Jugt no 2723/2009 not.19256/08/CD

etr.

AUDIENCE PUBLIQUE DU 8 OCTOBRE 2009

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

Dans la cause du Ministère Public contre

X.)
né le (…) à (…) (P),
demeurant à L-(…), (…),

prévenu

F A I T S :

Par citation du **8 juin 2009** le Procureur d'Etat près le Tribunal d'arrondissement de Luxembourg a requis le prévenu de comparaître à l'audience publique du **29 juin 2009** devant le Tribunal correctionnel de ce siège pour y entendre statuer sur les préventions suivantes:

infractions à l'article L. 544-9 du Code du Travail, dont les dispositions sont reprises par l'article 144 de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration.

A l'audience publique du 29 juin 2009, l'affaire fut contradictoirement remise au 22 septembre 2009.

A cette audience, la vice-présidente constata l'identité de **X.)** et lui donna connaissance de l'acte qui a saisi le Tribunal.

Le témoin **T1.)** fut entendu en ses déclarations orales après avoir prêté le serment prévu à l'article 155 du Code d'instruction criminelle.

Le prévenu **X.)** fut entendu en ses explications et moyens de défense, lesquels furent plus amplement développés par Maître Philippe PENNING, avocat à la Cour, assisté de Maître Sébastien LANOUE, avocat, demeurant tous les deux à Luxembourg.

Le représentant du Ministère Public, Gilles HERRMANN, premier substitut du Procureur d'Etat, résuma l'affaire et fut entendu 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, le

I. LES FAITS 3

II. AU PENAL 4

1. QUALITE DU PREVENU 4
1.1. Hôtesses embauchées après le 28 septembre 2007 5
1.2. Hôtesses embauchées avant le 28 septembre 2007 5
2. QUALIFICATION DES CONTRATS 6
2.1. Moyens de défense 6
2.2. Appréciation 6
3. NECESSITE D'UN PERMIS DE TRAVIAL 9
3.1. Evolution du contexte juridique 9
3.1.1. Dispositions communautaires 9
3.1.2. Dispositions nationales 10
3.2. Existence d'un droit acquis 11
3.2.1. Moyens de défense 11
3.2.2. Appréciation 12
3.3. Inconstitutionnalité 13
3.3.1. Moyens de défense 13
3.3.2. Appréciation 13
4. ERREUR DE DROIT 15
4.1. Moyens de défense 15
4.2. Appréciation 15
5. CONCLUSION ET RECAPITULATIF 19

III QUANT A LA PEINE 20

1. Peine à encourir 20
1.1. Pluralité de dispositions légales 20
1.2. Rétroactivité de la loi pénale la plus douce 21
1.3. Concours 21
1.4. Conclusion 22
2. Personnalisation de la peine 22

JUGEMENT qui suit :

Vu le procès-verbal n° 1041 du 24 juillet 2008 établi par la police grand-ducale, Service S.R.E.C.

Vu la citation à prévenu du 8 juin 2009 régulièrement notifiée à **X.)** .

Le Ministère Public reproche au prévenu **X.)** de s'être rendu coupable dans 8 cas 'avoir embauché des travailleurs sans disposer de permis de travail. Il lui reproche plus concrètement d'avoir embauché en qualité de gérant de la société « **CAB1.)** S.à.r.l. » en qualité d'artiste 8 salariées de nationalité roumaine, sans que celles-ci n'aient disposé d'une autorisation de travail.

La période des faits incriminés varie pour chaque salariée, et s'étend globalement du 27 mai 2008 au 24 juillet 2008.

I. LES FAITS

Les éléments du dossier répressif, l'instruction à l'audience, les déclarations du témoin **T1.)**, ainsi que les déclarations du prévenu ont permis d'établir les faits suivants :

Au courant de l'année 2007, le prévenu **X.)** a repris le cabaret « **CAB1.)** Sàrl » en succédant **S.)** .

Lors d'un contrôle de police effectué en date du **24 juillet 2008**, les agents ont noté la présence des personnes suivantes travaillant dans le cabaret : **A.)** , **B.)** , **C.)** , **D.)** , **E.)** , **F.)** , **G.)** et **H.)** , ainsi que différentes autres personnes qui ne font cependant pas l'objet de la présente action publique.

L'audition de ces personnes par les services de police a permis de constater qu'elles travaillaient en qualité d'hôtesses au cabaret. Leur mission était de s'entretenir avec les clients et de les inciter à consommer des boissons. Toutes les hôtesses ont formellement nié s'être livrées à de quelconques services de nature sexuelle. Malgré la présence au cabaret, d'une scène, elles ont également indiqué qu'elles ne faisaient pas de prestations de danse ou de strip-tease. En consommant des boissons plus onéreuses, le client était toutefois en droit de se retirer pendant une demi-heure à trois quart d'heure avec l'hôtesse dans un séparé.

Il résulte des contrats qui ont été trouvés, et des déclarations tant du prévenu que des hôtesses que celles-ci étaient rémunérées en fonction des montants que leurs clients déboursaient en boissons. Ainsi percevaient-elles un certain pourcentage, complété par un montant fixe dès qu'une certaine somme était atteinte.

Les hôtesses touchaient ainsi une rémunération variant entre 700 et 1.300 euros par mois. Elles bénéficiaient en outre d'un logement et étaient nourries.

Le prévenu **X.)** a encore justifié du fait qu'il paye mensuellement une certaine somme à l'Administration des Contributions à titre de retenue d'impôt.

Le contrôle de police a permis de relever que toutes les personnes prémentionnées étaient de nationalité roumaine et ne disposaient pas de permis de travail.

Il résulte encore du dossier répressif que pour **G.)** , **H.)** , **E.)** , **F.)** et **C.)** , une autorisation de sous-gérance a été obtenue auprès de l'Administration des Douanes et Accises, les autorisant à remplacer le prévenu **X.)** en cas d'absence.

Le prévenu a été invité à se présenter au poste de police pour fournir des explications, mais ne s'y est présenté qu'à la suite d'un second contrôle de police qui a eu lieu le **28 juillet 2008**.

Le prévenu s'est défendu en faisant valoir que les hôtesses avaient le statut d'artistes indépendants, de sorte qu'aucun permis de travail ne serait exigé. Il aurait par ailleurs simplement continué à gérer le cabaret et à embaucher des hôtesses comme le gérant précédent avait l'habitude de le faire.

II. AU PENAL

1. QUALITE DU PREVENU

En l'espèce, les hôtesses travaillaient pour compte de la société **CAB1.)** Sàrl.

En vertu du principe "societas delinquere no potest", la responsabilité pénale incombe au dirigeant responsable en tant qu'il a personnellement posé ou fait poser le fait infractionnel[1].

Le droit luxembourgeois n'admettant pas la responsabilité pénale des personnes morales, il convient en effet de rechercher la ou les personne(s) physique(s), l'organe ou le préposé, à l'intérieur de la personne morale qui par commission ou par omission est ou sont la cause de l'état infractionnel. Cette solution qui fait attribuer la responsabilité pénale des délits apparus à l'occasion du fonctionnement de l'entreprise à celui qui détient le pouvoir de décision, le pouvoir financier, est le plus conforme au but préventif du droit pénal[2].

La Cour de cassation a notamment retenu que l'auteur pénalement responsable de l'infraction est la personne physique par l'intermédiaire de laquelle la personne morale a agi dans chaque cas particulier, cette personne physique étant responsable non pas en tant qu'organe compétent de la société, mais comme individu ayant commis l'acte illicite[3].

En l'espèce, le prévenu **X.)** était gérant unique et associé de la société **CAB1.)** Sàrl.

---

[1] Thiry, Précis d'Instruction criminel en droit luxembourgeois, n° 75 p. 65.
[2] TA Lux, 16 juin 1986, n° 974/86 ; TA Lux., 12 mai 1987, n° 896/97 ; TA Lux., 16 mai 1995, n° 1027795, confirmé par CSJ, 9 juillet 1987 ; CSJ 6 mai 1996, n° 198/96 VI.
[3] CSJ, cassation, 29 mars 1962, Pas. 18, 450.

Le prévenu fait valoir à l'audience que certaines des hôtesses auraient déjà travaillé au cabaret avant qu'il n'en a repris la gérance.

L'article L. 544-9 du Code du Travail sanctionne le fait « d'embaucher » un travailleur non muni d'un permis de travail. Le droit pénal étant d'interprétation stricte, il convient de retenir qu'il s'agit d'une infraction instantanée consommée au moment de l'embauche, et non d'une infraction continue qui persisterait tant que la personne travaille.

Le prévenu s'est mal exprimé à l'audience en faisant valoir qu'il aurait repris le fonds de commerce du cabaret **CAB1.)** . En effet, la société **CAB1.)** Sàrl a été créée dès 1999. Le prévenu n'a fait qu'en reprendre les parts sociales et la gérance.

Pour les salariés les plus anciens, il n'y a dès lors eu ni nouvelle embauche, ni même transfert d'entreprise au sens des articles L. 127-1 et suivants du Code du Travail, mais simplement continuation de la relation de travail.

Il importe donc de distinguer entre les salariés embauchés avant le 28 septembre 2007 et ceux embauchés après cette date.

1.1. Hôtesses embauchées après le 28 septembre 2007

Il résulte des contrats figurant au dossier répressif que :
- **A.)** a été embauchée par contrat du 14 juillet 2008
- **C.)** a été embauchée par contrat du 14 juillet 2008
- **E.)** a été embauchée par contrat du 14 juillet 2008
- **F.)** a été embauchée par contrat du 26 juillet 2008
- **G.)** a été embauchée par contrat du 14 juillet 2008
- **H.)** a été embauchée par contrat du 14 juillet 2008

Pour **D.)** , aucun contrat ne figure au dossier. Elle a cependant déclaré aux agents de police qu'elle est venue l'année dernière (2007) pour la première fois au Luxembourg et que lorsqu'elle a contacté le cabaret **CAB1.)** , **X.)** « était déjà patron du cabaret ».

Il est donc établi que ces hôtesses ont été embauchées à une période pendant laquelle le prévenu avait déjà la gérance de la société **CAB1.)** Sàrl.

Le prévenu **X.)** doit donc assume la responsabilité pénale d'infractions commises dans le cadre de cette embauche.

1.2. Hôtesses embauchées avant le 28 septembre 2007

Pour **B.)** , le dossier relève que tant dans leur procès-verbal que lors de l'audition, les agents de police ont fait référence à un contrat du 27 mai 2008. Toutefois, aucun contrat ne figure au dossier.

B.) a déclaré de son côté aux agents de police : « je débutais ici il y a deux années. Je commençais au '**CAB1.)** ', puis changeais au '(…)' pour quelques mois après, retourner de nouveau au '**CAB1.)** '. A cette époque M **S.)** était le gérant du '**CAB1.)** ' »

Il subsiste donc la possibilité que **B.)** ait été embauchée à une époque où le prévenu n'était pas encore gérant de la société **CAB1.)** Sàrl, et aucun élément du dossier ne permet d'affirmer le contraire avec certitude.

La responsabilité d'infractions pénales liées à cette embauche ne saurait donc être mise à charge du prévenu **X.)** .

2. QUALIFICATION DES CONTRATS

2.1. Moyens de défense

Le prévenu et son mandataire font valoir que les hôtesses n'auraient pas la qualité de salarié, mais seraient indépendantes. Dès lors, aucun permis de travail ne serait requis, et il conviendrait de prononcer un acquittement.

Ils se réfèrent tout d'abord au contenu des contrats qui ont été signés ainsi qu'au mode de calcul de la rémunération sur base du nombre de clients servis et de boissons vendues.

Ils font encore valoir que les hôtesses auraient été libres d'organiser leur horaire de travail et auraient choisi leurs clients.

2.2. Appréciation

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. Le tribunal correctionnel est dès lors compétent pour qualifier les contrats qui lui sont soumis, et il n'y a pas lieu de faire trancher cette question à titre préjudiciel par la juridiction du travail.

Le Tribunal correctionnel est dès lors compétent pour qualifier cette relation contractuelle[4].

Le Tribunal relève dans un premier temps que les contrats qui ont été signés précisent que les parties considèrent qu'il n'existe pas de lien de subordination entre eux. Les hôtesses sont explicitement qualifiées d'indépendantes. De même lors des auditions par la police, la plupart des hôtesses ont estimé avoir la qualité d'indépendantes.

[4] TA Lux., 19 février 2004, Ministère Public c/ S. F. ; CSJ, 18 octobre 2006, n° 489/06 X, Ministère Public c/ J.M.S. ; TA Lux., 22 juin 2005, n° 1943/2005, Ministère Public c/ D. I. et I. S., confirmé par CSJ, 20 février 2006, n° 79/06 VI.

Or, le Tribunal n'est pas lié par la **dénomination** ou qualification que les parties ont donnée à leur contrat[5]. Il convient de s'intéresser au contenu du contrat et à la manière dont il a réellement été exécuté en pratique, qui est seule décisive[6].

Ainsi, l'existence d'une relation de travail salariée ne dépend ni de la volonté exprimée par les parties, ni de la dénomination qu'elles ont donnée à leur convention, mais des conditions de fait dans lesquelles est exercée l'activité des travailleurs.

Le champ d'application de la législation sur le travail est en effet d'ordre public, de sorte que les parties ne peuvent, par une stipulation au contrat, en extraire leur relation contractuelle lorsqu'en réalité, un contrat de travail leur est soujacent.

Si la loi ne définit pas l'indépendant en soi, la loi du 30 juillet 1999 concernant le statut de l'artiste professionnel indépendant n'en définit pas moins ce dernier comme : « la personne qui, en dehors de tout lien de subordination, détermine elle-même les conditions dans lesquelles elle effectue ses prestations artistiques et qui en assume le risque économique et social ».

A l'opposé, d'après une jurisprudence constante, le contrat de travail est « la convention par laquelle une personne s'engage à mettre son activité à la disposition d'une autre, sous la subordination de laquelle elle se place, moyennant rémunération »[7].

Les critères de la rémunération et de la prestation de travail sont donnés en l'espèce.

Or, c'est la **subordination juridique** qui est le critère essentiel et caractéristique[8] du contrat de travail. Le lien de subordination est celui qui place le salarié sous l'autorité de l'employeur qui lui donne des ordres concernant l'exécution du travail, en contrôle l'accomplissement et en vérifie les résultats[9].

Il est peut être vrai, comme le soutient le prévenu, que les hôtesses avaient une certaine liberté pour s'organiser entre elles, notamment en ce qui concerne la répartition des horaires et des clients.

---

[5] voir p.ex. TA Lux, 26.3.1974, n° 14329 ; TT Lux., 17.10.1986, n° 2979/86 ; CSJ, 10.2.1994, n° 14537 ; CSJ, 9.1.1997, n° 18786 ; CSJ, IIIe, 28.1.1999, n° 22192 ; CSJ, 4.1.2001, n° 24644 ; CSJ, VIIIe, 22.1.2004, n° 27451 ; CSJ, IIIe, 22.4.2004, n° 27606 ; CSJ, VIIIe, 6.1.2005, n° 28778.

[6] voir p.ex. CSJ, VIIIe, 15.5.2003, n° 26894 ; CSJ, VIIIe, 22.1.2004, n° 27451.

[7] voir p.ex. : CSJ, IIIe, 26.3.1998, n° 21131 ; CSJ, VIIIe, 15.5.2003, n° 26894 ; CSJ, VIIIe, 9.10.2003, n° 27505 ; CSJ, IIIe, 22.4.2004, n° 27606 ; CSJ, IIIe, 24.3.2005, n° 29163 ; CSJ, IIIe, 13.7.2006, n° 29737 ; CSJ, VIIIe, 20.11.2008, n° 33406 ; CSJ, VIIIe, 27.11.2008, n° 32887 ; CSJ, VIIIe, 5.3.2009, n° 32539, 32540, 32541, 32542 & 32543 ; CSJ, VIIIe, 19.3.2009, n° 33544.

[8] voir p.ex. CSJ, 9.1.1997, n° 18786 ; CSJ, IIIe, 26.3.1998, n° 21131 ; CSJ, VIIIe, 19.3.2009, n° 33544.

[8] voir p.ex. CSJ, 12.12.1991 ; TA Lux., 13.10.2006, n° 2860/2006.

[9] voir p.ex. CSJ, cassation (social), 9.5.1974, n° 206 ; CSJ, 14.5.1993, n° 1856/93 ; CSJ, 4.1.2001, n° 24644 ; CSJ, IIIe, 22.4.2004, n° 27606 ; CSJ, IIIe, 24.3.2005, n° 29163 ; CSJ, VIIIe, 28.4.2005, n° 29348 ; CSJ, VIIIe, 27.11.2008, n° 32887 ; CSJ, VIIIe, 19.3.2009, n° 33544.

Il n'empêche que le prévenu s'est réservé le droit d'imposer certaines règles de fonctionnement.

En effet, la subordination n'est pas à rechercher uniquement dans la manière dont les hôtesses doivent exécuter leur travail. Certaines fonctions en effet, notamment celles d'artistes, comportent une large marge de liberté en ce qui concerne l'exécution du travail à proprement parler. Ce qui caractérise dans ce cas la sujétion à l'employeur est l'intégration du salarié dans la structure de l'employeur et son absence d'autonomie quant à la gestion des affaires.

Ainsi, la jurisprudence a retenu comme critère en faveur d'une relation de travail le fait que le travailleur ne peut pas librement affecter l'argent qu'il encaisse auprès des clients[10], condition qui est vérifiée en l'espèce.

L'**exclusivité** est également peu caractéristique d'une relation indépendante. Or, à l'audience, le prévenu a confirmé que les hôtesses ne travaillent pas, au cours d'une même période, dans plusieurs cabarets.

Les hôtesses n'ont aucune **indépendance organisationnelle**; elles ne décident rien quant au fonctionnement du cabaret, à la manière dont elles exécutent leur travail ou au type de boissons qui sont servies.

Le fait que le cabaret fournisse la nourriture et le logement est encore caractéristique d'une relation salariale, le client ne logeant ni ne nourrissant normalement les prestataires indépendants auxquels il a recours.

Les hôtesses n'ont de même aucune **indépendance financière.** Les prix de vente des boissons leur est imposé. Elles n'encaissent pas elle-même l'argent. Elles ne tiennent pas de comptabilité ni de bilan de leur activité, ne payent pas de TVA et n'émettent pas de facture. En réalité, leur prestation est vendue par le prévenu à titre de complément aux boissons qu'il achète et qu'il sert lui-même.

En ce qui concerne leur **rémunération**, s'il est vrai qu'une partie est variable, les hôtesses n'en perçoivent pas moins une partie fixe, ce qui est caractéristique de la relation de travail. Il en est de même pour le caractère régulier de la rémunération, qui revenait aux hôtesses deux fois par mois, et non pas à chaque fois qu'elles avaient fourni une prestation pour un client. Le fait que les hôtesses aient perçu leur rémunération bi-mensuelle de la part du prévenu augmente encore leur dépendance à son égard, alors qu'une personne réellement indépendante encaisse elle-même le prix auprès du client et ne transmet qu'ensuite à un tiers une éventuelle commission qu'elle redoit.

Le lien de subordination qui caractérise un contrat de louage de service n'exige pas que l'employeur exerce sur l'activité du travailleur une direction étroite et permanente ; il suffit que le premier ait le droit de donner au second des instructions pour l'organisation et l'exécution du travail convenu. Le fait que ces artistes prenaient certaines libertés avec la législation sur le contrat de louage de travail, notamment en matière de congés de récréation, n'enlève pas aux relations qui

[10] CSJ, IIIe, 14.1.1999, n° 21267.

existaient entre elles et le prévenu le caractère d'un louage de travail quelle que soit la dénomination qui en est donnée par elles-mêmes ou par leur patron[11].

Il découle de ce qui précède qu'il existe un lien de subordination et que la société **CAB1.)** Sàrl est liée aux hôtesses par un contrat de travail. Les contrats d'indépendants sont donc des contrats factices, leur contenu et notamment la clause d'indépendance y figurant ne reflétant aucunement le régime et les conditions de travail réels des femmes concernées.

Le moyen soulevé est dès lors à rejeter.

Il convient de relever qu'il a été précédemment jugé que les contrats d'artiste indépendants pour des hôtesses effectuant des travaux similaires à ceux qu'elles effectuaient dans la présente espèce sont à qualifier de contrats de travail[12].

3. NECESSITE D'UN PERMIS DE TRAVIAL

3.1. Evolution du contexte juridique

3.1.1. Dispositions communautaires

Le point 2, paragraphe 1 et 2 de l'annexe VII à l'**acte d'adhésion**, relatif 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

[11] CSJ, 18 octobre 2006, n° 489/06 X, Ministère Public c/ J.M.S.
[12] TA Lux., 19 février 2004, Ministère Public c/ S. F. ; CSJ, 18 octobre 2006, n° 489/06 X, Ministère Public c/ J.M.S. ; TA Lux., 22 juin 2005, n° 1943/2005, Ministère Public c/ D. I. et I. S., confirmé par CSJ, 20 février 2006, n° 79/06 VI ; Tribunal Administratif, 7 novembre 2007, n° 23260 confirmé par Cour Administrative, 24 avril 2008, n° 23781C.

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.

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.

Sur le plan communautaire, les ressortissants roumains ne bénéficiaient ainsi pas de la libre circulation des travailleurs jusqu'au 1er janvier 2009.

Sur base de ces dispositions, l'Administration avait continué à réclamer et réclame aujourd'hui encore des permis de travail pour les ressortissants des nouveaux Etats – membres, donc notamment pour les Roumains. Le gouvernement a en effet décidé de prolonger par la suite cette dérogation jusqu'au 1er janvier 2012[13].

3.1.2. Dispositions nationales

L'article 26 al. 1 de la loi du 28 mars 1972 concernant l'emploi de la main-d'œuvre étrangère, puis l'article L. 544-3 du Code du Travail disposaient : « Aucun travailleur étranger ne peut être occupé sur le territoire du Grand-Duché sans permis de travail ».

La loi du **28 mars 1972** prévoyait comme exception dans son article 28, depuis une modification intervenue par une loi du **29 avril 2004** : « 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 … n'est pas requis pour les travailleurs ressortissants des pays membres de l'Union européenne et des pays parties à l'Accord sur l'Espace économique européen ».

La loi du **31 juillet 2006** portant introduction d'un Code du Travail a abrogé la disposition précitée et introduit un article L. 544-5 rédigé comme suit : « Le permis de travail prévu à l'article L. 544-3 n'est pas requis pour les travailleurs ressortissants des pays membres de l'Union européenne et des pays parties à l'Accord sur l'Espace économique européen ».

[13] Décision du Gouvernement en conseil du 4 septembre 2008 concernant l'accès des ressortissants bulgares et roumains au marché du travail luxembourgeois ; Mémorial B n° 87 du 21 octobre 2008, p. 1351.

En date du **22 décembre 2006**, les exceptions transitoires pour les ressortissants roumains ont été réintroduites dans le Code du Travail. En effet, la loi du 22 décembre 2006 « portant rectification du Code du travail » a précisé en son article 3 que l'article L. 544-5 du Code du travail se lit comme 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.»

Il s'agissait donc de rectifier une erreur. En effet, le Code du Travail était censé être une codification à droit constant du droit du travail luxembourgeois et ne visait pas à apporter un changement quant au fond.

Les dispositions du Code du Travail relatives au permis de travail ont finalement été abrogées par une loi du **29 août 2008** portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration. L'exception transitoire a cependant été maintenue par l'article 6(3) de cette loi en ces termes : « Durant le temps de validité 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, les travailleurs salariés ressortissants de ces Etats demeurent soumis à l'octroi d'une autorisation de travail ».

3.2. Existence d'un droit acquis

3.2.1. Moyens de défense

Maître Philippe PENNING fait valoir qu'après l'introduction du Code de Travail, ce dernier exemptait tous les travailleurs ressortissants de pays membres de l'Union Européenne de l'obligation d'obtenir un permis de travail.

Puisque plus aucune restriction ne s'imposait à ce moment aux ressortissants des nouveaux Etats Membres pour exercer toutes les libertés communautaires, ils disposeraient désormais d'un droit acquis à accéder librement au marché de l'emploi luxembourgeois.

Le législateur luxembourgeois aurait implicitement mais nécessairement à la faculté ouverte par les traités d'adhésion,

La rectification législative postérieure ne saurait faire échec à ce droit acquis.

3.2.2. Appréciation

Maître Philippe PENNING ne précise pas clairement sur quelle base légale il conviendrait de retenir un droit acquis au bénéfice des travailleurs roumains. Il fait uniquement référence à la « confusion juridique » qui ne serait « pas compatible avec l'exigence de prévisibilité de la loi pénale, exigence dont découle le principe de légalité des délits et des peines ».

Le fait qu'une **situation juridique soit confuse** peut avoir une incidence notamment au niveau de l'élément moral de l'infraction, et plus particulièrement au regard d'une éventuelle erreur de droit. Néanmoins, le caractère confus d'une nouvelle loi ne confère pas aux justiciables un droit acquis à la situation antérieure qui leur paraissait plus favorable.

L'**exigence de prévisibilité de la loi**, donc le principe de sécurité juridique, est un principe qui guide souvent le législateur dans son activité législative. Néanmoins, la décision du législateur de décevoir les justiciable en leur retirant des avantages et droits précédemment octroyés est une décision purement politique qui s'impose au justiciable et au juge. Le fait que le justiciable soit déçu dans ses prévisions par une intervention législative, ne lui confère pas de droit acquis.

En ce qui concerne le principe de la **légalité des délits et des peines**, l'article 14 de la Constitution énonce que «nulle peine ne peut être établie ni appliquée qu'en vertu de la loi». Le principe de la légalité de la peine entraîne la nécessité de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour en exclure l'arbitraire et permettre aux intéressés de mesurer exactement la nature et le type des agissements sanctionnables[14]. Or, le changement législatif intervenu par la loi du 22 décembre 2006 est clair dans sa formulation et ne laisse aucun doute quant à sa portée. Le principe de légalité des délits et des peines ne s'oppose pas à ce que le législateur incrimine un fait qui précédemment échappait à la sanction pénale. Il ne crée pas de droit acquis à ce qu'un fait reste éternellement dépénalisé.

Aucun autre principe du droit luxembourgeois n'exige par ailleurs qu'un citoyen soumis à la loi luxembourgeoise puisse bénéficier d'un droit acquis à une situation légale qui lui était favorable par le passé. Admettre le contraire reviendrait en effet à exiger que la situation de tous les justiciables devrait constamment s'améliorer.

Le moyen invoqué par le mandataire du prévenu ne trouve dès lors pas d'assise en droit.

[14] arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 12/02 du 22 mars 2002.

3.3. Inconstitutionnalité

3.3.1. Moyens de défense

Maître Philippe PENNING fait valoir encore que la loi du 22 janvier 2006 qui a modifié l'article L. 544-5 du Code du Travail en réintroduisant l'application de mesures restrictives à l'accès au marché luxembourgeois du travail serait inconstitutionnelle.

Après que toute exception pour les roumains a été aboulie, la réintroduction d'une telle exception constituerait une discrimination incompatible avec les articles 10bis et 111 de la Constitution.

Maître Philippe PENNING fait valoir plus particulièrement que l'employeur se trouve dans une situation comparable, qu'il souhaite engager un ressortissant roumain à la fin de l'année 2006 ou au début de l'année 2007. Il n'y aurait aucune disparité objective justifiant une différence de traitement. La différence de traitement ne serait pas non plus rationnellement justifiée, ni adéquate, ni proportionnée. En particulier, la mesure serait disproportionnée par rapport au but poursuivi de protéger le marché de l'emploi au Luxembourg, étant donné que les postes de travail litigieux ne seraient pas recherchés par les nationaux luxembourgeois. De manière générale, la réincrimination de faits qui ont été préalablement dépénalisés ne saurait être une mesure proportionnée.

Du fait que les employeurs qui ont embauché des roumains avant la fin de l'année 2006 seraient en conformité avec la loi, tandis que ceux qui ont embauché des roumains à partir de 2007 seraient punissables créerait une inégalité de traitement injustifiable.

Le Tribunal relève dans un premier temps que tout changement législatif fait en sorte que des personnes qui ont agi sous l'ancien régime sont traitées différemment de celles qui agissent sous le nouveau régime législatif.

Maître Philippe PENNING conclut en requérant que la Cour Constitutionnelle soit saisie de la question suivante : *« La loi du 22.12.2006 modifiant l'article L. 544-5 du Code du travail est-elle conforme aux articles 10bis et 111 de la constitution, en ce qu'elle réintroduit dans l'article 544-4 du code du travail l'application de mesures restrictives à l'accès au marché luxembourgeois du travail pour les ressortissants des nouveaux états membres assorties de sanctions pénales, lesquelles mesures avaient pourtant été abrogées par la loi du 31.7.2006 portant création d'un code du travail* ».

3.3.2. Appréciation

S'il est vrai que l'alinéa 1er de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 portant organisation de la Cour Constitutionnelle prévoit qu'en présence d'un moyen d'inconstitutionnalité d'une loi soulevé par une des parties au litige, il y a obligatoirement lieu à saisine de la Cour Constitutionnelle par le Tribunal saisi du

litige, l'alinéa 2 du même article prévoit toutefois trois cas de dispense, à savoir lorsque :

a) une décision sur la question soulevée n'est pas nécessaire pour rendre le jugement;
b) la question de constitutionnalité est dénuée de tout fondement;
c) la Cour Constitutionnelle a déjà statué sur une question ayant le même objet.

Le Tribunal relève que la Cour Constitutionnelle a statué comme suit[15] :

« Considérant que si aux termes des articles 10bis et 11 (3) et (4) de la Constitution «les Luxembourgeois sont égaux devant la loi», que «l'Etat garantit les droits naturels de la personne humaine et de la famille» et que «la loi garantit le droit au travail et assure à chaque citoyen l'exercice de ce droit», l'article 111 de la Constitution dispose toutefois que «tout étranger qui se trouve sur le territoire du Grand-Duché, jouit de la protection accordée aux personnes et aux biens, sauf les exceptions établies par la loi».

Considérant qu'en raison des exceptions formellement prévues par la Constitution, les restrictions du droit au travail des étrangers contenues dans les articles 1er, 26 et 27 de la loi modifiée du 28 mars 1972 précitée, ne sont pas contraires à la Constitution ».

Dans cette affaire, ce n'était certes pas l'exception de l'article 28 qui était à l'épreuve du principe d'égalité, mais celle des articles 26 et 27.

Néanmoins, la Cour Constitutionnelle a clairement déduit l'absence d'inconstitutionnalité du fait que la Constitution elle-même autorise le législateur à prévoit des exceptions en matière d'embauche et d'accès au travail.

Il s'ajoute que l'exception qui est actuellement litigieuse est explicitement autorisée et légitimée par des traités internationaux et le droit communautaire, sources juridiques qui sont d'essence supérieure à la Constitution dans la hiérarchie des normes.

Le but poursuivi par le législateur est dès lors légitime, et du fait que la mesure soit strictement limitée dans le temps lui ôte toute critique de disproportionnalité. En effet, il ne s'agit que de mesures transitoires qui visent à faire accéder progressivement les citoyens des nouveaux Etats membres à une égalité avec les autres ressortissants communautaires.

La question de constitutionnalité qui a été soulevée est dès lors dénuée de tout fondement. Il n'y a par conséquent pas lieu de faire droit à la demande de renvoi préjudiciel devant la Cour Constitutionnelle.

[15] Arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 14/02 du 6 décembre 2002, n° 14 du registre).

4. ERREUR DE DROIT

4.1. Moyens de défense

Maître Philippe PENNING conclut encore à l'acquittement, sinon à une réduction de peine en faveur de **X.)** parce que ce dernier aurait été victime d'une erreur sur la loi et aurait agi de bonne foi.

A l'appui de la thèse d'une erreur de droit, il fait valoir tout d'abord que **X.)** aurait pu se fier à la situation légale telle qu'elle existait suite à l'introduction du Code du Travail et qu'il ne devait pas s'attendre à ce que ce changement s'avère être une erreur du législateur, de sorte qu'une rectification interviendrait. L'erreur du prévenu serait d'autant plus excusable que les traités d'adhésion prévoyaient la possibilité pour le législateur luxembourgeois de renoncer aux mesures restrictives.

Maître Philippe PENNING souligne encore que le prévenu a repris le fonds de commerce et le mode de fonctionnement de **S.)** , qui était juriste de formation. Il aurait donc pu légitimement croire que la procédure d'embauche mise en place par ce dernier était conforme à la loi. **S.)** lui aurait même remis un arrêt de la Cour de Cassation luxembourgeoise confirmant que des ressortissants roumains n'avaient pas besoin de permis de travail.

Il fait valoir encore que l'Administration des Contributions aurait accepté la situation telle qu'elle existait. Ainsi aurait-elle accepté de percevoir de la part du prévenu des impôts retenus à la source sur les cachets payés aux hôtesses explicitement déclarées comme « artistes indépendants étrangers ».

Maître Philippe PENNING conclut que face à une situation juridique à ce point complexe et inextricable pour un profane, il conviendrait de retenir l'erreur de droit dans le chef du prévenu.

4.2. Appréciation

L'ignorance de la loi pénale, si elle ne résulte pas de circonstances de force majeure, n'est pas une cause de justification[16].

L'erreur de droit ne constitue une cause de justification en matière répressive que lorsqu'elle résulte d'une cause étrangère qui ne peut en rien être imputée à celui qui en est la victime et que celui-ci a versé dans une ignorance qui eût été, dans les mêmes circonstances, celle de tout homme raisonnable et prudent. Il appartient au prévenu d'établir la circonstance spéciale faisant apparaître qu'il n'était pas en mesure d'éviter l'erreur qu'il invoque[17].

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

[16] CSJ, cassation, 8 juin 1950, Pas. 15, 41.
[17] CSJ, cassation, 12 juin 1975, Pas. 29, 112.

est celle qui résulte d'une cause étrangère qui ne peut être imputée à celui qui en est la victime[18].

• Quant à la **situation légale confuse** qui aurait induit le prévenu en erreur, il convient de relever que les lois étaient claires, même si elles se sont succédé relativement rapidement dans le temps.

Le prévenu n'explique par ailleurs pas en quoi il se serait fié d'avantage à l'abolition des restrictions pour ressortissants roumains, plutôt qu'à leur instauration et sa réinstauration.

On ne saurait par ailleurs admettre qu'un citoyen qui prend connaissance à un moment donné d'une certaine situation légale, la tienne définitivement pour acquise, et omette à l'avenir de s'informer quant à un éventuel changement.

L'argument présenté par le prévenu est d'autant moins convainquant que pendant la période durant laquelle le Code du Travail n'exigeait pas de permis de travail pour les roumains, le prévenu n'était pas encore gérant de la société **CAB1.)** et ne devait donc pas s'intéresser à la question.

C'est en effet à compter de septembre 2008, lorsqu'il a repris la gérance du **CAB1.)** qu'il aurait dû s'intéresser aux conditions et formalités d'embauche de ressortissants des nouveaux Etats Membres. En tant que gérant d'une société, il est en effet de sa responsabilité de s'informer sur la législation en vigueur.

Il s'ajoute que le prévenu a admis tant devant les agents de police qu'à l'audience, qu'en réalité, il avait simplement continué le mode de fonctionnement tel qu'il existait sous le précédent gérant.

Ce ne sont donc pas la lecture et l'analyse des traités d'adhésion, du droit communautaire et de la législation nationale qui ont induit le prévenu en erreur.

Le prévenu ne saurait invoquer à son profit un prétendu caractère confus de la loi s'il admet ne pas l'avoir consultée.

• Quant aux **pratiques de son prédécesseur S.)** , il convient de relever qu'en lui succédant dans les fonctions de gérant, le prévenu **X.)** a assumé des responsabilités propres, de sorte que les fautes commises par le précédent gérant ne sont pas de nature à le disculper s'il se content de les imiter.

Même si **S.)** était juriste, il n'est cependant pas une autorité absolue en la matière. Par ailleurs, il n'exerçait au moment en question non pas le métier de juriste, mais le métier de commerçant exploitant un débit de boisson, et cherchant à le rentabiliser.

Le prévenu ne saurait dès lors faire valoir une erreur de droit du fait qu'il a simplement suivi ce qui s'est fait précédemment, sans se poser d'autre question.

[18] CSJ, cassation, 25 mars 2004, n° 2062.

• Quant à l'**attitude de l'Administration des Contributions**, la jurisprudence retient que **l**es 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[19].

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[20].

En l'espèce, il convient de retenir que l'Administration des Contributions a fait application de l'article 151 de la loi sur l'impôt sur le revenu (LIR) qui prévoit une retenue d'impôt sur les revenus provenant de l'exercice d'une activité indépendante de nature littéraire ou artistique lorsque cette activité est ou a été exercée ou mise en valeur au Grand-Duché de Luxembourg.

Or, en s'informant sur le sujet, le prévenu aurait du savoir que cet article ne s'applique qu'aux contribuables non résidents. Il résulte toutefois des déclarations des hôtesses à la police, que la plupart d'entre elles se sont inscrites à la commune de Luxembourg et sont donc résidantes au Luxembourg. Les autres y résidaient de fait pendant une longue durée.

Le prévenu s'est donc servi du mauvais formulaire et n'a pas informé l'Administration qu'en réalité, les « artistes » travaillaient pour lui résidaient au Luxembourg. En effet, le paiement étant forfaitaire, l'Administration ne connaissait pas l'identité des artistes pour lesquels une retenue à la source était faite et ne pouvait donc s'en rendre compte.

Il s'ajoute que, comme dans de nombreux cas, l'Administration est contrainte de se fier aux déclarations des administrés, et ne peut investiguer dans chaque cas d'espèce. Les contrôles de l'Administration ne peuvent être faits que par échantillon. Le fait que l'Administration n'ait à ce jour pas vérifié sur place si les hôtesses effectuent réellement des prestations artistiques et ont leur résidence à l'étranger ne saurait dès lors porter à conséquence.

Le prévenu ne saurait donc, ayant lui-même fait des déclarations non conformes à la loi, se baser sur un simple silence de l 'Administration des Contributions pour conclure à une erreur de droit dans son chef.

• En ce qui concerne **l'arrêt de cassation** auquel il est fait référence, il convient de constater qu'il existe effectivement un arrêt de cassation dans une affaire entre le Ministère Public et **S.)** [21]. Dans cet arrêt, la Cour de Cassation casse et annule un arrêt de la Cour Supérieure de Justice, sans renvoyer l'affaire, en raison d'une violation du principe constitutionnel de la légalité des peines. Il convient toutefois de

[19] Jean CONSTANT, Traité de Droit Pénal, T. I, Nr 42 et 457.
[20] Juris-classeur PENAL, Erreur sur le Droit, n°40.
[21] CSJ, cassation, 14 juin 2007, n° 41/2007, n° 2435 du registre,

retenir que l'arrêt cassé avait prononcé une condamnation pour des faits qui se sont produits en 2006, pendant l'intervalle durant lequel aucune exception transitoire ne figurait dans la loi luxembourgeoise pour les ressortissants roumains.

Du fait que le prévenu **X.)** était au courant de la procédure qui était dirigée contre **S.)** , il devait savoir que la situation juridique était du moins douteuse. Par ailleurs, un arrêt ou jugement ne peut jamais avoir autorité que dans un cas d'espèce déterminé, et à un moment déterminé, la situation légale qui lui est sous-jacente pouvant évoluer à tout moment.

• Il convient encore de se référer au fait que le prévenu réservait un **traitement volontairement différent** aux ressortissantes roumaines. Il résulte en effet des enquêtes de police que pour les ressortissantes roumaines, des contrats écrits ont été signés, tandis que pour ceux ayant des papiers luxembourgeois, par exemple parce qu'elles sont mariées à un luxembourgeois, aucun contrat n'a été signé.

Même si le prévenu a déclare aux agents de police avoir simplement repris le système de son prédécesseur, le fait qu'il ait continué à opérer cette différence prouve qu'il avait conscience d'un potentiel problème au niveau de la situation juridique et administrative des ressortissantes roumaines.

• Le prévenu, qui travaillait quotidiennement au cabaret et donnait des ordres, ne pouvait par ailleurs ignorer la véritable nature du travail des hôtesses. Il savait qu'elles n'effectuent pas de **travail artistique**, de sorte qu'il devait nécessairement savoir que le statut qui leur était contractuellement donné n'était qu'artifice et dissimulation. Pour le moins, cette fiction aurait-elle dû faire naître dans son esprit des interrogations quant à la régularité de l'embauche.

• Il découle de ce qui précède que le prévenu aurait du moins avoir un doute quant à la légalité des contrats d'artistes indépendants embauchés sans permis de travail.

Ce doute aurait dû le mener à s'informer d'avantage, notamment auprès des autorités ou d'un juriste confirmé en la matière.

En se renseignant auprès des autorités ou d'un juriste son doute aurait été fort vite dissipé au regard des nombreux jugements et arrêts (cités ci-avant), datant de 2004, 2005 et 2006, qui avaient déjà statué de manière claire et tranchante sur la question.

L'erreur dont le prévenu affirme avoir été victime n'était donc pas invincible.

5. CONCLUSION ET RECAPITULATIF

Il découle de ce qui précède que les hôtesses ont la qualité de travailleuses salariées, qu'en tant que ressortissantes roumaines, elles avaient besoin d'un permis de travail au moment de leur embauche, qu'elles n'en disposaient cependant pas et que le prévenu ne saurait invoquer l'erreur de droit.

Dès lors, le prévenu **X.)** est **convaincu** :

« comme auteur, ayant lui-même commis l'infraction,

*en sa qualité de gérant de la société à responsabilité limitée « **CAB1.)** S.à r.l. », établie et ayant son siège social à L-*(…)*,* (…)*, immatriculée au Registre de Commerce et des Sociétés de Luxembourg sous le numéro* (…)*,*

en infraction à l'article L.544-9 du Code du Travail, dont les dispositions sont reprises actuellement par l'article 144 de la loi du 29 août 2008 sur la libre circulation des personnes et l'immigration, avoir embauché un travailleur étranger non muni de l'autorisation de séjour pour travailleur salarié prévue par cette loi ou d'une autorisation de travail si celle-ci est requise,

*1. Du 16 juillet 2008 au 24 juillet 2008 au « cabaret **CAB1.)** »», à L-*(…)*,* (…)*,*

> *en l'espèce, d'avoir embauché **A.)** , de nationalité roumaine, née le* (…) *à* (…) *(RO), demeurant à L-*(…)*,* (…)*, en qualité d'artiste, sans que celle-ci ne disposât d'une autorisation de travail, alors qu'étant de nationalité roumaine, elle était soumise à l'obligation d'une autorisation de travail,*

*2. Du 16 juillet 2008 au 24 juillet 2008 au « cabaret **CAB1.)** »», à L-*(…)*,* (…)*,*

> *en l'espèce, d'avoir embauché **C.)** , de nationalité roumaine, née le* (…) *à* (…) *(RO), demeurant à L-*(…)*,* (…)*, en qualité d'artiste, sans que celle-ci ne disposât d'une autorisation de travail, alors qu'étant de nationalité roumaine, elle était soumise à l'obligation d'une autorisation de travail,*

*3. du 14 juillet 2008 au 24 juillet 2008 au « cabaret **CAB1.)** »», à L-*(…)*,* (…)*,*

> *en l'espèce, d'avoir embauché **D.)** , de nationalité roumaine, née le* (…) *à* (…) *(RO), demeurant à L-*(…)*,* (…)*, en qualité d'artiste, sans que celle-ci ne disposât d'une autorisation de travail, alors qu'étant de nationalité roumaine, elle était soumise à l'obligation d'une autorisation de travail,.*

*4. Du 16 juillet 2008 au 24 juillet 2008 au « cabaret **CAB1.)** »», à L-*(…)*,* (…)*,*

> *en l'espèce, d'avoir embauché **E.)** , de nationalité roumaine, née le* (…) *à* (…) *(RO), demeurant à L-*(…)*,* (…)*, en qualité d'artiste, sans que celle-ci ne disposât d'une autorisation de travail, alors qu'étant de nationalité roumaine, elle était soumise à l'obligation d'une autorisation de travail,*

*5. Du 16 juillet 2008 au 24 juillet 2008 au « cabaret **CAB1.)** »», à L-*(…), (…),

*en l'espèce, d'avoir embauché **F.)** , de nationalité roumaine, née le* (…) *à* (…) *(RO), demeurant à L-*(…), (…)*, en qualité d'artiste, sans que celle-ci ne disposât d'une autorisation de travail, alors qu'étant de nationalité roumaine, elle était soumise à l'obligation d'une autorisation de travai,*

*6. Du 16 juillet 2008 au 24 juillet 2008 au « cabaret **CAB1.)** »», à L-*(…), (…),

*en l'espèce, d'avoir embauché **G.)** , de nationalité roumaine, née le* (…) *à* (…) *(RO), demeurant à L-*(…), (…)*, en qualité d'artiste, sans que celle-ci ne disposât d'une autorisation de travail, alors qu'étant de nationalité roumaine, elle était soumise à l'obligation d'une autorisation de travail,*

*7. Du 18 juillet 2008 au 24 juillet 2008 au « cabaret **CAB1.)** »», à L-*(…), (…),

*en l'espèce, d'avoir embauché **H.)** , de nationalité roumaine, née le* (…) *à* (…) *(RO), demeurant à L-*(…), (…)*, en qualité d'artiste, sans que celle-ci ne disposât d'une autorisation de travail, alors qu'étant de nationalité roumaine, elle était soumise à l'obligation d'une autorisation de travail ».*

III QUANT A LA PEINE

1. Peine à encourir

1.1. Pluralité de dispositions légales

Le mandataire du prévenu soulève, quant à la peine encourue par **X.)** , qu'il existerait une confusion au niveau de la sanction. Il fait valoir que le défaut de permis de travail est sanctionné tant par l'article 12 (1) du règlement grand-ducal du 12 mai 1972, non abrogé, et par l'article 544-9 du Code du Travail. Or, ces articles prévoient des peines différentes.

Il y aurait lieu, au regard des circonstances du dossier, d'appliquer la peine la plus douce prévue par ces articles.

Le Tribunal constate que la législation luxembourgeoise prévoit les peines suivantes en cas d'embauche d'un travailleur sans permis de travail valable :

- l'article 12(1) 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 prévoit une peine d'amende de 500 à 25.000 euros et un emprisonnement de huit jours à un mois ou d'une de ces peines seulement.

- L'article L. 544-9 du **Code du Travail**, tel qu'il existait au moment des faits, comminait une peine d'amende de 251 à 25.000 euros et un emprisonnement de huit jours à six mois ou une de ces peines seulement.

Le règlement grand-ducal prévoit une peine plus légère que le Code du Travail, le maximum de l'emprisonnement n'étant que d'un mois.

Le Tribunal relève cependant que lorsqu'un même comportement entre dans les prévisions de deux articles différents, il y a infraction à chacun de ces articles.

Ce conflit serait à résoudre au moyen des règles sur le concours idéal. Dès lors, en application de l'article 65 du Code pénal, ce n'est pas la peine la moins forte, mais la peine la plus forte qui devrait être seule prononcée.

Il s'ajoute que les peines comminées par le Code du Travail correspondent à la volonté la plus récente du législateur, et qu'il s'agit par ailleurs de cette infraction à l'article L. 544-9 qui est exclusivement visée par la citation du Ministère Public.

En droit, il y a dès lors lieu d'appliquer les peines prévues par l'article L. 544-9 du Code du Travail et non celles comminées par le règlement grand-ducal du 12 mai 1972.

La clémence invoquée par Maître Philippe PENNING pourra jouer au niveau de l'appréciation de la peine, mais n'a pas d'incidence sur les règles du concours, ni sur le choix de la disposition pénale à appliquer.

1.2. Rétroactivité de la loi pénale la plus douce

La loi du 29 août 2008 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration a aboli l'article L.544-9 du Code du travail.

L'article 144 de la prédite loi du 29 août 2008 punit d'un emprisonnement de huit jours à un an et d'une amende de 251 à 20.000 euros ou d'une de ces peines seulement, l'employeur qui a embauché un travailleur étranger non muni de l'autorisation de séjour pour travailleur salarié prévue par cette loi ou d'une autorisation de travail si celle-ci est requise.

Le principe de la légalité des peines consacré par l'article 14 de la Constitution implique celui de la rétroactivité de la peine la plus douce[22].

Le Tribunal relève que l'état nouvel du droit prévoit une peine d'emprisonnement plus lourde, mais une amende moindre.

Il convient d'interpréter le principe de la rétroactivité de la loi pénale la plus douce de la manière la plus favorable pour le prévenu, de sorte que la peine comminée est un emprisonnement de 6 mois, une amende à limiter à 20.000 euros, ou une de ces peines seulement.

1.3. Concours

Les différentes embauches sans permis de travail ont eu lieu à des dates différentes, ont nécessité la signature de contrats séparés, et ont donné lieu à chaque reprise à

[22] arrêt de la Cour Constitutionnelle n° 12/02 du 22 mars 2002.

une nouvelle résolution criminelle. Ces infractions sont dès lors en concours réel entre elles. En application de l'article 60 du Code pénal, la peine la plus forte sera dès lors seule prononcée ; cette peine pourra même être élevée au double du maximum, sans toutefois pouvoir excéder la somme des peines prévues pour les différents délits.

1.4. Conclusion

La peine à encourir par le prévenu est dès lors une peine d'emprisonnement de 8 jours à 12 mois, ainsi qu'une amende de 251 à 40.000 euros, ou l'une de ces peines seulement.

2. Personnalisation de la peine

Dans l'appréciation de la peine, le Tribunal prend en l'espèce en considération le fait que le prévenu refuse, jusqu'à ce jour, de se plier à la législation sociale en vigueur, et qu'il prive ainsi les hôtesses qui travaillent pour son compte non seulement du salaire social minimum, mais également des prestations de la sécurité sociale et de toutes les règles protectrices liées au contrat de travail.

Il faut également tenir compte des antécédents judiciaires du prévenu.

Il y a dès lors lieu de condamner le prévenu à une peine d'emprisonnement ainsi qu'à une amende adéquate.

Eu égard au fait que le prévenu n'a pas d'antécédents judiciaires spécifiques à la législation sur le travail, **X.)** ne semble pas indigne de la clémence du Tribunal. Il y a partant lieu d'assortir l'intégralité de la peine d'emprisonnement à prononcer du sursis.

PAR CES MOTIFS :

le Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg, **dix-huitième chambre**, siégeant en matière correctionnelle, statuant **contradictoirement**, le prévenu et son mandataire entendus en leurs explications et moyens de défense et le représentant du Ministère entendu en ses réquisitions,

dit qu'il n'y a pas lieu à renvoi préjudiciel devant la Cour Constitutionnelle,

acquitte X.) de l'infraction non retenue à sa charge,

condamne X.) du chef des infractions retenues à sa charge à une peine d'emprisonnement de **6 mois**, à une peine d'amende de **QUATRE MILLE (4.000)** euros, ainsi qu'aux frais de sa poursuite pénale, ces frais liquidés à 10,52 euros,

fixe la durée de la contrainte par corps en cas de non-paiement de l'amende à **QUATRE-VINGTS** (**80**) jours,

d i t qu'il sera **sursis** à l'exécution de **l'intégralité** de cette peine d'emprisonnement,

a v e r t i t X.) qu'au cas où, dans un délai de cinq ans à dater du présent jugement, il aura commis une nouvelle infraction ayant entraîné une condamnation à une peine privative de liberté ou à une peine plus grave pour crimes ou délits de droit commun, la peine de prison prononcée ci-devant sera exécutée sans confusion possible avec la nouvelle peine et que les peines de la récidive seront encourues dans les termes de l'article 56 al. 2 du Code pénal.

En application des articles 14, 15, 16, 28, 29, 30, 60 et 66 du Code pénal, des articles 155, 179, 182, 184, 189, 190, 190-1, 191, 194, 195, 196, 626, 628 et 628-1 du Code d'Instruction Criminelle, des articles L. 544-3, L. 544-4 et L. 544-9 du Code du Travail, de l'article 6 de la loi du 27 juillet 1997 ainsi que de l'article 144 de la loi du 29 août 2008, dont mention a été faite.

Ainsi fait et jugé par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, Elisabeth EWERT et Jean-Luc PÜTZ, juges, et prononcé en audience publique le jeudi, 8 octobre 2009, au Tribunal d'arrondissement de et à Luxembourg par Elisabeth CAPESIUS, vice-présidente, assistée de Mike SCHMIT, greffier, en présence de Bob PIRON, substitut du Procureur d'Etat, qui à l'exception du représentant du Ministère Public ont signé le présent jugement.