

N° 450256 – Société Burger King, société Bertrand Restauration et société Groupe Flo

9^{ème} et 10^{ème} chambres réunies

Séance du 19 mai 2021

Lecture du 28 mai 2021

Conclusions

Mme Emilie BOKDAM-TOGNETTI, rapporteure publique

Alors que ce jour marque la réouverture des commerces dits non-essentiels, des terrasses des restaurants et cafés, et des établissements culturels selon une jauge limitée, mais non encore le retour d'une existence normale, il est peu de dire que la France vit, depuis plus d'un an déjà, au rythme des mesures sanitaires dictées par la situation liée à l'épidémie de covid-19, alternant confinements et déconfinements. Ces restrictions, qui se sont notamment traduites par des mesures de fermeture administrative des établissements recevant du public, ont frappé de plein fouet des secteurs économiques entiers.

Afin d'éviter que la France ne soit confrontée simultanément à l'urgence sanitaire et à des faillites en chaîne d'entreprises, divers dispositifs d'aide ont été mis en place.

Certains ont ainsi pris la forme d'aides financières publiques versées directement aux acteurs économiques touchés par les restrictions, à l'instar du fonds de solidarité. D'autres ont consisté en des assouplissements et des différés en matière de charges fiscales ou sociales, visant à desserrer le ciseau de trésorerie des entreprises affectées par ces mesures exceptionnelles de police administrative. D'autres encore se présentent comme des mesures boucliers, par lesquelles l'Etat n'est intervenu ni comme pourvoyeur de fonds, ni comme créancier compréhensif, mais comme prescripteur de normes protectrices.

Ainsi, l'article 14 de la loi n° 2020-1379 du 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire, fait obstacle, à compter du 17 octobre 2020, à la mise en œuvre par les bailleurs de toute mesure financière, action, sanction ou voie d'exécution forcée à l'encontre de leurs locataires pour retard ou non-paiement des loyers ou charges locatives afférents à des locaux professionnels ou commerciaux où l'activité est affectée par une mesure d'interdiction de recevoir du public ou d'exercer l'activité, dus pour la période au cours de laquelle l'activité de l'entreprise est affectée par une telle mesure. La protection ainsi instituée vaut jusqu'à l'expiration d'un délai de deux mois à compter de la date à laquelle l'activité exercée par le locataire cesse d'être affectée.

Ce dispositif prévu aux II à IV de l'article 14 est, en vertu du I de cet article, « applicable aux personnes physiques et morales de droit privé exerçant une activité économique affectée par une mesure de police administrative prise en application des 2° ou 3° du I de l'article 1er de

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

la loi n° 2020-856 du 9 juillet 2020 (...) ou du 5° du I de l'article L.3131-15 du code de la santé publique (...). Les critères d'éligibilité sont précisés par décret, lequel détermine les seuils d'effectifs et de chiffre d'affaires des personnes concernées ainsi que le seuil de perte de chiffre d'affaires constatée du fait de la mesure de police administrative. »

Cette mesure n'emporte aucun abandon de loyers – sur ce point, le législateur s'est borné à intervenir par le biais de dispositifs purement incitatifs, en instituant dans la loi de finances pour 2021 un crédit d'impôt au bénéfice des bailleurs annulant tout ou partie des loyers des mois de novembre et décembre 2020 dus par leurs entreprises locataires interdites d'accueillir du public ou d'exercer leur activité. L'article 14 de la loi du 14 novembre 2020 n'instaure pas davantage un report automatique de paiement des loyers commerciaux ou professionnels : il se borne, au bénéfice de certaines entreprises, à faire obstacle à l'infliction de pénalités et à la mise en œuvre de poursuites en cas de retard dans le paiement de ces loyers. En pratique, toutefois, cet obstacle aux poursuites privant temporairement les bailleurs des moyens de recouvrer les sommes dues, la mesure ouvre aux locataires concernés, en fait, un droit au report des loyers et charges locatives.¹

Le décret n° 2020-1766 du 30 décembre 2020, pris pour l'application de cet article, a précisé les critères d'éligibilité au dispositif protecteur ainsi institué et fixé leurs seuils aux niveaux suivants : 1° l'effectif salarié est inférieur à 250 salariés ; 2° le montant du chiffre d'affaires constaté lors du dernier exercice clos est inférieur à 50 millions d'euros (ou, pour les activités n'ayant pas d'exercice clos, le montant du chiffre d'affaires mensuel moyen est inférieur à 4,17 millions d'euros ; 3° la perte de chiffre d'affaires est d'au moins 50 % durant la période comprise entre le 1^{er} novembre 2020 et le 30 novembre 2020. La satisfaction de ces conditions s'apprécie au premier jour d'application de la mesure de police administrative. Il est tenu compte, dans l'appréciation du seuil d'effectifs, de l'ensemble des salariés des entités liées lorsque l'entreprise locataire contrôle ou est contrôlée par une autre personne morale.

Les sociétés requérantes, qui exploitent des établissements dont l'activité de restauration a été affectée par les mesures de police sanitaire adoptées dans le cadre de l'état d'urgence qui mais n'ont pas été éligibles, faute de satisfaire aux critères et seuils ainsi fixés, à cette mesure protectrice, vous demandent l'annulation pour excès de pouvoir de ce décret en tant qu'il exclut du régime de protection institué par l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020 les entreprises dont l'effectif, apprécié en tenant compte de l'ensemble des salariés des entreprises liées, est supérieur à 250 salariés, et/ou dont le montant du chiffre d'affaires constaté lors du dernier exercice clos est supérieur à 50 millions d'euros.

A l'appui de leur requête, elles soulèvent une QPC dirigée contre l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020 dont les dispositions, applicables au litige, n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution par le Conseil constitutionnel, notamment dans la décision n° 2020-808 DC du 13 novembre 2020.

¹ L'article 14 a également édicté, à son V, l'interdiction pour les fournisseurs d'électricité, de gaz et d'eau potable de suspendre ou d'interrompre la fourniture en cas de non-paiement des factures afférentes aux locaux professionnels ou commerciaux où l'activité est affectée par ces mêmes mesures, et à son VI, leur fait obligation d'octroyer des reports de paiement. Ce volet de l'article 14 n'est pas critiqué dans la présente affaire.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Les requérantes soutiennent, en premier lieu, que ces dispositions méconnaissent l'article 34 de la Constitution dans des conditions affectant la liberté contractuelle garantie par les articles 4 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

La méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne peut être invoquée à l'appui d'une QPC que dans le cas où cette méconnaissance affecte par elle-même un droit ou une liberté que la Constitution garantit (Cons. cons. 18 juin 2010, *SNC Kimberly Clark*, n° 2010-5 QPC) ; pour une application de cette grille d'analyse dans le cas d'une invocation combinée de l'article 34 avec la liberté contractuelle, v. par ex. CE, 28 septembre 2020, n° 430951, aux Tables sur un autre point).

Rappelons également qu'il est loisible au législateur d'apporter à la liberté contractuelle des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi (Cons. cons. 14 mai 2012, n° 2012-242 QPC). A l'égard de contrats déjà légalement conclus, l'atteinte portée doit être justifiée par un motif d'intérêt général suffisant (par ex. Cons. cons. 16 août 2007, n° 2007-556 DC ; Cons. cons., 7 octobre 2011, n° 2011-177 QPC ; Cons. cons., 15 mars 2012, n° 2012-649 DC).

L'atteinte portée par la disposition critiquée consiste en l'impossibilité, pour le bailleur d'une entreprise se trouvant, en vertu des mesures adoptées dans le cadre de la gestion de la crise sanitaire, interdite de recevoir du public ou d'exercer son activité, d'appliquer des pénalités financières et de mettre en œuvre des mesures de poursuite à l'encontre de sa locataire, en cas de retard ou défaut de paiement des loyers afférents aux locaux où s'exerce l'activité affectée par ces mesures d'interdiction. Elle n'est instituée que pour une durée limitée, avec un objet et des destinataires eux-mêmes restreints, définis en fonction de critères dont le législateur a fixé la nature et tenant à des seuils d'effectifs, de chiffres d'affaires et d'ampleur de la perte de chiffre d'affaires. Enfin, elle est justifiée et n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif d'intérêt général, suffisant pour porter une telle atteinte y compris à l'exécution des baux en cours, tiré de la prévention des défaillances d'entreprise par la protection des entreprises les plus fragiles dont l'activité s'est trouvée mise à l'arrêt par les mesures de police adoptées dans le cadre de la crise sanitaire. En renvoyant au pouvoir réglementaire le soin de préciser les critères dont il a fixé dans la loi la nature, et d'en déterminer les seuils (entendus comme des plafonds et non comme des planchers), le législateur n'a pas méconnu l'étendue de la compétence que lui attribue l'article 34 en matière de détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales (rappr. Cons. cons. 16 mai 2019, *Loi relative à la croissance et la transformation des entreprises*, n° 2019-781 DC). Il n'a pas, *a fortiori*, méconnu celle-ci dans des conditions affectant la liberté contractuelle.

Les requérantes soutiennent, en second lieu, que les dispositions critiquées de l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020 méconnaissent le principe d'égalité devant la loi en ce qu'elles établissent, à proportion de perte de chiffre d'affaires égale, une différence de traitement entre entreprises fondée sur des critères d'effectif et de chiffre d'affaires sans lien avec le dispositif de protection qu'elles instituent et non justifiée par des considérations d'intérêt général.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Dans une décision du 22 décembre 2020, *Mme E... et autres* (n° 439804, aux Tables sur un autre point), saisi d'un recours dirigé notamment contre le décret du 30 mars 2020 ayant précisé les conditions pour bénéficier du fonds de solidarité (une baisse de chiffre d'affaires de 70%, un chiffre d'affaires de moins d'un million d'euros au titre du dernier exercice clos, un bénéfice inférieur à 60 000 euros, et un effectif inférieur ou égal à 10 salariés), vous avez jugé que des requérants n'étaient « *pas fondés à soutenir que ces conditions d'attribution d'une subvention au titre du fonds de solidarité, qui poursuivent un objectif d'intérêt général et reposent sur des critères objectifs et en lien avec l'objet de la norme, lequel est de compenser, pour les entreprises les plus fragiles, les effets de la crise sanitaire, méconnaîtraient les principes d'égalité et de non-discrimination (...), au motif qu'elles excluraient certaines entreprises du dispositif, lesquelles ne sont pas dans une situation analogue à celles qui en bénéficient.* » Ce précédent ne dictera toutefois pas la réponse à apporter dans le présent litige, dès lors qu'ainsi que le révèlent les conclusions sur cette affaire, cette critique n'était aucunement centrale dans cette affaire et était peu argumentée dans les requêtes, que vous ne vous y êtes prononcés que sur les subventions du fonds de solidarité et que les critères n'étaient pas identiques à ceux aujourd'hui en cause tant dans leur nature (critère de bénéfice) que dans les niveaux de seuils fixés.

Dans la présente affaire, les sociétés Burger King et autres font valoir que la réalité et l'étendue des difficultés économiques rencontrées par les entreprises affectées par les mesures de police décidées dans le cadre de la crise sanitaire ne dépendent ni de leur effectif, ni du montant de leur chiffre d'affaires 2019, les entreprises locataires employant un nombre plus important de salariés ou ayant enregistré un chiffre d'affaires plus élevé n'étant pas à l'abri du choc d'activité dû aux restrictions édictées pour limiter la propagation du virus. Elles estiment ainsi que ces critères ne traduisent aucune différence objective de situation en rapport avec l'objet de la loi - la prévention des défaillances d'entreprises - et qu'ils seraient même contreproductifs, en ce qu'ils aboutissent à priver de protection les entreprises dont les difficultés peuvent aboutir à des pertes d'emplois plus nombreuses. Elles soulignent enfin qu'aucun motif d'intérêt général ne saurait justifier la différence de traitement ainsi instituée, et notamment pas un motif financier, le dispositif en cause ne mettant en jeu aucune aide financière de l'Etat.

Le point de départ des requérantes ne manque pas de pertinence : l'on peut être petit mais résistant, tout comme on peut être colosse aux pieds d'argile. Le niveau de l'effectif et celui du chiffre d'affaires du dernier exercice ne sont pas des garanties absolues de résistance au choc économique lié à l'épidémie de covid-19, dont l'ampleur est quant à elle déjà objectivée et appréciée par le troisième critère d'éligibilité retenu par le législateur et non contesté par la QPC, sous la forme d'un seuil de perte de chiffre d'affaires, ainsi que par le critère général posé en surplomb de ce dispositif et tenant au fait d'avoir été affecté par une mesure de police administrative. Par ailleurs, le chiffre d'affaires d'une entreprise, à la différence d'un bénéfice, ne dit rien de ses charges : une société peut afficher un chiffre d'affaires élevé mais exposer d'importantes charges, et dégager au final un bénéfice moindre ou un déficit plus creusé qu'une société au chiffre d'affaires plus modeste. La taille plus importante d'une entreprise ne la prémunit pas donc nécessairement contre le risque de défaillance face à une perte considérable de chiffre d'affaires. Vous pourriez, dès lors, hésiter à regarder comme non

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

sérieux le grief interrogeant le caractère objectif et rationnel, au regard de l'objectif de prévention des défaillances d'entreprise liées aux mesures de restriction anti-covid, des critères d'effectif et de chiffre d'affaires pré-crise retenus par la loi et conduisant à l'exclusion de la mesure d'aide, motif pris de leur taille, des entreprises mises en grande difficulté de trésorerie par la crise sanitaire.

Mais d'une part, la petite taille d'une entreprise, définie en termes notamment de chiffre d'affaires, est en général synonyme de faible surface financière. Elle peut constituer, en elle-même, un critère objectif de vulnérabilité ou de fragilité particulière, notamment en cas d'arrêt brutal de l'activité et de chute drastique du chiffre d'affaires, justifiant l'aide des pouvoirs publics.

D'autre part, il convient de ne pas oublier la nature de la mesure ici instituée dans un but de prévention des défaillances : une protection des entreprises locataires contre les sanctions et poursuites de leurs bailleurs en cas de retard de paiement des loyers. Compte tenu de cet objet, le législateur a pu considérer qu'il convenait d'en réserver le bénéfice aux entreprises qui, non seulement, font face à un choc d'activité et de trésorerie et sont dans une situation de fragilité financière telle qu'elles sont dans l'incapacité de payer leurs charges fixes, ont des retards de paiement de leurs loyers et pour qui l'infliction de pénalités financières et de poursuites serait le coup de grâce, mais qui en outre sont dans l'incapacité de négocier avec leurs bailleurs et ne disposent pas d'un poids leur permettant d'obtenir plus facilement un report de loyers et l'évitement de pénalités financières. Or la plus ou moins grande taille d'une entreprise influe sur cette capacité de négocier et sur la faculté de peser plus ou moins lourd face aux bailleurs.

Enfin, le Conseil constitutionnel juge qu'il ne dispose pas d'un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement et qu'il ne lui appartient pas de rechercher si les objectifs que s'est assignés le législateur auraient pu être atteints par d'autres voies et si des critères plus opportuns ou plus efficaces auraient pu être envisagés, dès lors que les modalités retenues par la loi ne sont pas manifestement inappropriées à l'objectif visé et que les critères choisis par le Parlement sont objectifs et rationnels en rapport avec l'objet de la loi (Cons. cons. 13 décembre 2012, *LFSS pour 2013*, n° 2012-659 DC ; Cons. cons., 14 décembre 2018, *M. Jean-Guilhem G.*, n° 2018-753 QPC ; Cons. cons. 16 juin 2017, *M. Gérard S.*, n° 2017-638 QPC). Comme le rappellent les *Commentaires* sur la décision n° 2019-814 QPC du 22 novembre 2019, et comme l'illustre notamment l'abondante jurisprudence sur la conformité au principe d'égalité des avantages fiscaux, « *s'il s'attache à la rationalité de la différence de traitement instaurée, par rapport au but visé par le législateur, ou à celle des critères de différenciation retenus, le Conseil constitutionnel s'en tient à un contrôle restreint* ».

Dans ces conditions, le grief tiré de ce que le législateur ne se serait, pour définir les bénéficiaires de la mesure, pas fondé sur des critères objectifs et rationnels en rapport avec l'objet de la loi et aurait traité différemment des entreprises placées dans une situation analogue en méconnaissance du principe d'égalité, n'est pas sérieux. La QPC ne sera donc pas renvoyée.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Ayant écarté le moyen tiré de ce que le décret aurait été pris pour l'application de dispositions inconstitutionnelles, vous écarterez ensuite, comme manquant en fait, le moyen tiré d'un défaut de signature du décret et retrouverez, dirigé cette fois à l'encontre des seuils d'effectif de 250 personnes et de chiffre d'affaires de 50 millions d'euros fixés par le décret, le moyen tiré d'une méconnaissance du principe d'égalité devant la loi.

Le principe même de ces critères et leur nature sont posés par la loi elle-même.

Quant aux niveaux fixés par le décret, ils correspondent aux seuils de chiffre d'affaires et d'effectifs énoncés dans la recommandation de la Commission du 6 mai 2003 concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, et figurant dans le décret n°2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique. Le pouvoir réglementaire a ainsi placé le curseur de façon à exclure du bénéfice de la mesure les entreprises de taille intermédiaire et les grandes entreprises, et à la réserver aux micro-entreprises et PME. Compte tenu notamment de la différence de pouvoir de négociation à l'égard de leurs bailleurs existant entre les ETI et grandes entreprises d'un côté, et les microentreprises et PME de l'autre, sans compter les différences existant en termes de surface financière, de réserves et de capital et par suite de fragilité et de vulnérabilité entre ces catégories d'opérateurs, la différence de traitement résultant des niveaux fixés par le législateur nous paraît justifiée par une différence de situation au regard de l'objet de la norme et n'être pas manifestement disproportionnée.

L'on pourrait s'interroger un instant – mais ce point n'est pas évoqué dans la requête – sur la différence instituée par le décret, à chiffre d'affaires, proportion de perte de chiffre d'affaires, et effectifs sociaux égaux, entre les entreprises selon qu'elles font ou non partie d'un groupe. Le décret a en effet prévu que, pour l'appréciation du seuil d'effectif de 250 personnes, il est tenu compte, lorsque l'entreprise locataire contrôle ou est contrôlée par une autre personne morale au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce, de l'ensemble des salariés des entités liées. Il nous semble toutefois que le pouvoir réglementaire a pu estimer qu'un effectif de plus de 250 personnes au niveau d'un tel groupe impliquait en principe une importance des surfaces louées appréciées au niveau de ce groupe (notamment en cas d'implantations multiples) permettant de présumer, pour les entreprises ainsi contrôlées ou « contrôlantes », un pouvoir de négociation à l'égard des bailleurs plus significatif que celui d'entreprises indépendantes ou détenues par un groupe dont les entités prises ensemble n'atteint pas le seuil d'effectif d'une ETI ou d'une grande entreprise.

Relevons pour finir que, si elles ne sont, en raison de leur taille, pas entrées dans le champ de la mesure protectrice de l'article 14 de la loi du 14 novembre 2020, les entreprises de plus de 250 personnes du secteur de la restauration ont pu bénéficier de nombreux autres dispositifs d'aide, telles que la prise en charge de l'indemnité d'activité partielle, l'aide exceptionnelle au titre des congés payés, le fonds de solidarité, ou encore le prêt garanti par l'Etat et l'incitation via un crédit d'impôt à l'abandon de loyers par les bailleurs pour les ETI (moins de 5000 salariés).

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.

Par ces motifs, nous concluons au non-renvoi de la QPC invoquée et au rejet de la requête de la société Burger King et autres.

Ces conclusions ne sont pas libres de droits. Leur citation et leur exploitation commerciale éventuelles doivent respecter les règles fixées par le code de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, toute rediffusion, commerciale ou non, est subordonnée à l'accord du rapporteur public qui en est l'auteur.