

LA SEMAINE JURIDIQUE

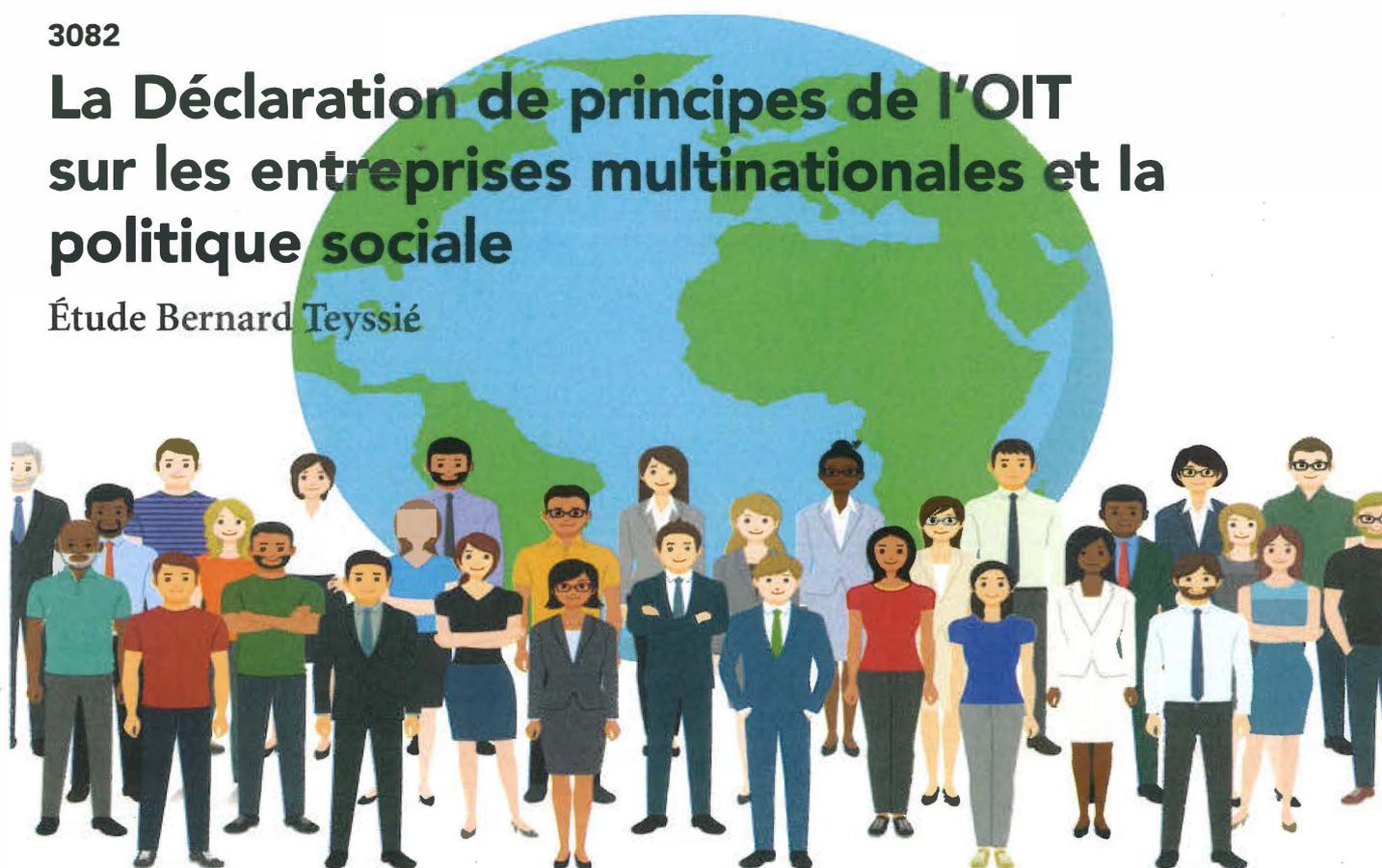
SOCIAL

24 NOVEMBRE 2020, HEBDOMADAIRE, N° 47 ISSN 1774-7503

3082

La Déclaration de principes de l'OIT sur les entreprises multinationales et la politique sociale

Étude Bernard Teyssié



Act. 489 **En questions** - Le contrôle par l'administration de l'activité partielle (Aperçu rapide Julie Ferrari)

3083 **Syndicats** - Syndicats primaires et union de syndicats (Cass. soc., 21 oct. 2020, note Bernard Gauriau)

3087 **Droit social européen** - Prise en charge des soins hospitaliers reçus à l'étranger et discrimination indirecte fondée sur la religion (CJUE, 29 oct. 2020, note Joël Cavallini)

Act. 488 **En région** - Sélection de jurisprudence : septembre - octobre 2020 (Aperçu rapide)

3084 **Cotisations et contributions sociales** - Irrecevabilité de l'action du salarié en remboursement des cotisations contre l'Urssaf (Cass. 2^e civ., 24 sept. 2020, note Nelly Jean-Marie et Léonore Marie)

3085 Travail dissimulé et droit de communication : le casse-tête de l'étanchéité normative (Cass. 2^e civ., 22 oct. 2020, note Xavier Aumeran)

Aperçu rapide

AvoSial

 AVOCATS D'ENTREPRISE
 EN DROIT SOCIAL

En questions : le contrôle par l'administration de l'activité partielle


Julie FERRARI,

avocat au barreau de Paris, associé,
cabinet Vigo membre du réseau international d'avocats GESICA,
membre d'AvoSial

FACE à l'ampleur de la crise sanitaire liée à la Covid-19, le Gouvernement a transformé l'ancien système d'activité partielle pour doter la France du système le plus protecteur d'Europe (V. sur les dernières évolutions du dispositif *JCP S 2020, act. 464*). La mise en œuvre massive de ce dispositif, selon une procédure simplifiée et facilitée afin de permettre aux entreprises et aux salariés d'en bénéficier le plus rapidement possible, constitue un terreau propice à la commission de fraudes.

Pour rappel, le dispositif d'activité partielle est un outil au service de la politique de la prévention des licenciements pour motif économique qui permet à l'employeur en difficulté de faire prendre en charge tout ou partie de la rémunération de ses salariés (*C. trav., art. L. 5122-1 et s. – C. trav., art. R. 5122-1 et s.*).

L'employeur reçoit de l'Agence des services et de paiement (ASP) une allocation équivalente à une part de la rémunération horaire du salarié placé en activité partielle et règle au salarié une indemnité équivalente à 70 % de sa rémunération brute par heure chômée (ou 84 % du salaire horaire net) dans la limite de 35 heures par semaine.

Dès le début de la crise sanitaire, le Gouvernement a proposé à toutes les entreprises (quelle que soit leur taille) un dispositif d'activité partielle dont la mise en œuvre a été simplifiée et facilitée : réduction du délai d'acceptation implicite de la demande d'activité partielle (2 jours) ; assouplissement de la procédure de l'avis préalable du CSE ; assouplissement du délai pour déposer la demande préalable avec indemnisation rétroactive (*JCP S 2020, act. 386*).

Au plus fort de la crise, un million d'entreprises ont activé le dispositif et plus de 9 millions de salariés en ont bénéficié (<https://www.economie.gouv.fr/fraudes-chomage-partiel-renforcement-dispositif-contrôle>). En l'état, ce dispositif de soutien a coûté 30 milliards d'euros à l'État et à l'Unédic.

1. Quel type de fraudes peut-on observer et comment les détecter ?

La plus commune des fraudes consiste pour l'employeur à avoir recours à l'activité partielle tout en demandant au salarié de travailler pendant les heures chômées. En effet, le dispositif d'activité partielle peut être actionné soit en cas d'arrêt total d'activité des salariés, soit en cas de réduction du temps de travail hebdomadaire. À condition de définir clairement les plages travaillées et celles non travaillées, il est donc possible d'alterner le télétravail et l'activité partielle.

En revanche, un salarié en activité partielle totale ne peut pas travailler (à distance ou sur site). Dans le cas contraire, la situation s'apparente à une fraude et est assimilée à du travail illégal.

D'autres fraudes consistent pour l'employeur :

- à déclarer des congés payés ou des RTT en heures non travaillées ;
- à demander des indemnités dans le cadre de l'activité partielle alors que le salarié est en arrêt maladie ;
- à déclarer un nombre d'heures en activité partielle supérieur au nombre d'heures effectivement chômées ou encore à déclarer des montants de rémunérations perçues par les salariés en activité partielle d'un montant supérieur à ce que les salariés perçoivent réellement.

Pour identifier ces fraudes, les pouvoirs publics ont déployé un plan de contrôle *a posteriori*, précisé par deux instructions ministérielles des 5 et 14 mai 2020. Ce plan s'articule autour de deux axes :

- un contrôle ciblé sur certaines entreprises telles que celles ayant présenté des demandes d'indemnisation sur la base de taux horaires élevés ; celles appartenant à des secteurs fortement consommateurs d'activité partielle (BTP, activités de service administratif, de soutien et de conseil aux entreprises...) ; celles ayant un

effectif composé d'une majorité de cadres et dont l'activité est davantage susceptible d'être exercée en télétravail ;

– un contrôle aléatoire (à partir d'extractions fournies par ou par méthode d'échantillonnage) dans une logique d'égalité de traitement entre les entreprises consommatrices de l'activité partielle.

Outre ces contrôles, les DIRECCTE ont reçu pour instruction de traiter rapidement et systématiquement toute dénonciation de non-respect du dispositif d'activité partielle réalisée par les salariés, les organisations syndicales ou les CSE.

À la date du 17 septembre 2020, 270 000 contrôles ont été réalisés : 220 000 contrôles menés *a priori* aboutissant à 8 000 suspicions de fraude et 50 000 contrôles conduits après versement de l'indemnisation permettant de déceler 1 500 suspicions de fraudes. En définitive, 442 procédures pénales ont été engagées (<https://www.economie.gouv.fr/fraudes-chomage-partiel-renforcement-dispositif-contrôle>, communiqué renforcement du dispositif de contrôle des fraudes au chômage partiel, 17/09/2020 ; <https://www.lesechos.fr/economie-france/social/entreprises-pas-de-fraude-massive-au-chomage-partiel-1243213>).

2. Comment se déroulent les contrôles de l'activité partielle ?

Les contrôles sont réalisés tout au long du processus d'indemnisation : contrôle *a priori* via un système embarqué détectant les SIRET inactifs ou les demandes multiples, un croisement des données mis en œuvre progressivement (infolegale, déclaration sociale nominative – DSN), un contrôle par l'ASP d'adresses mail frauduleuses (communiqué précité).

Des contrôles s'opèrent en outre sur pièces par des agents en charge de l'activité partielle, ou sur site lorsque le contrôle sur pièces révèle un cas de « *fraude complexe demandant la mobilisation de pouvoirs d'enquêtes qui excèdent ceux des agents en charge de l'activité partielle* ». Dans ce dernier cas, des vérifications plus approfondies sont confiées, notamment, à l'inspection du travail et en particulier aux agents contrôleurs assermentés qui disposent d'un droit d'entrée dans l'entreprise (*C. trav., art. L. 8113-1*) ou encore aux unités de contrôle régional de la lutte contre le travail illégal (URACTI).

La fraude à l'activité partielle étant constitutive de travail illégal, les agents de contrôle peuvent procéder, avec le consentement des intéressés, à des auditions (employeur, salariés, représentants du personnel ou toute personne susceptible d'apporter des éléments utiles à leur mission) (*C. trav., art. L. 8271-6-1*).

Outre la possibilité de se faire présenter au cours de leurs visites, l'ensemble des livres, registres et documents rendus obligatoires par le Code du travail (*C. trav., art. L. 8113-4*), en matière de lutte contre le travail illégal, les agents de contrôle peuvent également obtenir copie immédiate des documents justifiant du respect des dispositions de lutte contre le travail illégal (*C. trav., art. L. 8271-6-2*). Ils peuvent, par exemple, solliciter la communication de documents permettant de justifier des heures réellement travaillées par les salariés (agendas, courriels, notes, plannings...) ou de tout autre document concernant les décomptes et contrôles du temps de travail, les avis du CSE, les bulletins de paie (sur lesquels figurent, en principe, le nombre d'heures indemnisées au titre de l'activité partielle, les taux appliqués et les sommes versées aux salariés).

3. Ces contrôles sont-ils efficaces ?

En pratique, les contrôles se heurtent à plusieurs obstacles.

Ces contrôles représentent une tâche colossale pour les agents de contrôle qui doivent par ailleurs traiter d'autres sujets que celui de l'activité partielle. Des médias se sont d'ailleurs fait l'écho du découragement de ces agents (<https://www.mediapart.fr/journal/>

[economie/261020/fraudes-au-chomage-partiel-le-contrôle-impossible,26/10/2020](https://www.mediapart.fr/journal/economie/261020/fraudes-au-chomage-partiel-le-contrôle-impossible,26/10/2020)).

Par ailleurs, le nombre d'agents habilités à procéder à ces contrôles comparé au nombre d'entreprises qui ont activé le dispositif d'activité partielle et à celui des salariés qui en ont bénéficié constitue une difficulté supplémentaire. Selon le dernier rapport de l'inspection du travail publié – 2018, édition 2019 – au 31 décembre 2018, cette administration comptait 1 723 inspecteurs du travail chargés du contrôle des entreprises, 414 contrôleurs du travail chargés du contrôle des entreprises, 2.137 agents chargés du contrôle des entreprises : (<https://travail-emploi.gouv.fr/demarches-ressources-documentaires/documentation-et-publications-officielles/rapports/article/rapports-l-inspection-du-travail-en-france>).

À ces difficultés matérielles, s'ajoutent d'autres obstacles liés aux précautions sanitaires ou au contexte économique actuel : par exemple, en période de confinement et de télétravail, les contrôles sur site risquent d'être ralentis, voir stoppés ; ou encore, la crise s'inscrivant dans la longueur, il est peu probable que les salariés dénoncent le non-respect par leurs employeurs du dispositif d'activité partielle par crainte de perdre leur emploi.

Enfin, récemment, le dispositif d'activité partielle a été prolongé jusqu'au 31 décembre 2020 et maintenu dans les mêmes conditions à l'exception du délai d'acceptation implicite de la demande d'activité partielle repassé à 15 jours (contre 2 jours) pour limiter la délinquance astucieuse.

Mais des lacunes persistent au préjudice des contrôles *a priori* puisque les entreprises n'ont toujours aucune obligation de fournir des documents permettant aux agents de s'assurer de l'exactitude des informations fournies (pas d'obligation de produire de KBIS attestant de l'immatriculation au RCS, ni de carte d'identité n'est demandé pour identifier leur dirigeant ; les informations fournies (comme les numéros de téléphone) ne sont pas vérifiées et les agents de contrôle n'ont toujours pas accès aux bases de données de l'URSSAF qui leur permettraient de vérifier le nombre de salariés de l'entreprise ou la réalité du paiement des cotisations.

4. Quelles sont les sanctions encourues en cas de fraude ?

Le plan de contrôle *a posteriori* précité distingue l'employeur qui aurait commis une erreur de bonne foi lors de sa demande (pour beaucoup d'employeurs le recours au dispositif était inédit) et la fraude.

Dans le premier cas, conformément au principe du droit à l'erreur (*CRPA, art. L. 123-1*), l'Administration privilégie une régularisation à l'amiable avec un accompagnement des DIRECCTE.

Dans le second cas, en cas d'irrégularités constatées à l'issue du contrôle, plusieurs actions peuvent être conduites pouvant aboutir à des sanctions administratives et/ou pénales (les deux types de sanctions étant dans cette situation cumulables).

Les entreprises s'exposent à **des sanctions administratives** :

– le retrait de la décision administrative d'autorisation d'activité partielle dans un délai de 4 mois lorsque l'autorisation de la demande d'activité partielle s'avère illégale (*CRPA, art. L. 242-1*) ;

– le retrait de la décision administrative d'indemnisation (*CRPA, art. L. 242-2*) ;

– la régularisation des demandes d'indemnisation payées, dans un sens favorable ou défavorable à l'entreprise, soit de manière volontaire de la part de l'entreprise (principe du droit à l'erreur au titre de l'article L. 123-1 du code précité), soit de manière non consensuelle par la voie d'une procédure de reversement initiée par la DIRECCTE et mise en œuvre par l'ASP ;

– l'application d'une sanction administrative en cas de fraude constatée par procès-verbal (*C. trav., art. L. 8272-1*) qui peut prendre plusieurs formes : exclusion pour une période maximale de 5 ans de l'accès à certaines aides publiques (en matière d'emploi, de formation professionnelle) dont l'aide demandée au titre de l'activité partielle et remboursement des aides accordées dans les 12 mois précédent l'établissement du procès-verbal.

L'entreprise s'expose également à **des sanctions pénales** des chefs de :

– travail illégal en cas de constat par procès-verbal d'infractions de travail dissimulé, de fraude ou fausse déclaration ; passible (hors escroquerie), de peines pouvant aller jusqu'à 2 ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende; montant porté à 150 000 euros pour les personnes morales (*C. trav., art. L. 8211-1 et L. 5124-1. – C. pén. art. 441-6*). Ces peines s'appliquent également à ceux qui auront fait en sorte d'obtenir frauduleusement ou de tenter d'obtenir frauduleusement cette l'aide indue, autrement dit, potentiellement, aux salariés, comptables, conseils... (*C. trav., art. L. 5124-1*, renvoyant aux dispositions du Code pénal) ;

– dans les cas les plus graves et si les éléments constitutifs sont réunis, escroquerie (*C. pén. art. 313-1*), étant précisé que la fraude étant commise au préjudice de l'État et de l'Unédic, les peines sont aggravées et sont portées à 7 ans d'emprisonnement et à 750 000 euros d'amende pour les personnes physiques et 3 750 000 euros pour les personnes morales (*C. pén., art. 313-2-5°*).

Les entreprises s'exposent en outre à des condamnations qui pourraient être prononcées par les juridictions prud'homales en cas de demandes présentées par les salariés au titre de rappel de salaire correspondant à la différence entre l'indemnisation perçue au titre de l'activité partielle et la rémunération normalement due ; de dommages et intérêts pour exécution déloyale du contrat de travail ; de dommages et intérêts pour préjudice moral ; de l'indemnité forfaitaire de 6 mois de salaire pour travail dissimulé (si l'employeur a déclaré un nombre d'heures de travail inférieur à celui accompli).

Enfin, les entreprises pourraient faire l'objet de redressements de la part de l'URSSAF, avec pénalités et majorations sur les heures déclarées en activité partielle mais à la réalité travaillée (par conséquent intégralement soumise à cotisations et contributions sociales).

Malgré tout et même si les chiffres peuvent encore évoluer en raison du nouveau confinement, force est de constater qu'en pratique, dans leur grande majorité, les employeurs n'ont pas abusé du dispositif d'activité partielle puisque, selon les chiffres avancés par le Gouvernement, au 30 septembre 2020, 0,75 % des sommes versées par l'État et l'Unédic au titre de l'activité partielle font l'objet d'une suspicion de fraude, soit 225 millions – dont plus de la moitié aurait déjà été bloquée ou récupérée – sur les 30 milliards engagés (<https://www.economie.gouv.fr/fraudes-chomage-partiel-renforcement-dispositif-contrôle>).