

A V I S N° 1.562

Séance du mardi 18 juillet 2006

Avant-projet de loi introduisant le code pénal social

x                    x                    x

2.180-1

## **A V I S N° 1.562**

---

Objet : Avant-projet de loi introduisant le code pénal social

Le Conseil national du Travail a décidé d'examiner d'initiative l'avant-projet de loi introduisant le code pénal social. Par la suite, madame L. Onkelinx, Vice-première ministre et ministre de la Justice, a, par lettre du 9 mai 2006, consulté le Conseil national du Travail à ce sujet.

L'examen de cette problématique a été confié à la Commission des relations individuelles du travail.

Dans le cadre de ses travaux, la commission a pu bénéficier de la collaboration précieuse des fonctionnaires compétents en la matière du Service public fédéral Emploi, Travail et Concertation sociale ainsi que des fonctionnaires du Service public fédéral Justice.

Sur rapport de cette commission, le Conseil a émis, le 18 juillet 2006, l'avis suivant.

x

x

x

## AVIS DU CONSEIL NATIONAL DU TRAVAIL

---

### I. INTRODUCTION

#### A. Historique

- Le Conseil national du Travail souligne que l'avant-projet de loi soumis pour avis, que le Conseil des ministres, en sa séance du 21 avril 2006, a adopté en première lecture, fait partie d'une série de décisions prises récemment par le gouvernement dans le cadre de sa lutte contre la fraude sociale<sup>1</sup>.

Les grandes lignes de cette lutte ont été présentées dans la note "Respect de la solidarité sociale", lors du Conseil extraordinaire des ministres consacré aux questions économiques et sociales, qui s'est tenu les 16 et 17 janvier 2004 à Gembloux. L'on est parti du principe qu'il faut s'attaquer de manière plus résolue à la fraude sociale, par une meilleure prévention, des contrôles accrus et des sanctions plus efficaces. Cet objectif peut être atteint en intensifiant la communication au sujet de la réglementation existante, en renforçant les services d'inspection, en simplifiant la réglementation et en réformant le droit pénal social.

L'avant-projet de loi sur lequel le Conseil est consulté s'inscrit dans ce dernier volet.

Le gouvernement a également déjà pris différentes décisions sur ce plan.

- Le Conseil souhaite ainsi rappeler que, lors du Conseil extraordinaire des ministres des 30 et 31 mars 2004, il a été décidé quels délits sociaux seront poursuivis en priorité au pénal.

---

<sup>1</sup> Ces décisions concernent tout d'abord la fraude sociale liée au travail illégal. Il y a ainsi l'opérationnalisation de l'obligation de déclaration des travailleurs étrangers (la banque de données LIMO-SA) pour la fin 2006 et le plan d'action qui doit mettre en place un comité de coordination renforcé des quatre inspections sociales pour la fin mai 2006, sur la base duquel les super-contrôles visant le travail illégal dans les secteurs à risque pourront débuter en juin.

Le même Conseil des ministres a également adopté un avant-projet de loi qui vise, d'une part, à créer au sein du tribunal de première instance et de la cour d'appel une chambre correctionnelle spécialisée qui connaît exclusivement des infractions au droit pénal social et, d'autre part, à octroyer une action (civile) spécifique à l'auditorat du travail en tant que mode de traitement alternatif de délits.

Le Conseil a émis le 9 mars 2006 l'avis n° 1.549 sur ce dernier aspect de l'avant-projet de loi.

Cet avant-projet de loi, qui était basé sur une première proposition de réforme de la Commission de réforme du droit pénal social créée en 2001, peut être considéré comme le premier volet de la réforme du droit pénal social prévue par le gouvernement. Il est clair à cet égard que l'octroi d'une action (civile) spécifique à l'auditorat du travail implique une dépénalisation sur le plan de la procédure.

- Le Conseil souligne que l'avant-projet de loi qui lui est soumis à présent pour avis est basé sur le rapport des travaux 2001-2005 de la Commission de réforme du droit pénal social, bien qu'il s'écarte des propositions de cette Commission dans un certain nombre de dispositions (voir ci-dessous).

L'avant-projet de loi, qui introduit un code pénal social, peut être considéré comme le deuxième volet de la réforme du droit pénal social prévue par le gouvernement.

Le Conseil est invité à se prononcer à ce sujet dans un délai de deux mois.

- Dans la demande d'avis, le Conseil est informé de la décision du gouvernement de placer dans une loi portant des dispositions diverses les articles 2/27, 2/28, 2/50, 2/51, 2/52 et 2/212 de l'avant-projet de loi, afin de procéder à une adoption plus rapide. Il lui est également indiqué que l'objectif du gouvernement est de réexaminer en septembre en deuxième lecture les autres articles de l'avant-projet de loi soumis pour avis.

Entre-temps, il a pris connaissance du résultat de l'examen à la Chambre du projet de loi portant des dispositions diverses (doc. 51 2518/001) ainsi que du texte qui a été adopté le 29 juin 2006 en séance plénière et qui a été transmis au Sénat (doc. 51 2518/032).

## B. Contenu et portée de l'avant-projet de loi

Le Conseil constate que l'avant-projet de loi soumis pour avis introduit un code pénal social.

Selon le résumé de l'avant-projet de loi, la réforme du droit pénal social s'impose parce que ce droit pénal particulier souffre parfois d'une certaine inefficacité conduisant au non-respect du prescrit du droit social, ce qui est dû à des causes multiples.

Sur le plan de la forme, il est souligné que les dispositions du droit pénal social sont dispersées dans de nombreuses lois sociales et que, du fait de l'inflation législative, particulièrement dans le domaine social, elles sont de plus en plus nombreuses.

Par ailleurs, une critique portant davantage sur le contenu est formulée, à savoir que l'accroissement des dispositions du droit pénal social n'a pas eu lieu de manière très coordonnée. Dans ce cadre, il est souligné que le droit pénal social a recours à la technique de l'incrimination par renvoi ou à celle de la pénalité par référence. De ce fait, il manque de cohérence et de proportionnalité sur le plan des sanctions (il punit d'une peine identique des manquements d'importance variable) et il offre trop peu de diversité sur le plan des sanctions possibles.

L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi énumère les onze objectifs poursuivis par le projet de loi, à savoir :

- 1) La codification de la matière en un ensemble cohérent.
- 2) La diversification et le renforcement des actions préventives.
- 3) L'amélioration du respect des droits fondamentaux et en particulier des droits de la défense et de la légalité des incriminations.

Ce dernier objectif a entraîné la réécriture de chaque incrimination. Le code contiendra une énumération exhaustive des infractions au droit pénal social et la description de leurs éléments constitutifs. Les infractions dont les éléments constitutifs correspondent sont réglées dans une seule disposition pénale. La même sanction sera également en vigueur pour les incriminations visant à protéger le même intérêt. Ainsi, la sanction liée à l'incrimination ne dépendra plus de la loi sociale qui contient cette incrimination.

- 4) L'inscription des infractions et des sanctions dans un schéma répressif cohérent.

Selon leur gravité, les infractions sont réparties en trois niveaux, qui correspondent à trois niveaux de sanctions.

- 5) La simplification du régime répressif des infractions (circonstances atténuantes, récidive, etc.) et l'uniformisation dans la mesure du possible des règles applicables en cas de poursuites pénales ou dans le cadre d'une procédure relative à l'application d'une amende administrative.

À l'instar des amendes pénales, les amendes administratives sont soumises aux décimes additionnels. La règle de la multiplication de l'amende par le nombre de travailleurs concernés par l'infraction s'applique aux amendes tant pénales qu'administratives.

- 6) La généralisation du système d'amendes administratives à toutes les infractions du droit pénal social.
- 7) La dépénalisation<sup>2</sup> des infractions les moins graves, par un traitement administratif uniquement.

Étant donné que les infractions légères (sanction de niveau 1) ne peuvent être punies que d'une amende administrative, le caractère subsidiaire de l'amende administrative pour cette catégorie d'infractions est supprimé.

---

<sup>2</sup> Par "dépénalisation" sensu stricto, l'on entend ici "la substitution d'un autre réseau de sanctions étatiques (administratives, civiles, médiation) au réseau pénal classique. Contrairement à ce que le terme dépénalisation pourrait laisser entendre, il s'agit ici, bien souvent d'étendre la répression et le contrôle par la collectivité."

- 8) La décriminalisation<sup>3</sup> des infractions n'appelant plus de soutien répressif.
- 9) L'élimination de la peine d'emprisonnement dans tous les cas où elle s'avère inutile et inappropriée, de manière à la réserver à quelques infractions seulement, les plus graves.

Les peines ont été diversifiées pour permettre au juge d'adapter au mieux la peine aux faits commis. Les articles 110 et 111 du code prévoient trois nouvelles peines, à savoir l'interdiction d'exploiter, la fermeture de l'entreprise et l'interdiction professionnelle. Ces peines accessoires sont facultatives et temporaires et s'appliquent uniquement aux infractions les plus graves.

Le contrevenant est puni plus lourdement s'il commet une infraction avec une intention frauduleuse ou sciemment et volontairement.

- 10) L'adaptation d'un certain nombre de pouvoirs de l'inspection du travail aux besoins d'une meilleure prévention et d'une politique moderne de recherche.
- 11) L'inscription dans la loi de principes qui sont observés dans la pratique depuis déjà longtemps en ce qui concerne la procédure tendant à appliquer une amende administrative.

## **II. POSITION DU CONSEIL**

Le Conseil s'est penché sur l'avant-projet de loi soumis pour avis.

---

<sup>3</sup> Par "décriminalisation", l'on entend ici "la suppression de l'incrimination, et, par voie de conséquence, la suppression du contrôle du comportement par la collectivité, à tout le moins du contrôle par le biais des différents mécanismes répressifs. C'est donc l'élimination de la sanction pénale sensu stricto ainsi que de l'amende administrative, et des autres procédés de contrainte."

Il a pris acte du fait que le gouvernement a décidé de placer un certain nombre d'articles du projet de code pénal social dans un projet de loi portant des dispositions diverses, afin de procéder à une adoption plus rapide. Il s'agit concrètement des articles 2/27, 2/28, 2/33, 2/34, 2/50, 2/51, 2/52, 2/55, 2/56 et 2/58.

Ces articles ont été repris au Chapitre 4 ("Modification de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail") du Titre XIII ("Emploi") du projet de loi portant des dispositions diverses (articles 228 à 239), tel qu'il a été déposé à la Chambre par le gouvernement le 31 mai 2006.

Le Conseil a toutefois décidé d'émettre un seul avis sur l'ensemble des dispositions de l'avant-projet de loi soumis pour avis.

A. La sanction des infractions aux conventions collectives de travail rendues obligatoires (les articles 2/192, 2/235, 3/43, 4, 17° et 5 de l'avant-projet de loi)

---

- Le Conseil souhaite signaler qu'en ce qui concerne la sanction des infractions aux conventions collectives de travail rendues obligatoires, le gouvernement a choisi "de procéder à une concertation complémentaire et approfondie avec tous les acteurs concernés en vue de pouvoir arriver à une solution qui soit acceptable juridiquement et sur le plan pratique" (commentaire de l'article 2/192 de l'avant-projet de loi).

Toutefois, afin de ne pas bloquer plus longtemps l'avant-projet de loi, il a été opté pour une mesure transitoire, contenue aux articles 2/192, 2/235, 3/43, 4, 17° et 5 de l'avant-projet de loi.

Le Conseil souligne que cela signifie qu'il dispose d'un délai de deux ans après l'entrée en vigueur du code pénal social pour se prononcer sur le dispositif à adopter, étant donné qu'en vertu de l'article 2/235, la disposition abrogatoire de l'article 4, 17°, a) et c), et la mesure supplétive de l'article 2/192 de l'avant-projet de loi n'entreront en vigueur qu'à cette date.

En attendant cet avis, le Conseil souhaite toutefois déjà formuler quelques observations en la matière.

- Le Conseil prend acte du fait que le gouvernement n'a pas choisi de suivre les propositions de la Commission de réforme du droit pénal social visant à décriminaliser une grande partie des conventions collectives de travail rendues obligatoires<sup>4</sup>.

Selon le gouvernement, le nombre relativement réduit de procès-verbaux dressés n'est pas une preuve de la superfétation de la pénalisation actuelle. En outre, le gouvernement souhaite tenir compte au maximum de l'autonomie des partenaires sociaux, qui ont choisi eux-mêmes jusqu'à présent et en toute clarté de maintenir pénalement punissable la violation de certaines de leurs conventions collectives de travail et pas la violation d'autres (en demandant ou non qu'elles soient rendues obligatoires).

Le gouvernement a décidé que si, à l'issue de la période transitoire de deux ans après l'entrée en vigueur du code pénal social, on n'obtient pas d'alternative à la mesure transitoire qui soit satisfaisante sur les plans social et juridique, une sanction sera maintenue pour les conventions collectives de travail rendues obligatoires, mais au niveau le plus bas<sup>5</sup> (une sanction de niveau 1) (article 2/192 de l'avant-projet de loi).

- Le Conseil juge qu'en attendant son avis sur le dispositif définitif en la matière, il convient déjà de formuler les observations suivantes sur la sanction des infractions aux conventions collectives de travail rendues obligatoires.

Tout d'abord, le Conseil veut souligner qu'il est fondamental pour l'équilibre du système des relations collectives de travail que les conventions collectives de travail rendues obligatoires soient respectées par ceux auxquels elles s'appliquent. Les obligations qui découlent de conventions collectives de travail rendues obligatoires traduisent en effet les équilibres qui sont trouvés entre les intérêts des employeurs et ceux des travailleurs au sujet d'un large éventail de matières.

---

<sup>4</sup> Dans l'avant-projet de loi, le gouvernement a cependant conservé la sanction des infractions à certaines conventions collectives de travail rendues obligatoires telle que prévue par la Commission de réforme du droit pénal social dans sa proposition de texte.

<sup>5</sup> Sans porter préjudice aux sanctions des infractions aux conventions collectives de travail rendues obligatoires, qui figurent dans d'autres articles du Code.

Ensuite, le Conseil est d'avis qu'il serait utile que, pour leurs travaux au cours de la période transitoire de deux ans suivant l'entrée en vigueur du code, qui leur est donnée afin d'avancer leur propre dispositif pour les infractions aux conventions collectives de travail rendues obligatoires, les partenaires sociaux puissent disposer d'un inventaire complet des matières contenues dans les conventions collectives de travail rendues obligatoires, qui indique dans quelle mesure elles ont donné lieu à la rédaction d'un procès-verbal et à l'imposition d'une amende administrative ou d'une sanction pénale.

Finalement, le Conseil est conscient du fait que, si les travaux des partenaires sociaux devaient déboucher sur la demande d'inclure dans le code pénal social une liste d'infractions aux conventions collectives de travail rendues obligatoires (qui ne peuvent pas être décriminalisées), ainsi qu'éventuellement l'indication de sanctions adéquates, il sera également nécessaire de rechercher une procédure permettant d'adapter rapidement et efficacement les dispositions concernées du code pénal social, au cas où les partenaires sociaux estimeraient que les infractions à d'autres conventions collectives de travail rendues obligatoires doivent y être ajoutées.

#### B. Le pouvoir d'appréciation des inspecteurs sociaux (article 2/19 de l'avant-projet de loi)

---

- Le Conseil constate que l'article 2/19 de l'avant-projet de loi reprend le pouvoir d'appréciation des inspecteurs sociaux tel qu'il existait déjà à l'article 9, premier alinéa de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail : les inspecteurs sociaux disposent d'un pouvoir d'appréciation (et donc du choix) pour soit donner des avertissements, soit fixer au contrevenant un délai pour se mettre en règle, soit dresser un procès-verbal constatant une infraction.

Un nouvel élément de l'article 2/19 est la mention expresse du fait que les inspecteurs sociaux disposent d'un pouvoir d'appréciation pour "fournir des renseignements et des conseils, notamment sur les moyens les plus efficaces pour respecter les législations dont ils exercent la surveillance". Le commentaire de cet article précise que cette disposition s'inspire de l'article 6, § 1er, 1°, du décret du 30 avril 2004 "portant uniformisation des dispositions de contrôle, de sanction et pénales reprises dans la réglementation des matières de législation sociale qui relèvent de la compétence de la Communauté flamande et de la Région flamande" pour préciser que les inspecteurs sociaux dispose également du droit de donner au contrevenant des informations et des conseils.

- Sans vouloir préjuger du résultat de ses travaux pendant la période transitoire, le Conseil souhaite préciser la portée de cette disposition par rapport aux dispositions du droit social qui sont décriminalisées, ce par quoi l'on entend que tant la sanction pénale sensu stricto que l'amende administrative et les autres procédés de contrainte sont supprimés.

Il souligne que, nonobstant la décriminalisation de dispositions de droit social, les inspecteurs sociaux conservent des pouvoirs étendus concernant l'applicabilité de ces dispositions, qui complètent leur mission de surveillance de l'application des lois sociales et de recherche des infractions à celles-ci.

Telle était également la position de la Commission de réforme du droit pénal social au sujet de l'hypothèse de la décriminalisation des conventions collectives de travail rendues obligatoires (rapport de la Commission, page 36).

Les inspecteurs sociaux sont chargés de la surveillance du respect des dispositions légales et réglementaires qui relèvent de leur compétence, donc également des dispositions qui ne sont pas punies de sanctions pénales ou d'amendes administratives (voir l'article 2/17 de l'avant-projet de loi).

Dans ce cadre, une mission très importante des inspecteurs sociaux est de fournir à toutes les parties concernées des renseignements et des conseils sur les dispositions légales et réglementaires qui relèvent de leur compétence et éventuellement d'intervenir dans les conflits individuels en la matière par la médiation. Par mesure de clarté, elle a maintenant été reprise à l'article 2/19, 1° de l'avant-projet de loi.

- Le Conseil souhaite également répéter dans ce contexte qu'il est important que les mesures organisationnelles nécessaires soient prises en vue de renforcer le cadre du personnel des services d'inspection sociale et d'améliorer la collaboration entre ces services.

### C. Les conséquences de la dépénalisation d'une disposition de droit social

---

Le Conseil constate que l'avant-projet de loi vise à dépénaliser les infractions qui sont considérées comme les moins graves, en les soumettant à un traitement administratif uniquement. Il s'agit des infractions qui sont punies dans l'avant-projet de loi par une sanction de niveau 1 (une amende administrative de 10 à 250 euros).

Il souhaite souligner dans ce cadre que la jurisprudence et la doctrine considèrent de façon univoque qu'une amende administrative est effectivement une sanction et qu'une disposition dont le non-respect est uniquement punissable d'une amende administrative est une disposition pénale.

Ce point est important, par exemple, pour l'interprétation de l'article 5, § 1er de la loi du 5 mars 2002 transposant la directive 96/71 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996<sup>6</sup>, qui dispose que l'employeur qui occupe en Belgique un travailleur détaché est tenu de respecter, pour les prestations de travail qui y sont effectuées, les conditions de travail, de rémunération et d'emploi qui sont prévues par des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles, sanctionnées "pénalement".

Selon le Conseil, il est donc clair que les employeurs sont également tenus de respecter, vis-à-vis des travailleurs détachés en Belgique, les dispositions du droit social belge dont l'infraction est punie d'une sanction de niveau 1 en vertu de l'avant-projet de loi.

D. Les pouvoirs des inspecteurs sociaux en ce qui concerne :

- les supports d'information contenant soit des données sociales, soit d'autres données prescrites par la loi (article 2/27 de l'avant-projet de loi) ;
  - les supports d'information contenant d'autres données (article 2/28 de l'avant-projet de loi)
- 

a. Le contenu des articles 2/27 et 2/28 de l'avant-projet de loi

- Le Conseil constate que les articles 2/27 et 2/28 de l'avant-projet de loi réécrivent l'article 4, § 1er, 2° c) et d) de la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail en raison des développements, cités dans le commentaire de ces articles, qui sont apparus dans la jurisprudence de la Cour de cassation, de la Cour de justice de l'Union européenne et de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que de l'évolution intervenue au niveau de l'application de toutes sortes de technologies informatiques.

À cet effet, on a eu recours aux textes légaux qui déterminent les pouvoirs des inspections comparables (le Code de la TVA et le Code des impôts sur les revenus).

---

<sup>6</sup> Loi transposant la directive 96/71 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et instaurant un régime simplifié pour la tenue de documents sociaux par les entreprises qui détachent des travailleurs en Belgique.

Jusqu'à présent, les inspecteurs sociaux peuvent – selon une interprétation stricte de la législation en vigueur – seulement demander de se faire produire certains documents, sans que l'employeur doive se déplacer à cet effet. Ce pouvoir s'applique à tous les documents, c'est-à-dire aussi bien à ceux contenant des données sociales, dont l'établissement est prescrit par la législation dont ils exercent la surveillance (article 4, § 1er, 2°, c) de la loi concernant l'inspection du travail), qu'à tous les autres documents qu'ils jugent nécessaires à l'accomplissement de leur mission (article 4, § 1er, 2°, d) de la même loi).

En raison de l'interdiction pour les fonctionnaires chargés de la surveillance de procéder à une "fishing expedition"<sup>7</sup>, qui a été prononcée par la Cour européenne des droits de l'homme sur la base de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>8</sup>, l'avant-projet de loi introduit une distinction en ce qui concerne la portée des pouvoirs des inspecteurs sociaux entre, d'une part, les supports d'information contenant soit des données sociales, soit d'autres données prescrites par la loi, même lorsque les inspecteurs sociaux ne sont pas chargés de la surveillance de cette législation (article 2/27), pour lesquels il n'y a pas de risque de "fishing expedition", et, d'autre part, les supports d'information contenant d'autres données (article 2/28).

En ce qui concerne la première catégorie de supports d'information, les inspecteurs sociaux ont le pouvoir de les rechercher et de les examiner, alors qu'en ce qui concerne la deuxième catégorie, leur pouvoir se limite à demander à l'employeur de les leur produire.

Étant donné que, pour la première catégorie, les inspecteurs sociaux ont un pouvoir de recherche et d'examen, l'article 2/27 introduit la condition que ces supports d'information doivent se trouver dans les locaux qui sont soumis à leur contrôle ; cette condition n'a pas été reprise à l'article 2/28. En raison de l'interdiction de procéder à une "fishing expedition", l'on n'a plus prévu pour cette deuxième catégorie de supports d'information la possibilité de les saisir (article 2/34) ; en ce qui les concerne, l'on n'a plus prévu de sanction pour obstacle à la surveillance lorsque l'employeur ne donne pas suite à la demande des inspecteurs sociaux de les produire (article 2/212).

---

<sup>7</sup> Le droit à un procès équitable, qui est garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, s'oppose à ce qu'un "accusé" soit forcé de collaborer à sa propre incrimination, puisque les fonctionnaires chargés de la surveillance pourraient provoquer sa condamnation pour obtenir certaines pièces dont ils supposent l'existence sans en avoir la certitude.

<sup>8</sup> Notamment l'arrêt Funke du 25 février 1993 et l'arrêt Van Rossem du 9 décembre 2005.

Pour les deux catégories de supports d'information, les inspecteurs sociaux disposent en vertu de l'avant-projet de loi du même pouvoir lorsque ces données sont accessibles par un système informatique ou par tout autre appareil électronique.

- Le Conseil a pris connaissance du débat qui a eu lieu à la Chambre des Représentants au sujet de ces articles et d'un certain nombre d'autres d'articles de l'avant-projet de loi introduisant le code pénal social, relatifs à la loi du 16 novembre 1972 concernant l'inspection du travail, après leur inclusion dans le projet de loi portant des dispositions diverses.

Il souhaite exprimer ci-après un certain nombre de préoccupations relatives aux modifications de la loi concernant l'inspection du travail qui ont été discutées à la Chambre, en ce qui concerne, d'une part, la réécriture de l'article 4, § 1er, 2°, c) et d) de la loi concernant l'inspection du travail et, d'autre part, les modifications apportées aux autres articles de cette même loi.

b. Remarques concernant la réécriture de l'article 4, § 1er, 2°, c) et d) de la loi concernant l'inspection du travail

- Le Conseil a pris connaissance du fait que, le 29 juin 2006, la Chambre a adopté la réécriture proposée de l'article 4, § 1er, 2°, c) et d) de la loi concernant l'inspection du travail, moyennant l'ajout à l'article 4, § 1er, 2°, c) de trois nouveaux alinéas qui correspondent au texte de trois amendements du gouvernement.

Le troisième alinéa de l'article 4, § 1er, 2° c) (amendement n° 11 du gouvernement) dispose que le Roi peut, à titre informatif, dresser une liste contenant les données dont l'établissement, la tenue ou la conservation sont prescrits par la loi, ainsi que celles qui se trouvent sur des supports d'information aux lieux de travail ou dans d'autres lieux soumis au contrôle des inspecteurs sociaux.

Le quatrième alinéa de l'article 4, § 1er, 2° c) (amendement n° 16 du gouvernement) dispose que lorsque l'employeur, son préposé ou mandataire est absent au moment du contrôle, l'inspecteur social prend les mesures nécessaires pour contacter l'employeur, son préposé ou mandataire afin de se faire produire les supports d'information précités. Lorsque l'employeur, son préposé ou mandataire n'est pas joignable, l'inspecteur social peut procéder à la recherche et à l'examen.

Le cinquième alinéa de l'article 4, § 1er, 2° c) (amendement n° 10 du gouvernement) dispose que lorsque l'employeur, son préposé ou mandataire s'oppose à cette recherche ou à cet examen, un procès-verbal est établi pour obstacle à la surveillance.

- Le Conseil juge qu'il s'agit d'importants pouvoirs supplémentaires pour les inspecteurs sociaux.

Vu notamment le risque qu'ils contiennent d'atteinte à la vie privée tant de la personne contrôlée que de toute autre personne sur le lieu de travail, il estime que ces nouveaux pouvoirs doivent être utilisés avec la plus grande prudence.

Il prend acte dans ce cadre de la justification détaillée jointe à l'amendement n° 10 du gouvernement, qui rappelle que les inspecteurs sociaux ont l'habitude d'essayer de résoudre les problèmes en concertation avec l'employeur.

C'est seulement quand les problèmes constatés ne peuvent pas être résolus par concertation ou lorsque le risque de fraude existe que les inspecteurs sociaux prendront des mesures plus contraignantes. Dans ce cadre, cela se limitera dans la majorité des cas à demander à l'employeur de produire certains documents. Lorsque l'employeur indique qu'il ne souhaite pas collaborer de plein gré au contrôle mais qu'il ne s'oppose pas plus avant aux actions des inspecteurs sociaux, les pouvoirs visés ici seront appliqués. Si l'employeur s'oppose activement au contrôle à exercer, les inspecteurs sociaux peuvent recourir à l'assistance de la police. Si cela ne suffit toujours pas ou lorsque la police ne peut pas fournir de l'assistance, les inspecteurs sociaux devront alors dresser un procès-verbal pour obstacle à la surveillance.

L'amendement n° 16 susmentionné du gouvernement ajoute que l'inspecteur social doit prendre les mesures nécessaires pour contacter l'employeur, son préposé ou mandataire s'ils sont absents afin de se faire produire les supports d'information précités. Lorsque l'employeur, son préposé ou mandataire n'est pas joignable, l'inspecteur social peut procéder à la recherche et à l'examen.

- Le Conseil constate toutefois que le législateur n'a pas réintroduit dans la législation le principe de la production des documents sociaux et des autres documents légaux, sauf si l'employeur, son préposé ou mandataire est absent. Ce n'est que dans ce cas que le législateur prévoit que l'inspecteur social doit prendre les mesures nécessaires pour contacter l'employeur afin de se faire produire les supports d'information légaux (nouvel alinéa 4 de l'article 4, § 1er, 2°, c), tel qu'adopté à la Chambre).

Afin de garantir la sécurité juridique, le Conseil juge nécessaire que le législateur adapte l'article 4, § 1er, 2°, c), de telle sorte qu'il en ressorte clairement que (1) le principe de la production des supports d'information concernés s'applique toujours et que (2) il ne peut être procédé à la recherche et à l'examen que dans des cas exceptionnels, à savoir en cas d'absence de l'employeur (à condition que les inspecteurs sociaux prennent les mesures nécessaires pour le contacter) ou en cas de refus par l'employeur de produire les supports d'information demandés.

Ce dernier point requiert donc que la situation d'"opposition" soit précisée dans la loi comme étant le fait de "s'opposer à la remise de plein gré des pièces demandées" au lieu du fait de "s'opposer à la recherche et à l'examen" (au nouvel alinéa 5 de l'article 4, § 1er, 2°, c), tel qu'adopté à la Chambre).

- Dans ce cadre, le Conseil veut également souligner qu'il doit ressortir suffisamment clairement de la législation relative aux pouvoirs des inspecteurs sociaux que ces derniers doivent exercer ces pouvoirs en harmonie avec leur finalité et en respectant le principe de proportionnalité.
- Le Conseil constate en outre que, conformément au nouvel article 4, § 1er, 2°, c) de la loi concernant l'inspection du travail, tel qu'adopté à la Chambre, le pouvoir de recherche et d'examen des inspecteurs sociaux concerne soit des données sociales, visées à l'article 2, 5° de cette loi, soit n'importe quelles autres données, dont l'établissement, la tenue ou la conservation sont prescrits par la loi, même lorsque les inspecteurs sociaux ne sont pas chargés de la surveillance de cette législation.

Il souligne que le principe de finalité, tel que repris à l'article 2/17 de l'avant-projet de loi introduisant le code pénal social, exige que les inspecteurs sociaux exercent leurs pouvoirs en vue de la surveillance du respect des dispositions du code pénal social et des dispositions d'autres législations dont ils exercent la surveillance.

Le Conseil juge pour cette raison que le pouvoir de recherche et d'examen des inspecteurs sociaux doit être limité dans la loi aux supports d'information contenant les données sociales visées à l'article 2, 5° de la loi concernant l'inspection du travail, dont l'établissement est prescrit par la législation dont ils exercent la surveillance.

Cela implique que l'amendement n° 11 du gouvernement, qui a été adopté à la Chambre comme troisième alinéa de l'article 4, § 1er, 2°, c) et qui dispose que le Roi peut, à titre informatif, dresser une liste contenant les données dont l'établissement, la tenue ou la conservation sont prescrits par la loi, devient sans objet.

Cette proposition est également dictée par le souci de garantir la sécurité juridique. En effet, plus la liste des documents dont la production peut être demandée est longue, plus le risque est réel qu'un employeur qui ne peut pas mettre immédiatement la main sur les documents demandés puisse être considéré comme "refusant" de les produire. Pour cette raison, le Conseil juge que la possibilité de recherche et d'examen doit être limitée aux supports d'information contenant des données sociales.

- Le Conseil observe également que l'article 4, § 1er, 2°, c), tel qu'adopté à la Chambre, dispose que les inspecteurs sociaux peuvent rechercher et examiner tous les supports d'information "qui se trouvent dans les lieux de travail ou d'autres lieux qui sont soumis à leur contrôle et qui...".

Il veut souligner dans ce cadre que le texte légal adopté ne peut pas porter atteinte à la protection existante des locaux habités.

Il prend acte dans ce cadre du fait que l'avant-projet de loi introduisant le code pénal social dispose à ce sujet à son article 2/23 que les inspecteurs sociaux ne peuvent toutefois pénétrer dans les locaux habités qu'avec une autorisation de visite domiciliaire délivrée par le juge d'instruction. Il est donc proposé de remplacer le pouvoir du juge de police en la matière par celui du juge d'instruction.

Le Conseil souligne toutefois qu'il faut continuer à faire une distinction entre autorisation de visite domiciliaire et mandat de perquisition.

c. Remarques concernant les autres modifications apportées à la loi concernant l'inspection du travail

- Le Conseil considère que, dans l'avant-projet de loi introduisant le code pénal social, l'on a recherché un nouvel équilibre en liant les pouvoirs supplémentaires des inspecteurs sociaux, justifiés par les évolutions juridiques et technologiques, à des garanties supplémentaires concernant la protection juridique des employeurs.

On peut faire référence dans ce cadre à la limitation du droit de saisir des documents (article 2/34) et à la limitation de la sanction pour obstacle à la surveillance (article 2/212), mentionnées ci-avant, mais aussi à l'obligation de fournir à l'employeur des informations sur la recherche et l'examen (article 2/35), aux garanties formelles qui doivent être données notamment en cas de saisies (article 2/53) et à la possibilité de recours auprès du président du tribunal du travail contre un certain nombre de mesures prises par les inspecteurs sociaux (article 2/54).

Le Conseil souligne que, lors de l'examen à la Chambre du projet de loi portant des dispositions diverses, le gouvernement a demandé, par voie d'amendements (les amendements n°s 12, 13 et 14), que le contenu des articles 2/35, 2/53 et 2/54 de l'avant-projet de loi introduisant le code pénal social soit repris dans le texte examiné. Ces garanties relatives à la protection légale des employeurs font donc déjà partie du texte adopté par la Chambre, qui contient des modifications de la loi concernant l'inspection du travail.

- Le Conseil note que le législateur a prévu des garanties légales particulières à l'égard des employeurs qui soit n'étaient pas présents lors de la recherche et de l'examen, soit n'y consentaient pas de plein gré. Ce n'est que dans ces cas que l'inspecteur devra informer par écrit l'employeur de l'existence de cette recherche et de cet examen ainsi que des supports d'information qui ont été copiés (le nouvel article 4 quater, tel qu'adopté à la Chambre). Par ailleurs, le Conseil constate que ce n'est que dans les deux situations susvisées que l'employeur peut introduire un recours en référé auprès du président du tribunal du travail contre la recherche ou l'examen effectués<sup>9</sup> (le nouvel article 4 sexies, deuxième alinéa, tel qu'adopté à la Chambre).

---

<sup>9</sup> Il peut également introduire un recours contre la saisie visée au nouvel article 4 ter ainsi que contre les mesures prises par les inspecteurs sociaux sur la base des articles 3 et 4, § 1er, 2°, e) et f) de la loi concernant l'inspection du travail.

Il semble peu plausible qu'outre l'hypothèse de l'absence de l'employeur, le législateur ne souhaite donner ces garanties légales qu'à celui qui s'oppose à la recherche et à l'examen. Cela signifierait que si un employeur ne remet pas les documents demandés, mais ne s'oppose pas à une recherche ou à un examen par l'inspection parce qu'il risquerait d'être sanctionné lourdement pour obstacle à la surveillance, il ne pourrait se prévaloir d'aucune garantie légale.

Plus fondamentalement, le Conseil juge que toute personne qui estime que ses droits ont été lésés par la recherche ou l'examen effectués doit avoir la possibilité d'introduire une action en référé contre les mesures prises. De même, la personne qui ne s'oppose pas à l'exercice (abusif) du pouvoir de recherche peut par la suite avoir des remarques sur la manière dont les choses se sont passées.

Dans ce cadre, le Conseil souhaite souligner que la procédure comme en référé constitue un recours de pleine juridiction autorisant le président du tribunal du travail à se prononcer tant sur la légalité des mesures ordonnées que sur l'opportunité de leur maintien. Le contrôle du respect tant du principe de finalité que du principe de proportionnalité peut être abordé dans ce cadre.

Le Conseil signale également que la procédure comme en référé est un recours non suspensif, qui ne prive pas d'effet les mesures prises par les inspecteurs sociaux, mais aussi que la procédure est contradictoire, de sorte que l'employeur qui le souhaite est entendu. Cette procédure protège ainsi les pouvoirs des inspecteurs sociaux et garantit les droits des personnes lésées.

#### E. L'élaboration d'une échelle d'incriminations dans l'avant-projet de loi

---

- a. L'incrimination relative aux déclarations à faire en ce qui concerne les subventions, indemnités et allocations et aux faux et usage de faux (article 2/233 de l'avant-projet de loi)

Le Conseil constate que le projet entraîne globalement une extension de la répression pénale applicable aux allocataires sociaux :

1. Alors que certaines législations ne prévoient actuellement pas de sanctions pénales à l'encontre des allocataires sociaux, le projet prévoit des sanctions pour les infractions en matière de déclaration dans toutes les allocations sociales de la compétence du tribunal du travail.
  
2. Alors que certaines législations ne prévoient actuellement des sanctions pénales qu'en cas de fraude ("dol spécial"), le code exige seulement que l'infraction soit commise "volontairement et sciemment" ("dol général").

Le Conseil prend note des arguments invoqués en faveur de cette option.

À ses yeux, ces arguments sont insuffisants en ce qui concerne le niveau proposé des sanctions. Le projet range d'emblée les infractions en matière de déclarations par les allocataires sociaux dans la classe la plus élevée (sanctions de niveau 3). Cela signifie que l'amende pénale minimum serait de 500 euros (x 5,5 dans l'état actuel de la législation sur les décimes additionnels, soit 2.750 euros), et que si le ministère public classe le dossier sans suite, l'inspection sociale aurait le pouvoir d'infliger une amende administrative dont le minimum serait de 250 euros (1.375 euros). On rappellera pour autant que de besoin que ces sommes représentent, pour la majorité des allocataires sociaux, plusieurs mois de revenus.

Le Conseil rappelle que, lorsque les infractions visées ont entraîné la perception indue d'allocations, celles-ci sont récupérées. Par ailleurs, dans la plupart des législations de sécurité sociale, l'allocataire social subira une "sanction administrative" sous la forme d'une privation temporaire (et même, parfois, définitive) de ses allocations pour le futur.

Le Conseil se demande si les auteurs du projet n'ont pas simplement transposé une échelle de sanctions conçue en fonction d'infractions commises par des entreprises.

Il estime en tout état de cause que les amendes pénales minimums sont trop élevées pour les infractions visées. Certes, en fonction de l'élément moral retenu, l'erreur de bonne foi ou la négligence non inexcusable ne donneraient pas lieu à sanction pénale. Il reste tout de même que les infractions décrites ne concernent pas toutes des fraudes caractérisées, contrairement à l'impression que peuvent donner les premiers items visés à l'article 233 du projet. Ainsi, l'article 233.5° punit le simple fait d'omettre, il est vrai "volontairement et sciemment", de déclarer ne plus avoir droit à une prestation sociale, même si ce n'est que partiellement. Selon le texte proposé, l'application de la sanction est par ailleurs indépendante du montant de la somme que l'infraction a permis de frauder.

Certes, le juge ou l'administration peuvent modérer la peine en cas de circonstances atténuantes. Mais la situation de revenus au moment où la peine serait appliquée, qui serait probablement l'argument le plus important pour appliquer une sanction monétaire plus modérée, ne relève pas de la notion habituelle de "circonstance atténuante".

Le Conseil estime qu'il y aurait lieu de reconsidérer ce point du projet.

À son avis, il y aurait lieu de prévoir un niveau spécifique de sanctions, adapté à la situation des allocataires sociaux. Le plancher de l'amende pénale devrait être établi à un niveau plus raisonnable.

Par ailleurs, la technique des amendes administratives n'est, aux yeux du Conseil, pas adaptée aux infractions commises par les allocataires sociaux.

b. La poursuite administrative et le nouveau régime d'amendes administratives

Le Conseil constate que l'application des décimes additionnels pénaux (coefficient de 5,5) à toutes les amendes administratives, ce qui ne se fait pas actuellement, aura pour conséquence une augmentation systématique et substantielle de ces amendes. De ce fait, l'application du système des amendes administratives, que ce soit comme sanction de niveau 1 ou à titre subsidiaire comme sanction de niveau 2 ou 3, aboutira à des peines financières beaucoup plus lourdes par rapport au système actuel.

Le Conseil se demande si cette augmentation systématique de la peine était effectivement visée par les auteurs du projet. Il estime en tout cas que les fourchettes appliquées doivent être réévaluées afin de parvenir à une peine qui correspond davantage à la politique actuelle de poursuites administratives et à un niveau de la peine qui reste dans des proportions raisonnables par rapport à l'infraction commise.

c. Les amendes pénales

Le Conseil prend acte de l'objectif de donner à l'amende un rôle dominant dans la répression des infractions au droit social et de ne plus prévoir de peine d'emprisonnement pour les infractions légères et les infractions de gravité moyenne.

Il constate toutefois que toutes les amendes pénales seront dorénavant également soumises au même régime des décimes additionnels de la loi du 5 mars 1952 relative aux décimes additionnels et qu'elles devront par conséquent être multipliées par le coefficient 5,5. Actuellement, soit l'on n'applique pas de majoration, soit l'on applique un coefficient de 2,5, selon les dispositions légales.

À cela s'ajoute le fait que lorsque l'on applique la règle de multiplication de l'article 2/107 de l'avant-projet de code, l'amende est multipliée par le nombre de travailleurs concernés, sans que le total de l'amende puisse être supérieur au centuple du maximum de l'amende, avec application des décimes additionnels.

Il en résulte que les montants des amendes pénales augmentent de manière substantielle dans la majorité des cas.

Le Conseil juge nécessaire que les justiciables en soient informés clairement.

Par ailleurs, il prend acte de l'un des objectifs du projet de code, qui est de tenir également compte des sanctions civiles pour la fixation des différents niveaux de sanctions pénales. Dans certains cas, cela a même abouti à la suppression des sanctions pénales.

Le Conseil souscrit à cette approche, qui évalue globalement les différentes formes de sanctions et qui opte pour une approche soit curative soit répressive selon la nature de l'infraction. Il souhaite néanmoins souligner qu'il faudra également faire chaque fois cette évaluation pour les législations futures, afin de veiller à atteindre un juste équilibre dans la façon de faire respecter les obligations légales.

d. Les sanctions supplémentaires : la fermeture temporaire, l'interdiction professionnelle et l'interdiction d'exploiter (les articles 2/110 et 2/111 de l'avant-projet de code)

Le Conseil constate que les sanctions supplémentaires, à savoir la fermeture temporaire, l'interdiction professionnelle et l'interdiction d'exploiter, ne sont pas réservées uniquement à différentes infractions de niveau 3, mais qu'elles s'appliquent également à un certain nombre d'infractions de niveau 2. En dépit du caractère exceptionnel de ces peines supplémentaires et de la nécessaire prudence demandée au juge lorsqu'il les applique, les projets d'articles 2/110 et 2/111 ne prévoient pas de critères objectifs ni de garanties qui inscrivent le pouvoir du juge dans un cadre légal clair.

Le Conseil est d'avis que ces peines pourront avoir des conséquences économiques et sociales désastreuses et qu'elles ne pourront par conséquent être appliquées que lorsque l'intérêt qui est protégé par l'incrimination est supérieur aux conséquences de la sanction.

Il juge dès lors nécessaire d'insérer dans le texte légal un critère de finalité et de proportionnalité, qui souligne leur caractère exceptionnel dans la loi même et qui clarifie pour le juge les situations dans lesquelles les peines supplémentaires peuvent être appliquées.

-----