

# PACIOLI



## Suppression des titres au porteur – un enjeu pour les PME

### 1. Introduction

La loi portant suppression des titres au porteur du 14 décembre 2005 – dénommée ci-après la «Loi» – modifie de manière significative notre droit des sociétés. Beaucoup pensent que la suppression des titres au porteur ne concerne que les sociétés cotées en bourse. A tort, car toutes les PME qui ont émis des titres au porteur devront, elles aussi, s'adapter au nouveau régime lié à la disparition de cette forme de titres.

La Loi vise trois catégories de titres au porteur: les titres de sociétés, les titres émis par l'autorité publique et les titres de la catégorie résiduelle. Les titres qui concernent principalement les PME sont les titres de sociétés. Il s'agit des actions, des parts bénéficiaires, des obligations, des droits de souscription et certificats émis par des sociétés de droit belge. Lorsque ces titres ont été émis à l'étranger, ils tombent également en principe dans le champ d'application de la loi sur la suppression des titres au porteur. Plus de 150.000 sociétés anonymes, sociétés en commandite par actions sont donc concernées par la suppression des titres au porteur.

Le processus de la suppression des titres au porteur suscite de très nombreuses questions.

### 2. Contexte politique de la suppression des titres au porteur et objectifs de la réglementation

La loi sur la suppression des titres au porteur est le résultat d'un compromis politique. Elle fut en effet rédigée en échange des mesures adoptées dans le cadre de l'accord gouvernemental de 2003 sur la déclaration libératoire unique (D.L.U.).

Deux objectifs principaux ont guidé notre législateur:

Tout d'abord, le législateur a visé à réduire les risques de fraudes et d'abus liés, selon lui, à l'anonymat propre aux titres au porteur. Cette fraude concerne tant la criminalité financière, le blanchiment et le financement du terrorisme que le fait d'éluider l'impôt en ne déclarant pas des titres au porteur par exemple dans une déclaration de succession ou dans le cadre d'une donation.

D'autre part, une modernisation du droit en matière de titres était nécessaire. En effet, plusieurs raisons laissaient à penser que le régime des titres au porteur était dépassé: le risque de perte et de vol de titres papier, le coût de la conservation des titres au porteur ainsi que de l'encaissement des coupons.

### 3. Suppression des titres au porteur – Etapes clés

#### 3.1. Contexte réglementaire

Le processus de la suppression des titres au porteur et de la mise en place de la dématérialisation des titres repose, essentiellement, sur cinq textes:

- la loi du 14 décembre 2005 portant suppression des titres au porteur. Publiée une première fois au *M.B.* le 23 décembre 2005, la loi a été republiée le 6 février 2006 et ce, à la suite d'erreurs matérielles;
- la loi du 25 avril 2007 portant des dispositions diverses (*M.B.*, 8 mai 2007). Ce texte de la loi a pour objectif de résoudre certains problèmes techniques et d'améliorer l'efficacité de la loi du 14 décembre 2005;

## SOMMAIRE

- **Suppression des titres au porteur – un enjeu pour les PME** **1**
- **La concurrence du travailleur à son employeur** **5**

- l'arrêté royal du 12 janvier 2006 relatif aux titres dématérialisés publié au *M.B.* du 3 février 2006. Cet arrêté fixe les conditions d'agrément des teneurs de compte et désigne les organismes de liquidation qui ont une fonction essentielle dans le cadre de la dématérialisation;
- l'arrêté royal n° 62 du 27 janvier 2004 relatif au dépôt d'instruments financiers fongibles et à la liquidation d'opérations sur ces instruments (*M.B.*, 23 février 2004);
- l'arrêté royal du 7 décembre 2007 adaptant entre autres, la législation fiscale à la loi sur la suppression des titres au porteur (*M.B.*, 12 décembre 2007).

### 3.2. Principaux changements – Suppression des titres au porteur – Dématérialisation des titres

Le processus de suppression des titres au porteur a été planifié entre le 1<sup>er</sup> janvier 2008 et le 31 décembre 2013. Le législateur a prévu comme certains l'ont qualifié une conversion « progressive » afin de permettre aux sociétés concernées comme aux investisseurs de s'adapter à la nouvelle législation. Une période d'adaptation était en effet indispensable pour espérer réussir cette opération d'envergure qu'est la dématérialisation des titres au porteur. Une bonne information des investisseurs comme des émetteurs est, elle aussi, absolument nécessaire.

A l'heure actuelle, il existe trois formes de titres: les titres au porteur, une des formes les plus répandues, les titres dématérialisés et les titres nominatifs.

Pour rappel, un titre au porteur est un document physique sur lequel le nom du titulaire n'est pas indiqué et dont le porteur est considéré comme le propriétaire.

Un titre dématérialisé est représenté par une inscription sur un compte-titres au nom du propriétaire, auprès d'un teneur de compte agréé ou d'un organisme de liquidation, sans possibilité de livraison physique du titre.

Un titre nominatif est représenté par une inscription dans le registre nominatif de la société.

A partir de 2014, il ne subsistera que deux formes de titres: les titres dématérialisés et les titres nominatifs.

### 3.3. Quelles sont les sociétés concernées par ces changements?

Les sociétés concernées sont celles qui ont la forme juridique d'une société anonyme, d'une société en commandite par actions, d'une société anonyme européenne, d'une société coopérative et pour autant qu'elles aient émis des titres au porteur. En ce qui concerne les sociétés coopératives, seules celles ayant émis des obligations au porteur tombent dans le champ d'application de la Loi. Elles sont peu fréquentes mais il faut néanmoins en tenir compte.

### 3.4. Régime légal actuel?

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, les sociétés ne peuvent plus émettre des titres au porteur et ceux-ci ne peuvent même plus être livrés matériellement aux investisseurs.

Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, les titres au porteur émis par des sociétés belges et qui sont inscrits en comptes titres ne peuvent plus faire l'objet d'une livraison physique en Belgique.

Ainsi, des titres au porteur qui auraient été déposés sur un compte-titres avant le 31 décembre 2007 ne peuvent plus être restitués physiquement à leur propriétaire depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008 par son banquier.

### 3.5. Mesures à prendre par les sociétés avant le 1<sup>er</sup> janvier 2014?

La période de transition s'achèvera le 31 décembre 2013. Cette date paraît lointaine. Est-ce à dire que les sociétés peuvent attendre 2013 avant de prendre des mesures d'adaptation?

La réponse est négative. D'abord, et c'est une leçon tirée de l'expérience acquise avec la dématérialisation des titres des sociétés cotées<sup>(1)</sup>, la suppression des titres au porteur et la mise en œuvre de la dématérialisation des titres ne s'improvisent pas du jour au lendemain. Elle exige, et surtout pour les PME, une réflexion sur les avantages et inconvénients des différentes formes des titres et également sur l'utilité ou non de conserver la forme juridique de la société anonyme.

Quoi qu'il en soit, si avant 2014, une PME veut procéder à une opération telle qu'une augmentation de capital, celle-ci ne pourra plus donner lieu à une émission des titres au porteur. Elle devra dès lors choisir une autre forme de titres. Elle peut également décider de ne pas attendre l'expiration du délai légal le 31 décembre 2013 et d'anticiper.

En d'autres termes, trois possibilités s'offrent à elle:

- Elle décide de ne pas agir avant la date ultime: seuls les titres nominatifs et, le cas échéant, les titres au porteur de la société subsistent jusqu'au 31 décembre 2013.
- Elle décide d'agir anticipativement:
  - soit de manière forcée car elle a déjà prévu une augmentation de capital ou encore une scission ou une fusion,
  - soit de manière proactive.

#### Quels sont les choix offerts à la société?

(1) Les sociétés dont les titres sont cotées sur un marché réglementé devaient modifier leurs statuts et avoir pris les mesures nécessaires avec un organisme de liquidation avant le 31 décembre 2007.

Elle a le choix :

- Elle peut décider de ne plus émettre que *des actions nominatives*.
- Elle peut décider de ne plus émettre que *des actions dématérialisées et des actions nominatives*.

Il est important de souligner que la société ne peut pas décider de n'émettre que des actions dématérialisées. En effet, en vertu de l'article 17 de la loi du 14 décembre 2005, les propriétaires des titres dématérialisés peuvent à tout moment, en demandant la conversion, à leurs frais, en titres nominatifs.

- **Soit la société opte pour la forme exclusive des titres nominatifs**

Pour rappel, un titre nominatif est représenté par une inscription dans le registre nominatif de la société.

La société qui opte pour cette solution ne doit pas adapter ses statuts, sauf si elle a émis des titres au porteur qu'elle déciderait de supprimer avant le 31 décembre 2013.

Ce choix sera souvent motivé par le caractère simple et peu coûteux du système des titres nominatifs. Il permet, en outre, à la société de connaître à tout moment son actionnariat.

Il faut, en outre, savoir que la loi sur la suppression des titres au porteur a introduit la possibilité de tenir un registre de titres nominatifs sous forme électronique. La décision de tenir ce type de registre doit être prise par l'assemblée générale des actionnaires. Cela ne vaut évidemment que pour les sociétés anonymes, les sociétés en commandite par actions et les sociétés anonymes européennes. En ce qui concerne les SPRL non concernées par cette Loi, le système du registre papier est maintenu.

- **Soit la société opte pour les titres dématérialisés tout en gardant la possibilité d'émettre des titres nominatifs comme l'exige la réglementation**

Un titre dématérialisé est représenté par une inscription sur un compte-titres au nom du propriétaire auprès d'un teneur de comptes agréé ou d'un organisme de liquidité, sans possibilité de livraison physique.

La société peut décider d'adapter ses statuts et de prévoir des titres dématérialisés ainsi que la date de la conversion des titres au porteur en titres dématérialisés. Il est évidemment possible pour la société qui le souhaiterait d'anticiper la date ultime de 2013. Dès ce moment, les actionnaires devront convertir les titres au porteur en titres nominatifs ou dématérialisés pour continuer à exercer leurs droits.

Il est important de souligner à cet égard que la Loi prévoit une procédure simplifiée d'adaptation des statuts.

Dans le cas où la société opte pour des titres dématérialisés, elle devra conclure une convention avec un teneur de compte agréé (banque ou société de bourse) ou un organisme de liquidation (Euroclear Belgium ou BNB) qui sera chargé de la gestion et de la circulation des titres dématérialisés.

Des mesures de publicité sont également prévues afin d'informer les tiers et notamment les détenteurs de titres au porteur et les investisseurs potentiels. La société doit publier un avis indiquant la date de conversion des titres et le teneur de compte agréé ou l'organisme de liquidation au *Moniteur belge* ainsi que dans deux organes de presse de diffusion nationale (l'un en français, l'un en néerlandais). Cet avis doit également être déposé au greffe du tribunal de commerce.

Précisons qu'à ce stade, l'actionnaire garde l'anonymat à l'égard de la société; il n'est connu que du teneur de compte agréé ou de l'organisme de liquidation.

L'actionnaire peut dans ce cas décider de convertir ses titres au porteur en titres dématérialisés en les déposant en comptes titres. Il peut également en demander la conversion en titres nominatifs à l'émetteur. Cette demande doit être accompagnée du dépôt auprès de l'émetteur des titres dont la conversion est demandée. L'inscription des titres dans les registres des titres nominatifs de l'émetteur se fera dans les 5 jours ouvrables.

En ce qui concerne les frais liés à la conversion des titres au porteur, il faut faire une distinction. En effet, les frais liés à la conversion *de plein droit* des titres au porteur lors de leur inscription en comptes titres et sous réserve que la société ait pris les mesures adéquates, sont pris en charge par l'émetteur.

La Loi prévoit une interdiction de mettre les coûts de cette conversion à charge de l'investisseur. Il seront donc naturellement à charge de la société qui les a émis.

Par contre, en cas de conversion volontaire, la Loi est muette et le coût pourrait donc être supporté par le titulaire du titre qui en demande la conversion.

### **3.6. Que se passera-t-il après le 31 décembre 2013? Quelles sont les dates clés?**

#### *1<sup>er</sup> janvier 2014*

Les titres au porteur sont convertis de plein droit en titres dématérialisés si les statuts de la société permettent l'émission de titres dématérialisés et si la société a pris les mesures d'exécution avec un organisme de liquidation ou un teneur de compte agréé.

L'émetteur doit impérativement modifier ses statuts avant la date du 31 décembre 2013. Il aura également dû prendre

toutes les dispositions afin de désigner un teneur de comptes agréé ou un organisme de liquidation.

La modification de ses statuts devra prévoir, en accord avec son teneur de compte agréé ou un organisme de liquidation, que les titres inscrits en compte titres à une date prédéfinie (après l'entrée en vigueur de ses nouveaux statuts) sont automatiquement convertis en titres dématérialisés.

Mais que se passe-t-il si une société omet de modifier ses statuts ou si l'assemblée générale refuse la modification? La conversion automatique s'impose-t-elle en l'absence d'une modification des statuts?

Il est probable que de nombreuses PME dont les titres sont concernés par ces dispositions n'auront pas adapté leurs statuts, ni pris les mesures nécessaires avec un organisme de liquidation, ni même décidé expressément de passer aux titres nominatifs à la date fatidique. Dans un tel cas, la disposition prévoyant la conversion de plein droit des titres au porteur en titres dématérialisés est sans effet puisque la société n'est pas habilitée à émettre de tels titres. Dans ce cas les titres seront convertis automatiquement en titres nominatifs.

Les droits des titulaires des titres au porteur seront suspendus (droit de vote; droit au dividende) aussi longtemps qu'ils ne se sont pas faits connaître auprès de l'émetteur.

Notons en outre que la responsabilité de la société et de ses administrateurs pourrait être mise en cause dans ce cas. L'absence de modification ou la modification tardive des statuts constitue un manquement aux obligations légales des sociétés et est constitutif d'une faute. Le tiers ayant subi un préjudice à cause de cette faute peut se retourner contre la société. L'obligation générale de prudence des administrateurs leur impose, pour leur part, de veiller à ce que la société remplisse ses obligations légales dans les délais. Leur responsabilité pourrait donc être engagée dans ce cadre.

#### *1<sup>er</sup> janvier 2015*

Les titres au porteur dont le titulaire ne se sera pas fait connaître seront mis en vente par l'émetteur. Il y avait en effet lieu de prévoir un mécanisme qui fixe un terme définitif à l'opération de suppression de titres au porteur et de ne pas spolier les actionnaires.

Moyennant le respect des certaines formalités, les titres seront donc vendus. Après déduction des frais, le produit de la vente sera versé à la Caisse des Dépôts et Consignations auprès de laquelle le détenteur pourra demander la restitution du produit.

#### *1<sup>er</sup> janvier 2016*

Le détenteur des titres au porteur pourra demander la restitution du produit de la vente de ses titres auprès de la Caisse des Dépôts et Consignation. Une amende de 10% sera due sur le montant des titres par année commencée après 2015.

Il est intéressant de noter que pour le Conseil d'Etat, il s'agit là d'une expropriation critiquable car l'absence de demande

de conversion s'expliquera le plus souvent par l'ignorance ou la négligence du propriétaire du titre.

#### *4. Qui décide des adaptations statutaires?*

Pour toutes les sociétés, ce sont les actionnaires qui décident de la modification des statuts. C'est l'assemblée générale extraordinaire à laquelle assistent les actionnaires représentant la moitié du capital social qui décide de ces modifications à la majorité des trois quarts des voix.

La loi sur la suppression des titres au porteur prévoit une procédure simplifiée.

En effet, les SA et les SCA, et uniquement ces sociétés, peuvent, par décision de l'organe de gestion, SANS assemblée générale extraordinaire, par décision prise sous la forme d'un acte notarié:

- prévoir l'insertion dans leurs statuts de la possibilité d'émettre des titres dématérialisés et de convertir les titres au porteur de la société en titres dématérialisés;
- prévoir les règles nécessaires pour permettre aux titulaires de titres dématérialisés de participer à l'assemblée générale.

Il est important de souligner que l'habilitation donnée au conseil d'administration est limitée sur deux points:

- limitation dans le temps: l'habilitation n'est valable que jusqu'au 31 décembre 2013 qui marque la fin de la période de transition;
- limitation quant à l'objet: le conseil d'administration ne peut pas décider de supprimer la référence aux titres au porteur.

Des mesures de publicité sont prévues. Outre la publication de l'acte notarié au *Moniteur belge*, les modifications apportées aux statuts sont inscrites de plein droit, à titre d'information, à l'ordre du jour de la première assemblée générale suivant l'enregistrement de l'acte. Elles sont également mentionnées dans le premier rapport annuel suivant cet enregistrement.

Notons enfin que les titres au porteur convertis en titres dématérialisés ou en titres nominatifs doivent être détruits. Une décision du conseil d'administration est nécessaire pour ce faire. A défaut de destruction, il sera fait mention sur ces titres qu'ils ont été convertis!

#### *5. Conclusions*

On peut considérer que cette révolution en droit des sociétés aura des conséquences positives et notamment pour les sociétés.

Pour les investisseurs, les effets de la conversion, s'ils sont bien expliqués, sont relativement peu importants. La seule différence majeure est que, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2008, il n'y a plus aucune délivrance physique de titres en Belgique.



Le grand défi qui se joue actuellement est la mise en œuvre du processus de « dématérialisation » par les PME.

Pour répondre aux nombreuses questions liées à la suppression des titres au porteur, l'ensemble des acteurs concernés se sont regroupés pour former une Dmat Task Force. Créée en 2005, ses objectifs sont notamment de rendre la réglementation plus claire, plus compréhensible pour toutes les parties concernées, de fournir une réponse unique aux diverses questions suscitées par la réforme. Ainsi, si vous le souhaitez, vous pouvez consulter le site et y poser des questions ([www.dmat.be](http://www.dmat.be)).

Il faut également insister sur le rôle fondamental que jouent les comptables(-fiscalistes) dans leur mission de conseil de leurs clients PME. Les professionnels de la comptabilité sont certainement les mieux placés pour informer et aider les 150.000 PME concernées à se préparer à la dématérialisation, à leur rappeler la nécessaire adaptation de leurs statuts et les mesures qui doivent être prises afin de réussir sans difficultés majeures le grand défi de la suppression des titres au porteur.

Nathalie RAGHENO

Conseiller Département Juridique et fiscal FEB



## La concurrence du travailleur à son employeur

### Introduction

Le principe de la liberté du travail, du commerce et de l'industrie est ancré dans notre législation depuis plusieurs siècles. En effet, le décret d'Allarde indiquait déjà en 1791, qu'il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon.

Néanmoins, les principes de bonne foi et de loyauté dans l'exécution des conventions exigent que le travailleur ne fasse pas concurrence à son employeur. Le pouvoir législatif est intervenu pour protéger ce dernier contre les actes de concurrence déloyale perpétrés par son travailleur, ce que vise l'article 17, 3° de la loi relative aux contrats de travail.

A côté de cette disposition législative, les parties en relations de travail peuvent également convenir d'introduire dans le contrat une clause de non-concurrence.

Se posent dès les questions suivantes :

- Quelle est l'utilité de la clause de non-concurrence, dès lors qu'existe déjà l'interdiction de concurrence déloyale ? Que revêt cette interdiction de concurrence déloyale ?
- Dans quelles limites l'employeur peut-il agir à l'encontre de son ancien travailleur après la cessation du contrat, s'il estime que celui-ci s'est rendu coupable de concurrence déloyale ou qu'il n'a pas respecté la clause de non-concurrence ?
- Quelles sont les conditions de validité d'une clause de non-concurrence ?
- Dans quels cas une telle clause est-elle effectivement applicable ?

La présente contribution a pour but de répondre, de manière synthétique, à ces différentes questions.

### Chapitre 1. La concurrence du travailleur à l'encontre de son employeur durant l'exécution du contrat de travail

L'essence du contrat de travail consiste en l'effort que doit fournir le travailleur pour réaliser l'intérêt patronal, ou du moins s'en rapprocher le plus possible. Dès lors, en raison même de l'existence du contrat de travail et par application du principe de bonne foi contenu à l'article 1134 du Code civil, la concurrence du travailleur vis-à-vis de son employeur, avant la fin du contrat de travail, est en soi illicite.

Cette interdiction est consacrée par l'article 17, 3° de la loi de 1978 relative aux contrats de travail, en vertu duquel le travailleur doit se garder, tant pendant la durée du contrat qu'après la cessation de celui-ci, de divulguer les secrets de fabrication ou d'affaires, ainsi que les secrets de toute affaire à caractère personnel ou confidentiel, dont il aurait eu connaissance dans l'exécution de son activité professionnelle.

La violation de ce principe de bonne foi et de loyauté dans l'exécution du contrat est le plus souvent sanctionnée par un licenciement pour motif grave<sup>(2)</sup>. En effet, comme l'indique le Tribunal du travail de Bruxelles, la violation systématique d'obligations prévues par la loi du 3 juillet 1978 sur les contrats de travail ou à l'article 1134 du Code civil est constitutive de dol ou de faute lourde.<sup>(3)</sup>

En principe, suivant les circonstances de l'espèce, l'employeur pourra rompre le contrat de travail pour motif

(2) Par exemple : C. Trav. Anvers, 13/10/1975, *J.T.T.*, 1976, p. 358.

(3) Trav. Bruxelles, 1<sup>er</sup> ch., 17/10/1990, inédit, RG 48.195/89.

grave, sans préavis ni indemnité, mais également, dans les limites de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978<sup>(4)</sup>, réclamer à son travailleur des dommages et intérêts pour le préjudice commercial ou financier qui lui aurait été porté par cette concurrence illégale.

## Chapitre 2. La concurrence du travailleur à son employeur après la cessation des relations de travail

### 2.1. La concurrence déloyale

La frontière entre l'exercice légitime de l'expérience professionnelle acquise au service d'un précédent employeur et la concurrence déloyale après la cessation du contrat de travail est difficile à tracer.

La concurrence déloyale consiste de manière générale en l'interdiction, pour le travailleur, de créer la confusion avec son ancien employeur, de le dénigrer ou d'utiliser de manière illicite des documents ou informations confidentielles dont il a eu connaissance.

En l'absence de clause de non-concurrence ou en raison de sa non-application (*cf. infra*), l'employeur pourra notamment se fonder sur l'article 17, 3<sup>o</sup> précité de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et sur la loi du 14 juillet 1991 relative aux pratiques du commerce et saisir le pouvoir judiciaire pour, au besoin, faire cesser les actes de concurrence déloyale. Ces dispositions laissent au juge un large pouvoir d'appréciation.

Les actes de concurrence déloyale peuvent prendre de multiples formes, dont les plus courantes sont :

- La divulgation des secrets de fabrication : la Cour de cassation a défini le secret de fabrication comme étant « un fait technique qui, contribuant à la réalisation des opérations mises en œuvre dans une fabrique pour obtenir un produit déterminé, est de nature à procurer au fabricant des avantages techniques et à lui assurer sur ses concurrents une supériorité de nature telle qu'il y a pour lui un avantage économique à ce qu'il ne soit pas connu de ses concurrents »<sup>(5)</sup>.
- La divulgation des secrets d'affaires : il s'agit d'une information ou d'une connaissance de nature commerciale ou financière, appartenant à l'entreprise et dont la divulgation constitue un avantage sur ses concurrents.
- Le dénigrement de son ancien employeur.
- La création d'une confusion : l'ancien employé doit éviter de créer la confusion avec son ancien employeur,

(4) « En cas de dommage causé par le travailleur à l'employeur ou à des tiers dans l'exécution de son contrat, le travailleur ne répond que de son dol ou de sa faute lourde. Il ne répond de sa faute légère que si celle-ci présente dans son chef un caractère habituel plutôt qu'accidentel. »

(5) Cass., 27/9/1943, Pas., I, p. 1043.

tout comme un vendeur doit éviter de créer la confusion avec un autre vendeur. Ainsi, la confusion créée, même involontairement, suffit à entraîner une concurrence déloyale.<sup>(6)</sup>

Dans la pratique, il est donc généralement admis qu'avertir la clientèle ou les fournisseurs de son installation ne peut être en soi fautif, à partir du moment où l'ancien travailleur prend les précautions suffisantes pour éviter, lors de ses démarches, une possible confusion au préjudice de son ancien employeur. Ainsi, ce n'est pas le fait d'informer les fournisseurs et les clients de ce que le travailleur s'est installé à son compte qui peut être sanctionné, mais bien les circonstances dans lesquelles cette référence à l'activité exercée antérieurement est présentée.

La doctrine majoritaire décide généralement que l'ancien employé ne peut faire référence à son activité antérieure en citant le nom de son ancien employeur, puisqu'il profiterait dès lors de la renommée de celui-ci. La jurisprudence reste néanmoins partagée sur ce point : certaines décisions affirment que si cette information est faite conformément à la vérité et de façon correcte, elle n'est pas fautive<sup>(7)</sup>, d'autres énoncent qu'en adressant à la clientèle de son ancien employeur des correspondances par lesquelles il fait référence à ses activités antérieures et nouvelles, l'ancien travailleur a manifestement eu un comportement déloyal.<sup>(8)</sup>

- L'utilisation de documents et de listings : il faut considérer que le travailleur commet un acte de concurrence déloyale lorsque, après la rupture de son contrat, il utilise des documents et des listings appartenant à son ancien employeur alors qu'il aurait pu s'en abstenir, sauf si ces documents appartiennent au domaine public. Dès lors, l'utilisation par un ancien travailleur d'une liste de clients accessible à tous est considérée comme licite<sup>(9)</sup>.
- Le détournement du personnel : de manière générale, le débauchage du personnel peut être déloyal s'il tente de créer la confusion et de surprendre les secrets de fabrication et de commerce<sup>(10)</sup>. Cette pratique devient déloyale lorsque l'ancien travailleur incite ses anciens collègues à rompre fautivement ou violer leurs obligations contractuelles afin de créer ou tenter de créer la confusion avec l'ancien employeur et désorganiser ses services.

### 2.2. L'existence d'une clause de non-concurrence

La réglementation de la clause de non-concurrence est, en principe, la même pour les contrats de travail d'ouvrier que pour les contrats de travail d'employé (sauf pour les représentants de commerce qui connaissent une règlementa-

(6) Liège, 18/5/1995, PC, 1995, p. 309.

(7) Prés. Comm. Nivelles, 17/11/1993, PC, 1993, p. 489; Gand, 15/6/1993, PC, 1990, p. 261.

(8) Comm. Bruxelles, 7/12/1966, JCB, 1969, p. 96.

(9) Prés. Comm. Hasselt, 15/10/1993, PC, 1993, p. 468.

(10) P. de VROEDE et M. FLAMEE, *Précis de droit économique belge*, p. 386.

tion distincte<sup>(11)</sup> et pour certains employés dans les contrats desquels une clause « dérogatoire » de non-concurrence peut être insérée<sup>(12)</sup>. Seule la clause commune de non-concurrence (pour les ouvriers et employés) sera ici abordée.

### 2.2.1. Définition

L'article 65, § 1<sup>er</sup> de la loi relative au contrat de travail définit la clause de non-concurrence comme étant une clause par laquelle le travailleur s'interdit, lors de son départ de l'entreprise, d'exercer des activités similaires, soit en exploitant une entreprise personnelle, soit en s'engageant chez un employeur concurrent, ayant ainsi la possibilité de porter préjudice à l'entreprise qu'il a quittée, en utilisant pour lui-même ou au profit d'un concurrent les connaissances particulières à l'entreprise, qu'il a acquises dans celle-ci, en matière, industrielle et commerciale.

La clause de non-concurrence ne vise donc pas à répéter de manière contractuelle l'interdiction de concurrence déloyale déjà consacrée à l'article 17, 3<sup>o</sup> de la loi relative au contrat de travail, puisque cette clause interdit toute forme de concurrence, même loyale.

A défaut d'avoir convenu d'une telle clause, le travailleur retrouve, dès le lendemain de la fin de son contrat de travail, la liberté de faire (loyalement) concurrence à son ancien employeur.

### 2.2.2. Conditions de validité

La clause de non-concurrence ne doit pas nécessairement être conclue au début des relations de travail mais peut très bien être insérée dans le contrat en cours d'exécution de celui-ci, ou même au moment de la rupture de la relation<sup>(13)</sup>.

La validité d'une clause de non-concurrence doit répondre à plusieurs conditions.<sup>(14)</sup>

- Rémunération annuelle du travailleur: une clause de non-concurrence ne peut valablement être prévue que lorsque le montant de la rémunération annuelle dépasse un certain seuil, qui est adapté annuellement (30.327

(11) Cf. articles 104 et s. de la loi du 3 juillet 1978.

(12) Cf. article 86, § 1<sup>er</sup> de la loi du 3 juillet 1978 qui concerne les entreprises ayant un champ d'activités international ou des intérêts économiques, techniques ou financiers importants sur les marchés internationaux, ainsi que les entreprises disposant d'un service de recherches propre pour des employés occupés à des travaux qui leur permettent directement ou indirectement d'acquérir une connaissance des pratiques particulières à l'entreprise, dont l'utilisation en dehors de l'entreprise peut être dommageable à cette dernière. Les modalités de cette clause dérogatoire de non-concurrence figurent dans la CCT n° 1bis du 21 décembre 1978 modifiant la CCT du 12 février 1970.

(13) Une convention de non-concurrence signée après la fin des relations contractuelles est régie par le Code civil et plus particulièrement par l'article 1134; elle n'est donc plus régie par la loi du 3 juillet 1978.

(14) Les commissions et sous-commissions paritaires peuvent préciser ces modalités, selon les conditions propres aux divers secteurs d'activité.

EUR en 2010). Cette rémunération de référence est examinée au moment de la rupture du contrat et est calculée en tenant compte de la rémunération en cours mais également des avantages acquis en vertu du contrat.

- La clause de non-concurrence doit se rapporter à des activités similaires: cette exigence de similarité est double: en effet, l'activité économique interdite doit être concurrente à celle de l'employeur et les fonctions exercées par le travailleur doivent être similaires à celles qu'il exerçait précédemment. Il convient de prendre en considération l'objet de l'activité, et non la dénomination de la fonction. Peu importe le statut social sous lequel exerce l'ancien travailleur: salarié ou indépendant. Tout comme la condition relative à la rémunération, l'appréciation de la condition de similarité se fera au moment de la rupture du contrat de travail.
- La clause de non-concurrence doit être géographiquement limitée aux lieux où le travailleur peut faire une concurrence réelle à l'employeur, en considérant la nature de l'entreprise et son rayon d'action, sans pouvoir s'étendre au-delà du territoire national.
- La clause de non-concurrence ne peut excéder 12 mois à partir du jour où les relations de travail ont pris fin.
- La clause de non-concurrence doit prévoir le paiement par l'employeur d'une indemnité compensatoire unique, au moins égale à la moitié de la rémunération brute correspondant à la durée d'application effective de la clause. Cette indemnité est calculée sur la base de ce que le travailleur a perçu durant le mois précédant le jour où la relation a pris fin. Cette indemnité est due à moins que, dans un délai de quinze jours prenant cours au moment de la cessation du contrat, l'employeur ne renonce à l'application effective de la clause de non-concurrence.
- La clause doit être constatée par écrit, ainsi que toutes les modalités d'application des précédentes conditions.

### 2.2.3. Opposabilité de la clause

La clause de non-concurrence ne produit pas ses effets s'il est mis fin au contrat pendant la période d'essai, ou après cette période par l'employeur sans motif grave ou par le travailleur pour motif grave.

La question s'est donc posée en jurisprudence de savoir si une clause de non-concurrence produit ses effets par exemple en cas de rupture de commun accord, en cas de résolution judiciaire ou en cas de rupture du contrat par l'effet d'une clause résolutoire. La Cour de cassation a tranché cette controverse en considérant que si les parties n'ont rien prévu de particulier quant aux conditions de mise en œuvre de la clause de non-concurrence, c'est qu'elles ont choisi que celle-ci sera privée d'effet dans les seules hypothèses prévues par la loi.<sup>(15)</sup>

(15) Cass., 11/6/2007, *J.T.T.*, 2007, p. 387.

#### 2.2.4. Renonciation

L'article 65, §2, al. 5, 4° de la loi du 3 juillet 1978 prévoit que si l'employeur renonce dans un délai de quinze jours à partir du moment de la cessation du contrat à l'application effective de la clause de non-concurrence, l'indemnisation compensatoire n'est pas due.

Si la renonciation peut être expresse ou tacite, elle doit être claire mais n'est toutefois pas soumise à des formalités particulières; elle peut donc être verbale et prouvée par toutes voies de droit.

Les employeurs qui ont conclu une clause de non-concurrence parfois bien des années avant la démission ou le licenciement pour faute grave d'un employé, ont tout intérêt à s'en souvenir s'ils veulent échapper au paiement de cette indemnité en renonçant à temps à l'application de la clause.

#### 2.2.5. Violation de la clause

L'article 65, §2 *in fine* de la loi du 3 juillet 1978 prévoit qu'en cas de violation de la clause de non-concurrence par le travailleur, il sera tenu de rembourser à l'employeur la somme que ce dernier aura payée à titre d'indemnité compensatoire unique, et qu'il devra en outre lui payer une somme équivalente.

Cependant, à la demande du travailleur, le juge peut réduire le montant de cette indemnité, en tenant compte notamment du dommage effectivement causé et de la durée réelle de la période durant laquelle la clause a été respectée. Le juge peut également, à la demande de l'employeur, accorder une réparation supérieure, à charge pour ce dernier de justifier de l'existence et de l'étendue du préjudice.

Cette indemnité est due par le travailleur même si l'employeur n'a pas préalablement payé l'indemnité de non-concurrence<sup>(16)</sup>.

### 2.3. Conclusion

La réglementation en matière de clause de non-concurrence est stricte et aboutit souvent à son inapplication.

(16) Cass., 1/6/1992, *J.T.T.*, 1992, p. 357.

L'employeur retombera donc utilement sur l'application de l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978 et agira, au besoin, en référé devant le Tribunal du travail afin de faire cesser les actes de concurrence déloyale.

La pratique montre toutefois que l'employeur se tourne davantage vers les juridictions commerciales plutôt que vers les juridictions sociales et a donc recours à l'action spécifique en cessation de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce. Cependant, la jurisprudence commerciale considère qu'une violation d'une obligation contractuelle ne rentre pas dans le cadre de l'action en cessation instituée par cette loi. L'employeur agira donc utilement en référé devant le Président du Tribunal du travail, qui a le pouvoir d'examiner la violation d'une obligation contractuelle, à l'inverse du Tribunal de commerce.

Dans ce cadre, la juridiction saisie pourra également examiner les comportements qui relèvent du domaine quasi délictuel ou extracontractuel, dès lors qu'ils rentrent dans la définition large de l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978.

D'ailleurs, la doctrine et la jurisprudence considèrent souvent que, dans le cadre d'un référé ou même au fond, les juridictions sociales ont bien le pouvoir d'interdire certaines pratiques dès lors qu'il y a violation de l'article 17, 3° de la loi du 3 juillet 1978<sup>(17)</sup>.

Même si de nombreuses possibilités sont laissées à l'employeur d'agir à l'encontre d'un ancien membre de son personnel perpétrant des actes de concurrence déloyale ou violant une clause de non-concurrence, l'obstacle principal reste encore la preuve de ces actes. Or, en l'absence de preuve, l'ancien employeur ne pourra pas obtenir la cessation des actes illicites ni la réparation de son dommage. Il convient d'en tenir compte lorsqu'il s'agit d'apprécier l'opportunité d'une action judiciaire, que ce soit devant le Tribunal du travail ou le Tribunal de commerce.

Michel STRONGYLOS

Avocat au barreau de Liège, *Elegis – Hannequart & Rasir*

(17) V. LEBBE-DESSARD, « La clause de non-concurrence et la concurrence déloyale » in « Clauses spéciales du contrat de travail: utilité, validité, sanction », Bruylant, 2003, p. 262; C. trav. Bruxelles, 2° ch., 15/2/2001, *J.T.T.*, 2001, p. 332; Prés. Trav. Bruxelles, 5/1/2001, *J.T.T.*, 2001, p. 333.