



faire-werbung.ch
Schweizerische Lauterkeitskommission
loyauté-en-publicité.ch
Commission Suisse pour la Loyauté

Kappelergasse 14
Postfach 2744
8022 Zürich

T 044 211 79 22
F 044 211 80 18
info@lauterkeit.ch

faire-werbung.ch
loyauté-en-publicité.ch

Schweizerische Lauterkeitskommission • Commission Suisse pour la Loyauté

Interprétation de l'art. 3, al. 1, let. u LCD concernant l'inscription de l'astérisque

Au 1^{er} avril 2012 est entrée en vigueur la disposition suivante relative au télémarketing (art. 3, al. 1, let. u LCD):

Agit de façon déloyale celui qui, notamment:

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.

Les différents éléments constitutifs de cette disposition sont interprétés par la Commission Suisse pour la Loyauté comme suit:

1. «Mention contenue dans l'annuaire»

1.1. «Annuaire téléphonique»

Les fournisseurs de services de télécommunication sont tenus de gérer des annuaires téléphoniques (art. 11 de l'Ordonnance fédérale sur les services de communication, OST). Les clients de ces fournisseurs de services de télécommunication ont le droit de se faire inscrire dans ces annuaires (le cas échéant avec des inscriptions de l'astérisque), mais il n'existe toutefois aucune obligation de s'y faire inscrire (art. 88, al. 1 OST). Sur la base des dispositions relatives aux services de télécommunication, il y a lieu de considérer comme «annuaire téléphonique» les répertoires des fournisseurs de services téléphoniques qui reposent directement sur ces répertoires dits «primaires» des fournisseurs de services de télécommunication (p. ex. les répertoires de Swisscom Directories AG).

L'art. 3, al. 1, let. u LCD fonde une obligation de contrôler, dans les répertoires téléphoniques primaires, s'il existe ou non une inscription de l'astérisque. Cela signifie également que l'inscription de l'astérisque, p. ex. celle qui figure sur directories.ch, déploie les effets juridiques du droit de la concurrence, et ce, même si la source des données utilisées pour le marketing téléphonique n'est pas basée sur ces répertoires primaires.

1.2. Effet de l'inscription de l'astérisque

Compte tenu du fait que la LCD vise à garantir le respect d'une concurrence loyale (art. 1 LCD), et parce qu'en ce qui concerne la situation de fait régie par la LCD, il s'agit d'une norme pénale, la Commission Suisse pour la Loyauté n'applique l'art. 3, al. 1, let. u LCD qu'au marketing téléphonique, resp. qu'aux éléments de l'adresse de la personne indiquée qui sont explicitement marqués de l'astérisque (p. ex. également le numéro de fax).

Partant, de l'avis de la Commission Suisse pour la Loyauté, l'inscription de l'astérisque ne déploie aucun effet de blocage relevant du droit de la concurrence déloyale pour la publicité adressée à l'adresse postale (boîte aux lettres).

2. «Client»

Le concept de «client» est peu clair. S'il était interdit aux professionnels de la communication d'appeler par téléphone des «clients» (au sens littéral du terme «client»), cela serait contraire à la finalité de la loi. En revanche, cette interdiction s'applique effectivement aux tiers. C'est pourquoi il y a lieu d'assimiler le concept de «client» à celui d'«acheteur», par analogie avec la signification de ce terme, comme par exemple à l'art. 3, al. 1 let. f, g et h LCD.

La finalité de la loi vise aussi à protéger les consommatrices et les consommateurs. Toutefois, la teneur légale de l'art. 3, al. 1, let. u LCD ne réduit pas l'application de cette disposition aux appels téléphoniques adressés aux consommatrices et aux consommateurs mais a une application plus large. De l'avis de la CSL, lors d'appels téléphoniques effectués dans le cadre de relations «business-to-business» (relation commerciale), il y a lieu, dans chaque cas, de tenir compte de manière appropriée de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce (voir chiffre 4). En revanche, lorsque les entreprises reçoivent des appels publicitaires dont le contenu ne se distingue pas de celui des appels aux consommatrices et aux consommateurs, un traitement spécial des appels de ce genre ne se justifie pas.

3. «pas de messages publicitaires»

Les messages publicitaires sont des appels s'adressant à un cercle indéterminé de destinataires en vue d'influencer la personne appelée dans la perspective de la conclusion d'un acte juridique (cf. aussi la Règle n° 1.2 de la Commission Suisse pour la Loyauté sur la définition du concept de «communication commerciale»). Dans la mesure où l'on donne suite à une demande individuelle de la personne appelée, il ne s'agit alors pas d'un message publicitaire, ce dont il faut par exemple tenir compte pour les demandes «business-to-business».

Se référant aux numéros de téléphone non répertoriés, l'art. C 16.5 des Règles de l'ICC (code ICC consolidé sur les pratiques de publicité et de communication commerciale de la Chambre de Commerce Internationale (ICC)) stipule que les consommateurs dont le numéro de téléphone n'est pas répertorié ne doivent pas être contactés à des fins commerciales, excepté s'ils ont eux-mêmes fourni leur numéro au professionnel de la communication ou à l'agent concerné à cette fin.

4. «de tiers»

Dans le cadre de discussions pré-contractuelles pendantes, les contacts téléphoniques sont autorisés dans la mesure où, selon l'appréciation d'un destinataire moyen, on peut partir du principe que le partenaire contractuel potentiel pourrait être encore intéressé et que le premier contact a eu lieu de manière licite.

S'il existe une déclaration de consentement de la personne appelée (p. ex. dans le cadre de conditions de participation à un jeu-concours), l'appelant n'est pas un tiers et, dès lors, l'appel téléphonique est admissible, resp. est loyal.

En outre, pour savoir si l'appelant doit être considéré ou non comme un tiers au sens de l'art. 3, al. 1, let. u LCD, il y a lieu d'examiner la situation du point de vue d'un destinataire moyen, en tenant compte de l'ensemble des circonstances du cas d'espèce. Ce faisant, la question se pose de savoir quelles sont la nature et l'intensité de la relation qui existait, resp. qui existe avec l'appelant afin que l'appelant ne soit plus perçu par la personne appelée comme un tiers quelconque. A la différence de ce que prescrit l'art. 3, al. 1 let. o LCD, l'existence d'une relation-client ne présuppose pas impérativement une conclusion de contrat avec la personne appelée; la conclusion du contrat découle également d'entretiens pré-contractuels et de préparation au contrat ou de son déroulement. Dans l'appréciation globale du cas d'espèce, il faut également tenir compte de la similarité des types de produits offerts (marchandises et prestations de services; pour quels types de produits une relation-client existe-t-elle ou existait-elle; quels types de produits sont nouvellement offerts?).

Il y a lieu également d'inclure dans cet examen la composante temporelle (p. ex. de quand date une éventuelle relation-client?).

Au surplus, ce n'est pas la nature juridique d'un groupe (d'entreprises) qui est pertinente pour trancher la question de savoir si nous sommes en présence d'un tiers, mais c'est la présentation d'une entreprise avec ses produits sur le marché vis-à-vis des acheteurs. Ici également, c'est le point suivant qui est décisif: l'appelant est-il perçu par un destinataire moyen comme étant le même prestataire avec lequel existe ou existait une relation justifiant cet appel?

Zurich, le 7 novembre 2012