

RECRUTER UN RESSORTISSANT DE PAYS TIERS : QUELLE PROCÉDURE À RESPECTER ?



L'embauche en tant que salarié d'un ressortissant de pays tiers à l'Union européenne peut s'avérer longue et complexe. Le présent article a pour objectif de présenter de manière condensée les procédures à suivre par le ressortissant de pays tiers et par l'employeur^[1].

TEXTE: CHRISTIAN JUNGERS,
AVOCAT À LA COUR, PARTNER

ELOÏSE HULLAR,
JURISTE-KNOWLEDGE
MANAGER,
ÉTUDE KLEYR GRASSO

Les ressortissants de pays tiers à l'Union européenne^[2] ne peuvent être embauchés au Luxembourg que s'ils détiennent une autorisation de séjour en cours de validité. L'employeur quant à lui doit être vigilant au respect de dispositions et formalités administratives supplémentaires.

LES MODALITÉS ADMINISTRATIVES À CHARGE DU RESSORTISSANT DE PAYS TIERS

La procédure de délivrance du titre de séjour (incluant l'autorisation de séjour et de travail) au ressortissant de pays tiers se fait en deux étapes :

Étape 1 : délivrance de l'autorisation de séjour temporaire (« AST »)

1.1. Le ressortissant de pays tiers doit depuis son pays d'origine, introduire une demande d'AST auprès de la Direction de l'immigration du Ministère des Affaires étrangères et

européennes (« MAE »). Sous peine d'irrecevabilité, la demande doit être introduite et favorablement avisée avant l'entrée du ressortissant sur le territoire luxembourgeois^[3].

1.2. Les documents requis en vue de l'obtention de l'autorisation de séjour sont les suivants^[4] :

- une copie du passeport intégral du requérant ;
- un curriculum vitae ;
- une copie des diplômes ou des qualifications professionnelles, avec si nécessaire, leur traduction si la pièce originale n'est pas rédigée en langue française, allemande ou anglaise ;
- un contrat de travail, daté et signé par les deux parties et conforme au droit du travail luxembourgeois ;
- le certificat établi par l'Agence pour le développement de l'emploi (« ADEM ») attestant le droit de l'employeur de recruter la personne de son choix (obtenue sur demande de ce dernier après la déclaration du poste vacant) ;
- un extrait du casier judiciaire ou un affidavit.

1.3. Le MAE dispose d'un délai de 4 mois à partir du dépôt de la demande afin de faire part de sa position.

1.4. Une fois les documents communiqués, le Ministère délivre en premier lieu une « autorisation de séjour temporaire » dont l'original est envoyé au ressortissant. Dès réception de l'AST originale, ce dernier doit, s'il est soumis à l'obligation de visa, solliciter un visa D auprès de l'ambassade du Luxembourg de son pays d'origine.

L'AST est valable 90 jours et permet au ressortissant d'entrer et séjourner au Luxembourg, ainsi que d'engager les procédures administratives en vue de l'obtention d'une autorisation de séjour finale.

Étape 2 : délivrance de l'autorisation de séjour finale « travailleur salarié »

2.1. Dès son arrivée sur le territoire luxembourgeois, le ressortissant doit dans les

trois jours ouvrables qui suivent son arrivée, procéder à une « déclaration d'arrivée » auprès de la commune où il entend fixer sa résidence^[5]. Conformément à la loi, à partir du moment où celui-ci est en possession de sa déclaration d'arrivée et de son AST, il peut légalement commencer à travailler jusqu'à l'obtention de son titre de séjour « final ».

2.2. Ensuite, le ressortissant doit passer un examen médical auprès d'un médecin généraliste de son choix au Luxembourg, et se soumettre à un dépistage de la tuberculose à la Ligue Médico-Sociale^[6]. Les résultats de ces deux examens médicaux sont directement adressés par eux au Ministère de la Santé qui transmettra son accord (ou refus) au MAE.

2.3. Une fois ces examens médicaux réalisés, le ressortissant doit introduire sa demande de titre de séjour définitive en vue d'une activité salariée auprès du MAE. À cette fin, les documents suivants sont requis^[7] :

- une copie du passeport ;
- une copie de l'AST ;
- une copie de la déclaration d'arrivée ;
- le certificat médical indiquant que le requérant remplit les conditions médicales autorisant son séjour sur le territoire ;
- la preuve d'un logement approprié ;
- la preuve du versement d'une taxe d'un montant de 80 € sur le compte du MAE.

2.4. Dès lors que l'ensemble des conditions sont remplies, le MAE délivre l'autorisation de séjour au ressortissant de pays tiers. L'autorisation est valable pour une durée maximale d'un an et est renouvelable sur demande pour une durée maximale de trois ans^[8].

LES OBLIGATIONS À CHARGE DE L'EMPLOYEUR

Dans le cadre de l'embauche d'un travailleur salarié ressortissant de pays tiers, l'employeur doit respecter les étapes suivantes :

Étape 1 : déclaration de poste vacant et obtention du certificat de l'ADEM

Conformément à l'article L. 622-4 du Code du travail, tout employeur qui envisage d'embaucher un salarié doit au préalable procéder à une déclaration de poste vacant auprès de l'ADEM.

Cette déclaration doit se faire au moins trois jours ouvrables avant toute publication par d'autres moyens de communication et permet à l'ADEM de vérifier si des deman-

deurs d'emploi appropriés bénéficiant d'un droit prioritaire à l'embauche sont disponibles sur le marché de l'emploi national ou européen. En plus de la déclaration qui précède, l'employeur doit demander à l'ADEM de lui délivrer une attestation lui certifiant le droit de recruter pour ce poste la personne de son choix (à savoir un ressortissant de pays tiers). L'employeur peut solliciter ce certificat si dans un délai de trois semaines à compter de la déclaration du poste vacant, il ne se voit pas proposer de candidat issu du marché local ou européen^[9].

Étape 2 : vérification du titre de séjour du ressortissant de pays tiers

L'employeur a l'obligation d'exiger et de vérifier que le ressortissant, avant que ce dernier occupe le poste, dispose effectivement d'une autorisation de séjour valable^[10]. La Cour d'appel^[11] a d'ailleurs récemment souligné l'importance de cette obligation en jugeant que l'employeur étant tenu de vérifier la présence des autorisations requises, ne saurait par la suite licencier le ressortissant de pays tiers pour défaut d'autorisation de séjour. Dans cette affaire, l'employeur avait reconnu avoir été au courant de la situation illégale du salarié, mais soutenait que, face à l'injonction du ministère, il n'avait d'autre choix que de licencier le salarié, alors que ce dernier attestait que l'employeur ne l'avait pas averti de sa situation irrégulière et que son contrat de travail ne prévoyait pas d'obligation à sa charge de faire les démarches administratives afin de travailler en toute légalité.

Dans ce contexte, il apparaît judicieux pour l'employeur de prévoir dans le contrat de travail une clause suspensive stipulant que celui-ci prendra effet sous réserve de la délivrance préalable par les autorités compétentes au ressortissant de pays tiers d'une autorisation de séjour en vue d'une activité salariale. En outre, l'employeur doit également être vigilant en prévoyant une clause disposant que le salarié doit procéder aux démarches nécessaires quant au renouvellement de son titre venant à expiration. Aussi, pendant la durée de la période d'emploi, l'employeur doit conserver une copie de l'autorisation de séjour ou du titre de séjour et ce, en vue d'une éventuelle inspection^[12].

Étape 3 : notification auprès du MAE

Ensuite, l'employeur doit notifier le début de la période d'emploi au MAE dans un délai de trois jours ouvrables à compter du premier jour de travail du ressortissant de pays tiers^[13].

L'INCIDENCE DE L'ABSENCE D'AUTORISATION DE SÉJOUR

La validité du contrat de travail n'est pas affectée par l'absence dans le chef du salarié d'un titre de séjour ou d'une autorisation de travail valable. Le contrat de travail ne devient pas caduc et le salarié peut notamment prétendre au paiement de son salaire^[14].

En revanche, l'emploi de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier est interdit^[15]. À ce titre, l'employeur s'expose à une amende administrative voire à une peine d'emprisonnement pouvant être assortie de peines accessoires dont notamment la fermeture temporaire ou totale de l'entreprise ou de l'établissement ayant servi à commettre l'infraction.

En outre, l'employeur est notamment redevable de la rémunération, des frais de l'envoi du salaire dans le pays d'origine, de l'ensemble des cotisations sociales et impayés ainsi que, le cas échéant, des frais de retour du salarié employé illégalement.

[1] Le présent article traite uniquement du recrutement en tant que « travailleur salarié » d'un ressortissant de pays tiers. Des spécificités peuvent s'appliquer pour certaines catégories de travailleurs (travailleur hautement qualifié, travailleur transféré temporaire intragroupe, travailleur détaché, travailleur saisonnier, étudiant, élève, stagiaire, etc.).

[2] Au sens de la Loi modifiée du 28 août 2009 portant sur la libre circulation des personnes et l'immigration (Mémorial A n°138 du 10 septembre 2009), est considéré comme un ressortissant de pays tiers, « toute personne qui n'est pas citoyen de l'Union européenne ou qui ne jouit pas du droit communautaire à la libre circulation ».

[3] Article 39 de la Loi du 28 août 2009.

[4] Article 2 du Règlement grand-ducal du 5 septembre 2008 fixant les conditions et modalités relatives à la délivrance d'une autorisation de séjour en tant que travailleur salarié.

[5] Article 40 de la Loi du 28 août 2009.

[6] Article 41 de la Loi du 28 août 2009.

[7] Article 40 (2) de la Loi du 28 août 2009.

[8] Article 43 de la Loi du 28 août 2009.

[9] Article L. 622-4 (4) du Code du travail.

[10] Article L. 572-3 (1) pt. 1 du Code du travail.

[11] Cour d'appel, 16 janvier 2020, n°CAL-2019-00553 du rôle.

[12] Article L. 572-3 (1) pt. 3 du Code du travail.

[13] Article L. 572-3 (1) pt. 2 du Code du travail.

[14] Cour d'appel, 22 novembre 2012, n°37423 du rôle.

[15] Article L. 572-1 et suivants du Code du travail.