

# OD *Plus*

Actualités sociales

## DANS CE NUMÉRO

### PG. 1

---

L'arrêt du mois

- Les conditions de licéité d'un  
contrat de sous-traitance



### PG. 2

---

Les arrêts en bref



### PG. 4

---

A ne pas manquer



## A NE PAS MANQUER

Infographie

**ACTIVITÉ PARTIELLE**

-

**les contrôles de l'administration**



PG. 4

**Ogletree  
Deakins**

## LES CONDITIONS DE LICÉITÉ D'UN CONTRAT DE SOUS-TRAITANCE

La Cour de cassation se prononce sur la caractérisation des délits de prêt de main-d'œuvre illicite et de marchandage en présence d'une externalisation d'une activité par l'entreprise utilisatrice. Pour écarter ces infractions, la Cour se fonde sur un faisceau d'indices au titre desquels figure l'absence de lien de subordination juridique entre l'entreprise qui a sous-traité et les salariés.

En l'espèce, un hôtel a conclu un contrat de prestation de service avec une société spécialisée dans le nettoyage. Une salariée, engagée en qualité d'agent de service de la société de nettoyage a été licenciée pour faute grave en raison de son refus de se rendre sur son nouveau lieu d'affectation malgré la clause de mobilité insérée dans son contrat de travail.

La salariée avec les syndicats CGT des hôtels de prestige et économiques et CNT du nettoyage a saisi le conseil de prud'hommes aux fins d'obtenir des dommages-intérêts pour prêt de main-d'œuvre illicite et marchandage, et ce, tant à l'encontre de son employeur direct, l'entreprise de nettoyage, que de l'hôtel.

Pour rappel, sauf dérogations spécifiques visées par le Code du travail, le **prêt de main-d'œuvre** est une opération à but non lucratif par laquelle l'employeur met des salariés à la disposition d'une autre entreprise pendant une durée déterminée (article **L.8241-2** du Code du travail).

Le délit de **marchandage** est constitué lorsqu'une opération de prêt de main-d'œuvre à but lucratif a pour effet, soit de porter préjudice au salarié, soit d'éluider l'application de dispositions légales ou conventionnelles (article **L. 8231-1** du Code du travail).

Le délit de **prêt de main-d'œuvre illicite** est pour sa part défini comme toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre (article **L.8241-1** du Code du travail).

La salariée et les syndicats vont notamment reprocher à l'entreprise utilisatrice d'avoir cherché, sous couvert de sous-traitance, à bénéficier d'une meilleure flexibilité dans la gestion de son personnel, ce qui caractériserait le but lucratif de l'opération de prêt de main-d'œuvre.

Pour vérifier la licéité d'une opération de prêt de main-d'oeuvre, les juges se réfèrent à trois critères principaux :

- L'absence de lien de subordination entre le salarié mis à disposition et l'entreprise utilisatrice (**Cass. Soc., 4 décembre 2013, n° 12-19.942**) ;
- Les conditions de la mise à disposition, notamment si la facturation de la mise à disposition d'un salarié s'effectue de manière forfaitaire ou en fonction du nombre d'heures de travail accomplies (**Cass. Soc., 17 juin 2005, n° 03-13.707**) ;
- La nature des tâches confiées au salarié, en recherchant notamment si le salarié exerce une activité spécifique distincte de celle de l'entreprise utilisatrice et s'il apporte ou non un savoir-faire particulier (**Cass. Soc., 22 novembre 2017, n° 16-21.440**).

Dans le cas d'espèce, la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par la salariée et par les syndicats et approuve la Cour d'appel d'avoir relevé que :

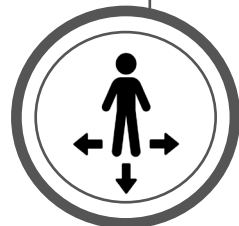
- Le prestataire, spécialisé dans l'activité de nettoyage, disposait d'un savoir-faire spécifique, avait recours à un personnel qualifié et fournissait le matériel et les produits nécessaires ;
- Le contrat de prestation de service précisait que le prestataire assurait une permanence d'encadrement et assumait l'entière responsabilité du recrutement et de l'administration de son personnel, ainsi que toutes les obligations qui lui incombent en qualité d'employeur. Aucune pièce ne démontrait l'existence d'un lien de subordination entre la salariée et le donneur d'ordre.

La sous-traitance est par conséquent déclarée licite et les infractions de délit de marchandage et de prêt de main-d'œuvre illicite sont écartées par la Haute juridiction.

## Un délégué syndical en télétravail ne peut être privé de sa liberté de circulation

Constitue un trouble manifestement illicite le fait d'interdire l'accès à un site à un délégué syndical placé en télétravail en raison de l'épidémie de Covid-19. La restriction apportée à sa liberté de circulation et l'absence subséquente de possibilité de communication avec les salariés présents sur site, est disproportionnée au but recherché et légitime de protection sanitaire de l'ensemble des salariés.

Le tribunal ordonne donc à l'employeur de délivrer au délégué syndical une attestation de déplacement professionnel et une autorisation d'accéder au site de l'établissement, tout en lui faisant bénéficier de l'ensemble des mesures de protection mises en œuvre dans le contexte d'état d'urgence sanitaire ([Tribunal judiciaire de Saint Nazaire, Ordonnance de référé du 27 avril 2020 n° 20/00071](#)).



## Le tribunal judiciaire compétent pour toute contestation portant sur la régularité des élections est celui dans le ressort duquel a lieu le dépouillement et la proclamation des résultats

Une société, dont le siège social est situé à Paris, a conclu un protocole d'accord préélectoral unique pour les élections des CSE d'établissement qui prévoit que le dépouillement et la proclamation des résultats seront centralisés sur un site basé à Antony. Un syndicat conteste la régularité des élections devant le tribunal judiciaire de Paris, en relevant le fait que l'irrégularité alléguée provenait d'un accord signé dans cette ville.

La Cour de cassation écarte cet argument et va approuver le tribunal judiciaire de Paris de s'être déclaré incompétent au profit du tribunal d'Antony, lieu de dépouillement et de proclamation des résultats de l'élection ([Cass. Soc., 11 mars 2020, n° 19-16.438, F-P+B](#)).



## L'application volontaire d'une convention collective nationale n'emporte pas contractualisation de la convention collective territoriale

En l'espèce, plusieurs salariés avaient saisi le conseil de prud'hommes de demandes en rappel de salaire en se fondant sur une clause de leur contrat de travail stipulant qu'ils étaient soumis aux dispositions de la Convention collective nationale de la Métallurgie. Pour les juges du fond, la contractualisation de l'application volontaire de la Convention collective de la Métallurgie devait s'entendre tant de l'application des accords nationaux applicables aux salariés en vertu du contrat, que des accords territoriaux qui les complètent. Les salariés pouvaient par conséquent obtenir le paiement de la pause prévue par la convention collective de la Métallurgie de la région du Havre.

Ce raisonnement est censuré par la Cour de cassation qui relève que la Cour d'appel n'avait pas caractérisé une volonté claire et non équivoque d'appliquer la convention collective de la région du Havre, l'application volontaire de la Convention collective nationale de la Métallurgie n'emportant pas contractualisation des accords territoriaux ([Cass. Soc., 4 mars 2020, n° 18-11.585. FS-P+B](#)).



## La délégation de pouvoir de licencier peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement.

En l'espèce, un salarié a été licencié pour faute grave par une lettre de licenciement signée par son supérieur hiérarchique. Le salarié va contester la régularité de la lettre de licenciement en faisant valoir que le mandat tacite dont pouvait disposer le DRH pour mener la procédure de licenciement ne pouvait avoir été étendu tacitement à son supérieur hiérarchique.

La Cour de cassation va écarter cette argumentation en relevant qu'aucune disposition légale n'exige que la délégation de pouvoir de licencier soit donnée par écrit, elle peut être tacite et découler des fonctions du salarié qui conduit la procédure de licenciement. Le fait que la procédure ait été conduite de concert par le DRH et le supérieur hiérarchique du salarié, signataire de la lettre de licenciement, suffisait à considérer que ce dernier était délégataire du pouvoir de licencier ([Cass. Soc., 11 mars 2020, n° 18-25.999](#)).



## Un tribunal judiciaire réduit le champ d'application de la réglementation spécifique au risque biologique dans le contexte de l'épidémie de Covid-19

Dans cette affaire, l'inspection du travail exigeait l'application des textes relatifs au risque biologique au sein d'un supermarché, notamment le port d'une tenue spécifique intégrale décontaminée par les soins de l'entreprise. Le tribunal confirme dans un premier temps que le SRAS-CoV2 doit être considéré comme un agent biologique, puis rappelle qu'une partie de la réglementation relative à la prévention des risques biologiques n'est pas applicable lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies :

- L'activité n'implique pas normalement l'utilisation délibérée d'un agent biologique ;
- L'évaluation des risques ne met pas en évidence de risque spécifique.

Or dans le cas présent, la société avait visé dans son DUER un risque spécifique en raison de la pandémie de Covid-19 ce qui implique en principe l'application de l'intégralité des dispositions réglementaires sur le risque biologique ; les salariés étant en tout état de cause exposés à un risque spécifique dans la mesure où ils travaillent en contact avec le public.

Cependant, le tribunal va considérer que certains des articles prévus dans le code ne peuvent s'appliquer qu'à des activités déterminées qui impliquent la manipulation d'agents biologiques (laboratoires) ou leur présence dans le milieu concerné (milieu hospitalier) et ne peuvent trouver à s'appliquer à une entreprise ayant une activité de commerce. Le tribunal écarte donc les dispositions de l'article R. 4424-5 du code du travail qui imposent à l'employeur de fournir aux salariés des vêtements de protection et de les désinfecter après chaque utilisation.

Enfin, le tribunal écarte l'application de la réglementation spécifique aux EPI pour les masques chirurgicaux. Le tribunal reprend sur ce point la position de l'ingénieur de Prévention de la Cellule pluridisciplinaire du Pôle travail de la DIRECCTE selon laquelle les masques chirurgicaux ne sont pas des équipements de protection individuelle au sens du code du travail dans la mesure où ils ne protègent pas en tant que tel le salarié mais le rendent moins contaminant ([Tribunal judiciaire de Lille, ordonnance de référé du 5 mai 2020, n° 20/00399](#)).



# A NE PAS MANQUER

## ACTIVITÉ PARTIELLE LES CONTRÔLES DE L'ADMINISTRATION

Pour faire face à la crise sanitaire, le Gouvernement a ouvert massivement l'accès à l'activité partielle avec un contrôle a priori réduit (48 heures au lieu de 15 jours applicables habituellement). **Pour lutter contre les abus, le ministère du Travail lance un vaste plan de contrôles a posteriori**, détaillé dans des instructions DGT et DGEFP des 5 et 14 mai 2020.



Lutter contre la fraude à l'activité partielle dans le cadre de la crise du Covid-19



Repérer et corriger d'éventuelles erreurs déclaratives dans les demandes en faveur ou en défaveur de l'entreprise



Identifier des entreprises en difficulté qui pourront faire l'objet d'un accompagnement dédié dans un second temps

### ENTREPRISES CIBLÉES

#### Ensemble des employeurs ayant recours à l'activité partielle et en priorité

Entreprises ayant présenté des demandes d'indemnisation sur la base de taux horaires élevés

Les secteurs fortement consommateurs d'activité partielle (notamment le BTP)

Les activités de services administratifs, de soutien et de conseil aux entreprises

Plus généralement, les entreprises dont l'effectif est composé d'une majorité de cadres dont l'activité est davantage susceptible d'être exercée en télétravail

Signalements de fraude de la part des salariés, des représentants du personnel et des syndicats

### TYPES DE CONTRÔLES ET VÉRIFICATIONS



**Détection et croisement de données administratives** via les contrôles embarqués dans les systèmes d'information et la possibilité à terme de croiser avec d'autres systèmes d'information ou bases de données nationales permettant d'identifier les anomalies qui seront ensuite traitées manuellement



**Contrôle sur pièces** permettant de faire un examen du dossier et des documents nécessaires aux investigations (bulletins de paie, avis du CSE etc...)



**Contrôle sur place** permettant de réaliser un contrôle approfondi en interrogeant le chef d'entreprise, les représentants du personnel et des salariés

### TPOLOGIE DE FRAUDES



**Salarié fictif** : déclaration en activité partielle d'un salarié fictif



**Sous-traitance/intérim** : Recours au travail temporaire ou à la sous-traitance pour prendre en charge l'activité de salariés placés en activité partielle



**Travail dissimulé** : Le salarié continue à travailler (en présentiel ou en télétravail) pendant ses heures chômées



**Nombre d'heures d'activité partielle déclarées** : l'employeur déclare un nombre d'heures en activité partielle supérieur au nombre d'heures effectivement chômées



**Congés/arrêt maladie et activité partielle** : le salarié cumule congé ou arrêt maladie rémunéré et activité partielle sur une même période



**Production de faux** : l'employeur produit des faux documents lors de la demande d'autorisation ou d'indemnisation



**Gonflement des salaires** : l'employeur déclare des taux horaires supérieurs aux salaires réels

## RÉGULARISATION DES DEMANDES D'AUTORISATION ET D'INDEMNISATION



Retrait de la décision de validation de la demande d'autorisation en cas d'illégalité à condition que le retrait intervienne dans un délai de 4 mois suivant la prise de la décision concernée. Cela entraîne le remboursement par l'employeur des sommes déjà perçues au titre de l'activité partielle

Retrait de la décision d'indemnisation (sans contrainte de délai)

Modification de la décision d'indemnisation (recouvrement d'un indu ou versement d'un complément à l'employeur si l'erreur est en défaveur de l'entreprise) : appréciation de la bonne foi de l'employeur

## SANCTIONS

### Sanctions pénales



**3 ans** + **45 000 €** d'amende

en cas de travail dissimulé

**2 ans** + **30 000 €** d'amende

en cas de fraude ou de fausses déclarations

### Sanctions administratives

- Remboursement intégral des sommes perçues au titre de l'activité partielle
- Interdiction de bénéficier pendant une durée maximale de 5 ans des aides publiques en matière d'emploi ou de formation professionnelle et remboursement de tout ou partie de celles versées au cours des 12 derniers mois précédant le constat de l'infraction

## LES VOIES DE RECOURS



### Recours administratif

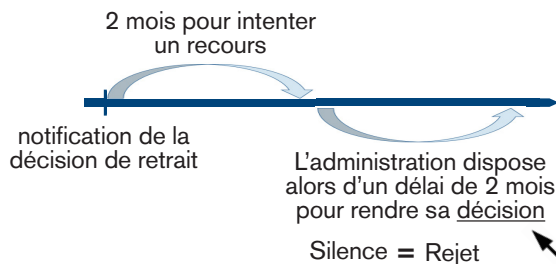
Recours gracieux devant la DIRECCTE

Recours hiérarchique devant le ministère du Travail

### Recours contentieux

Recours en annulation devant le Tribunal Administratif

Référé suspension devant le juge administratif



2 mois à compter de la réception de la décision contestée

Pourra être contestée devant le juge administratif

Demandeur devra démontrer :

- l'urgence de la situation, et
- que c'est à tort que sa décision d'autorisation de recours à l'activité partielle a été retirée



## QUI CONTACTER ?



Jean-Marc Albiol

Associé, avocat à la cour  
[jean-marc.albiol@ogletree.com](mailto:jean-marc.albiol@ogletree.com)



Sophie Binder

Associée, avocate à la cour  
[sophie.binder@ogletree.com](mailto:sophie.binder@ogletree.com)



Cécile Martin

Associée, avocate à la cour  
[cecile.martin@ogletree.com](mailto:cecile.martin@ogletree.com)



François Millet

Associé, avocat à la cour  
[francois.millet@ogletree.com](mailto:francois.millet@ogletree.com)



Nicolas Peixoto

Associé, avocat à la cour  
[nicolas.peixoto@ogletree.com](mailto:nicolas.peixoto@ogletree.com)

## RETROUVEZ NOUS :



### Bureau de Paris

26 avenue Victor Hugo,  
75116 Paris

### Bureau de Lyon

Espace Gailleton, 2 place Gailleton  
69002 Lyon



01.86.26.27.42