Projet de loi

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 mars 2010 relative à un régime d'aides à la protection de l'environnement et l'utilisation rationnelle des ressources naturelles.**

Avis du Conseil d'Etat

(12 juin 2012)

Par dépêche du 13 février 2012, le Premier Ministre, Ministre d'Etat, soumit aux délibérations du Conseil d'Etat le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration.

Au projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire des articles, une fiche d'évaluation d'impact, une fiche financière, un tableau de transposition de 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, ainsi qu'un exemplaire de ladite directive.

En date du 29 mars 2012, le Conseil d'Etat fut saisi de l'avis de la Chambre des salariés, l'avis de la Chambre de commerce lui ayant été transmis le 4 avril 2012.

Par dépêche du 16 avril 2012, le Conseil d'Etat s'est vu transmettre trois amendements gouvernementaux au texte original du projet. Ces amendements sont motivés, selon les auteurs, par un arrêt de la Cour administrative du 15 mars 2012 (n° du rôle 29416 C) qui a confirmé l'annulation par un jugement antérieur du Tribunal administratif d'une décision du ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration refusant à un ressortissant de pays tiers la délivrance d'une autorisation de séjour en

qualité de travailleur salarié sur base de la priorité d'embauche dont bénéficient certains travailleurs en vertu des dispositions européennes ou nationales.

L'avis de la Chambre de commerce sur les amendements gouvernementaux du 16 avril 2012 est parvenu au Conseil d'Etat en date du 30 avril 2012.

Le Conseil d'Etat avisera dès lors le projet dans sa version amendée, figurant en tant que texte coordonné en annexe auxdits amendements.

Le projet de loi vise à 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.

Cette directive s'inscrit dans le cadre des efforts consentis par l'Union européenne pour réaliser une politique cohérente dans le domaine des migrations. Il est admis qu'un facteur déterminant encourageant l'immigration clandestine dans l'Union européenne est la perspective d'un emploi. Quelques employeurs peu scrupuleux sont tentés d'exploiter cette situation en ayant recours à cette main-d'œuvre docile, condamnée à vivre dans la clandestinité. Cette situation est inacceptable dans un Etat de droit. Elle constitue également un facteur de concurrence déloyale portant préjudice aux employeurs respectueux de la légalité.

La directive vise dès lors à réduire ce phénomène en proposant de réprimer plus sévèrement l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. La loi transposant la directive intervient sur plusieurs plans en responsabilisant plus efficacement l'ensemble des acteurs économiques par la mise en œuvre d'un arsenal de sanctions financières, administratives et pénales. Si, à ce jour, le recours à une main-d'œuvre séjournant illégalement sur le territoire est déjà sanctionné en droit luxembourgeois suite à l'adoption des articles 144 à 146 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, le projet de loi introduit des sanctions plus ciblées. L'objet de la directive, tel qu'il résulte par ailleurs de son énoncé, n'est pas de sanctionner les travailleurs en séjour irrégulier. Toute disposition en sens contraire serait clairement en opposition avec l'esprit de la norme européenne. Ces personnes sont considérées avant tout comme étant les victimes des manœuvres illégales de leurs employeurs. En effet, en disposant que le salarié en séjour irrégulier bénéficie d'une présomption d'emploi de trois mois, le salarié sera dorénavant mieux protégé. Sa position par rapport à son employeur est renforcée sans qu'il puisse pour autant tirer de sa situation de victime un quelconque droit au maintien de son séjour.

Dans ce contexte, il n'y a pas lieu d'évoquer un prétendu sentiment d'impunité dans le chef des salariés en séjour irrégulier qui échapperaient à une sanction pénale. Pareil argument révèle une méconnaissance des réalités socio-économiques. Par ailleurs, l'article 140 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration est maintenu en vigueur¹.

¹ Art. 140 : « L'étranger qui est entré ou a séjourné sur le territoire luxembourgeois sans satisfaire aux conditions légales ou qui s'y est maintenu au-delà de la durée autorisée ou qui ne se conforme pas aux conditions de son

Le Conseil d'Etat note que la directive aurait dû être transposée pour le 20 juillet 2011 soit plus de sept mois avant sa saisine. Par ailleurs, un avis motivé a été émis à l'égard du Luxembourg en date du 27 février 2012.

Observation préliminaire

Au point 8 de l'intitulé il y a lieu de citer correctement la loi du 18 février 2010 relative à un régime d'aides à la protection de l'environnement et à l'utilisation rationnelle des ressources naturelles.

Examen des articles

Article I, 1^o

Le Conseil d'Etat approuve l'introduction d'un nouveau du titre VII en trois chapitres, à savoir:

« Chapitre 1^{er}: Interdiction du travail clandestin

Chapitre 2: Interdiction de l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier

Chapitre 3: Dispositions communes ».

Toutefois, dans la mesure où l'intention des auteurs n'est pas d'apporter des modifications au contenu des dispositions du Code du travail relatives au travail clandestin, la reprise desdites dispositions inchangées dans un nouveau projet de loi est contraire aux règles légistiques. Le libellé du projet de loi ne permet pas de déceler en quoi les dispositions en vigueur auraient subi des changements par rapport à la loi en vigueur. Le projet de loi devrait dès lors se limiter à préciser les modifications à intervenir au seul niveau de la numérotation des articles, à savoir notamment:

- que les dispositions des articles L. 571-1 à L. 571-5 actuels figureront dorénavant sous un chapitre 1^{er} sous le titre VII du livre V du Code du travail;
- que l'article L. 571-6 reprend les deux premiers alinéas de l'article L. 571-9, le troisième alinéa de cet article figurant au chapitre 3 nouveau relatif aux dispositions communes sous l'article L. 573-4;
- que les articles L. 573-1 à L. 573-3 du projet reproduisent les articles L. 571-6 à L. 571-8 actuels du Code du travail;
- que l'article L. 573-5 reprend le libellé de l'actuel article L. 571-11.

Article L. 571-1 et L. 571-2

Ces articles reprennent les dispositions figurant actuellement au Code du travail. La référence à l'article 1^{er} de la loi modifiée du 28 décembre 1988 réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales est toutefois à remplacer par la même référence à l'article 1^{er} de la loi du 2 septembre 2011

autorisation est puni d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251.-€ à 1.250.-€ ou d'une de ces peines seulement.

Est puni des mêmes peines, le travailleur étranger qui occupe un emploi sans y être autorisé ou en dehors des limites et des conditions de son autorisation. »

réglementant l'accès aux professions d'artisan, de commerçant, d'industriel ainsi qu'à certaines professions libérales. (Mémorial A n° 198 du 22 septembre 2011). Les renvois étant cependant toujours dynamiques, il aurait pu être procédé à ce changement sans procéder par une modification formelle de la disposition en question. Le simple fait de l'adoption de la loi du 2 septembre 2011 abrogeant le dispositif légal antérieur aurait dû entraîner la modification du renvoi dans le Code du travail.

La même observation vaut pour l'article L. 571-6.

Article L. 571-3

Sans observation.

Article L. 571-4

Cet article reprend l'actuel article L. 571-4.

La sanction y prévue ne pourra s'appliquer qu'en cas de condamnation pénale ou dans l'hypothèse d'une transaction selon les termes de l'article L. 571-7.

Article L. 571-5

Sans observation.

Article L. 571-6

Cet article reprend les deux premiers alinéas de l'actuel article L. 571-9.

Il y a lieu de remplacer la référence à l'article 22 de la loi modifiée de 1988 par un renvoi à l'article 39 (3) de la loi du 2 septembre 2011 précitée.

Article L. 571-7

Dans la première phrase de l'article, il y a lieu de remplacer la lettre initiale majuscule du terme « Autorisations d'établissement » par un « a » minuscule (« autorisations d'établissement »).

Cet article reprend les dispositions de l'article L. 571-10 du Code du travail.

Article L. 572-1

Cet article interdit l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Il ne vise dès lors pas l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour régulier et les frontaliers ressortissants de pays tiers en séjour régulier dans un autre Etat membre de l'Union, qui ne disposeraient pas d'une autorisation de travail valable au Luxembourg. Ces dernières situations tomberont à l'avenir, tout au plus, sous l'application des dispositions figurant au chapitre 1^{er} du titre VII, traitant du travail clandestin alors que, selon l'article VI, 5° du projet sous avis, l'article 144 de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration est abrogé. Cette disposition est partant en contradiction avec l'article 140 de la loi modifiée

du 29 août 2008 qui maintient la sanction pénale à l'encontre du seul travailleur étranger en séjour régulier qui occupe un emploi sans y être autorisé ou en dehors des limites et des conditions de son autorisation. Il y aurait dès lors lieu de procéder également à l'abrogation de l'alinéa 2 de l'article 140 précité pour maintenir une approche cohérente.

Article L. 572-2

Cet article reprend les définitions figurant à l'article 2 de la directive. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation particulière à formuler.

Article L. 572-3

Le paragraphe 1^{er} transpose l'article 4 de la directive et impose certaines obligations à tout employeur ayant engagé un ressortissant de pays tiers. L'employeur est tenu de vérifier préalablement à tout engagement si le ressortissant de pays tiers dispose d'une autorisation de séjour valable pendant la durée de la période d'emploi. Il est également tenu d'informer le ministre ayant l'Immigration dans ses attributions du début de la période d'emploi, et ce dans les trois jours à compter du premier jour de travail.

Cette disposition est introduite pour permettre aux autorités des Etats membres de détecter des documents falsifiés.

Selon le paragraphe 3, le respect des obligations figurant au paragraphe 1^{er} exonère l'employeur de toute responsabilité en cas d'existence d'un éventuel faux non facilement décelable.

Aux termes du paragraphe 4, l'entrepreneur, qui a pour sous-traitant direct l'employeur d'un ressortissant de pays tiers, est tenu également de vérifier que cet employeur s'est conformé aux exigences énumérées au paragraphe 1^{er}. Cette disposition se justifie dans la mesure où, dans certains secteurs tel que le bâtiment, le recours à la sous-traitance est la règle. Cette disposition sera toutefois difficile à mettre en œuvre.

Article L. 572-4

L'alinéa 1^{er} de l'article L. 572-4 prévoit une peine de prison de huit jours à un an et une amende de 251 à 20.000 euros pour tout employeur qui aura employé un ressortissant d'un pays tiers non muni d'une autorisation de séjour ou d'un titre de séjour.

Le Conseil d'Etat propose de remplacer cette dernière expression par celle figurant au point 2 de l'article L. 572-2 (« ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier »).

Il note par ailleurs que, contrairement à l'exposé des motifs, cet alinéa ne reproduit pas entièrement le libellé de l'article 144 de la loi précitée du 29 août 2008. En effet, la nouvelle disposition ne sanctionne plus pénalement l'employeur d'un ressortissant de pays tiers en séjour régulier – au Luxembourg ou dans un pays voisin – non muni d'une autorisation de travail. Il est renvoyé dans ce contexte aux observations à l'endroit de l'article L. 572-1.

A l'alinéa 2, le projet de loi introduit cinq circonstances aggravantes:

1. L'infraction est 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.

La Chambre de commerce souligne à juste titre que la directive n'exige l'introduction d'une sanction pénale que dans ces cinq cas de figure. Or, dans la mesure où le libellé de l'alinéa 1^{er} figure déjà dans notre cadre législatif, la réduction de la sanction pénale aux seules situations visées par la directive constituerait un changement législatif *in mitius*. Les auteurs du projet ne semblent pas avoir voulu s'engager dans cette voie. Certains pénalistes avaient pourtant salué la possibilité offerte par la directive de réprimer l'emploi illégal « simple » par des sanctions administratives exclusivement en limitant le recours aux sanctions pénales à des infractions commises dans les circonstances visées à l'article 9, paragraphe 1^{er} de la directive 2009/52/CE. Cette approche constitue une application du principe de nécessité qui dérive du principe de proportionnalité en matière pénale. Le recours à des sanctions administratives en cas d'emploi d'un ressortissant de pays tiers en situation irrégulière, en dehors des circonstances aggravantes, a l'avantage d'une plus grande flexibilité. La directive, en ce qu'elle dispose que seules les infractions visées à l'article 9 pourront être sanctionnées pénalement, exige clairement l'instauration d'un système de sanctions administratives pour les infractions moins graves ne rentrant pas dans ces catégories. Ce système permettra de respecter l'article 5, paragraphe 2, point a) de la directive 2009/52/CE en instituant une amende augmentée en fonction du nombre de ressortissants de pays tiers en situation irrégulière employés, ainsi que l'article 8 de la même directive prévoyant une solidarité financière entre l'employeur sous-traitant et l'entrepreneur principal. Dans la mesure où cette disposition n'est pas transposée correctement, le Conseil d'Etat insiste sous peine d'opposition formelle à voir introduire le système des sanctions administratives, en dehors des cinq cas visés à l'article 9 de la directive et pour lesquels une sanction pénale est exigée. Il y a partant lieu de convertir les sanctions pénales existantes en sanctions administratives.

Par ailleurs, il appartiendra aux auteurs du projet de loi de désigner l'autorité administrative compétente pour prononcer les sanctions administratives.

L'alinéa 2 deviendra l'alinéa unique.

Article L. 572-5

Dans la phrase introductive de cet article, il y a également lieu de remplacer l'expression « ressortissant de pays tiers non muni d'une autorisation de séjour ou d'un titre de séjour » par « ressortissant d'un pays tiers en situation irrégulière ».

Le début de la première phrase du point 1^o est à libeller comme suit:

« 1°. A ce ressortissant la rémunération telle que définie à l'article L. 572-2, point 9. (...) ».

D'après la deuxième phrase de ce point 1°, « les ressortissants y visés sont systématiquement et objectivement informés des droits qui leur sont conférés par la disposition qui précède avant l'exécution de toute décision de retour ».

Selon le tableau de transposition ce passage est censé transposer l'article 6, paragraphe 2, de la directive. Il remplace également l'article 146 de la loi précitée du 29 août 2008, qui sera abrogé à l'article VI, point 5° du projet de loi sous avis.

Le Conseil d'Etat note que cette transposition est imparfaite. La directive impose en effet aux Etats membres de mettre en œuvre « des mécanismes visant à assurer que les ressortissants de pays tiers illégalement employés puissent introduire un recours ou faire exécuter un jugement à l'encontre de l'employeur pour tout salaire impayé. »

Aucun mécanisme au sens de la directive n'est institué par le projet. Pour autant que le « mécanisme » censé répondre aux exigences de la directive est constitué par l'Inspection du travail et des mines, ci-après l'« ITM » – dont les effectifs sont simultanément renforcés dans le cadre du présent projet de loi – le Conseil d'Etat insiste, sous peine d'opposition formelle pour transposition incomplète de la directive, à préciser ce mécanisme dans le projet de loi sous avis. Une simple information – fut-elle systématique et objective – sur les droits ne répond pas aux prescrits de la directive.

En l'absence de procédure permettant à l'ITM de recouvrer les salaires impayés en lieu et place du salarié, mécanisme existant notamment en France², une solution pourrait consister à insérer à l'article L. 611-1 du Code du travail une compétence particulière.

Un tel mécanisme tiendrait compte des exigences de l'article 6 aux paragraphes 2, alinéa 1^{er} et 4, ensemble avec le considérant 16 de la directive. Cette solution aurait toutefois l'inconvénient de nécessiter la mise en place d'une procédure entièrement nouvelle. Une solution alternative et moins complexe consisterait à modifier l'article 37-1, paragraphe 1^{er} de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat. Il suffirait de préciser à l'alinéa 4 de ce paragraphe que le bénéfice de l'assistance judiciaire peut être étendu à tout ressortissant étranger dont les ressources sont insuffisantes, en dehors des procédures en matière d'asile, d'accès au territoire, de séjour, d'établissement ou d'éloignement des étrangers actuellement mentionnés dans ledit article, aux procédures nécessaires en vue du recouvrement des rémunérations dues en application de l'article L. 572-5 du Code du travail. Le libellé actuel dudit article exclut en effet de son bénéfice le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier. Afin de ne pas laisser les frais d'avocats à charge de la collectivité, il y aurait lieu d'ajouter une disposition à l'article L. 572-5, point 2 mettant les frais à

² L'article L. 8252-4 du Code du travail français, créé par l'article 77 de la loi du 16 juin 2011, dispose que lorsque l'étranger sera placé en centre de rétention ou reconduit vers son pays d'origine, il est prévu que l'OFII - Office français de l'Immigration et de l'Intégration – se charge pour lui de recouvrer les sommes dues au titre de l'article L.8252-2 du même Code. Cette disposition légale n'est toutefois pas encore entrée en vigueur, en l'absence des décrets d'application.

charge de l'employeur. Le point 2, complété *in fine*, se lirait dès lors comme suit: « (...) ainsi que les frais de justice et les honoraires d'avocats. » L'information systématique et objective fournie par l'ITM devrait bien évidemment inclure la possibilité d'un recours à l'assistance judiciaire gratuite.

Le Conseil d'Etat note que les auteurs ont omis de transposer l'article 6, paragraphe 1^{er}, point c) de la directive qui fait obligation aux Etats membres de mettre à charge des employeurs fautifs au sens de l'article L. 572-3, paragraphes 1^{er} et 3, la prise en charge (« le cas échéant ») de tous frais résultant de l'envoi des rémunérations impayés dans le pays dans lequel est rentré ou à été renvoyé le ressortissant de pays tiers. Le Conseil d'Etat doit insister, sous peine d'opposition formelle pour transposition incomplète de la directive, que ladite disposition soit reprise au projet de loi sous examen.

La question se pose si le ressortissant d'un pays tiers en séjour irrégulier, employé sur base d'un titre de séjour qui s'est révélé être un faux, peut légalement faire fruit de l'article L. 572-5.

Dans la mesure où le libellé de l'article n'exclut pas ce travailleur du bénéfice de la disposition légale, la réponse doit être affirmative. A signaler que la jurisprudence française récente évolue dans le même sens (voir Cour d'Appel de Paris, Pôle 6, Ch.4, 13.12.2011, n° 09/10076, cité par la Revue de droit du travail 2011, page 717).

Article L. 572-6

Aux termes de cet article, transposant l'article 6, paragraphe 1^{er}, point c) de la directive, l'employeur ayant employé un ressortissant de pays tiers en séjour irrégulier est tenu au paiement des frais de retour de ce ressortissant, dans les cas où une procédure de retour est engagée.

Bien entendu cette disposition ne pourra s'appliquer que dans les hypothèses où l'employeur n'a pas respecté l'obligation figurant à l'article L. 572-3, paragraphe 1^{er}. Ceci découle du libellé de l'article L. 572-3, paragraphe 3.

Le Conseil d'Etat suppose qu'à défaut d'autres précisions dans la loi, la récupération des frais exposés sera effectuée par l'Administration de l'enregistrement selon la procédure de droit commun. Il appartiendra, le cas échéant, au Gouvernement d'adopter un règlement grand-ducal sur ce point.

Le Conseil d'Etat estime qu'il serait utile de préciser la procédure dans la loi pour éviter que la disposition nouvelle ne reste lettre morte.

Article L. 572-7

Selon le libellé de cet article – censé transposer l'article 7, paragraphe 1^{er}, point d) de la directive – l'employeur « peut » encourir une peine d'interdiction d'une durée maximale de trois ans d'exercer l'activité professionnelle ou sociale qui a servi directement ou indirectement à commettre l'infraction ou même la fermeture temporaire pour une durée maximale de cinq ans ou définitive de l'entreprise ou de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction.

Le texte ne précise pas quelle instance ou juridiction est compétente pour prononcer ladite sanction aux conséquences graves. Il ne saurait toutefois être permis à une autorité administrative de décider selon son bon vouloir de l'application d'une telle mesure. Au vu de la structure actuelle du texte, il est permis de douter de l'intention des auteurs alors que l'article 146 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration énonçait clairement cette disposition au titre d'une peine accessoire.

Aux yeux du Conseil d'Etat, il ne peut dès lors s'agir que de la juridiction pénale appelée à statuer sur l'une des infractions énoncées à l'article L. 572-4 du Code du travail. Il y a lieu de préciser, sous peine d'opposition formelle, que lesdites sanctions peuvent être prononcées au titre de peines pénales accessoires.

L'article L. 572-7 devra dès lors être soit intégré dans l'article L. 572-4, soit être situé à la suite dudit article.

Article L. 572-8

Cet article qui transpose l'article 6, paragraphe 3 de la directive constitue une disposition essentielle et innovante en ce qu'il est créé une présomption – réfragable - d'antériorité d'emploi d'une durée de trois mois en cas de créance salariale impayée.

Le terme « notamment » employé dans ce contexte ne donne pas de sens. Dans la mesure où il figure toutefois également dans la directive, le Conseil d'Etat n'entend pas s'y opposer.

Article L. 572-9

Cet article tient compte du fait que les travailleurs en séjour irrégulier sont fréquemment employés par des entreprises travaillant en sous-traitance. Les entreprises ayant recours à des sous-traitants ne sont évidemment tenus de cette obligation solidaire que dans la mesure où ils savaient ou qu'ils ne pouvaient ignorer que l'employeur sous-traitant avait recours à des employés ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. Cette solidarité ne saurait exister pour les amendes pénales.

Chapitre III

Le chapitre 3 du projet inclut des dispositions communes à la législation sur le travail clandestin et l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

Art. L. 573-1 à L. 573-3

Ces dispositions reprennent les articles L. 571-6 à L. 571-8 du Code du travail en les rendant toutefois aussi applicables aux dispositions du chapitre II traitant des ressortissants de pays tiers en situation irrégulière. A l'alinéa 2 de l'article L. 573-1 il y a lieu d'écrire le terme « Autorisation » avec une lettre « a » initiale minuscule.

Art. L. 573-5

Cet article reprend l'actuel article L.571-11 du Code du travail en étendant également son application aux dispositions du chapitre II. Au paragraphe 4 et au paragraphe 5, il y a lieu de remplacer les termes « chambre des mises en accusation » chaque fois par « Chambre du conseil de la Cour d'appel ».

Article I, 2°

Ce point introduit une attribution nouvelle à l'ITM sous l'article L. 611-1 dans le cadre de la transposition de l'article 14 de la directive. Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler, sauf à biffer le dernier alinéa du point 2. Quant au point f), il y a lieu de le supprimer alors que l'article L. 612-1 donne déjà cette compétence, de manière générale, à l'ITM.

Articles I, 3° et I, 4°

Sans observation.

Article I, 5°

Dans le cadre des amendements gouvernementaux du 16 avril 2012 il est proposé d'insérer un nouvel alinéa 1^{er} à l'article L. 622-4 paragraphe 4 afin de préciser clairement les catégories de personnes devant bénéficier d'une priorité d'embauche par rapport à un ressortissant d'un pays tiers. Cet amendement intervient à la suite d'un arrêt de la Cour administrative du 15 mars 2012 confirmant un jugement antérieur ayant dénié l'existence d'une disposition légale accordant un droit de priorité à l'emploi découlant du droit de l'Union européenne.

L'amendement vise à consacrer un tel droit en l'introduisant formellement dans la loi nationale. Dans la mesure où l'amendement ne fait que préciser une interprétation administrative admise depuis des décennies et qui est rationnellement justifiée, le Conseil d'Etat approuve le libellé proposé.

Article I, 6°

Le Conseil d'Etat approuve le redressement de l'erreur matérielle au point 39 de l'article L. 631-2 (1) du Code du travail.

Article II

Sans observation.

Articles III à V, VII et VIII

Ces articles transposent l'article 7, paragraphe 1^{er}, point a) de la directive. Les entreprises condamnées à au moins deux reprises pour contravention aux dispositions interdisant le travail clandestin ou aux dispositions interdisant l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier, au cours des deux dernières années précédant le jugement de la

juridiction compétente, sont exclues du bénéfice de certaines prestations, aides ou subventions. Le Conseil d'Etat note que ces dispositions nouvelles ne constituent pas des sanctions administratives au sens courant du terme. Le simple fait de l'intervention des deux condamnations endéans le délai indiqué (deux ans) déclenchera automatiquement l'exclusion des entreprises visées des aides prévues dans les diverses lois mentionnées audit article. Le ministre en charge ou l'administration ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation. Le Conseil d'Etat approuve les dispositions en question. Il estime toutefois qu'il est nécessaire de reformuler ces articles en tenant compte des observations à l'endroit de l'article L. 572-4 du Code du travail et propose d'appliquer ces sanctions dans l'hypothèse où au moins 2 sanctions administratives ou pénales interviendraient dans le délai fixé. Il y a lieu de veiller à ce que les condamnations prononcées soient effectivement portées à la connaissance des services concernés. A cette fin il y aura lieu de prévoir un mécanisme d'information en instituant, à charge du Procureur général, une obligation d'informer. Pareille mesure n'est pas prévue au texte. Par ailleurs, le Conseil d'Etat estime que, pour être réellement dissuasif, le délai de deux ans figurant au projet devrait être étendu à au moins quatre ans alors que, eu égard au délai des procédures, l'entreprise concernée par cette mesure pourrait trop aisément agir par des procédures dilatoires en vue d'éviter l'intervention de deux condamnations ou sanctions administratives endéans un délai de deux ans. A signaler que la directive prévoit un délai maximal de 5 ans.

Par ailleurs, il y a lieu de redresser une erreur matérielle et de citer correctement 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 à l'endroit de l'article VIII du projet de loi sous avis.

Article VI, 1° à 3°

Cet article regroupe les modifications apportées à la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

Le Conseil d'Etat n'a pas d'observation à formuler.

Article VI, 4°

Ce point transpose l'article 13, paragraphe 4 de la directive et précise les conditions dans lesquelles des personnes victimes d'une infraction à l'interdiction de l'emploi illégal de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier peuvent se voir délivrer une autorisation de séjour. Cette possibilité sera limitée aux personnes mineures et à ceux employés dans des conditions particulièrement abusives.

Article VI, 5°

Il est prévu d'abroger l'article 137 de la loi. L'intervention de l'ITM dans les domaines couverts par le titre VII nouveau du Code du travail sera dorénavant régie par l'article L. 573-1 dudit Code. Le Conseil d'Etat se pose toutefois la question de savoir qui procédera à l'avenir au contrôle des autorisations de travail des frontaliers ou des ressortissants d'autres pays bénéficiant d'une autorisation de séjour et dont la situation n'est pas visée par le projet sous avis.

En abrogeant dans la loi de 2008 la disposition impliquant l'ITM dans les mesures de contrôle en matière de libre circulation, l'intervention de l'ITM est plus clairement recadrée dans ses compétences figurant à l'article L. 612-1, paragraphe 1^{er} tel qu'il sera modifié dans le cadre du projet sous avis. Le but est de ne plus percevoir l'ITM prioritairement comme organe de lutte contre les ressortissants de pays tiers en situation irrégulière mais comme instance veillant à l'application de la législation en matière de conditions de travail et de protection des salariés, dans l'intérêt de ces derniers.

Le Conseil d'Etat peut souscrire à ce changement, même s'il doute que ce changement légal puisse produire des incidences concrètes sur l'activité de l'ITM. La recherche et la constatation des infractions à l'interdiction de l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier aura toujours également et nécessairement des conséquences sur la relation de travail illégale tant dans le chef de l'employeur que dans le chef du salarié.

Article VI, 6° et 7°

Sans observation.

Article VI, 8°

Le Conseil d'Etat prend acte de la suppression projetée de la commission consultative pour étrangers. Il ne s'oppose pas à cette suppression dans la mesure où l'existence de cette commission se justifiait avant la création des juridictions administratives.

Article IX

Le Conseil d'Etat note que le Gouvernement entend se faire autoriser à engager cinq fonctionnaires supplémentaires pour permettre à l'ITM d'assumer les missions qui lui sont dévolues dans le cadre du projet sous avis.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 12 juin 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président ff.,

s. Victor Gillen