé à l'annulation ou à la modification d'une décision a qualité pour recourir contre celle-ci.

Selon l'art. 104 CPP, ont la qualité de partie le prévenu, la partie plaignante et le Ministère public, lors des débats ou dans la procédure de recours (al. 1). La Confédération et les cantons peuvent reconnaître la qualité de partie, avec tous les droits ou des droits limités à d'autres autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics (al. 2).

Seul peut se constituer partie plaignante le lésé qui déclare expressément vouloir participer à la procédure pénale comme demandeur au pénal ou au civil (art. 118 al. 1 CPP).

Il faut entendre par lésé toute personne dont les droits ont été touchés directement par une infraction (art. 115 al. 1 CPP).

Selon l'art. 9 al. 1 LCD, relatif à la qualité pour agir, celui qui, par un acte de concurrence déloyale, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou celui qui en est menacé, peut demander au juge :

- a. de l'interdire, si elle est imminente;
- b. de la faire cesser, si elle dure encore;
- c. d'en constater le caractère illicite, si le trouble qu'elle a créé subsiste.

Il peut en particulier demander qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié (al. 2).

Il peut en outre, conformément au code des obligations, intenter des actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi qu'exiger la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires (al. 3).

Selon l'art. 10 al. 2 LCD, les actions prévues à l'art. 9 al. 1 et 2 peuvent en outre être intentées par :

- a. les associations professionnelles et les associations économiques que leurs statuts autorisent à défendre les intérêts économiques de leurs membres;
- b. les organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs.

Selon l'al. 3 de cette disposition, les actions prévues à l'art. 9 al. 1 et 2 peuvent également être intentées par la Confédération si elle le juge nécessaire à la protection de l'intérêt public, notamment dans les cas suivants :

- a. la réputation de la Suisse à l'étranger est menacée ou subit une atteinte et les personnes dont les intérêts économiques sont touchés résident à l'étranger;
- b. les intérêts de plusieurs personnes, les intérêts d'un groupe de personnes appartenant à un secteur économique ou d'autres intérêts collectifs sont menacés ou subissent une atteinte.

Selon l'art. 23 LCD, peut porter plainte pénale pour concurrence déloyale celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10 (al. 2). Dans la procédure, la Confédération a les mêmes droits qu'une partie plaignante (al. 3).

L'art. 23 al. 3 LCD est entré en vigueur le 1^{er} avril 2012. Le message relatif à cette disposition mentionne qu'elle était nécessaire en raison de la prochaine entrée en vigueur du CPP pour permettre à la Confédération de disposer des droits de participation prévus à l'art. 107 CPP et de la possibilité d'interjeter recours contre les ordonnances de classement et contre les décisions des tribunaux (FF 2009 5572).

Le SECO représente la Confédération dans les procédures civiles ou pénales fondées sur l'art. 10 al. 3 LCD, selon l'art. 1 al. 1 de l'Ordonnance concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale du 12 octobre 2011 (RS 241.3).

2.2.2. En l'espèce, le SECO a recouru en qualité de représentant de la Confédération suisse. Même si cette dernière n'a pas été directement touchée par les

actes dénoncés, elle doit être traitée comme si cela était le cas, en application de l'art. 23 al. 3 LCD, et se voir reconnaître la qualité pour recourir contre les décisions de classement querellée. Ses recours sont dès lors recevables.

S'agissant de la FRC, dans la mesure où il s'agit d'une association à but non lucratif s'engageant notamment pour la protection et le respect des droits et des intérêts des consommateurs et que la LCD lui octroie le droit d'intenter une action contre un acte de concurrence déloyale (art. 10 al. 2 let. b LCD) et, en conséquence, le droit de déposer plainte pénale pour concurrence déloyale (art. 23 al. 3 LCD), la qualité pour recourir doit lui être reconnue.

Les recours sont ainsi recevables.

3. Il convient encore de déterminer si les autorités pénales suisses sont compétentes pour connaître de la plainte dirigée contre A_____, qui a agi au Maroc.

3.1. Le Code pénal est applicable à quiconque commet un crime ou un délit en Suisse (art. 3 al. 1 CP). Un crime ou un délit est réputé commis tant au lieu où l'auteur a agi ou aurait dû agir qu'au lieu où le résultat s'est produit (art. 8 al. 1 CP).

La notion de résultat a évolué au fil de la jurisprudence. À l'origine, le Tribunal fédéral a défini le résultat comme "le dommage à cause duquel le législateur a rendu un acte punissable" (ATF 97 IV 205 consid. 2 p. 209). Il a ensuite admis que seul le résultat au sens technique, qui caractérise les délits matériels (*Erfolgsdelikte*), était propre à déterminer le lieu de commission d'une infraction (ATF 105 IV 326). En matière d'escroquerie, le Tribunal fédéral a retenu que la notion de résultat englobait aussi le résultat recherché par l'auteur (ATF 109 IV 1 consid. 3c p. 3 s., confirmé dans l'ATF 133 IV 171 consid. 6.3 p. 177). Selon la jurisprudence, la nécessité de prévenir les conflits de compétence négatifs dans les rapports internationaux justifie d'admettre la compétence des autorités pénales suisses, même en l'absence de lien étroit avec la Suisse (ATF 133 IV 171 consid. 6.3 p. 177).

Suivant la doctrine, il convient de relativiser la portée de la classification typologique des infractions et d'admettre un rattachement territorial fondé sur le lieu de survenance du résultat également en matière de délits formels et de délits de mise en danger abstraite (ATF 141 IV 336 consid. 1.2 p. 339).

3.2. En l'espèce, la compétence des autorités suisses doit être admise pour connaître des faits reprochés à A_____, car même s'il a agi au Maroc, son comportement a eu pour résultat que les appels litigieux ont été passés en Suisse.

4. Le SECO estime injustifiées les ordonnances de classement prononcées.

4.1. Le ministère public ordonne le classement de tout ou partie de la procédure, notamment, lorsqu'aucun soupçon justifiant une mise en accusation n'est établi ou que les éléments constitutifs d'une infraction ne sont pas établis (art. 319 al. 1 let. a et let. b CPP).

S'il y a une contradiction entre les preuves, il n'appartient pas au ministère public de procéder à leur appréciation (art. 319 al. 1 let. a CPP) ; en particulier, le principe *in dubio pro reo* ne saurait s'appliquer lors de la décision de classement; au contraire, c'est le principe *in dubio pro duriore* qui prévaut, dont l'application a pour conséquence que le cas doit être dénoncé au tribunal compétent par une mise en accusation (Message du Conseil fédéral relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1255/1256). De même, lorsque les preuves réunies à ce stade de l'enquête ne permettent pas de retenir un fait qui correspond à un élément constitutif de l'infraction (art. 319 al. 1 let. b CPP), l'enquête doit se poursuivre pour élucider plus complètement la situation (A. KUHN / Y. JEANNERET (éds), *Commentaire romand : Code de procédure pénale suisse*, Bâle 2011, n. 5 ad art. 319 ; DCPR/151/2011 du 30 juin 2011).

L'art. 319 al. 1 let. e CPP prévoit la possibilité de classer une procédure si des dispositions légales expresses autorisent la renonciation à toute poursuite. Tel est le cas de l'art. 8 al. 1 CPP, qui autorise le ministère public à faire application, notamment, de l'art. 52 CP lorsque les conditions en sont réunies. Cette disposition permet de renoncer à poursuivre l'auteur d'une infraction si sa culpabilité et si les conséquences de son acte apparaissent peu importantes (DCPR/112/2011 du 20 mai 2011).

Il s'agit donc de deux conditions cumulatives. Pour décider si les infractions pour lesquelles la culpabilité et les conséquences de l'acte sont de peu d'importance, les autorités compétentes doivent apprécier chaque cas particulier en fonction du cas normal de l'infraction définie par le législateur; on ne saurait en effet annuler par une disposition générale toutes les peines mineures prévues par la loi (FF 1999 1871). Il faut qu'une appréciation globale du comportement, en soi illicite eu égard aux éléments constitutifs de l'infraction considérée, fasse apparaître que l'acte en cause et la culpabilité de son auteur, mesurés au cas normal, sont nettement moins graves. Cette différence doit être tellement nette que l'infliction d'une sanction pénale paraîtrait injustifiée, tant du point de vue de la prévention générale que de celui de la prévention spéciale (FF 1999 5100; M. DUPUIS / B. GELLER / G. MONNIER / L. MOREILLON / C. PIGUET / C. BETTEX / D. STOLL (éds), *Code pénal - Petit commentaire*, Bâle 2012, n. 3 ad art. 52).

4.2. À teneur de l'art. 23 al. 1 LCD, quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 5 ou 6 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire.

La LCD vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée (art. 1 LCD).

Est déloyal et illicite tout comportement ou pratique commerciale qui est trompeur ou qui contrevient de toute autre manière aux règles de la bonne foi et qui influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients (art. 2 LCD).

Selon l'art. 3 al. 1 let. o LCD, agit de façon déloyale, celui qui envoie ou fait envoyer, par voie de télécommunication, de la publicité de masse n'ayant aucun lien direct avec une information demandée et omet de requérir préalablement le consentement des clients, de mentionner correctement l'émetteur ou de les informer de leur droit à s'y opposer gratuitement et facilement; celui qui a obtenu les coordonnées de ses clients lors de la vente de marchandises, d'oeuvres ou de prestations et leur a indiqué qu'ils pouvaient s'opposer à l'envoi de publicité de masse par voie de télécommunication n'agit pas de façon déloyale s'il leur adresse une telle publicité sans leur consentement, pour autant que cette publicité concerne des marchandises, oeuvres et prestations propres analogues.

L'art. 3 let. o LCD ne vise que la publicité par voie de télécommunication. Le Message précise que la notion de publicité de masse comprend toutes les formes de publicité automatisée (appels automatisés, télécopies, SMS, courriers électroniques, etc. (A.-M. FORNAGE, *La lutte contre la publicité non sollicitée*, in *Une empreinte sur le Code Civil, Mélanges en l'honneur de Paul-Henri STEINAUER*, Berne, 2013, p. 741).

Selon l'art. 3 al. 1 let. u LCD, en vigueur depuis le 1^{er} avril 2012, agit de façon déloyale celui qui ne respecte pas la mention contenue dans l'annuaire indiquant qu'un client ne souhaite pas recevoir de messages publicitaires de tiers et que les données le concernant ne peuvent pas être communiquées à des fins de prospection publicitaire directe.

Cette disposition vise à limiter les pratiques commerciales déloyales dans le télémarketing (C. MÜLLER / O. RISKE, *L'offre arnaqueuse – notamment par Internet*, in *Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales*, Bâle 2012, n. 108 p. 40).

Le non-respect de la mention figurant dans l'annuaire se concrétise dans la sollicitation publicitaire, que cette sollicitation émane de celui qui a rassemblé les données du destinataire de la publicité ou d'un tiers. Seuls sont concernés les messages publicitaires délivrés en dépit de cette mention. L'opposition du destinataire prend en général la forme d'un astérisque (A.-C. FORNAGE, *op. cit.*, p. 746).

Le droit suisse ne contient pas de définition de la publicité. Selon la Commission suisse pour la loyauté, la publicité concerne toute forme d'action s'adressant systématiquement à une majorité de personnes, en vue d'influencer leur attitude envers des produits, œuvres, prestations ou relations commerciales, dans le dessein d'obtenir ou d'empêcher la conclusion d'une transaction (A.-C. FORNAGE, *op. cit.*, p. 738).

Il faut interpréter l'infraction en fonction de son but, qui consiste à protéger adéquatement contre la publicité non sollicitée de tiers. Dès lors, les actuels ou anciens clients peuvent être contactés, même si leur nom est marqué d'un astérisque, pour autant que le client ait été informé qu'il reste libre d'interdire toute prise de contact pour l'avenir (art. 3 al. 1 let. o LCD par analogie). Les droits et obligations entre les parties découlent en effet de ce rapport contractuel actuel ou ancien, ce qui a pour conséquence que l'art. 3 al. 1 let. u LCD n'est pas applicable (C. MÜLLER / O. RISKE, *op. cit.*, n. 116 p. 42).

Selon le Tribunal fédéral (ATF 125 I 369 = JdT 2000 I p. 826), la LCD est applicable seulement aux activités qui ont aussi un caractère économique et qu'elle ne l'est pas à la concurrence entre de simples idées, des opinions philosophiques et religieuses ou pour ce qui est de rechercher la vérité suprême entre les communautés religieuses et vis-à-vis des croyants (potentiels). Un but humanitaire ou social peut légitimer des moyens qui, utilisés à des fins commerciales, seraient interdits en tant que méthodes de publicité agressives au sens de l'art. 3 let. h LCD (A. TROLLER, *Immaterialgüterrecht*, vol. II, 3e éd., 1985, p. 946). Dans la concurrence économique, est par exemple déloyal le fait d'obtenir la conclusion de contrats en faisant appel à des sentiments de gratitude, de bienséance ou de pitié chez les consommateurs (cf. Message du 18 mai 1983 relatif à la LCD, FF 1983 II p. 1068); c'est en revanche courant dans le démarchage de personnes à des fins idéales et cela reste par principe admissible (ATF 125 I 369 = JdT 2000 I p. 826).

À teneur de l'art. 26 LCD, les art. 6 et 7 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif s'appliquent aux infractions commises dans une entreprise, par un mandataire, etc.

Selon l'art. 6 al. 2 DPA, le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté qui, intentionnellement ou par négligence et en violation d'une obligation juridique, omet de prévenir une infraction commise par le subordonné, le mandataire ou le représentant ou d'en supprimer les effets, tombe sous le coup des dispositions pénales applicables à l'auteur ayant agi intentionnellement ou par négligence.

4.3. En l'espèce, il est établi par les pièces de la procédure que des appels ont été passés par F_____ (A_____), tant pour G_____SA (B_____) que pour D_____

(C_____), à des personnes résidant en Suisse, en dépit de la mention contenue dans l'annuaire indiquant qu'elles ne souhaitaient pas recevoir d'appels publicitaires.

4.3.1. A_____ et C_____ ont fait valoir que les appels pour D_____ n'étaient pas illégaux, en raison de la vocation humanitaire de cette association.

Malgré leur vocation humanitaire, les appels passés par F_____ pour le compte de D_____ s'apparentent à une activité de type commercial, vu leur traitement industriel et massif par le biais d'un centre d'appels, dûment rémunéré. Les démarchages en cause avaient pour but de toucher un grand nombre de personnes en vue d'influencer leur attitude envers les "*prestations*" de D_____, dans le dessein d'obtenir une transaction, en l'occurrence des dons, ce qui correspond à la définition de la publicité selon la définition de la Commission suisse pour la loyauté. Le comportement reproché aux mis en cause entre ainsi dans le champ de l'infraction à l'art. 3 al. 1 let. u LCD, qui est de protéger adéquatement le consommateur contre la publicité non sollicitée de tiers. Il serait encore utile, pour trancher définitivement la question, de déterminer quel était exactement le mandat donné par D_____ à F_____ et la rémunération de cette dernière.

L'arrêt du Tribunal fédéral invoqué par les mis en cause (ATF 125 I 369) ne permet pas d'exclure l'application de la LCD au cas d'espèce, dans la mesure où il a été rendu antérieurement à l'entrée en vigueur de l'art. 3 al. 1 let. u LCD et qu'il ne concerne pas la même problématique.

4.3.2. A_____ et B_____ ont fait valoir que les appels publicitaires à des personnes bénéficiant d'un astérisque n'étaient pas illégaux, s'il existait une relation commerciale entre l'appelant et l'appelé. Cet argument est fondé à teneur de la doctrine précitée (C. MÜLLER / O. RISKE, *op. cit.*, n. 116 p. 42). Il n'en reste pas moins que le client reste libre d'interdire toute prise de contact pour l'avenir. Or, il ressort de plusieurs réclamations que les employés d'F_____ n'ont manifestement pas donné suite aux demandes en ce sens des appelés, qu'ils ont continués à contacter (voir message 15_____ du 12 août 2015 annexé à la plainte de la FRC du 12 novembre 2015 et réclamation du 25 février 2015, annexée au pli adressé au Ministère public par le SECO le 15 janvier 2016). Ce comportement doit à tout le moins être imputé à A_____, qui exploitait F_____ de façon industrielle et massive, selon ses termes, pour ne pas dire peu scrupuleuse, à lire les réclamations, et sans doute à B_____, qui semble avoir pleinement adhéré à la gestion d'A_____ dont il est très proche. Quoi qu'il en soit, cette question n'est pas déterminante, dès lors que figurent au dossier de nombreuses réclamations de personnes qui n'étaient pas clientes de G_____ SA, ce qui ressort des formulaires de réclamation de la FRC à l'appui de sa plainte.

4.3.3. Reste à déterminer si l'élément constitutif de l'intention peut être retenu contre les mis en cause. Dans la mesure où F_____ gère les appels d'une manière automatisée avec une base de données qui n'était pas à jour, A_____ a manifestement envisagé et admis que des appels puissent être passés à des personnes au bénéfice d'un astérisque, étant relevé qu'il était au courant de la législation en la matière, à teneur de ses déclarations. Le fait qu'il avait acquis une base de données Twixtel n'est pas déterminant à cet égard. Bien qu'A_____ ait prétendu que la base de données était mise à jour, cela est contredit par plusieurs réclamations, dont il ressort que les appels d'F_____ persistaient, alors que les appelés s'étaient prévalus de l'astérisque (voir réclamations du 30 juin et 25 novembre 2015 annexées au courrier du SECO du 15 janvier 2016). Ce comportement est *a priori* imputable à A_____, en tant que dirigeant d'F_____.

Ce dernier a encore fait valoir qu'il n'était pas possible d'éviter des erreurs puisque les bases de données évoluaient. Cet argument doit être rejeté, car les informations sont accessibles immédiatement par internet. Cela suppose toutefois évidemment un contrôle avant chaque appel, ce qui n'est apparemment pas compatible avec la façon de fonctionner d'F_____. A_____ semble avoir fait le choix délibéré de favoriser le nombre d'appels sur le respect de la législation suisse. Il pourrait même avoir continué sa pratique illicite, malgré la procédure en cours, en usant d'un autre nom, en lieu et place de G_____SA. Il en résulte que l'élément constitutif de l'intention semble devoir être retenu contre lui, sous la forme d'un dol éventuel au sens de l'art. 12 al. 2 CP.

Il en est de même s'agissant de B_____, qui a laissé F_____ continuer sa pratique, malgré les réclamations dont il a eu connaissance et la procédure en cours, privilégiant les intérêts de sa société sur la législation suisse, étant relevé que la survie de sa société ne saurait constituer un fait justificatif au sens de l'art. 14 CP.

S'agissant de C_____, s'il faut reconnaître qu'il a réagi plus fermement que B_____ en résiliant le contrat d'F_____ le 28 janvier 2016, il n'en reste pas moins qu'il a continué à collaborer avec cette société, alors que le SECO l'avait déjà informé de la problématique en mai ou juin 2014.

Les trois mis en cause peuvent ainsi se voir reprocher une infraction à l'art. 23 LCD.

4.3.4. Reste à déterminer si les conditions visées à l'art. 52 CP sont réunies à leur égard, à savoir si leur culpabilité et les conséquences de leurs actes sont peu importantes.

À teneur des pièces jointes aux plaintes de la FRC des 10 et 12 novembre 2015, il faut constater que les réclamations contre G_____SA ont perduré jusqu'au mois de février 2016. Il apparaît en outre possible que des démarchages illicites aient

continué, au bénéfice de cette dernière société, sous le nom de L_____, puisqu'il est établi que des mêmes raccordements ont passé des appels tant sous le nom de G_____SA que L_____ (notamment le 10_____ : voir message 17_____ annexé à la plainte de la FRC du 12 novembre 2015 et l'annexe 1 du courrier du SECO du 29 juin 2016). Cela est corroboré par le fait que plusieurs réclamations mentionnent que L_____ est situé à _____ ou _____, tout comme G_____SA (réclamations des 5 janvier, 25 février et 7 avril 2015 annexées au courrier du SECO du 29 juin 2016). Il est en outre possible qu'F_____ utilise pour des démarchages au profit de L_____ d'autres numéros d'appels que ceux mentionnés dans les plaintes, comme le relève le SECO dans son courrier du 29 juin 2016. L'ampleur de l'activité délictueuse d'A_____ et de B_____ n'est ainsi pas encore entièrement établie et l'interruption des réclamations contre G_____SA, constatée par la FRC dès février 2016, ne signifiait donc pas forcément qu'A_____ et B_____ avaient cessé tout comportement illicite. Il paraît en conséquence justifié d'instruire plus avant les faits afin de pouvoir qualifier leur culpabilité. S'ils ont persisté dans leur comportement illicite, il paraît exclu de la considérer comme peu importante, au sens de l'art. 52 CP.

Il sera encore relevé que le Ministère public a retenu que les prévenus n'avaient jamais été condamnés pénalement, ce qui est établi pour B_____, mais pas pour A_____.

B_____ a fait valoir dans ses observations que la plainte du SECO faisait mention de 39 réclamations contre les prévenus dont une seule concernait G_____SA. Il faut rappeler à cet égard que l'enquête a porté, dans un premier temps, sur les numéros utilisés pour les appels en faveur de D_____ et que ce n'est que dans un second temps, après la plainte de la FRC, qu'elle a porté sur G_____SA. Or, le SECO a transmis par la suite de nombreuses réclamations susceptibles d'être attribuées à G_____SA, dans la mesure où les appels étaient passés par des raccordements qui pouvaient être mis en lien avec G_____SA, quand bien même cette société n'était pas mentionnée ou qu'elle mentionnait L_____ et/ou _____. Il faut également relever que l'établissement des appels en lien avec G_____SA n'était pas aisé, puisque, manifestement, les appelants évitaient de répondre aux questions trop précises sur la société pour laquelle ils intervenaient ou donnaient de fausses informations, par exemple en domiciliant G_____SA à _____ (voir réclamations du 14 septembre 2015 et du 23 octobre 2015 annexées au courrier du SECO du 15 janvier 2016).

L'on ne saurait enfin excuser B_____ de n'avoir pas résilié son contrat avec F_____ au motif que la survie de son entreprise dépendait du démarchage effectué par ce centre d'appels. Il n'y a pas lieu de protéger une entreprise qui ne subsiste que par le biais d'une pratique qui implique des infractions répétées à la LCD.

S'agissant de C_____, s'il a le mérite d'avoir mis fin au contrat le liant à F_____, il ne l'a pas fait immédiatement.

La culpabilité des prévenus n'apparaît ainsi pas de peu d'importance.

S'agissant de qualifier les conséquences de l'infraction, si le nombre de réclamations figurant au dossier peut paraître dérisoire par rapport à celui extrêmement élevé des appels passés par F_____ au nom G_____SA, il n'est de loin pas négligeable, étant relevé que beaucoup de réclamations mentionnent des appels répétés. À teneur de ces dernières, les victimes des agissements en cause ont véritablement été importunées par les appels illicites. L'on ne peut considérer dans le cas d'espèce que les conséquences des infractions sont de peu d'importance, sauf à le retenir dans tous les cas, ce qui serait contraire à l'esprit de l'art. 52 CP.

5. Au vu des considérations qui précèdent, les recours du SECO et de la FRC seront admis, les ordonnances de classement querellées annulées et la cause renvoyée au Ministère public pour instruction complémentaire.

Le Ministère public devra également veiller à clarifier la question de sa compétence au sens de l'art. 34 al. 1 CPP, le résultat des infractions ayant eu lieu dans plusieurs cantons (art. 397 al. 3 CPP).

6. Les mis en cause, qui succombent, supporteront les frais envers l'État, qui comprendront un émolument global de CHF 3'000.- (art. 428 al. 1 CPP et 13 al. 1 du Règlement fixant le tarif des frais en matière pénale, RTFMP ; E 4 10.03), à hauteur d'un tiers chacun.
7. Les mis en cause n'ont pas droit à une indemnisation pour les honoraires de leur défenseur, dès lors qu'ils n'ont pas obtenu gain de cause (art. 436 al. 2 CPP).

* * * * *

**PAR CES MOTIFS,
LA COUR :**

Admet et joint les recours interjetés par le SECO et la FRC.

Annule les ordonnances de classement prononcées le 11 janvier 2017 à l'égard de B_____, C_____ et A_____.

Renvoie les causes au Ministère public pour instruction complémentaire au sens des considérants.

Condamne B_____, C_____ et A_____ aux frais de la procédure de recours, qui comprendront un émolument global de CHF 3'000.-, à raison d'un tiers chacun.

Notifie le présent arrêt ce jour, en copie, aux parties, soit pour elles leurs conseils, et au Ministère public.

Le communique, pour information, au Ministère public de la Confédération (art. 27 al. 2 LCD).

Siégeant :

Madame Corinne CHAPPUIS BUGNON, présidente; Monsieur Christian COQUOZ et Mme Catherine TAPPONNIER, juges; Monsieur Xavier VALDES, greffier.

Le greffier :

Xavier VALDES

La présidente :

Corinne CHAPPUIS BUGNON

Voies de recours :

Le Tribunal fédéral connaît, comme juridiction ordinaire de recours, des recours en matière pénale au sens de l'art. 78 de la loi sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF; RS 173.110); la qualité et les autres conditions pour interjeter recours sont déterminées par les art. 78 à 81 et 90 ss LTF. Le recours doit être formé dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète de l'arrêt attaqué.

Le recours doit être adressé au Tribunal fédéral, 1000 Lausanne 14. Les mémoires doivent être remis au plus tard le dernier jour du délai, soit au Tribunal fédéral soit, à l'attention de ce dernier, à La Poste Suisse ou à une représentation diplomatique ou consulaire suisse (art. 48 al. 1 LTF).

P/1997/2015

ÉTAT DE FRAIS

COUR DE JUSTICE

Selon le règlement du 22 décembre 2010 fixant le tarif des frais en matière pénale (E 4 10.03).

Débours (art. 2)

- frais postaux	CHF	60.00
-----------------	-----	-------

Émoluments généraux (art. 4)

- délivrance de copies (let. a)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- délivrance de copies (let. b)	CHF	
---------------------------------	-----	--

- état de frais (let. h)	CHF	75.00
--------------------------	-----	-------

Émoluments de la Chambre pénale de recours (art. 13)

- décision sur recours (let. c)	CHF	3'000.00
---------------------------------	-----	----------

-	CHF	
---	-----	--

Total	CHF	3'135.00
--------------	------------	-----------------