



CHAMBRE DES SALARIES
LUXEMBOURG

11 octobre 2011

AVIS I/51/2011

relatif au projet de loi modifiant la loi modifiée du 29 août
2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration

..... AVIS

Par lettre en date du 22 juin, Monsieur Nicolas Schmit, ministre du Travail, de l'Emploi et de l'Immigration a soumis le projet de loi sous rubrique à l'avis de la Chambre des salariés (CSL).

1. Le présent projet de loi vise principalement à transposer en droit national 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 ». La directive vise à faciliter la migration des travailleurs hautement qualifiés ressortissant de pays tiers en harmonisant leurs conditions d'entrée et de séjour et en simplifiant les procédures d'admission afin de favoriser leur mobilité au sein de l'UE. A l'instar de la « *green card* » américaine, elle crée une « carte bleue européenne » et définit ses conditions d'obtention et les droits de séjour dans l'Etat membre qui a délivré la carte, ainsi que dans les autres Etats membres. Le but de la directive consiste à renforcer les capacités de l'Union européenne à attirer les ressortissants de pays tiers hautement qualifiés sur le territoire des Etats membres et à favoriser leur mobilité dans l'Union européenne. La facilitation prévue par la directive pour le regroupement familial constitue un atout indéniable du dispositif proposé.

2. La transposition de la directive ne bouleversera pas fondamentalement notre droit interne. La loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration a déjà mis en place un dispositif souple pour faciliter le recrutement de ressortissants de pays tiers hautement qualifiés. Le texte actuel permet d'ores et déjà le recrutement de travailleurs hautement qualifiés sans qu'ils soient soumis à la procédure habituelle des travailleurs salariés qui consiste à vérifier la priorité d'embauche et de soumettre la demande à un examen de la commission consultative pour travailleurs salariés. Outre la célérité du traitement des demandes rendue possible par la simplification de la procédure, les travailleurs hautement qualifiés sont d'ores et déjà autorisés à se faire accompagner ou se faire rejoindre par les membres de leur famille nucléaire sans être soumis à une condition de durée de la résidence. Aussi, peut-on constater que le dispositif existant a fait ses preuves et que bon nombre des employeurs ont recouru à ce mode de recrutement depuis octobre 2008.

3. Ainsi sur un total de 1.326 de nouvelles autorisations de séjour délivrées en 2009, 116 étaient destinées à des travailleurs salariés, alors que presque autant, à savoir 107 concernaient des travailleurs hautement qualifiés. Pour 2010, les chiffres étaient les suivants: total des nouvelles autorisations de séjour délivrées: 1.684, dont travailleurs salariés: 136 et travailleurs hautement qualifiés: 125.

4. Si l'instauration de la « carte bleue européenne » constitue une forme de prolongement de l'instrument déjà mis en place, elle présente l'avantage supplémentaire d'une mobilité professionnelle et géographique considérable. Les modifications proposées à la loi du 29 août 2008 visent à conforter l'acquis obtenu et d'intégrer les dispositions de la directive qui offrent des facilités nouvelles aux travailleurs hautement qualifiés.

5. En sus de la transposition de la directive 2009/50/CE, le Gouvernement procède à quelques redressements au chapitre 2 de la loi relatif à la libre circulation des citoyens de l'Union européenne, donnant ainsi suite à des recommandations formulées par la Commission européenne en vue de rapprocher le plus possible le libellé des dispositions de la loi avec celui de la directive 2004/38/EC.

6. Si la CSL peut éventuellement témoigner de la compréhension pour le présent projet de loi, elle est toutefois d'avis qu'il incombe d'abord aux Etats membres de l'Union européenne de donner les qualifications nécessaires aux propres ressortissants avant de recourir à des ressortissants de pays tiers.

7. Par ailleurs, afin de pouvoir juger du bien-fondé du présent projet de loi, la CSL aurait souhaité disposer au préalable d'une évaluation des postes occupés au Luxembourg comme dans l'Union européenne par des ressortissants de pays tiers depuis l'entrée en vigueur de la loi modifiée du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration. Quels sont les postes qui jusqu'à ce jour ont été occupés par des ressortissants de pays tiers ? Quel est le nombre de demandes d'autorisations de séjour formulées par des ressortissants de pays tiers par Etat membre de l'Union européenne ? Combien en ont été accordées et rejetées ? Pour quels motifs ?

8. Les mêmes questions méritent d'être soulevées avec l'introduction du régime spécial des autorisations de séjour de ressortissants de pays tiers pour des emplois dits « hautement qualifiés ».

9. Quels sont précisément les emplois hautement qualifiés où les Etats membres de l'Union européenne et plus particulièrement le Luxembourg doivent recourir à des ressortissants de pays tiers ? Quelles sont les raisons pour cette pénurie de main-d'œuvre communautaire ? Quand et pourquoi recourt-on ou ne recourt-on pas à la préférence communautaire pour occuper un poste de travail par un ressortissant de pays tiers ?

10. Notre chambre ne peut donner son aval au présent projet de loi que si une telle évaluation circonstanciée au niveau des Etats membres et de l'Union européenne prouve le bien-fondé de recourir à des ressortissants de pays tiers et en explique les raisons.

11. A défaut d'une telle évaluation circonstanciée, notre chambre ne peut suivre le bien-fondé d'un tel recours à des ressortissants de pays tiers ni pour des emplois non qualifiés ni pour des emplois hautement qualifiés. La CSL craint sérieusement que les autorisations de séjour à des ressortissants de pays tiers ne soient accordées de façon arbitraire et risquent de mettre en danger les acquis sociaux au Luxembourg comme dans les autres Etats membres.

12. Aussi a-t-elle du mal à savoir dans quelles hypothèses on recourt à la procédure d'autorisations de séjour pour emplois hautement qualifiés et dans quelles hypothèses on applique la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs. Ainsi le manager à la tête d'un groupe d'entreprises international dont le siège est situé aux Etats-Unis et postulant pour un emploi hautement qualifié auprès d'une filiale située dans un Etat membre de l'Union européenne doit-il se soumettre à la procédure d'autorisation de séjour prévue aux articles 45 et suivants du projet de loi ou bien bénéficiera-t-il de dispositions spéciales faisant l'objet d'accords bi ou multilatéraux ? Qu'en est-il si le manager postulant provient d'un Etat membre de l'Union européenne ? Recourt-on à la directive 96/71/CE ?

13. En raison des observations et des questions soulevées ci-avant, la CSL ne peut donner son accord au présent projet de loi.

14. Ce n'est qu'à titre subsidiaire qu'elle procède à une analyse des articles du projet de loi.

15. En ce qui concerne l'article unique, point 2°, insérant un nouveau point 3 au paragraphe (2) de l'article 12, le texte ne précise pas si les deux conditions a) et b) pour prouver le caractère durable de la relation entre partenaires sont cumulatives ou alternatives.

Etant donné que la notion de « membre de la famille » est à interpréter au sens large du terme,

les deux conditions énumérées doivent avoir un caractère alternatif de sorte qu'il y a lieu d'intégrer entre la condition a) et la condition b) l'adverbe « ou ».

16. Concernant l'article unique, point 6°, introduisant un nouveau paragraphe 4 à l'article 27, il y a lieu de préciser que le texte va au-delà de l'article 112 de la loi modifiée du 29 août 2008 précitée dans la mesure où il prévoit que *« pendant l'examen de sa demande, la personne concernée n'a aucun droit d'accès sur le territoire »*.

La CSL est d'avis que l'interdiction sur le territoire de la personne concernée pendant l'examen de sa demande est contraire à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme alors que sa présence peut être indispensable lors de la procédure gracieuse et, le cas échéant, judiciaire.

Voilà pourquoi notre Chambre propose d'amender la dernière phrase comme suit :

« Pendant l'examen de sa demande, la personne concernée n'a aucun droit d'accès sur le territoire sauf pour les besoins éventuels de la procédure gracieuse et, le cas échéant, judiciaire. »

17. En ce qui concerne l'article unique, point 10, ajoutant in fine du paragraphe 1 de l'article 39 une phrase (« L'autorisation ministérielle facilite la procédure en obtention d'un visa, s'il est requis ») reprise de l'article 7, paragraphe 1 de la directive 2009/50/CE, la CSL aimerait savoir concrètement en quoi consiste cette obligation pour l'Etat ayant accordé l'autorisation ministérielle au ressortissant de pays tiers de faciliter l'obtention des visas d'entrée requis. Sous peine de rester lettre morte, la CSL exige des précisions dans le corps de texte.

18. En ce qui concerne l'article unique, point 11, modifiant l'article 43, paragraphe 2, la CSL se doit de constater que la première phrase du texte actuel a été complétée par le bout de phrase *« ... et que le bénéficiaire peut prouver qu'il a effectivement travaillé durant la durée de son titre de séjour »*.

Notre chambre demande la radiation pure et simple de cet ajout et le maintien actuel de la première phrase. Cet ajout est superflu et prête à confusion. Superflu parce que la conclusion du contrat de travail doit être nécessaire, mais suffisante pour l'octroi et le renouvellement d'une autorisation de séjour.

Il prête par ailleurs à confusion parce que l'expression « effectivement travaillé » peut faire allusion uniquement à la présence sur le lieu de travail et exclure par exemple des périodes de maladie ou de congé ou de chômage. Pour le surplus, la version proposée est en contradiction avec la deuxième phrase qui prévoit justement que le renouvellement du titre de séjour peut se faire pendant la période indemnisée par le chômage. Pourquoi la période de chômage serait-elle considérée comme une période de travail effectif contrairement à la période de maladie et de congé ?

19. En ce qui concerne l'article unique, point 12, modifiant l'article 45 de la loi, la CSL se doit de formuler des objections parmi lesquelles certaines avaient déjà été formulées lors du projet de loi initial.

19bis. Ainsi le paragraphe 1 de l'article 45 renvoie aux conditions d'entrée et de séjour préalables de l'article 34, paragraphes 1 et 2. Le paragraphe 2 de ce dernier prévoit cinq conditions, à savoir :

- être en possession d'un passeport en cours de validité et d'un visa en cours de validité

si celui-ci est requis ;

- ne pas faire l'objet d'un signalement aux fins de non-admission sur base de l'article 96 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 et être signalé à cette fin dans le Système d'information de Schengen (SIS) ;
- ne pas faire l'objet d'une décision d'interdiction d'entrée sur le territoire ;
- ne pas être considéré comme constituant une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure, la santé publique ou les relations internationales du grand-duché de Luxembourg ou de l'un des Etats parties à la convention internationale relative au franchissement des frontières extérieures, liant le grand-duché de Luxembourg ;
- justifier l'objet et les conditions du séjour envisagé, et justifier de ressources personnelles suffisantes, tant pour la durée du séjour envisagé que pour le retour dans le pays d'origine ou le transit vers un pays tiers dans lequel son admission est garantie, ou justifier de la possibilité d'acquérir légalement ces moyens et disposer d'une assurance maladie couvrant tous les risques sur le territoire.

La CSL constate que les quatre conditions que doit remplir un ressortissant de pays tiers pour entrer sur le territoire du Luxembourg pour une période allant jusqu'à trois mois sur une période de six mois sont cumulatives et qu'il y a lieu d'analyser la condition no 2 avec la condition no 4 où il peut exister une interdépendance.

La CSL tient à rappeler que la CJCE a décidé dans son arrêt du 31 janvier 2006, C-503/03, Commission c./Royaume d'Espagne, qu' «en refusant l'entrée sur le territoire des Etats parties à l'accord relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signé le 14 juin 1985 à Schengen, à M. Farid ainsi que la délivrance d'un visa aux fins d'entrer sur ce territoire à MM. Farid et Bouchair (tous les deux ressortissants algériens), conjoints de ressortissants d'un Etat membre, au seul motif qu'ils étaient signalés dans le système d'information de Schengen aux fins de non-admission, sans avoir au préalable vérifié si la présence de ces personnes constituait une menace réelle, actuelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société, le Royaume d'Espagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des articles 1^{er} à 3 de la directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique».

Voilà pourquoi la CSL insiste sur le fait que l'examen des conditions doit se faire conformément au principe de proportionnalité en tenant compte de la pondération des différentes conditions plutôt que d'analyser isolément chacune des conditions.

19ter. En ce qui concerne la condition no 4 « ne pas être considéré comme une menace pour l'ordre public, la sécurité intérieure... », la CSL est d'avis que ce critère est beaucoup trop flou et n'exclut pas l'arbitraire notamment dans la prévention et la lutte contre le terrorisme ainsi que, de façon plus générale, contre tout genre d'infractions. Afin d'éviter des jugements de valeur en amont de toute décision judiciaire, notre chambre se demande s'il ne faut pas préciser la notion de « menace contre l'ordre public » dans le texte en raisonnant à partir de jugements coulés en force de chose jugée qui ont condamné la personne dans son pays d'origine ou dans un autre pays et dont les peines sont enregistrées dans le casier judiciaire.

19quater. En ce qui concerne la transposition de l'article 5 de la directive 2009/50/CE précitée fixant les critères d'admission spécifiques en vue de l'obtention d'une carte bleue européenne réservée aux travailleurs hautement qualifiés, la CSL se doit de constater que la condition no 1 du paragraphe 1 de l'article 45 prévoyant que l'intéressé doit « présenter un contrat de travail valide pour un emploi hautement qualifié, tel que défini au paragraphe 2, d'une durée égale ou supérieure à un an » est plus restrictive que celle de la directive qui prévoit « un contrat de travail valide ou, conformément à ce qui est prévu par la législation nationale, une offre ferme pour un emploi hautement qualifié... ».

Doit être pris en considération non seulement un contrat de travail, mais également, une sollicitation, c'est-à-dire, une offre ferme de la part de l'intéressé d'accepter un engagement avec un employeur. L'offre est considérée comme ferme si elle n'a pas été formulée « à la légère » : l'offrant (le salarié) doit avoir eu l'intention d'être engagé par sa proposition, d'être lié en cas d'acceptation. Le salarié accepte donc que la formation du contrat ne dépende plus de lui.

La CSL demande par conséquent de compléter la condition no 1 en reprenant à la lettre la disposition de la directive.

20. En ce qui concerne l'article unique, point 14, introduisant un article 45-2, le paragraphe 3 renvoie entre autre à l'article 109 permettant à l'autorité publique de ne pas être obligé à indiquer les motifs à la base de la décision de refus lorsque ceux-ci relèvent de la sûreté de l'Etat.

La CSL se demande ce qu'il advient si les droits de la personne sont lésés et que l'Etat se retranche derrière le motif de la sûreté de l'Etat pour ne pas avoir besoin de motiver le refus. Etant donné que le juge administratif n'est que juge de la légalité conformément à l'article 113, celui-ci ne peut pas juger du bien-fondé de l'absence des motifs dans l'hypothèse où l'autorité publique invoque la sûreté de l'Etat. Etant donné que la personne lésée risque de ne pas être dédommée dans pareil cas, la CSL se demande si l'article 109 n'est pas contraire aux articles 6-1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme.

21. En ce qui concerne l'article unique, point 17, modifiant l'article 46, le paragraphe 2 dispose que « la carte bleue européenne peut être retirée ou son renouvellement peut être 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 recourir au système d'aide sociale.

Si la CSL n'a pas d'objections à formuler en ce qui concerne le principe même énoncé ci-avant, elle ne peut cependant accepter que la détermination des ressources exigées soit précisée par un règlement grand-ducal qui échappe au contrôle du parlement et qui peut, à tout moment, être modifié par le gouvernement sachant qu'une telle modification a un impact direct sur le droit de séjour et de mobilité de l'intéressé. Elle revendique par conséquent que les ressources exigées soient précisées dans le corps de texte même.

22. En raison des observations formulées ci-dessus, la Chambre des salariés a le regret de vous communiquer qu'elle marque son désaccord avec le projet de loi cité sous rubrique.

Luxembourg, le 11 octobre 2011

Pour la Chambre des salariés,

La direction

Le président





René PIZZAFERRI

Norbert TREMUTH

Jean-Claude REDING

L'avis a été adopté à l'unanimité.