

Un exemple de justice de classe

la délinquance patronale
concernant le droit du travail

Gilles Gourc
CNT-TAS (Travail & Affaires Sociales)



Photo Jorge Aguirre, Buenos Aires, 1972.

Dans la continuité du précédent numéro de *Réfractions*, consacré au Droit et à la Justice, il nous a semblé intéressant de proposer le présent travail qui offre une réflexion sur l'utilisation de la Justice en tant que justice de classe. Par des exemples empruntés à sa fonction d'inspecteur du travail, l'auteur montre combien il est difficile de faire simplement appliquer la loi aux employeurs. Ce texte actualise, en tenant compte des modifications introduites par la loi El Khomri, une première version publiée sur Internet¹.

IL EST COURANT DANS LES MILIEUX MILITANTS RÉVOLUTIONNAIRES OU TOUT simplement progressistes de dénoncer l'institution judiciaire et les arrêts qu'elle rend comme relevant d'une justice de classe. Reste à savoir ce que cette expression recouvre et quelle réalité elle désigne.

Dans *Surveiller et punir*, Michel Foucault évoque la justice de classe en ces termes : « si on peut parler d'une justice de classe ce n'est pas seulement parce que la loi elle-même ou la manière de l'appliquer servent les intérêts d'une classe, c'est que toute la gestion différentielle des illégalismes par l'intermédiaire de la pénalité fait partie de ces mécanismes de domination. Les châtiments légaux sont à replacer dans une stratégie globale des illégalismes² ».

1. <http://mouvements.info/un-exemple-de-justice-de-classe-la-delinquance-patronale-concernant-le-droit-du-travail>
2. Michel Foucault, *Surveiller et punir* [1975], Paris, TEL Gallimard, 2003, p. 318.

Dans cette optique, il est intéressant de s'attarder sur le traitement des délinquances dites « complexes » (environnementale, économique, droit du travail, etc.) et non, comme on le fait habituellement, sur la délinquance de droit commun.

En effet, ce qu'on peut qualifier, à juste titre, de justice de classe ne se donne jamais aussi bien à voir que lorsque l'on se situe aux marges du droit commun, dans le traitement des illégalismes en col blanc. De ce point de vue, rendre visibles ces délinquances volontiers invisibles (médiatiquement, politiquement) se révèle souvent édifiant pour le profane.

Nous allons évoquer ici le traitement de la délinquance patronale à travers le prisme du droit du travail et du sort réservé à l'institution étatique chargée de faire respecter ce droit : l'inspection du travail.

Car pour reprendre les termes de Foucault, les infractions au droit du travail font bien l'objet d'une gestion entièrement différenciée d'un bout à l'autre de la chaîne pénale :

- par les moyens réels accordés à l'inspection du travail, police du droit du travail ;
- par la façon dont l'institution judiciaire traite les procédures de l'inspection du travail ;
- par le type de pénalité appliquée au droit du travail, le droit pénal du travail dérogatoire jusqu'aux sanctions administratives ;
- par la délégitimation systématique du droit du travail par le pouvoir politique et l'administration du travail, sur fond de discours sécuritaire ambiant.

UN CORPS D'ÉTAT HÉMIPLÉGIQUE

Les moyens de l'inspection du travail

Institution étatique créée à la fin du XIX^e siècle³, l'inspection du travail a pour mission de veiller au respect du droit du travail dans les entreprises. Ce droit particulier régit les relations entre les employeurs et les salariés individuellement et collectivement. Historiquement, le droit du travail s'est construit contre le pouvoir absolu de l'employeur, avec pour fonction d'instituer et de faire respecter des règles et des droits minimums communs à tous les salariés. C'est dire qu'il est un enjeu perpétuel de la lutte des classes et le baromètre du rapport de force qui se joue entre travail et capital.

3. Après deux esquisses, en 1841, puis en 1874, c'est la loi du 2 novembre 1892 encadrant le travail des femmes et des enfants dans l'industrie qui crée un corps d'inspecteurs du travail chargés de faire appliquer les premières lois sociales.

Or, la première chose qui frappe lorsqu'on observe la police du droit du travail qu'est l'inspection du travail, c'est son sous-effectif chronique, structurel.

Dans ses *Carnets d'un inspecteur du travail*, Gérard Filoche note que « créée il y a plus de cent ans, en 1892, l'inspection du travail qui ne comptait que quelques dizaines de membres à ses débuts n'en a guère plus proportionnellement, au début du XXI^e siècle⁴ ».

En 1902, il y avait 110 inspecteurs pour 3 millions de salariés, trois lois et 80 décrets. Aujourd'hui, on compte environ 2 000 agents de contrôle en section d'inspection⁵ pour environ 10 000 articles du code du travail (3 700 lois et 6 300 décrets)⁶ et 18,2 millions de salariés.

Avec des effectifs aussi dérisoires, il n'y a guère de miracle possible. Aujourd'hui comme hier, les agents de contrôle sont pris sous un flot continu de sollicitations qu'ils ne peuvent traiter de façon satisfaisante. L'urgence devient la norme et le retard est structurel. Si l'on devait ne retenir qu'un chiffre, en rapportant le nombre de contrôles en entreprises au nombre total d'entreprises, les entreprises ont actuellement une chance de se faire contrôler une fois tous les 15 ans⁷. À titre comparatif, on peut également noter que le ratio du nombre de salariés par agent de contrôle est de 9 100, en augmentation constante depuis 6 ans⁸, là où l'on compte approximativement un policier ou gendarme pour 270 administrés⁹.

Autant dire que, même avec la meilleure volonté des agents de contrôle, la pression de l'administration sur les entreprises ne saurait être féroce. Ces quelques rappels factuels nous paraissent être un préliminaire indispensable à rapporter aux larmoiements perpétuels du patronat sur la pression intolérable que l'administration ferait peser sur les entreprises. Dans une déclaration du 13 mai 2014, Pierre Gattaz, président du Medef, déclarait encore « sur le terrain, le Medef constate une multiplication des contrôles tatillons et inutiles¹⁰ ».

Malheureusement, la police du travail n'en a tout simplement pas les moyens.

Sur fond de manque de moyens, nous retrouvons là un cas exemplaire de ce que le sociologue Pierre Bourdieu qualifie de « mauvaise foi de l'institution¹¹ » par une sorte de « double jeu », l'État réaffirmant en permanence sa vocation à être intransigeant envers les transgressions, tout en acceptant que certains de ses agents soient matériellement empêchés de poursuivre de tels objectifs. Ce sentiment de mensonge institutionnel est largement partagé par les

4. Gérard Filoche, *Carnets d'un inspecteur du travail*, Paris, Ramsay, 2003, p. 306-307.

5. Tous les chiffres relatifs à l'action de l'inspection du travail sont issus du rapport annuel au BIT *L'inspection du travail en France en 2014*, publié par le ministère du travail : http://travail-emploi.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_au_bit_2014.pdf

6. Ces chiffres ne prennent en compte que le code du travail dit « généraliste ». Depuis la fusion des services généralistes avec l'inspection du travail des transports, il faut également y rajouter le code des transports et la réglementation sociale européenne propre à ce secteur.

7. Toujours selon le rapport sur l'inspection du travail suscitée, 220 800 interventions ont été effectuées en 2014. Parmi ces interventions 54% relevaient de contrôles à proprement parler soit 119 232 contrôles pour 1,82 millions d'entreprises assujetties au contrôle de l'inspection du travail.

8. En 2010 ce ratio était de un agent de contrôle pour 8114 salariés.

9. En 2013 on comptait 245000 policiers et gendarmes (source ministère de l'intérieur).

10. <http://www.medef.com/medef-tv/actualites/detail/article/le-medef-sengage-pour-emploi-mais-sinquiete-sur-le-pacte-de-responsabilite-1.html>

11. Pierre Bourdieu (dir.), *La misère du monde*, Paris, Seuil, 1993, p. 377-381.

agents de contrôle de l'inspection du travail, pris entre le sens de leur mission de service public vis-à-vis d'usagers, les moyens réels mis à leur disposition, et le déni hiérarchique sur l'état des services.

Le devenir des procédures de l'inspection

Lors de leurs contrôles, les agents sont amenés à constater des infractions. Plusieurs suites sont alors possibles.

Il faut d'abord souligner que les agents privilégient très largement les courriers d'observation, qui constituent de simples rappels à la loi. Comme le relève la journaliste Fanny Doumayrou, l'action de contrôle consiste le plus souvent en un « long et fastidieux travail de pression sur l'employeur, à coup de lettres d'observations et de contre-visites, sous la menace plus ou moins explicite d'un procès-verbal¹² ». Les PV n'interviennent donc la plupart du temps qu'en dernier recours et ne correspondent qu'à une petite partie des infractions constatées : en 2014, sur 220 800 interventions recensées, 131 639 lettres d'observations ont été rédigées et 3 748 PV ont été établis. Par rapport aux interventions donnant lieu à constats d'infraction, seulement 2,6 % des situations donnent lieu à transmission de PV¹³.

Deux raisons principales viennent expliquer cette réticence à établir des P.V.

Tout d'abord, le manque de moyens et donc de temps pour dresser des procès-verbaux, l'investissement nécessaire à la rédaction d'un procès-verbal étant souvent plus important que la rédaction d'une lettre d'observations.

Mais, d'autre part, on peut y voir un effet du découragement des agents devant le sort qui est réservé à leurs procès-verbaux. Lorsqu'il y a procès-verbal, celui-ci est ensuite transmis au procureur de la République, qui demeure libre d'en faire ce qu'il veut selon le principe « d'opportunité des suites ». Les données disponibles à ce sujet sont édifiantes.

Face aux protestations récurrentes des syndicats de l'inspection du travail concernant le devenir de leurs procédures, la Direction Générale du Travail (DGT) a créé en son sein un observatoire des suites pénales en 2007. Sur la période 2004-2014, près de 85 000 PV ont été dressés. Sur ce total, il s'avère que l'on a perdu la trace de près de 40 % d'entre eux. 35 000 procès-verbaux se sont ainsi purement et simplement volatilisés ! Ce tour de magie se double d'un taux de classement sans suite de près de 25 % pour la part restante.

12. Fanny Doumayrou, « Qui défendra les inspecteurs du travail ? », *Le Monde Diplomatique*, Décembre 2012.

13. Soit précisément 3748 procès-verbaux pour 142966 interventions donnant lieu à constat d'infraction.

Au bout du compte, moins de la moitié des PV dressés donnent effectivement lieu à des poursuites. On est ici bien loin du discours sécuritaire sur la tolérance zéro et l'automatisme des condamnations. Celles-ci sont d'ailleurs dans leur immense majorité de simples amendes. En 2010, 9 309 procès-verbaux ont été dressés. Ils ont donné lieu à 1 466 poursuites et 1 030 procédures alternatives aux poursuites¹⁴. Les poursuites ont elle-même abouti à 882 condamnations à une amende et 147 peines d'emprisonnement très majoritairement assorties d'un sursis. Et l'on retrouve ici la conclusion du sociologue Bruno Aubusson de Cavarlay qui déclarait déjà en 1985 : « Veut-on caricaturer ? L'amende est bourgeoise et petite-bourgeoise, l'emprisonnement ferme est sous-prolétarien, l'emprisonnement avec sursis est populaire¹⁵ ».

DANS LA TÊTE DES MAGISTRAT.ES

Comment comprendre de tels chiffres ? En d'autres termes, comment s'opère ce tri spécifique des illégalismes liés au droit du travail ?

Il convient de commencer par écarter l'alibi technique. Les différents rapports annuels de l'Inspection générale des affaires sociales jugent les actes juridiques produits par l'inspection du travail comme étant plutôt de bonne qualité. Ce n'est donc pas la piètre qualité des procédures qui justifie un tel taux de classement des procès-verbaux.

Une première tentative d'explication consisterait à relever l'engorgement des tribunaux et le manque de moyens de la justice. Mais si cet engorgement est bien réel, une telle approche ne permet pas de comprendre comment s'effectue le tri des procédures et selon quels schémas de pensée.

Lors des rencontres périodiques organisées entre le parquet et les services de l'inspection, j'ai toujours été frappé, en tant qu'agent lambda de l'inspection du travail, par le discours des procureurs, non pas tant par ce qu'il disait de nos procédures, mais par ce qu'il révélait de leur imaginaire pénal. Cet inconscient pénal peut se résumer par l'application aux questions de droit du travail de schémas de pensée construits à propos de la petite et moyenne délinquance sur les biens et les personnes, donc dans le domaine du droit commun.

Plus précisément, cet inconscient pénal s'incarne dans l'idée plus ou moins explicitée que pour pouvoir condamner en bonne et

14. S'agissant des procédures de l'inspection du travail, les procédures alternatives aux poursuites consistent soit en un simple rappel à la loi, soit à une composition pénale (mesure que peut prendre le procureur de la République dans le cadre d'une procédure alternative aux poursuites).

15. Bruno Aubusson de Cavarlay, « Hommes, peines et infractions : la légalité de l'inégalité », *L'Année sociologique*, vol. 35, n°2, Paris, 1985.

due forme, il convient d'avoir une victime individuelle qui subit un préjudice immédiat de la part d'un bourreau, les deux étant reliés par un lien de cause à effet direct. Si l'on veut prendre un exemple, une personne agressée par une autre, voilà un schéma simple et qui correspond au sens commun judiciaire avec victime (l'agressé), bourreau (l'agresseur), préjudice (nombre éventuel de jours d'ITT) et lien direct entre l'agression et le préjudice subi. C'est cette conception de l'infraction et de la responsabilité que j'appellerai l'inconscient de classe de la justice pénale.

Ce constat fait pour la délinquance patronale au droit du travail pourrait d'ailleurs être élargi aux autres types de délinquances en « cols blancs ». Car comme le rappellent les sociologues P. Lascoumes et C. Nagels dans un ouvrage récent « les recherches sur le système pénal nous apprennent que celui-ci est majoritairement alimenté par les victimes¹⁶ ». Or, de fait, « peu d'enquêtés se définissent comme victimes de fraude économique ou de clientélisme¹⁷ ».

Pour revenir au droit du travail une telle conception de la justice pénale centrée sur un lien direct infraction-victime témoigne d'une méconnaissance profonde du droit du travail et du monde du travail dans notre société capitaliste. La relation de travail, comme chacun sait ou devrait savoir, ne met pas face à face deux personnes « à égalité » mais se caractérise par une relation de subordination. C'est cette subordination qui justifie l'existence d'un droit spécifique du travail à côté des règles régissant les contrats commerciaux. Encore faudrait-il en tirer toutes les conséquences d'un point de vue judiciaire.

À la recherche de la victime...

L'employeur a un pouvoir général d'encadrement et de direction, pouvoir de direction qui peut se traduire, le cas échéant, par l'exercice d'un pouvoir disciplinaire en cas d'insubordination. En contrepartie de ce pouvoir exorbitant, l'employeur est lui-même responsable du respect du droit du travail posant des limites à la relation d'exploitation, comme de ses manquements¹⁸. Et ce, même si les infractions constatées ne correspondent pas au schéma d'une plainte individuelle d'une victime avec un préjudice directement constatable.

Ainsi, l'enjeu de certaines infractions n'est littéralement pas compris si l'on veut leur appliquer un schéma de droit commun à toute force. C'est notamment le cas des infractions au fonctionnement des institutions représentatives du personnel (IRP), comme l'absence

de consultation d'un comité d'entreprise ou le défaut d'organisation d'élections de délégués du personnel.

Or, si l'on se reporte toujours aux données des suites pénales pour l'année 2010, les procédures concernant la représentation du personnel sont celles qui sont le moins suivies par les magistrats : seules 16 % d'entre elles ont donné lieu à ce jour à des poursuites pénales de la part du parquet. Sur ces 16 % de procédures suivies, on peut encore retrancher 18 % de dispense de peine et 7 % de relaxe quand ces procédures arrivent en jugement.

Ces procédures ont effectivement l'inconvénient de ne pas permettre la mise en évidence de victimes ensanglantées. Pourtant, une connaissance minimale du monde du travail ferait saisir l'importance fondamentale de l'existence et du bon fonctionnement des institutions représentatives du personnel pour la défense et le respect des droits des travailleurs au sein d'une entreprise, et au-delà. Le désert syndical de plus en plus grand de notre société, notamment dû aux stratégies anti-syndicales du patronat bafouant le fonctionnement des IRP, devrait pourtant inciter l'État à en faire une priorité politique. Notre gouvernement finissant, qui n'a eu de cesse pendant 5 ans de proclamer son « amour de l'entreprise », a manifestement eu d'autres priorités. La loi Macron a notamment en son temps allégé les pénalités concernant le délit d'entrave aux institutions représentatives du personnel, en supprimant la possibilité d'infliger des peines de prison pour les entraves au fonctionnement des différentes IRP¹⁹, quand les lois Rebsamen puis El Khomri ont mis en place la possibilité de fusionner l'ensemble des IRP²⁰.

Dans ce cadre, on pourrait penser que la thématique santé/sécurité se voit réserver un meilleur sort. L'expérience montre pourtant que la mise en évidence d'une victime directe reste tout autant incontournable. Ce qui signifie notamment que l'ensemble des infractions qui touchent au domaine de la prévention collective (durée du travail, machines non conformes hors contexte d'accident, etc.) sans plaintes directes des victimes à la barre avec un préjudice immédiatement visible sont elles aussi difficilement comprises par notre système judiciaire. Au stade de la prévention, on ne peut par définition distinguer ni victime, ni responsable du délit. Concrètement, il faut donc souvent attendre l'accident grave pour que soient mises en œuvre des poursuites et une condamnation effective. Pour autant, même lorsqu'il y a une victime clairement identifiable comme dans un accident du travail, il faut que la victime se porte

16. Pierre Lascoumes et Carla Nagels, *Sociologie des élites délinquantes, de la criminalité en col blanc à la corruption politique*, Paris, Armand Colin, 2014, p. 56.
17. *Ibid.*, p. 57.
18. De ce point de vue nous nous situons dans la lignée de Gérard Lyon-Caen qui définit le droit du travail comme « l'ensemble des règles qui régissent : 1° L'exploitation du travail humain en régime capitaliste ; 2° Les instruments de la lutte ouvrière contre cette exploitation ; 3° Les résultats de cette lutte, c'est-à-dire les modifications incessantes subies par le régime d'exploitation lui-même » (« Les fondements historiques et rationnels du Droit du travail » [1951], *Droit ouvrier*, février 2004, p. 56).

19. Peine de prison, faut-il le préciser, pour ainsi dire jamais appliquée. Néanmoins, en mai 2010, l'affaire Molex ayant exceptionnellement abouti à des peines de prison avec sursis contre les dirigeants américains de cette société pour ne pas avoir informé les représentants du personnel de la fermeture de l'usine, le patronat a su faire usage d'un lobbying efficace pour supprimer un tel épouvantail.
20. Articles L.2326-1 et L.2391-1 du code du travail.

partie civile pour espérer raisonnablement une poursuite et une condamnation. La partie civile aura alors le rôle d'incarner la figure de la victime en chair et en os, avec ses blessures et ses éventuelles séquelles et traumatismes. Le juge retombe alors dans le schéma décrit initialement avec une victime plaignante et un préjudice incarné. Autant dire que lorsque le salarié est toujours dans l'entreprise et qu'il ou elle souhaite y rester, il n'y a presque aucune chance pour qu'il se porte partie civile contre son employeur. Là comme ailleurs, le lien de subordination fait son œuvre dissuasive.

... et du bourreau

Une fois la victime mise en évidence vient la question du responsable.

Au premier abord on pourrait penser que cette question ne pose pas de difficulté particulière car l'auteur est le plus souvent parfaitement connu. Il s'agit de l'employeur, même si une discussion pourra éventuellement intervenir en cas de délégation de pouvoir. Pourtant, là encore, les magistrats essayent trop souvent d'appliquer des schémas de pensée juridique calqués sur la délinquance de droit commun, en recherchant une causalité directe entre les agissements d'un patron, devenu individu lambda, et un accident touchant par exemple l'un de ses salariés. Sur cette base, et selon la formule consacrée, les PV de l'inspection du travail sont toujours susceptibles d'être classés pour cause d'« infraction insuffisamment caractérisée », et ce alors même que l'infraction est parfaitement constituée et constatée par l'agent de contrôle.

LA FAIBLESSE DE LA PÉNALITÉ EN DROIT DU TRAVAIL

Si les procédures se voient appliquer des systèmes de représentation de la délinquance propres au droit commun, le droit pénal du travail est lui-même un droit pénal dérogatoire.

Sommées de se justifier en permanence selon une grille de lecture de droit commun pour éviter le classement sans suite, les procédures de l'inspection se voient en revanche appliquer un droit pénal beaucoup plus « souple » et indulgent que le droit pénal commun. Les procédures de l'inspection sont ainsi en quelque sorte perdantes des deux côtés. Non seulement, comme nous l'avons vu, les condamnations sont rares, mais les sanctions sont elles-mêmes loin d'être à la hauteur.

Dans le Code pénal, une personne qui met en danger la vie d'autrui encourt un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende, alors que les sanctions prévues par le Code du travail en matière de santé/sécurité ne peuvent excéder 3 750 euros par salarié. De même, le Code pénal punit l'homicide involontaire d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 euros d'amende. Or, là encore, le droit pénal du travail prévu par le Code du travail se borne à une amende délictuelle de 3 750 euros.

Des pénalités aussi faibles posent inévitablement la question du caractère dissuasif ou pédagogique de la sanction. Les patrons, pour peu qu'ils soient bien conseillés par un avocat ou par des syndicats patronaux, sont parfaitement capables d'évaluer les forces en présence. Provisionner le risque du contentieux devient une stratégie patronale à part entière. Stratégie payante, lorsqu'on considère qu'une hypothétique amende leur coûtera souvent moins cher que de respecter le droit du travail.

Certes, les procureurs ont toujours théoriquement la possibilité de requalifier pénalement les infractions constatées, selon les pénalités prévues par le Code pénal²¹ mais de telles requalifications sont rarissimes et la pénalité spécifique du travail joue bien son rôle : tenir les employeurs à l'abri de la pénalité de droit commun propre à la petite et moyenne délinquance sur les biens et les personnes.

Par ces simples constats il ne s'agit pas ici de blâmer les magistrats en tant que tels, mais de tenter de comprendre par quels mécanismes nous pouvons aboutir à un tel fiasco judiciaire concernant un droit touchant pourtant quotidiennement 18 millions de salariés.

TOUT EST NÉGOCIABLE ! DÉRÉGULATION À TOUS LES ÉTAGES

Si la justice est si peu sensible au droit du travail, c'est aussi parce que ce droit est délégitimé par le pouvoir politique lui-même. Le droit du travail est d'abord délégitimé par un discours idéologique récurrent, pour ne pas dire omniprésent : l'idée selon laquelle le droit du travail serait « trop rigide », « trop complexe », un « frein à l'emploi », à la « croissance », etc. Ce discours pour le moins « compréhensif » est remarquable sur fond d'inflation du discours

21. Lors des différentes rencontres parquet-inspection auxquelles nous avons pu assister, les procureurs expliquent là encore qu'ils ne peuvent pas poursuivre au pénal (au sens du code du pénal), parce que le lien de cause à effet n'aurait pas été démontré, oubliant comme il se doit le lien de subordination patron-salarié.

sécuritaire fustigeant depuis près de vingt ans un supposé « laxisme » judiciaire.

Un tel discours de délégitimation permanent a inévitablement pour conséquence de légitimer les employeurs en infraction, qui non seulement ne se vivent pas comme des délinquants, mais se sentent confortés à contester le bien-fondé des contrôles de l'inspection du travail. Fanny Doumayrou relevait ainsi que « la déréliction qui frappe ce corps de fonctionnaires s'explique en premier lieu par l'injonction paradoxale qui fonde sa mission : maintenir dans les clous du code du travail des chefs d'entreprise que les gouvernements encouragent par ailleurs à prendre leurs aises ; offrir un garde-fou contre l'exploitation, mais sans jamais recevoir de l'État, également garant de la liberté d'entreprendre, les moyens d'assurer une réelle protection des salariés²². »

Mais surtout, ce discours s'est incarné depuis trente ans en une succession de réformes visant à déréguler le droit du travail. Ce processus s'est accéléré ces dix dernières années, avec l'extension continue des possibilités de déroger, par accord collectif, à la loi et donc au code du travail dans un sens défavorable aux salariés. La loi a ainsi perdu de son importance au profit de la règle négociée. Parallèlement s'est opéré un renversement de la hiérarchie des normes au sein de la négociation collective avec primauté à l'accord d'entreprise, c'est-à-dire là où le rapport de force est le plus défavorable aux salariés. Le dernier acte de ce processus de renversement de la hiérarchie des normes est, comme on sait, la promulgation le 8 août 2016 de la loi travail²³. On observe ainsi un mouvement de fond vers un éclatement et une individualisation de la règle de droit, notamment sur des sujets aussi importants que la durée du travail, la rupture du contrat ou la majoration des heures supplémentaires. Mouvement de fond qui a pour effet d'éclater le salariat et sa capacité de réponse collective.

Or, si l'on considère que le chômeur ou le salarié sont de simples cocontractants individuels, dont l'engagement personnel ne doit pas être soumis à des normes protectrices supérieures, le risque est grand que les salariés renoncent « librement », contre leurs propres intérêts, à un statut global créateur de droits.

Cette possibilité de renoncement « volontaire » au droit du travail commence à poindre de plus en plus. L'Accord National Interprofessionnel du 11 janvier 2013 ouvrait notamment la possibilité de « librement » renoncer au seuil minimal de 24 heures pour les

temps partiels. Ce seuil minimal était pourtant une des seules avancées de cet accord. De même certaines dérogations au repos dominical sont désormais possibles sous réserve d'un hypothétique « volontariat » du salarié²⁴.

Or, il faut rappeler sans cesse qu'en droit du travail il n'y a pas de volontariat, tout au plus peut-il y avoir une soumission volontaire. Comme le disait déjà Marx dans *Le Capital* : « Le travailleur libre, qui se rend sur le marché libre pour y vendre sa peau, doit s'attendre à être tanné. » La relation salariale est ainsi une relation fondamentalement inégale ; le code du travail ne limite jamais qu'en partie l'arbitraire patronal.

L'application du droit du travail fonctionne désormais comme si ce droit dérogeait à la notion même de droit, c'est-à-dire une norme collective protectrice applicable indépendamment de la « volonté » supposée des parties. Mais un droit du travail en miettes, est-ce encore du droit, c'est-à-dire une base sûre permettant de faire valoir des droits ?

Force est de constater qu'en matière de droit du travail, les pouvoirs publics semblent donc désormais considérer que tout doit pouvoir se négocier, réalisant ainsi les vœux du patronat²⁵ au nom de la tarte à la crème du « dialogue social », l'autre nom de la dérégulation généralisée en matière de droit social.

ON PEUT TOUJOURS S'ARRANGER DE LA JUSTICE PÉNALE À LA NÉGOCIATION ADMINISTRATIVE

La dernière étape de ce processus de négociation et d'arrangements vise à remplacer le droit pénal du travail par un jeu de négociation administrative des peines. C'est le projet initié en son temps par Michel Sapin, ancien ministre du travail, et qui trouve aujourd'hui à se réaliser par ordonnance du 7 avril 2016. De quoi s'agit-il ?

Tout simplement, de passer progressivement d'un système de sanctions pénales à un système d'amendes administratives pour les contraventions ou de transaction pénale permettant aux employeurs d'échapper aux poursuites pénales sur la base d'un plaider-coupable pour les contraventions et délits (hors peine de prison). Au vu du bilan peu reluisant des suites pénales actuelles, le passage à un autre système de sanctions pourrait effectivement sembler séduisant. Nul doute qu'un tel changement permettra la mise en œuvre de sanctions effectives là où les procès-verbaux

24. Article L.3132-25-4 du code du travail.

25. « Nous préconisons une réforme de la Constitution afin de reconnaître le droit à la négociation, et de permettre aux représentants des employeurs et des salariés de fixer les modalités d'application des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale », expliquait l'ancienne présidente du Medef Laurence Parisot aux *Échos* en 2006. Cité par Laura Raim dans <http://www.regards.fr/web/article/la-loi-macron-ou-comment-revenir>.

22. Fanny Doumayrou, art. cit.

23. L'article 8 de la loi consacre notamment la primauté de l'accord d'entreprise sur la convention de branche en matière de temps de travail et de rémunération. Les dispositions légales n'interviennent elles-mêmes qu'à titre supplétif en l'absence d'accord.

transmis au procureur, notamment sur le champ contraventionnel, finissaient aux oubliettes ou avec des sanctions dérisoires. À cet égard la Direction Générale du Travail (DGT) présente ces nouveaux dispositifs comme « une stratégie d'actions visant à rendre plus efficace l'action de l'État ».

Mais un tel changement de système de sanctions revient à sortir les employeurs des tribunaux pour les ramener dans le jeu ouaté des négociations administratives. Exit l'audience publique devant un juge, remplacée par une discussion de marchands de tapis dans le bureau d'un hiérarque du ministère du travail. En effet ce pouvoir de sanction administrative appartient au DIRECCTE (Directeur Régional des Entreprises, de la Concurrence, de la Consommation, du Travail et de l'Emploi), et non à l'inspecteur du travail.

On rétorquera peut-être que le changement est purement symbolique. Mais le symbole a son importance dès que l'on touche à la bourgeoisie, il n'est pas indifférent pour les employeurs de se voir ramenés, pendant un temps, au rang de simples délinquants parmi d'autres, obligés de se justifier devant un tribunal dans une audience publique. Le passage à un système de sanctions administratives permettra d'éviter ce genre de désagréments. Les victimes et les syndicats ne pourront en revanche plus se porter partie civile sur une procédure administrative.

Un tel système de sanctions pose d'abord la question de l'indépendance de l'agent de contrôle. Formellement, comme le proclame l'instruction DGT n° 2016/03, le principe d'indépendance de l'agent de contrôle dans le choix des suites à donner reste préservé. Ainsi la voie pénale n'est pas exclue par les nouveaux textes. Pour autant l'enjeu est bien celui d'une perte d'indépendance pour les inspecteurs du travail sur leurs propres procédures. Au vu de l'engorgement des tribunaux il n'est nul besoin d'être grand clerc pour comprendre que les tribunaux classeront désormais sans suite, sauf exception comme la volonté d'une organisation syndicale de se porter partie civile sur une procédure pénale, la totalité du contentieux contraventionnel dès lors qu'il existe une possibilité de sanction administrative. L'agent se rendra vite compte que le « choix » devient purement formel et devra s'inscrire dans le cadre d'une stratégie de sanctions définie entre le ministère et le parquet au niveau national et local. À cet égard l'instruction DGT n°2016/03 annonce d'ores et déjà que « pour assurer la cohérence avec la stratégie pénale exposée plus haut, et eu égard à la rapidité de mise en

œuvre des sanctions administratives, l'amende administrative est à privilégier par rapport à la sanction pénale, hors les cas de réitération, d'intérêts spécifiques à faire comparaître un contrevenant, de situations complexes ou nécessitant des pouvoirs d'enquête spécifiques ou lorsqu'une organisation syndicale ou une instance représentative du personnel aura fait part de sa volonté de se porter partie civile. »

Ce système de sanctions administratives pose ensuite la question de l'indépendance de l'institution susceptible de les prononcer. Comme nous l'avons rappelé plus haut, en cas de sanctions administratives l'agent établira un rapport transmis au DIRECCTE qui conservera le pouvoir de décider d'une sanction ou non. Mais ces mêmes directeurs régionaux, soumis aux ordres des préfets notamment concernant les politiques de l'emploi, n'ont aucune garantie d'indépendance statutaire, contrairement aux agents du corps de l'inspection. Ils n'en seront que plus sensibles à un éventuel chantage à l'emploi que ne manqueront pas d'utiliser les grosses entreprises en infraction dès qu'elles seront mises en cause.

Cette réforme s'inscrit dans un mouvement de fond de dépenalisation des délinquances complexes (fraude fiscale, concurrence et de consommation, environnementale, etc). Si l'on veut appréhender concrètement les conséquences de cette tendance lourde on peut ici utilement comparer notre sujet avec le traitement de la délinquance fiscale qui a instauré depuis longtemps un système de négociation administrative des sanctions, dont rend compte un article édifiant d'Alexis Spire (« Comment contourner l'impôt sans s'exiler », *Le Monde diplomatique*, février 2013). Si des procédures pénales peuvent ici aussi être ponctuellement engagées, le système de sanctions repose désormais essentiellement sur la négociation administrative. Celle-ci a pour particularité de moduler les possibilités de sanctions en fonction de la classe sociale du contrevenant et du niveau d'infraction. En un mot le petit délinquant fiscal (non-paiement de la redevance TV ou de la taxe d'habitation par exemple) pourra au mieux négocier un étalement des paiements, là où en haut de l'échelle sociale, le grand délinquant pourra se payer le luxe de négocier le montant des amendes (notamment lorsqu'il s'agit de l'évaluation des patrimoines).

L'ancienne juge d'instruction Eva Joly n'hésite pas quant à elle à parler « d'impunité fiscale [...] en particulier en France, où le verrou du Ministère des finances sur les enquêtes, la baisse des effectifs

et la culture de la conciliation favorisent la triche²⁶ ». Particularité de l'administration fiscale française, le procureur ne dispose pas de l'opportunité des suites en matière fiscale. Il ne peut agir que sur la demande du Ministère des finances : c'est ce que l'on appelle le verrou de Bercy. Un tel verrou n'existe pas actuellement au sein du Ministère du travail. Une évolution à venir pour la délinquance patronale ? Quoi qu'il en soit si « l'anticipation des contraintes pénales a fait de la conciliation la norme » en matière de délinquance fiscale, la lourdeur des procès-verbaux en matière de droit du travail liée à la déception quant aux sanctions prononcées par les juges devrait aboutir au même résultat concernant la délinquance patronale.

Ainsi s'il y a bien justice de classe c'est que comme le note le sociologue Laurent Bonelli, « les fraudes, les opérations commerciales irrégulières, les évasions fiscales sont renvoyées vers des juridictions spéciales et des commissions d'arbitrage plus feutrées, où dominent les transactions, les accommodements, les amendes²⁷. »

Et, comme pour le droit du travail cette justice de classe est avant tout « une victoire culturelle des possédants ». Le discours anti-impôts et dénonçant une pression fiscale présentée comme insoutenable résonne avec les discours délégitimant le droit du travail et les contraintes insupportables qu'il ferait peser sur les entreprises.

Nous avons commencé notre article en situant la notion de « justice de classe » dans la lignée de Foucault comme économie générale des illégalismes dans une stratégie globale de différenciation. Il s'agit plus précisément de différencier l'illégalisme des biens et des droits. « L'illégalisme des biens a été séparé de l'illégalisme des droits, constate Michel Foucault. Partage qui recouvre une opposition de classes, puisque, d'un côté, l'illégalisme qui sera le plus accessible aux classes populaires sera celui des biens – transfert violent des propriétés ; que, d'un autre, la bourgeoisie se réservera, elle, l'illégalisme des droits : la possibilité de tourner ses propres règlements et ses propres lois²⁸ ».

De ce point de vue, l'exemple du droit du travail nous paraît remarquable, tant la différenciation s'incarne d'un bout à l'autre de la chaîne pénale. Moyens humains dérisoires de la « police du travail » qu'est l'inspection du travail, droit pénal dérogatoire par rapport au droit pénal propre aux illégalismes sur les biens et les personnes des classes populaires, suites pénales plus qu'aléatoires et passage progressif à un système de sanctions administratives

négoiciées. La boucle de la différenciation visant à préserver le patronat de toute confusion avec la figure infamante du délinquant, cette naturalisation de l'illégalisme des classes populaires, est ainsi constituée.

Passer des institutions pénales à l'entre-soi d'une négociation administrative, d'une publicité infamante des débats à la privatisation d'une procédure, quelle plus remarquable incarnation d'une justice de classe là où il est question de droit du travail, c'est-à-dire, en dernier recours, de l'état du rapport de force entre travail et capital ?

26. Eva Joly, « Pour en finir avec l'impunité fiscale », *Le Monde diplomatique*, juin 2016.

27. Laurent Bonelli, « Le récidiviste, voilà l'ennemi ! », *Le Monde diplomatique*, août 2014.

28. M. Foucault, *op. cit.*, p. 103.