

## Activité partielle et contrôles a posteriori : une défense sociale et pénale indissociable

Face à la propagation de l'épidémie de COVID-19 en France et des difficultés économiques rencontrées par de nombreuses entreprises, beaucoup d'entre elles ont fait le choix de recourir au mécanisme de l'activité partielle. On décompte aujourd'hui plus de 10 millions de salariés bénéficiaires de l'activité partielle.

Celle-ci permet de suspendre temporairement les contrats de travail des salariés jusqu'à ce que l'entreprise puisse surmonter ses difficultés économiques. En contrepartie de la suspension de leur contrat de travail, les salariés perçoivent une indemnité d'activité partielle financée par l'Etat et complétée, s'il le souhaite, par l'employeur.

Le mécanisme de l'activité partielle a considérablement été assoupli par plusieurs ordonnances rendues aux mois de mars et avril 2020 afin de permettre au plus grand nombre d'en bénéficier. Parmi elles, la procédure auprès de la DIRECCTE : à défaut de réponse de cette dernière sous 48 heures, la demande de chômage partiel est réputée acceptée tacitement.

En effet, face à la multiplicité des demandes et à l'urgence, une étude systématique *a priori* est totalement impossible.

Pour autant, de nombreux contrôles *a posteriori* auront lieu et ont d'ores et déjà été annoncés par le Ministère du Travail afin de vérifier l'absence de fraude des bénéficiaires.

### I. Conditions d'application du chômage partiel et sanctions encourues en cas de fraude :

**Le dispositif d'activité partielle peut être sollicité par les entreprises si :**

- elles sont concernées par les arrêtés prévoyant une fermeture,
- elles sont confrontées à une baisse d'activité / des difficultés d'approvisionnement pouvant être objectivées,
- il leur est impossible de mettre en place les mesures de prévention nécessaires pour la protection de la santé des salariés (télétravail, gestes barrière, etc.).

Il faudra donc établir objectivement que la Société se trouve dans **un de ces trois cas, qui sont alternatifs.**

**Les sanctions en cas de fraude à l'activité partielle sont de deux ordres : administratives et pénales.**

Les sanctions administratives sont celles du travail illégal et pour l'essentiel : (L.8272-1 et suivants et D.9272-1 du code du travail) :

- le remboursement des aides perçues au titre des heures indûment perçues par l'employeur ;
- la suppression des aides publiques (exonérations de charges sociales ou des aides attachées au contrat d'apprentissage, par exemple), pendant 5 ans maximum.

L'employeur s'expose également au risque selon lequel le salarié puisse exiger de son côté, s'il n'a pas perçu l'intégralité de son salaire, le solde de son salaire, chargé.

De même, l'URSSAF peut également procéder à un rappel de cotisations salariales et patronales dans les conditions de droit commun.

Les sanctions pénales peuvent être fondées soit sur l'article L 5124-1 qui prévoit que :

*« Sauf constitution éventuelle du délit d'escroquerie ... le fait de bénéficier ou de tenter de bénéficier frauduleusement des allocations mentionnées aux articles L. 5122-1 et L. 5123-2 du présent code est puni des peines prévues à l'article 441-6 du code pénal. Le fait de faire obtenir frauduleusement ou de tenter de faire obtenir frauduleusement ces allocations est puni de la même peine. »*

L'article 441-6 du code pénal dispose que :

*« Le fait de se faire délivrer indûment par une administration publique ou par un organisme chargé d'une mission de service public, par quelque moyen frauduleux que ce soit, un document destiné à constater un droit, une identité ou une qualité ou à accorder une autorisation, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.*

*Est puni des mêmes peines le fait de fournir sciemment une fausse déclaration ou une déclaration incomplète en vue d'obtenir ou de tenter d'obtenir, de faire obtenir ou de tenter de faire obtenir d'une personne publique, d'un organisme de protection sociale ou d'un organisme chargé d'une mission de service public une allocation, une prestation, un paiement ou un avantage indu. »*

L'infraction d'escroquerie peut également être retenue si la fraude résulte de manœuvres frauduleuses caractérisées : la peine encourue est alors de 5 ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende.

Enfin, le travail dissimulé peut également être retenu lorsque les heures réelles de télétravail sont supérieures aux heures déclarées :

- Jusque trois ans de prison et 45 000 euros d'amende pour les personnes physiques.

A cela, il convient également de garder à l'esprit que le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales pour toutes ces infractions est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction (225 000 euros pour le travail dissimulé par exemple).

En plus de ces sanctions, l'atteinte à l'image de l'entreprise risque également d'emporter de lourdes conséquences commerciales.

Dans ces conditions, au regard des risques encourus, il convient de ne pas prendre à la légère les contrôles qui auront lieu et d'échanger régulièrement avec l'Inspecteur du travail de façon à démontrer que le recours au chômage partiel a été effectué sans fraude et en toute bonne foi.

**En effet, au regard de l'urgence et du nombre démultiplié des ordonnances en la matière, parfois sujettes à diverses interprétations, dans une période où, pendant quasiment deux mois, le droit du matin n'est plus celui de la veille au soir, il est possible, en toute bonne foi, d'avoir commis des erreurs (sur le salaire moyen à retenir par exemple) sans que cela ne soit constitutif d'une fraude délibérée.**

## **II. LES CONTROLES A POSTERIORI : Procédure et conduite à tenir.**

La fraude à l'activité partielle se constate en analysant les demandes d'indemnisation formulées par les employeurs. En effet, le dispositif prend en charge les heures non travaillées par les salariés, c'est-à-dire celles au cours desquelles ils n'ont pas fourni de travail et n'étaient pas à disposition de leur employeur.

L'exemple typique de fraude est celui où l'employeur place son salarié en télétravail tout en sollicitant le mécanisme de chômage partiel.

De la même façon, les salariés présents sur le lieu de travail et affectés à d'autres tâches ou sans véritable travail effectif sont considérés comme restés à la disposition de l'employeur.

Enfin, les jours de congés payés ne peuvent pas être pris en charge par l'activité partielle ; ils devront être déduits des jours chômés.

## **Les pouvoirs de contrôle de l'Inspection du travail relèvent d'un véritable pouvoir d'investigation.**

Ils peuvent par exemple :

- pénétrer dans l'entreprise et la visiter, sans avertissement préalable et vérifier par exemple s'il est vrai que les gestes barrières ne pouvaient pas être respectés et justifiaient la mise au chômage partiel d'un certain nombre de salariés,
- mener une enquête, notamment en interrogeant les salariés, en demandant communication de documents (ils peuvent ainsi demander aux salariés s'ils étaient bien au chômage partiel et non pas en télétravail pendant les heures chômées, demander des plannings horaires pour les salariés en télétravail partiel, examiner l'ordinateur du collaborateur, etc...)

Ils peuvent se faire présenter, au cours de leurs visites, l'ensemble des livres, registres et documents rendus obligatoires par le code du travail ou par une disposition légale relative au régime du travail.

### **Si l'inspecteur estime qu'une infraction est constituée, il dresse alors un procès-verbal.**

Les employeurs ayant volontairement poursuivi leur activité alors qu'ils bénéficiaient du mécanisme d'activité partielle seront inévitablement sanctionnés.

Mais outre cette situation de fraude volontaire, il existera très certainement des cas beaucoup plus complexes comme l'analyse de la possibilité de mettre en place les gestes barrières, qui sont par ailleurs sujets à discussions quant à leur définition précise (l'absence de masques disponibles sera-t-elle reconnue comme recevable ?)

Lorsque l'inspecteur du Travail a l'intention de dresser un procès-verbal d'infraction, il doit donner la possibilité à l'employeur de **formuler ses observations écrites**.

Ces observations seront essentielles car elles devront s'appuyer sur deux points :

- la contestation du fondement juridique de l'infraction si c'est possible (cf. le calcul du salaire de référence par exemple, les plannings de télétravail, la notion de gestes barrières, etc...)
- la démonstration de la bonne foi pour éviter les poursuites pénales.

L'analyse factuelle et juridique des différents éléments constitutifs de l'infraction seront essentiels.

Le procès-verbal est ensuite envoyé par l'Inspecteur du Travail au Procureur de la République qui décide, selon le principe de l'opportunité des poursuites, de saisir ou non le Tribunal Correctionnel de l'infraction.

Là encore, il peut s'avérer utile de rédiger une note juridique et factuelle à l'attention du Parquet pour faire valoir la défense de la Société.

En effet, outre l'élément matériel qui peut être sujet à discussion, les infractions pénales exigent un élément intentionnel et non pas seulement une erreur commise de bonne foi.

Il est primordial de se défendre dès le début de la procédure de contrôle car c'est son existence qui entraînera également l'application des sanctions administratives.

En effet, les articles L8272-2 et suivant du Code du Travail organisant les sanctions administratives précisent pour leur mise en application : « lorsque l'autorité administrative a connaissance d'un procès-verbal... ».

C'est donc le procès-verbal d'infraction qui sera l'élément déclencheur des sanctions administratives et/ou pénales.

**C'est pourquoi, en cas de contrôle et de risque de procès-verbal d'infraction, il convient de se défendre**

en faisant état d'arguments factuels et juridiques relevant d'une analyse technique et procédurale faisant appel à une parfaite connaissance du droit social comme du droit pénal.