

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Les clauses de non-concurrence en droit commun

Nounckele, Marie

*Published in:*

La concurrence loyale et déloyale du travailleur

*Publication date:*

2013

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Nounckele, M 2013, Les clauses de non-concurrence en droit commun. Dans *La concurrence loyale et déloyale du travailleur*. Anthemis, Limal, p. 103-148.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Les clauses de non-concurrence en droit commun

Marie NOUNCKELE

*Avocate au barreau de Bruxelles*

*Collaboratrice didactique à l'Université de Namur*

Zoé TRUSGNACH

*Avocate au barreau de Namur*

France LAMBINET

*Avocate au barreau de Namur*

### Introduction

Présentes dans de nombreux contrats, les clauses de non-concurrence, parfois aussi appelées « clauses de non-rétablissement », sont essentielles pour assurer l'effectivité de certaines transactions. Réglementées dans quelques branches du droit déterminées (contrat de travail, contrat d'agence commerciale), ces clauses ne font toutefois l'objet d'aucune disposition générale en droit commun. Cette contribution a pour objet de décrire de manière synthétique le cadre juridique dans lequel s'inscrivent les clauses de non-concurrence qui ne sont régies par aucune loi particulière, en détaillant les conditions qui s'y imposent et les effets qui peuvent y être attachés.

Nous parcourons, dans un premier temps, les diverses dispositions légales et règles jurisprudentielles fondant et encadrant la possibilité pour les parties à un contrat de prévoir entre elles une clause de non-concurrence (section 1). En effet, bien que n'étant pas expressément réglementées, ces clauses n'en sont pas moins soumises au respect de diverses conditions, que nous énumérerons. Nous nous attarderons ensuite aux aspects plus pratiques et aux effets concrets des clauses de non-concurrence (section 2). Nous exposerons, enfin, les moyens d'action que le bénéficiaire d'une telle clause peut mettre en œuvre en cas de violation de celle-ci par son cocontractant lui-même ou par un tiers (section 3).

## Section 1

### Régime juridique

De manière générale, la clause de non-concurrence peut être présentée comme « la clause par laquelle une des parties s'interdit, dans certaines limites de temps et de lieu, d'exercer une activité professionnelle déterminée susceptible de faire concurrence à l'autre partie »<sup>1</sup>. Ce premier titre s'intéressera au cadre juridique dans lequel s'insèrent les clauses de non-concurrence, en analysant leurs fondements (sous-section 1) et leurs conditions de validité (sous-section 2).

#### Sous-section 1

### Fondements légaux

Sous certaines réserves, les clauses de non-concurrence stipulées par les parties relèvent de la liberté contractuelle. Par ailleurs, la doctrine et la jurisprudence reconnaissent parfois l'existence d'obligations de non-concurrence implicites. Diverses règles forment le cadre légal dans lequel s'inscrivent ces obligations.

#### A. Des clauses à la frontière entre liberté contractuelle et liberté de concurrence

En dehors du domaine du droit du travail et de quelques contrats particuliers (par exemple, le contrat d'agence commerciale)<sup>2</sup>, en droit commun, tout comme en droit des sociétés, les clauses de non-concurrence ne font l'objet d'aucune disposition particulière<sup>3</sup>. L'insertion de telles clauses dans un contrat est donc en principe licite<sup>4</sup>. La liberté des parties à cet égard n'est toutefois pas illimitée. Les clauses de non-concurrence se trouvent en effet à la croisée de deux libertés : la liberté contractuelle, d'une part, la liberté de concurrence, d'autre part.

Principe fondamental du droit des contrats, la liberté contractuelle veut que les parties puissent librement déterminer les termes de leur contrat et les clauses qu'elles souhaitent ou non y insérer, pour autant qu'elles respectent

<sup>1</sup> A. BERTOLLOTTI, « La clause de non-concurrence en droit du travail et en droit commercial », note sous Cour d'appel de Luxembourg, 2 octobre 2003, DA-OR, 2009/91, p. 292.

<sup>2</sup> Ces domaines font l'objet de contributions spécifiques dans le présent ouvrage.

<sup>3</sup> Voy. N. HALLEMEESCH, « De niet-concurrentieverbintenis bij de overdracht van een handelsactiviteit », DA-OR, 2013/105-106, p. 20.

<sup>4</sup> Voy. C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », DA-OR, 2001/57, p. 13.

l'ordre public et les bonnes mœurs, qu'elles ne s'exonèrent pas de leur dol et qu'elles ne vident pas le contrat de sa substance. Elles doivent également veiller, le cas échéant, à se conformer aux législations impératives, notamment celles prohibant les clauses abusives.

Le principe de la liberté de commerce et d'industrie a, quant à lui, été pour la première fois proclamé par le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, abolissant les corporations. Depuis, la liberté de concurrence est devenue l'un des principes fondamentaux de l'Union européenne<sup>5</sup>.

La liberté d'exercer une activité commerciale ou industrielle étant considérée comme d'ordre public<sup>6</sup>, les clauses de non-concurrence ne sont admises que lorsqu'elles répondent à certaines conditions. Les entraves à la liberté de concurrence sont, en outre, fortement limitées par le droit européen. Nous y reviendrons.

#### B. Les fondements des obligations de non-concurrence en matière de cessions

En droit commun, les obligations de non-concurrence ne figurent pas en tant que telles dans les textes de loi, mais constituent l'extension d'une obligation légale préexistante. C'est ce qui explique que diverses dispositions légales sont avancées pour justifier les obligations du cédant.

##### 1) La garantie d'éviction et l'obligation de délivrance

Le premier et principal fondement légal donné aux clauses de non-concurrence s'imposant au cédant d'un fonds de commerce est celui de la garantie d'éviction que doit tout vendeur à l'acheteur de son bien, consacrée aux articles 1626 et 1628 du Code civil<sup>7</sup>. C'est également l'application de l'adage « donner et retenir ne vaut »<sup>8</sup>. En vertu de ces principes, le vendeur est tenu de garantir l'acheteur contre les troubles de droit émanant des tiers, ainsi que contre les troubles de fait et de droit émanant de sa personne. Lors de la vente d'un fonds de commerce, en l'occurrence, dont la clientèle est considérée comme étant l'un des éléments essentiels, le vendeur doit donc s'abstenir de tout acte par lequel il empêcherait l'acheteur de jouir intégralement de son

<sup>5</sup> Voy. les articles 101 et suivants du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

<sup>6</sup> Voy. B.-H. VINCENT, « La concurrence d'un ancien salarié à son ancien employeur : les enseignements de l'article 17 de la loi sur les contrats de travail », *Orientations*, 2001, p. 71; C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 13.

<sup>7</sup> Voy. Gand, 21 janvier 1950, R.C.J.B., 1950, p. 273.

<sup>8</sup> Voy. A. DE CALUWÉ, note sous Bruxelles, 21 mars 1984, R.D.C./T.B.H., 1984, p. 542; C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 14.

bien. En ce sens, créer immédiatement un nouveau fonds de commerce dans le même domaine et dans la même région serait un moyen de conserver son ancienne clientèle, au détriment de l'acheteur et de la vente qui s'est opérée, et constituerait dès lors un trouble, prohibé, de la jouissance paisible du fonds de commerce cédé.

Une seconde base légale proposée, qui se rapproche de la première, est celle offerte par l'article 1602 du Code civil<sup>9</sup>, qui énonce que « [le vendeur] a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend ». À nouveau, la cession d'un fonds de commerce implique la cession de la clientèle, partie intégrante du fonds, et oblige donc le vendeur à s'interdire de récupérer cette clientèle par tout moyen que ce soit.

Dans le même sens, l'article 1615 du Code civil prévoit que « [l']obligation de délivrer la chose comprend ses accessoires et tout ce qui a été destiné à son usage perpétuel », et oblige par conséquent le vendeur cédant son fonds de commerce à en délivrer l'intégralité des éléments constitutifs, dont fait partie la clientèle.

## 2) La bonne foi et la théorie de l'abus de droit

De manière plus générale, la bonne foi et l'équité sont également avancées en tant que fondements légaux des clauses de non-concurrence, notamment de celles insérées dans des contrats de cession d'actions<sup>10</sup>. Il serait en effet contraire à l'équité et à l'exécution de bonne foi des conventions que celui qui cède ses actions dans une société puisse faire concurrence à cette dernière et, par là même, faire diminuer la valeur des actions qu'il a cédées<sup>11</sup>.

Enfin, la théorie de l'abus de droit peut être utilement invoquée afin de faire respecter une obligation de non-concurrence<sup>12</sup>. Soulever cet argument peut en outre avoir un impact sur le mode de sanction du non-respect de l'obligation de non-concurrence. En effet, la sanction de l'abus de droit autorise le juge à réduire l'usage du droit à l'exercice normal de celui-ci. Il s'ensuit, en l'occurrence, qu'il est permis au juge de « réduire » la clause de non-concurrence litigieuse, pouvoir qui ne lui est en principe pas reconnu en dehors du cadre de l'abus de droit, excepté en matière de clauses pénales, où la loi le prévoit explicitement.

<sup>9</sup> Voy. C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 14.

<sup>10</sup> Voy. N. HALLEMEESCH, « De niet-concurrentieverbintenis bij de overdracht van een handelsactiviteit », *op. cit.*, p. 21; Comm. Anvers, 17 mars 1950, R.W., 1950-1951, col. 1662.

<sup>11</sup> Voy. C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 14.

<sup>12</sup> *Ibid.*, pp. 14-15.

## C. Les fondements des obligations de non-concurrence en matière de droit des sociétés

Nous avons déjà abordé la question de la cession d'actions. Les clauses de non-concurrence trouvent diverses autres applications en droit des sociétés, que nous ne développerons que brièvement.

### 1) L'apport en industrie et l'apport d'un fonds de commerce

En vertu de l'article 24 du Code des sociétés, l'apport en industrie dans une société engendre une obligation de non-concurrence dans le chef de l'apporteur. Ce dernier doit, en effet, rendre compte à la société de tous les gains qu'il réalise grâce à l'industrie qu'il apporte et est dès lors responsable du dommage que subirait la société si une activité concurrente venait porter atteinte à cette industrie<sup>13</sup>.

De manière similaire, comme nous l'avons vu, l'apport d'un fonds de commerce implique l'apport de la clientèle et donc l'interdiction pour l'apporteur de continuer à exercer une activité qui lui permettrait de conserver cette clientèle<sup>14</sup>. Cette garantie d'éviction de son propre fait est érigée par l'article 21 du Code des sociétés et ne peut être exclue conventionnellement.

### 2) La qualité d'associé d'une société de personnes

Bien que cela soit controversé, on reconnaît parfois l'existence d'une obligation de non-concurrence dans le chef des associés d'une société de personnes. Cette obligation ne paraît toutefois pas fondée dans le cas des associés commanditaires, simples bailleurs de fonds, ni dans celui des associés non-gérants<sup>15</sup>.

Divers fondements sont invoqués pour justifier cette obligation, notamment les articles 27 et 36, 2<sup>o</sup>, du Code des sociétés, mais cela reste insuffisant. Le fondement le plus adapté semble se trouver, en réalité, dans l'obligation incombant aux associés d'exécuter le contrat de société de bonne foi<sup>16</sup>. Ce dernier fondement offre davantage de souplesse, en permettant notamment d'ajuster l'obligation de non-concurrence à la situation réelle des parties, en

<sup>13</sup> Voy. B. TILLEMANN, *L'administrateur de sociétés*, Bruges, La Chartre, 2005, p. 89.

<sup>14</sup> Voy. N. HALLEMEESCH, « De niet-concurrentieverbintenis bij de overdracht van een handelsactiviteit », *op. cit.*, p. 23.

<sup>15</sup> B. TILLEMANN, *L'administrateur de sociétés*, *op. cit.*, pp. 90-91.

<sup>16</sup> *Ibid.*, pp. 91-92.

tenant compte de la taille de la société, de l'implication de l'associé dans celle-ci, de la contribution de l'associé à l'apport de clientèle<sup>17</sup>, etc.

### 3) La qualité d'administrateur ou de gérant

Le droit des sociétés reconnaît également l'existence d'une obligation de non-concurrence implicite dans le chef des administrateurs ou gérants de sociétés. Cette obligation se fonde sur leur devoir de loyauté, de bonne foi envers la société. Sauf clause expresse figurant dans les statuts, cette obligation des administrateurs ou gérants prend fin dès la cessation de leur mandat<sup>18</sup>.

#### Sous-section 2

#### Conditions de validité

Afin de ne pas violer la sacro-sainte liberté de commerce et d'industrie, les clauses de non-concurrence sont soumises à certaines conditions : elles doivent, d'une part, être justifiées par un intérêt légitime, auquel elles doivent demeurer proportionnelles (A), et, d'autre part, être limitées dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité visée (B).

La première de ces conditions doit, en réalité, être vue comme le (double) critère général applicable aux clauses de non-concurrence (légitimité et proportionnalité (ou nécessité)), les critères de temps, de lieu et d'activité apparaissant, quant à eux, comme des « sous-conditions » permettant d'opérer la pondération des intérêts qui s'impose. La protection du créancier de l'obligation de non-concurrence doit en effet céder le pas devant la liberté économique individuelle du cocontractant de celui-ci lorsque la clause de non-concurrence qui l'entrave est excessive en termes de durée, de territoire ou de portée matérielle. Dans cette hypothèse, en effet, la clause de non-concurrence n'est pas raisonnablement justifiée par l'objectif légitime de protection de son bénéficiaire et ne peut donc être admise.

On remarque d'ailleurs que la jurisprudence favorise de plus en plus l'appréciation *in concreto* de la situation des parties en se focalisant davantage sur l'analyse de l'intérêt légitime du créancier de l'obligation de non-concurrence que sur les conditions de limitations « spatio-matério-temporelles » en soi<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> *Ibid.*, pp. 92-93.

<sup>18</sup> *Ibid.*, pp. 96-97.

<sup>19</sup> Voy. A. BERTOLLOTTI, « La clause de non-concurrence en droit du travail et en droit commercial », *op. cit.*, p. 293.

On relèvera qu'une condition de légalité est susceptible de s'ajouter aux autres conditions traditionnellement retenues par la doctrine et la jurisprudence (D).

#### A. La justification par un intérêt légitime et la proportionnalité de celui-ci

La clause de non-concurrence doit, tout d'abord, être justifiée par un intérêt légitime, qui s'apprécie au regard de l'économie du contrat en cause. Il est nécessaire que la clause soit conforme et proportionnelle à l'objectif qu'elle poursuit, à savoir la protection du créancier de l'obligation de non-concurrence.

C'est ainsi que lors de la cession d'un fonds de commerce, « une clause limitant le droit pour le vendeur de s'installer dans le local contigu à celui qu'il vend prend tout son intérêt, car elle est un élément essentiel du contrat. À défaut, le risque de détournement de la clientèle est trop important »<sup>20</sup>. De même, dans le cadre d'une franchise, le franchiseur qui transmet un *know-how* doit pouvoir se ménager la certitude, au moins pendant un certain temps suivant la rupture du contrat, que la revente ou la mise à profit de ce savoir-faire par son cocontractant ne sera pas incontrôlable<sup>21</sup>.

L'intérêt légitime se trouve ainsi dans le souci de protéger, directement ou indirectement, la clientèle du créancier ou des éléments attractifs de clientèle qui appartiennent à ce dernier.

La clause de non-concurrence n'est en outre justifiée que lorsque l'obligation de non-concurrence s'avère *nécessaire* à la protection d'une clientèle contre la concurrence d'un cocontractant passé ou actuel<sup>22</sup>. Il s'agit donc d'opérer un contrôle de proportionnalité.

Les juridictions luxembourgeoises<sup>23</sup> se sont prononcées à ce sujet comme suit :

« Pour l'appréciation de la validité d'une clause de non-concurrence, il faut avoir recours au critère de proportionnalité. Ce critère suppose que, pour être licite, une clause de non-concurrence doit être proportionnelle au regard de l'objet du contrat. Il appartient aux tribunaux de vérifier la légitimité de l'intérêt du créancier de la non-concurrence et la protection de la liberté économique individuelle du débiteur de la non-concurrence, car il s'agit de mettre

<sup>20</sup> B. REMY, *Les clauses de non-concurrence en droit commercial*, 17 novembre 2005, accessible à l'adresse [www.droitbelge.be](http://www.droitbelge.be).

<sup>21</sup> *Ibid.*

<sup>22</sup> Voy. Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 137-138.

<sup>23</sup> Cour d'appel de Luxembourg (2<sup>e</sup> ch. civ.), 11 juillet 2001, R.G. n<sup>os</sup> 24.107 et 24.702.

concrètement en relation l'intérêt légitime du premier et l'atteinte apportée à la liberté du second.

(...)

La cour constate que les premiers juges, après avoir dit que la disposition litigieuse constitue une clause de non-concurrence, se sont correctement référés, pour l'appréciation de la validité de cette clause, au critère de proportionnalité dégagé par la Cour de cassation française, chambre commerciale, dans un arrêt du 4 janvier 1994 (cf. *Dalloz*, 1995, p. 205, note Y. SERRA). Ce critère suppose que, pour être licite, une clause de non-concurrence doit être proportionnelle au regard de l'objet du contrat. Il appartient aux tribunaux de vérifier la légitimité de l'intérêt du créancier de la non-concurrence et la protection de la liberté économique individuelle du débiteur de la non-concurrence, car il s'agit de mettre concrètement en relation l'intérêt légitime du premier et l'atteinte apportée à la liberté du second. L'intérêt légitime du créancier de non-concurrence se trouve dans la protection directe ou indirecte de la clientèle et des éléments attractifs de la clientèle. Il est admis, en effet, qu'une convention de non-concurrence est justifiée parce que la concurrence que le débiteur de la non-concurrence pourrait développer présenterait un caractère anormal ou périlleux (cf. *Encyclopédie Dalloz, Droit commercial, v° Concurrence – Obligation de non-concurrence*, n<sup>os</sup> 84 et s., et notamment n<sup>o</sup> 99).»

Cet arrêt fait ainsi notamment référence à une décision de la chambre commerciale de la Cour de cassation française<sup>24</sup> concernant le critère de proportionnalité comme condition de validité de la clause de non-concurrence<sup>25</sup>. Il s'agit, aux termes de cet arrêt, de confronter la légitimité de l'intérêt du créancier à protéger sa clientèle et les éléments attractifs de celle-ci à l'atteinte à la liberté économique individuelle du débiteur de l'obligation de non-concurrence<sup>26</sup>.

Il n'y a, dès lors, pas lieu d'interdire toute activité économique dans le chef de ce dernier, mais bien de la restreindre dans la mesure nécessaire à la protection de la clientèle du bénéficiaire de la clause de non-concurrence. Ainsi, par exemple, le cessionnaire d'un fonds de commerce de débit de boissons ne pourrait justifier une clause de non-concurrence empêchant le cédant

<sup>24</sup> Cass. fr. (com.), 4 janvier 1994, D.S., 1995, J.C., p. 205, note Y. SERRA.

<sup>25</sup> La référence à la doctrine et à la jurisprudence françaises se révèle particulièrement utile dès lors que la clause de non-concurrence en droit commun français n'étant pas davantage réglementée qu'en Belgique, on y retrouve les mêmes conditions de validité de cette clause.

<sup>26</sup> Voy. A. BERTOLOTTI, « La clause de non-concurrence en droit du travail et en droit commercial », *op. cit.*, p. 293.

d'exercer dans le quartier une activité de cordonnerie, à défaut d'intérêt légitime<sup>27</sup>. Nous y revenons ci-dessous.

## B. Les conditions temporelle, spatiale et matérielle : trois conditions cumulatives ?

Bien qu'aucun texte de loi ne le précise expressément en droit commun, la jurisprudence et la doctrine ont dégagé trois conditions que doivent respecter les clauses de non-concurrence pour être reconnues comme valides (1)). Le caractère cumulatif ou alternatif de ces conditions est toutefois controversé (2))<sup>28</sup>.

### 1) Les trois conditions : temps, lieu, activité

Il est admis qu'une clause de non-concurrence ne peut en aucun cas édicter une interdiction absolue de l'exercice de la liberté de commerce de celui qu'elle oblige. La liberté de commerce et d'industrie vient ainsi ajouter une condition négative à l'exigence positive d'un intérêt légitime<sup>29</sup>, celle de la non-existence d'une incidence excessive sur la liberté économique individuelle du débiteur de l'obligation de non-concurrence<sup>30</sup>, afin que ce dernier « conserve la faculté d'exercer une certaine activité industrielle ou commerciale et puisse trouver dans son travail les ressources nécessaires à sa subsistance »<sup>31</sup>. Cette condition se concrétise en une triple limitation généralement imposée aux rédacteurs d'une clause de non-concurrence, touchant au territoire (a.), à la durée (b.) et à l'activité (c.) visés.

La cour d'appel de Liège a ainsi rappelé, dans un récent arrêt du 13 décembre 2012, que « [p]our être valable en droit belge, une clause de non-concurrence doit être limitée dans le temps, dans l'espace et quant aux activités visées : les limitations au droit de faire concurrence doivent être raisonnables et ne pas avoir pour effet de priver un opérateur économique de la possibilité d'exercer une activité qui serait contraire à l'article 2 du décret d'Allarde du 2-17 mars 1791 (*Pasin.*, 1790-1791, p. 230), lequel est d'ordre public »<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> B. REMY, *Les clauses de non-concurrence en droit commercial, op. cit.*

<sup>28</sup> Voy. N. HALLEMEESCH, « De niet-concurrentieverbintenissen bij de overdracht van een handelsactiviteit », *op. cit.*, p. 29.

<sup>29</sup> *Ibid.*

<sup>30</sup> Voy. Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile, op. cit.*, p. 137.

<sup>31</sup> Bruxelles, 18 février 1972, *Pas.*, 1972, II, p. 90.

<sup>32</sup> Voy. Liège, 13 décembre 2012, R.G. n<sup>o</sup> 2011/1645, qui cite J.-Y. VERLSYPE, *Éviter le débauchage et la fuite du personnel. Approche en droit du travail et en droit commercial*, Bruxelles, Kluwer, 2003, p. 88; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1976, p. 224; M. FORGES, *T.P.D.C.*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., 2009, n<sup>o</sup> 1161, p. 957; Liège, 17 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009, p. 372.

a. *La limitation du champ d'activité*

La clause de non-concurrence doit d'abord être limitée quant à l'activité qu'elle prohibe. Cette condition, qui s'apprécie selon le cas d'espèce, fait obstacle à une interdiction trop large de l'exercice de toute activité par le débiteur de l'engagement de non-concurrence. Pareille interdiction constituerait en effet une entrave excessive à la liberté de commerce<sup>33</sup>. Est donc considérée comme illicite l'obligation de non-concurrence qui viserait toute activité, quelle qu'elle soit. Cette limitation est tellement évidente qu'elle est presque dans tous les cas sous-entendue, même si certaines juridictions s'attachent à préciser que l'interdiction de concurrence n'est licite que si «elle ne vise que des emplois dans un commerce ou une industrie déterminés»<sup>34</sup>. Par ailleurs, pour répondre à la condition d'intérêt légitime, l'activité interdite doit, quoi qu'il en soit, correspondre à l'activité exercée et cédée par le créancier de l'obligation de non-concurrence<sup>35</sup>.

Dès lors que celui qui cède une activité s'engage à ne pas continuer à exercer cette activité en faisant concurrence à son acheteur, l'étendue de cette obligation doit être précisément définie. Pour ce faire, l'on décrira strictement l'activité ou le secteur d'activité concerné, en évitant, par exemple, de se borner à renvoyer à l'objet social de la société afin d'écarter toute divergence d'interprétation quant au champ de l'activité en question<sup>36</sup>.

La cour d'appel de Liège a, à cet égard, énoncé, dans son arrêt du 13 décembre 2012 précité<sup>37</sup> :

«En l'espèce, la clause manque de précision pour ce qui concerne les activités qu'elle vise. Il est fait référence en effet aux «activités actuelles de la société» (...) et «d'une façon générale toutes les opérations industrielles». Elle ne permet pas de savoir avec précision si elle couvre les prestations de services non liées à la construction ou la réparation de pièces métalliques (...), la fourniture et/ou la pose de pièces non transformées ou réparées dans un atelier de mécanique générale et enfin l'exécution de chantiers de faible importance qui ne présentaient plus aucun intérêt pour la [société] dès lors que celle-ci a fait le choix, dès le changement d'actionariat, de s'adresser exclusivement aux opérateurs industriels et d'abandonner l'activité de montage proprement dite. Si elle devait

<sup>33</sup> Voy. A. BERTOLOTTI, «La clause de non-concurrence en droit du travail et en droit commercial», *op. cit.*, p. 293.

<sup>34</sup> Civ. 18 juin 1945, D., 1945, p. 332.

<sup>35</sup> Voy. Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, p. 140.

<sup>36</sup> Voy. C. GUYOT, «Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions», *op. cit.*, p. 17.

<sup>37</sup> Voy. Liège, 13 décembre 2012, R.G. n° 2011/1645.

être interprétée de la sorte, elle devrait être tenue pour excessive puisqu'elle priverait Luc M. de la possibilité de réaliser, en dehors même de l'exploitation d'un atelier de mécanique générale, des prestations que la [société], (...), avait décidé de ne plus exécuter. La condition relative aux activités visées n'est dès lors pas remplie. Non seulement, elle est imprécise mais si elle devait être interprétée dans le sens suggéré par les intimées, c'est-à-dire comme couvrant toutes activités dans le secteur de la ferronnerie, même celles exercées en dehors de la tenue d'un atelier de construction et de réparation mécanique, elle devrait dès lors être tenue pour déraisonnable et disproportionnée.»

b. *La limitation dans l'espace*

Les clauses de non-concurrence doivent en outre être limitées dans l'espace, c'est-à-dire viser un territoire limité. À ce sujet, la jurisprudence est divisée quant au fait de savoir si la détermination géographique doit être explicite<sup>38</sup>.

Une clause de non-concurrence illimitée quant au territoire ne peut être justifiée d'aucune manière, dès lors qu'elle impliquerait une interdiction générale et absolue, pour le débiteur de l'engagement de non-concurrence, d'exercer l'activité visée par la clause et entraînerait donc potentiellement une impossibilité pour ce dernier de gagner sa vie en exerçant l'activité dans laquelle il s'est spécialisé, le cas échéant. Dans son arrêt déjà cité du 13 décembre 2012, la cour d'appel de Liège<sup>39</sup> a ainsi considéré, dans le cadre d'une convention de cession d'actions, que le champ territorial d'une clause de non-concurrence portant «sur le territoire belge et «l'étranger», sans la moindre restriction», était abusif, d'autant plus que le listing des anciens clients de la société cédante révélait l'existence de nombreux clients belges, de deux clients luxembourgeois, de deux clients néerlandais, de deux clients français et d'un client pakistanais.

La marge de manœuvre des contractants sera fonction de l'activité effectivement exercée au moment de la conclusion du contrat et de la nécessité ou non de fidéliser une clientèle.

La clause qui viserait, dans l'hypothèse d'une cession, le territoire sur lequel le cessionnaire envisage d'exercer une activité ne pourrait être admise. En effet, cette extension de la clause de non-concurrence la détournerait de son objectif principal, à savoir la protection de la clientèle du cédant. L'objectif de la clause de non-concurrence n'est en effet pas de favoriser une expansion

<sup>38</sup> Voy. N. ULBURGHIS, «Het niet-concurrentiebeding in overname-overeenkomsten», *V. & F.*, 1998, p. 104.

<sup>39</sup> Liège, 13 décembre 2012, R.G. n° 2011/1645.

de l'acheteur sur d'autres territoires, mais bien de protéger ce dernier en lui permettant de conserver la clientèle du vendeur telle qu'elle existe au moment de la cession<sup>40</sup>. En effet, la clause de non-concurrence a pour finalité de préserver le *statu quo*; vouloir l'étendre pourrait donc s'avérer contraire au décret d'Allarde, mentionné *supra*<sup>41</sup>.

### c. La limitation dans le temps

Les clauses de non-concurrence doivent, enfin, être limitées dans le temps, les engagements perpétuels étant interdits<sup>42</sup>. « [E]n particulier, le créancier de l'obligation ne peut interdire à tout jamais le débiteur de contracter avec un tiers en particulier sans violer la liberté du commerce et de l'industrie qui touche à l'ordre public. »<sup>43</sup> Contrairement au droit du travail, où la durée de la clause de non-concurrence est limitée à un an, il n'existe toutefois pas, en droit commun, de limitation précise.

En matière de concentration<sup>44</sup>, la Commission européenne a, par exemple, considéré comme excessive une clause supérieure à cinq ans, « car elle ne se justifiait pas par rapport au but de permettre de remplacer une relation de dépendance par une position autonome sur le marché ». Cette clause a ainsi été couverte « pour une durée transitoire de cinq ans nécessaire pour la sécurité d'approvisionnement des unités de production concernées »<sup>45</sup>.

En matière de cessions, le critère déterminant pour évaluer la durée d'une clause de non-concurrence est fonction du temps nécessaire à l'acheteur pour s'approprier la clientèle existante au moment de la cession. Il a ainsi été jugé qu'« en l'absence de clause de non-concurrence, la durée de l'interdiction de rétablissement doit être appréciée en fonction du temps nécessaire à l'acquéreur du fonds pour s'attacher la clientèle existante »<sup>46</sup>. Ce temps nécessaire doit s'apprécier de façon raisonnable<sup>47</sup>. La jurisprudence admet généralement,

<sup>40</sup> Voy. C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 17.

<sup>41</sup> Pour rappel, le décret d'Allarde est né de l'initiative d'un industriel à l'époque de la Révolution française: le baron d'Allarde obtenait, en 1771, la suppression des corporations au nom du comité des contributions publiques. Cette suppression était alors considérée comme une contrepartie à un nouvel impôt, la patente, qui allait désormais frapper les artisans et les commerçants (voy. St. GILSON, K. ROSIER, A. ROGER et S. PALATE, *Secret et loyauté dans la relation de travail*, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 165).

<sup>42</sup> Voy. A. BERTOLOTTI, « La clause de non-concurrence en droit du travail et en droit commercial », *op. cit.*, p. 292.

<sup>43</sup> Liège, 17 mars 2008, *J.L.M.B.*, 2009/8, p. 372.

<sup>44</sup> Art. 6, § 1, b), du règlement (C.E.E.) n° 4064/89 du Conseil, du 21 décembre 1989.

<sup>45</sup> Décision de la Commission des Communautés européennes, du 25 mai 1998, aff. n° IV/M. 1158 (*Elf Atochem/Atohaas*), *J.O.C.E.*, L. 2985, p. 4.

<sup>46</sup> Civ. Liège, 6 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 929. Voy. aussi Bruxelles, 7 septembre 1982, *J.T.*, 1986, p. 66.

<sup>47</sup> Voy. C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 17.

pour la fixation d'une clientèle, une durée variant de deux à cinq ans<sup>48</sup>. La cour d'appel de Liège a ainsi jugé que « la clause litigieuse établissant une interdiction pour le cédant d'exercer un négoce semblable à celui du cessionnaire ne présente qu'un caractère temporaire et prend fin dès qu'un délai suffisant s'est écoulé pour que le cessionnaire se soit définitivement attaché la clientèle telle qu'elle existait ou était espérée lors de la cession. En l'espèce, compte tenu du marché pertinent et du secteur géographique concerné, l'intimée n'était plus fondée à se prévaloir de la clause de non-concurrence près de neuf ans après la cession litigieuse »<sup>49</sup>.

Dans l'appréciation de la durée raisonnable de la clause de non-concurrence, les cours et tribunaux tiendront compte également des développements commerciaux du marché local et du type de concurrence effectué par l'ancien vendeur<sup>50</sup>.

On observe, dans la jurisprudence française, une grande diversité quant aux limitations imposées en termes de durée<sup>51</sup>. Ces limitations varient en effet de quelques mois à plusieurs années, voire plusieurs dizaines d'années, selon le cas d'espèce. Ces fortes variations se retrouvent également en matière de territoire, les limitations allant d'un immeuble à la France entière<sup>52</sup>.

### 2) Le cumul des conditions: controverse

Il existe une controverse sur le fait de savoir si les trois conditions développées ci-dessus doivent ou non être cumulées pour qu'une clause de non-concurrence soit considérée comme valide. La jurisprudence majoritaire considère qu'il y a lieu de cumuler ces conditions<sup>53</sup>, alors qu'un courant minoritaire estime que ce n'est pas nécessaire<sup>54</sup>.

La position dominante, à savoir le cumul des conditions, est retenue en France, où l'on considère qu'il y a lieu d'examiner à la fois les trois conditions

<sup>48</sup> Voy. Civ. Liège, 6 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 929; Liège, 11 février 1994, *Ing.-Cons.*, 1994, p. 169.

<sup>49</sup> Liège, 11 février 1994, n° F.19940211.11, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>50</sup> C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 17.

<sup>51</sup> Voy., par exemple, Douai, 7 novembre 2000, cité in Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>52</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, p. 145.

<sup>53</sup> Comm. Gand, 26 janvier 1961, *R.W.*, 1960-1961, col. 1249; Comm. Louvain, 2 décembre 1980, *R.W.*, 1980-1981, pp. 21-32; Anvers, 13 septembre 1979, *R.W.*, 1979-1980, p. 2007; Comm. Gand, 8 mars 1984, *J.T.*, 1984, p. 446; Bruxelles, 4 septembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 66; Comm. Bruxelles (réf.), 9 janvier 1985, *Jaarboek handelspraktijken en mededinging*, Bruxelles, 1996, p. 713.

<sup>54</sup> Comm. Courtrai, 25 février 1956, *R.W.*, 1956-1957, col. 1859 (« Voor de geldigheid van een beding van niet-mededinging is voldoende dat één beperking is gemaakt, hetzij in de tijd, hetzij in de ruimte. » – traduction libre: « Pour qu'une clause de non-concurrence soit valide, il suffit qu'une limitation soit faite, soit dans le temps, soit dans l'espace. »); Comm. Bruxelles, 7 décembre 1976, *R.D.C.*, 1977, p. 517.

pour pouvoir (in)valider une clause. Comme l'explique Y. Serra, néanmoins, certains sont cependant tentés de voir, dans les conditions de limitations spatiale et temporelle, les seuls critères déterminants pour évaluer la validité d'une clause de non-concurrence, sans tenir compte de l'intérêt légitime du créancier de l'obligation de non-concurrence, ni même du champ d'activité<sup>55</sup>. Il semble toutefois s'agir là d'une position minoritaire, si bien que l'on retrouve en droit français le même schéma que celui que nous connaissons en Belgique quant aux prises de position relatives au (non-)cumul des conditions.

Quant aux critères spatio-temporels, les juridictions ont tendance à admettre que « la clause de non-concurrence ne doit pas, pour être valable, être limitée à la fois dans l'espace et dans le temps, mais comporter seulement l'une ou l'autre de ces limitations »<sup>56</sup>. Les limitations temporelle et spatiale présenteraient donc un caractère alternatif<sup>57</sup>.

À notre estime, l'importance qu'il convient de reconnaître à la liberté de commerce et d'industrie du débiteur de la clause de non-concurrence doit, *a priori*, conduire à exiger le cumul des trois limitations énoncées ci-dessus. Il serait toutefois arbitraire d'imposer cette triple limitation de manière absolue, sans tenir compte des éléments factuels de chaque cas d'espèce. Il nous semble en effet que la nécessité de cumuler ou non ces trois conditions doit s'apprécier *in concreto*, au regard du critère supérieur du respect de l'intérêt légitime des parties<sup>58</sup>, une double limitation pouvant, dans certains cas, être suffisante pour garantir la protection de la liberté de chaque contractant.

### C. Comparaison avec le contrat d'agence commerciale

La clause de non-concurrence fait l'objet, en matière de contrats d'agence commerciale, d'une réglementation particulière. Certains parallèles avec les règles de droit commun peuvent être brièvement évoqués.

Le contrat d'agence commerciale est régi par la loi du 13 avril 1995<sup>59</sup>, dont l'article 6 prévoit que l'agent doit agir loyalement et de bonne foi. Il doit également veiller aux intérêts du commettant. Lorsque le contrat prend fin, l'agent retrouve toute sa liberté de concurrencer le commettant, sauf s'il était prévu, dans son contrat, une clause de non-concurrence ayant pour objet de restreindre cette liberté après la fin de celui-ci. Cette restriction ne peut cepen-

<sup>55</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., p. 141.

<sup>56</sup> Comm. 18 décembre 1979, *Bull. civ.*, IV, n° 340; Comm., 30 octobre 1989, *Bull. civ.*, IV, n° 260; D., 1990; Civ. (1<sup>re</sup> ch.), 25 mai 1987, *Bull. civ.*, I, n° 161.

<sup>57</sup> Voy. A. BERTOLLOTTI, « La clause de non-concurrence en droit du travail et en droit commercial », op. cit., p. 293.

<sup>58</sup> Voy. N. HALLEMEESCH, « De niet-concurrentieverbintenis bij de overdracht van een handelsactiviteit », op. cit., p. 29.

<sup>59</sup> Loi du 13 avril 1995 relative au contrat d'agence commerciale, M.B., 2 juin 1995.

dant donner lieu à une suppression complète de la liberté de concurrence. À ce propos, il faut procéder à une balance des intérêts<sup>60</sup> entre la règle d'ordre public de libre concurrence et de la liberté du travail, et la règle du respect légitime des intérêts du commettant<sup>61</sup>. Le résultat de cette pondération d'intérêts fait l'objet des articles 20 et suivants de la loi relative au contrat d'agence commerciale.

L'article 24 de cette loi, qui régit la validité de la clause de non-concurrence stipulée dans un contrat d'agence commerciale, énonce les critères suivants :

- la clause ne doit viser que le secteur géographique ou le groupe de personnes et le secteur géographique confiés à l'agent, condition qui peut être comparée à la condition de droit commun de limitation du territoire de l'activité exercée, qui doit être définie de manière stricte et sera fonction de l'activité exercée par l'ancien propriétaire ;
- la clause doit être stipulée par écrit ;
- la clause doit concerner le type d'affaires dont l'agent était chargé. Par analogie, cette condition fait référence, en réalité, au secteur ou champ d'activité évoqué *supra* en droit commun, car, ici aussi, l'obligation de non-concurrence est liée à la notion de clientèle ;
- la clause ne peut excéder six mois après la cessation du contrat, là où, en droit commun, la durée, nous l'avons vu, peut varier de deux ans à cinq ans, voire plus, en fonction du temps nécessaire pour s'approprier une clientèle.

De manière globale, les conditions de validité de la clause de non-concurrence en matière de contrat d'agence commerciale<sup>62</sup> sont semblables à celles de la clause de non-concurrence en droit commun, si ce n'est que sa durée fait l'objet d'une limitation précise (six mois). Sachant que cette durée est justifiée par la protection de la concurrence, dont la Commission européenne se veut la gardienne<sup>63</sup>, il est curieux de constater<sup>64</sup> que cette même Commission valide parfois des clauses de non-concurrence prévoyant des durées beaucoup plus importantes.

<sup>60</sup> Voy. *supra*.

<sup>61</sup> Voy. P. DEMOLIN, *Agent commercial, Agent de banque, Agent d'assurance - Contrat belge et contrat international, Droits et obligations*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 135.

<sup>62</sup> À ce sujet, voy. également P. CRAHAY, *La rupture du contrat d'agence commerciale*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 155-177.

<sup>63</sup> Voy. P. DEMOLIN, *Agent commercial, Agent de banque, Agent d'assurance - Contrat belge et contrat international, Droits et obligations*, op. cit., p. 137.

<sup>64</sup> Voy. *infra*.

À propos du cumul des conditions dans le cadre du contrat d'agence commerciale, la cour d'appel de Bruxelles a considéré que «les conditions de validité d'une clause de non-concurrence au regard de la loi du 13 avril 1995 sur le contrat d'agence commerciale ne doivent être cumulativement réunies que lorsque la clause de non-concurrence vise à réduire la liberté post-contractuelle de l'agent, c'est-à-dire lorsque son effet persiste après la cessation des relations contractuelles».

#### D. L'exigence de légalité : une condition potentielle

Si le respect des conditions énumérées ci-avant suffisait jusqu'ici à assurer la validité d'une clause de non-concurrence, la jurisprudence récente vient quelque peu modifier la donne en soulevant une nouvelle condition fondamentale, que serait l'exigence de légalité.

La Cour de cassation et le Conseil d'État considèrent en effet que le droit au libre choix d'une activité professionnelle est un droit fondamental, auquel seules peuvent porter atteinte des limitations prévues par la loi, affirmant ainsi l'existence d'un principe de légalité de ces limitations<sup>65</sup>.

La Cour de cassation a ainsi affirmé, dans un important arrêt du 29 septembre 2008<sup>66</sup>, que «[l]a liberté d'exercer une activité professionnelle rémunérée ne peut subir d'autres restrictions que celles qui sont prévues par la loi. Une convention qui, en dehors des cas où la loi l'autorise, a pour but de permettre à l'une des parties d'empêcher l'autre partie d'exercer librement son activité professionnelle, a une cause illicite et est frappée de nullité absolue».

À son tour, le Conseil d'État a jugé qu'«il ressort de l'article 23, alinéa 3, 1<sup>o</sup>, de la Constitution, qui consacre «le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle», que les dispositions qui entendent soumettre une activité économique à des conditions doivent être déterminées par le législateur lui-même»<sup>67</sup>.

Les juridictions de fond n'ont, à notre connaissance, pas encore eu l'occasion de statuer sur la portée exacte qu'il convient de donner à cette jurisprudence<sup>68</sup>. La cour du travail de Bruxelles s'est toutefois prononcée dans le même sens que la Cour de cassation, dans un arrêt concernant la concurrence postérieure au contrat de travail, en affirmant qu'«[e]n matière de concurrence

<sup>65</sup> Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de P. JOASSART.

<sup>66</sup> Cass., 29 septembre 2008, *J.T.T.*, 2008, p. 464.

<sup>67</sup> C.E., 4 juin 2007 (*Creyff's Interim*), n<sup>o</sup> 171.789. Cet arrêt concernait le refus d'agrément d'une société d'intérim, refus qui se fondait sur des motifs autres que ceux prévus par le décret wallon applicable en la matière. Le Conseil d'État annula cette décision.

<sup>68</sup> Voy., dans le présent ouvrage, la contribution de P. JOASSART.

par un ancien salarié, la règle est le droit au travail et au libre choix d'une activité professionnelle, garanti par l'article 23 de la Constitution. (...). Toutefois, l'article 23 de la Constitution autorise le législateur à fixer les conditions d'exercice de ce droit. Ces restrictions à la liberté du travailleur sont d'interprétation stricte»<sup>69</sup>.

Cette condition de légalité pourrait ainsi être vue comme une quatrième exigence s'imposant aux rédacteurs d'une clause de non-concurrence. Les clauses de non-concurrence en droit commun n'étant jusqu'à présent pas organisées par la loi, elles deviendraient dès lors, par principe, interdites et seraient, le cas échéant, considérées de plein droit comme nulles et non avenues.

#### E. Conformité au droit européen de la concurrence

Comme mentionné en introduction, la liberté de concurrence est fortement protégée et régulée par le droit européen, qui encadre dans des conditions très strictes les atteintes autorisées à cette liberté.

##### 1) Interdictions de principe des accords anticoncurrentiels

Conformément à l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne<sup>70</sup> sont interdits et considérés comme nuls les accords qui, soit par leur objet, soit par leurs effets, ont des effets anticoncurrentiels.

Dans son arrêt *Anic Participazioni SpA*<sup>71</sup>, la Cour de justice a souligné à cet égard que «la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès lors qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, d'empêcher ou de fausser le jeu de la concurrence».

Si l'accord n'est pas restrictif de par son objet, il y a encore lieu d'examiner si ses effets le sont. Pour ce faire, il faut tenir compte à la fois de ses effets réels et de ses effets potentiels<sup>72</sup>. Plusieurs facteurs sont utiles pour apprécier l'impact d'un accord sur la concurrence, à savoir le contenu même de ce dernier et les objectifs poursuivis, mais également le contexte dans lequel s'appliqueront cet accord et/ou le comportement réel et effectif des parties sur le marché<sup>73</sup>.

<sup>69</sup> C. trav. Bruxelles, 27 avril 2011, *Chron. D.S.*, 2012, n<sup>o</sup> 1, p. 37.

<sup>70</sup> Ancien article 81 du Traité C.E. Cet article 101, § 1<sup>er</sup>, du T.F.U.E. a pour objectif de restreindre la concurrence.

<sup>71</sup> Sur ce point, voy. C.J.C.E., 8 juillet 1999 (*Anic Participazioni SpA*), C-49/92 P, *Rec.*, 1999, p. I-4125, point 99.

<sup>72</sup> Projet de communication de la Commission européenne relative aux lignes directrices concernant l'application de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords de transfert de technologie, C(2013), 924 draft, p. 9.

<sup>73</sup> Voy. aff. jointes 29/83 et 30/83 (*CRAM et Rheinink*), *Rec.*, 1984, p. 1679, point 26 et aff. jointes 96/82 et autres (*Anseau-Navewa*), *Rec.*, 1983, p. 3369, points 23-25.

2) *Autorisation des clauses de non-concurrence*

Bien que les clauses de non-concurrence portent en quelque sorte atteinte à la liberté de commerce et d'industrie, la Cour de justice de l'Union européenne reconnaît leur validité au regard des principes de droit européen, pour autant qu'elles soient nécessaires et limitées.

Dans le respect de ces conditions, on reconnaît même à ces clauses un effet positif sur la concurrence. «Le fait que des clauses de non-concurrence soient incluses dans un contrat de cession d'entreprise ne fait pas, par lui-même, sortir de telles clauses du champ d'application (...) du Traité.»<sup>74</sup> Pour apprécier la validité de telles clauses, «il y a lieu d'examiner quel serait le jeu de la concurrence en leur absence. Il apparaît qu'à défaut de clause de non-concurrence et dès lors que le vendeur et l'acheteur demeureraient en situation de concurrence après la cession, l'accord de cession d'entreprise ne pourrait être réalisé. En effet, le vendeur, qui connaît particulièrement bien les particularités de l'entreprise cédée, conserverait la possibilité d'attirer à nouveau vers lui son ancienne clientèle immédiatement après la cession et de rendre ainsi non viable cette entreprise. Dans ces conditions, les clauses de non-concurrence insérées dans des contrats de cession d'entreprise ont, en principe, le mérite de garantir la possibilité et l'effectivité de cette cession. Par là même, elles contribuent à renforcer la concurrence par l'accroissement du nombre des entreprises présentes sur le marché en cause»<sup>75</sup>. Il n'y a donc pas lieu d'empêcher toute activité économique, mais bien de restreindre de manière proportionnelle les activités exercées antérieurement par le débiteur de la clause, afin de permettre au reprenneur de développer les activités en question dans un environnement serein.

Dans son treizième rapport sur la concurrence, ainsi que dans une communication relative à des restrictions de concurrence dans le cadre de concentrations, la Commission européenne a fixé certains principes à respecter pour qu'une clause de non-concurrence soit admise, principes rejoignant les conditions de validité ci-dessus développées<sup>76</sup>. Comme l'explique B. Remy, en effet, les limitations territoriale, temporelle et matérielle explicitées *supra* sont d'application dans l'Union : la restriction ne peut porter que sur les espaces où le débiteur de l'obligation de non-concurrence offrait ses produits et services ; cette restriction ne sera, sauf circonstances exceptionnelles, pas admise si elle dépasse cinq ans ; il ne pourra s'agir de restreindre les activités du débiteur de

<sup>74</sup> C.J.C.E., 11 juillet 1985, aff. 42/84, *Rec.*, 1985, p. 2545.

<sup>75</sup> *Ibid.*, p. 2545 ; C.J.C.E., 26 juillet 1976 (*Reuter c. B.A.S.F.*), *Rec.*, 1976, L. 254/40.

<sup>76</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, 13<sup>e</sup> rapport sur la concurrence, 1983, p. 79 et Communication de la Commission européenne, J.O.U.E., 1990, C. 203/05.

l'obligation de non-concurrence que par rapport à celles qu'il exerçait antérieurement<sup>77</sup>.

Sur le plan temporel, l'appréciation de la validité de la clause se fera selon le cas d'espèce, mais la Commission n'admet que très rarement des clauses supérieures à deux ou trois ans. La Commission explique que les clauses de non-concurrence se justifient «pour des périodes n'excédant pas trois ans lorsque la cession de l'entreprise inclut la fidélisation de la clientèle sous la forme à la fois du fonds commercial et du savoir-faire»<sup>78</sup>. Par contre, la clause ne sera admise que pour une durée de deux ans maximum si seul le fonds commercial est inclus<sup>79</sup>. Une durée de cinq ans sera tolérée lorsque des circonstances spécifiques auront été démontrées<sup>80</sup>. Une durée exceptionnelle de trente ans pourra être validée par la Commission en ce qui concerne le domaine du nucléaire<sup>81</sup>.

Quant à la portée géographique d'une clause de non-concurrence, la Commission estime qu'elle doit être limitée à «la zone où le vendeur offrait les produits ou les services en cause avant la cession, puisque l'acquéreur n'a pas besoin d'être protégé de la concurrence du vendeur dans les territoires où ce dernier n'était pas présent auparavant»<sup>82</sup>. La portée géographique de la clause peut, par contre, être étendue «aux territoires dans lesquels le vendeur envisageait de pénétrer au moment de la réalisation de l'opération, pour autant qu'il ait déjà investi en préparation de ce projet»<sup>83</sup>.

En matière de contrat de franchise, contrat pour lequel la clause de non-concurrence n'est pas spécifiquement réglementée, la limitation spatio-temporelle est justifiée par la protection du savoir. À ce propos, P. Demolin relève, sur la base d'une communication de la Commission<sup>84</sup>, qu'il existe «un certain flou dans les Lignes directrices sur la possibilité de prévoir une clause de non-concurrence dépassant cinq ans si le contrat lui-même dépasse cette durée. Ce qu'il faut retenir, c'est que la validité d'une clause de non-concurrence est liée à l'existence d'un savoir-faire qu'elle est censée protéger et à l'identité et à la réputation d'un réseau, qui doit donc exister. Un juge qui examine la validité d'une clause de non-concurrence pour vérifier si elle respecte les prescrits des

<sup>77</sup> B. REMY, *Les clauses de non-concurrence en droit commercial*, *op. cit.*

<sup>78</sup> Communication de la Commission européenne relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, J.O.U.E., C. 56/27, du 5 mars 2005, p. 4.

<sup>79</sup> *Ibid.*

<sup>80</sup> B. REMY, *Les clauses de non-concurrence en droit commercial*, *op. cit.*

<sup>81</sup> *Ibid.*

<sup>82</sup> Communication de la Commission européenne relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, J.O.U.E., C. 56/27, du 5 mars 2005, p. 4.

<sup>83</sup> *Ibid.*

<sup>84</sup> Communication de la Commission européenne relative aux lignes directrices sur les restrictions verticales, J.O.U.E., C. 130, du 19 mai 2010, p. 1.

règles légales doit donc contrôler l'existence de ces deux éléments: le savoir-faire et le réseau»<sup>85</sup>.

Quant au champ d'activité, il doit être limité «aux produits (...) et aux services qui constituaient l'activité économique de l'entreprise cédée. (...) La protection contre la concurrence du vendeur sur les marchés de produits ou de services sur lesquels l'entreprise cédée n'était pas active avant la cession n'est pas considérée comme nécessaire»<sup>86</sup>.

Enfin, lors du contrôle de la validité d'une clause de non-concurrence, la Cour de justice de l'Union européenne examine le «respect des règles de procédure, du caractère suffisant de la motivation, de l'exactitude matérielle des faits, de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation et de détournement de pouvoir»<sup>87</sup>. Comme le précise B. Remy, il s'agit là d'un véritable *work in progress*.

## Section 2

### Les clauses de non-concurrence en pratique

Cette seconde section sera centrée sur les aspects plus pratiques des obligations de non-concurrence, abordant la question de leur champ d'application (sous-section 1) et celle des clauses implicites (sous-section 2).

#### Sous-section 1

##### Champ d'application

En matière de clauses de non-concurrence, il est utile de déterminer précisément les activités qu'elles prohibent, ainsi que les personnes qui sont touchées par l'obligation. En outre, il importe d'identifier la source d'une telle clause, afin d'en connaître l'étendue et les limites.

#### A. Étendue matérielle des obligations de non-concurrence

Comme mentionné ci-dessus, lorsque la clause de non-concurrence est stipulée dans un contrat de vente, de par la garantie d'éviction que doit tout vendeur à l'acheteur de son bien, le vendeur garantit ce dernier contre son fait

<sup>85</sup> P. DEMOLIN et V. DEMOLIN, *Le contrat de franchise – Les règles juridiques applicables au contrat de franchise en Belgique. Analyse et commentaire de quinze années de jurisprudence 1995-2010*, Bruxelles, Larcier, mai 2011, p. 114.

<sup>86</sup> Communication de la Commission européenne relative aux restrictions directement liées et nécessaires à la réalisation des opérations de concentration, J.O.U.E., C. 56/27, du 5 mars 2005, p. 5.

<sup>87</sup> C.J.C.E. (5<sup>e</sup> ch.), 11 juillet 1985, *Rec.*, 1985, p. 2545, concl. Av. gén. LENZ.

personnel, qu'il s'agisse de troubles de droit ou de troubles de fait. Il doit donc s'abstenir de tout acte susceptible d'empêcher l'acquéreur de jouir du fonds, d'en exploiter la clientèle, en bref de lui faire de la concurrence<sup>88</sup>. En effet, «[p]ar le fait que l'exploitant cède son fonds, l'ensemble productif qu'il a créé et organisé, il s'engage à ne rien faire qui altère la productivité de cet ensemble»<sup>89</sup>. Agir autrement serait manquer à la bonne foi qui préside à l'exécution de toute convention, conformément à l'article 1134 du Code civil.

En matière de cessions de fonds de commerce, la clause de non-concurrence s'étend à toutes les activités concurrentielles analogues et comparables<sup>90</sup>, directement liées au fonds de commerce<sup>91</sup>, l'atteinte portée à la clientèle étant appréciée au cas par cas. Ainsi, il n'est pas possible pour le cédant d'un magasin de marques d'exploiter un nouveau magasin de vêtements Benetton, la même clientèle pouvant être attirée<sup>92</sup>. En revanche, le cédant d'un hôtel-restaurant a le droit d'ouvrir une pâtisserie<sup>93</sup>. Selon la cour d'appel de Bruxelles, le cédant d'un café-dancing peut ainsi, après un délai de 15 mois, ouvrir un simple café à environ 300 mètres du bien cédé, compte tenu de la nature du commerce exploité, de la clientèle différente et du fait qu'un passant ne peut apercevoir les deux établissements en même temps<sup>94</sup>.

La portée des clauses de non-concurrence est toutefois limitée et elles ne peuvent pas avoir pour effet de priver le cocontractant de toute possibilité de subvenir à ses besoins<sup>95</sup>. Le juge appréciera ainsi si le cédant d'un fonds de commerce «conserve une chance raisonnable d'exercer encore lui-même une activité économique»<sup>96</sup>.

La jurisprudence se montre également soucieuse de préserver la liberté de commerce. Dans certains cas, elle écartera ou limitera donc l'obligation de garantie du vendeur, au profit de cette liberté. Ce sera notamment le cas lorsque le vendeur accepte un emploi chez un concurrent de l'acheteur, pour autant que sa personnalité ne soit pas connue de la clientèle et ne contribue pas à l'attirer, ou lorsqu'il acquiert des actions dans une société concurrente (sans que son nom apparaisse publiquement)<sup>97</sup>.

<sup>88</sup> Voy. D. WILLERMAIN, «La cession de fonds de commerce. Aspects de droit civil et de droit commercial», in N. THIRION (coord.), *La cession de fonds de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2005, p. 78.

<sup>89</sup> L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, t. II, Gand, Rombaut-Fecheyr, 1947, p. 68.

<sup>90</sup> Comm. Dendermonde, 29 novembre 2012, *DA-OR*, 2013/105-106, p. 126.

<sup>91</sup> Voy. B. TILLEMANN, *L'administrateur de sociétés*, op. cit., p. 84.

<sup>92</sup> Civ. Liège, 6 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1995/23, p. 929.

<sup>93</sup> Comm. Bruges, 7 décembre 1905, *Jur. comm. Fl.*, 1906, p. 122, cité par B. TILLEMANN, *L'administrateur de sociétés*, op. cit., p. 84.

<sup>94</sup> Bruxelles, 7 septembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 66.

<sup>95</sup> B. TILLEMANN, *L'administrateur de sociétés*, op. cit., pp. 76-77.

<sup>96</sup> Comm. Dendermonde, 29 novembre 2012, *DA-OR*, 2013/105-106, p. 126.

<sup>97</sup> Voy. M. GEVERS, note sous Gand, 21 janvier 1950, *R.C.J.B.*, 1950, p. 289.

En cas de cessions successives d'un fonds de commerce, le cédant initial reste tenu de son obligation implicite de non-concurrence envers le(s) nouveau(x) cessionnaire(s). La garantie se transmet en effet tant aux ayants cause à titre universel de l'acheteur qu'à ses ayants cause à titre particulier<sup>98</sup>. Le tribunal de commerce de Dendermonde a jugé en ce sens qu'«[u]ne interdiction de non-concurrence suit le fonds de commerce auquel elle se rapporte, abstraction faite de sa localisation, mais il résulte de la sécurité juridique et de l'équité que la restriction géographique de l'interdiction de concurrence ne doit être respectée par le cédant qu'en fonction de la situation du fonds de commerce à l'époque de la conclusion du contrat»<sup>99</sup>.

### B. Étendue personnelle des clauses de non-concurrence

Sur un plan personnel, l'existence d'une obligation de non-concurrence entraîne l'interdiction de l'exercice, tant direct qu'indirect, de l'activité concurrente visée. Cela implique l'interdiction d'exercer cette activité sous le couvert d'un prête-nom ou d'une société, soit en participant à sa création, soit en y exerçant la fonction d'administrateur ou de gérant<sup>100</sup>.

En outre, l'obligation de non-concurrence ne s'applique pas uniquement au vendeur, mais se transfère à ses ayants cause à titre universel et pèse donc également sur ses héritiers<sup>101</sup>.

La question de l'étendue de l'obligation de garantie se pose surtout lorsque le vendeur est une personne morale. Les associés de cette société sont-ils tenus de respecter eux aussi une obligation de non-concurrence? Il semble évident que la réponse est positive dans le cas de l'associé ou du gérant d'une S.P.R.L., étant donné que «son intervention personnelle au sein de la société est trop importante que pour maintenir à son égard la fiction de la double personnalité juridique»<sup>102</sup>. Si la société est une société anonyme, en revanche, la solution sera moins évidente. La situation d'un petit actionnaire minoritaire s'appréciera alors différemment de celle de l'administrateur délégué, actionnaire majoritaire<sup>103</sup>.

La jurisprudence a étendu l'obligation de non-concurrence pesant sur la société venderesse au gérant de cette société, à l'épouse du gérant, à leurs

<sup>98</sup> *Ibid.*, p. 290.

<sup>99</sup> Comm. Dendermonde, 29 novembre 2012, DA-OR, 2013/105-106, p. 126.

<sup>100</sup> Voy. B. TILLEMANS, *L'administrateur de sociétés*, op. cit., pp. 74-75.

<sup>101</sup> Voy. M. GEVERS, note sous Gand, 21 janvier 1950, R.C.J.B., 1950, p. 286.

<sup>102</sup> A. DE CALUWÉ, note sous Bruxelles, 21 mars 1984, R.D.C./T.B.H., 1984, p. 543.

<sup>103</sup> *Ibid.*

héritiers et successeurs<sup>104</sup>. Bien qu'ils ne soient pas tenus par le contrat conclu par la société, ces personnes se voient imposer le respect de la clause de non-concurrence, en application de la théorie de la tierce complicité<sup>105</sup>. Ainsi, l'épouse du gérant d'une société, co-associée, ne peut ouvrir un commerce analogue à celui cédé par la société<sup>106</sup>. «L'obligation de non-réinstallation et de non-concurrence sera d'application au cédant agissant personnellement ou par prête-nom, à son conjoint, à ses enfants et à ses héritiers si au moment de son décès l'obligation n'avait pas encore pris fin. Le cédant se rendra également coupable de concurrence s'il devient associé d'une société en nom collectif, gérant ou associé actif d'une S.P.R.L. exerçant un commerce similaire, de même s'il prête son concours actif ou s'il a des relations suivies avec la clientèle, qu'il pourrait attirer vu sa notoriété dans le secteur.»<sup>107</sup>

### C. Interactions entre clauses de non-concurrence de sources différentes

Dans certaines situations, deux obligations de non-concurrence peuvent jouer de manière parallèle. La question des limites de leur étendue se pose alors.

La cour d'appel de Liège a eu à juger une telle affaire, dans laquelle deux clauses de non-concurrence s'entrecroisaient. Les faits sont les suivants : quelques années après avoir constitué une société, un des fondateurs vend la totalité de ses actions à une autre société, la convention de cession d'actions contenant une clause de non-concurrence, et il signe, le même jour, un contrat de travail contenant une clause de non-concurrence au sein de la société acquéreuse ; quelque temps plus tard, cette dernière société met fin au contrat de travail de l'intéressé, en renonçant à l'application de la clause de non-concurrence qu'il contient, mais continue à se prévaloir de la clause de non-concurrence stipulée dans le contrat de cession d'actions<sup>108</sup>. La cour va justement distinguer les champs d'application des deux clauses, les deux contrats ayant un objet distinct, et décider que la clause de non-concurrence contenue dans un contrat de cession d'actions ne peut avoir «pour objet d'empêcher un travailleur d'exercer une activité similaire à celle qu'il exerçait pour un employeur, sans quoi celle du contrat de travail était superflue»<sup>109</sup>.

<sup>104</sup> C. GUYOT, «Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions», op. cit., p. 17.

<sup>105</sup> *Ibid.* Sur cette théorie, voy. *infra*.

<sup>106</sup> Bruxelles, 21 mars 1984, R.D.C./T.B.H., 1984, p. 539, note A. DE CALUWÉ.

<sup>107</sup> C. GUILLEMYN, *La cession de fonds de commerce, d'entreprises, d'actions*, Bruxelles, Créadif, 1991, p. 82.

<sup>108</sup> B. VOGLET, «La cession d'actions au porteur dans une S.A. – Clause de non-concurrence», *J.D.S.C.*, 2002, pp. 65-66.

<sup>109</sup> Liège, 9 mars 2000, *J.T.*, 2000, p. 701.

Sous-section 2

**Les clauses de non-concurrence implicites**

En matière de cessions de fonds de commerce, est généralement admise l'existence d'une obligation de non-concurrence implicite. Cette obligation peut être modulée par des stipulations expresses des parties, dans certaines limites. De telles clauses implicites semblent également devoir être reconnues en matière de cessions d'actions.

**A. La reconnaissance de clauses de non-concurrence implicites en matière de cessions de fonds de commerce**

En l'absence de stipulation expresse d'une obligation de non-concurrence, dans le domaine des cessions de fonds de commerce, la doctrine et la jurisprudence s'accordent à reconnaître en tout état de cause l'existence d'une clause de non-concurrence implicite<sup>110</sup>. Cette clause implicite n'est autre qu'une application particulière dans ce domaine de la garantie du fait personnel du vendeur<sup>111</sup>. En effet, la cession d'un fonds de commerce implique la cession du droit à la clientèle de cette entreprise, ce qui entraîne nécessairement une obligation de non-concurrence dans le chef du vendeur, qui doit s'interdire toute atteinte au « bien » cédé<sup>112</sup>. Selon De Page, une telle clause est « de la nature de la cession, et est, dès lors, tacite »<sup>113</sup>.

Ces clauses de non-concurrence implicites ne sont pas absolues. Bien qu'il existe un certain flou quant à leur étendue précise, elles ne peuvent en tout cas s'étendre au-delà « de ce qui est nécessaire pour assurer au cessionnaire la jouissance de la clientèle cédée »<sup>114</sup>, la liberté de commerce restant la règle.

Si, dans le cadre de la cession de fonds de commerce, la clause de non-concurrence est considérée comme sous-entendue, il est néanmoins conseillé de la préciser par l'adoption d'une clause expresse. Cela permettra d'en spéci-

<sup>110</sup> C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 15; Cass., 7 juillet 1956, *Pas.*, 1956, I, p. 1254; Cass., 2 juin 1959, *Pas.*, 1959, I, p. 1004; Cass., 23 septembre 1968, *Pas.*, 1969, I, p. 92; Bruxelles, 7 septembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 66; Gand, 8 septembre 1983, *J.T.*, 1984, p. 446; Bruxelles, 21 mars 1984, *R.D.C./T.B.H.*, 1984, p. 539, note A. DE CALUWÉ (« L'interdiction de rétablissement qui existe même en l'absence de toute précision dans l'acte de vente (...) »); Civ. Liège, 6 octobre 1994, *J.L.M.B.*, 1995/23, p. 929.

<sup>111</sup> *Voy. supra.*

<sup>112</sup> P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « La cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées », in N. THIRION (COORD.), *La cession de fonds de commerce*, Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 78-79; B. TILLEMANS, *L'administrateur de sociétés*, *op. cit.*, pp. 80-81; N. HALLEMEESCH, « De niet-concurrentieverbintenis bij de overdracht van een handelsactiviteit », *op. cit.*, p. 22.

<sup>113</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. IV, 1<sup>re</sup> partie, 3<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 1972, p. 21.

<sup>114</sup> Bruxelles, 7 septembre 1982, *J.T.*, 1983, p. 66.

fier les modalités et d'éviter ainsi l'insécurité juridique qui l'entoure eu égard à l'absence de limites précises.

**B. La reconnaissance de clauses de non-concurrence implicites en matière de cessions d'actions**

Plutôt que d'être réalisé via une cession de fonds de commerce, le transfert d'une activité commerciale peut se structurer via, notamment, une cession d'actions. Toutefois, si l'objectif de ces deux opérations peut être similaire, les principes juridiques et le droit applicable à ces deux mécanismes sont fondamentalement différents<sup>115</sup>. L'acquisition d'une majorité des actions d'une société emporte l'acquisition de cette société, avec tous ses actifs et passifs. La cession du fonds de commerce, quant à elle, n'implique pas nécessairement la cession des dettes et créances de la société<sup>116</sup>.

Dès lors que, dans le cas d'une cession d'actions, la valeur de ces dernières est déterminée en fonction de la valeur de l'activité exercée par la société, la question se pose de savoir s'il faut également reconnaître l'existence d'une obligation de non-concurrence implicite dans le contrat de cession d'actions. Ne pas l'admettre impliquerait, à défaut d'avoir prévu une clause de non-concurrence explicite dans le contrat, qu'une personne puisse céder son activité en transférant ses actions et venir ensuite directement concurrencer l'acheteur faisant par ce fait même perdre toute valeur aux actions qu'elle a vendues.

En principe, la cession d'actions n'implique pas *ipso facto* la naissance d'une obligation de non-concurrence implicite<sup>117</sup>. Néanmoins, certains auteurs soutiennent, en s'appuyant sur les objectifs commerciaux de l'acquisition d'entreprises, que l'existence d'une clause de non-concurrence implicite doit également être admise dans le cadre de l'acquisition d'une société au moyen d'une cession d'actions<sup>118</sup>. En effet, si cette opération est réalisée dans le but de céder le fonds de commerce, les vendeurs seront en principe tenus de respecter cet objectif et pourront être contraints de s'y tenir<sup>119</sup>, en vertu du principe de bonne foi, qui préside à l'exécution des conventions. Ce principe

<sup>115</sup> *Voy. C. GUYOT*, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 15; N. HALLEMEESCH, « De niet-concurrentieverbintenis bij de overdracht van een handelsactiviteit », *op. cit.*, p. 25.

<sup>116</sup> *Voy. C. GUYOT*, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 15.

<sup>117</sup> *Voy. A. DE CALUWÉ*, note sous Bruxelles, 21 mars 1984, *R.D.C./T.B.H.*, 1984, p. 543.

<sup>118</sup> *Voy. X. DIEUX*, « Les garanties légales et conventionnelles en matière de cession de titres », *Séminaire Van Ham & Van Ham*, 25 janvier 1996, pp. 12-15; C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 16.

<sup>119</sup> *Voy. A. DE CALUWÉ*, note sous Bruxelles, 21 mars 1984, *R.D.C./T.B.H.*, 1984, p. 543.

de bonne foi est d'ailleurs invoqué comme fondement des obligations de non-concurrence<sup>120</sup>.

Un autre argument avancé en faveur de la reconnaissance d'une telle clause dans le cadre de la vente d'actions est l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de vices cachés<sup>121</sup>. Cette dernière s'oriente en effet de plus en plus vers une conception fonctionnelle du vice, y incluant « toute caractéristique de la chose vendue qui à la connaissance du vendeur la rend impropre à l'usage auquel l'acheteur la destine »<sup>122</sup>. Cette évolution devrait pouvoir trouver application en matière de cession d'actions, l'exploitation du fonds de commerce de la société cible étant un élément entré dans le champ contractuel des parties<sup>123</sup>.

La cour d'appel de Gand s'est prononcée en ce sens, affirmant qu'« [o]vereenkomstig artikel 1628 B.W. is de verkoper van aandelen gehouden tot vrijwaring van de koper tegen uitwinning door zijn eigne daad, zowel met betrekking tot de universaliteit van de overgenomen zaak als met betrekking tot de individuele bestanddelen ervan »<sup>124</sup>. Le président du tribunal de commerce de Bruges a également récemment suivi cette opinion<sup>125</sup>.

### C. Extension et limitation conventionnelles de l'obligation implicite de non-concurrence

L'existence d'une clause de non-concurrence implicite ne fait pas obstacle à ce que les parties conviennent d'une clause de non-concurrence explicite étendant les obligations du cédant<sup>126</sup>. La nullité éventuelle de cette dernière clause n'empêcherait pas le cédant d'être tenu par l'obligation implicite résultant du contrat.

Inversement, le cédant ne peut stipuler une clause ayant pour effet de l'exonérer totalement de son obligation de non-concurrence implicite. L'article 1628 du Code civil prohibe en effet les clauses d'exonération générale et illimitée de son propre fait. Il est toutefois admis que le vendeur s'exonère pour

<sup>120</sup> Voy. *supra*.

<sup>121</sup> Voy. Cass., 17 mai 1984, J.T., 1984, p. 566.

<sup>122</sup> C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 16.

<sup>123</sup> *Ibid.*

<sup>124</sup> Gand, 23 juin 1995, T.R.V., 1996, p. 642. Traduction libre: « En vertu de l'article 1628 du Code civil, celui qui cède ses actions est tenu de garantir l'acheteur contre toute éviction qui serait causée par son fait personnel, tant en ce qui concerne l'universalité de l'affaire cédée qu'en ce qui concerne ses parties constitutives individuelles. »

<sup>125</sup> Comm. Bruges (réf.), 27 avril 2006, Jb. Hand., 2006, p. 558.

<sup>126</sup> Voy. P.A. FORIERS et R. JAFFERALI, « La cession de fonds de commerce et autres opérations apparentées », *op. cit.*, p. 81; B. TILLEMANS, *L'administrateur de sociétés*, *op. cit.*, p. 87.

un fait spécifique<sup>127</sup>. En effet, selon la Cour de cassation, « si l'article 1628 du Code civil prohibe à peine de nullité l'insertion dans un acte de vente de toute clause générale exonérant le vendeur de la garantie de son fait personnel, il n'interdit cependant pas aux parties d'exclure par une déclaration claire et précise la garantie du chef d'un fait déterminé du vendeur, antérieur à la vente »<sup>128</sup>. Par exemple, le cédant d'un fonds de commerce peut poursuivre l'exploitation d'un fonds similaire s'il exerçait déjà cette activité au moment de la cession et que l'acheteur en était informé.

### Section 3

#### Les moyens d'action du bénéficiaire de la clause de non-concurrence

Le bénéficiaire d'une clause de non-concurrence dispose de divers moyens d'action qu'il peut mettre en œuvre en cas de violation de cette clause par son cocontractant (sous-section 1) et, le cas échéant, par un tiers complice (sous-section 2): exception d'inexécution, résolution de la convention, dommages et intérêts... Ces moyens seront actionnés selon les règles du droit commun des contrats. Aussi est-il utile de rappeler de manière très synthétique les principes pertinents.

##### Sous-section 1

#### Les sanctions de la violation d'une clause de non-concurrence par son débiteur

##### A. La violation de la clause de non-concurrence

Ainsi que le relève Y. Serra, « ce qui constitue essentiellement la transgression de l'obligation de non-concurrence réside dans le fait pour son débiteur de se mettre en situation de concurrence avec le créancier de non-concurrence dans les limites d'espace et de temps prohibées et cela en exerçant une activité concurrente pour son propre compte ou pour le compte d'autrui »<sup>129</sup>.

Aussi la violation de l'obligation de non-concurrence ne requiert-elle pas un acte de concurrence consommé: « Elle est réalisée lorsque le débiteur de non-concurrence se met en situation de concurrence avec le créancier de

<sup>127</sup> L. FREDERICO, *Traité de droit commercial belge*, t. II, *op. cit.*, p. 69; N. HALLEMESCH, « De niet-concurrentieverbindingen bij de overdracht van een handelsactiviteit », *op. cit.*, p. 34.

<sup>128</sup> Cass., 30 septembre 1960, Pas., 1961, I, p. 108.

<sup>129</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, n° 351.

non-concurrence.» La Cour de cassation française<sup>130</sup> a ainsi censuré un arrêt aux termes duquel « bien que le nouvel employeur ait fait des offres de services et des propositions commerciales à d'éventuels clients domiciliés dans des localités situées dans la zone prohibée par la clause de non-concurrence, celle-ci n'avait pas été violée car un acte de concurrence consommé suppose la réalisation d'une transaction incluant l'acte de vente et exclut tout ce qui est sollicitation, promesse, publicité, l'infraction à la clause de non-concurrence supposant l'existence d'un préjudice actuel et certain, ce qui exclut le fait d'une vente non exécutée ».

L'obligation de non-concurrence étant une obligation de résultat, la réalisation d'un acte de concurrence emporte une présomption de faute dans le chef du débiteur de l'obligation de non-concurrence<sup>131</sup>. Encore faut-il, assurément, que le bénéficiaire de la clause de non-concurrence apporte la preuve de cet acte. S'agissant d'un fait juridique, sa démonstration peut être faite par toutes voies de droit<sup>132</sup>.

## B. Les conséquences de la violation de l'obligation de non-concurrence

Il suit de l'article 1134, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil que le créancier d'une obligation contractuelle (de non-concurrence en l'occurrence) peut obtenir en justice la condamnation du débiteur récalcitrant à l'exécution en nature de l'obligation en question (3). Le créancier de non-concurrence peut, par ailleurs, solliciter la réparation par équivalent de la violation de l'obligation de non-concurrence sous la forme de dommages et intérêts (4). D'autre part, l'exception d'inexécution (1) et le droit de résolution en cas de manquement en vertu de l'article 1184 du Code civil (5) sont inhérents aux contrats synallagmatiques<sup>133</sup>. Enfin, un manquement contractuel peut faire l'objet d'un ordre de cessation s'il constitue en lui-même et indépendamment du contrat un acte de concurrence déloyale (2).

### 1) L'exception d'inexécution

L'exception d'inexécution, qui permet à chacune des parties de suspendre l'exécution de son obligation et de retenir ainsi ses propres prestations aussi longtemps que son cocontractant reste en défaut d'effectuer les siennes, est de droit dans les contrats synallagmatiques en raison de l'interdépendance des obligations

<sup>130</sup> Cass. fr., 27 juin 1984, D., 1985, I.R., p. 155.

<sup>131</sup> Voy. Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., n° 350.

<sup>132</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., n° 354.

<sup>133</sup> Voy. Cass., 4 février 2011, R.G. n° C.10.0443.N, www.juridat.be.

réciproques<sup>134</sup>. Dans ces contrats, chaque partie qui prouve que son cocontractant est resté en défaut d'exécuter ses engagements contractuels a en effet la possibilité, eu égard à l'interdépendance des engagements réciproques, de différer l'exécution de son propre engagement et de la reporter tant que la partie adverse ne satisfait pas à ses propres obligations<sup>135</sup>. Le principe général du droit relatif à l'exception d'inexécution<sup>136</sup> permet ainsi au contractant de procéder, sans intervention judiciaire<sup>137</sup>, à la suspension de l'exécution de ses propres obligations<sup>138</sup>.

En l'occurrence, le créancier de l'obligation de non-concurrence peut donc décider de suspendre l'exécution de ses propres obligations à l'égard de son cocontractant qui a méconnu l'obligation de non-concurrence qui s'imposait à lui<sup>139</sup>. Comme le relève Y. Serra, « [e]n pratique, l'exception d'inexécution peut présenter une utilité dans la cession d'une clientèle civile ou d'un fonds de commerce lorsque le cessionnaire n'a pas payé le prix en tout ou partie et que le cédant viole l'obligation de non-concurrence qui pèse sur lui. Dans une telle hypothèse, l'inexécution de l'obligation de non-concurrence par le cédant autorise le cessionnaire créancier de non-concurrence à suspendre le paiement du prix du cabinet ou du fonds, le cédant ne pouvant, à la fois, transférer la clientèle et la retenir en accomplissant des actes de concurrence ». Il va de soi, à l'inverse, que l'exception d'inexécution ne peut être invoquée par celui qui a déjà exécuté ses obligations<sup>140</sup>.

On rappellera que l'exception d'inexécution concerne non seulement les contrats synallagmatiques, mais encore les rapports synallagmatiques<sup>141</sup> ; elle trouve à s'appliquer à un ensemble de conventions formant, dans l'intention des parties, un ensemble indissociable, en sorte que l'inexécution des obliga-

<sup>134</sup> Voy. Cass., 24 avril 1947, Pas., 1947, I, p. 174; Cass., 14 mars 1991, Pas., 1991, I, p. 652; Cass., 2 novembre 1995, Pas., 1995, I, p. 977; Cass., 6 novembre 1997, Pas., 1997, I, p. 455; Cass., 22 avril 2002, Pas., 2002, p. 970.

<sup>135</sup> Voy. Cass., 26 mai 1989, Pas., 1989, I, p. 1020; Cass., 2 novembre 1995, Pas., 1995, I, p. 977; Cass., 24 septembre 2009, R.G. n° C.08.0346.N, www.juridat.be.

<sup>136</sup> Voy. Cass., 15 juin 1981, Pas., 1981, I, p. 1179; Cass., 6 mars 1986, Pas., 1986, I, p. 849; Cass., 26 mai 1989, Pas., 1989, I, p. 1020; Cass., 2 novembre 1995, Pas., 1995, I, p. 977; Cass., 15 juin 2000, Pas., 2000, p. 372; Cass., 22 avril 2002, Pas., 2002, p. 970; Cass., 21 novembre 2003, R.G. n° C.01.357.N, www.juridat.be; Cass., 24 septembre 2009, R.W., 2010-2011, p. 1346, note J. DE WEGGHELEIRE.

<sup>137</sup> Voy. Cass., 2 novembre 1995, Pas., 1995, I, p. 977; Cass., 24 septembre 2009, R.W., 2010-2011, p. 1346, note J. DE WEGGHELEIRE.

<sup>138</sup> Sur les conditions d'application de l'exception d'inexécution, voy. J.-H. HERBOTS, « L'exception d'inexécution et la mesure à garder dans le contrat de bail », R.C.J.B., 1990, pp. 574 et s.; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence (1985-1995). Les obligations: les sources », J.T., 1996, p. 746; B. DUBUISSON et J.-M. TRIGAUX, « L'exception d'inexécution en droit belge », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Études de droit comparé*, Bruylant - L.G.D.J., 2001, pp. 57 et s.; S. STIJNS, K. VANDERSCHOT et F. VERMANDER, « Schorsing en beëindiging van de huurovereenkomst naar gemeen recht », in M. DAMBRE, B. HUBEAU et S. STIJNS (dir.), *Handboek Algemeen Huurrecht*, Bruges, Die Keure, 2006, pp. 531 et s.

<sup>139</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., n° 356. Voy. infra.

<sup>140</sup> Voy. Cass., 22 avril 2002, R.G. n° C.99.0264.N, www.juridat.be.

<sup>141</sup> Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *Théorie générale du contrat*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Larcier, 2011, p. 754, n° 778; H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, 3<sup>e</sup> éd., 1964, p. 828.

tions résultant de l'une de ces conventions peut justifier la suspension des obligations résultant corrélativement d'une autre de ces conventions<sup>142</sup>. Jugé ainsi que lorsqu'il existe deux conventions entre parties, l'exception d'inexécution peut être invoquée lorsque les deux conventions forment, dans l'intention des parties, un ensemble indissociable et se trouvent dans un rapport synallagmatique<sup>143</sup>.

On rappellera également que l'exception d'inexécution «relève (...) de l'essence du contrat synallagmatique, de sorte qu'[elle] préexiste (...) à l'inexécution elle-même et au transfert des droits du créancier, quel que soit le moment auquel l'inexécution peut être invoquée»<sup>144</sup>, en manière telle que l'exception d'inexécution peut être opposée par le débiteur cédé au cessionnaire, quel que soit le moment auquel se situe l'inexécution<sup>145</sup>.

Encore importe-t-il, toutefois, que l'exception d'inexécution ne soit pas invoquée dans des conditions contraires à la bonne foi<sup>146</sup>, notamment par une partie qui se trouve elle-même à l'origine de l'inexécution de son cocontractant, cette dernière circonstance ne se déduisant cependant pas nécessairement, selon la Cour de cassation, de ce qu'elle n'a pas exécuté certaines de ses propres obligations<sup>147</sup>.

Le juge est en outre tenu d'examiner, le cas échéant, si l'exception d'inexécution n'a pas été invoquée en dehors des limites de la dépendance mutuelle entre les obligations synallagmatiques et si la partie qui l'invoque prouve que son cocontractant est resté en défaut d'exécuter son engagement synallagmatique<sup>148</sup>, l'exception ne pouvant être admise qu'en cas de manquement grave aux obligations essentielles du contrat, manquement dont la gravité est souverainement appréciée par le juge du fond<sup>149</sup>. Ce dernier apprécie ainsi souverainement, au regard de toutes les circonstances de la cause, si le manquement d'une partie à ses obligations contractuelles revêt un caractère de gravité justifiant l'invocation de l'exception d'inexécution de la convention par l'autre partie<sup>150</sup>. On notera, sur ce point, qu'il ne peut se déduire de la seule

<sup>142</sup> Cass., 25 octobre 1994, *Pas.*, 1995, p. 1251.

<sup>143</sup> Cass., 7 mars 2003, R.G. n° 1999/AR/2015, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>144</sup> Cass., 28 janvier 2005, R.G. n° C.04.0035.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be). Voy. aussi Cass., 13 septembre 1973, *Pas.*, 1974, I, p. 31; Cass., 27 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 133.

<sup>145</sup> Voy. Cass., 27 septembre 1984, *Pas.*, 1985, I, p. 133; M.-A. FLAMME, «Observations», *T. Aann./Entr. et dr.*, 1988, pp. 13-17.

<sup>146</sup> Voy. Cass., 18 mars 1971, *Pas.*, 1971, p. 669; Cass., 17 mars 1992, *Pas.*, 1992, p. 818; Cass., 15 juin 2000, *Pas.*, 2000, p. 372; Cass., 23 octobre 2009, R.G. n° C.07.0521.F, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>147</sup> Cass., 23 octobre 2009, R.G. n° C.07.0521.F, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>148</sup> Cass., 24 septembre 2009, R.G. n° C.08.0346.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>149</sup> Cass., 15 juin 1981, *Pas.*, 1981, p. 355.

<sup>150</sup> Voy. Cass., 21 novembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 586; Cass., 29 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 147; Cass., 23 octobre 2009, R.G. n° C.07.0521.F, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

circonstance que l'inexécution de ses engagements par un contractant n'est pas suffisamment grave pour prononcer la résiliation du contrat synallagmatique à ses torts que le cocontractant, qui invoque l'exception d'inexécution pour procéder à la suspension de ses propres engagements, commet ainsi une faute grave justifiant la résiliation du contrat à ses torts<sup>151</sup>. De plus, quand bien même il considérerait qu'une partie a suspendu prématurément l'exécution de son obligation, le juge peut prononcer la résolution du contrat à charge de la partie adverse sur la base de son appréciation de la gravité des manquements respectifs des deux parties<sup>152</sup>.

Il est à noter que le juge des référés peut intervenir pour empêcher une partie de se prévaloir abusivement de l'exception. Il peut ainsi ordonner que le contrat soit exécuté jusqu'à la décision au fond lorsque la suspension de l'exécution n'apparaît pas raisonnablement justifiée en l'état et que la riposte du créancier n'est pas proportionnée aux manquements du débiteur<sup>153</sup>.

On relèvera enfin que l'exception d'inexécution n'intéressant pas l'ordre public et n'étant pas davantage impérative, rien n'empêche les parties de renoncer conventionnellement à la possibilité de s'en prévaloir<sup>154</sup>. Dans un arrêt du 4 décembre 1986<sup>155</sup>, la Cour de cassation a jugé, à cet égard, que méconnaît la force obligatoire d'une convention le juge qui refuse d'appliquer intégralement la sanction prévue par une clause de ladite convention, dérogeant au principe général du droit permettant aux parties à un contrat synallagmatique d'invoquer l'exception d'inexécution, au seul motif que, s'agissant d'une clause dérogatoire au droit commun, il y a lieu de l'interpréter restrictivement.

## 2) L'action en cessation

La possibilité d'intenter une action en cessation, prévue par la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur, et dont la procédure est réglementée par une deuxième loi du 6 avril 2010 «concernant le règlement de certaines procédures dans le cadre de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur», permet aux entreprises d'intervenir rapidement pour faire cesser une pratique interdite, en matière de concurrence notamment.

<sup>151</sup> Cass., 24 septembre 2009, R.G. n° C.08.0346.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

<sup>152</sup> Cass., 6 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 455.

<sup>153</sup> Cass., 2 avril 1992, R.G. n° 91/427, [www.juridat.be](http://www.juridat.be) (en matière de bail).

<sup>154</sup> Voy. C. GOUX, «Les clauses relatives à l'exception d'inexécution», in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Charte, 2001, p. 158; E. SWAENEPOEL, «Bedingen over de exceptie van niet-uitvoering», in S. STIJNS et K. VANDERSCHOT, *Contractuele clausules rond de niet-uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers, Intersentia, 2006, p. 143.

<sup>155</sup> Cass., 4 décembre 1986, R.G. n° 5184, [www.juridat.be](http://www.juridat.be).

Aux termes de l'article 2 de la deuxième loi du 6 avril 2010, le président du tribunal de commerce, statuant comme en référé, « constate l'existence et ordonne la cessation d'un acte, même pénalement réprimé, constituant une infraction aux dispositions de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur » (art. 2, al. 1<sup>er</sup>). Il peut également « ordonner l'interdiction des pratiques du marché visées aux articles 83 à 99 de la loi précitée lorsqu'elles n'ont pas encore débuté, mais qu'elles sont imminentes » (art. 2, al. 2).

Si le juge des cessations est en principe incompétent sur cette base pour statuer en matière de violations contractuelles<sup>156</sup>, il est admis que lorsque l'acte de concurrence constitue à la fois un manquement contractuel et une faute extra-contractuelle constitutive d'un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché, la violation de la clause de non-concurrence peut faire l'objet d'une action en cessation. La cour d'appel de Liège relève ainsi clairement, dans un arrêt du 11 février 1994<sup>157</sup>, qu'un manquement contractuel peut faire l'objet d'un ordre de cessation « s'il constitue en lui-même et indépendamment du contrat un acte de concurrence déloyale ». Dans un arrêt du 21 février 1984, la cour d'appel de Bruxelles jugea également, en ce sens, que si le président du tribunal de commerce ne peut ordonner la cessation d'actes qui, n'étant pas en eux-mêmes contraires aux usages honnêtes, propres au commerce, ne se trouvent interdits qu'en vertu d'un contrat, l'action tendant à entendre ordonner la cessation d'une concurrence destructrice caractérisée par des actes discriminatoires qui violent des obligations qui pèsent sur tous – dont celle de respecter les règles d'une concurrence correcte – et qui ont nui aux membres de l'association demanderesse et au consommateur n'a pas une base contractuelle<sup>158</sup>.

On notera que le nouveau Code de droit économique, introduit par une loi publiée au *Moniteur belge* le 29 mars 2013, a vocation à supplanter diverses législations, en ce compris la loi du 6 avril 2010. Le livre IV de ce Code, relatif à la protection de la concurrence, établit des amendes administratives en cas d'infractions aux règles de concurrence ainsi que des astreintes en cas, notamment, de non-respect des décisions rendues par le Collège de la concurrence ou en cas de non-respect de certaines mesures provisoires. Un arrêté royal du 4 septembre 2013<sup>159</sup> détermine les délais et modalités de paiement de ces amendes et astreintes. L'action en cessation devrait, quant à elle, être régie par le livre XVII du Code, qui n'a toutefois pas encore été approuvé.

<sup>156</sup> Voy. C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », *op. cit.*, p. 57.

<sup>157</sup> Liège, 11 février 1994, *Ing.-Cons.*, 1994, p. 169.

<sup>158</sup> Bruxelles, 21 février 1984, *R.D.C.*, 1984, p. 22.

<sup>159</sup> *M.B.*, 6 septembre 2013.

### 3) L'exécution en nature

L'article 1142 du Code civil, aux termes duquel toute obligation de (ne pas) faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur, n'exclut pas que puisse être demandée par le créancier et ordonnée par le juge l'exécution en nature de l'obligation<sup>160</sup>, pour autant que celle-ci soit toujours possible<sup>161</sup> et ne relève pas de l'abus de droit<sup>162</sup>.

L'exécution directe constitue d'ailleurs le mode normal d'exécution forcée tant des obligations de faire que de celles de ne pas faire, l'exécution par équivalent ne s'imposant que lorsque l'exécution directe n'est pas ou n'est plus possible<sup>163</sup>. En effet, « le droit belge des obligations, issu du Code Napoléon, s'appuie sur le principe fondamental selon lequel les obligations doivent être exécutées en nature par le débiteur »<sup>164</sup>.

Aussi, la doctrine considère que l'article 1142 du Code civil s'inscrit « dans le contexte de l'inexécution de la condamnation *ad ipsam rem* d'une obligation contractuelle de faire ou de ne pas faire »<sup>165</sup> : c'est lorsque le débiteur d'une telle obligation se refuse à l'exécuter en nature qu'il est tenu au paiement de dommages et intérêts<sup>166</sup> (*voy. infra*).

Et P. Wéry de préciser, s'agissant des obligations personnelles du débiteur, qu'il convient de ne pas confondre ce à quoi le débiteur peut être condamné et ce qu'il advient en cas d'inexécution de la condamnation, c'est-à-dire de ne pas confondre, autrement dit, « l'effet obligatoire du jugement avec sa force exécutoire ou, si l'on préfère, la question de la condamnation *ad ipsam rem* de son exécution forcée en nature »<sup>167</sup>. Ainsi n'y a-t-il pas lieu de déduire de l'adage *nemo potest praecise cogi ad factum* que le juge ne pourrait enjoindre au débiteur d'une obligation personnelle d'exécuter celle-ci en nature<sup>168</sup>. Cet adage n'empêche pas, en effet, la condamnation du débiteur à l'exécution en nature d'une obligation qui lui est personnelle, cette condamnation ne « comport[ant] en soi aucune contrainte physique sur sa personne »<sup>169</sup>.

<sup>160</sup> Cass., 5 janvier 1968, *Pas.*, 1968, p. 567.

<sup>161</sup> Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, pp. 486-487, n° 506.

<sup>162</sup> *Ibid.*, pp. 487-488, n° 507.

<sup>163</sup> Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, p. 539.

<sup>164</sup> *Doc. parl.*, Sén., sess. extr. 1979, n° 177/2, p. 3.

<sup>165</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, p. 481, n° 499.

<sup>166</sup> Voy. notamment P. WÉRY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai). Une relecture des articles 1142 à 1444 du Code civil*, Coll. scientifique de la Faculté de droit de Liège, Kluwer, 1993, pp. 89 et s.

<sup>167</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, pp. 482-483, n° 501.

<sup>168</sup> Voy. Civ. Bruxelles (réf.), 1<sup>er</sup> mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 250.

<sup>169</sup> *Ibid.*

Le débiteur d'une clause de non-concurrence se verra ainsi condamné, par priorité, à l'exécution en nature de cette obligation. Y. Serra note à ce sujet que « lorsque le débiteur de non-concurrence n'exécute pas son obligation, la satisfaction du créancier de non-concurrence suppose qu'il obtienne une indemnité pour le préjudice passé et l'exécution forcée de la prestation de non-concurrence pour l'avenir »<sup>170</sup>. Il est donc « fréquent que le créancier d'une obligation de non-concurrence inexécutée prétende obtenir des dommages-intérêts pour réparer le préjudice passé et l'exécution en nature de l'obligation de non-concurrence pour le futur », « [l]a coexistence de ces deux sanctions assurant seule la complète satisfaction du créancier de non-concurrence »<sup>171</sup>.

On relèvera que le créancier de l'obligation de non-concurrence sera bien inspiré de demander au juge qu'il assortisse la condamnation de son cocontractant d'une astreinte<sup>172</sup>, celle-ci étant un moyen de pression fort utile. L'astreinte, qui peut être prononcée même lorsque la condamnation principale n'est pas susceptible d'exécution forcée en nature<sup>173</sup>, connaît peu d'exceptions, seules ne pouvant en être assorties les condamnations au paiement d'une somme d'argent<sup>174</sup> et les condamnations à l'exécution de contrats de travail<sup>175</sup>, cette dernière exception étant du reste interprétée strictement, les obligations constitutives du « noyau dur de la relation de travail »<sup>176</sup> étant seules visées, à l'exception notamment d'une obligation de non-concurrence post-contratuelle, par exemple<sup>177</sup>.

On notera enfin que si les conditions de sa compétence sont réunies<sup>178</sup>, le créancier de l'obligation de non-concurrence pourra s'adresser au juge des référés pour obtenir de celui-ci qu'il interdise la poursuite ou la reprise de la concurrence prohibée par convention<sup>179</sup>. Dans une ordonnance du 1<sup>er</sup> mars 2001, le juge des référés de Bruxelles, saisi d'une demande fondée sur une clause d'exclusivité, condamnait ainsi le pilote de Formule 1

<sup>170</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., n° 390.

<sup>171</sup> *Ibid.*, n° 392.

<sup>172</sup> Sur l'astreinte, voy. J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », *Rép. not.*, t. XIII, liv. 4, titre 6, 2006; J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « Astreinte », *Rép. not.*, t. XIII, liv. 4, titre 6, 2013; I. MOREAU-MARGRÈVE, « L'astreinte », *Ann. Dr. Lg.*, 1982. Pour des décisions de jurisprudence en matière de concurrence, voy. les références (françaises) citées in Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., n° 391.

<sup>173</sup> Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, op. cit., p. 506, n° 530.

<sup>174</sup> Voy. J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », op. cit., pp. 63 et s.

<sup>175</sup> Art. 1385bis, al. 1<sup>er</sup>, in fine, du Code judiciaire.

<sup>176</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, op. cit., p. 506, n° 530.

<sup>177</sup> J. VAN COMPERNOLLE, « L'astreinte », op. cit., pp. 66 et s.

<sup>178</sup> Sur ce point, voy. notamment, en matière de contrats de travail, C. trav. Bruxelles, 15 juin 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 427.

<sup>179</sup> Voy. C. GUYOT, « Les clauses de non-concurrence et de confidentialité dans les cessions d'actifs et d'actions », op. cit., p. 57.

Michael Schumacher à ne porter aucun autre casque que celui de son sponsor, sous une astreinte de 5 millions de francs belges par infraction<sup>180</sup>.

#### 4) L'octroi de dommages et intérêts

Les dommages et intérêts alloués au créancier de l'obligation de non-concurrence seront fixés judiciairement (a.), à moins que les parties n'aient assorti la clause de non-concurrence d'une clause pénale (b.).

##### a. L'évaluation judiciaire des dommages et intérêts

En vertu de l'article 1149 du Code civil, en cas d'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, le débiteur de l'obligation doit entièrement répondre de la perte subie par le créancier et du gain dont celui-ci a été privé, sous réserve de l'application des articles 1150 et 1151 du Code civil<sup>181</sup>.

Y. Serra relève à ce sujet que, en application de l'article 1149 du Code civil, « le juge doit chiffrer, d'une part, le préjudice résultant de la perte de la clientèle attachée à l'activité du créancier de non-concurrence et, d'autre part, le dommage occasionné par l'attraction, du fait de l'exercice de la concurrence prohibée, des relations d'affaires dont le créancier de non-concurrence aurait pu bénéficier »<sup>182</sup>.

P. Wéry fait toutefois remarquer que « [r]éduire le préjudice réparable à ces deux postes, aussi importants soient-ils, ne rend toutefois pas complètement compte des éléments du dommage »<sup>183</sup>. La Cour de cassation admet d'ailleurs que la réparation doit replacer la victime du dommage dans la situation dans laquelle elle se serait trouvée si son cocontractant n'avait pas manqué à son obligation<sup>184</sup>. Cette lecture de l'article 1149 du Code civil permet ainsi d'intégrer dans les éléments du dommage, notamment, le préjudice moral. Jugé en ce sens, par la Cour de cassation française, que la violation d'une clause de non-concurrence peut consister en un dommage moral dans le chef du créancier de l'obligation de non-concurrence<sup>185</sup>.

Il va de soi qu'il ne suffit pas, pour que la violation d'une clause de non-concurrence donne lieu à des dommages et intérêts, d'exciper de cette

<sup>180</sup> Civ. Bruxelles (réf.), 1<sup>er</sup> mars 2001, *J.T.*, 2001, p. 250.

<sup>181</sup> Voy. Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, p. 1100; Cass., 5 mars 1993, *Pas.*, 1993, p. 251; Cass., 15 avril 1996, *Pas.*, 1996, p. 113.

<sup>182</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., n° 377.

<sup>183</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, op. cit., p. 534, n° 556.

<sup>184</sup> Cass., 28 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 860; Cass., 9 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1100; Cass., 5 mars 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 251; Cass., 16 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 448.

<sup>185</sup> Voy. Cass. fr., 2 mars 1970, *Bull. civ.*, IV, n° 79; Cass. fr. (soc.), 17 janvier 1979, *Bull. civ.*, V, n° 42.

violation: encore faut-il apporter la preuve d'un préjudice en découlant<sup>186</sup>. L'inexécution d'une obligation contractuelle de résultat ne suffit en effet pas à enclencher la responsabilité contractuelle du débiteur; il faut en outre que le cocontractant du débiteur défaillant ait été préjudicié: «sans dommage, point de responsabilité»<sup>187</sup>. Comme le relève Y. Serra, «Le dommage résultant de la violation de l'obligation de non-concurrence s'exprime ordinairement par une perte de clientèle qui se traduit par une baisse du chiffre d'affaires réalisé par le créancier de non-concurrence; chiffre d'affaires représentatif du volume de la clientèle qui détermine les bénéfices dégagés par l'activité du créancier de non-concurrence. En pratique, le créancier d'une obligation de non-concurrence inexécutée arguera de la diminution de son chiffre d'affaires, du fléchissement de ses ventes et, d'une manière générale, de l'évolution négative de son activité»<sup>188</sup>. Le créancier de l'obligation de non-concurrence devra ainsi, «au soutien de sa demande en paiement de dommages-intérêts, faire état d'une perte de clientèle, d'une diminution du chiffre d'affaires ou encore de la perte de marchés. Avec la remarque que les effets de la concurrence développée par le débiteur de non-concurrence ne se traduisent, en ce qui concerne le niveau de la clientèle et du chiffre d'affaires, qu'avec un certain décalage dans le temps»<sup>189</sup>.

En outre, en application de l'article 1151 du Code civil, les dommages-intérêts dus au créancier en raison d'un manquement du débiteur ne doivent comprendre que ce qui est une «suite immédiate et directe», c'est-à-dire une «suite nécessaire»<sup>190</sup>, de l'inexécution de la convention. Un «trait d'union» est en effet requis entre la faute et le dommage<sup>191</sup>. Conformément à l'article 1315 du Code civil, c'est le créancier qui supporte la charge de la preuve du lien causal. Selon une certaine jurisprudence de la Cour de cassation française<sup>192</sup> – semble-t-il toutefois dépassée<sup>193</sup> –, le lien de causalité devrait cependant, comme la faute du débiteur elle-même, se présumer lorsque l'obligation inexécutée imposait à celui-ci d'atteindre un résultat déterminé. Dans le domaine qui nous occupe, il s'avère «difficile d'établir avec certitude un lien de cause à effet, un rapport de causalité entre la violation de l'obligation de non-concurrence et la perte de clientèle, celle-ci pouvant résulter de la conjoncture

<sup>186</sup> Voy. Cass. fr., 25 juin 1936, D.H., 1936, p. 380.

<sup>187</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, op. cit., pp. 532-533, n° 554.

<sup>188</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., n° 374.

<sup>189</sup> *Ibid.*, n° 375.

<sup>190</sup> Cass., 24 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 1087. Voy. aussi H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, p. 143, n° 110; P. VAN OMMESLAGHE, «Examen de jurisprudence (1974-1982). Les obligations», R.C.J.B., 1986, pp. 219-220.

<sup>191</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, op. cit., p. 959.

<sup>192</sup> Cass. fr., 16 février 1988, *Bull.*, 1998, I, p. 27.

<sup>193</sup> Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, op. cit., p. 537, n° 559 et les références citées.

économique, d'une mauvaise gestion, d'une concurrence autre que celle développée par le débiteur de non-concurrence...», de sorte que, «la plupart du temps, le juge se satisfait d'un rapport de causalité vraisemblable qui est trouvé dans la constatation d'une coïncidence entre la violation de l'obligation de non-concurrence et la diminution du chiffre d'affaires réalisé par le créancier de non-concurrence»<sup>194</sup>.

Si la réparation doit en principe<sup>195</sup> être intégrale<sup>196</sup>, «l'indemnisation en raison d'une inexécution contractuelle a[yant] pour but de mettre le créancier dans la situation dans laquelle il se serait trouvé si le débiteur avait respecté son obligation»<sup>197</sup>, l'article 1150 du Code civil ajoute que «Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée». Ce n'est ainsi que le dommage «prévisible» qui doit être réparé par le débiteur<sup>198</sup>.

Qu'il soit matériel ou moral, le dommage subi du fait de la méconnaissance de la clause de non-concurrence n'est pas aisé à évaluer. Ainsi que le relève Y. Serra sur la base d'un examen de la jurisprudence française, «Pour calculer le montant des dommages-intérêts à allouer au créancier de non-concurrence les juges prennent souvent pour référence le chiffre d'affaires réalisé par le débiteur de non-concurrence dans l'exercice de l'activité qui lui était interdite»<sup>199</sup>. Dans un arrêt du 2 mai 1996, la cour du travail de Liège<sup>200</sup> a, quant à elle, précisé que le dommage subi par l'ancien employeur ne pouvait être évalué sur la base de la diminution du chiffre d'affaires brut constaté après le départ d'un délégué commercial qui avait violé la clause de non-concurrence qu'il avait contractée. On rappellera à cet égard que le juge peut recourir à une évaluation *ex aequo et bono* du montant de l'indemnité du dommage destiné à réparer le dommage s'il indique les motifs pour lesquels il ne peut admettre le mode de calcul proposé par la victime et constate en outre l'impossibilité de déterminer autrement le dommage tel qu'il l'a caractérisé<sup>201</sup>.

<sup>194</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., n° 374.

<sup>195</sup> Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, op. cit., pp. 564-565, n° 591-1.

<sup>196</sup> Voy. notamment I. DURANT et N. VERHEYDEN-JEANMART, «Les dommages et intérêts accordés au titre de la réparation d'un dommage contractuel», in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles – Études de droit comparé*, Bruylant – L.G.D.J., 2001, pp. 311 et s.

<sup>197</sup> Cass., 28 septembre 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 860. Voy. *supra*.

<sup>198</sup> Sur ce point, voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, op. cit., pp. 537-538, n° 560.

<sup>199</sup> *Ibid.*

<sup>200</sup> C. trav. Liège, 2 mai 1996, J.L.M.B., 1996, p. 1404.

<sup>201</sup> Voy. Cass., 16 avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 448; Cass., 20 septembre 2001, *Pas.*, 2001, p. 1436; Cass., 9 octobre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2204; Cass., 18 avril 2011, R.G. n° C.10.0584.F, www.juridat.be.

Enfin, on rappellera également que les dommages et intérêts punitifs sont proscrits en droit belge<sup>202</sup>. La Cour de cassation déclarait ainsi, dans un arrêt du 10 octobre 1972<sup>203</sup> : « l'action en réparation d'un dommage moral n'ayant pas pour objet d'infliger une peine privée à la partie responsable du dommage, l'indemnité ne peut être proportionnelle à la gravité de la faute; cette indemnité a pour objet l'allègement d'une douleur, d'un chagrin ou de quelque autre préjudice moral et de réparer dans cette mesure le dommage subi. »<sup>204</sup>

b. *La mise en œuvre d'une clause pénale*

« La clause pénale permet aux parties contractantes de déterminer, par avance et de manière forfaitaire, l'indemnisation que le débiteur devra s'il manque fautivement à son obligation. »<sup>205</sup>

Comme le relève P. Wéry, « Malgré l'adjectif « pénale » qui lui est accolé, il ne fait aucun doute que la clause ne peut être une peine »<sup>206</sup>. L'article 1126 du Code civil définit en effet la clause pénale comme la clause « par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution », ce qui « est l'affirmation très claire de la fonction nécessairement indemnitaire qui est dévolue à la clause pénale »<sup>207</sup>.

La clause pénale a pour effet de dispenser le créancier de la preuve du dommage et de son *quantum*. La Cour de cassation a ainsi jugé, dans un arrêt du 3 février 1995, que « si l'inexécution de l'obligation dont le manquement est sanctionné par une clause pénale ne suffit pas et qu'il y a également lieu d'examiner si la somme stipulée est susceptible de réparer le dommage éventuel résultant de l'inexécution, la somme stipulée à la clause pénale ne doit pas coïncider avec un dommage réel; que ceci priverait en effet la clause pénale de toute utilité » et que, bien que la somme stipulée à titre de clause pénale ne puisse être qu'une indemnisation du dommage pouvant résulter pour le créancier de l'inexécution de l'obligation, il suit des articles 1226 et 1229, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code civil que le créancier ne peut être obligé de démontrer qu'il a subi réellement un dommage<sup>208</sup>.

<sup>202</sup> Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, pp. 564, n° 591.

<sup>203</sup> Cass., 10 octobre 1972, *Pas.*, 1973, I, p. 147.

<sup>204</sup> Cass., 10 octobre 1972, *sommaire*, www.juridat.be.

<sup>205</sup> P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, p. 685, n° 694 et les nombreuses références citées.

<sup>206</sup> *Ibid.*, pp. 690-691, n° 698.

<sup>207</sup> *Ibid.*

<sup>208</sup> Cass., 3 février 1995, *R.W.*, 1995-1996, p. 226. Voy. aussi Cass., 26 janvier 2001, *Pas.*, p. 178.

Dans un arrêt du 24 mai 2012<sup>209</sup>, la cour d'appel de Liège relevait que lorsqu'il fait application de l'article 1231 du Code civil, le juge ne peut exercer qu'un contrôle marginal en se replaçant au jour de la conclusion de la convention et rappelait que « Ce n'est que s'il est établi que le montant exigé à titre indemnitaire est certainement, incontestablement et indubitablement excessif, en ce sens qu'il est établi qu'aucune personne raisonnable concluant un tel contrat n'évaluerait forfaitairement l'indemnité du dommage prévisible à ce moment à une somme aussi importante (que ...) le juge peut réduire la somme originellement stipulée. (...) Il se doit certainement de résister à la tentation de modifier *post factum* la teneur du contrat dans les causes où la clause pénale n'exède pas manifestement le montant de l'éventuel dommage, en allouant une indemnité « équitable » par le motif qu'à son sens, le dommage est surévalué »<sup>210</sup>.

Si le créancier peut en principe réclamer l'exécution en nature de l'obligation au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur, conformément à l'article 1228 du Code civil, il ne peut évidemment, comme le précise l'article 1229, réclamer la condamnation du débiteur à la fois à lui payer une clause pénale et à l'exécution en nature de la convention litigieuse ou à l'indemnisation *ex aequo et bono* de son dommage résultant de la non-exécution de celle-ci, dès lors que la clause pénale est la compensation du dommage résultant de l'inexécution de l'obligation principale<sup>211</sup>.

5) *La résolution de la convention*

L'article 1184, alinéa 2, du Code civil dispose que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts », de sorte que le créancier dispose d'un droit d'option<sup>212</sup>. S'il opte pour la résolution du contrat et que celle-ci est insuffisante à elle seule pour réparer l'intégralité de son dommage, le créancier pourra réclamer, en outre, des dommages et intérêts complémentaires destinés à réparer le dommage qui subsiste<sup>213</sup>.

Comme le relève Y. Serra, à cet égard, « En application du droit commun des contrats, le créancier d'une obligation de non-concurrence inexécutée peut, dans certaines hypothèses, poursuivre et obtenir l'antécipement du contrat

<sup>209</sup> Liège, 24 mai 2012, R.G. n° 2011/RG/686, www.juridat.be.

<sup>210</sup> Concl. Av. gén. BRESSELEERS précédant Cass., 30 mars 2001, R.G. n° C.00.0062.N, www.juridat.be.

<sup>211</sup> Voy. Liège, 6 mars 2012, R.G. n° 2011/RG/337, www.juridat.be.

<sup>212</sup> Voy. Cass., 5 septembre 1980, *Pas.*, 1981, I, p. 17; Cass., 22 mai 1981, *Pas.*, 1981, I, p. 1267; Cass., 15 avril 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 373.

<sup>213</sup> Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 848, n° 890.

dont cette obligation de non-concurrence constitue un élément. (...) La sanction de la violation de l'obligation de non-concurrence peut tout d'abord résider dans la décision unilatérale du créancier de non-concurrence de mettre fin au contrat. (...) Par ailleurs, certaines conventions (...) contiennent parfois une clause résolutoire appelée à jouer lorsque l'une des parties n'exécute pas ses obligations. Clause résolutoire que l'on peut envisager de mettre en œuvre lorsque le débiteur de non-concurrence viole son obligation, de même qu'il est possible pour le créancier de non-concurrence, en l'absence d'une telle clause, de saisir le juge pour lui demander de prononcer la résolution judiciaire du contrat en application de l'article 1184 du Code civil»<sup>214</sup>.

a) *La résolution judiciaire et unilatérale*

L'article 1184 du Code civil dispose : «La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.»

Le droit de demander la résolution, qui suppose un manquement fautif<sup>215</sup> d'une gravité suffisante<sup>216</sup> dans le chef du débiteur, trouve son fondement dans l'interdépendance des obligations résultant du contrat synallagmatique<sup>217</sup>.

Si, en vertu de l'article 1184, alinéa 3, du Code civil, qui énonce que «le contrat n'est point résolu de plein droit», la résolution d'un contrat synallagmatique pour cause de manquement doit en principe être demandée en justice<sup>218</sup>, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer, dans son arrêt *Belgische Spaarbankenvereniging contre Argenta*, du 2 mai 2002<sup>219</sup>, confirmé par un arrêt du

<sup>214</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, op. cit., n° 357.

<sup>215</sup> Voy. V. PIRSON, «Les clauses relatives à la résolution des contrats», in P. WÉRY (dir.), *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, p. 97.

<sup>216</sup> Voy. M. FONTAINE, «La mise en œuvre de la résolution des contrats synallagmatiques pour inexécution fautive», note sous Cass., 16 janvier 1986, R.C.J.B., 1991, p. 13.

<sup>217</sup> Voy. S. STIJNS, «Résolution judiciaire et non judiciaire des contrats pour inexécution», in *La théorie générale des obligations*, CUP, vol. 27, Liège, 1998, pp. 207-208; P. VAN OMMESLAGHE, «La sanction de l'inexécution des obligations contractuelles», T.P.R., 1984, pp. 213-214; Cass., 22 avril 2002, Pas., 2002, p. 970; Cass., 28 janvier 2005, Pas., 2005, p. 240; Cass., 4 février 2011, R.G. n° C.10.0443.N, www.juridat.be.

<sup>218</sup> Voy. notamment H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, op. cit., p. 845; S. STIJNS, «Résolution judiciaire et non judiciaire des contrats pour inexécution», op. cit., pp. 169 et s.

<sup>219</sup> Cass., 2 mai 2002, R.W., 2002-2003, p. 501, note A. VAN OEVELEN, «De buitengerechtelijke ontbindingsverklaring van wederkerige overeenkomsten wegens wanprestatie door het Hof van cassatie aanvaard»; R.G.D.C., 2003, p. 337, note S. STIJNS, «De buitengerechtelijke ontbinding wegens wanprestatie in wederkerige overeenkom-

9 février 2009<sup>220</sup>, que cette règle ne fait pas obstacle à ce qu'une partie à un contrat synallagmatique décide, de sa propre autorité et à ses propres risques, de ne plus exécuter ses obligations et de notifier à son cocontractant qu'elle considère le contrat comme résolu. Selon la Cour, l'appréciation de la régularité de cette décision unilatérale sera soumise, le cas échéant, au contrôle du juge par l'introduction ultérieure d'une demande tendant à la résolution judiciaire et, lors de l'appréciation des conséquences de la résolution et des droits que les parties peuvent invoquer, le juge appelé à statuer sur la résolution judiciaire pourra décider qu'eu égard au(x) manquement(s) de son adversaire, la partie cocontractante n'a pas commis de faute en considérant unilatéralement le contrat comme résolu.

On rappellera que, conformément à l'article 1139 du Code civil, la résolution qui sanctionne l'inexécution de l'obligation ne peut être mise en œuvre qu'après que le débiteur défaillant a été mis en demeure<sup>221</sup> de s'exécuter, sauf si cette mise en demeure est inutile, lorsque l'exécution en nature de l'obligation est devenue impossible ou n'offre plus d'utilité pour le créancier.

b) *La mise en œuvre d'une clause résolutoire expresse*

Comme le relève V. Pirson, «[l]e caractère supplétif de l'article 1184 du Code civil et le principe de l'autonomie de la volonté permettent aux contractants d'organiser, pour leur contrat, un régime propre de résolution»<sup>222</sup>. Sauf dans les matières où une telle clause est interdite légalement, les parties sont ainsi libres d'insérer, dans tout contrat synallagmatique, une clause résolutoire expresse aux termes de laquelle la violation dudit contrat ou de l'une des clauses qu'il contient mettra fin à ce dernier.

Le rôle du juge amené à contrôler *a posteriori*<sup>223</sup> la mise en œuvre par l'un des cocontractants de la clause résolutoire expresse contenue dans le contrat qui lie les parties peut consister à constater que la clause est interdite par le législateur, à aplanir les difficultés d'interprétation de la clause en se fondant sur l'intention commune des parties, à se pencher sur la régularité formelle de l'application du pacte comissoire ou à censurer l'exercice abusif du pacte, lorsque le créancier y a recouru dans des conditions contraires à la bonne foi<sup>224</sup>.

ten: door het Hof van cassatie erkend, doch tegelijk miskend»; R.C.J.B., 2004, p. 258, note P. WÉRY, «La résolution unilatérale des contrats synallagmatiques, enfin admise?».

<sup>220</sup> Cass., 16 février 2009, J.T., 2010, p. 352, note M. DUPONT.

<sup>221</sup> Voy. P. WÉRY, «La mise en demeure en matière d'obligations contractuelles», in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, Éd. Jeune Barreau de Bruxelles, 2000, pp. 316-317; V. PIRSON, «Les clauses relatives à la résolution des contrats», op. cit.; Cass., 9 avril 1976, Pas., 1976, I, p. 887.

<sup>222</sup> V. PIRSON, «Les clauses relatives à la résolution des contrats», op. cit., p. 105.

<sup>223</sup> La clause résolutoire expresse supprime l'intervention préalable du juge (voy. *ibid.*, p. 126).

<sup>224</sup> Liège, 8 mars 2012, R.G. n° 2011/RG/17, www.juridat.be.

Mais, hors ces champs d'intervention, « [l]e juge est lié par la clause et il ne pourra que constater que la résolution est intervenue, conformément à la volonté des parties, sans pouvoir l'apprécier »<sup>225</sup>. Ainsi, comme l'a récemment relevé la cour d'appel de Liège : « Lorsque la clause a stipulé la résolution pour toute faute contractuelle, le juge ne peut en aucun cas apprécier la gravité du manquement : il doit s'incliner devant cette volonté des parties d'ériger, par avance, toute violation du contrat en un manquement fatal. »<sup>226</sup>

c) *Le sort de la clause de non-concurrence en cas de résolution du contrat*

Dès lors que la résolution entraîne la disparition du contrat<sup>227</sup> se pose la question, dans cette hypothèse, du sort de la clause de non-concurrence, qui est l'accessoire du contrat résolu.

Par un arrêt du 29 novembre 1989, la Cour de cassation française relevait que « la partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté a le choix, ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages-intérêts », en telle manière qu'à la suite de la résolution de la convention, le créancier de l'obligation de non-concurrence peut prétendre à l'octroi de dommages et intérêts, mais non à l'obtention de l'interdiction pour son (ex-)cocontractant de poser des actes de concurrence contrevenant à la clause dont ladite convention était assortie. Ainsi, selon la Cour de cassation française, « la résolution entraînant l'anéantissement rétroactif du contrat, le juge en la prononçant ne peut, en même temps, ordonner l'exécution d'obligations qui étaient contenues dans le contrat résolu. Comme l'indique l'article 1184 du Code civil dans son deuxième alinéa, le créancier de l'obligation inexécutée se voit offrir le choix entre deux possibilités : l'exécution forcée ou la résolution mais l'une est exclusive de l'autre »<sup>228</sup>.

La doctrine de relever, toutefois : « Certaines clauses du contrat sont [, malgré la résolution de celui-ci,] maintenues pour l'avenir, précisément celles qui étaient relatives à la cessation du contrat, par exemple la clause pénale stipulée pour le cas d'inexécution, ou encore la clause stipulant que l'ouvrier, après la rupture de son contrat, ne pourra se faire embaucher chez un concurrent. »<sup>229</sup>

<sup>225</sup> V. PIRSON, « Les clauses relatives à la résolution des contrats », *op. cit.*, p. 126.

<sup>226</sup> Liège, 8 mars 2012, R.G. n° 2011/RG/17, www.juridat.be. Dans le même sens, voy. notamment Liège, 24 avril 1989, J.L.M.B., 1990, p. 470.

<sup>227</sup> Voy. H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. II, *op. cit.*, p. 841, n° 882.

<sup>228</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, n° 357.

<sup>229</sup> A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, 4<sup>e</sup> éd., Dalloz, n° 490.

Selon P.A. Forières et Ch. de Leval, les clauses de non-concurrence font normalement partie de ces clauses qui survivront à la dissolution du contrat dès lors qu'elles ont une vocation post-contractuelle<sup>230</sup>.

Selon Y. Serra, « Lorsqu'on est en présence d'un contrat à exécution successive dont les effets se sont développés dans le temps et que la nature de ce contrat a permis à l'un des contractants d'établir des relations avec la clientèle appartenant à l'autre partie ou a conduit à confier à l'une des parties des éléments attractifs de clientèle – contrat de travail, de location-gérance de fonds de commerce ou encore de franchise – il ne paraît pas souhaitable que la résolution du contrat interdise toujours le jeu de la clause de non-concurrence prévue pour l'après-contrat »<sup>231</sup>. Dans certains cas, en effet, « l'application de la clause de non-concurrence [contribue] à maintenir l'équilibre contractuel d'une convention qui, bien que résolue, avait effectivement et irrémédiablement développé ses effets ou partie de ses effets dans le passé. Par contre, dans d'autres variétés de contrats contenant des clauses de non-concurrence, il serait absurde d'envisager une telle solution. C'est le cas, par exemple, de la vente de fonds de commerce. La vente étant résolue, la question ne se posera bien évidemment pas de savoir si la clause de non-concurrence souscrite par le vendeur doit recevoir application ».

Il sera néanmoins des cas de figure dans lesquels le maintien de la clause de non-concurrence tombera avec le contrat. Ainsi devrait-il en aller lorsque la clause est stipulée en faveur de la partie qui, par sa faute, a conduit à la résolution du contrat<sup>232</sup>.

Sous-section 2

**La responsabilité du tiers complice de la violation de l'obligation de non-concurrence**<sup>233</sup>

Tout acte de participation, en connaissance de cause, d'un tiers à la commission de la faute contractuelle par le débiteur le rend tiers complice de cette faute, engageant par là la responsabilité aquilienne du tiers complice envers le

<sup>230</sup> P.A. FORIÈRES et Ch. DE LEVAL, « Les effets de la dissolution du contrat sur les dispositions contractuelles », in J.-F. GERMAIN (dir.), *Questions spéciales en droit des contrats*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 183.

<sup>231</sup> Y. SERRA, *La non-concurrence en matière commerciale, sociale et civile*, *op. cit.*, n° 357.

<sup>232</sup> P.A. FORIÈRES et Ch. DE LEVAL, *op. cit.*, p. 184.

<sup>233</sup> Sur la théorie de la tierce complicité, voy. notamment R. KRUIHOF, « La théorie de la tierce complicité en droit privé. Plus de soixante-dix années d'incertitude juridique », note sous Cass., 21 avril 1978, R.C.J.B., 1980, p. 97; Y. MERCHERS, « La tierce complicité de la violation d'une obligation contractuelle. Fin d'une incertitude », note sous Cass., 22 avril 1983, R.C.J.B., 1984, p. 366; J.-L. FAGNART, « La tierce complicité et les usages honnêtes en matière commerciale », R.D.C., 1989, p. 469; L. SIMONT, « Réflexions sur la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle », in *Liber amicorum Robert Pirson*, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 355 et s.

créancier de l'obligation violée<sup>234</sup>. Le cocontractant fautif et le tiers complice de la violation de l'obligation contractuelle seront généralement tenus *in solidum* à l'indemnisation de la victime<sup>235</sup>, une condamnation à une exécution en nature n'étant toutefois pas exclue<sup>236</sup>.

Les obligations de non-concurrence font partie des domaines classiques d'application de la tierce complicité. Ainsi, dans un arrêt du 4 décembre 1986<sup>237</sup>, la cour d'appel de Bruxelles jugeait qu'en participant à la violation, par un ancien employé du concessionnaire, de l'obligation de non-concurrence qui pesait sur lui, le concédant avait commis une faute et qu'il suffisait qu'il ait eu ou qu'il ait pu avoir connaissance de la clause de non-concurrence qui liait cet employé et son concessionnaire, et qu'il ait sciemment coopéré à sa violation pour voir sa responsabilité engagée.

Aux termes de l'arrêt de la cour du travail de Liège du 2 mai 1996 précité, il importe peu que le salarié démissionnaire ait collaboré avec le tiers en qualité de salarié, comme collaborateur indépendant ou au travers d'une société. D'autre part, selon la cour, la réparation à laquelle le tiers est solidairement tenu ne peut dépasser le montant de la condamnation mise à charge du salarié.

Dans un arrêt du 29 décembre 1987, la cour d'appel de Bruxelles<sup>238</sup> a jugé à cet égard que l'appelant, défendeur originaire, qui avait utilisé, après la résolution du contrat de distribution exclusive qui liait à l'intimée la société dont il était le gérant, les renseignements qu'il détenait du fait de ce contrat pour lancer sa propre publication directement concurrente, sous un titre similaire et en dépit de la clause de non-concurrence inscrite dans le contrat, s'était rendu coupable de tierce complicité en amenant sa société à violer cette clause. La cour décida en conséquence d'interdire la diffusion de la revue incriminée ou de toute autre revue ayant un contenu similaire, éditée par l'appelant ou une société qu'il constituerait, sous astreinte, jusqu'à l'échéance de la clause de non-concurrence.

<sup>234</sup> Voy. P. WÉRY, *Droit des obligations*, vol. I, *op. cit.*, pp. 618 et s.

<sup>235</sup> Voy. Liège, 28 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 77.

<sup>236</sup> Voy. Cass., 27 avril 2006, R.G. n° C.04.0591.N, [www.juridat.be](http://www.juridat.be); Cass., 30 janvier 1965, *Pas.*, 1965, I, p. 538.

<sup>237</sup> Bruxelles, 4 décembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 77.

<sup>238</sup> Bruxelles, 29 décembre 1987, *Ing.-Cons.*, 1988, p. 56.

## Conclusion

Les clauses de non-concurrence ne font l'objet, en droit commun, d'aucune disposition particulière. Sauf à admettre que le critère de légalité, récemment dégagé par la Cour de cassation, s'ajoute aux critères traditionnellement retenus pour apprécier la validité de ces clauses, l'insertion de celles-ci est, par application de la liberté contractuelle des parties, en principe licite. L'importance reconnue à la liberté de commerce et d'industrie explique toutefois que des limites strictes encadrent la liberté des contractants à cet égard. Les clauses de non-concurrence doivent ainsi être justifiées par un intérêt légitime et demeurer proportionnelles à l'atteinte à la liberté de concurrence. Il convient, à cette fin, qu'elles soient limitées dans le temps, dans l'espace et quant à l'activité visée, la doctrine et la jurisprudence étant toutefois divisées en ce qui concerne la question de savoir s'il s'agit là de conditions cumulatives ou non.

Il est, par ailleurs, des contrats qui contiennent une obligation de non-concurrence implicite, obligation qui peut être modulée par des stipulations expresses des parties, pour autant que le débiteur ne s'exonère pas totalement.

Conformément aux règles du droit commun des contrats, le bénéficiaire d'une clause de non-concurrence, qu'elle soit expresse ou implicite, dispose de divers moyens d'action qu'il peut mettre en œuvre en cas de violation de cette clause par son cocontractant et, le cas échéant, par un tiers : exécution en nature ou par équivalent, dommages et intérêts, résolution de la convention, exception d'inexécution...