

# Publicité, démarchage, débauchage et pratiques du marché

Sandrine Ghilain  
Service juridique IEC

L'arrêt du 5 avril 2011 de la Cour européenne de justice force les professions libérales à faire évoluer leur réglementation en matière de publicité et de démarchage, avec comme balises les principes de déontologie et le droit commun.

La conclusion lapidaire d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 5 avril dernier<sup>1</sup> a attiré l'attention de la presse sur un aspect traditionnel de la déontologie de l'expert-comptable et de nombreuses professions libérales: les restrictions à l'utilisation de méthodes de recrutement actif de clientèle.

Le lendemain, c'était au tour de notre Cour constitutionnelle de jeter un autre pavé dans la mare, en déclarant que l'exclusion du champ d'application de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur des titulaires d'une profession libérale, des dentistes et des kinésithérapeutes était contraire à la Constitution.<sup>2</sup>

L'exposé des faits et de la procédure antérieure, qui résume le contexte dans lequel le tribunal de commerce de Gand avait saisi la Cour constitutionnelle pour lui poser une question préjudicielle, illustre le fait que ces deux affaires sont en réalité fort proches.<sup>3</sup>

Avant d'examiner les aspects juridiques de la question, demandons-nous de quoi on parle exactement.

Le terme français de «démarchage» est au centre du litige qui a donné lieu à l'arrêt du 5 avril dernier de la Cour de justice de l'Union européenne. Ce mot reçoit, dans le langage commun, un sens bien précis.<sup>4</sup>

Il est repris à l'article 30 de l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> mars 1998 fixant le règlement de déontologie, avec comme équivalent, en néerlandais, le terme *ronseling*<sup>5</sup>, qui, sur un plan strictement sémantique, est plus proche de «racolage».<sup>6</sup>

aux pratiques du marché et à la protection du consommateur (ci-après: LPMPC). Lieve R. a également requis l'interdiction d'exercer pendant six mois, dans les communes voisines, la profession pour laquelle Liesbeth D. avait débauché les patients, l'interdiction de prospecter les patients du cabinet et la restitution des informations concernant les patients, et ce sous peine d'une astreinte de 5 000 euros.»

<sup>4</sup> Démarchage: «Mode de vente consistant à aller solliciter la clientèle à domicile (porte-à-porte) ou par téléphone» (*Larousse*, 2008); «Activité commerciale qui consiste à solliciter la clientèle à son domicile» (*Le Nouveau Petit Robert*, 2008).

<sup>5</sup> Ronselen: «1. Werven, met name met de gedachte dat dit met list of geweld, of voor de vijand geschiedt; 2. Werven in het algemeen» (*Groot woordenboek van de Nederlandse taal Van Dale*, 2005).

<sup>1</sup> C.J.U.E., 5 avril 2011, aff. C-119/09, <http://curia.europa.eu>.

<sup>2</sup> C. const., 6 avril 2011, n° 55/2011, [www.const-court.be](http://www.const-court.be).

<sup>3</sup> «La logopède Liesbeth D. a quitté l'association de kinésithérapeutes, psychologues et logopèdes où elle travaillait et a ensuite, le 30 mai 2010, envoyé un courriel aux parents des patients de ce cabinet, les informant qu'elle s'établissait ailleurs et qu'il leur était loisible de la suivre à sa nouvelle adresse. La gérante de ce cabinet de groupe, la kinésithérapeute Lieve R., a cité Liesbeth D. à comparaître devant le président du tribunal de commerce d'Anvers, siégeant comme en référé, afin d'entendre dire qu'elle s'était rendue coupable de pratiques de marché déloyales au sens de l'article 95 de la loi du 6 avril 2010 relative

Dans la version de l'arrêt de la Cour de justice en langue néerlandaise, le mot « démarchage » est traduit par l'expression *actief werven* ou, littéralement, « recrutement actif », termes utilisés au début de cet article et qui bénéficient d'une acception plus large.<sup>7</sup>

Lorsque les pratiques de démarchage sont le fait d'un associé ou d'un collaborateur, elles sont généralement qualifiées de « détournement » ou « débauchage »<sup>8</sup>, comme dans l'arrêt du 6 avril 2011. En néerlandais, cette nuance est traduite avec beaucoup d'efficacité par l'utilisation de la particule *af*, en conjonction avec le verbe *werven*.

De marché en détournement, de racolage en débauchage, les mots semblent donc en dire plus long sur l'attitude de celui qui les emploie que sur les faits qu'ils sont censés décrire !

## L'arrêt du 5 avril 2011 de la Cour de justice de l'Union européenne

En France, la profession d'expert-comptable est réglementée par l'ordonnance n° 45-2138 du 19 septembre 1945, modifiée, portant institution de l'ordre des experts-comptables et réglementant le titre et la profession d'expert-comptable. En exécution de cette ordonnance, qui a d'ailleurs connu des modifications récentes, un décret n° 2007-1387 du 27 septembre 2007 fixe le « Code de déontologie des professionnels de l'expertise comptable ».<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Racoler: « 1. Enrôler par force ou par ruse, en violation déguisée du principe de l'engagement volontaire. 2. Attirer par des moyens publicitaires ou autres. 3. Chercher à attirer (un client), en parlant d'une personne qui se prostitue » (*Le Nouveau Petit Robert*, 2008).

<sup>7</sup> Werven: « 1. (verouderd) publiekelijk in dienst nemen, te weten door middel van tussenpersonen die de voorwaarden bekendmaken (en zo aantrekkelijk mogelijk voorstellen), waarbij vaak een handgeld gegeven wordt, syn. ronselen; 2. Aantrekken, rekruteren; 3. Overhalen of trachten over te halen zich aan te sluiten bij een vereniging, een partij enz. Syn. Aanwerven, colorteren, canvassen » (*Groot woordenboek van de Nederlandse taal Van Dale*, 2005).

Celui-ci dispose en son article 12, I:

« Il est interdit aux personnes mentionnées à l'article 1<sup>er</sup> d'effectuer toute démarche non sollicitée en vue de proposer leurs services à des tiers.

Leur participation à des colloques, séminaires ou autres manifestations universitaires ou scientifiques est autorisée dans la mesure où elles ne se livrent pas, à cette occasion, à des actes assimilables à du démarchage. »

Une société d'experts-comptables aux vues libérales s'est pourvue devant le Conseil d'État français pour en demander l'annulation.

À son tour, celui-ci a interrogé la Cour de justice de l'Union européenne, pour savoir si la disposition attaquée était bien conforme à la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur.

Cette directive, connue sous l'appellation « directive services », a pour objectif l'élimination des obstacles au développement des activités de services entre États membres, en facilitant notamment l'établissement des travailleurs dans les États membres et l'exercice de leur liberté de prestation, par la simplification ou la suppression des démarches administratives d'autorisation et, d'une manière générale, d'autres entraves à la libre circulation des services.

Les professions réglementées ne sont pas exclues de son champ d'application. Bien au contraire, la directive leur consacre d'ailleurs une attention particulière et des dispositions spécifiques.

<sup>8</sup> Débauchage: « Fait de débaucher des employés, des ouvriers » (*Petit Robert*, 2008).

<sup>9</sup> *Journal officiel de la République française*, 28 septembre 2007.

Parmi celles-ci, l'article 24 est à l'origine de l'interrogation du Conseil d'État :

« 1. Les États membres suppriment toutes les interdictions totales visant les communications commerciales des professions réglementées.

2. Les États membres veillent à ce que les communications commerciales faites par les professions réglementées respectent les règles professionnelles, conformes au droit communautaire, qui visent notamment l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ainsi que le secret professionnel, en fonction de la spécificité de chaque profession. Les règles professionnelles en matière de communications commerciales doivent être non discriminatoires, justifiées par une raison impérieuse d'intérêt général et proportionnées ».

Par cette disposition, la directive « services » a-t-elle entendu proscrire, pour les professions réglementées qu'elle vise, toute interdiction générale, quelle que soit la forme de pratique commerciale concernée, ou bien a-t-elle laissé aux États membres la possibilité de maintenir des interdictions générales pour certaines pratiques commerciales, telles que le démarchage ?

Telle était la question soumise à la Cour de justice de l'Union européenne.

Pour y répondre, la Cour se demande d'abord si le « démarchage » constitue une « communication commerciale » au sens de l'article 4, point 12, de la directive, qui définit cette notion « comme incluant toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, les biens, les services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle, artisanale ou exerçant une profession réglementée. Toutefois, ne relèvent pas de cette notion, premièrement, les informations permettant l'accès direct à l'activité de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne, telles qu'un nom de domaine ou une adresse de courrier électronique, ainsi que, deuxièmement, les communications relatives aux biens, aux services ou à l'image de l'entreprise, de l'organisation ou de la personne élaborées de manière indépendante, en particulier lorsqu'elles sont fournies sans contrepartie financière ».

## Les professions libérales doivent adapter leur réplémentation en matière de publicité et de démarchage dans le respect des principes de déontologie et de droit commun

Cette définition, relève la Cour, comprend non seulement la publicité classique, mais également d'autres formes de publicité et de communications d'informations destinées à engager de nouveaux clients.

Pour décrire le démarchage, la Cour retient quatre critères ; il s'agit, selon elle :

- d'une forme de communication d'informations ;
- destinée à rechercher de nouveaux clients ;
- qui implique un contact personnalisé entre le prestataire et le client potentiel ;
- afin de présenter à ce dernier une offre de services.

La Cour ajoute « qu'il peut, de ce fait, être qualifié de marketing direct ».

Ayant posé ces prémisses, la Cour conclut que le démarchage relève bien de la notion de « communication commerciale », au sens de la directive 2006/123, et qu'une réglementation nationale qui interdit *totalemment* aux membres d'une profession réglementée, telle que la profession d'expert-comptable, d'effectuer des actes de démarchage est contraire à la directive.

La Cour s'écarte ainsi de la conclusion de son avocat général, qui estimait – comme le gouvernement français – que le démarchage ne constituait pas une « communication commerciale », mais un « mode spécifique de réalisation d'une des formes de communications commerciales » et qu'une interdiction de cette pratique n'enfreignait pas la directive pour autant que cette interdiction soit non discriminatoire, justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général – et en

particulier, selon l'avocat général, par la nécessité de garantir l'indépendance de l'expert-comptable – et proportionnée par rapport à cet objectif.

On retiendra toutefois de ces conclusions<sup>10</sup> que les « raisons impérieuses d'intérêt général » qui pourraient, seules, justifier des règles professionnelles en matière de communications commerciales des professions réglementées selon l'article 24, 2, deuxième phrase, de la directive ne seraient pas différentes des objectifs de « protection de l'indépendance, de la dignité et de l'intégrité de la profession réglementée ainsi que du secret professionnel » que doivent notamment viser, d'après l'article 24, 2, première phrase, les règles professionnelles.

Le considérant 100 de la directive précise par ailleurs que les interdictions qui sont ainsi visées et qui, d'une part, ne pourraient donc (plus) être totales et, d'autre part, devraient pouvoir être justifiées comme dit précédemment concernent les formes de communications commerciales dont l'usage serait proscrit, mais pas leur contenu.<sup>11</sup>

## Impact sur la réglementation professionnelle des experts-comptables et conseils fiscaux en Belgique

La base de cette réglementation consiste en les articles 30 et 31 de l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> mars 1998, toujours en vigueur. L'article 30<sup>12</sup> interdit toute forme de démarchage et d'offre

de services, et l'article 31<sup>13</sup> réduit fortement les possibilités, pour le professionnel, de communiquer des informations à propos de son activité professionnelle.

C'était l'esprit d'une époque où Internet commençait à prendre son élan, mais où la communication correspondant à l'idéal de la profession libérale se résumait encore à un papier à lettres, des cartes de visite et une « plaque de notoriété » empreints de sérieux et de sobriété

En 2002, le gong retentit pour la première fois avec la promulgation de la loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales.<sup>14</sup> Cette loi constitue la transposition, réservée aux professions réglementées, de plusieurs directives européennes relatives à la publicité trompeuse, aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, à la protection des consommateurs en matière de contrats à distance et aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs. Pour les autres acteurs de la vie économique, la transposition de ces directives a été assurée par l'adaptation de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques de commerce (actuellement, loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs).

En interdisant « la publicité trompeuse en matière de professions libérales » et en reconnaissant aux autorités profes-

<sup>10</sup> Considérant 63.

<sup>11</sup> « Il convient de mettre fin aux interdictions totales des communications commerciales pour les professions réglementées, non pas en levant les interdictions relatives au contenu d'une communication commerciale sinon celles qui, de manière générale et pour une profession donnée, interdisent une ou plusieurs formes de communication commerciale, par exemple toute publicité dans un média donné ou dans certains d'entre eux. En ce qui concerne le contenu et les modalités des communications commerciales, il convient d'inciter les professionnels à élaborer, dans le respect du droit communautaire, des codes de conduite au niveau communautaire. ».

<sup>12</sup> « Art. 30 Le démarchage ou offre de services est interdit. Il est interdit aux experts-comptables d'effectuer directement ou indirectement une offre de plusieurs services liés ou non dont une mission de monopole. La rémunération d'une mission de monopole ne peut en aucune façon dépendre d'autres services effectués dans la même entreprise ou une

entreprise liée par l'expert-comptable ou une personne avec laquelle il existe un lien de collaboration professionnelle. ».

<sup>13</sup> « Art. 31. L'expert-comptable peut communiquer publiquement des informations objectives relatives à son cabinet pour autant qu'il ne manque pas à la discrétion qui sied aux membres de la profession. En aucune façon, il ne peut faire référence à des éléments, comparatifs ou non, de tarif ou de qualité. Les procédés publicitaires, quels que soient les média utilisés, qui n'ont pas pour objet de communiquer des informations objectives, ne sont pas conformes à la déontologie. Sans préjudice aux rapports qui doivent être publiés en application de la loi, l'expert-comptable ne peut pas évoquer publiquement ou dans des brochures le nom d'un de ses clients. Dans des cas exceptionnels, il peut être dérogé à cette règle avec l'autorisation du client ainsi que du Président de l'Institut. ».

<sup>14</sup> M.B., 20 novembre 2002.

sionnelles la possibilité d'interdire ou de restreindre la publicité comparative dans la mesure nécessaire pour préserver la dignité et la déontologie de la profession libérale concernée, cette loi consacre, de manière tacite mais certaine, le droit des titulaires d'une profession libérale à recourir à la publicité dans toutes les autres hypothèses.<sup>15</sup>

Pour accompagner cette évolution, des « lignes de conduite relatives à la diffusion d'informations publicitaires par les

## La Cour de justice de l'Union européenne considère toute interdiction visant les communications commerciales comme non conforme à la directive services

professions économiques» furent adoptées conjointement, en février 2003, par l'IRE, l'IEC et l'IPCF.<sup>16</sup>

À côté d'un rappel des principes généraux, ces « lignes de conduite » explicitent les notions d'information « objective », de « discrétion », de publicité trompeuse et de publicité comparative. Elles précisent également que la communication publique des honoraires n'est pas interdite, tout en rappelant que :

- 1) la publicité sur les honoraires et conditions d'un professionnel doit être non équivoque et claire. La mention des honoraires dans une publicité doit, dans tous les cas, indiquer clairement les services concernés ;
- 2) il n'est pas permis de se référer uniquement à des prix de base ou à des prix minimums ;
- 3) le professionnel est lié par les honoraires et conditions qu'il publie.

Enfin, elles confirment, pour autant que de besoin, que les professionnels peuvent développer leur site Internet professionnel.

### Publicité versus démarchage

L'application de cette réglementation n'allait pas sans poser de difficultés. Là où la Cour européenne de justice vient de confirmer que le démarchage est une forme de « communication commerciale », la question ne pouvait-elle pas être posée de savoir si le démarchage ne constituait pas, à tout le moins dans certains cas, une forme de publicité ?

Le démarchage téléphonique est clairement identifiable, mais ce n'est pas toujours le cas du démarchage écrit : l'envoi d'un prospectus par « toutes-boîtes » est-il de la publicité ou du démarchage ? Sa nature change-t-elle lorsqu'il est adressé sous enveloppe à une liste de destinataires sélectionnés sur la base de critères prédéfinis ?

N'est-ce pas, par ailleurs, dans cette seconde hypothèse que le message du professionnel a le plus de chance d'être entendu ? Dès lors, la règle n'avait-elle pas finalement pour conséquence de réprimer la communication efficace ?

Une décision de la Commission européenne du 7 avril 1999<sup>17</sup> relative au Code de déontologie de l'Institut des mandataires agréés auprès de l'Office européen des brevets proposait une distinction entre le démarchage, compris comme une « offre générale de services non individualisés »,

<sup>15</sup> P. VANLERSBERGHE, « Vrije beroepen en consumentenrecht. De wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen », in K. BYTTEBIER, E. DE BATSELIER et R. FELTKAMP (ed.), *Tendensen in het Economisch recht*, Maklu, 2006, p. 169.

<sup>16</sup> *Vademecum 2004*, p. 661.

<sup>17</sup> Décision de la Commission européenne, du 7 avril 1999, relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CE [Code de conduite de l'IMA (EPI)] (J.O.C.E., L. 106/14, du 23 avril 1999).

légitime et donc licite, et « l'offre de services individualisés », dont l'interdiction n'enfreindrait pas le droit de la concurrence dans le cas où le professionnel sait que le client potentiel fait déjà appel, pour le même service, à un autre professionnel.<sup>18</sup>

Cette distinction n'était pas toujours beaucoup plus aisée à mettre en pratique, en particulier en ce qui concerne la notion « d'offre générale de services non individualisés ».

Les limites de l'analyse juridique semblaient donc atteintes.

Dans ce contexte, l'arrêt du 5 avril dernier sonne le glas d'une réglementation qui chercherait à définir abstraitement des catégories de comportements, autorisés ou non, et nous pousse vers une appréciation pragmatique en fonction d'un effet réel qui, seul, doit encore être évité : l'atteinte à l'indépendance, à la dignité, à l'intégrité de la profession, ainsi qu'au secret professionnel.

## Déontologie et concurrence

Pour chercher à (re)fixer le contenu des notions d'indépendance, de dignité et d'intégrité de la profession, l'examen du *Code of Ethics*<sup>19</sup> de l'International Federation of Accountants, qui rassemble 164 organisations professionnelles dans 125 pays, pour un total de 2,5 millions de professionnels, est un point de départ incontournable.

Conformément à la structure spécifique de ce code, le sujet « marketing et promotion » est traité à deux reprises, d'abord dans la section générale, commune à tous les professionnels (section 150.1), et ensuite dans la section propre aux professionnels exerçant « en cabinet » (section 250.1).

Le principe général de « comportement professionnel » correspond partiellement à nos principes de « dignité, probité et délicatesse ».

Ce principe « impose à tous les professionnels comptables l'obligation de se conformer aux lois et règlements applicables et d'éviter tout acte dont le professionnel comptable sait ou devrait savoir qu'il est susceptible de jeter le discrédit sur la profession. De tels actes sont ceux dont un tiers raisonnable et informé, appréciant tous les faits et circonstances dont disposait le professionnel comptable, serait enclin à conclure qu'ils affectent défavorablement la bonne réputation de la profession ».

Appliqué aux méthodes de recrutement de clientèle, il a pour conséquence que :

« 150.2 Les professionnels comptables ne doivent pas nuire au renom de la profession dans leurs activités de marketing et de promotion portant sur eux-mêmes et leurs travaux. Les professionnels comptables doivent être honnêtes et sincères et ne pas :

- (a) exprimer de prétentions exagérées quant aux services qu'ils sont en mesure de rendre, aux qualifications qu'ils possèdent ou à l'expérience qu'ils ont acquise ;
- (b) faire des allusions désobligeantes ou des comparaisons sans fondement avec les travaux d'autrui. »

Plus loin, dans la section 250.1, réservée aux professionnels exerçant en cabinet, les pratiques de « marketing des services professionnels » sont considérées comme incluant un risque d'atteinte à l'indépendance :

<sup>18</sup> L'interdiction de l'offre de services individualisés, lorsque le client potentiel fait déjà appel à un autre professionnel, n'a pas pour objet de restreindre la concurrence. En effet, « cette limitation contribue à une bonne poursuite des affaires d'autant plus que le client a la possibilité de changer de mandataire s'il le veut et que d'autres dispositions du Code facilitent le transfert des dossiers lorsque le client décide de changer de mandataire. ».

<sup>19</sup> [Http://web.ifac.org/publications](http://web.ifac.org/publications); voir [www.experts-comptables.fr/csoec/Version-francaise-du-Code-de-deontologie-de-l-IFAC](http://www.experts-comptables.fr/csoec/Version-francaise-du-Code-de-deontologie-de-l-IFAC), pour la traduction française.

«250.1 Lorsqu'un professionnel comptable exerçant en cabinet sollicite de nouveaux travaux par l'intermédiaire de la publicité ou d'autres formes de marketing, il peut y avoir une menace sur le respect des principes fondamentaux. À titre d'exemple, une menace liée à l'intérêt personnel risquant de compromettre le respect du principe du comportement professionnel est créée si les services, réalisations ou produits sont commercialisés de façon incompatible avec ce principe.»

La menace liée à l'intérêt personnel est définie comme «la menace que des intérêts financiers ou d'autres intérêts puissent influencer de manière inappropriée le jugement ou le comportement du professionnel comptable».

La sauvegarde de la crédibilité de la profession est également mise en avant, avec ses exigences sur le comportement du professionnel dans sa communication relative à ses propres capacités, mais également par rapport à celles de tiers :

«250.2 Un professionnel comptable exerçant en cabinet ne doit pas jeter le discrédit sur la profession lors de la promotion de ses services professionnels. Le professionnel comptable exerçant en cabinet doit être honnête et loyal et ne peut pas :

- (a) faire des affirmations exagérées sur les services offerts, les qualifications détenues, et l'expérience acquise;
- (b) ni dénigrer les travaux d'un tiers ou se livrer à des comparaisons non fondées.

Si le professionnel comptable exerçant en cabinet éprouve des doutes sur le point de savoir si une forme de publicité ou de marketing envisagée est appropriée, il doit examiner la possibilité de prendre conseil auprès de l'organisme professionnel compétent.»

<sup>20</sup> Art. 2, 4°, de la loi : «publicité: toute forme de communication faite dans le cadre d'une profession libérale dans le but direct ou indirect de promouvoir la fourniture de biens ou de services, y compris les biens immeubles, les droits et les obligations, et à l'exclusion des communications prescrites par la loi».

En résumé, le professionnel comptable :

- s'abstiendra, dans la mise en œuvre de techniques de marketing pour des services professionnels :
  - d'effectuer des actes pouvant jeter le discrédit sur la profession,
  - de faire preuve de prétentions exagérées,
  - de dénigrer d'autres professionnels;
- restera attentif aux risques d'atteinte aux principes fondamentaux, notamment au risque d'*influence inappropriée de son jugement ou comportement professionnel*.

Ces risques ne sont toutefois pas décrits plus amplement.

### Communications commerciales: la forme et le fond

Le considérant 100 de la directive «services» et la distinction qui est faite dans les dispositions du *Code of Ethics* entre le contenu de la communication du professionnel et la manière dont il commercialise ses services, réalisations ou produits semblent autoriser l'exercice consistant à examiner séparément les «méthodes de recrutement actif de clientèle» du point de vue de leur forme et de leur fond.

### Le contenu de la communication commerciale

La loi du 2 août 2002 relative à la publicité trompeuse et à la publicité comparative, aux clauses abusives et aux contrats à distance en ce qui concerne les professions libérales offre d'ores et déjà une réponse très complète à la problématique des communications commerciales des professions libérales, qui n'est pas remise en question par l'arrêt du 5 avril 2011.

La définition légale de la «publicité» est large.<sup>20</sup> La jurisprudence n'exige même pas toujours qu'une grande diffusion soit donnée à l'information pour admettre l'existence d'une «publicité» au sens de la loi.<sup>21</sup>

<sup>21</sup> Exemples: un message adressé à un seul individu (Mons, 15 mars 2004, *J.L.M.B.*, 2006, p. 502); une communication faite individuellement aux clients (Prés. Comm. Bruxelles, 14 avril 1997, *Ann. prat. comm. conc.*, 1997, p. 185); un communiqué provenant d'un vendeur (Prés. Comm. Bruges, 2 octobre 2003, *Ann. prat. comm. conc.*,

La définition du caractère « trompeur » d'une publicité autorise une appréciation factuelle et concrète :

« Est considérée comme trompeuse la publicité qui, d'une manière quelconque, y compris sa présentation, induit en erreur ou est susceptible d'induire en erreur les personnes auxquelles elle s'adresse ou qu'elle touche et qui, en raison de son caractère trompeur, est susceptible d'affecter leur comportement économique ou qui porte préjudice ou est susceptible de porter préjudice à un concurrent » (art. 4, al. 2, de la loi du 2 août 2002).

« Pour déterminer si une communication publicitaire est trompeuse, celle-ci doit être examinée dans son intégralité. Il faut vérifier si, prise dans son intégralité, elle est de nature à tromper l'homme de la rue, doté d'une capacité de discernement normale, et faisant partie du groupe cible auquel elle s'adresse. Il faut en outre tenir compte de l'absence d'informations essentielles au sujet des données précitées. En d'autres termes, la non-mention de certaines données peut également avoir pour conséquence de conférer à une publicité un caractère trompeur ».<sup>22</sup>

Les exemples suivants peuvent être considérés comme de la publicité trompeuse :

- suggérer la possibilité de fournir des services pour lesquels l'annonceur ne détient pas d'accès ;
- suggérer l'existence d'une collaboration avec une autre profession.<sup>23</sup>

En application de ce principe, serait considérée comme « trompeuse » de la publicité faite par des professionnels membres de l'IEC pour des activités non autorisées (par

exemple, des activités d'intermédiaire en matière d'assurance).

La publicité suggérant la capacité d'influencer les tribunaux, les organismes réglementaires ou les autorités de tutelle officielles était expressément interdite dans les « Lignes de conduite relatives à la diffusion d'informations publicitaires par les professions économiques » de 2003, qui restent actuelles sur ce point.

La subtilité du message ne fait pas obstacle à ce que, le cas échéant, il soit qualifié de trompeur.<sup>24</sup>

En cas d'infraction à la loi, un recours est ouvert, sous la forme d'une action en cessation à introduire devant le président du tribunal de première instance. Celui-ci a le pouvoir d'exiger que l'annonceur apporte des preuves concernant l'exactitude des données de fait contenues dans la publicité et de considérer que ces données de fait sont inexactes si les preuves demandées ne sont pas apportées ou sont insuffisantes.

On retiendra également que le champ d'application de ces dispositions de la loi du 2 août 2002 relatives à la publicité trompeuse et comparative (art. 4 à 6) ne semble pas limité, comme c'est le cas pour les dispositions relatives aux clauses abusives (art. 7 à 10) et aux contrats à distance (en tout cas, les articles 11 à 16 et l'article 17, §2), aux rapports des titulaires de professions libérales avec des personnes physiques ou morales qui n'agissent pas à des fins entrant dans le cadre de leur activité professionnelle.

Dans cette mesure, la loi du 2 août 2002 offre des possibilités méconnues.

2003, p. 232); les propos dénigrants tenus par un vendeur au cours d'une conversation de type commercial à l'encontre d'un autre vendeur (Liège, 11 février 1999, *J.T.*, 1999, p. 370). *Contra*: Prés. Comm. Bruxelles, 26 octobre 1992, *Ann. prat. comm.*, 1992, p. 16.

<sup>22</sup> P. VANLERSBERGHE, « Vrije beroepen en consumentenrecht. De wet van 2 augustus 2002 betreffende de misleidende en vergelijkende reclame, de onrechtmatige bedingen en de op afstand gesloten overeenkomsten inzake de vrije beroepen », in K. BYTTEBIER, E. DE BATSELIER et R. FELTKAMP (ed.), *Tendensen in het Economisch recht*, Maklu, 2006, p. 173 (traduction libre).

<sup>23</sup> *Ibid.*, p. 174.

<sup>24</sup> G. STRAETMANS, « "Uw apotheker – uw raadgever" mag, "uw advies-apotheek" mag niet. Over misleidende juiste reclame », in *Jaarboek Handelspraktijken*, 2007, pp. 111-117.



La cour d'appel de Bruxelles<sup>25</sup> avait été saisie d'une dispute entre un cabinet d'expertise comptable et une ancienne collaboratrice expert-comptable. Pour justifier une facturation contestée par un client, le cabinet lui avait adressé un fax, revêtu de la mention « personnel et confidentiel », détaillant l'échec de la collaboration avec l'expert-comptable en question.

La cour a estimé que ce fax constituait de la publicité au sens de l'ancienne loi du 21 octobre 1992 relative à la publicité trompeuse en ce qui concerne les professions libérales, dès lors que cette notion concernait, en dernière analyse, « quelque communication que ce soit ayant pour but direct ou indirect de favoriser l'écoulement de biens ou de services. Dans la généralité de cette formulation, peu importe à qui la communication est adressée et encore moins le fait qu'aucune notoriété ne lui est donnée » (traduction libre).

Estimant que les éléments contenus dans le fax à propos du fonctionnement professionnel de l'ex-collaboratrice expert-comptable devaient être qualifiés de « manifestement incorrects » et qu'ils étaient dès lors trompeurs pour leur destinataire, sachant qu'il n'était pas douteux que ce caractère trompeur ait été de nature à influencer son comportement économique et à porter préjudice à l'expert-comptable en question, la cour a interdit au cabinet d'expert-comptable de continuer à propager les informations contenues dans le fax litigieux, sous peine d'une astreinte de 25 000 BEF par infraction.

On peut conclure de ce qui précède que les règles de la loi du 2 août 2002 s'appliquent, sauf exception, au contenu du message véhiculé par le professionnel dans le cadre de la mise en œuvre de méthodes de recrutement actif de clientèle et qu'elles proposent d'ores et déjà des normes de conduite de conduite précises et des moyens d'action efficaces.

## Les formes de la communication commerciale

Partant du principe que le cadre légal en place offre une première garantie que l'information véhiculée par le professionnel satisfait au principe de « comportement professionnel » tel qu'il est décrit dans le *Code of Ethics* de l'IFAC, il incombera aux autorités professionnelles de définir ce qui, dans la forme des méthodes de « recrutement actif » mises en œuvre, reste susceptible de porter atteinte aux principes d'indépendance et de dignité de la profession, d'intégrité et de secret professionnel.

C'est dans ce périmètre réduit que pourra s'exprimer la spécificité propre à chaque profession.

Comme on l'a vu ci-dessus, l'élaboration d'une réglementation abstraite ne paraît ni utile ni souhaitable, la matière pouvant être encadrée de manière plus efficace par la réaffirmation d'une série de principes généraux permettant une application souple et effective.

Voici quelques pistes de réflexion à cet égard.

Exiger le respect de quelque ligne de conduite ou de quelque principe que ce soit ne paraît pas réaliste sans poser préalablement une obligation de transparence dans les démarches de « recrutement actif » de clientèle : le destinataire de ces démarches doit pouvoir identifier au premier coup d'oeil qu'il s'agit d'une « communication commerciale » et retrouver – tout comme le concurrent – facilement l'identité de son auteur.

À cet égard, il reviendra au Conseil de l'IEC de se prononcer sur l'utilisation du téléphone et d'éventuels autres moyens de communications commerciales ne permettant aucun contrôle du respect de ce principe.

<sup>25</sup> Bruxelles, 7 novembre 2000, *A.J.T.*, 2000-2001, p. 420, note BALLON; *D.C.C.R.*, 2003, liv. 58, pp. 76-77, note DE VROEDE, « Ook een faxbericht kan als reclame worden aangemerkt ».

Étant donné les restrictions auxquelles sont tenus les professionnels membres de l'IEC dans leur champ d'activité, la démarche doit être légitime, c'est-à-dire qu'elle doit s'inscrire dans le périmètre d'intervention normal et autorisé: une action visant à promouvoir des services d'expertise comptable et de conseil fiscal, réalisée au départ de la fourniture de services commerciaux, ne satisferait pas à cette condition.

D'une manière générale, les méthodes de recrutement actif de clientèle doivent tenir compte de la spécificité du « produit », à savoir un service intellectuel qui repose au moins partiellement sur une relation personnelle de confiance, qui s'inscrit souvent dans la durée.

Le souci d'efficacité de l'annonceur devrait donc lui faire éviter des méthodes le mettant personnellement en cause, comme des sollicitations insistantes, agressives, harcelantes, manquant de sérieux ou déloyales.

Cependant, si besoin en était, les principes de dignité, de probité et d'indépendance permettront de sanctionner des abus qui risqueraient de rejaillir sur l'ensemble de la profession, sachant, par ailleurs, que l'envoi de courriers électroniques fait également l'objet d'une réglementation spécifique.<sup>26</sup>

Rien ne semble, par ailleurs, interdire à l'autorité ordinaire de faire preuve de plus ou moins de sévérité, dans son appréciation, selon que la catégorie ciblée par une communication commerciale apparaît comme plus ou moins vulnérable à certains types de sollicitations.

Le secret professionnel, tout comme le cadre législatif régissant la protection de la vie privée et des données personnelles, devront évidemment être scrupuleusement respectés.

Enfin, sur la base de la décision de la Commission européenne du 7 avril 1999 citée ci-dessus, il semble que la relation de confiance entre le client « cible » et le professionnel auquel il fait déjà appel mérite le respect, pour la « bonne poursuite des affaires », la dignité et l'intégrité de la profession.

Il s'ensuit que les démarches ne devraient avoir ni pour but ni pour effet de décrédibiliser le travail ou les compétences du ou des professionnels « externes » auxquels le client potentiel fait déjà appel. Comme dans la loi du 2 août 2002, la question de la « bonne foi » de l'annonceur devrait rester sans pertinence, seul comptant l'impact réel de la communication.

Les méthodes visant à récolter de l'information sur cette collaboration préalablement à tout contact individualisé – comme une « enquête de satisfaction » à compléter via Internet en échange de la participation à une tombola ou d'un autre avantage – ne paraissent pas compatibles avec ces principes, qui ne doivent toutefois pas empêcher les professionnels de mettre en avant un avantage compétitif par rapport au marché.

### Libre concurrence et protection de la clientèle

« Dans la plupart des modèles économiques, la pensée que le producteur (potentiel) plus efficient ne peut pas être empêché de recruter des clients d'un concurrent moins efficient est centrale. Le but de toute concurrence est en effet de se procurer à soi-même une avance par rapport aux concurrents ».<sup>27</sup>

« La liberté de concurrence n'implique pas non plus un droit de nuire, mais (uniquement) le droit de faire, dans le cadre de l'activité économique choisie, tout ce qui ne nuit pas aux intérêts – légitimes – des autres. Il en découle évidemment un droit de défense par rapport aux avantages

<sup>26</sup> A.R. du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique.

<sup>27</sup> D. MERTENS, *Bescherming van cliënteel*, Antwerpen, Intersentia, 2011, p. 47 (traduction libre).

(par là même légitimes) obtenus par l'exercice de ce droit constitutionnel.

La liberté économique n'est dès lors pas inconciliable avec la protection de la clientèle – tant s'en faut – mais bien avec une protection arbitraire qui n'aurait pas été « gagnée » dans la bataille de la concurrence». <sup>28</sup>

Ces principes ne sont pas « touchés » par l'arrêt du 5 avril dernier, mais il paraît approprié, dans le cadre de la présente contribution, de rappeler une série de mesures juridiques qui peuvent être mises en place dans le cadre d'une telle « stratégie de défense ».

## L'UE souhaite accroître la concurrence entre les prestataires de services et favoriser la liberté de prestation de services

### Vis-à-vis des clients

La conclusion d'un contrat écrit prévoyant des délais de préavis raisonnables est une mesure simple pour freiner l'emballlement d'un client pour une offre concurrente.

Le but ne peut jamais être d'entraver sa liberté, mais il ne peut pas ignorer que l'indemnité compensant le délai de préavis qu'il ne souhaitera, le cas échéant, pas respecter, doit être prise en compte dans l'appréciation de l'offre qui lui est faite.

Il n'est pas non plus interdit de convenir avec le client que celui-ci s'interdit de faire appel à un ex-collaborateur du cabinet durant un certain laps de temps, comme stipulé dans les conditions générales types proposées par l'IEC.<sup>29</sup> Lorsque survient la situation douloureuse où l'on risque de perdre à la fois un collaborateur et un client, une telle disposition doit, à tout le moins, avoir pour effet d'amener toutes les parties à la table de discussion.

### Vis-à-vis des collaborateurs sous contrat de travail

En dehors de la clause visée ci-dessus, une clause de concurrence valable au sens de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail (c'est-à-dire correctement rédigée, limitée dans le temps et allant de pair avec le paiement d'une indemnité) est le seul instrument juridique qui permet de prévenir le risque de « détournement » des clients du cabinet par un employé de celui-ci, après la rupture de son contrat de travail.

<sup>29</sup> « Pour toute la durée de la convention, et durant une période de 12 mois après la fin de celle-ci, quelle que soit la raison de la cessation de la relation, le client et le professionnel s'engagent expressément à ne prendre en service, directement ou indirectement, aucun membre du personnel ou collaborateur indépendant de l'autre partie impliqué dans l'exécution de la convention, ni à leur faire exécuter des travaux, directement ou indirectement (notamment par l'intermédiaire d'une personne morale), en dehors d'une convention entre le client et le professionnel, sauf accord écrit préalable de l'autre partie. Toute infraction à cette interdiction donnera lieu à une indemnité forfaitaire d'un montant de 15 000,00 euros. ».

<sup>28</sup> *Ibid.*, p. 57 (traduction libre).

Le principe d'exécution de bonne foi du contrat de travail et de loyauté vis-à-vis de l'employeur interdit que l'employé mette en œuvre des actes de concurrence déloyale ou illégaux durant l'exécution du contrat de travail, mais aussi après sa fin, tels qu'utiliser des données qui relèveraient du secret d'affaires (comme les « fichiers clients » lorsque ceux-ci ne sont pas aisément accessibles), créer une confusion avec l'ancien employeur, dénigrer ce dernier, tromper le client sur sa qualité<sup>30</sup>, obtenir des avantages disproportionnés, pratiquer le parasitage, l'abus de droit et la tierce complicité dans une rupture contractuelle, etc.<sup>31</sup>

En l'absence de telles circonstances, ce qu'il est convenu d'appeler « détournement de clientèle » est licite.

### Vis-à-vis des collaborateurs indépendants

En l'absence d'un régime légal impératif, la liberté contractuelle des parties reprend ses droits lorsque la collaboration se déroule dans le cadre d'un contrat de location d'ouvrage avec un contractant indépendant. Des clauses spécifiques concernant les rapports du collaborateur avec la clientèle peuvent être stipulées.

### Vis-à-vis des stagiaires indépendants et salariés

En compensation de la nature particulière de la relation qui se noue entre un stagiaire et un maître de stage, par laquelle le maître de stage accepte de guider le stagiaire dans son apprentissage professionnel en lui donnant accès à son savoir-faire, à l'organisation de son cabinet et à sa clientèle, l'article 22, 3°, de l'arrêté royal du 8 avril 2003 relatif à l'examen d'admission, au stage et à l'examen d'aptitude d'expert-comptable et/ou de conseil fiscal attribue au stagiaire le devoir de se consacrer au stage avec loyauté, de respecter le secret professionnel et de ne pas porter atteinte pendant la période du stage aux intérêts professionnels du

maître de stage. Il s'engage en outre à ne pas accepter, directement ou indirectement, la clientèle du maître de stage sans l'autorisation écrite de ce dernier, pendant les trois années qui suivent la fin de la convention de stage.

### Vis-à-vis des gérants, administrateurs, actionnaires d'une société professionnelle et du cédant d'un « fonds de commerce »

Une obligation de non-concurrence existe dans certains cas, indépendamment de toute disposition contractuelle. Comme souvent, il est recommandé d'en préciser la portée par écrit.<sup>32</sup>

### Conclusion

L'arrêt du 5 avril 2011 intervient dans un contexte européen dans lequel les méthodes de recrutement actif de la clientèle des professions libérales, et en particulier des professions économiques, ne font pas toujours l'objet de restrictions, dans un contexte juridique assez imprécis – sans parler des évolutions technologiques et, finalement, de l'évolution dans les mœurs de nos concitoyens, à l'heure de Facebook, LinkedIn, Twitter & co.

Il s'inscrit dans une politique délibérée de l'Union européenne d'accroître la concurrence entre les prestataires de services et de favoriser la liberté de prestation de services entre les différents États membres, notamment pour les professions réglementées.

L'interdiction de démarchage, dont les contours étaient assez difficiles à définir, n'est pas complètement remise en cause. Cependant, d'éventuelles interdictions de certaines méthodes de recrutement actif de clientèle ne pourront être maintenues que si elles sont justifiées « au cas par cas » par la protection de l'indépendance, la dignité et l'intégrité de la profession ou du secret professionnel. Ces interdictions devront être non discriminatoires et proportionnées

<sup>30</sup> O. RIJCKAERT, « La concurrence déloyale de l'ancien employé et la protection des bases de données produites par l'employeur », in X., *Intellectuele eigendom alomtegenwoordig in de onderneming*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 20-21.

<sup>31</sup> A. VAN BEVER, « Concurrentie, afwerving en confidentialiteit. Kroniek 2010 », *NjW*, 2011, p. 124.

<sup>32</sup> R. VAN BOVEN, « L'obligation de non-concurrence d'un associé ou d'un actionnaire », *A&T*, 2002, n° 3, p. 23, [www.iec-iab.be/fr/membres/publication/accountancy-tax/Documents/2002-3-Droit\\_des\\_entreprises.pdf](http://www.iec-iab.be/fr/membres/publication/accountancy-tax/Documents/2002-3-Droit_des_entreprises.pdf).

par rapport aux objectifs invoqués pour leur justification, ce qui signifie que ces objectifs ne peuvent être atteints par une autre mesure, moins radicale.

En outre de telles interdictions « résiduelles », deux filtres restent en place :

- l'interdiction de la publicité trompeuse et les restrictions légales à la publicité comparative (loi du 2 août 2002) – qui seront peut-être bientôt complétées par l'arsenal législatif relatif aux « pratiques du marché »<sup>33</sup> ;
- les principes fondamentaux de la déontologie d'une profession libérale.

Ces filtres paraissent d'ores et déjà suffisants pour permettre l'émergence d'une « communication commerciale » de qualité, qui pourrait finalement profiter à l'image de la profession dans son ensemble.

L'exercice – difficile – d'identification des pratiques qui seraient en soi incompatibles avec les principes cités ci-dessus devra être mené dans le cadre d'une modernisation des « Lignes de conduite relatives à la diffusion d'informations publicitaires par les professions économiques », pour en faire des « Lignes de conduite relatives aux communications commerciales des professions économiques », conjuguée à la révision des articles 30 et 31 du règlement de déontologie. ●

<sup>33</sup> Un projet de loi a été déposé le 30 juin 2011, « étendant le champ d'application de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur aux titulaires d'une profession libé-

rale, aux dentistes et aux kinésithérapeutes » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-1643/001).