

Projet de loi

portant modification:

- 1) **du Code du travail;**
- 2) **du Code pénal;**
- 3) **de la loi modifiée du 10 août 1991 sur la profession d'avocat;**
- 4) **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;**
- 5) **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;**
- 6) **de la loi du 15 juillet 2008 relative au développement économique régional;**
- 7) **de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration;**
- 8) **de la loi du 5 juin 2009 relative à la promotion de la recherche, du développement et de l'innovation;**
- 9) **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.**

Avis complémentaire du Conseil d'Etat

(27 novembre 2012)

Par dépêche du 24 octobre 2012, le Président de la Chambre des députés a transmis au Conseil d'Etat une série de douze amendements au texte original du projet de loi tel que modifié par trois amendements gouvernementaux transmis le 16 avril 2012.

Le texte des amendements était accompagné d'un commentaire et d'un texte coordonné du projet amendé.

Le Conseil d'Etat constate que la commission parlementaire a fait droit à la plupart de ses propositions et suggestions et qu'elle a donné notamment une suite favorable aux oppositions formelles émises par le Conseil d'Etat dans son avis du 12 juin 2012 relatif au projet de loi sous examen.

Examen des amendements

Amendement 1

Sans observation.

Amendement 2

La commission parlementaire a suivi le Conseil d'Etat en introduisant des sanctions administratives en dehors des cinq cas visés à l'article 9 de la directive et pour lesquels une sanction pénale est exigée.

Toutefois, les auteurs proposent d'introduire un alinéa 3 à l'article L. 572-4 du Code du travail aux termes duquel: « Un recours contre la décision du ministre est ouvert devant le tribunal administratif ». Il y a lieu de supprimer cet alinéa dans la mesure où le recours en annulation devant le tribunal administratif est régi par le droit commun, à moins que l'intention des auteurs n'ait été d'introduire un recours en réformation.

Or, un recours en réformation ne paraît pas exigé eu égard à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (arrêt *Segame S.A. c/ France* du 7 juin 2012). Un recours en réformation ne se conçoit que dans l'hypothèse où il serait décidé, contrairement au libellé actuel, d'introduire également les sanctions accessoires figurant à l'article 7.1 de la directive (article L. 572-5 nouveau du Code du travail) dans le cadre des sanctions administratives régies par l'article L. 572-4 nouveau.

Si, dans le cadre d'un recours en annulation, le juge administratif ne peut certes pas apprécier les faits, son contrôle porte néanmoins sur leur exactitude matérielle. Dans ce cadre, le juge administratif peut également relever une éventuelle erreur d'appréciation manifeste. « Le pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'administration trouve sa limite lorsqu'il est exercé de manière déraisonnable » (ordonnance présidentielle du Président du tribunal administratif n° 17147 du 20 novembre 2003).

Le recours en annulation de droit commun est dès lors amplement suffisant et l'alinéa 3 est à omettre.

Amendement 3

Cet amendement tient compte de l'opposition formelle du Conseil d'Etat qui avait critiqué la transposition incomplète de la directive dans le projet de loi.

Amendements 4 à 8

Sans observation.

Amendement 9

Selon le libellé de l'amendement, l'Inspection du travail et des mines (ITM) est tenue de communiquer chaque année au ministre ayant le Travail dans ses attributions le nombre d'inspections réalisées par elle au cours de l'année précédente ainsi que le résultat, et ceci tant en chiffres absolus qu'en pourcentage des employeurs pour chaque secteur identifié sur base de l'analyse des risques.

Dans son avis du 12 juin 2012, le Conseil d'Etat avait proposé d'omettre l'alinéa final de l'article I, 2°, sous f). Selon l'article 14, paragraphe 2, alinéa 2 de la directive, les Etats membres sont tenus de communiquer chaque année ces données à la Commission européenne.

Cette disposition ne doit toutefois pas figurer dans la loi dans la mesure où il s'agit d'une obligation exclusivement à charge de l'Etat.

Le libellé de l'amendement ne donne pas de sens. En effet, l'Etat est tenu de communiquer « toutes les inspections » réalisées au cours de l'année dans les secteurs d'activité dans lesquels se concentre l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier sur le territoire. Or, l'ITM n'est qu'une parmi quatre instances chargées de procéder, selon l'article 137 de la loi modifiée du 29 août 2008 et l'article L. 573-1 du Code du travail, à ces inspections.

Il serait dès lors pour le moins indiqué d'imposer la même obligation aux trois autres corps. Par ailleurs, et dans la mesure où les données ainsi communiquées au ministre doivent être réunies dans un seul document à transmettre à la Commission, le ministre est certainement mieux outillé pour établir les statistiques réclamées par celle-ci. Le Conseil d'Etat propose dès lors d'omettre l'amendement.

Amendement 10

Cet amendement fait suite à l'observation du Conseil d'Etat ayant insisté sur l'institution d'un mécanisme d'information en imposant au procureur d'Etat une obligation d'informer les services du ministère concerné de toute condamnation. Dans ce contexte, le Conseil d'Etat propose de remplacer aux articles IV à VI, VIII et IX, dans les alinéas 1^{ers} respectifs des nouvelles dispositions, les termes « les entreprises » par « les employeurs ».

En effet, aux termes de l'article L. 572-2 nouveau, l'employeur se définit comme « toute personne physique ou morale, telle que définie par l'article L. 611-2, point 2, y compris les entreprises de travail intérimaire ».

Aux termes de l'article L. 611-2, point 2, l'employeur se définit comme étant « toute personne physique ou morale qui est titulaire de la relation de travail avec le salarié et qui a la responsabilité de l'entreprise ou de l'établissement ».

Dans la mesure où le droit pénal s'applique tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, mais non pas aux « entreprises », terme inapproprié en droit pénal, cette adaptation paraît nécessaire.

La commission parlementaire propose par ailleurs de compléter chacune des dispositions modificatives figurant dans les articles précités chaque fois par un alinéa final nouveau afin d'instituer un mécanisme d'information à charge du Procureur général d'Etat. Le Conseil d'Etat est toutefois d'avis qu'il serait plus logique de faire figurer cette obligation d'information non pas dans chacune des lois citées dans le contexte de ces amendements mais d'insérer les modalités de l'obligation d'information dans une disposition unique qui devrait figurer en tant qu'alinéa 2 à l'article L. 572-5 nouveau (ancien article L. 572-4) du Code du travail.

Cet alinéa serait libellé comme suit:

« Le Procureur général d'Etat informe les ministres ayant respectivement l'Economie, les Classes moyennes, la Recherche et les Finances dans leurs attributions des condamnations prononcées contre les employeurs pour infraction aux dispositions interdisant le travail clandestin et l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier. »

Les alinéas 2 nouveaux proposés à l'endroit des articles IV, V, VI, VIII et IX pourraient ainsi être omis.

Amendement 11

Cet amendement vise à modifier l'article 137 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration alors que le projet de loi initial prévoyait l'abrogation pure et simple de cette disposition.

Selon le libellé proposé, tous les agents de contrôle visés à l'article L. 573-1 du Code du travail seraient désormais compétents pour procéder sur le lieu de travail à des contrôles relatifs à l'observation des dispositions du Code du travail en relation avec l'autorisation de travail des étrangers.

Sont dès lors visés, à part les membres de l'ITM, les officiers et agents de la Police grand-ducale, les agents des Douanes et accises à partir du grade de brigadier principal, et les fonctionnaires, à partir du grade de commis adjoint, du département délivrant les autorisations d'établissement dûment mandatés à cet effet par le ministre du ressort.

Le Conseil d'Etat s'interroge si cette compétence conjointe accordée à quatre corps différents est de nature à assurer une simplification administrative et une intervention efficace dans l'intérêt de la mission ainsi confiée tant dans le contexte de l'article L. 573-1 du Code du travail que de l'article 137 de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

La question s'est posée également si le fait de confier à l'ITM des missions dans le cadre de la loi sur la libre circulation des personnes et

l'immigration, et dès lors des missions de police des étrangers, est compatible avec la Convention n° 81 sur l'inspection du travail de 1947 de l'Organisation internationale du travail, et notamment à ses articles 3, 6 et 17.

Or, selon le libellé proposé dans la nouvelle mouture de l'article 137 de la loi susmentionnée du 29 août 2008, l'intervention de l'ITM est cantonnée aux « contrôles relatifs à l'observation des dispositions du Code du travail en relation avec l'autorisation de travail des étrangers ». Le rattachement de la mission aux dispositions protectrices d'ordre public du Code du travail est ainsi désormais clairement mis en évidence.

Le Conseil d'Etat estime que le fait d'employer des salariés de pays tiers en situation irrégulière, souvent dépourvus de toute protection sociale, constitue nécessairement une atteinte grave aux droits sociaux de ces personnes. Le rôle de l'ITM ne se réduit pas à une mission répressive. L'ITM est au contraire le seul intervenant chargé de veiller, de par ses missions générales, prioritairement aux intérêts des salariés en situation irrégulière, victimes des agissements d'employeurs ayant recours à leurs services.

Le recrutement de personnes en vue de l'exploitation de leur travail forcé ou dans des conditions contraires à la dignité humaine constitue une infraction qui, aux termes des articles 382-1, (1) et (2), et 382-2(1) du Code pénal, peut être puni jusqu'à une peine de réclusion de cinq ans à dix ans et d'une amende de 50.000 à 100.000 euros.

Le Conseil d'Etat note encore que, conformément à l'article final du projet initial, l'ITM se voit autorisée à procéder exceptionnellement, par dérogation à l'article 10 de la loi du 16 décembre 2011 concernant le budget des recettes et des dépenses de l'Etat pour l'exercice 2012, à l'engagement supplémentaire de cinq fonctionnaires pour assurer précisément « la surveillance de l'interdiction de l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier ».

L'ITM est ainsi le seul service parmi les quatre visés à l'article 137 de la loi du 29 août 2008 à voir ses effectifs renforcés de manière significative pour assurer les missions dévolues par l'article 137 nouveau et l'article L. 573-1 du Code du travail. Le Conseil d'Etat approuve cet amendement.

Amendement 12

Sans observation.

Ainsi délibéré en séance plénière, le 27 novembre 2012.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen