Jugt no 2096/2008

Audience publique du 19 juin 2008

Le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **douzième chambre**, a rendu le jugement qui suit:

Dans la cause du Ministère Public contre

X.) , né le (…) à (…) (F), demeurant à F-(…), (…);

- p r é v e n u -

F A I T S :

Par citation du 11 avril 2008 Monsieur le Procureur d'Etat près le tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu de comparaître à l'audience publique du 29 mai 2008 devant le tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

Infraction à l'article L544-3 du Code du Travail, infraction à l'article 327-2 du Code du Travail ;

A l'appel de la cause à cette audience Madame la vice-présidente constata l'identité du prévenu et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le tribunal.

Le témoin Albert MECKEL fut entendu en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu par la loi.

Le prévenu **X.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense, qui furent plus amplement développés par Maître Pierre-Marc KNAFF, avocat à la Cour, demeurant à Esch-sur-Alzette.

La représentante du Ministère Public, Dominique PETERS, premier substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendue en son réquisitoire.

Le tribunal prit l'affaire en délibéré et rendit à l'audience publique de ce jour, date à laquelle le prononcé avait été fixé,

L E J U G E M E N T Q U I S U I T :

Vu la citation à prévenu du 11 avril 2008 régulièrement notifiée à **X.)** .

Le Ministère Public reproche à **X.)** d'avoir en infraction à l'article L544-3 du Code du Travail, sanctionné par l'article L544-9 du même Code, embauché un travailleur étranger sur le territoire luxembourgeois sans que ce dernier ne soit muni d'un permis de travail, en l'espèce **A.)** , née le (…), de nationalité roumaine ainsi que en infraction à l'article 327-2 du Code du Travail, d'avoir embauché trois entraîneuses, en l'espèce **A.)** , préqualifiée, ainsi que **B.)** , née le (…) à (…) (Slovaquie), demeurant L-(…), (…), et **C.)** , née le (…) à (…) (Slovaquie), demeurant à la même adresse à (…), sans que ses dernières ne se soient soumises à l'examen médical prévu à l'article 326-1 du même Code.

EN FAIT

Sur base de l'instruction contradictoirement menée à l'audience où les éléments du dossier, ensemble les dépositions du témoin furent librement discutés, le déroulement des faits peut être décrit comme suit:

Suite à un appel anonyme reçu par l'agent (…) de l'ITM, selon lequel une ressortissante roumaine travaillerait comme animatrice à la discothèque « **DISCO** », information communiquée par ce dernier au S.R.E.C-P. d'Esch-Alzette, le témoin Albert MECKEL et sa collègue Isabelle MEIERS effectuèrent en date du 6 novembre 2007 une vérification d'identité dans la discothèque "**DISCO** " où ils rencontrèrent **C.)** , **B.)** et **A.)** ainsi que le prévenu **X.)** , qui ne pouvait exhiber des contrats de travail pour ces trois personnes ni des permis de travail.

A.) , de nationalité roumaine, expliqua qu'elle travaillait depuis quelques jours à la discothèque, qu'elle habiterait une chambre au dessus de l'établissement et n'aurait jusqu'à ce jour pas conclu de contrat de travail avec le prévenu **X.)** . Ce dernier lui aurait proposé de travailler à l'essai pendant trois ou quatre jours. A titre de rémunération elle percevrait 40 € par soirée ainsi que 30% du prix des boissons consommés.

C.) et **B.)** expliquèrent qu'elles seraient pour la première fois dans l'établissement, alors qu'elles seraient à la recherche d'un travail.

Le prévenu **X.)** admet, lors de son audition par le témoin Albert MECKEL en date du 7 novembre 2007, être le gérant administratif de l'établissement et d'avoir assuré en date du 6 novembre 2007, en l'absence de son partenaire **Y.)** , la responsabilité de la gestion au sein de l'établissement.

C.) serait venue pour la première fois au local en date du 6 novembre 2007 pour demander du travail, **B.)** qui l'accompagnait n'aurait pas réclamé un poste.

Il ressort de sa déposition actée au procès-verbal no 81033 du 6 novembre 2007 de la Police Grand-Ducale d'Esch/Alzette – SREC que : *« Oui **C.)** est venue hier soir pour la première fois pour travailler dans notre bar à champagne….*
Nous avons convenu qu'elle travaille d'abord quelques jours à l'essai.
*La Roumaine **A.)** est venue il y a 2 à 3 jours. Un soir elle est venue dans l'établissement et elle m'a demandé du travail. Je lui ai proposé qu'elle peut travailler à l'essai au bar à champagne. Elle a reçu 40 € par nuit et 30 % sur les consommations. »*

X.) aurait alors proposé à **C.)** de travailler quelques jours à l'essai.

Il confirme toutes les déclarations précitées de **A.)** et notamment que cette dernière avait travaillé depuis quelques jours à la discothèque "**DISCO** " sans contrat de travail.

Le témoin Albert MECKEL, commissaire auprès du S.R.E.C d'Esch-sur-Alzette: Section Criminalité Générale, a déclaré à l'audience du Tribunal correctionnel que sa collègue et lui-même avaient spontanément reconnu, même si elles n'étaient pas habillés d'une manière provocante, les trois jeunes femmes qui avaient pris place au comptoir du bar comme étant des animatrices, raison pour laquelle ils les avaient invitées à décliner leur identité et à exhiber leur contrat de travail ou un permis de travail.

Il est constant en cause qu'aucune des trois personnes contrôlées le 6 novembre 2007 n'était en possession d'un permis de travail, ni d'un contrat de travail.

Au vu de ce qui précède et notamment au vu des déclarations de **X.)** , ce n'est qu'à l'égard de **A.)** qu'il est établi à l'abri de tout doute, qu'elle travaillait pour ce dernier au bar à champagne de la discothèque "**DISCO** " au moment du contrôle.

Tout comme auprès des verbalisants, **X.)** , sans contester les faits, affirme n'avoir pas su que **A.)** , de nationalité roumaine, aurait dû être engagée sous contrat d'emploi et avec un permis de travail.

EN DROIT

1) Quant à la nature des relations entre X.) et A.)

Sous le Chapitre IV - Main-d'œuvre étrangère :Section 1. L'emploi de travailleurs étrangers, l'article L. 544-2 du Code du Travail dispose ce qui suit :
« Est considéré comme travailleur, pour l'application du présent chapitre, toute personne qui exécute pour le compte d'autrui, contre rémunération ou non, un travail manuel ou intellectuel.
Sont assimilés aux travailleurs, pour l'application du présent chapitre, les apprentis et les stagiaires. »

Il ressort du dossier répressif tel que confirmé par le prévenu à l'audience, que **A.)** était engagée à l'essai sans contrat de travail de droit commun en tant que « animatrice » dans le bar à champagne. Sa mission consistait donc à inciter les clients à la consommation.

Elle gagnait 40 euros par jour de travail et une commission de 30% sur les consommations vendues aux clients.

En vertu du principe général de droit que le juge de l'action est le juge de l'exception, les tribunaux répressifs saisis d'une infraction ont le droit et le devoir d'apprécier toutes les circonstances constitutives du fait délictueux et de résoudre toutes les questions qui s'y rattachent (G. VOGEL ; Lexique de Procédure pénale de droit luxembourgeois, verbo « Question préjudicielle » n° 848). Le juge du jugement saisi de faits constitutifs d'une infraction pénale doit statuer sur toutes les exceptions proposées par le prévenu pour sa défense (GUINCHARD, Procédure pénale, n° 447).

Le Tribunal correctionnel est partant compétent pour qualifier cette relation contractuelle, il n'y a dès lors pas lieu à ordonner un sursis à statuer.

Le principe de la distinction entre contrat d'entreprise et contrat de louage de service, tient à l'indépendance de l'entrepreneur, alors que le salarié est un subordonné, parce que soumis au pouvoir de contrôle et de direction de l'employeur.

Le critère de distinction s'exprime par un faisceau d'indices : 1) l'entrepreneur est à la tâche, le salarié travaille pendant une durée successive ; 2) l'entrepreneur est payé pour le travail qu'il a fait, alors que le salarié est rémunéré au temps de travail ; 3) il a surtout une liberté d'exécution de son travail, alors que le salarié est soumis à la surveillance et au contrôle de son employeur et 4) l'entrepreneur n'a pas de patron, mais des clients. C'est un homme libre, mû par l'esprit d'entreprise, de création, de risque et de liberté. Toutefois aucun de ces critères pris isolément n'est vraiment concluant (Ph. MALAURIE et L. AYNES, Cours de Droit civil – Les contrats spéciaux civils et commerciaux- n°717, p. 413, éd. CUJAS).

En l'espèce tous les éléments dégagés par le dossier répressif et les débats à l'audience, révèlent l'existence d'un contrat de louage de service: **A.)** devait travailler pendant une durée indéterminée au bar de la discothèque "**DISCO** ", elle était rémunérée par jour de travail et non après chaque tâche, le fait qu'elle était encore à l'essai, tous ces éléments qui illustrent encore le lien de subordination d'**A.)** .

La mise à disposition des appareils, instruments et autres installations incombe à la direction du bar, et l'intéressée s'engage à les manipuler avec le plus grand soin ; ces faits témoignent encore de ce qu'elle travaille sous l'autorité et les directives de **X.)** et n'utilise pas ses propres matériaux et accessoires.

Par ailleurs le bar de la discothèque "**DISCO** " n'est pas un de ses clients, parmi bien d'autres, mais c'était au contraire **X.)** qui l'a engagée.

Les clients du bar rémunèrent par ailleurs la consommation des boissons à l'établissement discothèque "**DISCO** " et non pas à l'animatrice, qui ne perçoit tout au plus qu'un pourcentage à titre de commission. Les prestations d'**A.)** lui sont rémunérées directement par son employeur **X.)** .

La différence fondamentale du salarié avec le travailleur indépendant est marquée par le lien de subordination qui est l'expression du pouvoir de direction inhérent à la qualité d'employeur. La subordination juridique n'exige pas des critères rigides et immuables, et le

degré de contrôle et de direction de l'employeur s'examine notamment par rapport à la nature du travail exécuté. Il y a aussi lieu de s'attacher aux conditions d'exécution du travail englobant plus spécialement le lieu de travail, les horaires de travail, son exclusivité et ainsi que sa direction et son contrôle (Cour 26 mars 1998, P. 31. 19).

Il y a lien de subordination suffisant du moment que l'employeur règle le travail du préposé en obligeant celui-ci à exercer sa tâche dans un lieu précis, à des heures et dans des conditions spécifiées. La jurisprudence récente a tendance à assouplir le critère de la subordination juridique et à reconnaître le caractère de contrat de travail à des conventions dans lesquelles l'immixtion de l'employeur dans le déroulement des travaux n'est pas primordiale. (Trib. Trav. 1 mars 1991 n° 906 W. c/Tennis Club G.).

Cette condition du lien de subordination est remplie en l'espèce étant donné qu'**A.)** exécute son travail conformément aux consignes de **X.)** .

La possibilité pour **A.)** de compléter sa rémunération par une participation au pourcentage de boissons consommées est la preuve qu'elle occupe un rôle d'hôtesse et de personne de compagnie.

Il importe d'ailleurs peu que le lien de subordination juridique ait été précisé dès l'ingrès dans le contrat lui-même ou qu'il résulte simplement de conditions de travail effectives dans lesquelles la mission a été exercée (CSJ 22 janvier 1987 K. c/ F.C. M. L. relatif à la qualification d'un contrat d'entraîneur de football).

La relation contractuelle liant **A.)** à la discothèque "**DISCO** " doit être qualifiée de « *contrat de louage de service* » au sens de l'article 1779 (1) du Code civil, tombant sous le champ d'application du Code du Travail.

Par application de l'article L. 121-4 du Code du Travail par son entrée au service auprès de **X.)** **A.)** devait bénéficier d'un contrat de travail écrit le cas échéant assorti d'une clause à l'essai telle que prescrite et définie à l'article L 121-5.

2) Quant à l'infraction à l'article L544-3 du Code du Travail, sanctionné par l'article L544-9

a) <u>Arguments des parties</u>

Le Ministère Public reproche à **X.)** d'avoir en infraction à l'article L. 544-3 du Code du Travail, sanctionné par l'article L. 544-9 du même Code, embauché un travailleur étranger sur le territoire luxembourgeois sans que ce dernier ne soit muni d'un permis de travail, en l'espèce **A.)** , de nationalité roumaine.

Le mandataire de **X.)** invoque le fait qu'au vu de l'adhésion de la Roumanie aux Communautés Européennes et en vertu du principe de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services impliquant une circulation temporaire de travailleurs, le prévenu n'aurait pas eu connaissance d'une dérogation aux articles 1 à 6 du règlement 1612/68 et jusqu'à la fin de la période transitoire suivant la date d'adhésion, et notamment du fait que le

Luxembourg pourrait avoir et avait appliqué des mesures nationales ou mesures résultant d'accords bilatéraux qui réglementeraient l'accès des ressortissants roumains à son marché du travail et que le Luxembourg pourrait avoir continué à appliquer ces mesures jusqu'à la fin de la période de transition suivant la date de l'adhésion. Son mandant **X.)** n'aurait donc eu aucune connaissance du fait qu'**A.)** avait besoin d'un permis de travail au moment de l'engagement de cette dernière.

En matière pénale, le prévenu peut se limiter à un rôle purement passif et ne pas démontrer son innocence. La charge de la preuve pèse sur la partie poursuivante et englobe tant l'existence des éléments constitutifs de l'infraction (élément matériel et élément moral) que l'absence d'une cause exclusive de responsabilité, dès lors que cette cause soit au moins vraisemblable ou qu'elle ne soit pas dénuée de tout fondement (DECLERCQ, La Preuve en droit pénal, p.13- 18, NOVELLES, Droit pénal, T.I, Vol 2, 3405 et suiv. et A.SPIELMANN et D. SPIELMANN, Droit pénal général luxembourgeois, p. 163).

En matière pénale le prévenu est couvert d'une présomption d'innocence tant que la preuve du contraire n'est pas rapportée par le Ministère Public; c'est donc à celui-ci qu'il incombe d'établir les conditions d'existence de l'infraction et par suite également l'absence de causes exclusives de la culpabilité, telle que contrainte et la force majeure. Pour mettre le Ministère Public en mesure d'administrer cette preuve, il faut pourtant qu'à l'appui de son exception, le prévenu invoque des faits précis de nature à constituer la force majeure (Cass. P. 14. 268 citée dans les conclusions du Parquet Général dans l'affaire cassation no 36/00 du 26 octobre 2000 nr 1705 registre M.P. c/ C., A. R.).

A fortiori, l'allégation pure et simple par le prévenu d'un moyen de fait, ne suffit pas pour faire endosser au Ministère Public la charge de la preuve de sa fausseté, puisqu'un moyen de fait invoqué pour résister à la poursuite, ne constitue pas un des éléments constitutifs de l'infraction, seuls éléments dont la preuve incombe au Ministère Public.

Le prévenu n'est toutefois pas tenu de prouver son innocence par des preuves complètes, mais il suffit qu'il crée un doute suffisant qui empêche le juge de parvenir à la certitude de sa culpabilité.

b) <u>L'erreur de droit et de fait</u>

En l'espèce, la défense soulève un moyen de défense en droit, à savoir l'erreur de droit et de fait. **X.)** fait notamment valoir que **A.)** était dispensée du permis de travail pour le territoire luxembourgeois en raison de sa nationalité roumaine et qu'il ignorait qu'elle avait besoin d'un permis de travail en tant que ressortissante de l'UE.

Le prévenu invoque comme cause de justification l'erreur invincible dans son chef. En raison de la nationalité roumaine de **A.)** et de son statut de ressortissante de l'UE et du fait de l'absence à sa connaissance de mesures nationales ou de mesures résultant d'accords bilatéraux avec la Roumanie, qui réglementeraient l'accès des ressortissants roumains à son marché du travail et exigeaient l'octroi du permis de travail, il aurait pu raisonnablement croire être en règle au sens de la loi en engageant **A.)** sans permis de travail.

Il est admis que l'ignorance de la loi pénale résultant de circonstance de force majeure peut être une cause de justification pour le prévenu: il n'est pas de même de l'erreur sur le sens de la loi (…) L'ignorance ou erreur de fait est une cause de justification si elle est invincible. Tel est le cas lorsque tout homme raisonnable et prudent eût pu, dans les mêmes circonstances que celles où se trouvait le prévenu, rester dans la même ignorance ou tomber dans la même erreur (Gaston SCHUIND "Traité Pratique de Droit Criminel" TI sous article 71).

L'erreur de droit peut porter sur la connaissance de la loi ou sur sa signification et ses conditions d'application, tandis que l'erreur de fait porte sur la matérialité de l'accompli, sur la nature des circonstances de fait qui rendent l'acte punissable (Jean CONSTANT: "Manuel de Droit pénal" nr 452).

L'erreur de droit peut constituer une cause de justification lorsqu'en raison des circonstances spéciales à l'espèce, indépendante de la volonté de l'agent ou à l'influence desquelles il n'a pu se soustraire, elle doit nécessairement être considérée comme invincible, c'est à dire lorsqu'elle résulte d'un cause étrangère qui ne peut en rien être imputée à celui qui en est victime et lorsque l'inculpé a versé dans une ignorance qui eût été, dans les même circonstances , celle de tout home raisonnable et prudent. En pareil cas, l'erreur invincible doit être assimilée à la force majeure (Jean CONSTANT: "Manuel de Droit pénal" nr 456).

En effet lorsque l'erreur est invincible en raison de circonstances spéciales, elle constitue une cause psychologique de non-imputabilité et elle s'applique, comme la force majeure, à toutes les infractions, même aux contraventions ou aux délits réglementaires. En pareil cas, l'erreur invincible doit être assimilée à la force majeure (Jean CONSTANT: Traité de Droit Pénal T I nr 502, 509).

Tel est le cas lorsque tout homme raisonnable et prudent eût pu, dans les mêmes circonstances que celles où se trouvait le prévenu, rester dans la même ignorance ou tomber dans la même erreur (SCHUIND: Traité Pratique de Droit Criminel I.: article 71).

Les hésitations des autorités chargées d'appliquer les lois quant au sens à donner à celles-ci ne peuvent en principe constituer une cause de justification, mais, (…) la tolérance administrative peut, dans des circonstances exceptionnelles et notamment lorsqu'elle est prolongée, induire le justiciable dans l'erreur invincible sur la portée de la loi (ibid nr 42 et 457).

Ainsi, jugé que l'erreur sur la portée d'un texte ne peut être déduite du seul fait que le Ministère Public s'est abstenu d'exercer des poursuites, dans des cas similaires (ibid nr 460).

S'il existe des interprétations contradictoires sur le droit applicable (décisions divergentes des tribunaux, réponses opposées de deux administrations, contradictions dans les circulaires), l'auteur des faits a certes avoir pu avoir un doute sur l'illégalité de ses actes, mais il n'était pas certain de leur légitimité, et l'erreur de droit ne pourra donc pas être retenue (Juris-classeur PENAL, Erreur sur le Droit, n°40).

L'erreur de droit constitue une cause de justification en matière répressive, lorsqu'en raison de circonstances spéciales à l'espèce elle apparaît comme invincible.

L'erreur de droit peut être une cause de justification invincible, c'est à dire lorsqu'elle exclut invinciblement la volonté de délinquer.

c) les dispositions applicables

1) les dispositions nationales

Jusqu'au traité d'adhésion avec les nouveaux membres dont la Roumanie, l'engagement d'un ressortissant de ce pays était donc soumise entre autres à l'obligation du permis de travail pour l'emploi d'un étranger. Ce principe est posé à l'heure actuelle dans le code du travail à l'article 544-3: Sous le Chapitre IV - Main-d'œuvre étrangère : « *Aucun travailleur étranger ne peut être occupé sur le territoire du Grand-Duché sans permis de travail.*
Le permis de travail est délivré, refusé ou retiré par le ministre ayant le Travail dans ses attributions ou son délégué après avis d'une commission spéciale dont la composition, l'organisation et le fonctionnement sont déterminés par règlement grand-ducal. »

A ce principe général d'une obligation générale du permis de travail pour les travailleurs étrangers les articles 544-5 et 544-6 permettent les exceptions qui suivent :

L'art. L. 544-5. tel que modifié par la loi du 22 décembre 2006 portant rectification du Code du travail, publiée le 29 décembre 2006 et qui n'a donc pu produire ses effets qu'à partir le 2 janvier 2007, dispose ce qui suit :

« Sans préjudice des mesures prises en application des dispositions transitoires aux traités d'adhésion à l'Union Européenne et à l'Accord sur l'Espace Economique Européen, le permis de travail prévu à l'article L. 544-3 n'est pas requis pour les travailleurs ressortissants des Etats membres de l'Union Européenne ou des pays parties à l'Accord sur l'Espace Economique Européen. »

L'art. L. 544-6 prévoit :
« Un règlement grand-ducal peut dispenser des catégories déterminées de travailleurs étrangers de l'obligation du permis de travail en prenant en considération leur nationalité, leur profession, le genre ou la durée de leur activité. »

Ces mêmes prescriptions et exceptions sont énoncés aux articles 1er et 1bis du texte coordonné du 22 août 2006 du règlement grand-ducal du 12 mai 1972 déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg tel que modifié par le règlement grand-ducal du 31 juillet 2006 sous le titre : « Des permis de travail. »

Il y a lieu cependant de relever que la même infraction à la l'obligation du permis de travail est punie par des peines différentes selon que les prescriptions du Code du Travail, à savoir l'article L. 554-9 ou l'article 12 tel que modifié par le règlement grand-ducal du 17 juin 1994, du texte coordonné du 22 août 2006 du règlement grand-ducal du 12 mai 1972, déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, telle que modifiée par le règlement grand-ducal du 31 juillet 2006 sous le titre: Des permis de travail, sont appliqués.

Cependant le Gouvernement est habilité à prendre des règlements grand-ducaux dans les matières suivantes toujours au « Chapitre IV - Main-d'œuvre étrangère *Section 1. L'emploi de travailleurs étrangers », qui dispose notamment :*
« Art. L. 544-1.
Le Gouvernement est habilité à prendre par voie de règlement grand-ducal les mesures nécessaires pour réglementer l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché.
….
Art. L. 544-8.
Le Gouvernement est autorisé à prendre par voie de règlement grand-ducal les mesures nécessaires à l'exécution des obligations assumées en vertu de conventions internationales dans le domaine régi par le présent chapitre.
Ces règlements peuvent déroger aux dispositions du présent chapitre dans la mesure requise par l'exécution de l'obligation internationale. »

L'obligation du permis de travail avait été introduite par les articles 24 et 25 de la loi du 28 mars 1972, abrogée entretemps et introduite dans le Code du Travail par les lois du 31 juillet 2006 et du 21 décembre 2006, et elle visait à remplacer les anciennes « autorisations d'embauche » délivrées à l'employeur, de sorte que seul l'engagement d'une personne par un employeur en vue d'un travail engendre l'obligation de la délivrance d'un permis de travail.

Il appert toutefois du libellé même des articles et de la circonstance que la loi vise tant les travailleurs rémunérés que non rémunérés de même que les apprentis et stagiaires, que le législateur définit de manière propre, autonome et très large les notions de « *travail* » et de « *travailleur* », visant en général toute relation de « louage de services » et sans limiter l'obligation du permis aux seuls ouvriers et employés privés, au sens des lois du 24 juin 1970 portant réglementation du contrat de louage de service des ouvriers actuellement repris au Code du Travail et du 31 octobre 1919 portant règlement légal du louage de services des employés privés avant les modifications intervenues par la loi du 13 mai 2008 portant introduction d'un statut unique qui ne change cependant pas la réglementation précitée en ces points.

Le cercle des travailleurs soumis à l'obligation du permis englobe pareillement les travailleurs qui exécutent un travail *« après poste »*, même s'il le font sans rémunération, sauf que les travaux de moindre envergure comme les bricolages ou les menus travaux d'entretien devaient selon la volonté de la Commission juridique être tolérés (Doc. parl. 1387 –2, Rapport de la Commission juridique, p.8).

La circonstance que le contrat de travail de **A.)** étaitt à l'essai et qu'il n'y a eu en l'espèce pas de contrat écrit, importe peu sur le fait, alors qu'en l'occurrence, il y a contrat de travail au sens de la loi et n'exempte en principe pas pour autant et en vertu de ce qui précède, le *locator operis* de l'obligation du permis de travail, alors que le code du travail a vocation à s'appliquer à toute relation de travail prise dans le sens le plus large.

A.) , de nationalité étrangère, serait donc selon le Ministère Public en principe soumise à l'obligation du permis de travail tel que le prescrit l'article 554-3 du Code de travail ainsi que par l'article 1er et 1er bis du texte coordonné du 22 août 2006 du règlement grand-ducal

déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg

2) les dispositions communautaires et leurs applications et interprétations au Grand-Duché

Selon l'Administration notamment la Direction de l'Immigration, l'origine du droit d'accéder librement au marché du travail des Etats membres découle des dispositions communautaires, ces restrictions puisent également leur fondement dans les textes communautaires qui permettent aux Etats membres de continuer à appliquer les mesures nationales - qui ne doivent pas obligatoirement être d'ordre législatif - par dérogation aux articles 1 à 6 du règlement 1612/68 CEE.

Le point 2, paragraphe 1 et 2 de l'annexe VII à l'acte d'adhésion, relative à la Roumanie, dispose ce qui suit :

« 1. L'article 39 et l'article 49, premier alinéa, du traité CE ne s'appliquent pleinement que sous réserve des dispositions transitoires prévues paragraphes 2 à 14 pour ce qui est de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services impliquant une circulation temporaire de travailleurs, telle qu'elle est définie à l'article 1er de la directive 96/71/CE, entre la Roumanie, d'une part, et chacun des Etats membres actuels, d'autre part.
2. Par dérogation aux articles 1er à 6 du règlement (CEE) no 1612/68 et jusqu'à la fin de la période de deux ans suivant la date de l'adhésion, les États membres actuels appliqueront des mesures nationales ou mesures résultant d'accords bilatéraux qui réglementent l'accès des ressortissants à leur marché du travail. Les États membres actuels peuvent continuer à appliquer ces mesures jusqu'à la fin de la période de cinq ans suivant la date de l'adhésion. »

Le paragraphe 3 de la même annexe précise que l'acquis ou l'abandon de la dérogation aux articles 1 à 6 du règlement 1612/68 CEE s'effectue par simple notification de l'Etat membre à la Commission européenne :

« (...) au plus tard à la fin de la période de deux ans suivant la date de l'adhésion, les États membres actuels font savoir à la Commission s'ils continuent d'appliquer des mesures nationales ou des mesures résultant des accords bilatéraux, ou s'ils appliquent dorénavant les articles 1er à 6 du règlement (CEE) no 1612/68. À défaut de cette notification, les articles 1er à 6 du règlement (CEE) no 1612/68 s'appliquent. »

La disposition législative nationale qui avait prévu la possibilité de maintenir la restriction de l'accès au marché national de l'emploi au moment de l'adhésion de certains des anciens Etats membres avait été publiée au mémorial A, n° 64, du 30 avril 2004, c'est-à-dire avant la date d'adhésion des premiers nouveaux Etats membres actuels. Sur base de ces dispositions, l'Administration avait continué à réclamer et réclame aujourd'hui des permis de travail pour les ressortissants des nouveaux Etats – membres, à savoir les Roumains et les Bulgares, à l'exception des ressortissants Chypriotes et Maltais. Il s'agit en l'occurrence de la loi du 29 avril 2004 portant modification de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1. l'entrée et le séjour des étrangers; 2. le contrôle médical des étrangers; 3. l'emploi de la main d'œuvre étrangère.

Cette loi prévoit :

Art. 1er.- L'article 28 de la loi modifiée du 28 mars 1972 concernant 1. l'entrée et le séjour des étrangers; 2. le contrôle médical des étrangers; 3. l'emploi de la main d'oeuvre étrangère prend la teneur suivante:

«Sans préjudice des mesures prises en application des dispositions transitoires aux traités d'adhésion à l'Union européenne et à l'Accord sur l'Espace économique européen, le permis de travail prévu à l'article 26 n'est pas requis pour les travailleurs ressortissants des Etats membres de l'Union européenne et des pays parties à l'Accord sur l'Espace économique européen».

Art. 2.- *La présente loi entre en vigueur le 30 avril 2004.*

Ces dispositions ainsi que les articles 24-30 sous le Chapitre III. « De l'Emploi des Travailleurs étrangers » de cette loi du 28 mars 1972 telle que modifiée par l'article L. 544-3 ont été cependant abrogées par les lois du 31 juillet 2006 et du 21 décembre 2006 et ont été introduites dans le Code du Travail au Chapitre IV, « Main d'œuvre Etrangère ».

Le gouvernement luxembourgeois avait informé la Commission européenne par courrier daté au 22 décembre 2006, que le Luxembourg entendait faire usage des restrictions à la libre circulation des travailleurs roumains et bulgares dès leur adhésion le 1er janvier suivant, tout en les faisant cependant bénéficier des assouplissements sectoriels déjà retenus pour les Etats membres ayant adhéré le 1er mai 2004, avec certains assouplissements dans la délivrance des permis de travail pour les secteurs économiques accusant une pénurie de main d'œuvre. Aucun acte législatif au-delà de la notification opérée en date du 22 décembre 2006 n'a plus été fait conformément aux dispositions du traité d'adhésion.

Sur demande du tribunal, si les termes de cette notification avaient été publiées le Ministère Public répond par courrier du 30 mai 2008 ce qui suit :

« Je tiens à vous informer que selon mes recherches personnelles, ainsi que selon le résultat de mes demandes auprès du Ministère des Affaires Etrangères et auprès de la représentation permanente du gouvernement luxembourgeois auprès de l'Union Européenne, la notification de la déclaration du Grand-Duché de Luxembourg concernant l'application des mesures transitoires aux travailleurs ressortissants roumains n'a pas été publiée, ni au Mémorial luxembourgeois, ni au Journal Officiel des Communautés Européennes. »

Cependant le contenu de la déclaration est paraphrasé sur le portail du gouvernement (www.gouvernement.lu), salle de presse, communication de presse, décembre 2006, ce qui ne paraît toutefois pas valoir publication au sens juridique du terme.

Le texte de cette déclaration du gouvernement luxembourgeois concernant la libre circulation des travailleurs bulgares et roumains du 22-12-2006 publiée sur internet se lit comme suit :

« Le traité d'adhésion signé le 25 avril 2005 prévoit la possibilité d'introduire un régime transitoire concernant la libre circulation des travailleurs bulgares et roumains. La première phase de ce régime transitoire commencera le 1er janvier 2007 avec l'adhésion de la Bulgarie et de la Roumanie. Le gouvernement luxembourgeois, vu la situation tendue du marché national de l'emploi, a décidé d'étendre aux deux nouveaux États membres les mêmes

mesures nationales appliquées déjà aux ressortissants des huit États membres depuis le 1er mai 2004. C'est ainsi que le gouvernement a décidé de suspendre la libre circulation de travailleurs de la Bulgarie et de la Roumanie.

Toutefois, en introduisant un dispositif transitoire à partir du 1er janvier 2007, il est également décidé que pour certains secteurs le permis de travail sera accordé avec bienveillance absolue aux ressortissants bulgares et roumains, en fonction d'une procédure minimale et simplifiée, sans cependant abolir l'exigence de permis de travail. Les secteurs visés par cette ouverture sectorielle sont l'agriculture, la viticulture et l'Horesca. Pour le secteur financier, les personnes ayant des qualifications spécifiques pour lesquelles existe un besoin non satisfait sur le marché du travail, les mêmes assouplissements seront appliquées.

Pour les autres secteurs, selon la situation du marché du travail la procédure d'octroi de permis de travail sera assouplie et les délais réduits.

(communiqué par le Ministère des Affaires étrangères et de l'Immigration) »

Cette même procédure avait déjà été utilisée afin de restreindre l'accès au marché de l'emploi pour les ressortissants des Etats-membres qui avaient adhéré à l'UE le 1er mai 2004, et ce jusqu'à l'abandon des mesures transitoires à leur égard le 31 octobre 2007.

Au moment des faits les articles L. 544-3 et L 544-5 telle que modifiés par la loi du 22 décembre 2006 ainsi que les dispositions et exceptions prescrits aux articles 1er et 1bis du texte coordonné du 22 août 2006 du règlement grand-ducal déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg tel que modifié par le règlement grand-ducal du 31 juillet 2006 sous le titre : Des permis de travail. tels que reproduits ci-dessus étaient donc applicables en l'espèce et la déclaration du gouvernement communiquée et notifiée aux autorités européennes conformément à la procédure européenne était intervenue.

A part sur le site internet, ce communiqué paraphrasant le contenu de la notification du 22 décembre 2006, n'a pas fait l'objet d'une publication officielle in extenso au Mémorial, permettant au prévenu **X.)** d'en prendre connaissance et de savoir en date du 6 novembre 2007 que la Roumaine **A.)** , devenue entretemps citoyenne de l'UE avait toujours besoin d'avoir un permis de travail.

Aucun règlement grand-ducal pris conformément aux articles L. 544-1 et L. 544-8 précités n'a été publiée au Mémorial. De même concernant *« les mesures nationales – qui ne doivent pas obligatoirement être d'ordre législatif par dérogation aux articles 1-6 du règlement 1612/68 CEE »,* aucune publication des dispositions dérogatoires n'a été faite sous une forme appropriée permettant au prévenu **X.)** de savoir que **A.)** avait besoin d'un permis de travail pour travailler chez lui.

Il résulte d'un avis du Conseil d'Etat, numéro 47130 concernant le projet de loi relatif au Traité d'adhésion avec la Roumanie:

« Il relève qu'à l'instar des dispositions du Traité d'adhésion approuvé par la loi du 8 mars 2004, le présent Traité d'adhésion prévoit des dispositions transitoires, notamment en matière de libre circulation des travailleurs (annexes VI et VII du Protocole/de l'Acte). A la différence toutefois de ce qui était prévu pour les ressortissants estoniens, lettons, lituaniens, hongrois,

polonais, slovènes, slovaques et tchèques (pour lesquels les Etats membres de l'Union européenne pouvaient appliquer des mesures nationales ou les mesures résultant d'accords bilatéraux qui réglementent l'accès à leur marché de travail), les articles 1er à 6 du règlement (CEE) n° 1612/68 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté sont d'office inapplicables aux ressortissants bulgares et roumains durant une période de deux ans suivant la date d'adhésion. L'exclusion de ces dispositions communautaires peut ensuite être prorogée pour deux nouvelles périodes de respectivement trois et deux ans, dans les conditions fixées aux annexes précitées du Traité d'adhésion. La modification opérée au règlement grand-ducal modifié du 12 mai 1972 déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché par le règlement grand-ducal du 29 avril 2004 (trouvant sa base légale dans l'article 28 de la loi modifiée du 28 mars 1972, dans la teneur telle qu'issue de la loi du 29 avril 2004) couvre la situation des ressortissants bulgares et roumains (sans préjudice des déclarations communes des Etats membres actuels de l'Union européenne). »

d) conclusions

En relation avec l'existence des mesures provisoires prises en application des dispositions transitoires au traité d'adhésion à l'Union européenne, il y a lieu de conclure ainsi en l'espèce, qu'en raison de l'absence de texte publié disposant expressément que le permis de travail était toujours requis spécifiquement pour les ressortissants roumains et bulgares, respectivement en de l'absence de dispositions afférentes claires et précises, informant explicitement les employeurs des restrictions apportées au libre accès au marché de l'emploi des ressortissants roumains et portées à la connaissance du public par publication au Mémorial, que **X.)** a pu ignorer la loi pénale en raison des circonstances précitées spéciales et verser dans l'erreur de droit et de fait comme tout homme raisonnable et prudent se trouvant sous les mêmes circonstances que le prévenu.

L'annexe 7 relative au traité d'adhésion visant la Roumanie précise que les dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs et à la libre prestation des services ne s'appliqueraient pleinement que sous réserve des dispositions transitoires prévues aux paragraphes 2 à 14 pour ce qui est de la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services impliquant une circulation temporaire de travailleurs, que par dérogation aux articles 1 à 6 du règlement 1612/68 et jusqu'à la fin de la période de deux ans suivant la date d'adhésion, les Etats-membres actuels pourraient appliquer des mesures nationales ou mesures résultant d'accords bilatéraux qui réglementent l'accès des ressortissants roumains à leur marché du travail et que les Etats membres actuels pourraient continuer à appliquer ces mesures jusqu'à la fin de la période de cinq ans suivant la date de l'adhésion.

Si effectivement les textes communautaires qui permettent donc aux Etats-membres de continuer à appliquer les mesures nationales restrictives à l'égard des ressortissants des Etats-membres, respectivement conclure des accords bilatéraux après l'adhésion de nouveaux Etats membres pendant une période transitoire, qui en ce qui concerne la Roumanie court jusqu'à 2009, le tribunal est d'avis que même s'ils ne devraient pas obligatoirement être d'ordre législatif et pourraient revêtir la forme d'un règlement grand-ducal, sinon d'une autre forme non législative telle que prévue ci-dessus, ces mesures restrictives devraient être publiées au Mémorial, comme il s'agit de dérogations aux articles 1 à 6 du règlement (CEE) 1612/68 du

Conseil relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté. Ces dérogations doivent être portée à la connaissance des employeurs par les moyens ordinaires notamment la publication au Mémorial.

La simple notification de cette décision du gouvernement conformément aux règles européennes ne saurait suffir à défaut de publication au Mémorial et ce d'autant plus que l'article L. 554-3 combiné à l'article L. 544-5, combiné avec les articles 1er et 1bis du texte coordonné du 22 août 2006 du règlement grand-ducal précité, déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg tel que modifié par le règlement grand-ducal du 31 juillet 2006 sous le titre : « Des permis de travail », peuvent prêter à confusion alors qu'ils prêchent l'absence de permis de travail pour les citoyens de l'UE et ne sauraient permettre au justiciable **X.)** de savoir, à l'exception de tout doute, que la citoyenne européenne **A.)** avait besoin d'un permis de travail et ce d'autant plus justement que les articles L. 544-1 et L. 544-7 obligent le gouvernement à réglementer l'emploi et les dispenses au permis de travail des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché par la voie de règlements grand-ducaux.

Or, l'ignorance de la loi pénale ne peut constituer une cause de justification que si, en raison de circonstances spéciales, elle doit être considérée comme invincible dans le chef de celui qui en est victime (Cass. lux. 8 juin 1950, P.15, 41, Cour 30 octobre 1970, P. 21, 375).

En l'espèce il y a partant erreur de droit et de fait invincible indépendante de la volonté de **X.)** et à l'influence de laquelle il n'a pu se soustraire, résultant d'une cause étrangère qui ne put en rien être imputée à celui qui en est victime. Le prévenu a versé dans l'ignorance qui eût été, dans les mêmes circonstances, celle de tout homme raisonnable et prudent.

En l'espèce, toutes ces conditions sont donc remplies dans le chef de **X.)** alors qu'il n'est pas établi à l'exception de tout doute, au vu des circonstances spéciales précitées, que les restrictions au grand principe de la libre circulation et de la prestation de service des travailleurs d'un Etat-membre, en ce qui concerne plus particulièrement la ressortissante originaire d'un nouveau Etat-membre, à savoir la citoyenne européenne **A.)** , étaient connues et pouvaient raisonnablement être connues du prévenu **X.)** .

Ce doute doit profiter au prévenu.

Il y a partant lieu d'acquitter **X.)** de l'infraction lui reprochée, le Ministère Public n'ayant pas rapporté la preuve que le prévenu avait connaissance de l'état infractionnel dans lequel il se trouvait, alors que l'article L. 544-5 dans la formulation actuelle tel que rectifié par la loi du 22 décembre 2006, de même que les prescriptions et exceptions prévues aux articles 1er et 1bis du texte coordonné du 22 août 2006 du règlement grand-ducal déterminant les mesures applicables pour l'emploi des travailleurs étrangers sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg tel que modifié par le règlement grand-ducal du 31 juillet 2006 sous le titre : « Des permis de travail », ne permettent pas au prévenu de savoir à l'exception de tout doute que la Roumanie est concernée par des mesures prises en application des dispositions, dérogatoires et transitoires aux traités d'adhésion à l'Union Européenne et à l'Accord sur l'Espace Economique Européen.

3) infraction à l'article 327-2 du Code du Travail

Le Ministère Public reproche à **X.)** en infraction à l'article L. 327-2 du Code du Travail, d'avoir embauché trois entraîneuses, en l'espèce **A.)** , préqualifiée, ainsi que **B.)** , née le (…) à (…) (Slovaquie), demeurant L-(…), (…), et **C.)** , née le (…) à (…) (Slovaquie), demeurant à la même adresse à (…), sans que ces dernières ne se soient soumises à l'examen médical prévu à l'article 326-1 du même Code.

Il y a lieu de relever qu'il est seulement établi pour **A.)** qu'elle était engagée par le prévenu en tant qu'animatrice pour son bar à champagne et ce seulement depuis quelques jours avant le contrôle.

L'article 326-1 dispose qu'à part pour les postes à risque où cet examen doit se faire avant l'embauchage, que l'examen doit être fait dans les deux mois de l'embauchage.

Il s'en suit que cette infraction n'est pas donnée dans le chef de **X.)** et qu'il doit en être acquitté.

Au vu de ce qui précède, il y a lieu d'acquitter **X.)** des infractions non établies à sa charge:

« comme auteur, en sa qualité d'administrateur de la société anonyme « DISCO »,

1) en infraction à l'article L.544-3 du Code du Travail, sanctionné par l'article L.544-9 du même Code, avoir embauché un travailleur étranger sur le territoire luxembourgeois sans que ce dernier ne soit muni d'un permis de travail,

en l'espèce, d'avoir embauché A.) , née le (…) à (…) (Roumanie), de nationalité roumaine, demeurant actuellement à (…),(…), comme entraîneuse, sans que cette dernière ne soit en possession d'un permis de travail ou d'un document en tenant lieu ;

2) en infraction à l'article L.327-2 du Code du Travail, avoir embauché trois entraîneuses, en l'espèce A.) , préqualifiée, ainsi que B.) , née le (…) à (…) (Slovaquie), demeurant à L-(…), (…), et C.) , née le (…) à (…) (Slovaquie), demeurant à la même adresse à (…), sans que ses dernières ne se soient soumises à l'examen médical prévu à l'article 326-1 du même Code. »

P A R C E S M O T I F S :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, douzième chambre, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, le prévenu et son défenseur entendus en leurs explications et moyens de défense et la représentante du Ministère Public entendue en son réquisitoire,

a c q u i t t e le prévenu **X.)** des infractions non établies à sa charge;

le **r e n v o i e** des fins de sa poursuite pénale sans peine ni dépens;

l a i s s e les frais de sa poursuite pénale à charge de l'Etat.

Par application des articles 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195 et 196 du Code d'Instruction Criminelle qui furent désignés à l'audience par Madame la vice-présidente.

Ainsi fait et jugé par Brigitte KONZ, vice-présidente, Simone PELLES, premier juge, et Jean-Luc PUTZ, juge-délégué, et prononcé par Madame la vice-présidente en audience publique au Palais de Justice à Luxembourg, en présence de Stéphane PISANI, attaché de Justice, et de Andrée MOULIN, greffier, qui, à l'exception du représentant du Ministère Public, ont signé le présent jugement.