

**Du débauchage en droit algérien,
un concept commercial assujetti à la législation du travail**

Chakib BOUKLI HACENE

**Maitre de conférence A- université de
Saida**

L'Algérie est passée, à l'instar de beaucoup d'autres pays, d'une économie dirigée trouvant son fondement dans l'idiologie socialiste, à une économie libérale dite de marché, en totale symbiose avec l'idiologie capitaliste¹. Ce choix des pouvoirs publics n'était nullement fortuit, il s'expliquait plutôt par la grave crise socio-économique qu'a connue le pays durant la deuxième moitié des années quatre-vingts. Il était présenté comme une solution idéale pour permettre à l'économie nationale de renaître de ses cendres dans l'espoir d'un avenir meilleur.

Cette volonté politique s'est traduite par la promulgation d'un arsenal juridique assez important, touchant toutes les branches du droit, et apportant un changement radical dans le traitement des affaires politiques, économiques et sociales du pays². Ces nouvelles

¹ V. dans ce sens : S. Bouchaïr, Droit constitutionnel et institutions politiques comparées, t. 1, la théorie générale de l'Etat et de la constitution, O. P. U., 3^{ème} éd., 1996, pp. 115-116 (en langue arabe).

² V. dans ce sens : M. Bousoumah, La parenthèse des pouvoirs publics constitutionnels de 1992 à 1998, O. P. U., 2005, p. 7, cité par M. N.-E. Koriche, Droit du travail, t. 1, les transformations du droit algérien du travail

normes juridiques étaient en totale concordance avec l'idiologie libérale adoptée par l'Algérie dès la fin des années quatre-vingts. Un vent de liberté et de démocratie avait soufflé très fort, et a fait basculer le pays vers la reconnaissance de tous les droits subjectifs et de toutes les libertés publiques, sans exception. Le temps des restrictions est révolu, l'Algérie vient d'inaugurer une nouvelle ère.

En effet, il ressort de ces textes de loi, que l'Etat algérien ne se caractérise plus par son interventionnisme et son providentialisme dans les secteurs de production et de distribution. Il se contente à présent, de laisser l'opportunité aux personnes physiques et morales de droit privé pour réinvestir le champ économique et par delà, combler le vide causé par la disparition d'une grande partie des entreprises économiques publiques, anciennes principales machines de production du pays et plus grandes pourvoyeuses d'emploi de l'époque.

Ce secteur économique privé, devenu aux yeux de l'Etat, l'acteur principal de l'activité économique du pays, jouit d'une grande liberté en matière de choix d'investissement et de gestion, sans pour autant, lui allouer le droit à une autorégulation à travers l'ordonnancement d'une dérèglementation totale du secteur. Cela engendrerait forcément, anarchie et désorganisation. Au contraire cette liberté offerte aux opérateurs économiques, se devait d'être

entre statut et contrat, relation d'emploi et de travail une contractualisation relative, O.P.U., Alger 2009, p 10, référence 3.

balisée par des règles strictes empêchant toute dérive. C'est ce qui ressort de l'article 37 de la constitution, en énonçant que « *la liberté du commerce et de l'industrie est garantie. Elle s'exerce dans le cadre de la loi* ». Il en résulte, que l'Etat algérien laisse libre cours aux envies des opérateurs économiques dans un cadre légal. Il leurs procure ainsi, ce qu'on pourrait qualifier, d'une « liberté normative ».

Dans ce contexte, l'activité économique n'est plus monopolisée d'une main de fer, par des entreprises étatiques, elle s'exerce actuellement, dans un cadre pluriel et multiple, où les opérateurs économiques de droit privé se concurrencent mutuellement de manière libre mais toujours loyale. En effet, le marché obéit à la loi « *de l'offre et la demande* » et les opérateurs économiques peuvent offrir à la même clientèle des produits ou services similaires. Cette concurrence conduira inéluctablement à un détournement de clientèle préjudiciable pour l'un de ces agents économiques, mais néanmoins légal, parce que nul d'entre eux ne jouit d'un droit privatif sur la clientèle. Malgré tout, et comme toute liberté, la concurrence doit s'exercer dans le respect de celle d'autrui. Les opérateurs doivent donc respecter un certain nombre de règles et ne peuvent adopter un comportement déloyal¹.

¹ V. G. Ripert, R. Roblot, Traité de droit commercial, t. 1, v. 1, 18^{ème} éd., par L. Vogel, L.G.D.J 2001, p. 590, n° 723.

Effectivement, et dans le but d'assainir le secteur économique de toute pratique commerciale contraire aux usages du commerce, les pouvoirs publics ne se contentant plus de la théorie classique de la concurrence déloyale qui fait appel à la responsabilité civile, ont légiféré (tous azimuts) pour tout ce qui a trait au droit de la concurrence en général. Du coup, ces textes de loi ont transformé la concurrence déloyale en une concurrence illégale assortie de sanctions pénales¹.

Parmi ces pratiques commerciales déloyales réglementées par la loi n° 04-02 du 23 juin 2004 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales, dans son article 27, on peut citer le débauchage d'un salarié engagé par un agent économique concurrent qui serait pratiqué en violation de la législation du travail. Il est à remarquer que cette pratique déloyale, fait appel à une application simultanée de deux disciplines juridiques qui sont d'ordinaire très différentes l'une de l'autre et même complètement opposées. L'une, qui est le droit commercial, protégeant essentiellement les intérêts des opérateurs ou agents économiques, alors que l'autre, le droit du travail, ne se préoccupant que de l'intérêt des travailleurs salariés. De ce fait, le débauchage reste une exception qui ne confirme pas la règle, où ces deux disciplines juridiques, opposables à l'origine, trouvent un point de rencontre,

¹ V. dans ce sens: G. Ripert, R. Roblot, op. cit., p. 593, n° 726.

qui consiste à mettre fin à des agissements contraires aux usages commerciaux honnêtes et loyaux.

Suite à cette brève illustration des règles de la concurrence qui régissent les pratiques commerciales en Algérie, dans ses formes loyales et déloyales, il serait intéressant d'approfondir l'étude sur le cas du débauchage, qui est, telle que précisé plus haut, aux yeux du législateur, une pratique commerciale déloyale. Cela permettrait, tout d'abord, d'esquisser une définition sommaire de cette pratique très répandue dans différents secteurs économiques du pays, en vue de déterminer son étendue telle que précisée dans la loi 04-02 du 23 juin 2004, ainsi que la loi 90-11 du 21 avril 1990 relative aux relations de travail (A). Ensuite, dans un deuxième temps, il s'agit d'éclairer le lecteur sur les différentes sanctions infligées respectivement, aux opérateurs économiques indécents et aux travailleurs salariés qui ont répondu présent à l'appel alléchant de la concurrence, de manière à porter atteinte aux intérêts de leur ancien employeur (B).

A – Le contenu du débauchage en droit algérien

Le débauchage est, en règle générale, un moyen de désorganisation de l'entreprise constitutif de pratique commerciale déloyale. Il consiste à attirer le personnel d'un concurrent, notamment en lui offrant des salaires plus élevés ou de meilleures

conditions de travail, dans l'intention malveillante de détourner son savoir-faire, ou de s'approprier ses relations d'affaires, ou tout simplement, de déstabiliser son entreprise à travers la provocation d'un départ massif de son personnel¹.

Il est à remarquer que l'article 27 de la loi n° 04-02 du 23 juin 2004, ne donne aucune définition à la notion du débauchage, il se contente de le qualifier comme une pratique commerciale déloyale. Effectivement, Il prévoit qu' *« au sens des dispositions de la présente loi, sont considérées comme des pratiques commerciales déloyales notamment les pratiques par lesquelles un agent économique :... 4- débauche, en violation de la législation du travail, le personnel engagé par un agent économique concurrent »*.

On en déduit que cette loi, qui relève du droit pénal des affaires, ne cherche point à apporter une définition claire et précise à ce concept. Elle préfère plutôt déléguer cette tâche ardue et difficile à la législation du travail. Ceci nous conduit à étudier ce que prévoit cette dernière dans ce domaine.

De prime à bord, la loi n° 90-11 du 21 avril 1990 relative aux relations de travail, ne prévoit en son sein aucun article concernant le débauchage. Pour elle, ce dernier constitue un sujet

¹ V. dans ce sens : Y. Guyon, Droit des affaires, t. 1, 11^{ème} éd., Economica, 2001, pp. 906-907, n°843.

purement commercial sans lien avec les relations individuelles et collectives du travail. Dès lors, ce renvoi hasardeux à la législation du travail, va certainement acculer tout praticien du droit, et plus particulièrement, les juges du pénal, à une interprétation très large des dispositions de la loi 90-11, bien que cela soit contraire au « *principe de l'interprétation restrictive de la loi pénale* ».

En effet, le juge pénal, qui est tenu par « *le principe de la légalité des délits et des peines* »¹, ne peut, sous couvert d'interprétation, ajouter à la loi et frapper arbitrairement des actes que le législateur n'a pas expressément prévus, ni punis². Il est demandé aux juges de la section pénale de faire un travail d'interprétation contraire aux principes qui les gouvernent, pour rechercher les éléments de l'infraction du débauchage dans une législation du travail, qui est, à priori, éparse et ambiguë dans ce domaine. D'autant plus que cette dernière ne traite que d'un seul et unique sujet en relation avec le débauchage, qui est en l'occurrence l'obligation faite au travailleur salarié de ne pas concurrencer son employeur durant l'exécution de son contrat de travail ³.

¹ Ce principe est prévu dans l'article 1^{er} du code pénal algérien. Il dispose qu' « *il n'y a pas d'infraction, ni de peine ou de mesures de sûreté sans loi* »

² G. Stefani, G. Levasseur, Droit pénal général, 8^{ème} éd. Dalloz 1975, p. 124, n° 103.

³ Effectivement, l'article 7 de la loi n° 90-11 énonce que « *les travailleurs ont les obligations fondamentales suivantes au titre des relations de travail : ... - ne pas avoir d'intérêts directes ou indirectes dans une entreprise ou une*

Il reste, de ce fait, aux juges de s'accommoder avec cette réalité normative, afin d'essayer de faire le corollaire entre ce qui est prévu dans la législation du travail tel que démontré plus haut, et ce qui est énoncé dans la loi n° 04-02 dans son article 27, c'est-à-dire punir l'opérateur économique pour avoir pratiqué un débauchage déloyal. Il doit, par conséquent, déduire la déloyauté du débauchage dans le non respect du travailleur débauché de son obligation légale ou conventionnelle, qui consiste à ne point concurrencer son employeur.

Dans ce cas, le juge va se retrouver devant deux situations distinctes. La première, réside à ce que le débauchage du travailleur salarié ait eu lieu durant l'exécution de la relation de travail (a). Quant à la deuxième, le débauchage s'effectue après la cessation de la relation du travail, bien que le travailleur salarié reste lié à son employeur par une clause contractuelle de non-concurrence (b).

a- Le débauchage exercé lors de l'exécution de la relation de travail

La lecture approfondie de la législation algérienne du travail fait ressortir, tel que démontré précédemment, que l'obligation faite au travailleur de ne pas concurrencer son employeur, n'est prévue que dans le cadre de l'exécution de la relation de travail. Il faut, selon

société concurrente, cliente ou sous traitante, sauf accord de l'employeur et ne pas faire concurrence à l'employeur dans son champ d'activité ».

l'article 7 de la loi 90-11, que cette dernière soit en cours pour pouvoir parler d'obligation légale de non concurrence.

Effectivement, dès la cessation de la relation du travail, le travailleur devient libre d'exercer son activité pour le compte d'un autre employeur. Ce principe découle naturellement de la liberté au travail, qui est garantie constitutionnellement. De même, conformément au principe de la liberté de concurrence, toute entreprise est libre d'embaucher les anciens travailleurs de son concurrent, dès lors que cela se pratique dans des conditions régulières¹. Dans ces deux cas il n'y a point de faute, à moins que le travailleur débauché soit lié à son ancien employeur par une clause contractuelle de non-concurrence².

En résumé, et considérant que le législateur algérien, à travers l'article 7, alinéa 7 de la loi n° 90-11, oblige les travailleurs *« de ne pas avoir d'intérêts directs ou indirects dans une entreprise ou société concurrente, cliente ou sous-traitante, sauf accord de l'employeur, et ne pas faire concurrence à l'employeur dans son*

¹ En l'occurrence, l'employeur ne peut, conformément à l'article 14 de la loi n° 04-19 du 25 décembre 2004, relative au placement des travailleurs et au contrôle de l'emploi, procéder au recrutement direct, qu'après l'expiration du délai de vingt et un jours suite à l'enregistrement de son offre d'emploi auprès de l'organisme d'Etat de placement l'A.N.E.M (Agence nationale de l'emploi et de la main d'œuvre) ; v. ce sujet de manière approfondie dans : M. N.-E. Koriche, Droit du travail, t. 1, les transformations du droit algérien du travail entre statut et contrat, relation d'emploi et de travail une contractualisation relative, O.P.U., Alger 2009, pp. 102 et s.

² V. dans ce sens, A. Dib, Le droit du travail algérien dans le contexte des transformations économiques, Casbah éd., Alger 2003, p. 166, (en langue arabe).

champ d'activité », force est de constater qu'il reconnaît par delà, et de façon implicite seulement, le droit au cumul d'emplois. Certainement, l'interprétation de ce texte législatif, en usant simplement d'un raisonnement à contrario, conduirait à dire que les travailleurs ont tout à fait le droit d'être liés avec plusieurs employeurs au même temps, à partir du moment où ils respectent l'obligation de ne pas concurrencer l'un de leurs employeurs au profit d'un autre¹.

Dans le cas contraire, le juge pénal, sera en droit de sanctionner tout employeur qui viole les dispositions de l'article 7, alinéa 7 de la loi n° 90-11, pour débauchage déloyal et donc illégal d'un travailleur salarié du concurrent. Ce fait incriminé constitue aussi aux yeux du même article, un cumul d'emplois illégal. Cela permet à l'employeur lésé d'entreprendre la procédure du licenciement disciplinaire sans indemnités ni de délai-congé, conformément à l'article 73 de la loi n° 90-11, à l'encontre du travailleur indélicat. Il ouvre droit, aussi, aux dommages et intérêts pour préjudice subi du fait de la concurrence déloyale, conformément aux règles de la responsabilité civile².

¹ Ce droit d'exercer plusieurs emplois rémunérés reconnu aux travailleurs, a été révélé en premier par un auteur algérien. Il a réussi, à travers ses écrits, à mettre en exergue cette possibilité offerte aux travailleurs, grâce à son argumentaire juridique fondé et justifié. V. M. N.-E. Koriche, op. cit., pp. 110-112.

² V. supra : dans la deuxième partie de cet article (B).

L'analyse qui précède, démontre d'une manière flagrante, les carences de la législation du travail à expliquer un phénomène purement commercial. Car initialement ses rédacteurs ne se préoccupaient point de la concurrence loyale ou déloyale qui se joue entre opérateurs économiques partageant les mêmes champs d'activité. Leur tâche se limitait à fixer légalement l'étendue des obligations des travailleurs salariés envers leurs employeurs, dans le cadre du contrat de travail. C'est pour cela qu'il serait vain de vouloir chercher un quelconque critère du débauchage déloyal dans l'article 7, alinéa 7 de la loi n° 90-11, dans un sens commercial du terme.

Le juge pénal aura certainement, au vu de ce qui précède, tout le mal du monde à faire le tri entre les pratiques réputées loyales et celles qui seront réputées déloyales. D'autant plus que les expressions utilisées dans le texte de loi tel que « *intérêts directs ou indirects* » ou « *faire concurrence à l'employeur dans son champ d'activité* » sont du moins qu'on puisse dire, aussi vagues qu'imprécises, rendant sa mission ardue voire impossible.

Dès lors, cette norme juridique s'avère inadaptée à cette situation. Il aurait mieux fallu pour le législateur algérien, de s'inspirer de la jurisprudence française pour fixer de manière prétorienne les différents critères du débauchage déloyal.

Il est vrai que le juge français a acquis une expérience certaine dans ce domaine, en fixant à travers une série de décisions de justice, quelques critères aidant à déceler la déloyauté du débauchage. Pour lui, le débauchage sera forcément fautif s'il conduisait à un départ massif des salariés du concurrent sans motif plausible, car désorganisant gravement l'entreprise¹, de même, le débauchage concerté² ou en vue de détourner le savoir-faire du concurrent.

Ce sont là les trois principales catégories du débauchage fautif d'après la jurisprudence française. Cette dernière, ne se contente plus aujourd'hui de simples présomptions de déloyauté. Elle exige que le débauchage soit accompagné de circonstances particulières lui donnant un caractère déloyal constitutif d'une faute délictuelle civile³.

Il est évident que la réalité de l'activité économique française diffère de manière flagrante de celle qui sévit en Algérie. Il serait, par conséquent, inopérant de vouloir calquer les solutions apportées par la jurisprudence française en ce qui concerne le débauchage déloyal, sur la situation économique algérienne. Il faudrait plutôt, appeler à une intervention du législateur pour

¹ V. Paris, 1er avril 1993, *Juris-Data*, n° 021434.

² V. Paris, 29 sept. 1994, *D.*, 1995, Somm., 210, obs. Serra.

³ V. Cass. Com., 7 nov. 1984, *Bull. civ.*, 4, n° 301.

compléter la loi n° 04-02 dans son article 27, en définissant avec exactitude les cas où le débauchage serait illégal constituant par là même, l'élément matériel de la responsabilité pénale. De cette manière il serait mis fin à ce renvoi hasardeux à la législation du travail qui est, comme démontré plus haut, complètement inadaptée à régir cette situation.

Voilà donc, ce qu'on entend par débauchage déloyal (illégal) en droit algérien dans le contexte de l'exécution de la relation du travail. Il nous reste, à présent, de connaître le débauchage illégal effectué après la cessation de la relation du travail.

b – Le débauchage exercé après la cessation de la relation du travail

Dès la cessation de la relation du travail, les parties au contrat retrouvent leurs libertés de travail, de commerce et d'industrie. Le carcan du contrat de travail étant brisé, le travailleur et l'employeur deviennent affranchis de toutes contraintes contractuelles. Ils retrouvent ainsi leur liberté d'entreprendre toutes activités de leur choix, quitte à ce quelles soient concurrentes à celles qui étaient les leurs précédemment.

Néanmoins, il se peut que l'employeur incère, lors de la conclusion du contrat de travail, une clause de non-concurrence. Cette dernière interdirait au salarié, après la rupture de son contrat de travail, de travailler au service d'une entreprise concurrente de son précédent employeur¹. De ce fait, et contrairement à ce qui a été dit auparavant, le salarié ne sera plus libre d'agir comme bon lui semble, il est à présent tenu de respecter son obligation contractuelle de non-concurrence. Cette obligation, bien que née d'une convention, peut être opposable aux tiers pour avoir contribué à la violation par le contractant de son obligation contractuelle de non-concurrence².

En effet, l'opérateur économique qui aurait embauché l'ancien salarié de son concurrent alors que ce dernier était tenu envers son précédent employeur conventionnellement, par une clause de non-concurrence, se rendrait coupable d'un débauchage déloyal, et donc illégal aux yeux de la loi n° 04-02 dans son article 27. Ce cas de figure constitue une exception au principe de l'effet relatif des conventions prévu dans l'article 113 du code civil algérien³.

¹ A. Cœuret, B. Gauriau, M. Miné, Droit du travail, Sirey, Ed. Dalloz, 2006, n° 314, p. 226.

² V. dans ce sens : P. Malaurie, L. Aynès, P. Stoffel-Munck, Les obligations, 2^{ème} éd., Defrénois 2005, n° 793, p. 398.

³ L'article 113 code civil algérien énonce que « *Le contrat n'oblige point les tiers, mais il peut faire naître des droits à leur profit* ».

A cet égard, il est curieux de voir que la responsabilité pénale de l'opérateur économique due au débauchage trouve sa cause réelle et exclusive dans la violation par un tiers d'une obligation contractuelle. Il est vrai qu'on accepte aisément, que le travailleur soit condamné civilement à réparer le préjudice de son ancien employeur pour ne pas avoir respecté la clause de non-concurrence, car cela relève des dispositions de la responsabilité civile contractuelle. Par contre, dire qu'un étranger au contrat puisse être poursuivi pénalement du fait qu'il transgresse, de manière indirecte, une obligation contractuelle, cela est difficilement concevable.

En effet, celui qui s'associe à la violation des obligations contractuelles avec le contractant débiteur commet tout au moins, une faute délictuelle à l'égard du contractant créancier (la victime). Celle-ci ne peut être, au vu des principes de droit, considérée comme une infraction pénale du fait qu'elle n'a aucune incidence sur l'intérêt public et qu'elle n'affecte pas les valeurs jugées fondamentales de la société¹.

¹ P. le Tourneau, L. Cadet, Droit de la responsabilité, responsabilités civile et pénale - responsabilités civiles délictuelles et quasi délictuelles - défaillances contractuelles et professionnelles - régimes spéciaux d'indemnisations, Dalloz Action 1996, Dalloz, n° 78, p. 26.

Par conséquent, l'employeur victime du débauchage déloyal, peut poursuivre son ancien salarié en réparation sous fondement de la responsabilité contractuelle pour le non-respect de la clause de non-concurrence. Il peut aussi se retourner contre l'employeur débaucheur pour demander réparation du préjudice subi suite au débauchage, mais seulement sur la base de la responsabilité civile délictuelle, car ce nouvel employeur n'est qu'un tiers complice dans la transgression du contrat de travail¹. Le hic dans tout cela, c'est que la loi n° 04-02 dans son article 27, ne sanctionne pas les pratiques commerciales déloyales, tel que le débauchage, d'une peine civile en application de l'article 124 du code civil algérien², elle choisie plutôt de se référer à une peine pénale, et cela à l'encontre des principes de droit.

Pire encore, d'un point de vue doctrinal³, le droit du travail algérien ne reconnaît pas les clauses de non-concurrence parce qu'elles portent atteinte au principe constitutionnel de la liberté du travail⁴. D'autant plus que le marché du travail algérien est caractérisé actuellement par un très fort taux de chômage.

¹ V. dans ce sens : P. le Tourneau, L. Cadiet, op.cit., n° 306-309, pp. 94-95.

² L'article 124 du code civil algérien énonce que : « *Tout acte quelconque de la personne qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* ».

³ S. Ahmia, L'encadrement juridique des relations de travail dans la législation algérienne, t. 1, relation de travail individuelle, O. P. U., 1998, pp. 186-187, (en langue arabe).

⁴ L'article 55 de constitution algérienne énonce : « *Tous les citoyens ont droit au travail ...* »

Effectivement, l'article 137 de la loi n° 90-11 (relative aux relations de travail) considère comme « ... *nul et de nul effet, toute clause d'un contrat de travail qui déroge dans un sens défavorable aux droits accordés aux travailleurs par la législation, la réglementation et les conventions ou accords écrits* ».

Dès lors, il est facile d'en déduire que les clauses de non concurrence incérées dans les contrats de travail sont, conformément à l'article précédent, nulles et de nul effet puisqu'elles restreignent le droit constitutionnel des travailleurs de retrouver un nouvel emploi. Cette liberté leur est offerte, bien que cela les conduisent inéluctablement à concurrencer leurs anciens employeurs. Il semble que pour le législateur l'intérêt des travailleurs primerait sur celui des opérateurs économiques¹.

En conclusion, il serait erroné de parler de débauchage déloyal après que le lien contractuel ait été rompu. Car dès la cessation de la relation de travail, rien n'interdirait à l'ancien salarié de faire concurrence à son ancien employeur, et rien ne permettrait à ce dernier de se retourner contre le nouvel employeur pour débauchage illégal, puisqu'il n'y a point de clause de non concurrence en droit algérien.

¹ V. dans ce sens : M. N.-E. Koriche, op. cit., p. 111.

Cela démontre bien que le renvoi à la législation du travail qu'opère la loi n° 04-02, ne constitue guère une solution adéquate au problème du débauchage. Il serait préférable que le législateur intervienne à la fois, dans la loi n° 04-02 pour déterminer avec précision l'étendue du débauchage fautif constituant un délit pénal, dans le but de faciliter la tâche des magistrats, ainsi que dans la législation du travail, en ajoutant des règles de droit pour traiter des clauses de non-concurrence qui prennent effet après la cessation de la relation du travail. Il est vrai, que ces clauses méritent une meilleure attention de la part du législateur, d'autant plus qu'elles sont actuellement présentes dans une bonne partie des contrats de travail en Algérie, tout secteur économique confondu¹.

¹ En effet, le secteur économique algérien a adopté ce genre de clause en les incérant de manière automatique dans ses contrats de travail. On peut relever leur présence, à titre d'exemple, dans les grands groupes pétroliers et en particulier chez SONATRAC qui est la plus importante société nationale activant dans les hydrocarbures. On les remarque aussi, et de façon ostentatoire, dans les entreprises de téléphonie mobile qui activent dans le pays. Mieux encore, la page web intitulée « portail des PME en Algérie » propose aux entrepreneurs trois modèles de clause de non-concurrence afin de les préserver de la concurrence de leurs anciens salariés. V. le site web : <http://algeria.smetoolkit.org/algeria/fr/content/-de-clauses-de-non-concurrence>.

B - Les conséquences répressives du débauchage en droit algérien

Au vu de la théorie générale des pratiques commerciales déloyales puisée du droit français, étant pionnier dans ce domaine, l'employeur qui se rendrait coupable d'un débauchage, se verrait contraint de dédommager son concurrent lésé par ses agissements déloyaux, sur la base de la responsabilité civile délictuelle. A cet égard, on remarque que le droit français s'est toujours refusé toute intervention normative dans ce cadre, se contentant ainsi des règles générales de la responsabilité civile. Il est sur ce point exclusivement jurisprudentiel, car il donne plein pouvoir aux magistrats du civil pour mettre de l'ordre dans les usages professionnels commerciaux. Cet état de fait a donné lieu à l'élaboration de la théorie française de la concurrence déloyale qui se fonde sur les articles 1382 et 1383 du code civil français¹.

Le droit algérien qui avait, par le passé, adopté implicitement dans son code de commerce de 1975, la conception française de la concurrence déloyale, se refuse à présent de la suivre, en la considérant comme désuète et pas à même à prévenir toute pratique commerciale déloyale. Pour lui, l'acte déloyal ne touche pas seulement les commerçants lésés, mais aussi les créanciers et les salariés de l'entreprise concurrencée. Autrement dit, les méfaits du débauchage, qui est réputé comme une pratique

¹ G. Ripert, R. Roblot, op. cit., pp. 590-592, n° 723-724.

commerciale déloyale, ne s'arrêtent pas aux portes de l'entreprise victime de la concurrence déloyale. Elles atteignent, en vérité, un cercle socio-économique beaucoup plus vaste englobant, entre autres, les travailleurs de l'entreprise qui risquent de perdre leurs emplois pour motif économique, et aussi les créanciers de l'entreprise qui subiront les conséquences de sa ruine, et ne pourront faire valoir leurs créances¹.

De surcroit, selon un auteur français, l'action civile de la concurrence déloyale se fonde exclusivement sur le bon vouloir des commerçants. Il constate de ce fait, que la pratique française a abouti «à des solutions de type corporatif, de sorte que les commerçants considéreront que la concurrence qu'ils font est loyale et que celle qu'ils subissent ne l'est pas ». Il en résulte, que l'action en réparation aura comme seul fondement la protection absolue des commerçants, alors qu'en réalité son fondement est bien plus large que ça, comme démontré plus haut².

Toutes ces critiques ont dû influencer les rédacteurs de la loi n° 04-02 pour préférer au système français qui se base sur les usages commerciaux, une codification exclusive de toutes les pratiques commerciales déloyales. Aux yeux du législateur algérien, ce n'est ni aux commerçants ni aux juges d'ériger une frontière entre les comportements commerciaux conformes au principe de

¹ Y. Guyon, op. cit., p. 908, n° 844.

² Cette critique a été émise par le Professeur Y. Guyon dans son ouvrage déjà cité, p. 908, n° 844.

loyauté ou contraire à ce principe. Cette tâche reviendrait de préférence aux normes légales, à travers l'imposition de règles prétoriennes fixant de manière non limitative, les pratiques commerciales loyales en concordance avec les usages honnêtes et loyaux, et ceux qui ne le sont pas¹.

Cette intervention législative transforme la qualification des pratiques commerciales, tel que le débauchage, en la faisant passer d'une pratique déloyale à une pratique illégale. La punition change aussi, elle passe d'une punition purement civile à une punition pénale avec tout ce quelle comporte comme conséquences (a). Néanmoins, il est à remarquer que les sanctions qui sont dues au débauchage, en droit algérien, ne se restreignent pas dans un cadre typiquement pénal, elles touchent aussi la sphère civile en poursuivant les travailleurs qui ont enfreint la loi ou la convention en concurrençant déloyalement leurs anciens employeurs (b).

a – Les sanctions pénales (et administratives) réservées à l'opérateur économique condamné pour débauchage déloyal

Selon l'article 38 de la loi n° 04-02, toute infraction aux dispositions de l'article 27 de la présente loi, qui traite dans son alinéa 4 du débauchage pratiqué en violation de la législation du travail, est qualifiée comme une pratique commerciale déloyale.

¹ V. l'article 26 de la loi n° 04-02 qui prévoit que « sont interdites toutes pratiques commerciales déloyales contraires aux usages honnêtes et loyaux, et par lesquelles un agent économique porte atteinte aux intérêts d'un ou de plusieurs agents économiques ».

Elle est punie d'une amende allant de 50.000 dinars à 5.000.000 de dinars. C'est ce qu'on peut qualifier comme une lourde peine infligée à l'opérateur économique qui aurait eu la mauvaise idée d'enfreindre la loi en débauchant illégalement les salariés de son concurrent. Cela ferait du débauchage illégal un délit conformément à l'article 5, alinéa 2 du code pénal algérien.

Cette sévérité dans la sanction fait penser que le législateur cherchait à réaliser un effet préventif heureux. Pour lui le simple fait moral imposé aux usages professionnels ne suffisait plus à prévenir des pratiques commerciales déloyales. Il lui préférait l'incrimination de ces pratiques à l'aide de sanctions sévères de manière à détourner un grand nombre de ces agents économiques d'un comportement dénué de toute loyauté et d'honnêteté.

D'un autre côté, la peine prévue par l'article 38 de la loi n° 04-02 a aussi un but répressif, du fait qu'elle frappe l'auteur du débauchage illégal gravement, à raison de l'impacte négatif de son infraction sur le bon déroulement de l'activité économique du pays, lui infligeant ainsi une souffrance financière assez conséquente. Cette mesure répressive conduira probablement à corriger le coupable du débauchage afin qu'il ne retombe pas dans sa faute. Car en touchant à sa poche de cette sorte, l'opérateur économique repensera à deux fois avant d'embaucher la main-d'œuvre de son concurrent, et prendra ainsi, toutes les précautions nécessaire afin d'éviter toute poursuite pénale à son encontre.

Par ailleurs, et outre les sanctions pécuniaires prévues dans l'article 38 de la loi 04-02, imposant à l'auteur du débauchage illégal de s'acquitter d'une amende qui varie entre 50.000 dinars à 5.000.000 dinars, le Wali (Préfet) territorialement compétent peut, conformément aux dispositions de l'article 46 de la même loi, sur proposition du directeur de Wilaya (Préfecture) chargé du commerce, procéder par arrêté, à des fermetures administratives des locaux des commerçants condamnés pour débauchage illégal, pour une durée maximale de trente (30) jours. C'est une sanction à caractère administratif très lourde de conséquences sur la survie de l'entreprise.

Dans ce cas, le Wali, qui est une autorité administrative, sera doté d'un pouvoir exorbitant, ayant la possibilité de signer l'arrêt de mort de l'entreprise avec toutes ses composantes, les travailleurs salariés qui vont perdre leurs emplois, les créanciers qui ne pourront rentrer dans leurs droits, ainsi que les consommateurs qui subiront les inconvénients du manque de concurrence commerciale ou du monopole.

A cet effet, l'opérateur économique incriminé peut introduire un recours¹ par devant le tribunal administratif, territorialement compétent², pour demander l'annulation de l'arrêté du Wali le condamnant à la fermeture de son entreprise pour une durée ne dépassant pas trente (30) jours. Il est de son intérêt, d'introduire ce genre de recours pour éviter toute conséquence fâcheuse due à la fermeture des locaux commerciaux.

En outre, cette fermeture devient une sanction automatique, n'ayant nul besoin d'un arrêté du Wali (Préfet) pour qu'elle soit effective, en cas de récidive au sens technique du mot³. Effectivement, les rédacteurs de la loi n° 04-02 n'ont guère dérogé à la règle générale de la récidive en définissant cette dernière comme « *le fait pour tout agent économique de commettre une infraction alors qu'il a déjà fait l'objet d'une sanction depuis moins d'un an* »⁴. Il faut néanmoins que l'infraction qui fait suite à la première sanction concernant le débauchage illégal, soit relative à la

¹ V. article 46 alinéa 2 de la loi n° 04-02 qui stipule : « *La décision de fermeture est susceptible de recours en justice* ».

² En effet, et conformément à l'article 800 du nouveau code de procédures civiles et administratives algérien, « *les tribunaux administratifs sont les juridictions de droit commun en matière de contentieux administratif. Ils connaissent, en premier ressort et à charge d'appel de toutes les affaires où est partie ... la wilaya ...* ». Aussi et selon l'article 801 du même code « *Les tribunaux administratifs sont également compétents pour statuer pour : 1 – les recours en annulation ... des actes administratifs pris par la wilaya ...* ».

³ V. les articles allant de 54 bis à 60 du code pénal algérien qui concernent la récidive.

⁴ Article 47, alinéa 2 de la loi n° 04-02.

loi n° 04-02 fixant les règles applicables aux pratiques commerciales.

Au delà de cette sanction, la récidive fait doubler les peines prononcées dans la première condamnation. Elle donne aussi au juge la possibilité de condamner l'opérateur économique récidiviste à l'interdiction temporaire d'exercer son activité ou la radiation de son registre de commerce. Il peut encore condamner le contrevenant à une peine d'emprisonnement allant de trois (3) mois à un (1) an¹.

De mal en pie, « le wali (préfet) territorialement compétant et le juge peuvent ordonner, aux frais du contrevenant ou du condamné, la publication de leurs décisions, intégralement ou par extrait, dans la presse nationale ou leur affichage de manière apparente dans les lieux qu'ils indiquent »².

On remarque de ce qui précède, que les sanctions dues au débauchage pratiqué en violation de la législation du travail, vont crescendo, de la forte amende qui peut atteindre 5.000.000 de dinars à la peine d'emprisonnement pour une durée maximale d'un an. Ce sont là des sanctions disproportionnées par rapport à l'infraction du débauchage. D'autant plus, que ce dernier ne peut engendrer qu'une simple désorganisation de l'entreprise, ou un détournement d'un savoir-faire.

¹ Ibid., alinéas 3-4.

² L'article 48 de la loi n° 04-02.

Par conséquent, et si bien que les qualités et les compétences du salarié débauché par la concurrence soient exceptionnelles, cela ne justifierait pas pour autant, une telle sévérité envers l'opérateur économique incriminé. Il vaudrait mieux revoir ces sanctions à la baisse de manière à les rendre en concordance avec le réel préjudice subi aussi bien par l'agent économique victime du débauchage que par la société algérienne toute entière du fait que ce délit représente un comportement dénoué d'honnêteté et de loyauté.

Enfin, et selon l'article 49 de la loi n° 04-02, la constatation des infractions relative au débauchage est confiée aux officiers et agents de la police judiciaire en application des règles du code de procédures pénale algérien, ou encore aux fonctionnaires relevant de l'administration du commerce et de l'administration fiscale. Cette attribution de compétence nous semble inopérante dans le cas du débauchage du fait qu'il représente une infraction régie, dans ses fondements, par la législation du travail. C'est cette dernière qui fixe, à travers ses règles, les éléments de l'infraction pénale.

A cet effet, il serait opportun de confier cette tâche aux inspecteurs du travail en application de la loi 90-03 du 6 février 1990 relative à l'inspection du travail. Ce corps de fonctionnaires est habilité, suivant l'article 14¹ de cette même loi et aussi l'article 138² de la loi n° 90-11, à constater et relever les infractions à la législation du travail.

Il nous reste à présent de connaître le sort réservé aux travailleurs qui ont concurrencé leurs employeurs illégalement.

b – les sanctions civiles réservées aux travailleurs débauchés

Il est clair, qu'il ne peut y avoir à l'égard des travailleurs de poursuite pénale, puisque les textes de loi incriminant le débauchage ne le prévoient pas. Malgré tout, et du fait qu'ils aient leur part de responsabilité dans la concrétisation du débauchage, ils peuvent faire l'objet de deux sortes de sanctions à caractère purement civile. La première consiste à les licencier disciplinairement de leur poste de travail pour faute grave en application de l'article 73 de la loi n° 90-11 relative aux relations de travail. Alors que la deuxième les oblige à indemniser l'agent économique victime du débauchage illégal, pour avoir violé leur

¹ L'article 14, alinéa 1 de la loi n° 90-03, énonce que « les inspecteurs du travail constatent et relèvent les infractions à la législation qui sont chargés de faire appliquer conformément à l'article 27 de l'ordonnance n° 66-155 du 8 juin 1966, portant code de procédure pénale ».

² L'article 138 de la loi n° 90-11, énonce que « les inspecteurs du travail constatent et relèvent les infractions aux dispositions de la présente loi, conformément à la législation du travail ».

obligation de non concurrence légale ou conventionnelle (dans le cas où on ne prend pas en considération le point de vue doctrinal).

Pour la première sanction on est forcément devant un cumul d'emplois exercé en violation de l'article 7, alinéa 7 de la loi n° 90-11, du fait que le travailleur avait accepté de prendre un deuxième emploi rémunéré dans une autre entreprise sans pour autant qu'il eut respecté son obligation légale de « *ne pas avoir d'intérêts directs ou indirects dans une entreprise ou société concurrente, cliente ou sous-traitante, sauf accord de l'employeur, et ne pas faire concurrence à l'employeur dans son champ d'activité* »¹. Cette violation d'obligation légale constitue, aux yeux de l'article 73, alinéas 1 et 2², une faute grave susceptible d'entraîner un licenciement disciplinaire sans délai-congé ni indemnité.

Quant à la deuxième sanction, qui a trait à l'indemnité due à l'employeur du fait du préjudice engendré par la concurrence illégale, le travailleur est responsable civilement envers son employeur, sur le fondement de la responsabilité délictuelle conformément à l'article 124 du code civil, ou aussi en cas de

¹ Article 7, alinéa 7 de la loi n° 90-11.

² L'article 73 alinéas 1 et 2 de la loi n° 90-11 prévoit que « *le licenciement à caractère disciplinaire intervient dans les cas de fautes graves commises par le travailleur. Outre les fautes graves sanctionnées par la législation pénale, commises à l'occasion du travail, sont notamment considérés comme fautes graves et susceptibles d'entraîner le licenciement sans délai-congé ni indemnités, les actes par lesquels le travailleur :*
-Refuse sans motif valable d'exécuter les instructions liées à ses obligations professionnelles ... ».

violation d'une clause contractuelle de non concurrence, sur la base de la responsabilité contractuelle en application de l'article 176 du code civil¹. Encore faut-il qu'il y ait une action en réparation entreprise par l'employeur lésé contre son travailleur, par devant la section civile du tribunal compétent.

En conclusion à ce travail, on constate qu'il y a une incohérence totale entre les textes de loi qui incriminent le débauchage déloyal et les textes qui le sanctionnent. En effet, le droit algérien ne s'est pas donné la peine de définir les éléments du débauchage. On ne sait pas qu'elles sont les actes qui constituent aux yeux de la loi une pratique commerciale déloyale et ceux qui ne le sont pas, du moment où la législation du travail ne prévoit en son sein aucune disposition qui traite de manière incontestable du débauchage illégal. Devant ce vide juridique, il ne peut y avoir d'élément légal ou matériel de l'infraction du débauchage. Par conséquent, il serait impossible pour le juge pénal de prononcer une quelconque peine aussi sévère qu'elle soit, contre l'opérateur économique incriminé.

¹ L'article 176 du code civil algérien énonce que « *Si l'exécution en nature devient impossible, le débiteur est condamné à réparer le préjudice subi du fait de l'inexécution de son obligation, à moins qu'il ne soit établi que l'impossibilité de l'exécution provient d'une cause qui ne peut lui être imputée. Il en est de même, en cas de retard dans l'exécution de son obligation* ».

On en déduit que le traitement du débauchage en droit algérien regorge d'insuffisances et mérite, de ce fait, qu'il lui soit consacré une réforme législative conséquente, de manière à fixer les éléments du délit, tant matériels que légaux, facilitant ainsi la mission du juge de la section pénale. Il ne faut plus se référer à la législation du travail qui est complètement inadaptée à ce cas de figure. Il faudrait plutôt, un texte de loi qui traiterait exclusivement du débauchage, en le définissant, déterminant ses éléments, et en fixant enfin ses sanctions. Bien sûr, il est impératif que ces dernières soient en concordance avec le réel préjudice occasionné à la victime du débauchage, et cela ne se réalisera qu'en prévoyant des sanctions moins sévères que celles exigées par l'actuelle législation.

Mieux encore, et en faisant écho aux préoccupations des entrepreneurs algériens, il serait sage de souhaiter une dépenalisation des pratiques commerciales, ou du moins de réduire le nombre d'actes pénalement sanctionnés, tel que le débauchage, vu son insignifiante nuisance sur l'activité économique du pays, pour y substituer des sanctions civiles efficaces.