

N° 451752
Opéra de Rouen Normandie

1^{ère} et 4^{ème} chambres réunies

Séance du 21 juin 2021
Lecture du 7 juillet 2021

CONCLUSIONS

M. Vincent VILLETTE, rapporteur public

Le recours à l'activité partielle aurait coûté 27,1 milliards d'euros¹ à l'Etat et à l'Unedic en 2020, soit plus d'1 point de PIB. Ce chiffre énorme est rendu plus vertigineux encore lorsqu'il est mis en regard de l'estimation contenue dans le projet de loi de finances pour 2020, qui prévoyait que ce dispositif avait vocation à représenter un coût global de 155 millions d'euros pour les finances publiques. **Autrement dit, le coût réel de l'activité partielle a été 175 fois supérieur au coût estimé.** Il n'est guère besoin de revenir ici sur le fait que cet écart colossal s'explique par les circonstances exceptionnelles nées de la covid-19. Les pouvoirs publics, qui ont vu l'activité partielle comme le meilleur moyen d'éviter les cessations d'activité et les licenciements économiques, ont en effet encouragé le recours massif à ce dispositif. Dans cette optique, le gouvernement a aussi fait le choix de l'ouvrir partiellement à des acteurs publics employant des salariés dans des conditions de droit privé. C'est cet aspect qui est en cause dans la présente affaire puisque l'opéra requérant reproche à l'exécutif, malgré cet élargissement, de l'avoir maintenu en dehors du bénéfice de l'activité partielle, ce en méconnaissance du principe constitutionnel d'égalité.

Avant d'en venir au cœur du litige, il nous faut vous présenter ce **régime d'activité partielle**, en trois points.

Premièrement, son histoire². Ce dispositif est pensé depuis l'origine comme une manière de sauvegarder l'emploi. Si ses contours exacts ont évolué au fil du temps³, le chômage partiel – rebaptisé activité partielle en 2013⁴ – a ainsi toujours eu pour fil rouge la préservation du contrat de travail en dépit d'une difficulté rencontrée par l'employeur. Cette difficulté doit toutefois correspondre à un épisode à la fois fortuit et passager. Fortuit puisqu'il ne s'agit pas de pallier les mauvais choix de l'entreprise mais bien de l'aider à surmonter un coup du sort –

¹ <https://dares.travail-emploi.gouv.fr/publications/activite-et-conditions-d-emploi-de-la-main-d-oeuvre-pendant-la-crise-sanitaire-119594>

² *Les trois âges de l'activité partielle*, R. Dalmaso, Droit social 2020.612

³ Une vingtaine de modifications sont ainsi intervenues depuis 1951

⁴ Loi n° 2013-504 du 14-06-2013

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 exemple une conjoncture économique défavorable, des intempéries de caractère exceptionnel ou encore des difficultés d’approvisionnement en matières premières⁵. Passager puisqu’il ne saurait être davantage question, dans ce cadre, de soutenir de façon artificielle des entreprises défailtantes.

Deuxièmement, ses modalités. Concrètement, le régime d’activité partielle permet, après autorisation administrative préalable de la Direccte, la suspension du contrat de travail des salariés concernés et le versement d’une indemnité correspondant, en principe, à 70 % de leur salaire horaire brut – soit environ 84 % du salaire net. Cette indemnité est versée par l’employeur, mais ce dernier reçoit ensuite, en contrepartie, une allocation financée conjointement par l’Etat et l’Unédic⁶, à hauteur respectivement de deux tiers et un tiers.

Troisièmement, les changements liés à la covid-19⁷. D’abord, l’exécutif a limité la participation de l’employeur au financement du dispositif puisque, compte tenu du montant de l’allocation versée, cette participation est devenue nulle pour les salariés dont la rémunération n’excède pas 4,5 SMIC⁸. Ensuite, il en a assoupli le cadre procédural – notamment en ramenant de 15 à 2 jours le délai au-delà duquel la demande est réputée acceptée. Enfin, nous l’évoquons, il a élargi le champ des bénéficiaires potentiels à des salariés qui en étaient jusque-là exclus du fait de leur statut (par exemple les assistants maternels ou les salariés saisonniers) ou du fait du statut de leur employeur. C’est à ce titre que l’ordonnance n° 2020-460 du 22 avril 2020 (art. 6) est notamment venue prévoir, en modifiant une précédente ordonnance du 27 mars (art. 2), que les salariés de droit privé des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) de l’Etat ou des collectivités territoriales pouvaient être placés en activité partielle dès lors – nous citons – « que ces employeurs exercent à titre principal une activité industrielle et commerciale dont le produit constitue la part majoritaire de leurs ressources ».

En l’espèce, c’est sur le fondement de ces dispositions que la Direccte a retiré les décisions par lesquelles elle avait fait droit **aux demandes d’autorisation de placement en activité partielle formées par l’Opéra de Rouen Normandie**. Cet établissement public de coopération culturelle (EPCC⁹) étant, du fait de l’objet de son activité, assimilable à un EPIC, la Direccte a estimé qu’il ne rentrait pas dans le champ de l’ordonnance à partir du moment où ses ressources provenaient à 75 % de subventions. Après un recours hiérarchique infructueux, l’opéra a saisi le tribunal administratif de Rouen. Dans ce cadre, il a soulevé une QPC contre

⁵ V. pour ces motifs : art. R. 5122-1 du code du travail

⁶ Comme contrepartie de la cotisation d’assurance chômage

⁷ V. notamment sur cette question : *L’activité partielle, face à la crise*, F. Géa, Revue du droit du travail, 2020.250

⁸ L’allocation versée par les pouvoirs publics n’étant plus calculée sur une base forfaitaire – de l’ordre de 7 euros par heure chômée – mais en fonction de la rémunération antérieure brute

⁹ V. art. L. 1431-1 et art. L. 1431-6 du CGCT

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.

ces dispositions de l'ordonnance et le tribunal a jugé la question suffisamment sérieuse pour vous la transmettre.

Rappelons d'abord d'un mot qu'à la suite du coup de force du Conseil constitutionnel¹⁰, vous avez accepté que les dispositions à caractère législatif d'une ordonnance non ratifiée puissent, une fois passé le délai d'habilitation, être contestées par le biais d'une QPC¹¹. Ici, le délai d'habilitation est expiré et le domaine couvert est bien législatif, de sorte que la question soulevée satisfait à ce nouveau cadre jurisprudentiel. Par ailleurs, il est évident que les dispositions litigieuses sont applicables au litige, et qu'elles n'ont pas été déclarées conformes à la Constitution. Aussi, dès lors qu'il n'est pas soutenu que ces dispositions soulèveraient une question nouvelle, toute la discussion – qui a trouvé un certain écho politique¹² – **se concentre sur le point de savoir si leur conformité à la Constitution pose une question sérieuse justifiant de la renvoyer à votre voisin.**

En l'occurrence, le requérant soutient que le **critère tenant à l'origine des ressources méconnaît le principe d'égalité devant la loi et le principe d'égalité devant les charges publiques découlant respectivement des articles 6 et 13 de la Déclaration de 1789.** En substance, l'opéra repart du fait que cette règle introduit une différence de traitement entre les établissements publics selon que leurs ressources proviennent majoritairement de financements publics ou au contraire de leur activité industrielle et commerciale. Or, il soutient que cette différence de traitement ne s'adosse pas à une différence de situation – puisque tous ces établissements sont des acteurs économiques touchés par la crise sanitaire – et qu'elle ne peut pas non plus s'expliquer par un motif d'intérêt général. En somme, à ses yeux, ces dispositions méconnaîtraient le principe d'égalité « *entendu comme [l']obligation d'uniformité de la règle de droit* »¹³.

Pour appréhender le sérieux de cette argumentation, il faut ici scinder le raisonnement **en trois temps.**

Premièrement, dès lors que la différence de traitement est indéniable, **il convient de rechercher ce qui est susceptible de la justifier.**

Pour notre part, comme le requérant, nous n'identifions pas de motifs d'intérêt général au soutien de la différence de traitement ici en cause. En revanche, nous pensons que celle-ci **peut s'adosser à une différence de situation** suffisamment objective et rationnelle. En effet, les structures vivant à titre principal de subventions se retrouvent, à deux titres, moins exposées aux conséquences nées de la crise sanitaire. D'une part, cette interruption emporte *a*

¹⁰ Décision n° 2020-851/852 QPC du 03-07-2020

¹¹ Sur le cadre général, v. CE, assemblée, 16-12-2020, *Fédération CFDT Finances et autres*, n° 440258 et a., A

¹² <https://www.senat.fr/questions/base/2020/qSEQ200515816.html> et <https://questions.assemblee-nationale.fr/q15/15-1116QOSD.htm>

¹³ *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, C. Barrois de Sarigny, Titre VII n° 4, avril 2020

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.

minima une attrition relativement plus faible de leurs ressources, notamment de billetterie. Bien souvent, cette part importante de subventions leur permet même de couvrir leurs frais fixes, et notamment les salaires, ce qui rend l'interruption de leurs activités quasi-indolore. D'autre part, la prédominance des ressources publiques révèle que les personnes publiques auxquelles ces établissements sont rattachés s'avèrent déjà enclines à accepter de les soutenir fortement, en faisant en quelque sorte prévaloir l'importance de la mission de service public poursuivie sur des considérations de rentabilité ou d'autofinancement. En déduire que, dans le contexte exceptionnel né de la covid-19, ces mêmes personnes publiques maintiendront voire accroîtront leur soutien pour permettre à ces établissements de passer la tempête ne paraît, par suite, pas déraisonnable.

Certes, il faut bien admettre que l'état du droit constitutionnel sur cette question n'est pas aussi net que lorsque sont en cause des différences fondées sur la nature – publique ou privée – de la personne concernée¹⁴ ou sur la taille de l'entité¹⁵. A cet égard, il est vrai que le Conseil constitutionnel n'a – à notre connaissance – jamais fait du mode de financement un élément par lui-même suffisant pour caractériser une différence de situation¹⁶. Pour autant, compte tenu de ce nous venons d'exposer, il nous semble que la distinction litigieuse peut se rattacher sans effort excessif à la veine jurisprudentielle par laquelle le Conseil constitutionnel accepte de caractériser **une différence de situation selon que la personne en cause est plus ou moins exposée à une difficulté économique**¹⁷, étant ici précisé que votre voisin est enclin, dans ce cadre, à se satisfaire de critères assez frustes¹⁸.

Reste alors à voir, et c'est la deuxième étape, **si la différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec l'objet de la norme qui l'institue**. Pour notre part, il nous semble là encore que la réponse doit être positive. En effet, l'objet de l'ordonnance contestée est notamment d'étendre temporairement le champ des salariés concernés par l'activité partielle en vue de préserver l'emploi. Il est vrai, là encore, que la possibilité, pour les structures concernées, de recourir à des licenciements économiques ne dépend pas de l'origine de leurs ressources majoritaires mais découle de leur activité industrielle et commerciale¹⁹ : autrement dit, en théorie, les structures ici maintenues en dehors de l'activité partielle sont tout autant susceptibles de se séparer de certains salariés à la suite des difficultés nées de la crise sanitaire²⁰. Pour autant, en pratique, il nous semble que le choix de réserver le bénéfice de l'activité

¹⁴ V. par exemple : CC, 20-07-1983, n° 83-162 DC

¹⁵ V. par exemple : CC, 16-05-2019, n° 2019-781 DC ; CC, 15-09-2017, CGT-FO, n° 2017-653 QPC

¹⁶ V. pour des précédents qui intègrent le mode de financement parmi d'autres considérations : CC, 21-10-2015, *Association fondation pour l'école*, n° 2015-496 QPC et CC, 15-12-2017, n° 2017-681 QPC

¹⁷ CC, 28-12-2000, *LEF pour 2000*, n° 2000-441 DC et CC, 05-08-2004, *Loi pour le soutien à la consommation et à l'investissement*, n° 2004-502 DC

¹⁸ V. par exemple : CC, 28-12-2020, 2020-813 QPC

¹⁹ V. art. L. 1233-1 du code du travail

²⁰ V. sur cette approche économique plutôt que fondée sur le statut de l'entité : CE, 28-01-2021, *Syndicat mixte Savoie Grand Revard*, n° 432340, B

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.

partielle à ceux des établissements les plus exposés à l'aléa économique, et donc les plus susceptibles de licencier, n'est pas incohérent au regard de l'objectif ainsi poursuivi.

Pour finir, et c'est la troisième étape, il convient de déterminer **si la différence de traitement n'est pas manifestement disproportionnée au regard des motifs susceptibles de la justifier**. Précisions d'emblée qu'un tel contrôle de la disproportion manifeste est encore très rare dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel²¹. Toutefois, il nous semble intéressant de l'envisager en tant que juges du filtre, dans la mesure où cette dimension du raisonnement – quand bien même elle n'est pas toujours isolée dans celui de votre voisin – joue sur sa propension à identifier une difficulté au regard du principe d'égalité, notamment en rétroagissant sur son appréciation du caractère direct du rapport entre la différence de traitement et le but poursuivi.

Sans doute, dans le sens d'une disproportion, **faut-il admettre que ce critère du caractère majoritaire ou non des ressources publiques est binaire et, qu'à ce titre, il s'avère propice aux effets de seuil**. Pour autant, l'existence d'un tel effet couperet ne nous paraît pas excessif, ce d'autant plus que celui-ci était en quelque sorte inévitable dans la mesure où il aurait été illusoire d'improviser un mécanisme plus sophistiqué consistant à moduler l'intensité du soutien versé au titre de l'activité partielle en fonction du poids des ressources propres de chaque structure. Dit autrement, dans un contexte où, pendant les confinements, les Direccte étaient saisies chaque jour de près de 15 000 demandes d'activité partielle, le fait de privilégier des critères opératoires, quoiqu'un peu rudimentaires, peut aisément se justifier. Du reste, deux autres considérations plaident à nos yeux de façon plus décisive dans le sens d'une absence de disproportion manifeste. D'une part, mis en regard de l'explosion du coût du dispositif d'activité partielle, le souci de l'exécutif de ciseler son élargissement aux structures publiques en le réservant à celles qui, concrètement, sont les plus fragilisées ne nous paraît pas illogique. D'autre part, cette extension a été pensée comme temporaire, ce qui révèle à quel point le critère litigieux a émergé pour compenser une difficulté conjoncturelle bien identifiée, et non comme une nouvelle frontière durable. Au surplus, nous ajouterons que les établissements ainsi maintenus hors de l'activité partielle ont pu être aidés par des subventions exceptionnelles issues, s'agissant du domaine culturel ici en cause, du fonds de compensation spécifique mis en place rue de Valois et géré par les DRAC.

Au total, **il nous semble que la question au regard du principe d'égalité devant la loi n'est pas suffisamment sérieuse pour justifier un renvoi**. Et, eu égard aux développements qui précèdent, il n'y a pas davantage à nos yeux de rupture caractérisée du principe d'égalité devant les charges publiques, grief qui du reste est à peine assorti des précisions permettant d'en apprécier le sérieux.

²¹ V. pour un exemple : CC, 10-06-2004, n° 2004-496 DC

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.

Tel est le sens de nos conclusions.

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.