

Bruxelles, le 21 janvier 2022

Objet : Clauses de non-concurrence - Rôle et jurisprudence de la Commission des bons offices

La convention collective de travail n° 1 du 12 février 1970 concernant la clause dérogatoire de non-concurrence a créé une Commission de bons offices qui a été chargée de donner son avis sur la conformité des clauses dérogatoires figurant dans les contrats de travail de certains employés avec les principes de la loi relative aux contrats de travail et de la convention n° 1.

Cette convention fut ultérieurement adaptée en fonction des nouvelles dispositions de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail et notamment de son article 86, § 2, qui prévoit que les formes et conditions de la clause dérogatoire de non-concurrence seront fixées par une convention conclue au sein du Conseil national du Travail.

En ce qui concerne les clauses ordinaires de non-concurrence, la loi de 1978 a en outre donné par son article 65 une compétence d'avis à la Commission des bons offices.

Depuis 1970, cette Commission a émis 28 avis en matière de clause dérogatoire de non-concurrence. Elle n'a jamais été saisie de demandes en application de l'article 65 précité.

Le Secrétariat a établi une note d'information concernant d'une part la composition et les missions de la Commission des bons offices et donnant d'autre part une synthèse de ses avis en matière de clauses dérogatoires de non-concurrence.

X X X

CLAUSE DE NON-CONCURRENCE

ROLE ET JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION DES BONS OFFICES

INTRODUCTION

L'article 86, § 2 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail permet de déroger pour certaines entreprises et pour certains employés à des dispositions de l'article 65 de la loi du 3 juillet 1978 qui réglementent les clauses de non-concurrence souscrites par les ouvriers et les employés.

L'article 86 prévoit que les formes et conditions de la clause dérogatoire de non-concurrence seront fixées par une convention conclue au sein du Conseil national du Travail.

Tel est l'objet de la convention collective n° 1 bis du 21 décembre 1978 adaptant à la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail la convention collective de travail n° 1 du 12 février 1970 concernant la clause dérogatoire de non-concurrence (AR du 6 mars 1979 - MB du 7 avril 1979) et de la convention collective n° 1 ter du 28 février 1980 modifiant l'article 10 de la convention n° 1 bis (AR du 4 avril 1980 - MB du 10 juin 1980).

Ces conventions collectives, outre la détermination des formes et conditions de la clause dérogatoire de non-concurrence ont créé une Commission des bons offices.

Cette Commission est compétente pour donner son avis sur la conformité des clauses dérogatoires de non-concurrence avec les principes énoncés à l'article 86, § 2 de la loi du 3 juillet 1978 et dans la convention collective n° 1 bis.

L'article 65 de la loi du 3 juillet 1978 lui donne également une compétence d'avis en ce qui concerne les clauses de non-concurrence en général.

La Commission des bons offices créée par la convention collective n° 1 du 12 février 1970 a émis jusqu'à présent 28 avis en matière de clause dérogatoire de non-concurrence ; elle ne s'est jamais prononcée pour des clauses ordinaires de non-concurrence en application de l'article 65 précité.

La présente note après avoir rappelé la mission de la Commission des bons offices donne une synthèse des interprétations généralement données par cette Commission dans ses avis.

I. COMMISSION DES BONS OFFICES

A. Composition de la Commission

Selon l'article 7 de la convention n° 1 bis, cette Commission est composée de personnalités expertes en la matière et indépendantes des organisations signataires de la convention.

Cette Commission est composée :

- d'un membre désigné par les organisations de travailleurs ;
- d'un membre désigné par les organisations d'employeurs ;
- d'un président coopté par ces deux membres qui est actuellement le Président du Conseil national du Travail.

Ces deux membres sont respectivement M. WINDEY, ancien Président du Conseil national du Travail et M. WANTIEZ, Avocat et professeur d'une part aux Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur et d'autre part, à l'ICHEC.

Le Secrétariat est assuré par le Secrétariat du Conseil national du Travail.

Cette Commission est compétente pour tout le territoire national afin de garantir l'unité de jurisprudence.

B. Compétence de la Commission

Dans le cadre de la convention collective n° 1, la Commission des bons offices n'était compétente qu'en matière de clauses dérogatoires de non-concurrence, sa compétence a été étendue par l'article 65 de la loi du 3 juillet 1978, dans certains cas, aux clauses ordinaires de non-concurrence.

1. Clauses dérogatoires de non-concurrence

La Commission donne son avis sur la conformité des clauses dérogatoires de non-concurrence avec les principes et dispositions énoncés aux articles 86, § 2 et 65 de la loi du 3 juillet 1978 et dans la convention collective n° 1 bis.

La compétence de cette Commission est cependant limitée :

- a. elle ne se prononce que lorsqu'elle est invitée à le faire par les parties en cause ;
- b. elle ne concerne que les clauses de non-concurrence individuelles ou applicables à un groupe d'employés appartenant à la même entreprise, à l'exclusion des conventions collectives conclues pour une branche d'activité ;
- c. elle donne son avis :
 - soit au moment de la conclusion du contrat de travail d'employé et dans un délai de 2 mois à partir de ce moment ;
 - soit lorsque des modifications sont apportées à une clause existante ou que l'employeur manifeste l'intention de modifier la clause ;
 - soit lorsque la clause est effectivement appliquée ou que l'employeur manifeste son intention de l'appliquer effectivement.

Les avis à donner par la Commission portent sur les points suivants :

- La conformité de la clause avec les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé

Dans ce cas, la Commission examine notamment si les conditions d'application de la clause aux employés sont remplies conformément à l'article 65, § 2 de la loi (montant de la rémunération annuelle, obligation d'un écrit, activités similaires ...).

- La validité des dispositions de la clause qui dérogent au régime général

La Commission examine d'une part si les conditions sont réunies pour qu'une dérogation soit licite ; c'est-à-dire si l'entreprise a un champ d'activité international et/ou un service de recherches propre et si l'employé exerce réellement une fonction qui lui permet de se mettre au courant des particularités propres à l'entreprise.

Elle examine d'autre part le contenu même des clauses dérogatoires et notamment la durée, l'aire géographique et les cas où la clause produirait ses effets lorsqu'il est mis fin au contrat.

- Le montant de l'indemnité due à l'employé en cas d'application de la clause

Sur ce point, la Commission ne doit pas précisément se prononcer sur un montant en chiffres absolus mais donner des indications fondées sur certains éléments (cf. infra II., B., 1., e.).

Etant donné que la Commission ne donne que des avis, la compétence des Tribunaux reste intacte.

2. Clause ordinaire de non-concurrence

En application de l'article 65 de la loi du 3 juillet 1978, l'avis de la Commission des bons offices peut également être requis dans les cas suivants :

- lorsque le montant de la rémunération annuelle se situe entre 36.785 EUR et 73.571 EUR, la clause ne peut s'appliquer qu'à des catégories de fonctions ou à des fonctions déterminées par une convention collective de travail conclue en commission ou en sous-commission paritaire.

A défaut de convention, conclue par les organes paritaires, cette détermination des catégories de fonctions peut se faire au niveau de l'entreprise et à l'initiative de la partie la plus diligente par voie d'accord entre l'employeur et les organisations représentatives des travailleurs.

En cas de désaccord persistant entre l'employeur et les organisations représentatives des travailleurs, la partie la plus diligente peut solliciter l'avis de la Commission des bons offices.

- lorsque la rémunération annuelle dépasse 73.571 EUR, la clause de non-concurrence peut valablement figurer dans les contrats de travail sauf pour les catégories de fonctions ou les fonctions exclues par convention collective de travail conclue en commission ou en sous-commission paritaire.

A défaut de convention conclue au sein des organes paritaires, la détermination des fonctions peut également se faire au niveau de l'entreprise et à l'initiative de la partie la plus diligente par voie d'accord entre l'employeur et les organisations représentatives des travailleurs. En cas de désaccord, entre l'employeur et les organisations représentatives de travailleurs, la partie la plus diligente peut solliciter l'avis de la Commission des bons offices.

C. Procédure

1. Saisine

La Commission peut être saisie non seulement par les employeurs et les employés auxquels la clause s'applique mais également par chacune des organisations syndicales représentées au Conseil national du Travail.

2. Instruction du dossier

La convention n'a pas prévu des règles de procédure rigides. La Commission peut juger sur pièces ou entendre la parties en cause.

Elle peut entendre les personnes qui assistent ou représentent les parties et admettre les permanents syndicaux, les avocats ou même d'autres personnes.

Dans les faits, la Commission ne se contente pas de se prononcer sur la clause de non-concurrence sans avoir au préalable complété le dossier par d'autres éléments qui lui permettront de juger si la demande est recevable.

C'est ainsi, qu'avant tout examen, la Commission constitue un dossier où sont repris les statuts de la société, le contrat de l'employé et divers autres éléments concernant notamment la fonction, l'âge et la rémunération de la personne ou des personnes concernées.

Jusqu'à récemment, toutes les demandes qui ont fait l'objet d'un avis de la Commission des bons offices ont été introduites par des entreprises ou leur avocat.

Une demande avait toutefois été introduite par un groupe d'employés, celle-ci n'a pas fait l'objet d'un avis étant donné que la Commission a estimé qu'elle ne pouvait intervenir dans le règlement d'une clause de non-concurrence au moment où un différend avait surgi entre les parties de la convention.

Depuis lors cependant, la Commission a eu l'occasion de se prononcer dans plusieurs avis à la demande de l'employé.

3. Délai

La convention n'a pas prévu de délai à respecter par la Commission ; généralement, la Commission se prononce dans les deux mois.

II. JURISPRUDENCE DE LA COMMISSION DES BONS OFFICES EN MATIERE DE CLAUSE DEROGATOIRE DE NON-CONCURRENCE

La Commission des bons offices a émis jusqu'à présent 28 avis en la matière.

Ces avis constituent pratiquement la seule jurisprudence qui existe actuellement étant donné qu'il y a peu de décisions judiciaires publiées concernant les clauses dérogatoires.

A. Champ d'application

Pour être licite, une clause dérogatoire ne peut être convenue qu'à l'égard de certaines entreprises et de certains employés.

1. Entreprises visées

Selon l'article 86, § 2, il doit s'agir d'entreprise répondant à l'une des deux ou aux deux conditions suivantes :

- a. avoir un champ d'activité international ou des intérêts économiques, techniques ou financiers importants sur les marchés internationaux ;
- b. disposer d'un service de recherches propre.

La Commission des bons offices a généralement considéré que les entreprises qui tombent sous cette définition sont notamment celles qui ont un service de relations commerciales internationales ou de représentation commerciale à l'étranger ou celles qui s'occupent de la construction ou de l'installation de machines, de matériel d'équipement à l'étranger.

La Commission estime qu'une société n'a pas un champ d'activité international lorsque ses statuts prévoient qu'elle pourra étendre ses activités à l'étranger mais qu'il n'apparaît pas des éléments du dossier que cette société a réalisé cette extension.

D'autre part, le fait que l'employé concerné par la clause soit également au service d'une société étrangère mais que cette société soit juridiquement une autre société que la société belge en cause ne permet d'en déduire que cette dernière a un champ d'activité international.

2. Employés visés

La clause dérogatoire ne peut concerner que des employés qui sont occupés à des travaux qui leur permettent, directement ou indirectement d'acquérir une connaissance de pratique particulière à l'entreprise dont l'utilisation en dehors de l'entreprise peut être dommageable à cette dernière.

Pour que la clause dérogatoire soit valablement convenue, l'employé doit remplir ce type de fonction dans le domaine technique ou commercial.

B. Contenu de la clause

1. Conditions de validité

En ce qui concerne ces conditions de validité, la Commission des bons offices examine non seulement si les conditions d'application de la clause de non-concurrence sont remplies conformément à l'article 65, § 2 de la loi mais également si les conditions sont réunies pour qu'une dérogation soit licite conformément aux dispositions de l'article 86, § 2 de la loi et de la convention collective de travail n° 1 bis.

Il faut souligner que la convention collective de travail n° 1 bis ne définit pas expressément toutes les formes et conditions auxquelles doivent répondre les clauses dérogatoires de non-concurrence ; elle se borne à prévoir que les modalités de la clause dérogatoire de non-concurrence peuvent être fixées par convention collective au niveau de la branche d'activité ; à défaut au niveau de l'entreprise et à défaut de convention à ce niveau, par convention individuelle entre l'employeur et l'employé.

A notre connaissance, aucune convention collective sectorielle n'a fixé les modalités de clauses dérogatoires de non-concurrence ; tous les cas qui ont été soumis à la Commission des bons offices résultaient de convention individuelle entre l'employeur et l'employé.

a. Montant de la rémunération

En application de l'article 65, § 2 de la loi, la clause de non-concurrence est réputée inexistante dans les contrats de travail pour lesquels la rémunération annuelle ne dépasse pas 36.785 EUR.

Lorsque le montant de la rémunération annuelle se situe entre 36.785 EUR et 73.571 EUR, la clause ne peut s'appliquer qu'à des catégories de fonctions ou à des fonctions déterminées par convention collective de travail conclue en commission ou sous-commission paritaire, ou à défaut, cette détermination se fait au niveau de l'entreprise par voie d'accord entre l'employeur et les organisations représentatives de travailleurs. En cas de désaccord, à ce niveau, l'avis de la Commission des bons offices pourrait être sollicité.

Ce fut le cas à une reprise et la Commission a estimé au vu de la commission paritaire dont relevait l'entreprise concernée que la condition d'application de la clause n'était pas satisfaite, aucune convention collective de travail n'ayant été conclue au niveau de la commission paritaire pas plus que de l'entreprise.

Lorsque la rémunération annuelle dépasse 73.571 EUR, la clause de non-concurrence est valable ; cependant des fonctions pourraient être expressément exclues par convention collective de travail conclue en commission ou sous-commission paritaire ou à leur défaut par un accord conclu au niveau de l'entreprise entre l'employeur et les organisations représentatives des travailleurs ; à ce niveau la Commission des bons offices pourrait également intervenir en cas de désaccord persistant.

b. Activités similaires

L'interdiction de la clause de non-concurrence doit se rapporter à des activités similaires (article 65, § 2, alinéa 5, 1°).

Selon l'interprétation de la Commission des bons offices, il y a dans la loi une double condition de similarité ; la similarité des fonctions exercées par l'employé et celles des activités des employeurs respectifs.

La clause ne peut s'appliquer qu'à des fonctions similaires à celles qui étaient exercées par l'employé dans l'entreprise et l'activité du nouvel employeur doit être similaire et concurrente ; il en serait de même s'il s'agissait de l'exploitation par l'employé d'une entreprise personnelle.

c. Aire géographique

Par dérogation aux dispositions de l'article 65, § 2, alinéa 5, 2°, qui prévoit que l'interdiction de la clause ne peut en aucun cas s'étendre au-delà du territoire national, une clause dérogatoire peut dépasser cette limite.

Selon la Commission des bons offices, l'extension envisagée ne sera licite que si elle correspond à l'hinterland économique de la société.

Selon elle, les pays auxquels s'applique la clause doivent être mentionnés d'une façon limitative.

La Commission a d'autre part déclaré illicite la clause qui permettrait l'extension pour le futur à d'autres pays qui ne sont pas mentionnés dans le texte ; elle estime qu'il n'est pas opportun de prévoir dans une clause, un engagement pour le futur qui permettrait d'étendre ou de limiter la portée de celle-ci ; ce sont les parties qui de commun accord apprécieront ultérieurement s'il y a lieu de modifier cette disposition.

d. Durée de l'interdiction

L'article 86, § 2 de la loi permet de déroger à la durée de l'interdiction qui en principe ne peut excéder 12 mois à partir du jour où les relations de travail prennent fin dans le cas d'une clause ordinaire de non-concurrence.

Dans les avis soumis à la Commission des bons offices, différentes durées ont été prévues et acceptées par cette Commission ; la majorité des clauses prévoyaient des durées de 12 mois, mais certaines proposaient que les clauses dérogatoires puissent être applicables pendant 2 ou même 3 ans. La Commission ne s'est pas non plus opposée à ce qu'une clause prévoie qu'une réduction de la durée d'application de la clause de non-concurrence peut être signifiée par l'employeur à l'employé au moment de la notification de la rupture du contrat de travail.

e. Indemnité

La prévision d'une indemnité dans la clause de non-concurrence est une des conditions de validité de celle-ci.

L'article 65, § 2, alinéa 5, 4°, prescrit que la clause de non-concurrence doit prévoir le paiement d'une indemnité compensatoire unique et de caractère forfaitaire par l'employeur sauf si ce dernier renonce dans un délai de 15 jours à partir du moment de la cessation du contrat à l'application effective de la clause de non-concurrence.

Quant au libellé de la clause, la Commission des bons offices a préféré le recours à celui de l'article 65, § 2 précité en son dernier alinéa plutôt qu'à une périphrase.

Quant au montant de l'indemnité, le montant minimal de celle-ci est égal à la moitié de la rémunération brute du travailleur correspondant à la durée d'application effective de la clause.

La base de ce montant est constituée par la rémunération brute payée au cours du mois qui précède le jour de la cessation du contrat.

En ce qui concerne les clauses dérogatoires de non-concurrence, la Commission des bons offices n'a pas fixé elle-même le montant des indemnités. Cependant elle a généralement fait remarquer que l'indemnité devait dépasser le montant minimal qui était prévu en cas d'application d'une clause de non-concurrence ordinaire.

Elle a rappelé que l'article 4 de la convention collective n° 1 bis prévoit que les modalités de calcul de l'indemnité sont fixées en tenant compte des éléments suivants :

- la nature des activités ;
- la durée de la clause ;
- le champ d'application territorial ;
- le montant de la rémunération.

D'autres éléments pourraient également être pris en considération et notamment des éléments personnels, tels que l'âge, la rémunération, les fonctions et l'ancienneté dans l'entreprise.

Dès lors, la Commission a été d'avis que le montant de l'indemnité fixé dans un contrat à la moitié de la rémunération devait être majoré compte tenu de ces éléments et notamment de l'extension du champ d'application territorial et temporel de la clause de non-concurrence.

Elle a aussi indiqué, sur la base des éléments du dossier, à quel nombre de mois de salaire, le montant de l'indemnité devait être au moins égal.

Quant au mode de paiement de l'indemnité, depuis la loi du 3 juillet 1978, la Commission n'accepte plus que cette indemnité soit payée selon d'autres modalités que celles qui sont prévues par l'article 65, § 5, alinéa 5, 4° qui prévoit qu'il doit s'agir d'une indemnité compensatoire unique et de caractère forfaitaire.

D'autre part, le montant de l'indemnité étant calculé sur la base de la rémunération brute du travailleur payée au cours du mois qui précède le jour de la cessation du contrat, la Commission a généralement exprimé l'avis que la rémunération devait être définie en se référant à la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs.

f. Nécessité d'un écrit

La clause dérogatoire doit être écrite ; en application de l'article 65, § 2, alinéa 8, la clause doit être constatée par écrit, sous peine de nullité ; cet écrit doit déterminer les modalités d'application des conditions de validité (activités similaires, durée, aire géographique, paiement de l'indemnité).

III. OPPOSABILITE DE LA CLAUSE

Selon les dispositions générales de l'article 65, § 2, alinéa 9, la clause conforme aux dispositions légales ne produit pas ses effets s'il est mis fin au contrat soit pendant la période d'essai, soit après cette période par l'employeur sans motif grave ou par l'ouvrier pour motif grave.

L'article 86, § 2 de la loi permet de déroger aux dispositions de l'article 65, § 2, alinéa 9 en matière de clause dérogatoire de non-concurrence en ce qu'elles prévoient que la clause ne produit pas ses effets lorsqu'il est mis fin au contrat, soit pendant la période d'essai soit après cette période, par l'employeur sans motif grave.

La Commission a toutefois estimé que dans un tel cas et vu le prescrit de l'article 86, § 2, la portée de la dérogation doit être définie de manière précise.

L'article 3, alinéa 3, de la convention collective n° 1 bis prévoit également que la clause dérogatoire, tout comme la clause ordinaire, ne s'applique pas s'il est mis fin au contrat par l'employé pour motif grave dans le chef de l'employeur.

Par contre, elle pourra recevoir application en cas de licenciement par l'employeur sans faute grave de l'employé.

Elle produira également ses effets s'il est mis fin au contrat pendant la période d'essai mais dans ce cas, selon l'article 3, alinéa 4 de la convention n° 1 bis, elle ne produira ses effets que pendant une période correspondant à la durée des prestations qui ont été effectivement accomplies en vertu de la clause d'essai.

IV. EFFETS DE LA CAUSE

Si la clause dérogatoire remplit les conditions de validité et est opposable, l'employé a droit au paiement d'une indemnité par l'employeur sauf si ce dernier renonce à l'application effective de la clause de non-concurrence.

L'employeur peut, dans un délai de 15 jours à partir du moment de la cessation du contrat de travail de l'employé, renoncer à l'application de la clause ; auquel cas l'obligation de payer une indemnité disparaît (article 65, § 2, alinéa 6 de la loi et article 5 de la convention collective n° 1 bis).

En cas de licenciement de l'employé moyennant préavis, l'employeur est tenu de faire savoir à l'employé au moment de la notification du préavis s'il a l'intention de faire application effective de la clause (article 5 de la convention collective n° 1 bis).

En cas de violation de la clause de non-concurrence par l'employé, ce dernier est tenu de rembourser à l'employeur l'indemnité et il devra en outre lui payer une somme équivalente. Cependant à la demande de l'employé, le juge peut réduire le montant de l'indemnité fixée conventionnellement en tenant compte notamment du dommage causé et de la durée réelle de la période pendant laquelle la clause a été respectée. Le juge peut également, à la demande de l'employeur accorder une réparation supérieure, à charge de justifier de l'existence et de l'étendue du préjudice.
