

Numéros du rôle : 5168 et 5173
Arrêt n° 75/2012 du 14 juin 2012

A R R E T

En cause : les recours en annulation de l'article 3, 1°, c), et (uniquement dans le second recours) de l'article 3, 4°, du décret de la Région flamande du 10 décembre 2010 relatif au placement privé, introduits par la SA « Cordeel Zetel Temse » et par la SPRL « Algemene Bouwonderneming J. Bogman » et autres.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et R. Henneuse, et des juges E. De Groot, L. Lavrysen, J.-P. Moerman, T. Merckx-Van Goey et F. Daoût, assistée du greffier F. Meersschaut, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

*

* * *

I. *Objet des recours et procédure*

a. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 28 juin 2011 et parvenue au greffe le 29 juin 2011, un recours en annulation de l'article 3, 1^o, c), du décret de la Région flamande du 10 décembre 2010 relatif au placement privé (publié au *Moniteur belge* du 29 décembre 2010, deuxième édition) a été introduit par la SA « Cordeel Zetel Temse », dont le siège social est établi à 9140 Tamise, Eurolaan 7.

b. Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 29 juin 2011 et parvenue au greffe le 1er juillet 2011 un recours en annulation de l'article 3, 1^o, c), et 4^o, du même décret a été introduit par la SPRL « Algemene Bouwonderneming J. Bogman », dont le siège social est établi à 3630 Maasmechelen, Ringlaan 18, la société de droit néerlandais « Bostacon bv », dont le siège social est établi à NL-6161 AG Geelen (Pays-Bas), Vouersweg 107, et Johannes Bogman, demeurant à 3630 Maasmechelen, Jozef Smeetslaan 199.

Ces affaires, inscrites sous les numéros 5168 et 5173 du rôle de la Cour, ont été jointes.

Des mémoires ont été introduits par :

- l'ASBL « Confédération nationale de la construction », dont le siège social est établi à 1000 Bruxelles, rue du Lombard 34-42, dans l'affaire n^o 5168;

- le Gouvernement flamand, dans les affaires n^{os} 5168 et 5173;

- le Conseil des ministres, dans les affaires n^{os} 5168 et 5173.

Les parties requérantes ont introduit des mémoires en réponse.

Des mémoires en réplique ont été introduits par :

- l'ASBL « Confédération nationale de la construction », dans l'affaire n^o 5168;

- le Gouvernement flamand, dans les affaires n^{os} 5168 et 5173;

A l'audience publique du 8 mai 2012 :

- ont comparu :

- . Me R. Desmet, avocat au barreau d'Anvers, pour la partie requérante dans l'affaire n^o 5168;

- . Me K. Wauters, qui comparait également *loco* Me P. Dufaux, avocats au barreau de Hasselt, pour les parties requérantes dans l'affaire n^o 5173;

. Me H. Bortels *loco* Me P. Peeters, avocats au barreau de Bruxelles, pour l'ASBL « Confédération nationale de la construction »;

. Me D. De Meulemeester, avocat au barreau de Gand, pour le Conseil des ministres;

. Me M. Storme, avocat au barreau de Bruxelles, pour le Gouvernement flamand;

- les juges-rapporteurs T. Merckx-Van Goey et J.-P. Moerman ont fait rapport;

- les avocats précités ont été entendus;

- les affaires ont été mises en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

II. *En droit*

- A -

Quant à la recevabilité

En ce qui concerne l'intérêt des parties requérantes

A.1.1. La SA « Cordeel Zetel Temse », partie requérante dans l'affaire n° 5168, est une entreprise de construction qui, pour un chantier déterminé, a fait appel à un entrepreneur, la SPRL « Algemene Bouwonderneming J. Bogman » qui, à son tour, a fait appel à un entrepreneur, la société de droit néerlandais « Bostacon bv ».

Selon l'inspection sociale flamande, il ressort d'une enquête que les employés de « Bostacon bv » travaillaient en réalité directement pour la SA « Cordeel Zetel Temse » et qu'il ne s'agissait pas de sous-traitance mais bien d'activités intérimaires.

La SA « Cordeel Zetel Temse » est accusée d'avoir commis une infraction, passible de sanctions correctionnelles, à l'article 23, 14°, ou à l'article 24, 15°, du décret flamand du 10 décembre 2010 relatif au placement privé (ci-après : le décret du 10 décembre 2010), en ce qu'elle aurait utilisé des travailleurs intérimaires d'une agence de travail intérimaire non agréée.

L'inspection sociale flamande estime que des travailleurs ont été mis à disposition de la société et que celle-ci doit être considérée comme un « utilisateur », au sens du décret du 10 décembre 2010. Selon la SA « Cordeel Zetel Temse », l'inspection sociale flamande définit la notion de « mise à disposition » de manière large, sans tenir compte de la définition plus restreinte de celle-ci à l'article 31 de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs (ci-après : la loi du 24 juillet 1987).

La partie requérante dans l'affaire n° 5168 déclare avoir un intérêt à l'annulation de l'article 3, 1°, c), du décret du 10 décembre 2010, en vertu duquel elle est considérée comme un « utilisateur » de travailleurs intérimaires, puisque la disposition attaquée définit le placement privé comme l'ensemble des services exercés par un intermédiaire, axés sur « l'embauche de travailleurs, dans le but de les mettre à disposition en vue de l'exécution d'un travail temporaire sous l'autorité d'un utilisateur ».

La SA « Cordeel Zetel Temse » estime justifier d'un intérêt, même si le ministère public renonce à intenter des poursuites pénales, parce qu'elle risque encore une amende administrative.

A.1.2. La société de droit néerlandais « Bostacon bv », deuxième partie requérante dans l'affaire n° 5173, est accusée d'avoir mis des travailleurs à la disposition de la partie requérante dans l'affaire n° 5168, sans disposer de l'agrément requis conformément au décret du 10 décembre 2010.

Johannes Bogman, troisième partie requérante dans l'affaire n° 5173 et gérant de la SPRL « Algemene Bouwonderneming J. Bogman », première partie requérante dans l'affaire n° 5173, a été entendu dans le cadre de la même enquête.

Le recours dans l'affaire n° 5173 est dirigé à la fois contre l'article 3, 4°, et contre l'article 3, 1°, c), du décret du 10 décembre 2010.

A.1.3. Dans son mémoire en réponse, la SA « Cordeel Zetel Temse » cite des pièces supplémentaires du dossier de l'inspection sociale flamande, attestant de son implication dans l'affaire.

La partie requérante dans l'affaire n° 5168 rappelle que son intérêt n'est pas uniquement lié à une éventuelle sanction. Elle déclare avoir également un intérêt pour des raisons financières et concurrentielles.

A.1.4. Dans son mémoire en réplique, le Gouvernement flamand fait valoir que les parties requérantes ne contestent pas son premier mémoire, dans lequel il exposait les constatations faisant apparaître que le rapport entre les parties requérantes était un rapport d'activités intérimaires et non de sous-traitance.

Le Gouvernement flamand en conclut qu'il y a bien eu mise à disposition interdite, au sens de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1987.

Dans son mémoire en réplique, le Gouvernement flamand soutient que les parties requérantes n'ont donc pas intérêt à l'annulation de la disposition attaquée. Si un juge statuait autrement sur les faits, il pourrait toujours poser une question préjudicielle. Selon le Gouvernement flamand, le recours en annulation est donc prématuré.

En ce qui concerne l'intervention

A.2.1. L'ASBL « Confédération nationale de la construction » intervient à l'appui du recours dans l'affaire n° 5168. Selon la partie intervenante, la disposition attaquée nuit manifestement aux intérêts des entrepreneurs, des intérêts qu'elle défend conformément à ses statuts.

A.2.2. Le Gouvernement flamand fait valoir que la partie intervenante dénonce uniquement l'interprétation extensive donnée aux dispositions attaquées par l'inspection sociale flamande et qu'elle ne fait donc que contester une interprétation et une qualification données par l'administration flamande.

Selon le Gouvernement flamand, la partie intervenante ne justifie donc pas d'un intérêt à l'annulation des dispositions attaquées elles-mêmes.

Quant au fond

A.3.1. Dans un moyen unique, la partie requérante dans l'affaire n° 5168 invoque non seulement la violation des articles 39 et 134 de la Constitution et de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, mais aussi celle du principe d'égalité garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution.

A.3.2. Selon la SA « Cordeel Zetel Temse », l'article 3, 1^o, c), attaqué, du décret du 10 décembre 2010 donne à la notion de « mise à la disposition » une définition spécifique, qui déroge à la définition de cette même notion dans la loi du 24 juillet 1987. Contrairement à l'ancienne disposition de l'article 2, 1^o, b), du décret du 13 avril 1999 relatif au placement privé en Région flamande, la disposition attaquée ne fait plus référence à la loi du 24 juillet 1987. Elle ne prévoit pas non plus le motif d'exception contenu dans l'article 31, § 1er, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1987, notamment lorsqu'il n'y a pas d'exercice d'autorité et donc pas de mise à disposition interdite.

La partie requérante dans l'affaire n° 5168 fait valoir qu'en vertu de l'article 6, § 1er, IX, alinéa 1er, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les régions sont certes compétentes en matière de placement, y compris en ce qui concerne l'agrément des agences de travail intérimaire, mais que le législateur décrétaal a adopté, en l'espèce, des règles relevant du droit du travail, une matière pour laquelle l'autorité fédérale est compétente. La SA « Cordeel Zetel Temse » renvoie, à cet égard, à différents avis de la section de législation du Conseil d'Etat et à l'arrêt de la Cour n° 65/98 du 10 juin 1998.

A.3.3. La partie requérante dans l'affaire n° 5168 fait en outre valoir que la disposition attaquée crée une discrimination, en ce qu'elle contient une définition plus stricte de la notion de « mise à disposition ».

Aux termes de l'article 31, § 1er, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1987, il n'y a pas travail intérimaire interdit lorsque l'autorité qu'exerce le tiers sur la personne mise à disposition porte uniquement sur le respect des obligations relatives au bien-être au travail et sur les instructions données à la personne mise à disposition, en vertu du contrat qui la lie à l'employeur, quant aux temps de travail et aux temps de repos et quant à l'exécution du travail convenu.

Ces motifs d'exception n'étant pas mentionnés dans le décret du 10 décembre 2010, l'interprétation donnée au niveau régional à la notion de mise à disposition sera différente de celle qui est donnée au niveau fédéral. Selon la SA « Cordeel Zetel Temse » ceci crée non seulement une disparité entre les services d'inspection fédéraux et les services d'inspection flamands, mais aussi une inégalité, lorsque la Belgique est considérée dans son ensemble. Les entreprises établies sur le territoire de la Région flamande sont en effet traitées différemment des entreprises qui ne sont pas établies sur ce territoire.

Selon la partie requérante dans l'affaire n° 5168, cette différence n'est pas raisonnablement justifiée. Le législateur décrétaal a pris la mesure attaquée au seul motif qu'il n'était pas d'accord avec la réglementation fédérale, qu'il jugeait insuffisante pour lutter contre les abus dans le secteur social. En donnant sa propre définition à la notion de mise à disposition, le législateur décrétaal flamand a toutefois excédé sa compétence et, partant, pris une mesure disproportionnée.

La SA « Cordeel Zetel Temse » conclut que le principe d'égalité garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution est donc violé et que l'article 3, 1^o, c), du décret du 10 décembre 2010 doit être annulé.

A.4.1. Dans un premier moyen, les parties requérantes dans l'affaire n° 5173 font valoir que non seulement l'article 3, 4^o, mais aussi l'article 3, 1^o, c), du décret du 10 décembre 2010 sont contraires aux articles 39 et 134 de la Constitution et à l'article 6, § 1er, IX, alinéa 1er, 1^o, de loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Selon ces parties requérantes, le législateur décrétaal flamand a excédé la compétence que la loi spéciale lui a conférée en matière de placement, et plus précisément en matière d'agrément des agences de travail intérimaire.

En vertu de l'article 9, § 1er, du décret du 10 décembre 2010, un agrément comme agence de travail intérimaire est requis pour effectuer des activités intérimaires. L'article 3, 4^o, du même décret définit les activités intérimaires comme l'ensemble de services d'embauche de travailleurs pour les mettre à disposition en vue de l'exécution d'un travail temporaire sous l'autorité d'un utilisateur.

Cette définition ne correspond toutefois pas à celle de la notion d'agrément des agences de travail intérimaire, telle qu'elle est visée à l'article 6, § 1er, IX, alinéa 1er, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Selon les parties requérantes dans l'affaire n° 5173, le législateur décrétral va ainsi au-delà de ce que lui permet la loi spéciale et viole les règles répartitrices de compétence.

A.4.2. Dans un deuxième moyen, les parties requérantes dans l'affaire n° 5173 dénoncent la violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

Elles exposent que le législateur décrétral flamand exige un agrément comme agence de travail intérimaire pour effectuer des activités qui, selon le législateur belge, ne relèvent pas de la notion de travail intérimaire. L'extension de la notion d'activité intérimaire fait naître une différence de traitement, selon qu'est applicable la réglementation fédérale ou la réglementation décrétales. Ceci n'est justifié d'aucune manière par le législateur flamand.

Selon les parties requérantes, l'article 3, 1°, c), et 4°, du décret du 10 décembre 2010 viole dès lors les articles 10 et 11 de la Constitution.

A.5.1. Dans son mémoire en intervention dans l'affaire n° 5168, l'ASBL « Confédération nationale de la construction » partage l'avis de la partie requérante dans cette affaire, selon lequel l'article 3, 1°, c), du décret du 10 décembre 2010 est contraire aux articles 39 et 134 de la Constitution et à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Selon la partie intervenante, les règles relatives au travail intérimaire et à la mise à disposition relèvent manifestement du droit à la protection du travail, qui fait partie du droit du travail, une matière pour laquelle seul le législateur fédéral est compétent. L'ASBL « Confédération nationale de la construction » renvoie, à cet égard, à plusieurs avis de la section de législation du Conseil d'Etat.

Seul le législateur fédéral est compétent pour déterminer s'il est question de mise à disposition ou de travail intérimaire. La définition de ces notions relève de l'essence même de la réglementation parce qu'elle détermine le champ d'application de cette dernière. Sur la base de cette définition, sont déterminées les activités qui, en principe, sont interdites, à moins qu'elles aient lieu dans le respect des règles strictes relatives au travail intérimaire. De plus, il appartient exclusivement à l'autorité fédérale de contrôler le respect de la législation fédérale en la matière.

Etant donné que l'article 3, 1°, c), attaqué du décret du 10 décembre 2010, contrairement à l'article 2, 1°, b), du décret du 13 avril 1999 relatif au placement privé en Région flamande, ne renvoie plus au « travail temporaire autorisé par ou en vertu de la loi », le législateur décrétral a délibérément rompu le lien avec la législation fédérale. Ainsi, la Région flamande détermine elle-même s'il y a exercice d'autorité ou s'il s'agit d'une mise à disposition à laquelle s'applique sa réglementation en matière de travail intérimaire et de mise à disposition. Selon la partie intervenante, la disposition attaquée porte donc manifestement atteinte à la compétence fédérale en matière de droit du travail.

A.5.2. L'ASBL « Confédération nationale de la construction » ajoute qu'on ne saurait, en l'espèce, faire jouer les compétences implicites sur la base de l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, parce qu'il n'est pas satisfait aux trois conditions de leur application.

Premièrement, la disposition attaquée ne saurait être considérée comme nécessaire pour l'exercice par le législateur décrétral de sa propre compétence en matière de placement. En effet, le législateur fédéral a déjà prévu un réel contrôle du respect de la loi du 24 juillet 1987 et de la répression effective des infractions à cette loi.

Deuxièmement, la matière concernée ne se prête absolument pas à un régime différencié. Certaines activités considérées par le législateur décrétral comme une forme autorisée de sous-traitance seront qualifiées, en Région flamande, de mise à disposition, uniquement autorisée, en principe, dans le cadre du travail intérimaire.

Troisièmement, l'impact de la disposition attaquée sur la compétence fédérale relative au droit du travail n'est pas purement marginal : il touche à l'essence de la compétence fédérale relative au travail intérimaire et à la mise à disposition. Le législateur décrétral détermine les formes de travail qui sont autorisées, sous certaines conditions ou non. Il s'agit de l'essence même de la compétence fédérale relative au droit du travail.

La partie intervenante conclut que la disposition attaquée porte atteinte à la compétence fédérale relative au droit du travail et qu'elle est donc contraire aux articles 39 et 134 de la Constitution et à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

A.6.1. Le Conseil des ministres estime lui aussi que les dispositions attaquées sont contraires à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Le Conseil des ministres expose que la Région flamande est certes compétente pour le placement, en ce qui concerne la politique de l'emploi, mais que cette politique doit s'inscrire dans le cadre de la compétence fédérale en matière de droit du travail.

L'article 31 de la loi du 24 juillet 1987 interdit la mise à disposition de travailleurs, sauf dans les cas fixés par la loi. Le travail intérimaire fait figure d'exception générale, avec ses propres règles et obligations. Le contenu juridique des notions de mise à disposition et de travail intérimaire relève du droit du travail.

Le Conseil des ministres définit le placement comme la mise en relation d'un employeur et d'un travailleur en vue de l'exécution de prestations de travail. Le placement n'a aucun rapport avec la manière dont les parties – une fois mises en contact – concrétisent la relation de travail. Ceci relève du domaine exclusif du droit du travail.

Il y a mise à disposition au sens de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1987 lorsqu'un travailleur est mis, par l'employeur, à la disposition d'un tiers qui utilise le travailleur et exerce sur celui-ci l'autorité appartenant normalement à l'employeur. L'élément constitutif de cette définition est la notion d'autorité, qui est une notion empruntée au droit du travail.

A.6.2. Le Conseil des ministres estime que l'article 3, 1°, c), du décret du 10 décembre 2010 prévoit à tort que le placement comprend les services exercés en vue de l'embauche de travailleurs dans le but de les mettre temporairement à disposition sous l'autorité d'un utilisateur. Ceci est non seulement imprécis sur le plan juridique mais aussi superflu, et constitue un excès de compétence, dans la mesure où la disposition attaquée a pour but de restreindre la notion de mise à disposition.

Il n'y aurait pas eu excès de compétence si le législateur décréto s'était conformé à la loi du 24 juillet 1987. Il ressort toutefois des travaux préparatoires relatifs au décret du 10 décembre 2010 que le législateur décréto entendait précisément rompre le lien avec la loi du 24 juillet 1987.

A.6.3. Le Conseil des ministres estime que l'article 3, 4°, du décret du 10 décembre 2010 est entaché d'un excès de compétence.

En étant assimilée à l'ensemble des services visés à l'article 3, 1°, c), du décret du 10 décembre 2010, l'activité intérimaire est assimilée à la notion de mise à disposition. En droit du travail, le travail intérimaire est une forme spécifique de mise à disposition, soumise à toute une série de dispositions contraignantes.

La Région flamande est certes compétente pour régler les activités intérimaires, mais en associant les deux notions, elle étend sa compétence à une série de catégories, à savoir les travailleurs qui ne sont pas intérimaires, les entreprises qui n'emploient pas de travailleurs intérimaires, les entreprises qui n'agissent pas en qualité d'utilisateur, et les entreprises qui n'agissent pas en tant qu'agence de travail intérimaire.

A.6.4. Le Conseil des ministres estime enfin que l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles ne peut être invoqué en l'espèce.

Selon le Conseil des ministres, la Région flamande ne démontre pas que, pour mettre en œuvre sa politique de l'emploi, elle doit absolument donner au droit du travail une interprétation qui lui est propre. En outre, l'impact de la disposition attaquée sur la compétence fédérale n'est nullement marginal. La technique des compétences implicites ne saurait donc être d'aucune utilité.

A.6.5. Le Conseil des ministres conclut que les deux dispositions attaquées doivent être annulées pour excès de compétence.

A.7.1. Le Gouvernement flamand fait valoir que les dispositions attaquées touchent non pas au droit du travail mais au domaine du placement.

Les mesures incriminées ne règlent pas les aspects du travail intérimaire en droit civil et en droit du travail mais uniquement « la portée des activités des agences de travail intérimaire ». Dans son avis relatif à l'avant-projet de décret, la section de législation du Conseil d'Etat a considéré qu'il s'agissait d'un des aspects de l'agrément des agences de travail intérimaire qui relève de la compétence des régions.

Selon le Gouvernement flamand, le fait qu'une activité déterminée ne soit pas interdite en droit du travail – c'est-à-dire en termes de relation avec le travailleur –, n'empêche nullement qu'un agrément administratif soit requis pour l'exercice de cette activité, pour autant que cette activité relève de la notion de placement.

Seul le législateur spécial pourrait préciser la notion de placement ou la notion d'agence de travail intérimaire, à l'exclusion du législateur ordinaire. Si le législateur décrétoal donnait à la notion de mise à disposition une signification plus large, ceci ne constituerait pas pour autant un excès de compétence. Le législateur décrétoal n'a rien modifié au droit du travail mais n'a fait que définir une activité dont l'agrément constitue une compétence régionale.

Un alinéa 2 définissant la notion de mise à disposition invoquée en l'espèce par les parties requérantes n'a été inséré dans l'article 31, § 1er, de la loi du 24 juillet 1987 que par l'article 181 de la loi du 12 août 2000 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses. Cette loi ne saurait porter atteinte aux compétences attribuées aux régions en 1980.

Selon le Gouvernement flamand, l'autorité fédérale est tout au plus compétente pour régler la relation entre l'agence de travail intérimaire et le travailleur intérimaire, et en particulier pour régler la relation qui, en droit du travail, lie l'employeur et le travailleur. La réglementation des activités des agences de travail intérimaire n'en fait pas partie.

A.7.2. En ordre subsidiaire, à supposer que la matière réglée par les dispositions attaquées relève tout de même de l'autorité fédérale, le Gouvernement flamand invoque les compétences implicites prévues par l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Les abus des entreprises, principalement étrangères, qui se multiplient abondamment depuis la modification législative du 12 août 2000, démontrent que la définition des activités intérimaires est cruciale pour les régions, si elles veulent mener leur propre politique de l'emploi et exercer leur compétence en matière de placement.

Selon le Gouvernement flamand, les régions doivent absolument définir les services fournis par les agences de travail intérimaire, sans quoi la compétence d'agrément des agences de travail intérimaire serait une boîte vide. Les régions peuvent également fixer des critères matériels d'agrément des agences de travail intérimaire, certainement eu égard à la compétence qui leur permet de mener leur propre politique de l'emploi.

Le Gouvernement flamand renvoie encore à l'arrêt n° 155/2010 du 22 décembre 2010, dans lequel la Cour a considéré qu'il était logique « qu'en exerçant la compétence visée à l'article 6, § 1er, IX, 1° et 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980, le législateur régional adopte des mesures en rapport avec les circuits ordinaires du travail ».

A.7.3. Selon le Gouvernement flamand, les moyens pris d'une violation des articles 10 et 11 de la Constitution sont sinon irrecevables, en tout cas dénués de fondement.

L'essence de la répartition exclusive de compétences entre l'autorité fédérale et les régions est précisément de permettre aux différentes autorités d'utiliser des critères différents et de permettre aux services de l'inspection flamande, lorsqu'ils contrôlent l'agrément des agences de travail intérimaire, de se référer à un autre champ d'application que celui auquel ils se réfèrent lorsqu'ils contrôlent ce qui est autorisé en droit du travail.

Le fait qu'en vertu du décret attaqué, la réglementation des agences de travail intérimaire couvre, en Région flamande, un champ d'activité plus large que dans une ou plusieurs autres régions est inhérent au fait qu'il s'agit d'une compétence régionale.

A.8.1. Dans son mémoire en réponse, la SA « Cordeel Zetel Temse » confirme les arguments qu'elle avait avancés dans sa requête et fait également sienne l'argumentation développée par le Conseil des ministres, la partie intervenante et les parties requérantes dans l'affaire n° 5173.

En réponse au Gouvernement flamand, la partie requérante dans l'affaire n° 5168 souligne que le placement comprend le cadre formel de l'organisation du travail intérimaire, qui est, à son tour, une forme de mise à disposition. Le placement ne comprend pas la détermination, en droit du travail, de ce qu'il convient d'entendre concrètement par travail intérimaire, mise à disposition ou transfert de l'autorité de l'employeur.

Le contenu de la notion de mise à disposition, et donc également des notions de travail intérimaire et de placement, est déterminé en substance par la définition de ce qu'il convient d'entendre par l'autorité de l'employeur. Et cette autorité concerne indubitablement les aspects de droit civil et de droit du travail du placement. La loi du 24 juillet 1987 prévoit que certains actes d'un utilisateur tiers à l'égard de travailleurs d'une autre entreprise ne constituent pas l'exercice d'une autorité. Ces travailleurs peuvent donc ne pas être mis à disposition et de telles activités peuvent être exercées en dehors du cadre du travail intérimaire.

En ce qu'il méconnaît la définition de l'autorité de l'employeur, qui est déterminante pour pouvoir parler de mise à disposition et de travail intérimaire, et en ce qu'il étend donc délibérément le champ d'application de sa compétence, le législateur décrétoal flamand se rend coupable d'un excès de compétence.

A.8.2. La partie requérante dans l'affaire n° 5168 ne partage pas le point de vue du Gouvernement flamand selon lequel, pour définir la notion de mise à disposition, il convient d'avoir égard à la définition donnée à cette notion en 1980 ou en 1988, et selon lequel la modification de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1987 par la loi du 12 août 2000 ne pouvait porter atteinte à la compétence conférée aux régions dans l'intervalle.

Selon la SA « Cordeel Zetel Temse », la Région flamande doit inscrire sa politique dans le cadre du droit du travail en vigueur. Ce droit du travail évolue et n'est pas une donnée statique qui se fige au moment du transfert des compétences.

A.8.3. La partie requérante dans l'affaire n° 5168 conteste le fait que l'autorité fédérale serait uniquement compétente pour régler la relation qui unit l'agence de travail intérimaire et le travailleur intérimaire, et notamment leur relation en droit du travail.

En donnant sa propre définition à une notion du droit du travail, la Région flamande excède sa compétence et rend toute forme de prestation de services impossible en dehors du travail intérimaire.

A.8.4. Selon la partie requérante dans l'affaire n° 5168, le Gouvernement flamand ne démontre pas la possibilité de faire jouer les compétences implicites.

En l'espèce, la comparaison avec l'arrêt n° 155/2010, cité par le Gouvernement flamand, ne tient pas, parce que dans cette affaire, le législateur décrétoal n'avait ni modifié une définition, ni restreint une compétence fédérale déterminée.

Par ailleurs, l'impact de la mesure examinée dans cet arrêt n'était que marginal, alors que la mesure attaquée actuellement modifie un élément fondamental du droit du travail, en instaurant une nouvelle définition de la mise à disposition.

A.9.1. Dans leur mémoire en réponse, les parties requérantes dans l'affaire n° 5173 font valoir que, pour déterminer la compétence des régions en matière de placement et en matière d'agrément des agences de travail intérimaire comme notion sous-jacente, il convient de se référer à un avis de la section de législation du Conseil d'Etat datant de la période de la réforme institutionnelle de 1980.

Dans cet avis, le Conseil d'Etat définissait le travail intérimaire comme « une forme spécifique de travail temporaire, [qui] s'accomplit dans les liens d'un contrat par lequel le travailleur intérimaire s'est engagé vis-à-vis de l'entreprise de travail intérimaire, contre rémunération, à effectuer un travail temporaire chez l'utilisateur avec lequel l'entreprise de travail intérimaire a conclu une convention. Aux termes de la loi, c'est l'entreprise de travail intérimaire qui est l'employeur du travailleur intérimaire » (*Doc. parl.*, Chambre, 1980-1981, n° 922/1, p. 2).

Selon les parties requérantes dans l'affaire n° 5173, la Région flamande a élaboré, en l'espèce, un régime d'agrément des agences de travail intérimaire qui ne correspond pas à la définition de la notion de placement.

A.9.2. Selon elles, il est impossible, en l'espèce, d'invoquer les compétences implicites parce qu'il n'est pas satisfait aux conditions restrictives prévues à cet effet, et plus particulièrement à la condition de nécessité. Le simple fait que la Région flamande veuille sanctionner les entreprises malhonnêtes qui abusent de la mise à disposition ne suffit pas pour satisfaire à cette condition.

A.9.3. En ce qui concerne leur deuxième moyen, les parties requérantes dans l'affaire n° 5173 constatent que le Gouvernement flamand ne donne pas une réponse appropriée à leur thèse selon laquelle le décret flamand traite différemment deux catégories de personnes comparables.

Alors que la réglementation fédérale distingue clairement les personnes soumises à la législation relative au travail intérimaire et les personnes qui n'y sont pas soumises, le législateur décréte une autre distinction, si bien que des personnes se trouvant dans des situations différentes aux yeux du législateur fédéral sont pourtant soumises au même régime décretaal.

Cette distinction ne fait l'objet d'aucune justification pertinente et il y a donc bel et bien discrimination.

A.10. Dans son mémoire en réponse, l'ASBL « Confédération nationale de la construction » se rallie au point de vue de la partie requérante dans l'affaire n° 5168.

Contrairement à ce que le Gouvernement flamand affirme, la compétence permettant de fixer les conditions d'agrément des agences de travail intérimaire et de les appliquer ne comprend pas le pouvoir de déterminer les situations dans lesquelles il y a mise à disposition et celles dans lesquelles il s'agit d'activités intérimaires. Seul le législateur fédéral est habilité à le faire, parce que cette matière relève du droit à la protection du travail.

Selon la partie intervenante, la compétence d'agrément doit être exercée dans le cadre de la réglementation fédérale. Le point de vue du Gouvernement flamand, selon lequel la définition fédérale de la notion de travail intérimaire n'aurait aucune pertinence en ce qui concerne la compétence de la Région flamande en matière d'agrément des agences de travail intérimaire, ne saurait dès lors être suivi.

Le Gouvernement flamand est en tout cas lié par la définition de la notion de mise à disposition, telle qu'elle est fixée à l'article 31, § 1er, actuel, de la loi du 24 juillet 1987. Cette mise à disposition ne comprend pas les activités de sous-traitance.

Lorsque la section de législation du Conseil d'Etat affirme, dans un avis cité par le Gouvernement flamand, que les régions sont compétentes pour régler « la portée des activités des agences de travail intérimaire », elle ne vise pas la compétence permettant de définir la mise à disposition mais uniquement la possibilité d'étendre les activités des agences de travail intérimaire au secteur public. Cela ne signifie pas pour autant que le secteur public puisse systématiquement recourir aux services d'une agence de travail intérimaire. Seul le législateur fédéral peut prévoir une exception à l'interdiction de mise à disposition pour le secteur public. La partie intervenante déduit *a fortiori* de cet avis que seul le législateur fédéral peut déterminer les activités qui tombent sous cette interdiction.

L'ASBL « Confédération nationale de la construction » conclut que la Région flamande, en donnant sa propre définition à la notion de mise à disposition, porte atteinte à la compétence fédérale relative au droit du travail. L'on ne saurait justifier cet excès de compétence en invoquant l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

A.11.1. Le Gouvernement flamand réplique que, pour interpréter la notion de placement, il convient de se référer à la définition donnée dans la loi fédérale, telle qu'elle était en vigueur au moment de l'attribution des compétences opérée par la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

En d'autres termes, il convient de se référer à la définition donnée dans l'ancienne loi du 28 juin 1976 portant réglementation du travail temporaire, du travail intérimaire et de la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, en vertu de laquelle la mise à disposition de travailleurs est une activité exercée par une personne physique ou une personne morale, qui consiste à mettre des travailleurs qu'elle a engagés à la disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et exercent sur ceux-ci une part quelconque de l'autorité appartenant normalement à l'employeur. Même la définition utilisée par le Conseil d'Etat à l'époque, et citée par les parties requérantes dans l'affaire n° 5173, était très large.

Compte tenu de la législation fédérale en vigueur en 1980, rien n'indique que le législateur décrétoal aurait excédé sa compétence.

Le Gouvernement flamand renvoie également à la notion de placement contenue dans l'article 1er de la Convention n° 181 sur les agences d'emploi privées, adoptée le 19 juin 1997 à Genève par la Conférence générale de l'Organisation internationale du travail (ci-après : la Convention n° 181), qui définit l' 'agence d'emploi privée ' comme :

« toute personne physique ou morale, indépendante des autorités publiques, qui fournit un ou plusieurs des services suivants se rapportant au marché du travail :

[...]

b) des services consistant à employer des travailleurs dans le but de les mettre à disposition d'une tierce personne physique ou morale (ci-après désignée comme ' l'entreprise utilisatrice '), qui fixe leurs tâches et en supervise leur exécution;

[...] ».

Lorsqu'on interprète l'article 6, § 1er, IX, alinéa 1er, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles à la lumière de cette disposition internationale, il est clair, selon le Gouvernement flamand, que la définition du placement contenue dans l'article 3, 1°, c), attaqué, du décret du 10 décembre 2010 relève effectivement de la notion de placement au sens de l'article précité de la loi spéciale.

Le Gouvernement flamand conteste la thèse du Conseil des ministres selon laquelle le législateur décrétoal doit, lorsqu'il exerce sa compétence en matière de placement, s'appuyer sur le droit du travail. Il s'agit de deux domaines de compétence exclusive bien distincts. Il n'est dit nulle part, dans la loi spéciale, que l'exercice de la compétence régionale est subordonné aux dispositions fédérales relatives au droit du travail.

Du reste, les parties adverses ne prétendent pas que les dispositions attaquées instaurent des règles de droit du travail. Le décret ne règle aucunement la question de savoir qui, du point de vue du droit du travail, est l'employeur ou quelles sont les conditions de travail à respecter. Les dispositions attaquées ne définissent pas non plus l'autorité de l'employeur, ni la notion de mise à disposition.

Selon le Gouvernement flamand, l'article 31, § 1er, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1987, inséré par la loi du 12 août 2000 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses, est nul pour cause de violation des règles répartitrices de compétence, dans la mesure où il définirait la portée des activités des agences de travail intérimaire. Il est également contraire à d'autres normes juridiques supérieures, dont la Convention n° 181 précitée.

A.11.2. Le Gouvernement flamand maintient qu'il est possible, en ordre subsidiaire, d'invoquer l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

L'assouplissement apporté par la loi précitée du 12 août 2000 ayant entraîné de nombreux abus, il est absolument nécessaire d'instaurer un contrôle supplémentaire des activités des sous-traitants qui doivent être considérées comme des activités intérimaires.

Ce contrôle ne va pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire, étant donné qu'il porte uniquement sur les activités de sous-traitants qui exercent des activités intérimaires.

Selon le Gouvernement flamand, la matière se prête bel et bien à un régime différencié. Il est parfaitement possible d'affirmer qu'une forme déterminée de mise à disposition est autorisée en droit du travail et de soumettre dans le même temps l'activité de l'employeur à un agrément et au contrôle applicable aux agences de travail intérimaire.

A.11.3. Le Gouvernement flamand répète que les moyens pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution sont irrecevables ou du moins qu'ils ne sont pas fondés.

Le Gouvernement flamand observe que le mémoire en réponse de la partie requérante dans l'affaire n° 5168 ne traite plus que de la répartition de compétence.

Le Gouvernement flamand réplique aux parties requérantes dans l'affaire n° 5173 qu'elles prétendent que le décret du 10 décembre 2010 traite différemment deux catégories de personnes comparables, sans indiquer de quelles catégories de personnes il s'agit et en quoi consisterait la différence de traitement.

Elles ne font pas valoir que, dans la perspective d'un contrôle administratif des agences de travail intérimaire, les situations seraient à ce point différentes qu'une égalité de traitement dépasserait manifestement les limites du raisonnable.

Certes, le décret opère implicitement une distinction entre les sous-traitants qui embauchent des travailleurs dans le but de les mettre temporairement à disposition sous l'autorité d'un utilisateur et les sous-traitants qui ne font pas cela, mais cette distinction tient au fait que les premiers, à la différence des seconds, exercent des activités qui, en exécution des conventions et accords internationaux, doivent être considérées comme des activités de travail intérimaire. Ce n'est pas tellement le décret du 10 novembre 2010, mais plutôt l'article 31 de la loi du 24 juillet 1987 qui crée une discrimination en traitant les deux catégories d'entrepreneurs de la même manière, bien qu'une différence de traitement soit raisonnablement justifiée.

Le législateur fédéral se base du reste également sur des critères différents pour déterminer la relation d'autorité, en fonction de la matière à régler. Ainsi, l'utilisateur qui exerce l'autorité de fait sur un travailleur peut être tenu pour responsable sur la base de l'article 1384 du Code civil, même si, en application de la loi du 24 juillet 1987 ou d'autres dispositions de droit du travail, il n'est pas l'employeur.

- B -

Quant aux dispositions attaquées et aux dispositions connexes

B.1.1. La partie requérante dans l'affaire n° 5168 demande l'annulation de l'article 3, 1°, c), du décret de la Région flamande du 10 décembre 2010 relatif au placement privé (ci-après : le décret du 10 décembre 2010). Les parties requérantes dans l'affaire n° 5173 demandent l'annulation de la disposition précitée et de l'article 3, 4°, du même décret.

B.1.2. Le décret du 10 décembre 2010 transpose partiellement la directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (article 2 du décret du 10 décembre 2010) et abroge le décret

du 13 avril 1999 relatif au placement privé en Région flamande (article 37 du décret du 10 décembre 2010).

Tout comme le décret du 13 avril 1999, le décret du 10 décembre 2010 donne notamment exécution à la Convention n° 181 sur les agences d'emploi privées, adoptée le 19 juin 1997 à Genève par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail (ci-après : Convention OIT n° 181), qui permet l'accès au placement privé moyennant la protection des travailleurs contre les abus.

L'article 1, paragraphe 1, de la Convention OIT n° 181 dispose :

« Aux fins de la présente convention, l'expression agence d'emploi privée désigne toute personne physique ou morale, indépendante des autorités publiques, qui fournit un ou plusieurs des services suivants se rapportant au marché du travail:

a) des services visant à rapprocher offres et demandes d'emploi, sans que l'agence d'emploi privée ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler;

b) des services consistant à employer des travailleurs dans le but de les mettre à la disposition d'une tierce personne physique ou morale (ci-après désignée comme ' l'entreprise utilisatrice '), qui fixe leurs tâches et en supervise l'exécution;

c) d'autres services ayant trait à la recherche d'emplois, qui seront déterminés par l'autorité compétente après consultation des organisations d'employeurs et de travailleurs les plus représentatives, tels que la fourniture d'informations, sans pour autant viser à rapprocher une offre et une demande spécifiques ».

L'article 3, paragraphe 2, de cette Convention dispose :

« Tout Membre doit, par le moyen d'un système d'attribution de licence ou d'agrément, déterminer les conditions d'exercice par les agences d'emploi privées de leurs activités, sauf lorsque lesdites conditions sont réglées, d'une autre manière, par la législation et la pratique nationales ».

Le décret du 13 avril 1999 réglait tant l'agrément des agences de travail intérimaire que celui des agences de placement privées.

L'article 2, 1°, de ce décret définissait le placement privé comme suit :

« a) les activités exercées par un intermédiaire, afin d'aider des travailleurs à trouver un nouvel emploi ou des employeurs à chercher de la main d'œuvre;

b) l'embauche de travailleurs, dans le but de les mettre à disposition en vue de l'exécution d'un travail temporaire autorisé par ou en vertu de la loi ».

L'article 8, § 1er, du même décret prévoyait, outre les conditions générales applicables à toute forme de placement privé, plusieurs autres conditions pour « l'embauche de travailleurs, afin de les mettre à disposition en vue de l'exécution d'un travail temporaire autorisé par ou en vertu du Chapitre II de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs ».

Les agences de travail intérimaire visées dans la loi du 24 juillet 1987 précitée devaient avoir été créées sous forme de société commerciale et devaient détenir un capital entièrement libéré d'au moins 1 250 000 francs; elles ne devaient pas être redevables d'arriérés de cotisations ni enfreindre gravement les dispositions légales ou réglementaires relatives au travail intérimaire. En outre, il était interdit de mettre des personnes exclusivement à la disposition d'une seule entreprise utilisatrice.

L'article 7, § 1er, de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs (ci-après : la loi du 24 juillet 1987) définit l'agence de travail intérimaire comme étant « l'entreprise dont l'activité consiste à engager des intérimaires pour les mettre à la disposition d'utilisateurs en vue de l'exécution d'un travail temporaire autorisé par ou en vertu du chapitre Ier de la présente loi ».

D'une part, compte tenu de la directive n° 2006/123/CE relative aux services, précitée, le législateur décretaal a choisi de supprimer le régime d'agrément pour les agences de placement privées mais d'imposer le respect des conditions relatives au placement privé (articles 4 à 8 du

décret du 10 décembre 2010) au moyen de sanctions pénales et d'amendes administratives (articles 23 à 28).

D'autre part, dès lors que la directive précitée se s'applique pas aux agences de travail intérimaire, le décret du 10 décembre 2010 maintient les règles concernant l'agrément de celles-ci (articles 9 à 19), moyennant quelques modifications (*Doc. parl.*, Parlement flamand, 2009-2010, n° 641/1, pp. 4 et 58).

B.1.3. L'article 9, § 1er, du décret du 10 décembre 2010 dispose que, pour effectuer des activités intérimaires, un agrément comme agence de travail intérimaire est requis. En vertu de l'article 9, § 2, outre les conditions énumérées à l'article 5, l'agence de travail intérimaire doit remplir les conditions complémentaires visées aux points 1 à 9 de ce paragraphe.

L'article 3, 5°, du décret du 10 décembre 2010 définit l'« agence de travail intérimaire » comme étant l'« agence qui exerce des activités intérimaires ».

L'article 3, 4°, du décret du 10 décembre 2010 – qui est également attaqué dans l'affaire n° 5173 – définit les « activités intérimaires » comme étant « l'ensemble des services tels que visés au point 1°, c) ».

Ce « point 1°, c) », qui fait l'objet des deux recours, fait partie de l'article 3, 1°, du décret du 10 décembre 2010, qui dispose :

« Dans le présent décret, on entend par :

1° placement privé : l'ensemble des services exercés par un intermédiaire en vue :

a) d'aider les travailleurs à trouver un nouvel emploi;

b) d'aider les employeurs à chercher de la main d'œuvre appropriée;

c) de l'embauche de travailleurs, dans le but de les mettre à disposition en vue de l'exécution d'un travail temporaire sous l'autorité d'un utilisateur ».

Quant à la recevabilité

B.2. Contrairement à ce que fait valoir le Gouvernement flamand, les parties requérantes justifient d'un intérêt à l'annulation des dispositions attaquées, sur la base desquelles le service d'inspection sociale du département flamand Emploi et Economie sociale leur reproche des infractions au décret du 10 décembre 2010.

B.3. L'ASBL « Confédération nationale de la construction » justifie de l'intérêt requis à son intervention à l'appui du recours dans l'affaire n° 5168 et en vue de défendre les intérêts de ses membres qui sont des entrepreneurs de construction.

Contrairement à ce que fait valoir le Gouvernement flamand, on ne saurait considérer que les griefs de la partie intervenante sont uniquement dirigés contre une interprétation et une qualification émanant des services d'inspection flamands, dès lors que cette interprétation et cette qualification sont directement liées aux dispositions décrétales attaquées elles-mêmes, sur la base desquelles d'autres entreprises de construction que les parties requérantes pourraient être visées.

Quant au fond

B.4. Les parties requérantes invoquent tant la violation des règles qui répartissent les compétences entre l'Etat fédéral et les régions que la violation du principe d'égalité et de non-discrimination, consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution.

L'examen de la conformité des dispositions attaquées avec les règles répartitrices de compétence doit en principe précéder l'examen de leur compatibilité avec le principe d'égalité et de non-discrimination.

B.5. Les parties requérantes et la partie intervenante font valoir que les dispositions attaquées sont contraires aux articles 39 et 134 de la Constitution et à l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12°, et IX, alinéa 1er, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

Elles estiment, avec le Conseil des ministres, que la Région flamande ne peut se prévaloir de sa compétence en matière d'agrément des agences de travail intérimaire, qui est un aspect de la compétence qui lui a été attribuée par l'article 6, § 1er, IX, 1°, de la loi spéciale en ce qui concerne le placement des travailleurs. Selon elles, les dispositions attaquées portent en revanche atteinte à la matière du droit du travail, réservée à l'autorité fédérale par l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale.

Par les dispositions attaquées, le législateur décrétaal aurait donné un contenu propre aux notions de mise à disposition et de travail intérimaire et aurait, en particulier, dérogé à l'article 31, § 1er, alinéa 2, de la loi du 24 juillet 1987, qui contient une dérogation à l'interdiction de principe de la mise à disposition de travailleurs à des tiers en dehors des règles relatives au travail temporaire et au travail intérimaire.

B.6. Il ressort de la loi du 24 juillet 1987, et en particulier de l'article 31, ainsi que des travaux préparatoires de cette loi, que le législateur a maintenu l'interdiction de principe de la mise à disposition de travailleurs à des tiers, interdiction qui était déjà contenue dans les articles 32 et 33 de la loi du 28 juin 1976 portant réglementation provisoire du travail temporaire, du travail intérimaire et de la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs. A titre d'exception, la mise à disposition de travailleurs est autorisée dans le cadre de la loi du 24 juillet 1987, notamment aux chapitres Ier (relatif au travail temporaire) et II (relatif au travail intérimaire).

L'article 31, alinéa 1er, de la loi du 24 juillet 1987, tel qu'il a été modifié par la loi du 13 février 1998, dispose :

« Est interdite l'activité exercée, en dehors des règles fixées aux chapitres Ier et II, par une personne physique ou morale qui consiste à mettre des travailleurs qu'elle a engagés, à la disposition de tiers qui utilisent ces travailleurs et exercent sur ceux-ci une part quelconque de l'autorité appartenant normalement à l'employeur ».

L'article 181 de la loi du 12 août 2000 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses y a ajouté :

« Ne constitue toutefois pas l'exercice d'une autorité au sens du présent article, le respect par le tiers des obligations qui lui reviennent en matière de bien-être au travail ainsi que des instructions données par le tiers, en vertu du contrat qui le lie à l'employeur, quant aux temps de travail et aux temps de repos et quant à l'exécution du travail convenu ».

Cet ajout a été justifié comme suit dans l'exposé des motifs :

« Il en découle [de l'article 31, § 1er, alinéa 1er] que n'est pas interdite la mise à disposition d'un travailleur au service d'un utilisateur quand aucun élément d'autorité appartenant normalement à l'employeur du travailleur mis à disposition n'est transféré à l'utilisateur.

Dans un pareil cas, on est en fait confronté à une forme de sous-traitance, qui tombe en dehors du cadre de la loi du 24 juillet 1987, relève du droit commercial et suppose un contrat relatif aux tâches à exercer entre l'entreprise prestataire de services et l'entreprise au profit de laquelle le service est à prester.

La façon dont la convention va être effectivement exercée sera déterminante pour savoir si on tombe dans une forme de mise à disposition interdite parce qu'accompagnée d'une délégation d'autorité au profit de l'entreprise utilisatrice des services, sur le travailleur exécutant la prestation demandée à son employeur ou au contraire si l'on se trouve face à la mise à disposition licite parce que n'entraînant aucun transfert d'autorité.

En vue de remédier à des difficultés pratiques rencontrées sur le terrain et en vue de tenir compte de l'évolution des modes de fonctionnement des entreprises, les partenaires sociaux ont voulu préciser mieux le cadre de l'interdiction prévue dans l'article 31, § 1er, interdiction qui reste valable dans son principe mais doit être correctement comprise, de sorte que son application soit correcte et puisse être contrôlée et si nécessaire sanctionnée par les travailleurs eux-mêmes, leurs représentants ou les organes chargés du contrôle des lois sociales au sens large.

Les entreprises se sont en effet organisées de manière telle qu'elles doivent pouvoir faire appel pour certains travaux complexes à des travailleurs disposant d'un savoir-faire qui est totalement ou partiellement absent de l'entreprise.

Elles font valoir qu'il n'est pas toujours aisé de tracer la limite entre mise à disposition et sous-traitance dans des situations où le recours à des travailleurs externes se justifie par l'évolution technologique et le phénomène d'*outsourcing*.

A cette fin, les partenaires sociaux ont introduit une modification de l'article 31, § 1er, de la loi du 24 juillet 1987 dont le but est de confirmer :

- que la sous-traitance reste un procédé valable pour rencontrer des problèmes de disponibilité de compétences particulières au sein des entreprises qui en manque;

- que la mise à disposition de travailleurs au service d'utilisateurs reste interdite en son principe quand la mise à disposition s'accompagne d'un transfert d'autorité venant de l'employeur d'origine et allant à l'entreprise utilisatrice;

- que n'est pas signe d'un transfert d'autorité rendant la mise à disposition interdite mais un indice permettant au contraire de rester dans la sphère de la sous-traitance bien comprise, le fait pour l'entreprise utilisatrice :

- de respecter et de faire respecter les obligations qui lui reviennent en matière de bien-être au travail, plus particulièrement les articles 8 et suivants de la loi du 4 août 1996 portant les dispositions spécifiques concernant les travaux d'entreprises extérieures – aspect protection des travailleurs de tous ceux de l'entreprise prestataire comme ceux de l'entreprise bénéficiaire du service presté et respect des normes de sécurité;

- de donner dans le cadre du contrat - de nature commerciale - qui le lie à l'employeur du travailleur visé ici, des instructions relatives aux temps de travail et aux temps de repos;

- et de donner des instructions quant à l'exécution du travail convenu - c'est-à-dire en vertu du contrat qui lie les deux entrepreneurs dans le contexte repris au point précédent.

Il va de soi que les partenaires sociaux entendent continuer à dénoncer et à lutter contre le travail au noir et les pratiques de pourvoyeurs de main d'œuvre » (*Doc. parl.*, Chambre, 1999-2000, DOC 50-0756/001, pp. 88-89).

B.7. Dans les travaux préparatoires du décret du 10 décembre 2010, il est dit en ce qui concerne les dispositions attaquées :

« Pour les activités intérimaires, on abandonne toutefois la définition de l'article 2, 1°, b), de l'actuel décret, afin de lutter plus efficacement contre les abus en matière de mise à disposition (ou de détachement) de travailleurs.

L'actuel article 2, 1°, b), définit les activités intérimaires comme 'l'embauche de travailleurs, dans le but de les mettre à disposition en vue de l'exécution d'un travail temporaire autorisé par ou en vertu de la loi '. Cette disposition fait dès lors *de facto* référence à la loi (fédérale) du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs et elle est fondée sur la prémisse que les activités intérimaires sont en soi conformes aux règles fédérales en matière de travail intérimaire et de mise à disposition de travailleurs.

Les divers abus en matière de mise à disposition – souvent via des entreprises étrangères – qui ont été révélés dans la presse depuis 2003 ont démontré que cette hypothèse est depuis longtemps dépassée.

Etant donné que la définition actuelle rend la section Inspection du département Emploi et Economie sociale impuissante face aux entreprises de mauvaise foi et que l'autorité flamande n'est pas compétente, dans la constellation institutionnelle présente, pour le contrôle de la loi du 24 juillet 1987, on rompt le lien avec cette loi.

Une entreprise qui exerce, en Région flamande, des activités pouvant être qualifiées d'activités intérimaires doit en effet disposer d'un agrément à cet effet et exercer ces activités conformément à la réglementation de la Région flamande. La section Inspection du département de l'Emploi et de l'Economie sociale contrôlera l'application de cette réglementation. Il est évident que cette entreprise et l'utilisateur devront également respecter le droit du travail, et dès lors la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs. Mais ceci échappe à la compétence de l'autorité flamande.

Dans la définition du nouvel article 3, 1^o, c), les activités intérimaires sont, pour cette raison, définies comme étant 'l'embauche de travailleurs, dans le but de les mettre à disposition en vue de l'exécution d'un travail temporaire sous l'autorité d'un utilisateur'.

Cette définition nous ramène non seulement à la philosophie de base de la Convention OIT n° 181 mais est en outre conforme à la directive 2008/104/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire.

[...]

Par 'agence', on entend tant le placement de travailleurs 'au sens strict' (chasseurs de têtes, recrutement et sélection, *outplacement*, intermédiation pour les artistes de spectacle et les sportifs, etc.) que le travail intérimaire.

Le but est élargir encore, dans ce nouveau décret-cadre, le champ d'application déjà étendu - prévu dans le décret-cadre précédent, afin d'éviter d'éventuelles fraudes » (*Doc. parl.*, Parlement flamand, 2009-2010, n° 641/1, pp. 11-12).

B.8. En vertu de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12^o, de la loi spéciale du 8 août 1980, tel qu'il a été inséré par la loi spéciale du 8 août 1988, « l'autorité fédérale est [...] seule compétente pour [...] le droit du travail ».

Dans ce cadre, le législateur a notamment adopté la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

B.9. La loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles a toutefois attribué dès le départ aux régions la compétence en matière de placement de travailleurs.

B.10. Selon la Convention OIT n° 181 précitée, le placement (privé) comprend tant les « services consistant à employer des travailleurs dans le but de les mettre à la disposition d'une tierce personne physique ou morale (ci-après désignée comme 'l'entreprise utilisatrice'), qui fixe leurs tâches et en supervise l'exécution » que les « services visant à rapprocher offres et demandes d'emploi, sans que l'agence d'emploi privée ne devienne partie aux relations de travail susceptibles d'en découler » et les « autres services ayant trait à la recherche d'emplois ».

Considéré de la sorte, le placement de travailleurs s'entend tant au sens large du terme - en ce compris la « mise à disposition » ou « placement » - que dans sa signification plus stricte dans laquelle il désigne l'accompagnement des employeurs à la recherche de travailleurs et l'accompagnement des travailleurs, indépendants et demandeurs d'emploi à la recherche d'un (nouvel) emploi.

La définition de la Convention OIT ne peut toutefois être appliquée telle quelle lorsque la répartition des compétences entre l'Etat fédéral et les régions est en cause, répartition des compétences qui est fixée par la Constitution et les règles répartitrices de compétence, comme en l'espèce par l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12°, et IX, alinéa 1er, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

B.11. Lorsqu'il a attribué, en 1980, le « placement des travailleurs » aux régions, le législateur spécial n'avait pas en vue toute la réglementation de la mise à disposition et du travail temporaire et intérimaire.

Il ressort des travaux préparatoires qu'il ne visait que certains aspects de celle-ci.

Dans l'exposé des motifs du projet de loi spéciale de réformes institutionnelles, il a été dit que le placement des travailleurs comprenait

« notamment les matières énumérées ci-après :

1° L'organisation et la politique de gestion du marché de l'emploi, en ce compris :

[...]

c) Dans le cadre du placement privé gratuit : l'agrération des bureaux de placement gratuit, le retrait de l'agrération et fixation du montant et des modalités d'octroi des subventions;

d) Les matières traitées par l'arrêté royal du 28 novembre 1975 relatif à l'exploitation des bureaux de placement payé;

e) Le placement public en général, tel qu'il est réglé par les articles 31 à 38 de l'arrêté royal du 20 décembre 1963, [...];

2° Les interventions publiques visant à favoriser la mobilité professionnelle ou géographique des travailleurs;

3° La fixation des modalités d'attribution des indemnités d'attente accordées au personnel des entreprises du charbon et de l'acier, des primes de reclassement aux travailleurs licenciés en cas de fermeture de charbonnage et des indemnités de fermeture et d'attente aux travailleurs occupés dans [d']autres branches d'activités;

4° L'organisation et le fonctionnement des comités subrégionaux de l'emploi;

5° L'agrération d'entreprises de travail intérimaire, ainsi que l'organisation de bureaux de placement pour les travailleurs temporaires par les institutions publiques » (*Doc. parl.*, Sénat, 1979-1980, n° 434/1, pp. 33-34).

En commission de la réforme de la Constitution et des réformes institutionnelles, le Premier ministre a confirmé qu'« en ce qui concerne les bureaux de placement, [...] les Régions sont compétentes pour l'agrération des bureaux de placement privés pour les travailleurs temporaires et intérimaires, ainsi que pour l'agrération d'entreprises de travail intérimaire et l'organisation de telles entreprises par des institutions publiques » (*Doc. parl.*, Chambre, 1979-1980, n° 627/10, p. 104).

Il apparaît donc que le législateur spécial visait, par « placement des travailleurs », dans l'article 6, § 1er, IX, alinéa 1er, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, outre certaines interventions financières, le placement au sens strict, en particulier la réglementation des activités des bureaux de placement et, en ce qui concerne le placement des travailleurs au sens large, uniquement l'agrément des entreprises de travail intérimaire tel qu'il était réglé à l'époque par les articles 21 et 22 de la loi du 28 juin 1976

portant réglementation provisoire du travail temporaire, du travail intérimaire et de la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs.

Il n'apparaît dès lors pas que le législateur spécial ait pour le surplus voulu confier aux régions la réglementation du travail temporaire, du travail intérimaire et de la mise à disposition de travailleurs au profit d'utilisateurs, alors que cette matière doit être considérée comme un règlement de la protection du travail qui est réservé à l'autorité fédérale en tant qu'élément du droit du travail au sens de l'article 6, § 1er, VI, alinéa 5, 12°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

B.12. Le législateur fédéral a décidé, dans le cadre de sa compétence, d'interdire en principe la mise à disposition de travailleurs à une tierce personne et de ne l'autoriser que dans le cadre du règlement relatif au travail temporaire ou au travail intérimaire. A cette occasion, il a également déterminé quels aspects de l'exercice de l'autorité par un tiers utilisateur ne peuvent être considérés comme un transfert d'autorité, autorité qui, normalement, appartient uniquement à l'employeur. La figure juridique de la mise à disposition diffère en cela de celle de la sous-traitance, l'entrepreneur principal n'exerçant dans cette dernière aucune autorité sur les travailleurs du sous-traitant.

Dans l'article 31, § 1er, alinéa 2, précité (B.6), de la loi du 24 juillet 1987, tel qu'il a été inséré par l'article 181 de la loi du 12 août 2000, le législateur a précisé que le respect, par le tiers, des obligations qui lui incombent en matière de bien-être au travail, ainsi que des instructions données par le tiers en vertu du contrat qui le lie à l'employeur, quant aux temps de travail et aux temps de repos et quant à l'exécution du travail convenu, n'était pas considéré comme l'exercice d'une autorité au sens de cet article.

Le fait que le législateur ait ainsi vidé, en réalité, dans une grande mesure, l'interdiction de mise à disposition de sa substance est un choix sur lequel la Cour n'a pas à se prononcer. Il s'agit d'une mesure qui relève de la sphère du droit du travail, pour laquelle le législateur fédéral était et demeure compétent.

Il ressort des travaux préparatoires cités plus haut (B.7) des dispositions attaquées que le législateur décrétoal voulait lutter contre les « abus en matière de mise à disposition » et exiger un agrément pour les « activités intérimaires » « sous l'autorité d'un utilisateur », donc aussi en ce qui concerne les activités intérimaires qui ne sont pas considérées, dans le cadre de la législation sur le travail, comme une forme interdite de mise à disposition. De la sorte, le législateur décrétoal est sorti du cadre du placement des travailleurs qui lui a été attribué, et en particulier du cadre de l'agrément des agences de travail intérimaire.

B.13.1. Le Gouvernement flamand fait valoir, en ordre subsidiaire, que les dispositions attaquées peuvent trouver leur fondement dans l'article 10 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui dispose :

« Les décrets peuvent porter des dispositions de droit relatives à des matières pour lesquelles les Parlements ne sont pas compétents, dans la mesure où ces dispositions sont nécessaires à l'exercice de leur compétence ».

Pour que l'article 10 puisse s'appliquer, il est requis que la réglementation adoptée soit nécessaire à l'exercice des compétences de la région, que la matière se prête à un régime différencié et que l'incidence des dispositions en cause sur la matière ne soit que marginale.

B.13.2. Lorsque la nécessité est ressentie d'éviter certains abus dans le secteur de la construction, il appartient à l'autorité fédérale de dépister et de combattre les infractions à la réglementation en matière de droit du travail et de sécurité sociale. Il ne peut être considéré que la mesure instaurée par les dispositions attaquées soit nécessaire pour exercer la compétence régionale en matière d'agrément d'entreprises de travail intérimaire. Par ailleurs, la mesure a une incidence qui n'est pas purement marginale, en ce que des activités de mise à disposition par des entreprises de travail intérimaire que l'autorité fédérale ne considère pas comme interdites et pour lesquelles aucun agrément n'est requis seraient encore soumises à un agrément de l'autorité régionale.

B.14. Les moyens qui invoquent la violation des règles répartitrices de compétence sont fondés.

Les dispositions attaquées doivent être annulées. En conséquence, il n'y a pas lieu d'examiner les moyens pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution.

Par ces motifs,

la Cour

annule l'article 3, 1°, c), et 4°, du décret de la Région flamande du 10 décembre 2010 relatif au placement privé.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise, en langue française et en langue allemande, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, à l'audience publique du 14 juin 2012.

Le greffier,

Le président,

F. Meersschaut

M. Bossuyt