ROYAUME DE BELGIQUE

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

AVIS 37.001/2

DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Ministre de l'Emploi et de la Formation de la Région wallonne, le 20 avril 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon "portant exécution du décret du 13 mars 2003 relatif à l'agrément des agences de placement", a donné le 18 mai 2004 l'avis suivant :

Observations générales

1. Le projet d'arrêté a pour objet de donner exécution au décret du 13 mars 2003 relatif aux agences de placement.

À cet égard, il convient tout d'abord de relever que le décret du 13 mars 2003, précité, couvre le placement d'un travailleur tant en qualité de travailleur salarié que de travailleur indépendant [1].

Il y a lieu de rappeler ensuite que l'agence de placement peut, dans l'exercice de son activité, intervenir à divers titres :

- de service de recherche d'emploi, le service étant presté, sans que l'agence devienne partie à la relation de travail, pour le compte d'un travailleur et ayant pour objet de lui procurer un emploi (article 1er, 2°, du décret du 13 mars 2003, précité);

- de service de recrutement et de sélection, le service presté, pour le compte de l'employeur, ayant pour objet l'engagement d'un travailleur (article 1er, 3°, du décret du 13 mars 2003, précité);

- de service de travail intérimaire, le service consistant à employer un travailleur intérimaire dans le but de le mettre à la disposition d'un utilisateur (article 1er, 4°, du décret du 13 mars 2003, précité);

- de service d'insertion, le service presté, pour le compte du travailleur, ayant pour objet d'aider le travailleur à rechercher lui-même un emploi (article 1er, 5°, du décret du 13 mars 2003, précité);

- de service d'outplacement, le service presté, pour le compte d'un employeur, ayant pour objet d'aider un travailleur, menacé de licenciement ou licencié, à retrouver un emploi (article 1er, 6°, du décret du 13 mars 2003, précité).

---

(1) Voir à cet égard les définitions données des termes "travailleur" et "employeur" dans l'article 1er, 9° et 10°, du décret du 13 mars 2003, précité

Il en résulte que l'agence de placement n'agit en qualité d'employeur du travailleur que lorsqu'elle place celui-ci chez un utilisateur au titre d'entreprise de travail intérimaire. Dans les autres cas, elle noue essentiellement une relation de service soit avec le travailleur (service de recherche d'emploi et service d'insertion), soit avec l'employeur (service de recrutement et de sélection et service d'outplacement), cette relation aboutissant, en cas de succès du service de placement, à la conclusion d'une relation de travail entre un travailleur et un employeur, les deux notions étant entendues au sens large dans la mesure où le travailleur peut exercer son activité professionnelle soit dans le cadre du statut de travailleur salarié (contrat de travail), soit du statut de travailleur indépendant (contrat de service).

Toutefois, il y a lieu de faire précéder la prestation de service de placement de l'agence de l'élaboration d'un écrit [2] qui, ainsi que le prévoit l'article 12, 21°, du décret du 13 mars 2003, précité, doit comporter un certain nombre de mentions et notamment, constater l'intention des deux parties (l'agence et le travailleur faisant appel à ses services) de conclure un contrat de travail ou de service. Cette obligation est complétée, conformément à l'article 16 du même décret, de la nécessité d'obtenir, également par écrit, l'accord du travailleur lorsque le service presté est un service d'outplacement. L'agence doit également, aux termes de l'article 12, 22°, du décret du 13 mars 2003, précité, fournir au travailleur et à l'employeur [3], préalablement à toute prestation de services de placement, un document fixant les droits et obligations des parties.

2. La multiplicité des situations que le service de placement peut couvrir exige donc de bien cerner la phase dans laquelle l'agence de placement intervient. En tout état de cause, elle intervient essentiellement dans la phase précontractuelle de travail et ce n'est que dans l'hypothèse où elle conclut avec le travailleur un contrat de travail intérimaire, qu'elle intervient dans la phase contractuelle de travail en tant qu'elle est alors l'employeur du travailleur.

---

(2) L'article 3, 9° du projet prévoit d'ailleurs que "le modèle de contrat précédant toute prestation de services de placement, par catégorie de services de placement" doit figurer en annexe de la demande d'agrément.

(3) À l'un ou à l'autre selon, il faut le présumer, qu'elle agit pour le compte du travailleur ou de l'employeur.

Or, dans certaines de ses dispositions, le projet utilise les notions de contrat de travail et de services (articles 25, 28 et 30) pour y prévoir, par exemple des mentions particulières, laissant supposer qu'il entend également régler, en termes de conditions d'agrément des agences de placement, la relation contractuelle de travail.

Pour assurer la sécurité juridique, le projet doit clairement cibler la phase dans laquelle l'agence de placement intervient en tant que telle et régler les conditions d'agrément par rapport à cette phase, c'est-à-dire la phase précontractuelle de travail.

Dans cette mesure, il serait judicieux que les différents instruments qui sont déterminants de cette phase soient bien cernés :

- la convention dont l'article 23 du projet fixe le contenu en cas de non gratuité, est la convention de service conclue dans le cadre d'un service de recherche d'emploi, elle est donc préalable à la conclusion de tout contrat qu'il s'agisse d'un contrat de travail avec un employeur qui peut être l'agence agissant en qualité d'entreprise de travail intérimaire ou un employeur tiers, ou d'un contrat de service si le travail presté par le travailleur l'est dans le cadre du statut de travailleur indépendant;

- le document, dont les articles 25 et 28 du projet fixent les mentions, est celui prévu respectivement par les articles 12, 21° et 16 du décret du 13 mars 2003, précité, et est également établi préalablement, dans le premier cas, à la mission de placement et nécessairement donc à la conclusion de tout contrat de travail ou de service et dans le second, à la mission d'outplacement et en conséquence aussi à la conclusion du contrat de travail ou de service sur lequel cette mission peut déboucher.

Le contrat de travail ou le contrat de service visés à l'article 30 du projet est respectivement le contrat de travail conclu, au terme de la mission de placement entendue sous les différentes formes qu'elle peut revêtir, entre le travailleur et soit l'agence agissant en qualité d'entreprise de travail intérimaire, soit un employeur tiers, ou le contrat de service conclu avec un employeur, le travailleur prestant alors son travail dans le cadre du statut de travailleur indépendant. A l'encontre des deux instruments précités, le contrat de travail ou le contrat de service sont donc inhérents à la relation contractuelle de travail, c'est-à-dire à une phase postérieure à celle dans laquelle l'agence de placement intervient

comme telle et qu'elle ne maîtrise donc pas. En conséquence, il n'apparaît pas judicieux de faire figurer, en termes de conditions d'agrément, des éléments qui, par définition, lui échappent.

Observations particulières

Dispositif

Article 1er

L'article 1er définit, en ses 2° et 3°, les notions de "sportif rémunéré" et d'"artiste de spectacle".

Le Conseil d'État rappelle que les définitions ainsi données ne peuvent aboutir à qualifier autrement que ne le fait la législation fédérale de droit du travail et de sécurité sociale [4], la relation de travail qui se noue entre un travailleur - "sportif rémunéré" ou "artiste de spectacle" - et son employeur, par le seul fait de l'intervention d'une agence de placement.

Article 3

Selon le délégué du ministre, à l'article 3 du projet d'arrêté, la notion de "principaux actionnaires de la société" doit s'entendre par référence à l'actionnariat majoritaire de la société. Le recours à ce concept est de nature à susciter des difficultés pratiques.

L'arrêté vise aussi "la composition des organes sociaux". Selon les explications fournies au Conseil d'État, "il n'a jamais été dans l'intention du

(4) Voir à titre d'exemple l'article 6, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 28 novembre 1969 pris en exécution de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs (qui se réfère à la loi du 24 février 1978 relative au contrat de travail du sportif rémunéré) et l'article 1er*bis* de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs.

Gouvernement de solliciter une liste nominative de tous les membres des différents organes sociaux de l'agence de placement mais plutôt de disposer d'un organigramme permettant de mieux cerner la structure de la société". Cette idée doit être traduite dans le dispositif par le choix d'autres termes.

Article 5

De l'accord du délégué du ministre, le renvoi dans l'article 5 du projet d'arrêté à son article 3, doit être remplacé par un renvoi à l'article 4. En effet, l'agence de placement ayant son siège social hors Communauté européenne devra produire les documents apportant la preuve d'une part que celle-ci répond aux conditions équivalentes à celles déterminées par le décret et le présent arrêté et d'autre part que cette agence exerce effectivement des services de placement dans son pays d'origine.

Article 8

L'article 8, § 1er, de l'arrêté en projet attribue un pouvoir de décision à la Commission.

Or, la Commission ne dispose que d'une compétence d'avis : celle-ci sera amenée à rendre un avis au Ministre qui statuera in fine, sur la nécessité d'introduire une nouvelle demande en cas de fusion ou d'absorption.

Comme en convient le délégué du ministre, le texte doit être corrigé sur ce point.

Article 9

Comme en convient le délégué du ministre, il y a lieu de substituer à la faculté donnée au Ministre d'entendre l'agence de placement, la faculté pour l'agence de placement d'être entendue par celui-ci ou son délégué. Le texte doit, dès lors, être revu sur ce point.

.../...

Article 22

Concernant l'article 22 de l'arrêté en projet, le délégué du ministre a fourni les explications suivantes : "en vertu du décret du 4 décembre 2003, l'Observatoire wallon de l'Emploi a bien été intégré au sein de l'Institut wallon de l'évaluation, de la perspective et de la statistique, organisme pararégional de type A. Conformément à l'article 8 de son décret organique, cet Institut a notamment pour mission de centraliser toutes les données statistiques utiles à la Région, en particulier, dans le domaine de l'emploi.

En ce qui concerne plus particulièrement la nécessaire collaboration entre l'Office et l'Institut, en son entité "Observatoire wallon de l'emploi", je puis vous indiquer qu'un protocole de collaboration entre ces deux pararégionaux existe déjà et précise les modalités de cette collaboration.

Concernant le rapport qualificatif demandé aux agences, l'article 20, § 2, du décret prévoit que le Gouvernement peut notamment étendre les informations réputées utiles s'il motive sa décision en considération soit du volume du chômage, soit des principes et objectifs du développement durable ou de la création d'emploi. Le Gouvernement a estimé que le rapport demandé avait manifestement un lien avec les considérations précitées dans la mesure où ledit rapport devrait lui permettre de mieux cerner les pénuries et les besoins de main d'oeuvre sur le marché régional du travail.

Pour ce qui concerne la transmission des mêmes données à l'Institut, en son entité "Observatoire wallon de l'emploi", le Gouvernement a souhaité que celle-ci soit possible en se fondant sur la mission scientifique transversale confiée à l'Institut par l'article 8 de son décret organique".

Dans son préambule, l'arrêté en projet se donne pour seule base juridique, le décret du 13 mars 2003, précité. Force est de constater que celui-ci n'a pas organisé la transmission d'informations par les agence de placement telle que prévue par l'article 22. Le Conseil d'État n'aperçoit, par ailleurs, pas quelle disposition du décret du 4 décembre 2003 relatif à la création de l'Institut wallon de l'évaluation, de la prospective et de la statistique pourrait fournir une base légale à une telle transmission.

Article 23

1. En ce qui concerne l'article 23, § 2, alinéa 2, le délégué du ministre a rappelé :

> "... que le décret, en son article 4, 3°, prévoit que certaines catégories de services de placement peuvent être soumises à des conditions spécifiques; le point 4° du même article prévoyant quant à lui la possibilité de faire exception au principe de gratuité. C'est dès lors en application de ces deux dispositions que le Gouvernement a souhaité prendre des dispositions spécifiques pour deux catégories de services de placement et d'autoriser pour celle-ci une indemnité du travailleur à l'agence.
>
> Ces deux secteurs nécessitaient une protection particulière. Le Gouvernement a par ailleurs souhaité harmoniser, sur ce point particulier, sa législation avec celles en vigueur sur le territoire des deux autres Régions".

Comme en a convenu le délégué du ministre, au 1° de l'alinéa 2 du paragraphe 2, la convention qui fixe l'indemnité est conclue entre l'agence et le travailleur et non entre l'agence et l'employeur.

2. Concernant le calcul de l'indemnité évoquée aux points 3° et 5° du même article, le délégué du ministre a apporté les précisions suivantes :

> "- les sportifs sont en fait rémunérés de différentes manières (revenus mensuels ou montant forfaitaires annuels) ;
>
> - il ne s'agit ici que d'une seule manière de calculer l'indemnité qui vise à ne pas dépasser 7 % des revenus du sportif".

L'auteur du projet doit être mesure de justifier la différence dans les pourcentages maximum fixés aux 4° (25 % en ce qui concerne les artistes de spectacle) et 5° (7 % en ce qui concerne les sportifs rémunérés).

Article 25

1. En ce qui concerne la réserve exprimée à l'article 25 du projet d'arrêté ("pour autant que cette disposition n'est pas réglementée par ailleurs"), le délégué du ministre rappelle :

> "... que la loi du 24 juillet 1987 relative au travail intérimaire ainsi que la convention collective de travail n° 82 relative à l'outplacement [5] prévoient déjà actuellement les mentions nécessaires à l'intention de conclure visée à l'article 12, 21°, du décret. L'existence de ces deux réglementations explique dès lors la réserve exprimée dans l'article 25".

2. L'article 25 prévoit les mentions obligatoires que doit comporter la convention écrite visée à l'article 12, 21°, du décret du 13 mars 2003, précité.

Ainsi qu'il a été rappelé dans l'observation générale et que corrobore le libellé de la phrase introductive de l'article 25, cette convention est préalable à la conclusion de tout contrat qu'il s'agisse d'un contrat de travail ou de service.

En ce qui concerne la relation de travail salariée sur laquelle peut porter le service de placement dès lors que le service presté est un service de travail intérimaire, il va de soi que les mentions reprises dans l'article 25 ne peuvent faire obstacle au respect, lors de la conclusion du contrat de travail proprement dit, des droits et des obligations des parties tels que prévus par la législation fédérale de droit du travail. C'est pourquoi, il serait préférable, dans un souci de sécurité juridique, que l'auteur du projet s'assure que l'énumération des mentions formulées à l'article 25, permet l'application, en l'occurrence de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, et omette pour le surplus les mots "et pour autant que cette disposition n'est pas réglementée par ailleurs".

---

(5) Il s'agit en réalité de la convention collective de travail n° 51 du 10 février 1992 relative à l'outplacement, la convention collective de travail n° 82 du 10 juillet 2002 ayant trait au reclassement professionnel des seuls travailleurs de quarante-cinq ans et plus qui sont licenciés.

.../...

Article 28

Cet article appelle une observation similaire à celle formulée sous l'article 25.

Article 30

1. Concernant les clauses de résolution de contrat visées à l'article 30, ainsi que l'interdiction de toute clause d'exclusivité, le délégué du ministre a précisé

> "... que le Gouvernement a fait appel à la notion de clause de résolution, réglementée par ailleurs, en tant que mention obligatoire demandée préalablement à tout agrément pour lequel celui-ci est compétent. Il ne rentre nullement dans les intentions du Gouvernement de s'immiscer dans la réglementation ayant trait au droit des contrats mais bien de rester dans ses compétences en précisant, le cas échéant, les conditions d'agrément telles que prévues par l'article 21 du décret".

2. Compte tenu de l'observation générale, l'article 30 du projet vise le contrat de travail ou le contrat de service conclu, une fois le placement du travailleur réalisé avec succès par l'agence de placement, par en l'occurrence un artiste de spectacle ou un sportif rémunéré avec l'employeur qui va l'occuper dans le cadre du statut de travailleur salarié ou recourir à ses services en qualité de travailleur indépendant.

Les mentions que prévoit l'article 30, § 1er, ont trait en ce qui concerne l'artiste de spectacle, à l'indemnité (pourcentage ou montant forfaitaire) que celui-ci s'engage à verser à l'agence de placement ainsi que la clause de résolution qui doit assortir la relation contractuelle entre le travailleur et l'agence. Les mêmes mentions sont prévues en ce qui concerne le sportif rémunéré mais vient s'y ajouter celle de la durée de la période d'essai qui vise la relation de travail proprement dite entre le travailleur et son employeur.

.../...

Par ailleurs, l'article 30, § 2, interdit toute clause d'exclusivité dans le contrat de travail ou de service que le travailleur soit un artiste de spectacle ou un sportif rémunéré.

Ces mentions appellent les observations suivantes.

a) La mention du pourcentage de l'indemnité ou de son montant forfaitaire ainsi que celle de la clause de résolution ne concernent pas la relation de travail en tant que telle mais la relation entre l'agence de placement et le travailleur qui, par le fait de la rémunération du service de placement qu'il lui doit, en reste le débiteur pendant la durée de la relation de travail avec l'employeur qui l'occupe. S'il y a lieu d'exiger de faire apparaître ces mentions, c'est dès lors dans un autre instrument que le contrat de travail ou le contrat de service.

b) La période d'essai est actuellement régie, en ce qui concerne la relation de travail salariée, par l'article 67 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail. Il n'appartient pas à l'autorité régionale, a fortiori par voie réglementaire, de répéter des règles, déjà existantes au niveau fédéral, de droit du travail.

c) L'interdiction de toute clause d'exclusivité dans le contrat de travail s'apparente si elle vise la phase postcontractuelle de travail salarié, c'est-à-dire une fois la relation de travail terminée, à une clause de non-concurrence régie par les articles 65 et 86 de la loi du 3 juillet 1978, précitée. Etant dès lors déjà réglementée, cette mention n'est admissible et ne peut être ajoutée à celles du contrat de travail que pour autant qu'elle ne soit pas contraire à des dispositions plus favorables prévues au niveau fédéral.

Un raisonnement similaire peut être tenu pour la clause d'exclusivité qui concernerait la phase contractuelle de travail salarié.

Quelle que soit l'hypothèse retenue, il appartient à l'auteur du projet de pouvoir expliquer comment se conçoit un mécanisme par lequel une agence de placement doit, au titre de condition d'agrément, s'engager à ce qu'aucune clause d'exclusivité ne figure dans un contrat dont elle n'a pas, par définition, la maîtrise.

.../...

En revanche, si l'intention de l'auteur du projet est de viser la relation entre l'agence de placement et l'artiste de spectacle ou le sportif rémunéré, la mention de la clause d'exclusivité doit alors, comme relevé dans le point a), figurer dans un autre document que le contrat de travail ou de service.

d) Toutefois même lorsqu'elles sont admissibles, il n'en demeure pas moins que ces mentions sont d'une telle nature qu'elles doivent, en tout cas, être fixées par le décret en ce compris quand elles visent le contrat de service.

L'article 30 du projet doit donc être omis.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur chef de section.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS