

Objet: Projet de loi n°6404 portant modification

- 1) du Code du travail ;
- 2) du Code pénal ;
- 3) de la loi modifiée du 27 juillet 1993 ayant pour objet 1. le développement et la diversification économiques, 2. l'amélioration de la structure générale et de l'équilibre régional de l'économie ;
- 4) de la loi modifiée du 30 juin 2004 portant création d'un cadre général des régimes d'aides en faveur du secteur des classes moyennes ;
- 5) de la loi du 15 juillet 2008 relative au développement économique régional ;
- 6) de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration ;
- 7) de la loi du 5 juin 2009 relative à la promotion de la recherche, du développement et de l'innovation ;
- 8) de la loi du 18 février 2010 relative à un régime d'aides à la protection de l'environnement et l'utilisation rationnelle des ressources naturelles. (3951SBE/WMR)

*Saisine : Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration
(13 février 2012)*

AVIS DE LA CHAMBRE DE COMMERCE

Le projet de loi sous avis a pour objet de transposer la directive 2009/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2009 prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (ci-après la « Directive »).

La Directive est présentée comme l'instrument principal visant à renforcer la coopération entre Etats membres en matière de lutte contre l'immigration illégale. Partant du constat que l'immigration illégale dans l'Union européenne est notamment alimentée par le fait que les ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans un Etat membre ont la possibilité d'y trouver un emploi illégal, elle prévoit l'interdiction de l'emploi illégal ainsi que les mesures et sanctions à prendre à l'égard des employeurs qui enfreindraient cette interdiction.

Sont visés par cette interdiction d'emploi illégal les cas d'emploi de ressortissants de pays tiers soit qui ne possèdent pas, soit qui ne possèdent plus d'autorisation ou titre de séjour en cours de validité.

Soucieuse d'appréhender le plus largement possible toutes les situations de travail illégal, la Directive vise tous les employeurs, qu'ils s'agissent de personnes physiques ou morales, et couvre également les situations de sous-traitance en soumettant toutefois l'entrepreneur principal à des obligations et sanctions de moindre étendue que celles applicables aux employeurs.

Considérations générales

A l'instar de la Directive, le présent projet de loi est axé autour de l'interdiction générale d'employer des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière. Afin d'être la plus dissuasive possible, cette interdiction est assortie d'un arsenal de sanctions financières, administratives et pénales visant essentiellement les employeurs et, dans une moindre mesure, les entrepreneurs ayant recours à la sous-traitance. Parallèlement, la recherche des infractions à l'interdiction d'emploi illégal continue de se faire par les agents déjà en charge de rechercher et constater les infractions à l'interdiction du travail clandestin (Police grand-ducale, Douanes et accises, Inspection du travail et des mines, département délivrant les autorisations d'établissement) étant précisé que le projet de loi (i) accroît les missions de l'Inspection du travail des mines en chargeant celle-ci des inspections à mener dans des secteurs considérés à risque et (ii) renforce corrélativement ses moyens humains en lui permettant d'engager cinq fonctionnaires supplémentaires.

La Chambre de Commerce se félicite de l'intensification de la lutte contre l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier dans les Etats membres de l'Union européenne au motif que le travail illégal constitue un mal non seulement économique, en créant une concurrence déloyale préjudiciable aux entreprises respectueuses de la législation, mais également social, en privant de toute protection sociale les travailleurs étrangers en séjour irrégulier. La Chambre de Commerce salue le travail de transposition de la Directive effectué par les auteurs du projet de loi, laquelle nécessite la modification du Code du travail et du Code pénal, de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration ainsi que de cinq autres lois organisant différents régimes d'aides financières aux entreprises. La Chambre de Commerce apprécie tout particulièrement la clarté du projet de loi qui a le mérite (i) de créer dans le Code du travail un chapitre spécifique traitant exclusivement des infractions à l'interdiction de l'emploi de ressortissants en séjour irrégulier et (ii) d'insérer dans ledit Code des sanctions pénales et administratives qui figuraient jusqu'alors dans la loi du 29 août 2008 précitée. Par ailleurs, c'est à juste titre que les auteurs ont remanié la loi du 29 août 2008 précitée en procédant à la suppression de certaines dispositions qu'ils considèrent incompatibles avec la Directive.

Il est cependant important aux yeux de la Chambre de Commerce de développer les observations et de formuler les critiques et commentaires suivants :

Création d'une charge administrative supplémentaire pour les employeurs

Le nouvel article L.572-3 du Code du travail impose aux employeurs de ressortissants de pays tiers (i) d'exiger que ceux-ci disposent d'un titre de séjour valable avant d'occuper l'emploi et les présentent à leur employeur, (ii) de tenir, au moins pendant la durée de l'emploi, une copie du titre de séjour en vue d'une éventuelle inspection et (iii) de notifier au ministère en charge de l'immigration le début de la période d'emploi dans un délai de 3 ou 7 jours ouvrables (selon que l'employeur est une personne morale ou une personne physique).

Même si le projet de loi garantit aux employeurs toute absence de responsabilité en contrepartie du respect de ces obligations, la Chambre de Commerce déplore le fait qu'elles impliquent une charge administrative supplémentaire dans le chef des employeurs puisque ceux-ci devront demander le titre de séjour à chaque ressortissant de pays tiers, en conserver une copie pendant au moins toute la durée d'emploi, et enfin notifier au ministre chargé de l'immigration le début de sa période d'emploi.

Des sanctions renforcées à l'égard des employeurs et des dispositions pénales plus sévères que la Directive

Le projet de loi prévoit un arsenal de sanctions financières, administratives et pénales à l'égard des employeurs qui commettraient une infraction à l'interdiction d'emploi illégal : ainsi (i) l'obligation de paiement des arriérés de salaires coexiste avec (ii) des sanctions financières comportant le paiement des frais de retour du ressortissant, (iii) des sanctions administratives telles que l'exclusion du bénéfice de certaines aides publiques et des marchés publics, l'interdiction temporaire d'exercer l'activité, la fermeture temporaire ou définitive de l'entreprise, et enfin (iv) des sanctions pénales consistant dans un emprisonnement de huit jours à un mois et/ou une amende de 251 à 20.000 euros.

Par ailleurs, ces sanctions ne sont pas exclusives les unes des autres mais peuvent se cumuler. A cet égard, la Chambre de Commerce relève l'extrême sévérité du projet de loi qui, dans le projet de nouvel article L.572-4 du Code du travail, pose le principe d'une sanction pénale pour toute infraction à l'interdiction d'employer un ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier alors que, dans la Directive, **l'infraction pénale n'est donnée que dans cinq circonstances** limitativement énumérées à l'article 9, paragraphe 1, à savoir (i) l'infraction est continue ou répétée de manière persistante, (ii) l'emploi illégal concerne un nombre significatif de travailleurs, (iii) les conditions de travail sont particulièrement abusives, (iv) l'employeur a connaissance que le travailleur est victime de la traite des êtres humains, (v) l'emploi illégal concerne un mineur, et **uniquement si l'infraction est intentionnelle**.

Bien que la Directive pose les normes minimales, laissant ainsi la possibilité aux Etats membres de prévoir des sanctions plus lourdes, la Chambre de Commerce estime que l'arsenal de sanctions prévu par la Directive est suffisamment sévère et dissuasif et demande au nom du principe « toute la directive, rien que la directive » que seules les cinq circonstances listées dans la Directive soient constitutives d'infractions pénales dans notre législation (au lieu d'être considérées comme des « circonstances aggravantes » par le projet de loi).

Un sentiment d'impunité à l'égard des salariés occupés illégalement

A l'instar de la Directive, le projet de loi détermine des sanctions à l'intention exclusive des employeurs : aucune sanction pénale n'est prévue à l'égard des travailleurs illégaux. Or, aux yeux de la Chambre de Commerce, le projet de loi aurait pu également responsabiliser les ressortissants de pays tiers concernés afin que ceux-ci soient davantage dissuadés de venir au Luxembourg dans l'unique but d'y travailler illégalement.

En vue de rétablir un certain équilibre en la matière et de constituer un ensemble de mesures coercitives aussi complet et cohérent que possible, la Chambre de Commerce est d'avis que le projet de loi devrait pour le moins intégrer dans le Code du travail les dispositions de l'article 140 de la loi modifiée du 29 août 2008 qui déterminent les sanctions pénales encourues par un ressortissant de pays tiers employé illégalement.

Une transposition incomplète et tardive

La Chambre de Commerce souligne que la transposition de la Directive apparaît incohérente voire incomplète à plusieurs égards, notamment s'agissant des divers régimes de sanctions.

La Chambre de Commerce déplore également la transposition très tardive de la Directive qui aurait dû être achevée pour le 20 juillet 2011, laissant une nouvelle fois planer le risque pour le Grand-Duché de Luxembourg d'être l'objet d'une procédure d'infraction de la part de la Commission européenne.

Un impact financier qui conduit à déroger à la loi budgétaire

Afin que l'Inspection du travail des mines puisse mener à bien ses nouvelles missions d'inspection dans les secteurs considérés à risque, le projet de loi prévoit l'embauchage de cinq fonctionnaires supplémentaires auprès de l'Inspection du travail et des mines. Ainsi, le projet de loi propose de déroger à la loi du 16 décembre 2011 concernant le budget des recettes et dépenses de l'Etat pour l'exercice 2012.

La Chambre de Commerce s'interroge quant au bien-fondé d'un tel procédé : dans la mesure où la Directive 2009/52/CE a été adoptée en date du 18 juin 2009 et que le délai de transposition, à savoir le 20 juillet 2011, était connu depuis cette date, ces besoins de recrutement additionnels auraient dû être prévus dans le projet de loi budgétaire initial pour l'exercice 2012.

Eu égard aux principes d'unité et d'universalité en matière budgétaire, il semblerait logique que les départements ministériels soumettent, au moment de la finalisation du projet de loi budgétaire, l'intégralité des dépenses et, partant, des besoins de recrutement dont ils ont connaissance. Dans ce cas précis, le fait d'avoir omis, sciemment ou non, de prévoir les recrutements en question relève d'un manque de prévision couteux auquel il faudrait remédier. L'urgence n'est, en tout cas, pas un argument pouvant être invoqué dans ce contexte.

Commentaire des articles

Remarque préliminaire

S'agissant du libellé du projet de loi, respectivement du libellé de l'article VIII du projet de loi, la Chambre de Commerce relève que la date de la loi relative à un régime d'aides à la protection de l'environnement et l'utilisation rationnelle des ressources naturelles n'est pas le « 18 mars 2010 » mais le « 18 février 2010 ».

Concernant l'article I

Cet article modifie et complète plusieurs dispositions du Code du travail.

S'agissant du **paragraphe 1° de l'article I**, qui modifie et complète le Titre VII du le Livre V du Code du travail, la Chambre de Commerce relève des erreurs dans la transposition du libellé de la Directive :

- Concernant l'article L.572-3 du Code du travail : afin de transposer intégralement l'article 4, paragraphe 1 sous b) de la Directive, le point 2 de l'article L.572-3 du Code du travail devrait être complété comme suit « *L'employeur d'un ressortissant d'un pays tiers doit (...); 2. tenir au moins pendant la durée de la période d'emploi, une copie de l'autorisation de séjour et du titre de séjour à la disposition des autorités compétentes, en vue d'une éventuelle inspection* ».

- Sous les articles L.572-4 à L.572-7 du Code du travail, l'expression « *un ressortissant de pays tiers non muni d'une autorisation de séjour ou d'un titre de séjour* » devrait être remplacée par l'expression « *un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier* » qui renvoie à la définition légale du travail illégal couvrant plus largement l'hypothèse d'un ressortissant dont le titre de séjour ne serait plus valable.
- Sous l'article L.572-7 du Code du travail, l'expression « *peut en outre encourir les peines suivantes* » devrait être remplacée par l'expression « *peut en outre encourir l'une des peines suivantes, si cela est justifié par la gravité de l'infraction* » afin d'assurer la transposition fidèle et complète de l'article 7, paragraphe 1 sous d) de la Directive et éviter le cumul des sanctions non prévu par celle-ci.

La Chambre de Commerce attire également l'attention des auteurs sur les erreurs de typographie suivantes :

- Sous les articles L.571-1, L.571-2 et L.571-6 du Code du travail, les références à la « *loi modifiée du 28 décembre 1988* » pour identifier la législation réglementant les autorisations d'établissement sont erronées et doivent être remplacées par la nouvelle « *loi du 2 septembre 2011 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales* ». De même, sous l'article L.571-6 du Code du travail, il convient désormais de renvoyer à « *l'article 39 de la loi du 2 septembre 2011* » et non à « *l'article 22 de la loi modifiée du 28 décembre 1988* ».
- Sous les articles L.571-7 et L.573-1 du Code du travail, il convient de corriger « *Autorisations d'établissement* » par « *autorisations d'établissement* ».
- S'agissant de l'article L.573-1 qui liste les différentes catégories d'officiers et agents de l'administration ayant la tâche de rechercher les infractions, la Chambre de Commerce s'interroge sur la pertinence de citer tantôt les membres de « *l'Inspectorat du travail* » et tantôt les agents de « *l'Inspection du travail des mines* ». Dans la mesure où il ressort du point 2° du projet de loi complétant l'article L.612-1 du Code du travail que c'est « *l'Inspection du travail des mines* » qui sera chargée d'effectuer les inspections afin de contrôler tout travail illégal, il semble plus cohérent à la Chambre de Commerce de remplacer, sous l'article L.573-1 du Code du travail, le terme « *Inspectorat du travail* » par « *Inspection du travail et des mines* ».

Le **paragraphe 4° de l'article I** modifie l'article L.614-5, alinéa 2 du Code du travail qui liste les hypothèses dans lesquelles l'Inspection du travail et des mines peut ordonner la cessation immédiate du travail en insérant un sixième tiret. Si cet ajout est parfaitement justifié, la Chambre de Commerce est d'avis qu'il serait plus explicite et conforme au libellé des autres tirets d'ajouter « *- à l'interdiction du travail illégal* » plutôt que « *- aux dispositions du Chapitre II du Titre VII au Livre V du présent Code* ».

Enfin, conformément à son développement à l'endroit des considérations générales concernant le principe d'une sanction pénale pour toute infraction retenu par le projet de loi, la Chambre de Commerce propose que le nouvel article L.572-4 du Code du travail soit libellé comme suit :

« Art. L. 572-4 :

Est passible d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 20.000 euros, ou d'une de ces peines seulement, l'employeur qui, intentionnellement, emploie un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier dans l'une des circonstances suivantes :

1. l'infraction est continue ou répétée de manière persistante,
2. l'infraction a trait à l'emploi simultané d'un nombre significatif de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ;
3. l'infraction s'accompagne de conditions de travail particulièrement abusives ;
4. l'infraction est commise par un employeur qui utilise le travail ou les services d'un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier en sachant que cette personne est victime de la traite des êtres humains ;
5. l'infraction a trait à l'emploi illégal d'un mineur ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier. »

* * * *

Après consultation de ses ressortissants, la Chambre de Commerce est en mesure d'approuver le projet de loi sous avis, sous réserve de la prise en compte de ses observations.

SBE/WMR/TSA