

NEWSLETTER – Novembre 2020 – Criminalité économique



Cold calling - Un investisseur averti en vaut deux

I. L'interdiction de la méthode du *cold calling* pour les établissements financiers

Dans le domaine du marketing, le *cold calling* consiste en une prospection téléphonique « à froid », le prospect ne s'attendant pas à recevoir d'appel. On parle aussi de démarchage téléphonique.

Les établissements financiers suisses ne sont pas autorisés à pratiquer de la sorte dans le cadre de leurs activités.

Le Tribunal fédéral avait d'ailleurs retenu que le fait de contacter des clients téléphoniquement peu après leur avoir envoyé de la documentation décrivant les prestations offertes n'était pas conforme aux principes de l'art. 11 de la Loi fédérale sur les bourses et le commerce des valeurs mobilières, abrogée le 1^{er} janvier 2020 (aLBVM), qui prévoyait que le négociant en valeurs mobilières avait un devoir de diligence et de loyauté vis-à-vis de ses clients. Le démarchage téléphonique en dehors de toute relation d'affaires préexistante (*cold calling*) représente ainsi une intrusion inacceptable dans la vie privée des gens et l'interlocuteur sollicité est contraint, compte tenu de l'insistance de celui qui veut lui vendre des produits financiers, de se comporter avec une impolitesse extrême pour interrompre la conversation. Par ailleurs, le *cold calling* crée un effet de surprise. Le client potentiel n'est pas préparé, alors que celui qui le dérange a souvent été entraîné pour affronter de telles situations¹.

À compter du 1^{er} janvier 2020, l'art. 11 aLBVM a été remplacé par l'art. 11 de la Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin²), selon lequel l'établissement financier et les personnes chargées de son administration et de sa gestion doivent présenter toutes les garanties d'une activité irréprochable, laquelle comprend le devoir de diligence et de loyauté envers les clients.

Partant, les établissements financiers suisses ne sont pas autorisés à procéder au *cold calling*, au risque de violer le principe de garantie d'une activité irréprochable au sens de l'art. 11 LEFin.

¹ Bulletin de la Commission fédérale des banques du 19.11.1999 (Bulletin CFB 40/2000 p. 94).

² RS 954.1.

II. Le cold calling en tant que pratique frauduleuse

La méthode du *cold calling* est fréquemment utilisée de manière frauduleuse par des entités déguisées en établissements financiers, qui proposent leurs services par téléphone auprès de potentiels investisseurs, sans requérir leur consentement écrit au préalable. Par ce biais, des investissements en valeurs mobilières ou en produits financiers sont proposés, afin d'obtenir un transfert de valeurs patrimoniales sur un compte bancaire ouvert, la plupart du temps, à l'étranger.

Le *modus operandi* de ces entités malveillantes est généralement le suivant : une fois les montants versés par les investisseurs, elles ne donnent plus signe de vie et la totalité des sommes investies est définitivement perdue.

Des moyens plus sophistiqués sont parfois utilisés par ces entités, en ce sens qu'elles font effectivement fructifier les premiers montants investis, permettant ainsi aux investisseurs de réaliser, dans un premier temps, des bénéfices. Cette manière de procéder permet de mettre les investisseurs en confiance, afin de les convaincre de continuer les démarches en ce sens en investissant des montants toujours plus élevés en vue de réaliser de plus amples profits. Ce n'est qu'après avoir encaissé plusieurs versements, dont les montants deviennent toujours plus élevés, que les entités frauduleuses disparaissent, du jour au lendemain.

Très souvent, les entités utilisant la méthode du *cold calling* indiquent l'emplacement de leurs bureaux sur leur site Internet ou sur les documents adressés aux investisseurs, ceux-ci étant en principe situés à l'étranger.

De manière générale, il s'agit d'entités qui ne sont pas au bénéfice d'autorisations octroyées par les marchés financiers des différents Etats, ce qui peut être un indice supplémentaire en faveur d'une fraude.

Les investisseurs approchés doivent dès lors redoubler de prudence et de vigilance lorsqu'ils sont la cible de ce type de démarchage téléphonique.

III. Les conséquences pénales d'une fraude par le biais du cold calling

Les manœuvres frauduleuses effectuées par les personnes physiques déguisées en établissements financiers autorisés à pratiquer pourraient être constitutives, en droit suisse, de l'infraction d'escroquerie (art. 146 CP).

1. Abus de confiance (138 CP)

L'infraction d'abus de confiance suppose qu'une valeur ait été confiée, autrement dit que l'auteur ait acquis la possibilité d'en disposer, mais que, conformément à un accord (exprès ou tacite) ou un autre rapport juridique, il ne puisse en faire qu'un usage déterminé, en d'autres termes qu'il l'ait reçue à charge pour lui d'en disposer au gré d'un tiers, notamment de la conserver, de la gérer ou de la remettre³.

Ainsi, lorsqu'elles ont pour but d'amener les investisseurs à leur confier des valeurs patrimoniales afin qu'elles soient réinvesties et qu'elles fructifient, les personnes physiques se faisant passer pour des établissements financiers commettent un abus de confiance dès lors qu'elles utilisent ces fonds de façon contraire aux instructions reçues, afin de s'enrichir illégalement.

2. Escroquerie (146 CP)

La réalisation de l'escroquerie suppose une tromperie, une astuce, une induction en erreur, un acte de disposition et un dommage, un lien de causalité entre les éléments qui précèdent, ainsi qu'un dessein d'enrichissement illégitime.

Il y a tromperie astucieuse au sens de cette disposition lorsque l'auteur recourt à un édifice de mensonges, à des manœuvres frauduleuses ou à une mise en scène. Il y a également astuce lorsque l'auteur donne simplement de fausses informations, si leur vérification n'est pas possible, ne l'est que difficilement ou ne peut raisonnablement être exigée. Tel est notamment le cas si la dupe, en raison de sa situation personnelle (faiblesse d'esprit, inexpérience, grand âge ou maladie), n'est pas en mesure de procéder à une vérification et que l'auteur exploite cette situation⁴.

L'astuce n'est toutefois pas réalisée si la dupe pouvait se protéger avec un minimum d'attention ou éviter l'erreur avec le minimum de prudence que l'on pouvait attendre d'elle.

³ ATF 133 IV 21 consid. 6.2.

⁴ ATF 142 IV 153 consid. 2.2.2.

Cela étant, il arrive souvent que les personnes physiques dissimulées derrière les entités frauduleuses décrites ne soient pas condamnées pour escroquerie, au motif que l'astuce n'est pas réalisée. En effet, dans ces circonstances, il peut être reproché aux investisseurs « dupés » de n'avoir pas fait preuve du minimum de prudence requis, à savoir par exemple vérifier l'existence de la société par laquelle ils sont contactés via des registres commerciaux. Le fait d'investir dans une société dont l'existence et le bien-fondé n'ont pas été vérifiés et de se contenter des indications laconiques données par cette dernière à son égard, sans aucune garantie d'un quelconque retour sur investissement, pourrait ne pas être suffisant. Par un tel comportement, l'investisseur omet l'attention et la prudence les plus élémentaires que la situation exige.

En revanche, si les investisseurs contactés présentent notamment un grand âge, les personnes âgées étant, hélas, souvent les cibles de ce type de fraude, l'astuce peut être retenue et, partant, l'infraction d'escroquerie réalisée⁵.

En conclusion, les potentiels investisseurs doivent dès lors se montrer particulièrement prudents lorsqu'ils sont contactés par des prétendus établissements financiers proposant des investissements particulièrement fructifiant, en particulier lorsque les contacts avec ces entités se font via la méthode du *cold calling*.

Le contenu de cette Newsletter, établie le 23 novembre 2020, ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions :

Pascal de Preux
Avocat associé
depreux@resolution-lp.ch

Marc-Henri Fragnière
Avocat associé
fragniere@resolution-lp.ch

Julien Gafner
Avocat associé
gafner@resolution-lp.ch

Françoise Martin Antipas
Avocate associée
martinantipas@resolution-lp.ch


Resolution
LEGAL PARTNERS

Av. de l'Avant-Poste 4
CP 5747
1002 Lausanne

T. +41 21 312 59 40
F. +41 21 312 59 41

⁵ S'agissant de la question du concours entre les infractions d'abus de confiance (art. 138 CP) et d'escroquerie (art. 146 CP), la doctrine majoritaire est d'avis qu'il y a concours imparfait, à savoir que l'escroquerie absorbe l'abus de confiance, lorsque l'escroquerie avait précisément pour but d'amener la victime à confier les valeurs patrimoniales à l'auteur, qui les a ensuite utilisées à d'autres fins que celles convenues.