

Projet de loi

modifiant la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

Avis du Conseil d'Etat

(11 octobre 2011)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 29 juin 2011, le Conseil d'Etat a été saisi du projet de loi sous rubrique qui a été élaboré par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire de l'article unique, une copie de la directive 2009/50/CE du Conseil du 25 mai 2009 établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers aux fins d'un emploi hautement qualifié (ci-après: la directive), ainsi qu'un tableau de concordance exhaustif entre le projet sous avis et les dispositions de la directive que le projet de loi vise à transposer dans la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

En date du 7 septembre 2011, le Conseil d'Etat s'est vu saisi d'un avis de la Chambre de commerce daté au 22 août 2011.

Une première partie du projet de loi, à savoir les points 1 à 9 de l'article unique, comporte des modifications à des dispositions de la loi du 29 août 2008 précitée qui ne résultent pas de la directive, mais qui, selon l'exposé des motifs, interviendraient pour donner suite à des « recommandations formulées par la Commission européenne » tendant à rapprocher le plus possible les dispositions de la loi avec celles de la directive 2004/38/CE relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des Etats membres, transposée par la loi du 29 août 2008. Le Conseil d'Etat ne s'est pas vu transmettre un document écrit, émanant de la Commission, contenant ces recommandations.

L'objet principal du projet sous avis consiste à transposer la directive 2009/50/CE. Aux termes de l'article 23 de la directive, les Etats étaient tenus de s'y conformer au plus tard pour le 19 juin 2011.

L'exposé des motifs rappelle que l'objectif de la directive – attirer et conserver une main-d'œuvre hautement qualifiée provenant de pays tiers – a déjà été rempli partiellement par le cadre légal adopté en 2008, dans la mesure où le recrutement des travailleurs hautement qualifiés d'Etats tiers à l'Union européenne est d'ores et déjà affranchi des contraintes et conditions habituelles en vigueur pour les travailleurs salariés. Ainsi, l'obligation d'une saisine de la commission consultative (articles 150 et 151 de la loi du 29 août 2008) et la vérification de la priorité d'embauche dont bénéficient

certains travailleurs en vertu de dispositions européennes ou nationales n'existent pas pour cette catégorie de travailleurs (cf. article 45 de la loi).

Dans l'exposé des motifs, le Gouvernement souligne, statistiques à l'appui, les effets positifs des facilités offertes aux travailleurs hautement qualifiés.

La preuve de la nécessité de l'adoption de mesures incitatives en ce domaine est largement rapportée. Ainsi, actuellement 55% des émigrés détenteurs d'un diplôme universitaire qui quittent leur pays d'origine souhaitent aujourd'hui se rendre aux Etats-Unis et 5% seulement en Europe. L'Europe accueille en revanche 85% des migrants qui n'ont pas fait d'études supérieures.¹

La « communautarisation » progressive du droit des étrangers s'est traduite, à partir de 2003, par l'adoption de directives sur le regroupement familial², le statut de résidents de longue durée³, les étudiants et les chercheurs⁴. Ces directives sont d'ores et déjà transposées en droit luxembourgeois.

Le niveau des diplômes requis par la directive – trois années d'études postsecondaires minimum – est relativement bas. Le Conseil d'Etat note par ailleurs que le Gouvernement a choisi d'assimiler aux détenteurs de diplômes postsecondaires les travailleurs justifiant de cinq années d'expérience sur un poste hautement qualifié. A côté d'un accès plus aisé au marché du travail dans l'Etat membre d'accueil ainsi que des conditions facilitées pour le regroupement familial, l'avantage de la carte bleue européenne réside essentiellement dans la mobilité accordée aux bénéficiaires et à leurs familles. Après 18 mois de séjour à ce titre, dans un Etat membre, le bénéficiaire de la carte bleue européenne peut se rendre dans un autre Etat membre aux fins d'un nouvel emploi hautement qualifié. Le titulaire de la carte bleue européenne peut également retourner dans son pays d'origine ou un autre pays tiers pendant 18 mois consécutifs à condition de ne pas dépasser 18 mois au total sur 5 années (article unique, point 25 du projet et 16.3 de la directive).

La carte bleue européenne peut-elle concurrencer la « green card » américaine? Alors que pour l'obtention de la carte bleue européenne les pays membres ont introduit un seuil imposant une rémunération au moins égale à 1,5 fois le salaire annuel moyen brut, pareilles conditions n'existent pas pour la « green card ». Par contre, les délais d'obtention du document en question sont de 80 jours maximum en Europe au lieu de 1 à 2 ans aux Etats-Unis. Alors que la « green card » accorde une mobilité totale et immédiate dans les 50 Etats américains, la carte bleue européenne limite la mobilité à l'Etat émetteur pendant les 18 premiers mois suivant l'attribution.

Cette dernière condition risque, le cas échéant, de défavoriser notre pays qui, par ailleurs, figurera parmi les premiers bénéficiaires des nouvelles règles dans la mesure où le Luxembourg souffre, bien plus que

¹ Etude d'impact publiée par l'Assemblée nationale française en mars 2010 dans le contexte d'un projet de loi relatif à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

² Directive 2003/86/CE.

³ Directive 2004/114/CE et 2003/109/CE.

⁴ Directive 2005/71/CE.

d'autres pays européens, d'une pénurie de main-d'œuvre hautement qualifiée pour assurer le développement continu de son économie.

L'impérieuse nécessité d'attirer des travailleurs hautement qualifiés a probablement été à l'origine du choix du Gouvernement de renoncer à transposer la possibilité prévue à l'article 8.2 de la directive, qui aurait permis de maintenir, pendant les deux premières années de l'exercice des titulaires de la carte bleue européenne, une priorité aux ressortissants de l'Union européenne, aux ressortissants de pays tiers déjà admis et aux titulaires d'une carte « RLD-CE » (résident de longue durée), d'un autre Etat membre souhaitant travailler au Luxembourg. Les auteurs du projet n'ont toutefois pas autrement justifié ce choix.

Les demandeurs remplissant les conditions, jouissent d'un accès immédiat sur le marché du travail national.

Le Luxembourg a fait le choix de conférer, à l'issue de la période de deux ans, un accès à l'ensemble des emplois hautement qualifiés, conférant ainsi l'égalité de traitement avec les nationaux (sous réserve des emplois participant à l'exercice de la puissance publique) plutôt que de maintenir la limitation aux activités professionnelles pour lesquelles le demandeur fut admis.

Par contre, il résulte du projet de loi que le Gouvernement n'entend pas adopter les dispositions prévues à l'article 12, paragraphe 1^{er}, de la directive qui l'auraient autorisé à permettre aux travailleurs hautement qualifiés d'accéder, au bout de deux ans, à l'ensemble du marché du travail. Seuls les emplois hautement qualifiés sont dès lors accessibles. Le Conseil d'Etat approuve cette restriction aux effets très limités.

La directive permet aux Etats membres de fixer la validité de la carte bleue entre un an et quatre ans. Dans la mesure où les Etats membres de l'Union sont en concurrence entre eux par rapport à l'attrait de leurs conditions d'attribution de la carte bleue européenne, le Conseil d'Etat aurait privilégié un délai de validité étendu sur trois ans. Le Gouvernement a par contre renoncé au droit de fixer un quota maximal d'admission de ressortissants de pays tiers sur le territoire. Le Conseil d'Etat estime qu'il eût été prudent de prévoir dans le cadre de la transposition de la directive une disposition permettant de recourir à l'introduction d'un tel quota même si, dans les conditions actuelles, le recours à une telle mesure n'est pas à l'ordre du jour.

La Chambre de commerce s'est posé la question si la directive vise exclusivement les relations de travail. Le Conseil d'Etat partage l'approche des auteurs du projet de loi qui consiste à ne viser que les seules relations de travail.

Examen de l'article unique

Le projet de loi est formé par un article unique modifiant, sur 27 points, la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

1° Modification de l'article 12 (1), b): La modification intervient suite à l'adoption de la loi du 3 août 2010 portant modification de la loi du 9 juillet 2004 relative aux effets légaux de certains partenariats. Aux termes de l'article 4-1 introduit dans la loi du 9 juillet 2004 « Les partenaires ayant enregistré leur partenariat à l'étranger peuvent adresser une demande au Parquet général à des fins d'inscription au répertoire civil et dans un fichier visé par les articles 1126 et suivants du Nouveau Code de procédure civile, à condition que les deux parties remplissent à la date de la conclusion du partenariat à l'étranger les conditions prévues à l'article 4. Un règlement grand-ducal peut déterminer les formalités de la demande et des documents à joindre ». La modification proposée tient compte de ce changement législatif.

2° La modification proposée vise à inclure le partenaire non marié dans le cercle des membres de la famille du citoyen de l'Union pour autant qu'ils puissent prouver une relation durable. Si, au vu des développements figurant au projet de loi, le Conseil d'Etat n'entend pas s'opposer à cette mesure, il faut néanmoins espérer que l'élargissement très favorable du cercle des « membres de famille », dans l'interprétation telle que donnée par la Commission européenne, ne sera pas à la source d'abus qui risqueraient de contrecarrer la volonté clairement exprimée d'une immigration contrôlée.

En tout état de cause, l'examen du caractère durable d'une relation, de son intensité, de son ancienneté et de sa stabilité constituera une charge de travail administratif non négligeable et un exercice souvent aléatoire.

3° à 8° Sans observation.

9° L'article 35 énumère un certain nombre de catégories de personnes dont l'activité n'est pas soumise à autorisation de travail si elle est inférieure à trois mois par année civile. Dans ce contexte le projet de loi vise à remplacer le point b) du paragraphe 2 traitant des « artistes de théâtre et de revue » par « les intermittents du spectacle ».

Cette notion est définie dans la loi du 30 juillet 1999 concernant a) le statut de l'artiste professionnel indépendant et l'intermittent du spectacle b) la promotion de la création artistique.

Au vu du développement des activités artistiques et plus particulièrement cinématographiques au Luxembourg, cette expression couvre mieux les divers domaines d'activités visés.

10° Il est prévu d'ajouter à l'article 39(1) *in fine* la phrase: « Elle facilite la procédure en obtention d'un visa, s'il est requis ».

Selon le commentaire de l'article, l'ajout aurait été inclus dans le projet pour assurer une transposition quasi littérale de la directive, aux termes de laquelle les Etats sont tenus d'accorder « aux ressortissants de pays tiers toute facilité pour obtenir les visas exigés » (article 7.1, alinéa 2).

Cette disposition figure déjà dans le cadre réglementaire en vigueur.

11° Sans observation.

12° Ce point vise à transposer les dispositions relatives à l'emploi hautement qualifié et les définitions des diverses notions employées dans ce contexte.

La première condition exigée pour pouvoir bénéficier d'une autorisation de séjour aux fins d'exercer un emploi hautement qualifié est l'existence d'un contrat de travail valide. Les auteurs du projet n'ont dès lors pas souhaité autoriser le séjour à des demandeurs munis d'une simple offre ferme pour un emploi hautement qualifié, ce qui eût été aussi conforme à la directive.

Le Conseil d'Etat approuve ce choix dans la mesure où « l'offre ferme » est une notion imprécise, inexistante en droit social luxembourgeois, s'apparentant à une promesse d'embauche. Elle est censée indiquer les éléments essentiels du futur contrat mais, selon la jurisprudence française, il n'est pas impératif que tous les éléments essentiels du contrat y figurent pour qu'il s'agisse d'une véritable promesse d'embauche. Dès lors la porte serait ouverte à maintes difficultés d'interprétation. Le Conseil d'Etat estime qu'à une époque où les moyens de communication modernes permettent une transmission orale et écrite instantanée, point n'est besoin de se rencontrer de visu pour régler les détails d'un contrat. Faire déplacer un ressortissant d'un pays tiers dans l'Union européenne pour y discuter des modalités contractuelles définitives risque de générer des abus et des déceptions, ce qui n'est dans l'intérêt de personne. La flexibilité – argument invoqué par la Chambre de commerce – est de toute façon assurée dans la mesure où les parties sont libres de modifier à tout instant le contrat conclu à condition de respecter les prescrits légaux.

Selon le point 3 du nouvel article 45, paragraphe 1^{er}, la rémunération touchée par le ressortissant d'un pays tiers brigant un poste hautement qualifié est fixée par règlement grand-ducal. Le domaine couvert par la directive n'étant pas réservé par la Constitution à la loi, l'attribution de cette compétence à l'exécutif est permise. Le Conseil d'Etat propose de remplacer le terme « montant » par « seuil salarial ».

La directive exige que le salaire brut mensuel ou annuel convenu ne soit pas inférieur « à un seuil pertinent défini et rendu public à cette fin par les Etats membres, qui sera au moins égal à une fois et demi le salaire annuel brut moyen dans l'Etat membre concerné. » (article 5.3 de la directive). Dans la mesure où le salaire brut moyen luxembourgeois est relativement élevé, comparé aux pays voisins, cette disposition impérative de la directive constituera un désavantage majeur par rapport aux principaux pays concurrents directs.

Aux termes de l'article 5.5 de la directive il peut être dérogé au seuil fixé par l'article 5.3 « pour l'emploi dans les professions ayant un besoin particulier de travailleurs ressortissant de pays tiers et appartenant aux

principaux groupes 1 et 2 de la CITP⁵. ». Dans ces professions un seuil égal à 1,2 fois le salaire annuel brut moyen serait suffisant. Le commentaire des articles du projet de loi ne précise pas s'il est prévu de faire également fruit de cette disposition dans le cadre du règlement grand-ducal annoncé. Ceci résulte toutefois du tableau de concordance annexé au projet de loi qui indique que la disposition visée de la directive serait transposée par règlement grand-ducal.

Le paragraphe 4 établit la procédure selon laquelle le ministre examine la demande en obtention d'une carte bleue européenne.

A l'alinéa 3, il y a toutefois lieu de supprimer le bout de phrase « conformément à la loi modifiée du 7 novembre 1996 portant organisation des juridictions de l'ordre administratif », dans la mesure où il s'agit d'un simple rappel de la procédure de droit commun.

13° Ce point vise à introduire un nouvel article 45-1 dans la loi qui traite également de la carte bleue européenne.

Selon le paragraphe 1^{er}, le demandeur, ressortissant d'un pays tiers, doit préalablement apporter la preuve qu'il dispose d'un « logement approprié ». Le Conseil d'Etat note que l'exigence d'une preuve de l'existence préalable d'un logement approprié n'est pas prévue dans la directive, l'article 5.2. disposant seulement que les Etats membres peuvent exiger la preuve d'une adresse sur leur territoire. La preuve du logement approprié ne doit pas exister au jour de la délivrance de l'autorisation de séjour mais avant la remise de la carte bleue. Il estime par ailleurs que le revenu confortable servi au détenteur d'une carte bleue devrait constituer un élément suffisant permettant de présupposer son intérêt à se loger correctement sans qu'il soit besoin d'introduire sur ce point un contrôle administratif fastidieux. Si cette exigence était, dans l'esprit des auteurs du

⁵ La CITP (Classification Internationale Type des Professions) est opérée par l'OCDE et se présente comme suit:

Grands groupes de la CITP	Niveaux scolaires correspondants
1. Directeurs, cadres de direction et gérants	Premier cycle de l'enseignement supérieur (durée brève ou moyenne)
1.1. Directeurs généraux, cadres supérieurs	
1.2. Directeurs de services administratifs et commerciaux	
1.3. Directeurs et cadres de direction, production et services spécialisés	
1.4. Directeurs et gérants de l'hôtellerie, la restauration, le commerce et autres services	
2. Professions intellectuelles et scientifiques	Premier cycle de l'enseignement supérieur (durée moyenne)
2.1. Spécialistes des sciences et techniques	Deuxième cycle de l'enseignement supérieur (conduisant au titre de chercheur)
2.2. Spécialistes de la santé	
2.3. Spécialistes de l'enseignement	
2.4. Spécialistes en administration d'entreprises	
2.5. Spécialistes des technologies de l'information et des communications	
2.6. Spécialistes de la justice, des sciences sociales et de la culture	

projet, dictée par le souci d'éviter des séjours fictifs sur le territoire, ce but pourrait être atteint par le recours aux sanctions prévues aux articles 45-2, 50 et 141 de la loi.

Selon le paragraphe 2, la carte bleue est valable pour la durée de deux ans sinon pour la durée du contrat de travail plus trois mois. Elle est renouvelable sur demande, tant que les conditions d'obtention restent remplies. L'article 7.2 de la directive permet de fixer une durée de validité entre un an et quatre ans. Le Conseil d'Etat s'interroge sur les raisons qui ont amené le Gouvernement à retenir une durée de validité relativement courte. Il note que, si le législateur allemand a également opté pour une durée de validité de deux ans, le législateur français a fixé cette même période à trois ans, ce qui soulève la question de l'attractivité suffisante du dispositif législatif luxembourgeois par rapport aux conditions offertes dans d'autres Etats membres de l'Union.

Selon le paragraphe 4, le détenteur de la carte bleue bénéficie, après deux ans, de l'égalité de traitement avec les nationaux, sauf pour les emplois comportant une participation à l'exercice de la puissance publique. La directive européenne (articles 12.1, 12.3 et 12.4) aurait permis de continuer à cantonner le détenteur de la carte indéfiniment sur le même type d'activité. Le Conseil d'Etat approuve le choix du Gouvernement adoptant une ouverture très large du marché du travail.

14° Sans observation.

15° Ce point transpose fidèlement l'article 13 de la directive en ce qu'il est précisé que le chômage ne constitue pas en soi une raison justifiant le retrait de la carte bleue à condition toutefois que la durée du chômage soit inférieure à trois mois consécutifs et ne survienne plus d'une fois durant la période de validité de la carte.

Le Conseil d'Etat note que les auteurs du projet n'ont pas souhaité appliquer l'article 4(2) de la directive selon lequel les Etats peuvent adopter ou maintenir des dispositions plus favorables pour les détenteurs de la carte bleue en matière de chômage involontaire.

16° Ce point vise à introduire un nouvel article 45-4 dans la loi, transposant l'article 18 de la directive.

La directive prévoit en son article 18(1) qu'« après dix-huit mois de séjour légal dans le premier Etat membre en tant que titulaire d'une carte bleue européenne, l'intéressé et les membres de sa famille peuvent se rendre dans un autre Etat membre aux fins d'un emploi hautement qualifié, dans les conditions fixées au présent article ».

Le texte du projet de loi reprend cette disposition par un libellé quasiment identique. La nouvelle disposition relative à la liberté de circulation devrait toutefois être transposée en droit luxembourgeois de manière à assurer le respect de la libre circulation au bénéficiaire d'une carte bleue accordée par un autre Etat membre et devrait dès lors se lire comme suit:

« Un ressortissant d'un pays tiers détenteur d'une carte bleue accordée par un autre Etat membre (désigné « premier Etat membre »)

et les membres de sa famille peuvent s'installer sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, en tant que second Etat membre, aux fins d'un emploi hautement qualifié à condition d'avoir séjourné légalement pendant dix-huit mois dans le premier Etat membre. »

Les paragraphes 2 à 5 n'exigent pas d'observation particulière.

Selon l'article 19(4) de la directive, le deuxième Etat membre peut exiger du titulaire de la carte bleue une preuve comme quoi il « dispose d'un logement considéré comme normal pour une famille de taille comparable dans la même région ». Cette disposition paraît surprenante dès lors que cette exigence n'est pas prévue au moment de la délivrance de la carte bleue par le premier Etat membre. Les auteurs du projet de loi ont décidé de ne pas instaurer cette exigence et de renoncer à une nouvelle vérification des conditions de logement et de ressources.

17° Selon le nouveau paragraphe 2 de l'article 46, la carte bleue peut être retirée ou son renouvellement refusé lorsque le titulaire ne dispose pas de ressources suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et, le cas échéant, à ceux des membres de sa famille, sans recours au système d'aide sociale. Le Conseil d'Etat ne conçoit pas l'utilité de cette disposition au vu du seuil salarial prévu à l'article 45 pour se voir accorder une autorisation de séjour aux fins d'exercer un emploi hautement qualifié. Le bénéficiaire de la carte bleue qui ne remplirait plus les conditions de rémunération de la directive (1,5 fois le salaire annuel brut moyen) verrait de toute manière son titre retiré ou non renouvelé.

18° à 27° Ces articles transposent correctement les dispositions de la directive et n'exigent dès lors pas d'observation particulière.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 11 octobre 2011.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Georges Schroeder