



CONSEIL NATIONAL
DU TRAVAIL

CONSEIL CENTRAL DE
L'ECONOMIE

AVIS N° 2.378

CCE 2023-2257
CO 1000

Séance commune des Conseils du 26 septembre 2023

Clause de non-débauchage dans le cadre du travail intérimaire

3.295

AVIS

Clause de non-débauchage dans le cadre du travail intérimaire

Par lettre du 7 décembre 2021, monsieur P.-Y. Dermagne, ministre du Travail, a invité le Conseil national du Travail à se prononcer sur son intention de reprendre dans la loi sur le travail intérimaire un régime pour les clauses de non-débauchage.

Dans la demande d'avis, il est indiqué que ce régime pourra consister en un encadrement strict de ces clauses de non-débauchage (comme une durée maximale de telles clauses et/ou un montant maximal pouvant être imposé en tant qu'indemnisation) ou en la réintroduction de l'interdiction originale.

Le Bureau exécutif du Conseil national du Travail et le Bureau exécutif du Conseil central de l'Économie ont décidé de traiter cette demande d'avis conjointement, étant donné que les accords relatifs aux clauses de non-débauchage font partie de la relation commerciale entre l'entreprise de travail intérimaire et l'utilisateur et ont des conséquences pour le droit de la concurrence. L'examen de la demande d'avis a été confié à un groupe de travail mixte.

Sur rapport de ce groupe de travail, les Conseils ont émis, le 26 septembre 2023, l'avis suivant.

AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL ET DU CONSEIL CENTRAL DE L'ÉCONOMIE

I. OBJET ET PORTÉE DE LA DEMANDE D'AVIS

Par lettre du 7 décembre 2021, monsieur P.-Y. Dermagne, ministre du Travail, a invité le Conseil national du Travail à se prononcer sur son intention de reprendre dans la loi sur le travail intérimaire un régime pour les clauses de non-débauchage.

Dans la demande d'avis, il est indiqué que ce régime pourra consister en un encadrement strict de ces clauses de non-débauchage (comme une durée maximale de telles clauses et/ou un montant maximal pouvant être imposé en tant qu'indemnisation) ou en la réintroduction de l'interdiction originale.

Le ministre souhaite réactiver le dossier, compte tenu des actuelles pénuries de main-d'œuvre, de la recherche générale d'une plus grande sécurité à l'intention des travailleurs (en particulier des travailleurs occupés sous contrat de travail intérimaire), et de la tendance des demandeurs d'emploi à utiliser le travail intérimaire comme porte d'entrée vers un emploi fixe et donc une occupation durable.

Jusqu'à l'adoption de la loi du 5 septembre 2001 visant à améliorer le taux d'emploi des travailleurs, la loi sur le travail intérimaire contenait une interdiction de prévoir des clauses de non-débauchage dans le contrat conclu entre l'utilisateur et l'entreprise de travail intérimaire.

L'ancien article 18 de la loi sur le travail intérimaire disposait que : « Sont réputées inexistantes les clauses par lesquelles l'entreprise de travail intérimaire et l'utilisateur conviennent que ce dernier devra payer une indemnité à l'entreprise de travail intérimaire, au cas où l'intérimaire serait engagé chez lui ».

Cet article de la loi sur le travail intérimaire a été abrogé par la loi du 5 septembre 2001 visant à améliorer le taux d'emploi des travailleurs. Le législateur a ainsi exécuté le protocole d'accord sectoriel pour le secteur de l'intérim 1999-2000 conclu le 11 mai 1999 par les partenaires sociaux du secteur du travail intérimaire, ainsi que l'avis n° 1.324 du 16 octobre 2000 du Conseil national du Travail, dans lequel il était entre autres demandé de procéder à l'abrogation de l'article 18 de la loi sur le travail intérimaire.

Parallèlement à la suppression de l'article 18 de la loi sur le travail intérimaire, il a été proposé qu'une convention collective de travail soit conclue au sein de la commission paritaire pour le travail intérimaire, qui stipulera que la suppression dudit article ne doit pas entraîner pour les intérimaires une limitation des chances d'engagement chez l'utilisateur. Afin de faire respecter ce prescrit, la convention collective de travail prévoira également que les problèmes dans ce contexte pourront être traités dans le cadre des réunions de la Commission des bons offices du secteur. Cette convention collective de travail n'a pas été conclue au sein du secteur.

II. POSITION DES CONSEILS

Les Conseils ont procédé à un examen attentif de l'intention du ministre du Travail de reprendre dans la loi sur le travail intérimaire un régime pour les clauses de non-débauchage.

Au cours de leurs travaux, les Conseils ont pu bénéficier de la précieuse collaboration du SPF Économie et de l'Autorité belge de la concurrence, qu'ils tiennent à remercier.

En dépit des nombreux efforts fournis, les Conseils n'ont pas été en mesure de dégager de position unanime.

A. Position des membres représentant les organisations de travailleurs

Les membres représentant les organisations de travailleurs soutiennent les demandes de l'ancienne ministre de l'Emploi, madame N. Muylle, du 28 janvier 2020, et de l'actuel ministre du Travail, monsieur P.-Y. Dermagne, du 7 décembre 2021, visant à réglementer la clause de non-débauchage au sein de la loi du 24 juillet 1987.

Les clauses de non-débauchage, qui sont souvent imposées par le prestataire de services à l'utilisateur par-dessus la tête des travailleurs mis à disposition, réduisent en effet dans la pratique les chances des travailleurs concernés d'obtenir un emploi fixe. De telles clauses mettent un frein à l'embauche à titre définitif des (ex-)travailleurs intérimaires, et plus particulièrement des travailleurs à temps partiel, qui doivent souvent travailler pendant de très longues périodes avant que la clause ne prenne fin, et des travailleurs faiblement qualifiés, qui se trouvent dans une position de faiblesse dans les négociations avec leurs employeurs. En outre, les prestataires de services dans les secteurs où il existe des pénuries de main-d'œuvre reprennent souvent des clauses excessives, qui font obstacle à l'embauche à titre définitif des travailleurs. Cela aboutit, en particulier dans le secteur non marchand, à des emplois très coûteux mais peu durables.

À cet égard, la Belgique est restée en défaut de transposer correctement la directive européenne 2008/104 relative au travail intérimaire. L'article 6.2 de cette directive est rédigé comme suit :

« Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les clauses interdisant ou ayant pour effet d'empêcher la conclusion d'un contrat de travail ou d'une relation de travail entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur intérimaire après l'expiration de sa mission soient nulles ou puissent être déclarées nulles. »

Le présent paragraphe ne porte pas atteinte aux dispositions en vertu desquelles les entreprises de travail intérimaire perçoivent une compensation d'un montant raisonnable en contrepartie de services rendus à l'entreprise utilisatrice quant à la mise à disposition, au recrutement et à la formation des travailleurs intérimaires. »

Le délai de transposition de cette directive s'est achevé le 5 décembre 2011. Au vu des situations dramatiques se présentant notamment dans le secteur non marchand, cela requiert la réintroduction rapide dans la loi du 24 juillet 1987 d'une disposition qui pose le principe que les clauses faisant obstacle à la mise en place d'une relation de travail entre les utilisateurs et les travailleurs intérimaires sont nulles.

Pour éviter la poursuite du glissement de la mise à disposition de travailleurs vers des prestataires de services qui ne sont pas reconnus en tant qu'entreprises de travail intérimaire (« projectsourcing »), il est important qu'une telle interdiction légale s'applique à toutes les formes de mise à disposition, par le biais du travail intérimaire ou d'autres formes de mise à disposition.

À titre subsidiaire, et pour autant que le législateur juge malgré tout nécessaire de faire usage de la possibilité prévue par la directive européenne de prévoir une indemnité raisonnable pour l'entreprise de travail intérimaire dans certains cas, les membres représentant les organisations de travailleurs insistent pour que :

- une telle indemnité ne soit possible que lorsque l'entreprise de travail intérimaire ou le prestataire de services démontrent qu'ils ont dû exposer des frais particuliers pour le recrutement ou la formation du travailleur mis à disposition. Par conséquent, les indemnités sont exclues lorsque c'est l'utilisateur lui-même qui a apporté le candidat ou lorsqu'il a lui-même assuré la formation sur le poste de travail ;
- la durée des clauses de non-débauchage reste limitée à un maximum d'un mois civil, à compter du premier jour de l'occupation. Pour les travailleurs intérimaires à temps partiel, ce délai ne peut pas être prolongé ;

- le montant du dédommagement reste limité à un maximum d'un mois de salaire brut ;
- les clauses de non-débauchage vont à l'encontre de l'utilisation de contrats courts : d'une part, le travailleur est tenu en haleine au moyen de contrats de courte durée, et d'autre part, cela entrave les chances d'obtenir un emploi fixe. Par conséquent, les clauses de non-débauchage sont uniquement possibles pour autant que les travailleurs concernés obtiennent au moins des contrats mensuels (et que la durée reste donc limitée au premier mois) ;
- la clause de non-débauchage doit être reprise par écrit dans le contrat de travail individuel du travailleur concerné. Si ce n'est pas le cas, la clause de non-débauchage est caduque ;
- les membres de la délégation syndicale et le conseil d'entreprise de l'utilisateur doivent être informés périodiquement des clauses de non-débauchage en vigueur et de leurs modalités, dans le cadre de leurs compétences respectives en matière de conditions de travail des travailleurs, de travail temporaire, de structure de l'occupation dans l'entreprise et de mesures sociales en matière d'occupation ;
- le dispositif légal doit être évalué tous les deux ans.

B. Position des membres représentant l'organisation d'employeurs FEB

Les membres représentant la FEB, en concertation avec le secteur concerné, estiment que si le travail intérimaire est jugulé par une limitation des clauses de non-débauchage, le résultat obtenu sera l'inverse de celui visé par le ministre :

- une augmentation des pénuries de main-d'œuvre ;
- une diminution de la sécurité et de la protection pour les travailleurs et
- une diminution du passage vers un emploi fixe. Cela aboutira au final à un taux d'emploi plus faible.

Le cœur de métier des entreprises de travail intérimaire est de recruter des candidats, de réaliser des sélections, d'effectuer un screening des candidats, de mettre du personnel à disposition et d'en assurer l'encadrement administratif. Il est logique qu'elles imputent ces frais aux utilisateurs, ce qui leur permet de réaliser une marge bénéficiaire raisonnable pour leurs activités. Ce principe est également confirmé expressément dans la jurisprudence¹. Sans une durée contractuelle minimale, l'activité du travail intérimaire ne serait pas rentable pour l'entreprise de travail intérimaire, parce que cela ne permettrait pas de récupérer les frais encourus auprès de l'utilisateur.

Il convient de signaler à cet égard qu'il n'existe en aucun cas une interdiction de l'embauche d'un travailleur intérimaire par l'utilisateur avant la fin de la période minimale. Le travailleur intérimaire peut toujours être embauché, à condition que l'utilisateur paie le coût qui y est lié à l'entreprise de travail intérimaire pour les services fournis. Le droit du travailleur intérimaire d'être embauché reste donc intact, et la clause de non-débauchage n'est pas, en tant que telle, opposable au travailleur.

La réglementation européenne² confirme également qu'une indemnité raisonnable peut être demandée pour les services qui sont offerts par les entreprises de travail intérimaire. La validité de principe des clauses commerciales de non-débauchage est donc également acceptée au niveau européen.

La validité de principe des clauses de non-débauchage est également acceptée dans le droit belge des contrats. Le fait que les entreprises de travail intérimaire et les utilisateurs peuvent conclure des accords sur des clauses de non-débauchage s'inscrit en principe dans le cadre de la liberté de contrat. Une condition importante est qu'il doit s'agir de clauses licites. Il existe déjà des principes, en droit des contrats, pour vérifier la validité des clauses de non-débauchage, comme l'interdiction de l'abus de droit, de sorte qu'il n'est pas nécessaire d'intervenir dans ce cadre. Ce point est également confirmé expressément par le SPF Économie dans son avis adressé au CNT et au CCE : « *L'appréciation de la licéité des clauses de non-débauchage relève en priorité de la jurisprudence qui a développé des critères lui permettant de se baser sur les circonstances factuelles tant économiques que juridiques et de tenir compte des principes de libre concurrence et de liberté d'entreprendre. Il nous semble que cette approche permet à la réglementation d'encadrer la réalité économique, sans nécessiter d'intervention législative.* »

¹ Arrêt de la Cour d'appel de Gand du 15 février 2010 (extrait) : « *Het is aannemelijk dat geïntimeerde als uitzendbedrijf slechts haar kosten kan dekken en winst kan realiseren wanneer de uitzendarbeid een minimale periode duurt. (...) De afwervingsvergoeding is een forfaitaire vergoeding voor de potentiële schade (gederfde winst, gemaakte en niet-gerecupereerde kosten) welke geïntimeerde lijdt wanneer zij een uitzendkracht voortijdig kwijtspeelt...* »

² L'article 6.2 de la directive 2008/104 relative au travail intérimaire est rédigé comme suit : « *Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les clauses interdisant ou ayant pour effet d'empêcher la conclusion d'un contrat de travail ou d'une relation de travail entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur intérimaire après l'expiration de sa mission soient nulles ou puissent être déclarées nulles. Le présent paragraphe ne porte pas atteinte aux dispositions en vertu desquelles les entreprises de travail intérimaire perçoivent une compensation d'un montant raisonnable en contrepartie de services rendus à l'entreprise utilisatrice quant à la mise à disposition, au recrutement et à la formation des travailleurs intérimaires.* »

Il ressort de ce qui précède que les clauses de non-débauchage sont valides pour autant qu'elles ne soient pas illicites, ce qui doit être jugé au cas par cas. La jurisprudence a développé à cet effet un certain nombre de critères et de principes. La clause de non-débauchage doit ainsi être transparente, c'est-à-dire formulée de manière suffisamment claire et compréhensible pour que l'autre partie en saisisse et comprenne toutes les conséquences économiques et juridiques. En outre, elle doit également être proportionnelle et raisonnable. Les critères utilisés dans la jurisprudence pour vérifier cet aspect sont : le profil, l'expérience, la fonction, les heures ou jours déjà prestés, les frais de bâtiment, les frais d'infrastructure, les frais de formation, les frais d'occupation du personnel propre, les frais de logiciel, les frais de sélection et de screening des nouveaux candidats, les frais de mise en place de bases de données de travailleurs intérimaires et d'utilisateurs, les frais considérables pour les annonces, la publicité, ainsi qu'une marge bénéficiaire raisonnable. Ainsi, pour un profil difficile à trouver sur le marché du travail, tel que des profils techniques spécifiques ou des profils très spécialisés, ou pour des profils auxquels il faut d'abord proposer une formation spécifique, c'est une clause de non-débauchage avec une durée plus longue qui s'appliquera que pour un profil plus facile à trouver ou ne nécessitant pas de formation. En ce qui concerne les frais engagés par une entreprise de travail intérimaire, il n'y a pas de différence entre un profil à temps plein et un profil à temps partiel.

La durée de la clause de non-débauchage est un accord contractuel entre deux parties professionnelles, à savoir l'entreprise de travail intérimaire et l'utilisateur. Étant donné que le secteur du travail intérimaire est un marché très concurrentiel, l'utilisateur est en position de négociateur et il peut choisir librement avec quelle entreprise de travail intérimaire il collaborera ou non, ou s'il a recours à l'entremise gratuite des services régionaux de l'emploi.

La spécialisation en recrutement et sélection est cruciale sur un marché du travail en tension, afin de faire correspondre les talents rares avec les bons employeurs. Une interdiction ou une modification aura pour conséquence que les activités des entreprises de travail intérimaire ne seront plus rentables et risqueront de disparaître ou d'être fortement limitées. Par ailleurs, les personnes rencontrant des difficultés sur le marché du travail et pour lesquelles le travail intérimaire sert de tremplin vers l'emploi se retrouveront ainsi sur la touche. Pour ces personnes, le travail intérimaire est souvent crucial pour obtenir des opportunités et pouvoir acquérir de l'expérience sur notre marché du travail. Si l'on veut augmenter le taux d'emploi, il est crucial de s'adresser aux groupes cibles et aux personnes éloignées du marché du travail. Le travail intérimaire est un instrument très utile à cet effet.

Dans ce cadre, il faut également signaler qu'il existait auparavant une interdiction des clauses de non-débauchage dans la loi relative au travail intérimaire. La suppression de cet article a été réalisée par la loi du 5 septembre 2001 et visait, selon l'exposé des motifs, à contribuer à atteindre les objectifs définis par les lignes directrices adoptées par la Commission européenne en matière d'emploi. Elle visait également à augmenter le taux d'emploi des travailleurs, et plus particulièrement celui des groupes à risque et des travailleurs âgés. Elle a en outre été réalisée à la demande des partenaires sociaux sectoriels et du Conseil national du Travail en vue d'améliorer le taux d'emploi (avis n° 1.345 du CNT du 20 avril 2001).

Il ressort des chiffres que, depuis la suppression de l'interdiction, le taux d'emploi général a augmenté, sous l'impulsion entre autres d'une augmentation du nombre d'heures de travail intérimaire prestées. En même temps, on constate que la part des contrats temporaires (dont les contrats de travail intérimaire) dans le nombre total de contrats est relativement constante au fil des ans. Il est dès lors possible de conclure que l'objectif de la suppression de l'interdiction a été atteint, à savoir une amélioration du taux d'emploi des travailleurs, et ce, sans que cela se soit fait aux dépens du nombre de contrats fixes³.

En outre, le secteur du travail intérimaire est en mesure de présenter des chiffres excellents lorsqu'il s'agit d'offrir une plus grande sécurité aux travailleurs, ainsi qu'en tant que facilitateur pour le passage vers un emploi fixe. Plus de la moitié des travailleurs intérimaires passent assez rapidement à un emploi fixe⁴.

Le travail intérimaire semble bien être non pas un frein mais un important moteur pour l'emploi fixe. Une limitation des clauses de non-débauchage risque de gripper ce moteur.

Il convient également de remarquer que les entreprises de travail intérimaire ne sont au courant de presque aucune discussion ni litige concernant les clauses de non-débauchage, et qu'elles recherchent une solution lorsqu'un problème se pose. Lors de la suppression de l'interdiction en 2001, la Commission des bons offices a reçu la compétence de traiter les éventuels abus de la part des entreprises de travail intérimaire. En 20 ans, elle n'a été saisie qu'une seule fois sur un dossier de ce type.

La modification des clauses de non-débauchage poserait problème non seulement du point de vue du marché du travail, mais aussi du droit de la concurrence.

Bien que le droit de la concurrence s'adresse aux entreprises, le risque est réel que les autorités « assistent » des entreprises afin de transformer des accords limitant la concurrence en une forme d'intervention des autorités. Si les autorités interviennent de la sorte afin de ratifier des accords limitant la concurrence en tant que tels, cela peut entrer en contradiction avec l'obligation qu'ont les autorités de coopérer loyalement à l'application du droit de la concurrence de l'UE (telle que prévue à l'article 4(3) du Traité sur l'Union européenne).

Il s'avère qu'en l'occurrence, les autorités suivraient le souhait de limiter la concurrence, émis par plusieurs entreprises, et imposeraient ainsi, en contradiction avec leur obligation de coopération loyale, des principes sur lesquels les entreprises privées concernées ne seraient pas autorisées à ou en mesure de conclure des accords entre elles.

³ <https://federgon.be/fileadmin/media/pdf/nl/20230921-uitzendarbeid-werkzaamheid.pdf>

⁴ Idem.

Les membres représentant la FEB constatent qu'en tant qu'organisation sectorielle, Federgon est néanmoins prête à prendre ses responsabilités et qu'un point de contact est créé au niveau du service de médiation de Federgon, où il est possible de communiquer les éventuelles plaintes concernant les clauses de non-débauchage et où les cas possibles seront jugés sur la base des critères de transparence, proportionnalité et caractère raisonnable, ainsi que des circonstances propres à l'affaire.

C. Position des membres représentant les organisations d'employeurs Unizo, UCM, Unisoc et Boerenbond

1. Considérations générales

L'Unizo, l'UCM, l'Unisoc et le Boerenbond déplorent qu'aucun accord n'ait pu être dégagé par le biais de la concertation sociale au sujet de la demande d'avis de monsieur P.-Y. Dermagne, ministre du Travail, du 7 décembre 2021, visant à réglementer la clause de non-débauchage dans la loi du 24 juillet 1987. Les entreprises ont de plus en plus fréquemment recours aux travailleurs intérimaires. Cela est dû, d'une part, aux pénuries de main-d'œuvre. Il est de plus en plus difficile d'obtenir les bonnes personnes aux bonnes places. Par ailleurs, on peut également constater que les entreprises de travail intérimaire attirent des profils intéressants et les soustraient de la sorte aux bases de données des services régionaux de l'emploi. Les entreprises se voient dès lors contraintes, pour les raisons précitées, d'avoir de plus en plus fréquemment recours à des travailleurs intérimaires, ce qui peut apporter une solution à court terme.

En cas d'embauche définitive du travailleur intérimaire par l'utilisateur, il existe toutefois depuis plusieurs années une pratique dommageable de forfaits de rachat élevés (les clauses de non-débauchage) à payer. L'Unizo, l'UCM, l'Unisoc et le Boerenbond critiquent vivement les indemnités considérables et la durée excessive de ces clauses que certaines entreprises de travail intérimaire imposent lorsqu'un utilisateur souhaite embaucher un travailleur intérimaire à titre définitif. Par ailleurs, ils constatent que ces clauses manquent de transparence.

L'utilisateur se trouve trop souvent, à l'heure actuelle, dans la situation où une entreprise de travail intérimaire lui impose une clause de non-débauchage, sans qu'il y ait un accord préalable et explicite à ce sujet. La clause de non-débauchage peut ainsi faire partie des conditions générales (faisant ou non partie du contrat-cadre conclu précédemment), qui ne sont pas toujours lues et acceptées au préalable ; ou bien l'on est présumé avoir accepté les conditions dès que l'on fait venir un travailleur intérimaire à un entretien ; ou bien l'entreprise de travail intérimaire attire l'attention de l'utilisateur sur ce point même s'il contacte le travailleur directement par le biais des services régionaux de l'emploi ; ou bien encore la clause de non-débauchage est invoquée en dépit du fait que c'est le travailleur lui-même qui a contacté l'utilisateur. De même, le travailleur intérimaire n'est souvent pas lui-même au courant du fait qu'une clause de non-débauchage de ce type repose sur lui, ce qui représente un obstacle à son passage à un emploi fixe.

Ces indemnités doivent même être payées si l'embauche a lieu de nombreux mois après la période de travail intérimaire, et lorsque l'embauche concerne une tout autre fonction. Cette somme de rachat comprendrait les coûts pour la prospection, la sélection et le screening du travailleur intérimaire, ainsi que le manque à gagner. Des montants allant jusqu'à 25 % de la rémunération annuelle brute du travailleur intérimaire concerné sont courants, mais on constate aussi dans la pratique des montants (beaucoup) plus élevés. Le recours aux clauses de non-débauchage est largement répandu, et est présent dans tous les secteurs (des professions libérales à la construction ou aux secteurs médico-sociaux). Il est permis de constater que – certainement au vu des pénuries de main-d'œuvre – l'entreprise de travail intérimaire bénéficie d'une certaine position dominante à l'égard de certains utilisateurs et travailleurs intérimaires.

2. Dispositif légal

L'Unizo, l'UCM, l'Unisoc et le Boerenbond soulignent par conséquent la nécessité d'élaborer un cadre légal transparent, et de fixer des règles du jeu ne permettant plus d'exiger des montants déraisonnables. Ils soulignent qu'il est possible d'indemniser les entreprises de travail intérimaire pour leur travail et que les indemnités de rachat doivent en principe être possibles. Il faut toutefois juguler les montants déraisonnables, en vue de favoriser le passage des travailleurs intérimaires vers un emploi fixe.

Sur la base des informations du SPF Économie et du Conseil central de l'Économie, et des explications fournies par l'Autorité belge de la concurrence au Conseil national du Travail le 23 janvier 2023, il est possible de conclure que les limitations apportées aux clauses de non-débauchage au moyen d'une intervention légale (par opposition à, par exemple, un code de conduite), n'entraînent aucun risque d'infraction au droit de la concurrence, et ne vont pas à l'encontre de la réglementation européenne. L'Autorité belge de la concurrence a indiqué qu'une initiative législative est préférable dans ce cadre. Un dispositif légal dans la loi sur le travail intérimaire s'inscrit dans le cadre de la philosophie de la directive 2008/104/CE.

3. Contenu du dispositif légal

- a. La clause de non-débauchage doit être transparente à l'égard de l'utilisateur et du travailleur intérimaire

La clause de non-débauchage doit être reprise expressément au sein du contrat commercial entre l'utilisateur et l'entreprise de travail intérimaire (article 17 de la loi sur le travail intérimaire), de sorte qu'il existe au préalable et de manière explicite un accord à ce sujet. La clause doit, dans ce cadre, être formulée de manière suffisamment claire et compréhensible pour que l'utilisateur en saisisse et comprenne toutes les conséquences économiques et juridiques. Si ce n'est pas le cas, ou si l'utilisateur n'en était pas informé à l'avance, elle n'est pas opposable à la partie qui n'en a pas été informée et elle ne fait pas partie du contrat. Si des accords commerciaux sont conclus entre l'entreprise de travail intérimaire et l'utilisateur afin de rechercher différents profils, il doit également être clair à l'avance qu'une telle clause s'appliquera à la mise à disposition d'un travailleur intérimaire concret.

Par ailleurs, il faut aussi être transparent à l'égard des travailleurs intérimaires, de sorte qu'ils puissent toujours évaluer les conséquences d'une clause de non-débauchage. Ils doivent par conséquent être informés au moins par écrit, par l'intermédiaire de l'entreprise de travail intérimaire, de l'existence et des modalités d'une clause de non-débauchage.

- b. La clause de non-débauchage s'élève à trois mois au maximum et est dégressive

La clause de non-débauchage doit être raisonnable et proportionnelle. Il faut prévoir un plafond maximal légal concernant la durée maximale de la clause de non-débauchage, ainsi que le niveau maximal de l'indemnité de débauchage. L'Unizo, l'UCM, l'Unisoc et le Boerenbond considèrent ainsi que la clause de non-débauchage ne pourra jamais être supérieure à deux à trois mois de salaire brut. L'Unizo, l'UCM, l'Unisoc et le Boerenbond estiment qu'un montant de deux mois de salaire brut est plus que raisonnable pour couvrir les frais de l'entreprise de travail intérimaire, mais pourraient accepter, en vue de dégager un compromis et une solution à cette problématique, un délai maximal de trois mois.

Cette indemnité maximale et ce délai maximal impliquent un calcul au prorata, tenant compte de la période au cours de laquelle le travailleur intérimaire a déjà travaillé auprès de l'utilisateur. L'indemnité contractuelle est, dans ce cas, réduite en fonction de la durée des jours de travail intérimaire prestés (proratation, par exemple : si l'on choisit un délai de non-débauchage de trois mois et si le travailleur intérimaire a déjà travaillé deux mois, l'indemnité de débauchage s'élève encore à un mois).

Ces plafonds doivent être considérés comme des plafonds maximaux absolus et laissent un espace suffisant pour la concurrence entre les entreprises de travail intérimaire. Les plafonds maximaux servent de protection contre les abus, d'autant plus dans des secteurs qui y sont exposés et/ou servent l'intérêt général. Une clause de non-débauchage ne peut jamais être absolue (par exemple, une interdiction totale d'embaucher un travailleur intérimaire).

Les coûts d'une formation qui est obligatoire légalement ou nécessaire pour la fonction peuvent être facturés à l'utilisateur et ne relèvent donc pas du plafond légal. La décision de faire suivre cette formation ne peut toutefois pas être prise unilatéralement par l'entreprise de travail intérimaire, mais doit être prise en concertation avec l'utilisateur.

Il est également possible de tenir compte spécifiquement de la position particulière des travailleurs intérimaire qui travaillent moins de cinq jours par semaine. Pour ceux-ci, le délai maximal de trois mois pourrait être prolongé d'une courte période. Il faut cependant garantir la mobilité professionnelle en prévoyant un plafond raisonnable.

c. Prise en charge des salaires

Si le travailleur a été apporté par l'utilisateur, s'il est uniquement question de prise en charge des salaires (ou « pay-rolling ») par l'entreprise de travail intérimaire et si, pour le surplus, aucun frais n'est engagé, aucune indemnité de débauchage n'est imputée.

d. Réciprocité

Les clauses de non-débauchage doivent toujours être réciproques. Cela veut dire qu'un même délai de non-débauchage et une même indemnité doivent s'appliquer à l'entreprise de travail intérimaire. L'expérience montre qu'à l'heure actuelle, les entreprises de travail intérimaire « rappellent » elles-mêmes un travailleur intérimaire pour le réaffecter à d'autres endroits. La réciprocity évite non seulement que de potentiels travailleurs ne soient retirés, mais elle est également importante du fait que le travailleur intérimaire continue d'être formé et/ou assisté par l'utilisateur pendant la période de travail intérimaire, ce qui représente aussi un important investissement de la part de celui-ci.

La réciprocity permet également de rétablir des rapports égaux entre l'utilisateur et l'entreprise de travail intérimaire, notamment dans le contexte actuel de grandes pénuries de main-d'œuvre, qui contribuent à un rapport de force inégal en faveur de l'entreprise de travail intérimaire.

4. Point de contact

La mise en place d'un point de contact neutre ou d'un ombudsman (par exemple par le SPF Économie) pourrait permettre de signaler des problèmes concernant l'application de la clause de non-débauchage dans le cadre du travail intérimaire. Cela permettra d'assurer un monitoring continu et d'aboutir à des solutions à l'amiable.

5. Externalisation

La problématique des clauses de non-débauchage ne joue pas uniquement dans le cadre du travail intérimaire, mais aussi en cas d'« externalisation / projectsourcing / consultance / recrutement ». Une application légale identique est donc aussi nécessaire pour cette forme de recrutement.

Parallèlement à la problématique au sein du secteur du travail intérimaire, le projectsourcing et les clauses de non-débauchage élevées qui sont prévues dans ce cadre constituent une menace pour l'emploi dans de nombreux secteurs. Les entreprises de consultance vont détourner, souvent dans des professions en pénurie, du personnel des employeurs pour les (re)proposer contre des indemnités très élevées, comprenant des clauses de non-débauchage élevées. Les clauses de non-débauchage constatées dans ce cadre sont parfois exorbitantes (jusqu'à 18 à 24 mois) et doivent dès lors être jugulées.

6. Monitoring et évaluation

Sur le plan du suivi, l'Unizo, l'UCM, l'Unisoc et le Boerenbond demandent au gouvernement :

- que, deux ans après l'entrée en vigueur de la mesure, celle-ci soit évaluée en collaboration avec les partenaires sociaux réunis au sein du CNT ;
- qu'un monitoring des tarifs appliqués dans le secteur soit prévu. Le risque existe en effet qu'un « accord » voie le jour entre certaines entreprises de travail intérimaire pour augmenter les tarifs en raison de la limitation qui serait imposée aux clauses de non-débauchage.
