

CHAPITRE XIII
**Quand l'Etat régule
au lieu de punir : les réponses
à la fraude sociale
en Belgique**



par Carla Nagels

Résumé

L'Etat a toujours privilégié les mécanismes de régulation en matière d'irrégularités sociales constatées. Si ce constat peut être lu en termes de « justice de classe », il reste cependant, d'une part, qu'il témoigne de la capacité de mettre en œuvre des mécanismes institutionnels alternatifs comme réponse possible à des situations-problèmes qui pourraient pourtant être lues comme des « infractions », d'autre part, que ces mécanismes ne s'adressent pas qu'aux « puissants ».

MOTS CLEFS : droit social ; modes étatiques de régulation ; mécanismes institutionnels alternatifs de régulation

Abstract

The State has always preferred mechanisms of regulation over punishment when it comes to intervention against social irregularities. This preference can be analysed in terms of « class justice ». On the one hand, this demonstrates the ability to implement alternative institutional mechanisms as a possible answer to problematic situations that could have been translated into « offenses ». On the other hand, one should notice that these regulatory mechanisms are not applied to the « powerful ».

KEY WORDS : social law ; State regulation modes ; alternative institutional modes of regulation

INTRODUCTION

Nous nous proposons, dans le cadre de cette contribution, de nous intéresser à d'autres formes de régulation institutionnelle mises en place pour répondre à des irrégularités [1] sociales. Ces dernières pourraient être lues comme « des infractions » puisqu'elles peuvent être sanctionnées pénalement et le sont d'ailleurs dans certaines circonstances. Mais dans la majorité des cas, elles font l'objet d'un traitement administratif et n'aboutissent pas au pénal.

Il nous semble que la pensée abolitionniste qui a émergé fin des années 70, début des années 80, a peut-être accordé trop peu d'attention aux modes alternatifs de résolution des conflits « institutionnels », c'est-à-dire mis en place par l'Etat. Les abolitionnistes, étant très sceptiques vis-à-vis des institutions de manière générale, ont surtout tourné leur attention vers des modes de résolution des conflits qui s'ancraient soit dans des communautés « archaïques », soit dans des communautés rejetant résolument l'intervention de l'Etat tels que les communautés hippies par exemple (Christie, 1981 ; Hulsman et Bernat de Celis, 1982 ; Bianchi et Van Swaaningen, 1985). Il est vrai que la majorité des abolitionnistes, influencés par les théoriciens interactionnistes et critiques, ne voyaient, et à juste titre nous semble-t-il, dans d'autres modes institutionnels plus « doux » que le reflet d'un double système de justice : le pénal pour les « pauvres », l'administratif et le civil pour les « riches » (Kennedy, 1976). Néanmoins, il semble que ces prises de position ont occulté le fait qu'institutionnellement, il existait pourtant des manières de réagir aux situations-problèmes (qui pourraient être lues comme des délits puisqu'elles peuvent être sanctionnées pénalement) autrement que par la punition *stricto sensu*. Cela paraît d'autant plus regrettable que l'on reproche souvent aux personnes qui réfléchissent à partir de ce qui se passe dans un ailleurs lointain de vouloir transposer des mécanismes de résolution de conflits dans un modèle sociétal où le collectif n'a pas la même signification et où les relations interpersonnelles ou de proximité n'ont pas la même valeur (Matthews, 1988). C'est pourquoi, lorsqu'on aborde la question des modes alternatifs de résolution des conflits, une piste intéressante pourrait être empruntée en allant explorer ce qui se passe de manière tout à fait formelle dans nos sociétés, dans des domaines régis tant par le droit pénal que par le droit administratif.

Depuis quelques années nous nous intéressons à la réaction sociale à la fraude sociale. Il faut comprendre « la fraude sociale » comme toute pratique qui va à l'encontre du droit social pris au sens large (droit du travail et droit de la sécurité sociale) et qui pourrait être pénalement sanctionnée. Ces pratiques recouvrent un spectre assez large allant de la personne qui emploie un travailleur sans contrat de travail (voire sans permis de séjour), au chômeur qui abuse de ses allocations de chômage en passant par l'entreprise qui, par diverses techniques, diminue volontairement l'assiette des rémunérations servant à calculer le montant des cotisations sociales, mais sans recourir au travail au noir (ce qu'on appelle couramment de l'ingénierie sociale). La démonstration s'articulera en trois temps.

Tout d'abord, il s'agira de faire un détour historique sur la naissance du droit social, dont la constitution ou les avancées ont pour certains « toujours été liées à des violences ou à des peurs de violence » (Cornil, 1953, 117) et de montrer comment le législateur s'est organisé pour le faire respecter. Loin de vouloir « punir » les délinquants, des mécanismes de régulation ont été mis en place. Ensuite, il s'agira de cerner comment il est appliqué dans la vie sociale aujourd'hui à partir d'un terrain de recherche en cours de réalisation en Belgique. Enfin, il s'agira de développer des pistes de réflexion en lien avec ce qui nous intéresse dans cet ouvrage : est-ce que nous avons affaire, dans la matière qui nous préoccupe, à des situations-problèmes telles que A. Pires (1993) les définit [2] ? Si oui, qui les définit comme telles ? Sommes-nous en présence d'un mode de résolution des conflits plus souple, plus humain, capable de mettre fin au trouble de manière satisfaisante pour les parties impliquées ? Qui sont d'ailleurs ces parties ?

1. LA GENESE DU DROIT SOCIAL

Plusieurs auteurs s'accordent pour dire que les troubles sanglants que la Belgique a traversé au début de l'année 1886 sont à l'origine des premières « réelles » lois sociales dans ce pays (Chlepner, 1956, 53-54 et 208-209 ; Ponsaers et De Cuyper, 1981, 355). Dès le 15 avril 1886, le Roi signait un arrêté royal instituant un comité d'enquête chargé de s'enquérir de la situation du travail industriel et d'étudier les mesures qui pourraient l'améliorer. Les travaux de ce comité donnèrent naissance, non sans beaucoup d'aménagements et de discussions houleuses au parlement, à un ensemble de lois « sociales » visant à protéger la classe ouvrière. Citons-en quelques-unes qui paraissent significatives des progrès sociaux réalisés. Deux lois furent votées le 16 août 1887, l'une sur le paiement des salaires interdisant en quelque sorte aux patrons de payer leurs ouvriers « en nature », l'autre sur les conseils d'industrie et du travail destinés à servir, d'une part, d'organes d'information et de consultation pour le gouvernement, et d'autre part, d'organes de conciliation et d'arbitrage en cas de conflits collectifs entre patrons et ouvriers. La loi du 31 juillet 1889 sur les conseils de prud'hommes – ancêtres des tribunaux du travail – ne fit qu'accentuer la démocratisation de ces institutions, entamée déjà quelque 30 ans plus tôt. La loi du 31 décembre 1889 concernant le travail des femmes et des enfants eut comme conséquence d'interdire le travail industriel aux enfants de moins de 12 ans et de limiter à maximum 12 heures par jour le travail des garçons de moins de 16 ans et des filles de moins de 21 ans. Nous pourrions continuer à énumérer la longue liste des lois « sociales » qui furent votées dans un laps de temps relativement court mais tel n'est évidemment pas le cœur de notre propos. Deux points méritent cependant d'être soulignés.

Tout d'abord, le droit social est un droit des « inégalités » (Alaluf, 2009, 231), un droit qui permet de rétablir en quelque sorte un équilibre entre deux positions non seulement antagonistes mais également profondément inégalitaires. La

législation antérieure, d'inspiration strictement libérale, contenait en effet de véritables éléments de discrimination à l'égard de la classe ouvrière tels que la prohibition des coalitions d'ouvriers [3] qui mettait la classe ouvrière dans l'impossibilité de s'organiser ou de faire grève, les livrets ouvriers [4] ou les fameux conseils de prud'hommes censés régler les différends entre patrons et ouvriers mais où ces derniers étaient sous-représentés [5]. C'est donc un droit qui reconnaît en quelque sorte l'existence de classes sociales : « la valeur du droit du travail réside dans la reconnaissance de l'existence de classes par le droit » (Sinzheimer cité par Cornil, 1953, 119). Que ce soit en remplaçant la notion de responsabilité individuelle par celle de responsabilité sociale, la notion de faute par celle de risque ou en rattachant un ensemble de protections au travail, c'est bien grâce à la création du droit social que la question sociale a été prise en considération à la fin du 19^{ème} siècle et, en partie, résolue (Castel, 1995 ; Donzelot, 1994 ; Ewald, 1986). Ce qui nous amène à développer le second point.

Dit abruptement, les lois sociales ont été votées « pour faire l'économie d'une révolution » (Cornil, 1953, 118). Cette affirmation n'a évidemment rien d'innovant puisque bien d'autres auteurs (Castel, 1995 ; Donzelot, 1994 ; Ewald, 1986 ; Garland, 1985) l'ont déjà largement mise en avant. De manière plus positive, on pourrait dire que les lois sociales ont permis d'institutionnaliser le conflit social en lui ouvrant un espace de négociation régulé. Tout compte fait, le droit social est un droit du compromis, « ce qui explique assurément qu'aucune branche du droit positif ne fasse une place si grande à l'organisation de la conciliation et de l'arbitrage » (Cornil, 1953, 119). Si cela se reflète évidemment de manière tout à fait privilégiée à travers la création et le développement d'un ensemble d'organismes servant de lieux de concertation et de négociation entre les représentants des travailleurs (les syndicats) et ceux du monde patronal (la F.E.B. [6]), tels que les conseils d'entreprise ou les commissions paritaires, cette culture de la négociation et du compromis se donne aussi à voir dans la manière dont le législateur a envisagé la réaction sociale aux écarts aux normes sociales en vigueur.

Les irrégularités aux règles prescrites par le droit social sont pourtant majoritairement sanctionnées par le droit pénal. Comme le dit H. Bosly, « soucieux de voir ses prescriptions respectées et craignant que les individus concernés ne s'y conforment pas spontanément, le législateur a assorti de sanctions pénales la plupart des dispositions sociales » (1978, 1). Mais il est intéressant de constater que contrairement au droit pénal classique où la peine de référence reste la peine privative de liberté, la peine privilégiée dans le droit pénal social est l'amende. Les amendes maniées en droit pénal social sont d'ailleurs nettement plus élevées que celles qui sont utilisées dans le Code pénal et il arrive même que, quand une peine d'emprisonnement est envisagée, la peine d'amende soit énoncée la première. Il est par ailleurs significatif que la peine d'emprisonnement n'ait fait son apparition que relativement tardivement en droit pénal social [7]. De plus, le maximum varie entre un mois et un an (en dehors de l'hypothèse de la récidive) tandis que le minimum est en général de huit jours, ce qui peut être considéré comme léger par

rapport aux peines d'emprisonnement maniées par le Code pénal [8]. On assiste donc bien à une « fiscalisation » du droit pénal (Van de Kerchove, 1981) dans ce domaine particulier. Pourtant, force est de constater que la majorité des irrégularités constatées au droit social ne font même pas l'objet d'une amende pénale [9]. Comme le souligne F. Kéfer, « le législateur a adopté, en droit pénal social, (...) une attitude très ambiguë : d'une part, le droit pénal envahit pratiquement tout le droit social ; d'autre part, le législateur cherche, par divers mécanismes, à éviter la sanction pénale » (Kéfer, 2008, 201). Une des manières d'éviter la sanction pénale est de charger un corps administratif autre que la police de veiller à la surveillance du bon respect du droit social. Ce sont les fameuses inspections sociales ayant compétence en matière de législation du travail et de sécurité sociale.

Avec l'émergence d'une législation sociale se pose la question de savoir qui va la faire respecter. La loi du 5 mai 1888 « relative à l'inspection des établissements dangereux, insalubres et incommodes et à la surveillance des chaudières et machines à vapeur » va donner aux inspecteurs le pouvoir de verbaliser, c'est-à-dire de constater des infractions et de les transmettre à la justice. Suite à la promulgation de la loi de 1889 concernant le travail des femmes et des enfants, l'inspection du travail verra son spectre d'intervention s'agrandir tant par rapport aux types d'entreprises à contrôler qu'aux types de contrôles à y effectuer. En effet, dorénavant les inspections du travail auront pour mission de contrôler si les employeurs respectent bien leurs obligations en matière de conditions de travail. Il n'est pas étonnant de constater qu'au parlement, ce sont essentiellement les députés socialistes (arrivés dans l'enceinte parlementaire en 1894) qui réclament non seulement plus de contrôle mais également plus de répression. Pour eux, l'Etat doit contraindre les employeurs à se conformer aux nouvelles réglementations sociales en vigueur, si nécessaire en utilisant son pouvoir coercitif, à savoir en faisant appel à la justice pénale. Du côté des employeurs cette fois, il ne s'agit pas tant de faire respecter la norme pour la norme, mais de faire en sorte qu'elle soit équitablement appliquée, autrement dit, qu'il n'y ait pas de mécanismes de concurrence déloyale qui s'installent entre ceux qui la respectent et ceux qui ne la respectent pas. Pour eux, les inspecteurs du travail sont surtout là pour diffuser les « bonnes pratiques » et donc, pour jouer le rôle d'instances d'information et de persuasion. Au tournant du 20^{ème} siècle, il semblerait que les inspecteurs du travail n'aient que très peu utilisé leurs pouvoirs de verbalisation se contentant d'informer les différents employeurs des nouvelles réglementations en vigueur (Ponsaers, 2003, 41-43) étant donné qu'ils se retrouvaient en quelque sorte « coincés » entre deux pôles aux exigences et intérêts contradictoires. Avec l'avènement des structures de négociation qui visent à assurer la paix sociale et la mise en œuvre progressive du système de sécurité sociale où chacun contribue (patronat et travailleurs) au bien-être de tous, les inspections sociales vont de plus en plus prendre la forme d'instances de régulation de la vie de l'entreprise.

Cette tendance sera consacrée par la loi du 16 novembre 1972 « concernant l'inspection du travail » dont l'article 9 permet aux inspecteurs de « donner des avertissements, de fixer au contrevenant un délai pour se mettre en règle et de dresser des procès-verbaux ». Contrairement à la police donc, quand un inspecteur social constate une infraction, il n'est pas obligé de dresser un procès-verbal mais il peut tenter d'obtenir la régularisation de la situation. Il a ainsi un pouvoir discrétionnaire nettement plus important. Son objectif n'est pas tant de punir l'auteur que de faire cesser l'état infractionnel. Son intervention n'est pas tournée vers le passé mais vers le futur.

Si comme le reflète une recherche menée en Hollande fin des années 80 (Harrivan et collab., 1990), le principe moteur de la réaction sociale aux irrégularités « sociales » est bien celui de la régularisation, celles-ci étant considérées comme des erreurs et non des fautes (Lascoumes, 1986), notre propre terrain de recherche mené quelque 25 ans plus tard nous amène à nuancer ce constat. Voyons donc comment les écarts à la législation sociale sont aujourd'hui traités en Belgique.

2. LA REACTION SOCIALE AUX IRREGULARITES SOCIALES

Une recherche menée (Nagels, 2009a, 2009b) récemment en Belgique [10] auprès des inspecteurs sociaux [11] et des auditeurs du travail [12] de Bruxelles tend à démontrer que le principe de régularisation reste fort prégnant dans la réaction sociale préconisée à l'encontre des infractions sociales. Il s'agit tout d'abord de pointer que ces deux instances se perçoivent comme les garants de « l'ordre social ». Leur mission est de préserver le système de sécurité sociale qu'ils jugent aujourd'hui gravement menacé et/ou de protéger les droits des travailleurs : « *On est le représentant de l'intérêt de la société au niveau social* » (auditeur).

De l'avis des auditeurs, le maître mot de l'action pénale est la régularisation de la situation problématique. Un auditeur s'exprime en ces termes : « Moi, mon guide, ça a toujours été la régularisation ». Le but ne semble pas tant de « punir » l'infacteur, c'est-à-dire de réactiver la fonction symbolique du droit pénal, que de mettre fin à une situation infractionnelle, ce qui renvoie à une lecture nettement plus pragmatique de l'utilité du pénal. Le pénal ne sera réellement activé que si, et seulement si, la situation n'est pas régularisée et/ou que l'infacteur est en situation de récidive multiple. Pourtant, tant à la lecture des dossiers consultés à l'auditorat que lors des entretiens avec les auditeurs, il est apparu que la situation était plus complexe. Tout d'abord, parce qu'un classement sans suite ne signifie aucunement qu'il n'y a pas de sanction prononcée puisque les dossiers sont renvoyés massivement en « amendes administratives », amendes qui peuvent être nettement plus lourdes que les amendes pénales (« *La majorité des dossiers, je les classe sans suite, mais attention ça n'est pas comme au parquet, ça veut dire que ça va aux amendes administratives et qu'il y a une sanction* »). Ensuite, parce que les auditeurs

estiment tout de même que certaines infractions sont « graves » et méritent d'être sanctionnées justement parce qu'elles sont graves et non parce qu'elles n'ont pas été régularisées. Ils ont d'ailleurs la conviction que les inspections sociales leur renvoient comme dossiers ce qu'elles-mêmes jugent graves : « *Ils nous envoient ce que eux, ils estiment être les dossiers les plus graves* ». Mais, ils reconnaissent également que lorsqu'ils avaient accès aux dossiers ayant fait l'objet d'avertissements, ils ne comprenaient pas toujours pourquoi certains ne leur avaient pas été transmis dans la mesure où ils estimaient personnellement qu'ils avaient traité des comportements réellement problématiques.

Si pour la plupart des inspecteurs sociaux interrogés, l'objectif premier semble encore toujours aujourd'hui être la régularisation de la situation problématique, nous avons pourtant constaté que des différences importantes sont apparues entre les multiples inspections sociales mais aussi, à l'intérieur de chaque inspection sociale, entre les cellules chargées de prendre en charge des domaines particuliers.

Pour certains inspecteurs, l'objectif est de faire régulariser la situation, en d'autres mots, de récupérer les sommes non-perçues et/ou de s'assurer que le travailleur a perçu tout ce à quoi il avait droit. Ils font appel à la justice seulement, et seulement si, ils ne sont pas arrivés à leurs fins par voie administrative, et sans enthousiasme car ils ont l'impression de perdre la maîtrise du dossier. Ils estiment d'ailleurs souvent que l'action judiciaire est décevante. En effet, plusieurs inspecteurs sociaux nous ont fait part du fait que quand ils faisaient enfin le pas de transmettre un procès-verbal à l'auditorat, bien souvent celui-ci ne lui donnait aucune suite ou prenait tellement de temps à traiter le dossier qu'il y avait prescription : « *La sanction est infime ou met tellement longtemps à arriver... après trois ans parfois. En attendant, nous sommes retournés dans l'entreprise et les employeurs nous rigolent au nez* ».

Pour d'autres inspecteurs sociaux par contre, il existe des situations où l'on fait (doit faire) systématiquement appel à la justice. Il s'agit d'inspecteurs sociaux qui collaborent intensivement avec la justice, qui organisent des descentes avec les forces de l'ordre, qui transmettent leurs informations de manière systématique à l'auditorat, qui voient d'un bon œil l'élargissement (futur) de leurs compétences en matière d'officier de police judiciaire et qui rêvent de devenir une cellule spécialisée de la police fédérale :

Maintenant, j'effectue un rôle de police judiciaire social (...) où je travaille quasiment dans tous mes dossiers avec un magistrat de référence, qui demande des missions qui sortent parfois même du cadre strict de ce que fait un service d'inspection, qui relèvent plus du travail de policier.

Derrière les phénomènes qu'ils constatent, ils ont toujours un soupçon d'être face à des comportements qui pourraient relever de la criminalité organisée et ils en recherchent assidûment les preuves. L'émergence de ce deuxième type d'inspecteurs sociaux est, selon les protagonistes eux-mêmes, relativement récente et témoigne d'une toute autre culture professionnelle, d'ailleurs difficilement acceptée par leurs collègues plus anciens.

Ces deux types de réaction que l'on pourrait renvoyer dos à dos semblent également concerner des contentieux différents et, *in fine*, des acteurs différents.

En effet, de l'avis de tous les acteurs, les infractions à la législation sociale commises par les grandes entreprises ne sont en fait pas des « infractions » comme les autres. Elles concernent essentiellement de l'ingénierie sociale dont le but est de diminuer volontairement l'assiette des rémunérations servant à calculer le montant des cotisations sociales (tels que le « *shopping* » en matière de commissions paritaires et de conventions collectives de travail, les voitures de société, les frais professionnels, les avantages divers) mais sans recourir au travail au noir. L'autre type de comportement problématique pratiqué par les grandes entreprises concerne la sous-traitance en cascade. Cette dernière n'est cependant pas pénalisable en droit belge pour les entreprises se situant en haut de la pyramide de sous-traitance qui disent ne rien avoir à se reprocher. En fait, d'un côté on a affaire à de véritables infractions, au sens où elles sont reprises dans la loi pénale, mais dont tous estiment qu'elles ne sont pas socialement dommageables (« *Qu'on essaye à un moment donné de trouver la voie la moins imposable, bon ben c'est le jeu* », auditeur), de l'autre on a affaire à des conduites jugées socialement dommageables mais qui ne sont pas pénalisées (« *On est dans un système où on ne pénalise pas, on n'interdit pas la sous-traitance ; on ne peut pas poursuivre au pénal sur le simple fait qu'on sait qu'ils savent* », auditeur). Il n'est donc pas étonnant de constater que les infractions à la législation sociale commises par les grandes entreprises ne sont quasi jamais renvoyées au pénal. Elles sont traitées à l'échelon administratif et quand elles sont renvoyées au pénal, c'est parfois de commun accord (grande entreprise – inspection) afin que la justice éclaire et tranche un point de discordance quant à l'interprétation de la loi. Mis à part la sous-traitance en cascade, les irrégularités commises par les grandes entreprises ne lèsent personne selon les acteurs de la réaction sociale. En effet, pour les inspecteurs sociaux et les auditeurs du travail, les travailleurs ne sont pas lésés par ces pratiques et si c'était le cas, ceux-ci pouvaient d'abord se plaindre à leurs représentants syndicaux qui avaient des leviers à disposition pour entamer une négociation avec les employeurs.

Quant aux dossiers majoritairement transmis à la justice, il s'agit pour la grande majorité d'entre eux de « petites gens » : « *J'ai l'impression de travailler sur des petites choses, des petits commerces, des petits chantiers* » (auditeur). Le contentieux le plus important à Bruxelles concerne l'utilisation de main-d'œuvre étrangère, c'est-à-dire des « illégaux » mis au travail. Cela peut être le cas dans des petits commerces (boulangerie, *nightshop*, *phoneshop*, *carwash*, etc.) ou dans de petites entreprises de sous-traitance, dans le bâtiment par exemple. Souvent employeurs et employés entretiennent des relations de proximité. Ils sont de la même région d'origine, du même village, voire de la même famille. Ainsi, dans un des dossiers analysés, un travailleur illégal de nationalité marocaine est trouvé au travail dans l'arrière-salle d'une boulangerie. Il déclare vivre en Belgique depuis six ans et n'avoir fait aucune démarche pour obtenir des papiers. Sa sœur est la femme du

patron de la boulangerie. Quant à l'issue de ces dossiers pénaux, si les amendes ou les remboursements demandés peuvent parfois atteindre des sommes importantes, il est impossible de savoir ce qui est effectivement remboursé. Par ailleurs, quand cela concerne des entreprises, celles-ci se déclarent bien souvent en faillite.

3. LA REGULARISATION, UNE REELLE ALTERNATIVE « INSTITUTIONNELLE » DE RESOLUTION DES CONFLITS ?

Avant de pouvoir apporter des éléments de réponse à cette question, il nous semble qu'un certain nombre d'autres questionnements doivent être ne fut-ce qu'effleurés. Sommes-nous en présence d'une situation-problème au sens où l'entend A. Pires (1993) ? Un trouble ? Un conflit ? Si, en matière de contentieux « fraude sociale », nous avons affaire à une situation-problème, un trouble ou un conflit, qui cela concerne-t-il ? Pour peu que l'on s'accorde sur le fait qu'il y a bien un conflit entre deux parties, qui a le pouvoir de définir la situation comme telle ? Enfin, sommes-nous face à un mode de résolution des conflits plus souple, plus humain, capable de mettre fin à la situation problème de manière satisfaisante pour les parties impliquées ?

Il est évident qu'en s'appuyant sur une perspective plus critique, l'on peut affirmer que la création du droit social a en effet permis de faire l'économie d'une révolution, qu'il est en ce sens un compromis que la bourgeoisie aurait consenti au prolétariat afin de préserver le système capitaliste tout en l'adoucissant en quelque sorte. Pourtant, il nous semble tout de même que le droit social, voire le droit pénal social, se distingue « positivement », en tant que système juridique particulier, sur un certain nombre de points du système pénal « classique ». Il a, dès son origine, tenté d'institutionnaliser le conflit, de le réguler à travers la création d'un espace de négociation. Il ne le nie pas, le reconnaît et lui accorde un espace pour qu'il puisse s'exprimer et se réguler. Tout comme dans les modèles de justice vindicatoire, la société telle que conceptualisée dans le droit social est « interprétée dans une perspective conflictuelle » (Strimelle et Vanhamme, 2009, 93). En cela, il se distingue du droit pénal classique qui se dit plutôt fondé sur le consensus social, sur l'idée que le système pénal serait là pour protéger les états forts de la conscience collective (Durkheim), les valeurs fondamentales d'une société unanimement partagées par tous ses membres. Mais si le droit social ne nie pas l'existence du conflit social, l'idéal d'harmonie vers lequel il tend reste, dans un système capitaliste, soumis à une logique de profit donc d'exploitation de l'homme par l'homme, même si dans sa logique même, il tend à en atténuer les effets les plus dommageables. Comme nous l'avons déjà souligné plus haut, « la valeur du droit du travail réside dans la reconnaissance de l'existence de classes par le droit » (Sinzheimer cité par Cornil, 1953, 119), de classes sociales non seulement antagonistes, c'est-à-dire défendant des intérêts opposés, mais également profondément inégalitaires, son rôle étant en quelque sorte, par son intervention, de restaurer l'équilibre entre les deux parties. En ce sens, il se distingue nettement des modèles vindicatoires qui présupposent au départ

l'équivalence de statut entre « offenseur » et « offensé » (Strimelle et Vanhamme, 2009, 92). Mais, tout comme pour le modèle vindicatoire, la réaction sociale prônée par le modèle de droit pénal social vise à rétablir la paix sociale non pas en punissant un auteur mais en régulant une situation-problème. Le tableau ci-dessous vise à schématiser les trois modèles de « justice » sous une forme idéale-typique.

	Modèle pénal	Modèle pénal social	Modèle vindicatoire
Conception de la société	consensus	conflit	conflit
Rapport entre offenseur et offensé	inégalitaire	inégalitaire	égalitaire
Mode de résolution des conflits	punition visant à l'exclusion	régulation visant à l'inclusion	régulation visant à l'inclusion

D'aucuns pourraient y voir l'expression du double système de justice dont parlent les théoriciens critiques (Chambliss et Mankoff, 1976 ; Reiman, Leighton, 2009 par ex.). En effet, si les rapports entre offenseur et offensé sont inégalitaires tant dans le modèle pénal que dans le modèle pénal social, le pouvoir qu'ils ont à leur disposition est en quelque sorte inversé. Dans le système pénal, l'offenseur jouit rarement d'une position sociale élevée, tandis que dans le modèle pénal social, l'offenseur est très majoritairement celui qui bénéficie d'une position dominante dans la relation de travail. La réaction sociale qui s'en suit pourrait donc se comprendre à la lumière de ce constat : d'un côté un système infligeant intentionnellement une peine à un individu jugé coupable d'intention criminelle ; de l'autre un système visant à régulariser au plus vite une erreur en évitant de surcroît le stigmate associé au pénal. C'est en quelque sorte également le constat auquel nous aboutissons suite à nos terrains de recherche. En effet, suite aux entretiens menés avec les personnes qui sont censées faire respecter les prérogatives du droit social, un certain malaise est palpable.

Ceux qui sont en charge de la surveillance des grandes entreprises et qui utilisent pour ce faire de manière tout à fait prédominante des mécanismes de régulation, estiment qu'il n'y a pas de partie lésée. Mais est-ce vrai ? Tous les avantages octroyés aux employés mais qui échappent au calcul de la rémunération (chèque-repas, voiture de société, ...) c'est-à-dire du salaire, ne seront pas comptabilisés s'ils se retrouvent au chômage, ne rentrent pas en ligne de compte pour le calcul de leur pension, etc. Ces personnes sont donc en quelque sorte lésées même si c'est avec leur consentement. On pourrait d'ailleurs se demander si la question du consentement est pertinente dans une société néolibérale qui n'a de cesse de détricoter l'Etat social depuis 30 ans maintenant. Néanmoins, quand l'on se dit le défenseur tant du système de sécurité sociale que du droit des travailleurs, de l'ordre social, comme le prônent tant les inspecteurs sociaux que les auditeurs du travail, ce type d'argumentaire est tout de même étonnant.

Quant à ceux qui renvoient d'autres types de personnes et de troubles vers le pénal (social), le font-ils parce qu'ils estiment que c'est « grave » ou parce que la logique régulatrice a montré ses limites ? Sans doute un peu des deux, sans qu'il ne soit très clair, comme toujours, ce que peut bien contenir cette notion de gravité. Grave pour qui, pourquoi ? Grave pour l'ordre social ? Quel ordre social ? Là aussi les actions menées sont questionnables. Quelques exemples issus de l'analyse des dossiers... Dans un des dossiers analysés, un jeune homme perçoit des allocations de chômage comme isolé (± 800 €/mois) et travaille en même temps à temps partiel en interim où il doit gagner maximum 500 € par mois. Cela ne lui fait tout compte fait qu'un salaire de 1300 € par mois, ce qui lui permet de vivre décemment, mais sans plus. Suite au procès-verbal dressé par un contrôleur social de l'ONEm [13], il devra rembourser la totalité des allocations de chômage perçues, soit la somme de 22 400 €, sera exclu du chômage pendant 26 semaines, aura perdu son emploi et se verra condamner à une amende pénale de 1650 €. Ce jeune homme disparaîtra dans la nature... L'action judiciaire visant à préserver l'ordre social l'aura en quelque sorte condamné à la clandestinité. Mais, en amont de cette action, on peut également relever que si ce jeune homme travaille, c'est aussi parce que les allocations de chômage ne permettent pas de vivre dignement et l'ordre social peut également être questionné en termes de légitimité. Dans un autre dossier, un employeur a engagé un travailleur étranger résidant illégalement sur le territoire et est condamné à 30 000 € d'amende (c'est le minimum au pénal). Cet employeur se met en faillite et le travailleur se voit expulsé du territoire. Cette issue judiciaire ne paraît pas s'accorder avec les principes prônés par les acteurs de la réaction sociale qui disent défendre le système de solidarité collective et le droit des travailleurs. Ici on peut d'ailleurs se demander si employeur et travailleur estimaient se retrouver face à un trouble ou si celui-ci n'est pas unilatéralement défini comme tel par l'Etat.

On peut donc se dire qu'on a affaire à une certaine justice de « classe ». Les « riches » auraient le privilège de bénéficier de mécanismes de régulation et leurs comportements ne seraient pas lus comme étant dommageables pour l'ordre social. Les « pauvres » par contre seraient plus souvent transmis au pénal mais avec une effectivité de la norme pénale assez questionnable.

Si cette lecture est fondée, cela n'enlève rien au fait que l'Etat est capable de réfléchir à une réaction alternative aux situations conflictuelles en ne maniant pas la punition mais la régulation. Qu'il juge cette réaction plus appropriée en raison des situations conflictuelles auxquelles elle se rapporte ou en raison des personnes (et de leur statut) qui sont partie prenante au conflit, n'a tout compte fait que peu d'importance car s'il est (très) rare de voir des grandes entreprises confrontées au système pénal en matière de fraude sociale, il est par contre très courant que de « petites gens » se voient offrir des procédures de régularisation. Ainsi par exemple, le Contrôle des lois sociales qui ne s'occupe pas des grandes entreprises [14] régularise ou donne un avertissement dans plus de 80% des irrégularités constatées (CLS, 2006).

Il est clair qu'en droit social, les mécanismes de régulation priment sur ceux de la punition, même si cette tendance tend à s'estomper depuis une bonne dizaine d'années, depuis que l'Etat a décidé de s'attaquer à bras le corps à la fraude sociale. Les arguments invoqués pour ce faire peuvent être plus récents – sauvegarder le système de sécurité sociale –, ou plus anciens – se protéger contre la concurrence déloyale. Et la manière dont il semble s'y attaquer met à mal la logique de régularisation... en privilégiant des mécanismes de collaboration accrue entre la sphère administrative et la sphère pénale. Néanmoins, dans le nouveau Code pénal social [15] voté *in extremis* avant la chute du gouvernement en juin 2010, cette logique restait plus que prédominante puisque pour certains types d'infraction, seule une sanction administrative n'était admise alors que celle-ci était toujours possible pour tous les types d'infractions.

Bibliographie

- ALALUF, Mateo (2009). « Conclusion. Surveillance, contrôle et répression : tenir la balance égale entre les parties, dans NAGELS, Carla et Sybille SMEETS (Sld.), *La fraude sociale. Une priorité de politique criminelle ?*, Bruxelles : Bruylant, p. 231-236.
- BIANCHI, Herman et René VAN SWAANINGEN (Sld.) (1985). *Abolitionism. Towards a non-repressive approach to crime. Proceedings of the Second International Conference on Prison Abolition*, Amsterdam : Free University Press, 247 p.
- BOSLY, Henri-D. (1978). *Les sanctions en droit pénal social belge*, Gand : Story-Scientia, 347 p.
- CHAMBLISS William J. et Milton MANKOFF (1976). *Whose law? What order? A conflict approach*, New-York: Wiley, 256 p.
- CHLEPNER, Boris S. (1956). *Cent ans d'histoire sociale en Belgique*, Bruxelles : Université de Bruxelles, 447 p.
- CHRISTIE, Nils (1981). *Limits to pain*, Oxford : Martin Ribertson, 121 p.
- CORNIL, Maurice (1953). « Introduction au droit social », *Journal des Tribunaux*, Vol. 68, n° 3970, p. 117-121.
- DONZELOT, Jacques (1994). *L'invention du social. Essai sur le déclin des passions politiques*, Paris : Seuil, 263 p.
- EWALD, François (1986). *Histoire de l'Etat providence. Les origines de la solidarité*, Paris : Grasset 313 p.
- FOUCAULT, Michel (1975). *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris : Gallimard, 318 p.
- GARLAND, David (1985). *Punishment and welfare. A history of penal strategies*, Aldershot : Gower, 297 p.
- HARRYVAN, Rengen, Fokke DIJKSTERHUIS, Riekent JONGMAN et Harrie TIMMERMAN (1990). *Overtredingen van de Arbeidsomstandighedenwet. Een inventariserend onderzoek naar de opsporing en de afhandeling van de Arbeidsomstandighedenwet door de Arbeidsinspectie*, Groningen : Onderzoekscentrum voor de Criminologie en de Jeugdcriminologie, Rijksuniversiteit Groningen, mei, 74 p.
- HULSMAN, Louk et Jacqueline BERNAT de CELIS (1982). *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris : Le Centurion.
- KEFER, Fabienne (2008). *Précis de droit pénal social*, Louvain-la-Neuve : Anthemis, 348 p.

- KENNEDY, Marc C. (1976). « Beyond incrimination. Some neglected aspects of the theory of punishment », dans CHAMBLISS William J. et Milton MANKOFF. *Whose law? What order? A conflict approach*, New York : Wiley, p. 34-65.
- LASCOURMES, Pierre (1986). *Des erreurs, pas des fautes*, Paris : CESDIP, *Déviance et contrôle social*, n° 42, 437 p.
- MATTHEWS, Roger (Sld.) (1988). *Informal Justice?*, London : SAGE, 211 p.
- NAGELS, Carla (2009a). « L'articulation entre le pénal et l'administratif : le cas de la fraude sociale », *Droit pénal des entreprises*, n° 2, p. 121-131.
- NAGELS, Carla (2009b). « Les auditeurs du travail : entre défense du système de sécurité sociale et défense des droits des travailleurs... », *Revue de droit pénal et de criminologie*, n° 2, p. 143-164.
- PIRES, Alvaro (1993). « La criminologie et ses objets paradoxaux : réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme », *Déviance et Société*, Vol. 17, n° 2, p. 129-161.
- PONSAERS, Paul (2003). « Oorsprong en ontwikkeling van de inspectie op de nijverheid in België: "stalen vuisten" of "helpende handen" », dans DE BAETS, Philippe, Saaske DE KEULENAER et Paul PONSAERS. *Het Belgisch Inspectiewezen. Een niet ingeloste belofte*, Antwerpen : Maklu, p. 27-47.
- PONSAERS, Paul et Roel DE CUYPER (1981). « L'inspection du travail : mission de l'autorité ou affaire privée ? », *Déviance et Société*, Vol. 5, n° 4, p. 347-367.
- REIMAN, Jeffrey et Paul LEIGHTON (2009). *The rich get richer and the poor get prison : Ideology, class and criminal justice*, London : Pearson, 176 p.
- STRIMELLE, Véronique et Françoise VANHAMME (2009). « Modèles vindicatoire et pénal en concurrence ? Réflexions à partir de l'expérience autochtone », *Criminologie*, Vol. 42, n° 2, p. 83-99.
- van de KERCHOVE, Michel (1981). « 'Médicalisation' et 'fiscalisation' du droit pénal : deux versions asymétriques de la dépénalisation », *Déviance et Société*, Vol. 5, n° 1, p. 1-23.

Notes

- ¹ Nous utilisons le terme « irrégularités » puisque c'est celui utilisé par les inspections sociales. Néanmoins, le terme « illégalismes » (Foucault, 1975) pourrait très bien être manié également.
- ² Nous nous référons ici au concept de situation-problème tel que développé par A. Pires en 1993 dans son article « La criminologie et ses objets paradoxaux : réflexions épistémologiques sur un nouveau paradigme ». Bien que L. Hulsman et J. Bernat de Celis aient introduit ce concept dix ans plus tôt (1982), il nous semble que la construction théorique élaborée par A. Pires dans cet article est plus à même de rendre compte de la complexité de cette notion.
- ³ Les articles 415 et 416 du Code pénal prohibaient les coalitions. En 1866, ils furent abrogés et remplacés par un article 310 suite au vote de la loi du 31 mai 1866, qui, en apparence plus limitée, était en fait nettement plus contraignant car il mobilisait des concepts extrêmement flous dont l'interprétation était laissée aux juges. Cet article ne sera abrogé qu'en 1921.
- ⁴ Tout ouvrier devait posséder ce livret qui contenait toutes les informations sur ses emplois antérieurs, les motifs de renvoi de ces emplois qui y étaient consignés par l'employeur. Carte de « visite », carte d'identité, il pouvait être exigé tant par les forces de police que par les employeurs potentiels. Il a été obligatoire jusqu'en 1883 et est devenu facultatif à partir de cette date. Il tombera progressivement en désuétude par la suite.

[5](#) Le décret de 1809 stipulait en effet en son article 1^{er}: « En aucun cas, les chefs d'ateliers, les contremaîtres, les teinturiers ou les ouvriers ne seront égaux aux marchands-fabricants ; ceux-ci auront toujours dans le conseil un membre de plus que les chefs d'atelier, les contremaîtres, les teinturiers ou les ouvriers ». En 1859, une première réforme eut lieu qui mit fin à cette représentation inégale mais qui continua néanmoins à limiter de manière très stricte le corps électoral en attribuant un poids prépondérant aux pouvoirs communaux et provinciaux dans lesquels les ouvriers n'étaient pas représentés.

[6](#) La fédération des entreprises de Belgique.

[7](#) Dans la loi du 14 juin 1921 instituant la journée de 8 heures et la semaine de 48 heures.

[8](#) Par exemple, un vol simple, c'est-à-dire sans effraction, est puni d'une peine d'emprisonnement d'un mois à cinq ans (article 463 du Code pénal).

[9](#) Ainsi par exemple, le Contrôle des Lois sociales, un des quatre grands services d'inspection sociale en Belgique, a transmis, en 2005, 6034 procès-verbaux à l'auditorat du travail (parquet en matière sociale) sur un total de 31 932 irrégularités constatées, soit un peu moins de 19%. Il n'est donc pas étonnant que les matières sur lesquelles travaille l'auditorat ne sont pas les mêmes que celles des inspections. A titre d'exemple, le contentieux « occupation de main-d'œuvre étrangère » qui représente moins de 2% des irrégularités constatées par ce service, représente par contre 29% des procès-verbaux adressés à l'auditorat.

[10](#) Dans le cadre de cette recherche, nous avons d'abord analysé plus de 50 dossiers judiciaires de l'auditorat du travail de Bruxelles (voir *infra*) selon les principes de diversification suivants : des dossiers jugés « typiques » ou « atypiques » de leur travail ; des dossiers poursuivis, soumis à transaction ou classés sans suite. Nous avons ensuite fait des entretiens avec les auditeurs (7). Ces entretiens visaient non seulement à pénétrer dans leur univers social mais également à les confronter avec les premiers résultats de l'analyse des dossiers. Les inspections sociales étant les principaux pourvoyeurs de dossiers de l'auditorat (70% des dossiers proviennent des inspections sociales), nous avons ensuite investigué cet aspect de la réaction sociale à la fraude sociale. Nous avons mené divers entretiens (10) avec des inspecteurs sociaux de différentes inspections sociales et, au sein de celles-ci, de différents services et avons accompagné des inspecteurs sociaux lors de leur travail quotidien. Enfin, nous avons également exploité les rapports d'activité de ces différents services (auditorats et inspections), quand ceux-ci étaient disponibles.

[11](#) Les quatre grands services fédéraux d'inspection sociale sont le Contrôle des lois sociales (CLS) du Service public fédéral (SPF) Emploi, Travail et Concertation sociale, l'Inspection sociale du SPF Sécurité sociale, l'Inspection sociale de l'Office national de sécurité sociale (ONSS) et l'Inspection sociale de l'Office national de l'Emploi (ONEm). Cette recherche porte spécifiquement sur ces services mais il s'agit d'être conscient qu'il en existe bien d'autres qui couvrent soit des domaines spécifiques (vacances annuelles, assurance maladie-invalidité, ...), soit ont une compétence provinciale, voire régionale.

[12](#) Les auditeurs du travail sont des membres du parquet compétents pour les matières sociales. Cette institution a été créée en même temps que les juridictions du travail par le Code judiciaire, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1970. Les auditeurs ont une mission « civile » de conseiller auprès du juge du tribunal du travail (civil) et une compétence pénale où ils décident de l'opportunité des poursuites en cas d'infractions à la législation sociale.

[13](#) Office national pour l'emploi qui gère les caisses d'allocation de chômage en Belgique.

[14](#) En effet, 68,5% des établissements contrôlés par cette inspection sociale occupent moins de 5 travailleurs et 97% moins de 50 travailleurs.

[15](#) Loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social ; M.B., le 1^{er} juillet 2010.