FP

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 43.845/2
DU 17 DÉCEMBRE 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre, saisi par le Vice-Ministre-Président, Ministre de la Formation et de l'Emploi, des Affaires sociales et du Tourisme du Gouvernement de la Communauté germanophone, le 23 novembre 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone "portant exécution du décret du 18 décembre 2006 relatif à l'agrément des agences de placement privées", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

Compétence et fondement légal

La compétence du Gouvernement de la Communauté germanophone d'adopter l'arrêté en projet trouve son fondement dans diverses dispositions du décret du 18 décembre 2006 relatif à l'agrément des agences de placement privées.

En ce que l'article 30 du projet fixe au 1er janvier 2008 la date d'entrée en vigueur du décret du 9 février 2004 portant assentiment à la Convention n/ 181 sur les agences d'emploi privées, adoptée à Genève le 19 juin 1997 par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, le projet a également pour fondement légal l'article 2 de ce décret du 9 février 2004.

Observations particulières

Préambule

1. Le projet trouvant également son fondement légal dans l'article 2 du décret du 9 février 2004, précité, il y a lieu d'insérer dans le préambule un nouvel alinéa 1er libellé comme suit :

> "Vu le décret du 9 février 2004 portant assentiment à la Convention n/ 181 sur les agences d'emploi privées, adoptée à Genève le 19 juin 1997 par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail, notamment l'article 2".

2. À l'alinéa 1er actuel (devenant l'alinéa 2), il convient de mentionner les dispositions du décret du 18 décembre 2006, précité, qui constituent le fondement juridique de l'arrêté en projet.

3. L'alinéa 5 (devenant alinéa 6) sera rédigé comme suit :

"Vu l'avis 43.845/2 du Conseil d'État, donné le 17 décembre 2007 en application de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État".

Dispositif

Article 1er

Au point 3/, il convient d'écrire :

"Ministre : le Ministre ayant l'Emploi dans ses attributions".

Article 2

1. À l'alinéa 1er, il convient d'habiliter le ministre à fixer la date à partir de laquelle la demande peut être introduite valablement par voie électronique.

2. L'alinéa 2 devrait être précisé en écrivant *in fine* :

"(...) pour quel(s) service(s) de placement au sens de l'article 1er, 2/ à 10/, du décret, elle souhaite être agréée".

Article 3

1. Au 3/, il n'est pas tenu compte du fait que le nombre de personnes habilitées à représenter l'agence peut être inférieur à trois.

2. La section de législation n'aperçoit pas, dans le décret du 18 décembre 2006, précité, de disposition qui habiliterait le Gouvernement à formuler les exigences contenues dans l'article 3, § 1er, 5/ à 8/, du projet. Ces conditions ne figurent pas parmi les conditions d'agrément énumérées à l'article 4 du décret du 18 décembre 2006, précité. L'article 7, § 1er, alinéa 2, du décret autorise certes le Gouvernement à déterminer la procédure d'agrément ainsi que les documents et justificatifs à fournir, mais ne lui permet pas de subordonner l'agrément à des conditions de fond non prévues par le décret du 18 décembre 2006, précité. Les points 5/ à 8/ du paragraphe 1er seront dès lors omis.

3. L'arrêté en projet ne comportant qu'une seule annexe, il ne paraît pas nécessaire de numéroter celle-ci. Au lieu d'écrire "annexe 1", on écrira donc "annexe" chaque fois que ce terme apparaît dans le projet (notamment à l'article 3, § 1er, 10/, à l'article 24 ainsi que dans l'intitulé de l'annexe).

4. Les références au sein d'un même texte ou d'une subdivision de celui-ci se font sans rappeler qu'il s'agit du même texte ou de la même subdivision [(1)]. À l'article 3, § 1er, 11/, *in fine*, il convient donc d'omettre les mots "du présent arrêté".

L'observation vaut pour la suite du projet.

---

(1) Idem, point 5.11.

Article 4

La directive 2006/123 du Parlement et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur [2] est entrée en vigueur le 28 décembre 2006 et doit être transposée avant le 28 décembre 2009 (articles 44, paragraphe 1, et 45 de la directive 2006/123). Au plus tard à cette date, la Communauté germanophone devra donc avoir mis l'ensemble de son droit en conformité avec cette directive et avoir présenté à la Commission le rapport prescrit par son article 39. Ce rapport doit notamment comporter l'indication des régimes d'autorisation existants et une motivation de leur compatibilité avec la directive susmentionnée (article 9, paragraphe 2, de ladite directive). Cela signifie que, pendant la phase de transposition, les États membres doivent procéder à un examen de leur législation (considérant 74 de la directive 2006/123), recenser les régimes d'autorisation et les évaluer un à un. De plus, il convient de rappeler que, selon la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, si les États membres ne sont pas tenus d'adopter les mesures de transposition d'une directive avant l'expiration du délai prévu à cet effet, il résulte de l'application combinée des articles 10, second alinéa, CE et 249, troisième alinéa, CE, ainsi que de la directive elle-même que, pendant ce délai, ils doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive [3].

Dans la mise en oeuvre de l'article 4 du projet, il y aura lieu d'être attentif au respect de cette directive.

---

(2) JO L 376, p. 36.

(3) Arrêts de la Cour du 18 décembre 1997, Inter-Environnement Wallonie, C-129/96, Rec., p. I-7411, point 45; du 14 septembre 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie, C-138/05, Rec., p. I-8339, point 42, et du 14 juin 2007, Commission/Belgique, C-422/05, non encore publié au Recueil, point 62.

Article 5

Il ne paraît pas possible d'exiger d'une agence de placement privée, qui ne dispose pas d'un établissement stable dans l'Union européenne ou dans l'Espace économique européen, de fournir les documents visés à l'article 3 du projet. Seuls des documents équivalents à ceux-ci peuvent être exigés.

S'il est vrai qu'aux termes de l'article 6, § 1er, 3/, du décret du 18 décembre 2006, précité, les agences en question doivent "satisfaire aux conditions d'agrément fixées par le présent décret", il convient d'interpréter ce texte dans le sens indiqué dans la présente observation.

Article 6

1. À l'alinéa 2, il est conseillé de fixer un délai dans lequel le demandeur doit transmettre les documents complémentaires qui lui sont réclamés par l'administration.

2. L'article 6, alinéa 3, devrait plutôt constituer le paragraphe 4 de l'article 3 du projet.

Article 7

1. À l'alinéa 4, il est suggéré d'ajouter, après les mots "pour quel(s) service(s) de placement", les mots "au sens de l'article 1er, 2/ à 10/, du décret".

2. L'alinéa 5 devrait être complété par l'indication que l'agence de placement privée doit introduire sa demande d'agrément pour une durée indéterminée, au moins x jours avant l'expiration de la période de deux ans pour laquelle elle est agréée.

Article 9

1. Au paragraphe 1er, alinéa 1er, les mots "Sur proposition de l'administration" devraient être supprimés, cette question relevant du fonctionnement interne du ministère.

Plus fondamentalement, cette formulation donne, à tort, l'impression de présenter "l'administration" comme détaché du "Ministre" en dépit du lien hiérarchique qui unit celle-là à celui-ci.

La même observation vaut pour le paragraphe 2, alinéa 1er.

2. Dans l'avis 40.674/2, donné le 5 juillet 2006, sur le projet devenu le décret du 18 décembre 2006, précité, la section de législation du Conseil d'État a critiqué la délégation au Gouvernement contenue à l'article 19 (devenu l'article 17) du projet, en ce que celui-ci habilite le Gouvernement à déterminer la procédure de retrait ou de suspension de l'agrément ainsi que les procédures de recours y afférentes. Comme le souligne la section de législation dans cet avis, "cette délégation accordée au Gouvernement est trop large. Il revient au législateur de fixer les éléments essentiels."

Il n'appartient pas au Gouvernement d'instaurer un recours administratif organisé dont l'exercice serait obligatoire avant l'introduction d'un recours juridictionnel, seul le législateur étant compétent pour instaurer un tel recours préalable obligatoire.

Pour que le recours envisagé au paragraphe 3 soit admissible, il y a lieu de souligner son caractère non obligatoire, par exemple en insérant, au début de ce paragraphe, les mots :

"Sans préjudice de l'exercice des recours juridictionnels dont elle dispose, l'agence de placement privée dont l'agrément ... (la suite comme au projet)".

3. Au paragraphe 3, alinéa 2, il vaudrait mieux remplacer le délai d'un mois par un délai de trente jours, afin d'éviter d'éventuelles contestations quant au calcul de ce délai.

4. La décision du ministre de retirer un agrément étant publiée au Moniteur belge (article 9, § 2, alinéa 3, du projet), il devrait être prévu que la décision du Gouvernement annulant le retrait est publiée selon les mêmes formes.

Article 10

1. À l'article 10, § 1er, alinéa 1er, *in fine*, il pourrait être utile d'ajouter les mots "exigées par les dispositions précitées".

Dans ce cas, la phrase liminaire du paragraphe 2 pourrait être modifiée comme suit:

"§ 2. Le rapport d'activités comporte en outre les informations suivantes :".

2. La déléguée du ministre a admis que les psychologues n'étaient pas nécessairement des employés de l'agence de placement privée. La rédaction de l'article 10, § 2, 2/, devra être adaptée en conséquence.

Article 12

Invitée à expliquer la portée du point 6/, la déléguée du ministre a fourni la réponse suivante :

> "Il s'agit du nombre d'entreprises utilisatrices ayant occupé des travailleurs intérimaires pour un nombre total d'heures supérieur à 25 % du nombre total des heures prestées par les travailleurs intérimaires d'une agence. Dans le contexte de l'article 12, il est toujours question des heures prestées par les intérimaires d'une agence. L'article 12.6/ se lit en continuité avec les autres numéros de l'article 12."

L'article 12, 6/, devrait être clarifié en ce sens.

Article 20

1. Il est rappelé qu'aux termes de l'article 3, § 2, 3/, du décret du 18 décembre 2006, précité, la compétence attribuée au Gouvernement de déterminer les catégories de travailleurs et les placements pour lesquels l'agence de placement privée peut accepter ou demander une quelconque indemnité de la part du travailleur moyennant son accord écrit préalable, ne peut être mise en oeuvre que "dans l'intérêt des travailleurs concernés ou dans l'optique d'une meilleure adéquation entre offre et demande d'emploi".

En outre, l'article 3, § 2, 3/, du décret du 18 décembre 2006, précité, précise qu'une indemnité ne peut être acceptée ou réclamée que pour les catégories de travailleurs et de placements que le Gouvernement aura déterminés.

Pour mettre en oeuvre cette habilitation, il ne suffit pas, comme le fait l'article 20, § 2, alinéa 1er, de disposer que "par dérogation au paragraphe précédent, l'agence de placement privée qui fournit des services de recherche d'emploi peut percevoir ou exiger de la part du travailleur une indemnité, à la condition que celle-ci soit dûment fixée dans une convention conclue entre l'agence de placement privée et le travailleur". Il faut encore que soient cernées les catégories de travailleurs pour lesquelles cette règle peut sortir ces effets.

En tout état de cause, l'auteur du projet devra être en mesure de justifier les dérogations contenues à l'article 20, § 2, du projet, au regard de ces exigences décrétales.

2. Au paragraphe 2, alinéa 2, l'articulation entre les règles figurant au 3/, 4/ et 5/, doit mieux ressortir du dispositif, notamment par rapport à la terminologie utilisée ("revenu brut total," rémunération brute" et "revenu annuel brut").

Intitulé de la Section III du Chapitre III

Les psychologues visés à l'article 21, § 4, ne faisant pas nécessairement partie du personnel de l'agence de placement privée, l'intitulé de la Section III du Chapitre III ne paraît pas adéquat. De l'accord de la déléguée du ministre, les mots "du personnel", figurant dans cet intitulé, seront omis.

Article 21

À l'article 21, § 4, les mots "modifié par la loi du 21 janvier 1999" seront omis afin d'éviter de figer la référence à la loi du 8 novembre 1993 protégeant le titre de psychologue.

Article 22

Il est proposé de modifier l'article 22, § 1er, alinéa 1er, comme suit, si telle est bien l'intention de l'auteur du projet :

"Les membres de la plate-forme «Placement» mentionnés à l'article 19, § 3, 2/ et 3/, du décret sont proposés par le Conseil économique et social.

Tous les membres sont désignés par le ministre pour une durée de quatre ans. Leur mandat est renouvelable."

Article 23

Sauf en ce qui concerne le placement d'intérimaires, l'agence de placement privée reste, en principe, étrangère au contrat de travail ou de services qui se nouera entre l'entreprise tierce et le travailleur placé. Le contrat visé à l'article 23 du projet n'est dès lors pas un contrat de travail ou de services, mais un contrat par lequel l'agence de placement privée s'engage, vis-à-vis du travailleur, à fournir des prestations de placement visant à permettre la conclusion d'un contrat de travail ou de services entre le travailleur et une entreprise tierce. Le Gouvernement de la Communauté germanophone ne serait de

toute manière pas compétent pour déterminer les mentions devant figurer dans un contrat de travail, cette matière relevant de la compétence exclusive du législateur fédéral.

L'article 23 devrait être modifié comme suit, si telle est bien l'intention de l'auteur du projet :

"Le contrat visé à l'article 11, § 1er, 22/, du décret, par lequel l'agence de placement privée s'engage à fournir des prestations de placement visant à permettre la conclusion d'un contrat de travail ou de services entre le travailleur et une entreprise tierce, est conclu par écrit avec le travailleur et contient les mentions obligatoires suivantes :

1/ (comme au projet);

2/ (comme au projet);

3/ (au lieu de «le secteur d'activités de l'employeur», il faudrait sans doute écrire : «le secteur d'activités dans lequel il souhaite être occupé»);

4/ (la notion de «fonction» doit être clarifiée);

5/ (comme au projet);

6/ (comme au projet);

7/ (comme au projet);

8/ (comme au projet)."

Le point 9/ devrait devenir l'alinéa 2.

Article 30

L'auteur du projet veillera à ce que celui-ci soit publié au Moniteur belge suffisamment longtemps avant la date de son entrée en vigueur pour permettre à tout intéressé d'en prendre connaissance. Il est rappelé qu'en vertu de l'article 53, alinéa 4, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, le délai séparant la publication d'un arrêté au Moniteur belge et son entrée en vigueur est en principe de dix jours.

Article 31

Au lieu d'écrire "le Ministre de l'Emploi", il convient d'écrire "le Ministre ayant l'emploi dans ses attributions".

Annexe

1. Il est renvoyé à la troisième observation relative à l'article 3.

2. Il est suggéré d'ajouter, à la fin de l'intitulé de l'Annexe, les mots "prévu à l'article 11, § 1er, 23/, du décret du 18 décembre 2006 relatif à l'agrément des agences de placement privées".

3. Comme en a convenu la déléguée du ministre, le point 15 de l'Annexe n'a pas de base décrétale. Ce point doit dès lors être omis.

4. La déléguée du ministre a été invitée à expliquer quelle était l'utilité du point 18 de l'Annexe, qui recourt à des notions subjectives difficilement contrôlables "moins favorable que celui qu'il recherche"). La déléguée du ministre a répondu que le point 18 allait dans le sens de la convention n/ 181 de l'O.I.T. qui souhaite protéger le travailleur face aux agences de placement privées, qui seraient souvent en situation de force par rapport aux chercheurs d'emploi.

Le verbe "imposant" paraît également impropre dans le contexte juridique de la relation entre une agence de placement et les personnes en recherche d'emploi.

Enfin, la disposition ne paraît pas réaliste dans l'hypothèse où ces personnes formuleraient des demandes peu en rapport avec leur profil.

Par conséquent, le point 18 devrait être omis.

La chambre était composée de

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

Le rapport a été présenté par Mme W. VOGEL, auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Y. KREINS