

## DROIT PÉNAL DU TRAVAIL

# Covid-19 : déploiement d'un plan de contrôle *a posteriori* sur l'activité partielle

ARNAUD CASADO - DOCTEUR EN DROIT, MAÎTRE DE CONFÉRENCES À L'ÉCOLE DE DROIT DE LA SORBONNE (PARIS 1)

Min. trav., communiqué « Activité partielle : déploiement d'un plan de contrôle », 13 mai 2020

La crise du Covid-19 a permis de redécouvrir le mécanisme de l'activité partielle et de réfléchir sur ses modalités (BJT, podcast n° 2, <https://smartlink.ausha.co/bulletin-joly-travail>). Ce dispositif, a été fortement sollicité par les entreprises. Au 5 mai 2020 plus d'un million d'entre elles étaient concernées par une demande d'indemnisation. Comme « il n'y a pas d'argent magique », le ministre de l'Économie, Bruno Le Maire chiffrait dans les médias le coût total de cette mesure à 24 milliards d'euros pour 8 millions de salariés. Cet important soutien financier apporté aux entreprises devait leur permettre de résister à l'absence d'activité engendrée par la période de confinement. Pourtant, durant cette période, les témoignages de salariés – et d'étudiants en apprentissage – contraints de poursuivre une activité, notamment en télétravail, alors même qu'ils étaient placés sous le régime de l'activité partielle se sont multipliés. Devant l'importance des montants engagés, le ministère du Travail a adressé aux Direccte une instruction en date du 5 mai 2020 relative au déploiement du plan de contrôle *a posteriori* sur l'activité partielle dans le cadre de la crise du Covid-19 (<https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/presse/communiques-de-presse/article/activite-partielle-deploiement-d-un-plan-de-contrôle>). Cette instruction invite les Direccte à « distinguer entre les entreprises qui, de bonne foi, ont fait des erreurs lorsqu'elles ont renseigné leurs demandes d'indemnisation, et celles qui ont fraudé » (*ibid*).

À cet effet, on rappellera que les liens entre travail illégal et recours à l'activité partielle sont étudiés depuis longtemps (Martinon A., « L'actualité de la lutte contre le travail illégal : entre prévention et répression », JCP S n° 27, 4 juill. 2006, 1533) ; qu'à l'occasion de la pandémie, le ministère du Travail a rappelé que constituait une « fraude [...] assimilé[e] à du travail illégal » le fait de cumuler activité partielle et télétravail (Min. Travail, communiqué 30 mars 2020, <https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/presse/communiques-de-presse/article/covid-19-sanctions-contre-les-fraudes-au-chomage-partiel>). Cette solution, consacrée par la jurisprudence (CA Dijon, 23 juill. 2015, n° 13/00746 – Cass. crim., 27 juin 2018, n° 17-81980), n'est pas critiquée par la doctrine (Vachet G., « Coronavirus et droit social », JCP E n° 18, 30 avr. 2020, 1189). Partant, on

renouvellera la critique formulée dans notre dernier article à propos des peines encourues rappelées dans toutes les communications du ministère du Travail et par certaines DIRECCTE (<http://idf.direccte.gouv.fr/Les-fraudes-au-chomage-partiel-seront-sanctionnees>) : il est surprenant que les peines du **faux** soient préférées à celles du **travail illégal** des articles L. 8224-1 et suivants du Code du travail alors même que ces dernières, plus élevées, devraient être encourues en cas de concours. (Casado A., BJT mai 2020, n° 113k3, p. 57, Dossier Crise sanitaire et droit social ; Bonfils Ph., Gallardo E., « Concours d'infractions », Rép. Dalloz droit pénal et procédure pénale, janv. 2015).

L'instruction relative au déploiement du plan de contrôle *a posteriori* sur l'activité partielle dans le cadre de la crise du Covid-19 appelle également une remarque quant aux suites à apporter aux contrôles. Selon le document que nous avons pu consulter, l'instruction développe **plusieurs actions** qui pourront être conduites à l'issue d'un contrôle en cas d'irrégularité. Des objectifs par régions seront également fixés par le Ministère. Il est alors loisible de se demander si ces deux éléments ne limitent pas le principe de libre choix des suites des agents de contrôle de l'inspection du travail. Découlant de l'article 17, alinéa 2, de la Convention OIT n° 81 le libre choix des suites est une déclinaison du **principe général d'indépendance en matière de contrôle (CE, 9 oct. 1996 : Rec. CE 1996, p. 383)**. Codifié à l'article L. 8112-1, alinéa 6, du Code du travail, il constitue une exception partielle à l'article 40, alinéa 2, du Code de procédure pénale. Du fait de sa nature législative, une instruction ministérielle semble un support normatif insuffisant pour restreindre utilement la portée de ce principe, et partant la liberté des agents.

Pour conclure, on observera qu'il « est demandé aux Direccte de traiter rapidement et systématiquement tout signalement transmis par les salariés, les organisations syndicales de salariés ou les CSE » relativement à la fraude en matière d'activité partielle (<https://travail-emploi.gouv.fr/actualites/presse/communiqués-de-presse/article/activite-partielle-deploiement-d-un-plan-de-contrôle>). On laissera au lecteur le soin d'apprécier s'il est heureux, en une période qualifiée de « guerre » par le Président de la République, que le Ministère accueille d'un œil favorable la délation.