

JUGEMENT DE LA COUR D'APPEL PENALE

Audience du 30 octobre 2013

Présidence de M. PELLET
Juges : Mme Favrod et M. Winzap
Greffière : Mme Choukroun

Parties à la présente cause :

P._____, prévenu, représenté par Me Albert J. Graf, avocat de choix à Nyon, appelant,

R._____, prévenu, représenté par Me Albert J. Graf, avocat de choix à Nyon, appelant,

et

Ministère public, représenté par le Procureur de l'arrondissement de l'arrondissement de La Côte, intimé,

Z._____, représenté par Mme Sara Girardin, plaignant et intimé.

La Cour d'appel pénale considère :

En fait :

A. Par jugement du 14 juin 2013, le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte a libéré P._____ de la contravention aux dispositions concernant les raisons de commerce (I), condamné P._____ pour infraction à la Loi fédérale sur la concurrence déloyale à une peine pécuniaire de 90 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 80 fr., avec sursis pendant 2 ans, ainsi qu'à une amende de 1'000 fr., la peine privative de liberté de substitution étant fixée à 12 jours (II), condamné R._____ pour infraction à la Loi fédérale sur la concurrence déloyale et contravention aux dispositions concernant les raisons de commerce à une peine pécuniaire de 120 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 100 fr., avec sursis pendant 2 ans, ainsi qu'à une amende de 2'000 fr., le peine privative de liberté de substitution étant fixée à 20 jours (III) et mis les frais de la cause arrêtés à 4'190 fr., à charge des condamnés, à raison de la moitié chacun (IV).

B. Par annonce d'appel déposée le 17 juin 2013, suivie d'une déclaration d'appel motivée datée du 25 juillet suivant, P._____ et R._____ ont conclu à la réforme de ce jugement en ce sens qu'ils sont acquittés de l'infraction de concurrence déloyale et que R._____ est acquitté de l'infraction de contravention aux dispositions concernant les raisons de commerces.

Le Ministère public n'a déposé ni demande de non-entrée en matière, ni appel joint. Il a conclu au rejet de l'appel, avec suite de frais et dépens.

C. Les faits retenus sont les suivants :

1.1 P._____ est né le 23 mars [...]. Géographe de formation, il a travaillé en dernier lieu pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) à Genève. En parallèle de cet emploi, il a été administrateur de diverses sociétés de services dans la vente par correspondance, soit, entre 2001 et 2005, de la société Q._____ SA, à [...], déclarée en faillite le 6 mai 2008, et dès 2005, de la société H._____ SA (ci après : H._____ SA), à [...], dont il a assuré la mise en place à sa fondation. Retraité depuis 2008, il perçoit une pension de 6'100 fr. par mois, complétée par une indemnité mensuelle de 300 fr. versée par l'AVS. Il est divorcé et vit seul dans un appartement à Genève qu'il loue 900 fr. par mois. Père de trois enfants âgés de 25, 21 et 7 ans et demi, P._____ a déclaré participer aux frais d'études de l'aîné à raison de 800 fr. par mois. Il verse également une pension alimentaire mensuelle de 1'600 fr. à sa fille et paie son école à hauteur de 1'000 fr. par mois. Pour le cadet, il assume une somme de 600 fr. qui correspond à l'écolage. L'assurance-maladie de P._____ se monte à 193 fr. par mois. Il dit n'avoir ni dette, ni fortune particulière.

1.2 R._____ est né le 1er août [...]. Dès 2001, il a travaillé en qualité de directeur de la société C._____, dont le but social était la fourniture de toutes prestations dans les domaines de la vente par correspondance. Il a également été mandaté pour s'occuper de la société Q._____ SA, à [...], active dans la vente par correspondance. Ensuite de la faillite de C._____, prononcée le 20 juin 2005, R._____ s'est vu proposer le poste de directeur de la société H._____ SA, à [...]. Cette société a pour but social de fournir des prestations de service dans le domaine de la bureautique. P._____ en était l'administrateur. R._____ réalise un revenu mensuel net 6'000 francs. Il n'a pas d'autres sources de revenu. Marié et père d'un enfant âgé de 23 ans qui est indépendant, il vit en France dans une maison qui lui appartient, mais qui est hypothéquée. Il n'a pas d'autres dettes, ni fortune. Son épouse travaille également pour H._____ SA pour un salaire de 4'000 fr. par mois. Le prévenu paie environ 3'600 € par année pour son assurance-maladie en France.

Les casiers judiciaires de P._____ et de R._____ ne comportent aucune inscription.

2. De 2001 et jusqu'à fin janvier 2012, agissant comme organes de droit ou de fait des sociétés Q._____ SA, L._____ AG, T._____ SA, C._____ SA, D._____ SA et H._____ SA, P._____ et R._____ ont participé activement à la diffusion et la distribution de publicités mensongères par des publipostages à des clients en France contenant des offres signées d'une pseudo voyante «W._____» qui faisaient croire aux destinataires qu'ils obtiendraient richesse, bonheur et santé moyennant une participation financière. Pour convaincre les dupes, les courriers présentaient les visions de la pseudo-voyante, des promesses de gain en argent, les témoignages de personnes ayant prétendument connu richesse et bonheur avec l'incitation à répondre dans les plus brefs délais à un questionnaire, sous peine de perdre leurs chances. La pseudo-voyante proposait tantôt d'acquérir un objet à un prix exceptionnel, tantôt des produits gratuits dans le seul but de recueillir des informations sur les clients.

Les publipostages litigieux faisaient mention de «W._____» et les destinataires pouvaient penser qu'il s'agissait d'une voyante domiciliée en Suisse. En réalité, la marque « W._____» appartient à la société argentine G._____ et a été exploitée par la société T._____ SA, jusqu'au décès de son administrateur en décembre 2006. Dès 2007, la société D._____ SA, à Zoug a succédé à T._____ SA dans l'exploitation de la marque « W._____».

La société H._____ SA, représentée par son administrateur P._____, a repris les activités de la société Q._____ AG en 2005. En début d'année 2006, la société H._____ a conclu un contrat de prestations avec T._____ SA. L'adresse de «W._____» a ainsi été déplacée de la case postale [...] à [...], à la case postale [...], à [...], créée par P._____ et sur laquelle R._____ avait également une procuration pour retirer le courrier.

L'activité de P._____ et R._____, sur mandat de T._____ SA, puis dès 2007, de D._____ SA, a consisté à relever le courrier de la case postale, à saisir les commandes de clients, à les transmettre aux sous-traitants en France, à procéder à des saisies de remises bancaires et à des transferts bancaires, à gérer le service après-vente, soit à réceptionner les demandes de remboursement et à rembourser les clients mécontents à la demande de la société propriétaire de la marque ou à signaler les lettres-retour des clients à la société concernée.

Dès 2001, le Z._____ (ci-après : Z._____) a reçu de nombreuses réclamations de lésés domiciliés en France se plaignant d'avoir été grugés par des sociétés sises en Suisse.

Le 8 juin 2005, le SECO a déposé plainte pénale contre les personnes responsables de l'entreprise Q._____ AG à [...], pour violation de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD; RS 241) et du Code pénal suisse, et contre toute autre personne, physique ou morale, qui aurait participé à la commission des infractions. Malgré le dépôt de cette plainte, le Z._____ a continué régulièrement à recevoir des réclamations à l'encontre des publipostages « W._____ » jusqu'en 2011 (P. 24 II/11 à 33 et P. 42 II/34 à 41). Le 3 août 2011, le Z._____ a déposé un complément de plainte comprenant huit nouvelles plaintes reçues à l'encontre de "W._____ " (P. 41 et 42).

3. Par décision du 9 mars 2012, le Ministère public de l'arrondissement de La Côte a ordonné le classement de la procédure dirigée notamment contre P._____ et R._____.

Saisie d'un recours du Z._____, la Chambre des recours pénale du Tribunal cantonal a, par arrêt du 9 juillet 2012, admis le recours, annulé l'ordonnance de classement de la procédure s'agissant de P._____ et de R._____ et renvoyé la cause au Ministère public pour complément d'enquête et nouvelle décision relative à ces deux prévenus (CREP 427/2012).

D._____ SA a finalement pris la décision de cesser toute activité en relation avec la marque «W._____», de sorte que la case postale [...] à [...] a été fermée dès le 31 janvier 2012.

En droit :

1. Selon l'art. 399 al. 1 CPP, l'appel doit être annoncé dans les dix jours qui suivent la communication du jugement, soit la remise ou la notification du dispositif écrit (Kistler Vianin, in: Kuhn/Jeanneret (éd.), Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse, Bâle 2011, n. 3 ad art. 399 CPP). La déclaration d'appel doit, quant à elle, être déposée dans les vingt jours à compter de la notification du jugement motivé (art. 399 al. 3 CPP).

Interjeté dans les formes et délais légaux par une partie ayant la qualité pour recourir contre le jugement d'un tribunal de première instance qui a clos la procédure (art. 398 al. 1 CPP), l'appel de P._____ et de R._____ est recevable.

2. Aux termes de l'art. 398 CPP, la juridiction d'appel jouit d'un plein pouvoir d'examen sur tous les points attaqués du jugement (al. 2). L'appel peut être formé (a) pour violation du droit, y compris l'excès et l'abus du pouvoir d'appréciation, le déni de justice et le retard injustifié, (b) pour constatation incomplète ou erronée des faits et (c) pour inopportunité (al. 3).

3. Les appelants contestent avoir une quelconque responsabilité dans la diffusion des publicités mensongères concernant les prestations de la prétendue voyante « W._____ ». Ils affirment qu'aucune plainte pénale n'a été déposée en France, pays de destination des publicités en cause, de sorte que leur condamnation selon le droit suisse ne serait pas possible. Ils se réfèrent à un arrêt de la Cour d'appel pénale du 15

novembre 2012 (CAPE 247/2012), pour en déduire que le publipostage ne constituerait pas une infraction à la loi sur la concurrence déloyale (LCD; RS 241). R._____ affirme, quant à lui, n'avoir agi que comme un simple employé de la société H._____ SA et qu'il ne peut dès lors pas être condamné pour infraction à l'art. 326ter CP.

3.1.1 L'art. 23 LCD dispose que quiconque, intentionnellement, se rend coupable de concurrence déloyale au sens des art. 3, 4, 4a, 5 ou 6 est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (al. 1). Peut porter plainte celui qui a qualité pour intenter une action civile selon les art. 9 et 10 (al. 2).

Selon l'art. 1 LCD, cette loi vise à garantir, dans l'intérêt de toutes les parties concernées, une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée. La LCD ne concerne ainsi que le domaine de la concurrence. Cette notion vise une compétition, une rivalité sur le plan économique entre des personnes qui offrent leurs prestations. La concurrence suppose donc un marché, qui de plus doit être licite.

Aux termes de l'art. 3 LCD, agit de façon déloyale celui qui, notamment, donne des indications inexactes ou fallacieuses sur lui-même, son entreprise, sa raison de commerce, ses marchandises, ses oeuvres, ses prestations, ses prix, ses stocks, ses méthodes de vente ou ses affaires ou qui, par de telles allégations, avantage des tiers par rapport à leurs concurrents (let. b) ; porte ou utilise des titres ou des dénominations professionnelles inexacts, qui sont de nature à faire croire à des distinctions ou capacités particulières (let. c) ; entrave la liberté de décision de la clientèle en usant de méthodes de vente particulièrement agressives (let. h) ; trompe la clientèle en faisant illusion sur la qualité, la quantité, les possibilités d'utilisation, l'utilité de marchandises, d'oeuvres ou de prestations ou en taisant les dangers qu'elles présentent (let. i).

Pour qu'il y ait acte de concurrence déloyale, il ne suffit pas que le comportement apparaisse déloyal au regard de la liste d'exemples figurant aux art.

3 à 8 LCD. Il faut encore, comme le montre la définition générale de l'art. 2 LCD, qu'il influe sur les rapports entre concurrents ou entre fournisseurs et clients. Autrement dit, il doit influencer le jeu de la concurrence ou le fonctionnement du marché. Certes, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'acte soit lui-même un concurrent. Il n'empêche que l'acte doit être objectivement propre à avantager ou désavantager une entreprise dans sa lutte pour acquérir de la clientèle, ou à accroître ou diminuer ses parts de marché. L'acte doit être dirigé contre le jeu normal de la concurrence et propre à influencer le marché. Il doit être objectivement apte à influencer la concurrence (ATF 133 III 431 c. 4.1; ATF 131 III 384 c. 3; ATF 126 III 198 c. 2c/aa). Une indication inexacte n'est pas conforme à la réalité, alors qu'une indication fallacieuse n'est pas nécessairement fautive en elle-même, mais peut induire en erreur. Pour tomber sous le coup de l'art. 3 let. b LCD, encore faut-il que les indications en cause soient propres à influencer la décision du client. Est décisif le sens que le lecteur non averti attribue de bonne foi à la publicité (ATF 132 III 414 c. 4.1.2 et les références citées).

3.1.2 L'art. 326ter CP dispose notamment que celui qui crée l'illusion qu'un sujet étranger non inscrit au registre du commerce a son siège ou une succursale en Suisse, est puni d'une amende.

Toute personne qui agit pour l'entreprise peut être l'auteur de l'infraction. Il s'agit d'une infraction intentionnelle, en ce sens que l'auteur doit à tout le moins accepter l'idée que son comportement puisse induire en erreur (Dupuis & all., Petit commentaire du Code pénal, Bâle 2012, nn. 4 et 9 ad art. 326ter CP et les références citées).

Dans son message, le Conseil fédéral explique que l'origine de cette disposition découle également du fait que le renom de la Suisse a été terni à plusieurs reprises par des entreprises étrangères aux méthodes commerciales douteuses, qui ont laissé croire qu'elles étaient des maisons suisses. Il importe ainsi de poursuivre également celui qui crée l'illusion qu'une entreprise étrangère n'ayant aucune succursale dans notre pays est assujettie au droit suisse ou qu'elle a du moins une succursale en

Suisse (Message du Conseil fédéral, FF 1991 II 1058; Amstutz/Reinert, in Niggli/Wiprächtiger (éd.), Strafrecht II, 2^e éd, Bâle 2007, n. 16 ad art. 326ter CP).

3.1.3 Est un coauteur celui qui collabore intentionnellement et de manière déterminante avec d'autres personnes dans la décision de commettre une infraction, dans son organisation ou son exécution, au point d'apparaître comme l'un des participants principaux. La coactivité suppose donc une décision commune soit expresse, soit résultant d'actes concluants. Le coauteur doit réellement s'associer soit à la décision, soit à la réalisation, dans des conditions et dans une mesure qui le font apparaître comme un participant non pas secondaire, mais principal. Il faut que le coauteur ait une certaine maîtrise des opérations et que son rôle soit plus ou moins indispensable (ATF 120 IV 17 c. 2d). Ainsi, la contribution du participant principal est essentielle au point que l'exécution ou la non-exécution de l'infraction considérée en dépende (ATF 120 IV 265 c. 2c). Il faut donc que le rôle des prévenus ait été indispensable à la réussite de l'entreprise.

3.2.1 Contrairement à ce que soutiennent les appelants, les activités incriminées s'étant déroulées en Suisse, les infractions doivent être examinées à la lumière du droit suisse, même si le premier juge a également relevé que les publicités litigieuses tombaient sous le coup des dispositions du Code de la consommation français (jgt., p. 29) et même si la publicité était destinée exclusivement à de la clientèle à l'étranger (ATF 124 IV 73 c. 1).

3.2.2 En l'occurrence, pour asseoir sa conviction que les appelants ont participé activement et intentionnellement aux faits délictueux, contrairement à ce que ces derniers font valoir, le premier juge s'est fondé sur de nombreux éléments : il a d'abord constaté que tant P. _____ que R. _____ avaient été les animateurs de la société H. _____ SA, leurs activités consistant à relever le courrier de la case postale, à saisir les commandes des clients, à les transmettre aux sous-traitants en France, à procéder à des saisies de remises bancaires et à des transferts bancaires,

à gérer le service après-vente, soit à réceptionner les demandes de la société propriétaire de la marque « W._____ ». Les prévenus avaient aussi le pouvoir de prendre en charge des chèques et de rembourser des clients mécontents, voire de signer et négocier des retraits de plainte. Ils disposaient ainsi aussi d'un accès à un compte alimenté pour remboursement des clients insatisfaits (jgt., p. 40). Le premier juge a en outre considéré, sur la base du contrat de service signé par P._____ avec D._____ SA, que la société H._____ SA gérée par les appelants - même si elle n'offrait que des services administratifs - percevait un montant fixe pour chaque commande traitée, de sorte qu'elle était intéressée au développement de la distribution publicitaire et qu'elle constituait une plateforme de soutien logistique des activités publicitaires de « W._____ », ni anodine ni secondaire (jgt., p. 39). Le premier juge a dès lors conclu que les appelants apparaissaient comme les animateurs principaux et essentiels de la société H._____ SA et qu'ils ont, en cette qualité, intentionnellement prêté main forte à des sociétés de vente par correspondance dont le commerce violait la LCD. Même s'ils n'étaient pas directement les auteurs des publipostages, ils en connaissaient le contenu et ont accepté d'agir, favoriser, puis traiter sans hésitation ces envois et leurs suites commerciales (jgt., p. 41). Contrairement à ce qu'ils affirment, les prévenus ne s'étaient dès lors pas cantonnés à un rôle passif, sans pouvoir décisionnel. R._____ était le directeur de la société H._____ SA, bénéficiait d'une procuration sur la boîte postale [...] à [...] et pouvait engager des employés, de sorte qu'on ne peut le considérer comme un simple employé obéissant à sa hiérarchie comme il le prétend. Quant à P._____, il était l'administrateur unique de H._____ SA, dont il a assuré la mise en place à sa fondation. Il avait ainsi tout intérêt à ce que les affaires de cette société fonctionnent. Le premier juge a relevé que les prévenus tiraient des gains réguliers de ces activités, leur participation étant indispensable à la réalisation des infractions incriminées, cela d'autant plus que l'adresse en Suisse et la boîte postale dans ce pays constituait un rouage déterminant de la tromperie et de la vente des produits, ce que les appelants ne pouvaient ignorer. Le premier juge a enfin retenu que contrairement aux affirmations des prévenus, ces derniers ont retiré un chiffre d'affaire dont le montant mensuel - s'il n'est

pas forcément proportionnellement très important – était toutefois régulier et que dans la situation financière de la société, qui n'avait que quelques clients réguliers, cet apport était loin d'être anodin (jgt., p. 41).

En définitive, l'appréciation des preuves par le premier juge est adéquate et doit être confirmée. Les interventions des appelants en qualité de responsables d'une société basée en Suisse et assurant la logistique de même que le traitement des commandes des clients constituait une participation essentielle à la diffusion de la publicité incriminée. Le recours à une société suisse avait pour but d'assurer le sérieux de l'opération commerciale.

3.2.3 Les publicités incriminées doivent être qualifiées d'illicites au sens de l'art. 3 let. b, c, h et i LCD. La publicité diffusée par les appelants était trompeuse, en faisant croire aux consommateurs que W._____ est une personne physique qui serait domiciliée en Suisse, alors qu'il s'agit d'une marque propriété de la société argentine G._____. Les destinataires de la publicité étaient également leurrés sur la réalisation de gains rapides et donc sur les prestations fournies. En outre, les publicités consacraient des méthodes de vente agressives prohibées, l'imminence d'un malheur, la menace d'un envoûtement ou d'un mauvais sort étant présentés aux destinataires qui ne répondraient pas rapidement aux sollicitations.

R._____ doit également être condamné pour contravention à l'art. 326ter CP, l'activité commerciale de la voyante W._____ donnant l'impression – créant l'illusion selon les termes de cette disposition – qu'une personne physique du même nom exerçait une entreprise individuelle en Suisse, alors qu'il n'en était rien. La contravention commise par R._____ jusqu'au 31 janvier 2012 n'était pas prescrite à la date du jugement de première instance (art. 97 al. 3 CP). La condamnation de P._____ et de R._____ doit dès lors être confirmée.

4. Vérifiées d'office (art. 404 al. 2 CPP), les peines prononcées à l'encontre des appelants apparaissent également adéquates, tant dans leur quotité que s'agissant de la fixation du montant du jour-amende, dès lors qu'elles ont été fixées dans le respect des critères légaux par l'autorité précédente (art. 34, 42, 47 CP). Les appelants n'en demandent d'ailleurs la réduction qu'en relation avec une modification en leur faveur du verdict de culpabilité, situation non réalisée en l'espèce.

5. En définitive, les appels de P._____ et de R._____ sont rejetés.

6. Vu l'issue du recours, les frais de la procédure d'appel, constitués en l'espèce de l'émolument du présent jugement (art. 422 al. 1 CPP), par 1'910 fr. (art. 20 al. 1 TFJP [tarif des frais judiciaires pénaux; RSV 312.03.1]), sont mis à la charge de P._____ et R._____, par moitié chacun.

Par ces motifs,
la Cour d'appel pénale,
appliquant pour P._____ les articles 34, 42, 44, 47, 50, 103, 106 CP ;
23 LCD et 398 ss CPP,
appliquant pour R._____ les articles 34, 42, 44, 47, 49, 50, 103, 106,
326ter CP ; 23 LCD et 398 ss CPP,

prononce :

- I.** Les appels de P._____ et de R._____ sont rejetés.
- II.** Le jugement rendu le 14 juin 2013 par le Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte est confirmé selon le dispositif suivant :

I. Libère P._____ de la contravention aux dispositions concernant les raisons de commerce;

II. Condamne P._____ pour infraction à la Loi fédérale sur la concurrence déloyale à une peine pécuniaire de 90 (nonante) jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 80 fr. (huitante), avec sursis pendant 2 (deux) ans, ainsi qu'à une amende de 1'000 fr. (mille), la peine privative de liberté de substitution étant fixée à 12 (douze) jours;

III. Condamne R._____ pour infraction à la Loi fédérale sur la concurrence déloyale et contravention aux dispositions concernant les raisons de commerce à une peine pécuniaire de 120 jours-amende, le montant du jour-amende étant fixé à 100 fr. (cent), avec sursis pendant 2 (deux) ans, ainsi qu'à une amende de 2'000 fr. (deux mille), la peine privative de liberté de substitution étant fixée à 20 (vingt) jours;

IV. Met les frais de la cause arrêtés à 4'190 fr. (quatre mille cent nonante francs), à charge des condamnés, à raison de la moitié chacun."

III. Les frais d'appel, par 1'910 fr. (mille neuf cent dix francs), sont mis à la charge de P._____ et R._____, par moitié chacun.

IV. Le présent jugement est exécutoire.

Le président :

La greffière :

Du 31 octobre 2013

Le dispositif du jugement qui précède est communiqué aux appelants et aux autres intéressés.

La greffière :

Du

Le jugement qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, est notifié, par l'envoi d'une copie complète, à :

- Me Albert J. Graf, avocat (pour P. _____ et R. _____),
- Mme Sara Girardin, (pour le Secrétariat d'Etat à l'économie),
- Ministère public central,

et communiqué à :

- M. le Président du Tribunal de police de l'arrondissement de La Côte,
- M. le Procureur de l'arrondissement de La Côte,

par l'envoi de photocopies.

Le présent jugement peut faire l'objet d'un recours en matière pénale devant le Tribunal fédéral au sens des art. 78 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110), cas échéant d'un recours constitutionnel subsidiaire au sens des art. 113 ss LTF. Ces recours doivent être déposés devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la notification de l'expédition complète (art. 100 al. 1 LTF).

La greffière :