

ROYAUME DE BELGIQUE

Avis 46.124/2
DU 25 MARS 2009

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 de la Communauté germanophone, le 27 février 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de décret "relatif à l'agrément des agences de travail intérimaire et à la surveillance des agences de placement privées", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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 de l'avant-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, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. Par le décret du 9 février 2004 portant assentiment à la Convention C 181 sur les agences d'emploi privées, adoptée à Genève le 19 juin 1997 par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail (ci-après la Convention C 181 de l'O.I.T.), la Communauté germanophone a porté assentiment à la Convention C 181 de l'O.I.T. sur les agences d'emploi privées. Pour se conformer aux exigences de cette convention, la Communauté germanophone a adopté, le 18 décembre 2006, le décret relatif à l'agrément des agences de placement privées ⁽¹⁾. Ce décret prévoit dans son article 1^{er} divers types d'agences de placement, notamment les agences de placement privées et les agences de placement d'intérimaires. L'article 3 du décret subordonne l'activité de tous les types d'agences de placement à un agrément préalable. Cette exigence s'applique, que l'agence ait un établissement stable en Région de langue allemande (articles 4 et 5 du décret) ou non (article 6 du décret). L'article 39 du décret prévoit que celui-ci entre en vigueur à la date fixée par le Gouvernement. À défaut d'arrêté du Gouvernement en ce sens, ce décret n'est pas encore entré en vigueur à ce jour ⁽²⁾.

(1) Voir l'avis 40.674/2, donné le 5 juillet 2006, sur l'avant-projet devenu ce décret.

(2) Pas plus d'ailleurs que le décret du 9 février 2004, précité, dont l'entrée en vigueur requiert également, en vertu de son article 2, un arrêté du Gouvernement. Comme il est rappelé dans le commentaire des articles accompagnant l'avant-projet à l'examen (voir le commentaire de l'article 1^{er}), la Communauté germanophone a soumis à la section de législation du Conseil d'État un projet d'arrêté "portant exécution du décret du 18 décembre 2006 relatif à l'agrément des agences de placement privées", sur lequel la section de législation a donné le 17 décembre 2007, l'avis 43.845/2. Ledit projet d'arrêté n'a pas été adopté à ce jour.

Ainsi qu'il ressort de l'exposé des motifs accompagnant l'avant-projet, trois éléments nouveaux ont ensuite amené la Communauté germanophone à revoir en profondeur le régime juridique des agences de placement privées. Ces trois éléments nouveaux sont :

- la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur;
- la directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire;
- un avis motivé complémentaire adressé par la Commission européenne à la Belgique le 16 octobre 2008 au titre de l'article 226 du Traité instituant la Communauté européenne en raison de l'incompatibilité avec l'article 49 du Traité de la réglementation belge concernant les activités des agences de travail intérimaire.

Comme il est expliqué dans l'exposé des motifs, la Communauté germanophone estime que le respect de ces nouvelles données exige des modifications à ce point fondamentales qu'il est préférable d'abroger le décret du 18 décembre 2006, précité, et d'élaborer un décret entièrement nouveau. Tel est l'objectif du texte actuellement soumis à l'avis de la section de législation.

L'avant-projet à l'examen se distingue du décret du 18 décembre 2006, précité, essentiellement en ce qu'il ne soumet plus l'activité des agences de placement privées à l'exigence d'un agrément préalable, à l'exception des agences de travail intérimaire qui restent subordonnées à l'exigence d'un tel agrément ⁽³⁾.

La section de législation constate qu'un grand nombre de dispositions de l'avant-projet correspondent à des dispositions figurant déjà dans le décret du 18 décembre 2006, précité, sur lequel elle a donné l'avis 40.674/2, le 5 juillet 2006, ou ont été insérées pour tenir compte d'observations contenues dans cet avis. En donnant son avis sur ces dispositions, la section de législation a épuisé la compétence que lui confère la loi.

⁽³⁾ Voir les articles 3 et 10 de l'avant-projet.

Il ne lui appartient pas de se prononcer à nouveau sur les dispositions déjà examinées (qu'elle aient été revues pour tenir compte des observations faites dans le premier avis ou qu'elles demeurent inchangées), sauf dans la mesure où elles pourraient être affectées par les éléments nouveaux que constituent les deux directives et l'avis motivé complémentaire mentionnés ci-dessus.

Le tableau de concordance établi par l'auditeur-rapporteur joint en annexe au présent avis indique les nouveaux articles et ceux qui sont repris du décret du 18 décembre 2006, précité.

L'auteur de l'avant-projet veillera à annexer à l'avant-projet qui sera déposé sur le bureau du Parlement de la Communauté germanophone, l'avis 40.674/2, précité, ainsi que le texte de l'avant-projet de décret sur lequel il a été donné, afin d'assurer la parfaite information des membres de l'assemblée délibérante.

2. 1. L'avant-projet à l'examen se distingue, par rapport à celui qui a fait l'objet de l'avis 40.674/2, précité, par la suppression de l'exigence d'un agrément préalable à l'exercice d'une activité d'agence de placement privée créée en Communauté germanophone.

Comme le Conseil d'État l'a fait observer dans l'avis 45.038/2, donné le 24 septembre 2008, sur un avant-projet de décret de la Région wallonne "relatif à l'enregistrement des agences de placement et à l'agrément des agences de travail intérimaire", une telle suppression est en principe contraire à la Convention C 181 de l'O.I.T. concernant les agences d'emploi privées adoptée à Genève le 19 juin 1997 par la Conférence de l'Organisation internationale du Travail.

En l'occurrence, les pièces du dossier soumis au Conseil d'État à l'appui de la demande d'avis à l'examen font toutefois état d'une réflexion menée de manière approfondie quant à l'exploitation de la dérogation prévue par l'article 3, paragraphe 2, de la Convention C 181 de l'O.I.T. en prenant également en considération la question de la conformité du dispositif envisagé à la directive 2006/123/CE, du 12 décembre 2006, précitée ⁽⁴⁾.

Cet article 3, paragraphe 2, de la Convention C 181 de l'O.I.T. permet en effet de déroger à l'obligation d'établir un système d'attribution de licence ou d'agrément déterminant les conditions d'exercice par les agences de placement privées de leurs activités, lorsque ces "conditions sont réglées, d'une autre manière, par la législation et les pratiques nationales".

Invitée à justifier la compatibilité de l'absence d'agrément préalable pour les agences de placement privées (à l'exception des agences de travail intérimaires) avec cet article 3, paragraphe 2, de la Convention C 181 de l'O.I.T., la déléguée du ministre a répondu comme suit :

"(...) au lieu d'avoir un système d'agrément préalable il fut décidé après une analyse minutieuse de la directive 2006/123/CE de le remplacer par un contrôle a posteriori afin de se conformer aux exigences des articles 43 et 49 du traité CE et à la directive 2006/123/CE. (...) D'ailleurs l'article 3.2. de la convention prévoit que l'état membre peut aussi régler les conditions d'exercice par les agences d'emploi privées de leurs activités d'une autre manière que par un agrément. C'est d'ailleurs ce qui se fait aux Pays-Bas, qui a ratifié cette convention, mais qui n'a pas de système d'agrément préalable pour les agences de placement.

⁽⁴⁾ À cet égard, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006, précitée, n'exclut pas tout régime d'autorisation ou d'agrément. En son article 9, elle précise les conditions auxquelles un régime d'autorisation ou d'agrément est subordonné. Ces conditions sont de trois ordres :

- " a) le régime d'autorisation n'est pas discriminatoire à l'égard du prestataire visé;
- b) la nécessité d'un régime d'autorisation est justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général;
- c) l'objectif poursuivi ne peut être réalisé par une mesure moins contraignante, notamment parce qu'un contrôle a posteriori interviendrait trop tardivement pour avoir une efficacité réelle".

L'article 4, 8) définit en outre la notion de "raisons impérieuses d'intérêt général" par des raisons reconnues comme telles par la jurisprudence de la Cour de Justice qui incluent des justifications telles que celle de la protection des destinataires de services et des travailleurs.

(...) (L)a question de la primauté ne se pose pas, puisque la directive ne contredit pas la convention n° 181. La directive européenne a été adoptée par tous les états membres en date du 12 décembre 2006 et elle doit dès lors être transposée dans les délais par les états membres. Le maintien d'un système d'agrément préalable pour les agences de placement n'a pas pu être justifié au regard des critères prévus par cette directive. Dès lors en vue de transposer cette directive dans les délais il fut décidé d'abandonner le système de contrôle préalable pour faire place à un système de contrôle a posteriori mieux adapté aux exigences d'un marché européen de la libre circulation des services".

2.2. Si l'absence d'un système d'agrément peut se concevoir dans la logique de la dérogation énoncée à l'article 3, paragraphe 2, de la Convention C 181 de l'O.I.T. encore faut-il que les conditions de l'exercice de leurs activités par les agences de placement privées soient fixées de manière telle que le respect de toutes les garanties prévues, en faveur du travailleur, par cette même convention, soit assuré.

Cette exigence de respect que pose la Convention C 181 de l'O.I.T. semble vouloir être rencontrée par l'auteur de l'avant-projet, d'une part, en édictant, à l'article 14, § 1^{er}, de l'avant-projet, des règles d'avertissement, de mise en demeure, de suspension et d'interdiction des agences de placement privées et des services qu'elles offrent et, d'autre part, en prévoyant, dans le chapitre VII de l'avant-projet, un dispositif de contrôle et de sanctions pénales (articles 16 à 20 de l'avant-projet).

La question se pose de savoir si le respect des obligations qui incombent à l'agence de placement privée telles qu'énoncées en faveur des travailleurs dans la Convention C 181 de l'O.I.T. et que traduit le chapitre III, section 1^{re}, de l'avant-projet, sera suffisamment assuré par les mesures d'avertissement, de mise en demeure, de suspension et d'interdiction ainsi que par les sanctions pénales figurant dans les articles 14 et 16 à 20 de l'avant-projet. Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de démontrer dans l'exposé des motifs que tel est bien le cas.

3. Invitée à justifier si le maintien d'un système d'agrément préalable pour les seules agences de travail intérimaire ne constitue pas une discrimination interdite par les articles 10 et 11 de la Constitution relatifs au principe d'égalité et de non-discrimination, la déléguée du ministre a répondu ce qui suit :

"(...) en vertu de ce principe il faut traiter différemment des situations différentes. Tel est le cas pour l'intérim et le placement. Dans le cadre de l'intérim, c'est l'entreprise de travail intérimaire qui est l'employeur du travailleur intérimaire et le met à la disposition d'entreprises utilisatrices afin de travailler de manière temporaire sous leur contrôle et leur direction. Alors que dans le cadre du placement l'agence de placement met en contact un employeur et un travailleur qui signent le cas échéant un contrat de travail auquel l'agence de placement ne participe pas.

Le secteur de l'intérim est un secteur sensible dans lequel un agrément préalable se justifie afin de vérifier le respect d'un certain nombre de conditions en vue de protéger au maximum le travailleur intérimaire dans une situation plus précaire."

Il est douteux que ces explications, dans la mesure où elles s'appuient sur le caractère plus précaire de la situation d'un travailleur intérimaire par rapport à celui qui fait appel à une agence de placement privée, permettent d'expliquer la différence de traitement, au regard de l'exigence d'un agrément préalable, faite entre les deux formes d'activité. La Convention C 181 de l'O.I.T. indique en effet, dans ses considérants, que son adoption se fonde sur la nécessité de protéger les travailleurs contre des abus, à l'instar de ce que précise le considérant 12 de la directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire qui dispose que la directive établit un cadre protecteur pour les travailleurs intérimaires. L'un et l'autre instruments procèdent donc du même constat : le travailleur doit être, dans le cadre de l'une et l'autre activité de services visées, protégé adéquatement.

Il conviendrait donc que l'auteur de l'avant-projet explique, dans l'exposé des motifs, de manière plus précise et pertinente en quoi les conditions différenciées d'exercice de l'activité qu'il prévoit pour les agences de travail intérimaire et pour les agences de placement privées se justifient par le fait de l'activité elle-même et non par rapport à la situation du travailleur.

4.1. Dans la mesure où l'avant-projet tend à transposer partiellement des directives européennes, il doit être complété afin de faire référence à ces directives, conformément aux dispositions finales de ces dernières. Selon les usages de la légistique, cette mention doit figurer en un article 1^{er} nouveau de l'avant-projet ⁽⁵⁾.

4.2. Il convient d'annexer au projet de décret soumis au Parlement deux tableaux de correspondance, le premier mentionnant, au regard des différentes dispositions des directives précitées les dispositions en projet qui en assurent la transposition, le second donnant la correspondance entre les dispositions de l'avant-projet de loi et celles des directives.

De tels tableaux de correspondance sont en effet indispensables afin que le Parlement puisse se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens que le Gouvernement leur propose de mettre en oeuvre et afin d'éviter que l'exercice du droit d'amendement prévu par l'article 39 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et l'article 44, alinéa 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen reconnaît aux États membres.

Il eût été, toutefois, souhaitable que ces tableaux eussent été communiqués à la section de législation du Conseil d'État dans le dossier annexé à la lettre de saisine ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative", recommandation n/ 94 et formule F-4-1-2-1.

⁽⁶⁾ Voir le rapport annuel du Conseil d'État pour l'année 2005-2006, spéc. n^{os} 15 à 17 (www.raadvst-consetat.be/?page=about_annualreports&lang=fr); voir également *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, 2008, recommandations n^{os} 191 à 191.2, www.raadvst-consetat.be/?page=technique_legislative&lang=fr.

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

1. Le paragraphe 2 tend opportunément à exposer les modalités précises de computation des délais mentionnés dans l'avant-projet.

Afin d'éviter toute difficulté d'interprétation et compte tenu notamment de ce que les samedis ou les dimanches sont ouverts dans certains secteurs concernés par l'avant-projet, il serait opportun de définir également la notion de jour ouvrable.

2. Au même paragraphe 2, la référence, à la fin de l'alinéa 2, aux "jours [fériés] fixés par décret ou par arrêté du Gouvernement" est ambiguë.

Si elle signifie que la mention de tout jour férié dans quelque décret ou quelque arrêté que ce soit étend la notion de jour férié au sens de l'avant-projet, cela comporterait une extension difficilement déterminable de cette notion, ne correspondant en outre pas nécessairement à l'intention poursuivie.

Si elle signifie qu'un décret peut compléter la liste mentionnée à l'alinéa 2 à l'examen, le texte est inutile et doit être omis.

Si l'intention consiste à habiliter spécialement le Gouvernement à assurer ce complément, la disposition devrait être rédigée en ce sens.

En tout état de cause, le texte sera réexaminé et revu afin d'éviter toute insécurité juridique.

Articles 10 et 11

Les articles 10, § 2, et 11, § 2, de l'avant-projet, prévoient que le Gouvernement peut, après avis du Conseil économique et social, étendre la liste des obligations auxquelles sont tenues de se conformer, respectivement les agences de placement privées et les agences de travail intérimaire. Les obligations que doivent respecter ces agences constituent toutefois des éléments essentiels du système qui leur est applicable. Il n'est dès lors pas admissible de déléguer au Gouvernement la possibilité d'imposer d'autres obligations que celles énoncées dans le décret projeté. Les articles 10, § 2, et 11, § 2, seront, dès lors, omis.

Article 12

1. Au lieu de mentionner seulement les dispositions du chapitre II, section 1, il semblerait plus judicieux de mentionner les dispositions du "chapitre II, section 1, ou, le cas échéant, section 2".

2. Ainsi qu'il ressort de l'observation relative à l'article 11, les obligations auxquelles sont soumises les agences de travail intérimaire ne pourront pas être complétées par des dispositions prises par le Gouvernement. À la fin de l'article 12, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, les mots "ou dans les prescriptions, obligations et conditions d'agrément édictées en exécution du présent décret" seront, dès lors, omis.

Articles 24 et 26

Dans les dispositions envisagées respectivement aux articles 24 et 26 de l'avant-projet, il conviendra chaque fois de préciser la date du décret qui sera adopté à la suite de l'avant-projet à l'examen.

Article 35

Il y aurait lieu de compléter l'article 35 en précisant que le décret entrera en vigueur à la date fixée par le Gouvernement, et au plus tard à la date que cette disposition précisera.

La chambre était composée de

Messieurs	Y. KREINS,	président de chambre,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Monsieur	G. KEUTGEN,	assesseur de la section de législation,
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

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

LE GREFFIER,

LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

Y. KREINS

ANNEXE

Tableau de concordance

<u>Dispositions du projet</u>	<u>Dispositions du décret du 18 décembre 2006</u>
<u>Article 1, § 1</u> 1/ 2/ 3/ 4/ 5/ à 17/ 18/ = nouveau	<u>Article 1</u> ancien 1/ ancien 4/ ancien 2/ ancien 3/ anciens 5/ à 17/
<u>Article 1, § 2</u> nouveau	
<u>Article 1, § 3</u> nouveau	
<u>Article 2</u> <u>Al. 1^{er}</u> 1/ 2/ = nouveau 3/ <u>Al. 2</u> 1/ 2/ 3/ 4/ supprimés	<u>Article 2</u> ancien 1/ modifié ancien 2/ ancien 1/ ancien 2/ nouveau ancien 3/ anciens 4/ à 7/
<u>Article 3</u>	ancien <u>article 3</u> mais portée modifiée (et § 2 supprimé)

<u>Article 4</u> 1/ 2/ 3/ 4/ 5/	<u>Article 4</u> anciens 1/ et 2/; ancien art. 5, 1/ ancien 3/ ancien 4/ ancien 5/ = supprimé ancien 6/ correspond à ancien article 5, 2/
	ancien <u>article 5</u> voir article 4, 1/ nouveau et article 4, 5/ nouveau
<u>Article 5</u>	ancien <u>article 6</u>
<u>Article 6</u>	ancien <u>article 7</u>
<u>Article 7</u>	ancien <u>article 8</u>
<u>Article 8</u>	ancien <u>article 9</u>
<u>Article 9</u> (nouveaux par rapport à l'ancien article 10 : fin alinéa 2, première phrase de l'alinéa 3)	ancien <u>article 10</u>
<u>Article 10, § 1</u> 1/ à 5/ 6/ à 11/ 12/ 13/ à 15/ 16/	ancien <u>article 11</u> anciens 2/ à 6/ anciens 9/ à 14/ ancien 16/ anciens 22/, 24/, 25/ anciens articles 12, al. 1 et 13, 1/
<u>Article 10, § 2 et § 3</u> nouveaux	ancien article 10, § 2 est supprimé mais sa dernière phrase devient § 4 nouveau
<u>Article 10, § 4</u>	dernière phrase de l'ancien article 10, § 2
<u>Article 11, § 1</u> 1/ à 25/ 26/	ancien <u>article 11, § 1</u> 1/ supprimé anciens 2/ à 26/ nouveau

<u>Article 11, § 2</u> nouveau	
<u>Article 11, § 3</u>	ancien <u>article 11, § 2</u>
	anciens <u>articles 12 à 16</u> : pas d'équivalent dans le projet
<u>Article 12, § 1</u>	ancien <u>article 17</u>
<u>Article 12, § 2</u> nouveau	
<u>Article 13</u>	ancien <u>article 18</u>
<u>Article 14, § 1</u>	ancien <u>article 17</u>
<u>Article 14, § 2</u> nouveau	
<u>Article 15</u> (modifications dans l'alinéa 3, ancien article 19, § 3)	ancien <u>article 19</u>
<u>article 16</u> (1/ et 3/ = nouveaux)	ancien <u>article 20</u>
<u>Article 17</u>	ancien <u>article 21</u>
<u>Article 18</u>	ancien <u>article 22</u>
<u>Article 19</u>	ancien <u>article 23</u>
<u>Article 20</u> <u>Alinéa 1</u> : 1/ et 2/ = $\pm$ ancien 1/ 3/ = nouveau 4/ = ancien 2/ 5/ = ancien 3/ 6/ = nouveau <u>Alinéa 2</u> : ancien alinéa 2	ancien <u>article 24</u>
<u>Article 21</u>	ancien <u>article 25</u>

<u>Article 22</u>	ancien <u>article 26</u>
<u>Article 23</u>	ancien <u>article 27</u>
<u>Article 24</u>	ancien <u>article 28</u>
<u>Article 25</u> (autre portée que l'ancien article 29)	ancien <u>article 29</u>
<u>Article 26</u>	ancien <u>article 30</u>
<u>Article 27</u>	ancien <u>article 31</u>
<u>Article 28</u>	ancien <u>article 32</u>
<u>Article 29</u> nouveau	
<u>article 30</u>	ancien <u>article 33</u>
	ancien <u>article 34</u> pas d'équivalent dans le projet
<u>Article 31</u>	ancien <u>article 35</u>
<u>Article 32</u>	ancien <u>article 36</u>
<u>Article 33</u>	ancien <u>article 37</u> (mais la fin de l'ancien article 37 est supprimée)
<u>Article 34</u>	ancien <u>article 38</u>
<u>Article 35</u>	ancien <u>article 39</u>