

Descente à Vélizy 2

LA DIRECTION DE LA CONCURRENCE S'INVITE LE DIMANCHE DANS LES CENTRES

Avertissement sans frais. En faisant une descente au centre commercial Vélizy 2, la Direction de la concurrence a voulu prévenir tout débordement dans l'application de règles régissant le travail dominical et le travail de nuit telles qu'en vigueur depuis la loi Macron. Notamment les contreparties assurées aux employés, le principe du volontariat et la responsabilité pénale du propriétaire qui pousserait le locataire à se mettre en infraction... Le règlement intérieur est naturellement ici en première ligne.

Par M^c Gilles Hittinger-Roux, avocat à la Cour (H.B.&Associés)

Même si certains acteurs avaient quelquefois des crises d'épilepsie dans les centres commerciaux, les difficultés se répartissent entre dirigeants. A défaut, des solutions étaient trouvées par l'entremise des organismes professionnels Procos/Cncc (clause d'arbitrage, indice Ile, ...).

Le repos dominical, et donc l'ouverture du dimanche, semblait suivre la même méthodologie. Pourtant, au cours de l'été 2016, au centre commercial Grand Var, un commerçant avait reçu, avec une dizaine d'autres, une pénalité de près de 187 000 euros à payer pour non ouverture le dimanche.

Il est vrai que certaines foncières ont tenté de forcer des «futurs accords» en imaginant que l'ouverture le dimanche relevait des attributions de l'association des commerçants ou du Gie et, en présence du vote positif par ces organismes représentatifs du commerce : l'ouverture du dimanche devenait obligatoire. D'autres foncières pensaient que la seule modification du règlement intérieur permettait d'obtenir cette ouverture.

Les ficelles étaient un peu grosses ! Les syndicats ont été alertés et ils ont saisi le Ministère de l'Economie, lequel a vraisemblablement et naturellement missionné la Direction, les Directions de la concurrence et de la consommation du travail et de l'emploi.

Certains pouvaient considérer que ce do-

cument est un simple rappel à l'ordre, avec même des considérations qui ne regardent que leurs auteurs. Ce serait sous-estimer cette direction ainsi que l'intérêt que porte et que portera dans le futur les pouvoirs publics quant au fonctionnement de ces temples de concurrence.

Jusqu'à présent, les tribunaux ont été bienveillants dans les contentieux pour les foncières : commerçant à l'agonie, juge non averti de cette spécialité ou expert non spécialisé, opacité des comptes... Malheureusement, de nombreux échecs sont à déplorer, en termes d'ouverture de centres commerciaux, et il est vraisemblable que le poids loyers-charges ne pourra se résoudre par les jurisprudences actuelles. Il est vraisemblable que l'administration s'invitera régulièrement le dimanche, pour déjeuner ou dîner.

I. L'ordre public, le contrat, le règlement intérieur

Au préalable il est rappelé les modalités de dérogations au repos dominical :

- L'existence d'une zone commerciale au sens de l'article L. 3132-25-1 du Code du travail.
- L'établissement doit être de la vente au détail mettant à disposition des biens et services au sein d'une zone commerciale et qu'il respecte les articles L. 3132-25-3 et L. 3132-24-4 du même code, c'est-à-dire de disposer d'un accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement, ou encore d'un accord conclu au niveau territorial.

OBSERVATIONS SUR LE TRAVAIL DOMINICAL FORMULÉES PAR L'ADMINISTRATION À VÉLIZY 2

Ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social

Direction régionale des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi de la région Ile-de-France
 Pôle Travail UC 3
 Section inspection du travail N° 2

Date : le 3 janvier 2017

Objet : Observations sur le travail dominical et le travail de nuit à la suite de notre rendez-vous du 13 décembre 2016 en vos locaux

Monsieur le Directeur,

Le 13 décembre 2016 à 10 heures, nous nous sommes présentés dans les locaux de la Direction du centre commercial Vélizy 2, sis 2, avenue de l'Europe, 78140 Vélizy-Villacoublay.

Nous nous sommes entretenus avec vous et M. Da Silva, Directeur technique.

Votre entreprise, Espace Expansion, dispose

► L'accord collectif peut être conclu avec les organisations syndicales, à défaut par des salariés mandatés.

► Enfin, pour les établissements de moins de 11 salariés, une décision unilatérale peut être faite par l'employeur, mais avec consultation des salariés.
 ► En tout état de cause, il convient de mettre des mesures de compensation (art. L. 3132-25-3 II et III et L. 3132-25 du Code du travail).

Le mécanisme du volontariat est le point d'orgue ; aussi, il est impossible de contraindre. ► La protection du salarié et de son contrat de travail avec l'esprit de volontariat sont aux antipodes de la démarche des foncières qui semblent s'inspirer du titre du grand philosophe Michel Foucaud «Surveiller et punir», sans pour autant l'avoir compris.

C'est très exactement ce que la note de la Direction de la concurrence souligne.

Le bail commercial stipule une amplitude horaire par le biais du règlement intérieur. Le règlement intérieur peut être modifié par le bailleur. En cas de non-respect du règlement intérieur, des pénalités peuvent être appliquées, notamment pour ceux qui n'ouvriraient pas le dimanche.

Compte tenu de la position dominante du bailleur et de la contrainte exercée, les foncières peuvent s'exposer aux sanctions pénales pré-

vuées par l'article R. 3135-2 du Code du travail en qualité de complices, sur le fondement de l'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal : «est également complice la personne qui par don, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué une infraction ou donné des instructions pour la commettre». Il est certain que toute velléité de la part des bailleurs d'imposer pouvait se heurter à une réponse de la part des preneurs sous cet aspect pénal. Une telle démarche serait d'autant plus fautive que le juge pénal pourrait s'intéresser à nos autres domaines sous prétexte de la sacro-sainte transparence.

2. Le dimanche, et après...

Une journée de plus ; vraisemblablement une aubaine pour les bailleurs qui rêvent de l'augmentation des loyers par le déclenchement du pourcentage du chiffre d'affaires. S'il s'agit finalement d'un report des achats le dimanche ; les preneurs, compte tenu du coût salarial et des faibles conséquences au regard du résultat comptable, renonceraient.

Le 7^e jour doit être pensé en termes d'activité : pour ceux dans la croyance, dans la réflexion, dans l'oisiveté, dans le sport. Le 7^e jour doit en tout état de cause connaître une politique de prix tout à fait différente des autres jours : que ce soit les produits, les services, les parkings et même les loyers (abattement le dimanche). Si nous ne parvenons pas à offrir une dynamique le 7^e jour, les centres seront condamnés au déclin.

du mandat de syndic et a été désignée par l'assemblée générale des copropriétaires.

Vous nous avez remis la liste des copropriétaires :

- Auchan France
- Sas Spring Vélizy
- Snc Vélizy Petit-Clamart
- Sas Parimall Vélizy 2
- Sci Elysées Vélizy 2
- Sci Velcaen/Redevco
- Uni-Commerces
- Sci Marceau Bussy Sud
- Sci Bureau de la Tour Crédit Lyonnais

A la suite de cet entretien, nous souhaitons vous faire part des observations suivantes :

Lors de notre rencontre, nous avons fait le point sur les conditions auxquelles le recours au travail dominical et au travail de nuit devaient se conformer, et les responsabilités que celui-ci induit tant pour les exploitants que pour les propriétaires du centre commercial.

I. Concernant l'ouverture du centre commercial le dimanche

Par arrêté du 29 septembre 2016, le Préfet de la région Ile-de-France a décidé de la

encore d'un accord conclu au niveau territorial. L'accord collectif peut être conclu avec les organisations syndicales dans les conditions de droit commun.

Toutefois, dans les entreprises dépourvues de représentants syndicaux l'accord collectif peut être conclu avec des salariés mandatés dans les conditions prévues aux II à IV de l'article L. 5125-4 du Code du travail.

- A défaut d'accord, et seulement dans les établissements de moins de 11 salariés, le travail du dimanche peut être prévu par décision unilatérale de l'employeur et consultation des salariés concernés sur les mesures d'accompagnement. La majorité des salariés concernés doit approuver la décision.

- L'accord ou la décision unilatérale de l'employeur doivent obligatoirement comporter les mentions suivantes (articles L. 3132-25-3 II et III et L. 3132-25-4 du Code du travail) :
 - une compensation déterminée afin de tenir compte du caractère dérogatoire du travail du dimanche ;
 - les contreparties, en particulier salariales, accordées aux salariés privés du repos dominical ;

Ces conditions sont les suivantes :
 - Disposer d'un accord de branche, de groupe, d'entreprise ou d'établissement ou

- les engagements pris en termes d'emploi ou en faveur de certains publics en difficulté ou de personnes handicapées ;

- les mesures destinées à faciliter la conciliation entre la vie professionnelle et la vie personnelle des salariés privés du repos dominical ;

- les contreparties mises en œuvre par l'employeur pour compenser les charges induites par la garde des enfants pour les salariés privés du repos dominical ;

- les modalités de prise en compte d'un changement d'avis du salarié privé du repos dominical ;

- les conditions dans lesquelles l'employeur prend en compte l'évolution de la situation personnelle des salariés privés du repos dominical.

- Volontariat et autres garanties offertes aux salariés travaillant le dimanche (article L. 3132- 25-4 du Code du travail) ;

- Seuls les salariés volontaires peuvent travailler le dimanche. Ce caractère volontaire se manifeste par un accord formulé par écrit.

- En outre, une entreprise ne peut pas prendre en considération le refus de travailler le dimanche pour refuser d'embaucher, ou prendre une mesure discriminatoire pendant le temps du contrat de travail. Le refus de travailler le dimanche ne constitue pas une faute ou un motif de licenciement.

- En l'absence d'accord collectif, le salarié privé de repos dominical conserve la faculté de refuser de travailler 3 dimanches de son choix par année civile. Il doit en informer préalablement son employeur en respectant un délai d'un mois.

- L'employeur doit prendre les mesures nécessaires pour permettre aux salariés d'exercer personnellement leur droit de vote aux scrutins nationaux et locaux qui ont lieu le dimanche.

Les employeurs qui méconnaissent ces obligations et font travailler leurs salariés le dimanche en infraction aux dispositions relatives au repos hebdomadaire s'exposent aux sanctions pénales prévues par l'article R. 3135-2 du Code du travail (1500 € d'amende appliquée autant de fois qu'il y a de salariés concernés).

Je me dois également de vous informer que la responsabilité pénale des copropriétaires des locaux commerciaux pourrait, sous certaines conditions, se trouver engagée.

En effet, les baux commerciaux entre les différents propriétaires et les exploitants stipulent que les locaux loués doivent être tenus constamment en activité aux heures prévues au règlement intérieur du centre commercial (annexé aux baux).

Ce règlement intérieur est établi par le syndicat de copropriété et des modifications ne peuvent lui être apportées que si elles sont acceptées par ce dernier.

Vous nous avez confirmé que des pénalités financières peuvent être appliquées aux exploitants qui ne respectent pas le règlement intérieur, en particulier les horaires.

Par conséquent, les exploitants qui ne remplissent pas les conditions légales pour faire travailler leurs salariés le dimanche se voient tout de même obligés d'ouvrir afin de respecter les stipulations de leurs baux commerciaux.

Du fait de leur situation économique dominante, les bailleurs peuvent ainsi contraindre leurs preneurs à commettre des infractions. Ils pourraient donc être considérés comme complices de ces dernières, en application de l'article 121-7 alinéa 2 du Code pénal : «Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre.»

Lors de notre entretien, nous vous avons exposé ce raisonnement. Vous nous avez indiqué qu'aucune pénalité sanctionnant le non-respect des horaires du centre ne serait appliquée aux magasins qui ne pourraient pas remplir les conditions légales d'ouverture du dimanche.

Nous prenons acte de cet engagement et ne pouvons que vous inviter à rappeler leur responsabilité à vos mandants, les copropriétaires des locaux commerciaux.

Nous vous rappelons certaines des règles relatives au droit des contrats (telle que modifiées par la Réforme générale du droit des obligations) pouvant trouver à s'appliquer en cas de non-respect d'un tel engagement, sous réserve de l'appréciation souveraine des juges :

- L'article 6 du Code civil qui énonce que

«On ne peut déroger, par des conventions

particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.»

- L'article 1171 du Code civil qui dispose que «Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits-et obligations des parties au contrat est réputée non écrite». Clause considérée comme abusive donc, pour les seuls contrats «dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties» (article 1110 du Code civil).

2. Concernant l'ouverture du centre commercial après 21 heures

Depuis le 31 août 2015, le règlement intérieur du centre commercial prévoit une fermeture :

- à 21h00 les lundis, mardis, mercredis, vendredis et samedis ;

- à 22h00 les jeudis.

Or, nous vous avons rappelé que le travail de nuit doit demeurer exceptionnel.

L'article L. 3122-1 du Code du travail dispose que : «Le recours au travail de nuit est exceptionnel. Il prend en compte les impératifs de protection de la santé et de la sécurité des travailleurs et est justifié par la nécessité d'assurer la continuité de l'activité économique ou des services d'utilité sociale.»

En application de l'article L. 3122-15 du Code du travail, un accord collectif peut intervenir pour mettre en place le travail de nuit au sens de l'article L. 3122-5 du Code du travail ou pour l'étendre à de nouvelles catégories de salariés. Cet accord prévoit notamment la définition de la période de travail de nuit, dans les limites mentionnées aux articles L. 3122-2 et L. 3122-3.

A défaut de convention ou d'accord collectif, tout travail accompli entre 21 heures et 6 heures est considéré comme du travail de nuit (article L. 3122-20 C. trav).

Or, il ressort de la jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation (Cour de cassation, Chambre criminelle, 2 septembre 201-1, n° 13-83.304 et Cour de cassation, Chambre sociale, 24 septembre 2014, n° 13-24.851) que, peu important que les salariés occupés après 21 heures soient ou non des travailleurs de nuit au sens de l'article L. 3122-31 du Code du travail (devenu L. 3122-5), la partie de leur travail au-de-

là de 21 heures constitue un travail de nuit qui doit rester exceptionnel.

Les juges de la chambre criminelle ont ajouté que l'activité de commerce alimentaire n'exige pas, pour l'accomplir, de recourir au travail de nuit.

Il résulte donc de l'interprétation par la Cour de cassation de l'article L. 3122-32 du Code du travail (devenu L. 3122-1) que le travail de nuit ne peut pas être le mode d'organisation normal du travail au sein d'une entreprise.

Le fait pour un employeur de recourir au travail de nuit en violation des dispositions légales susvisées constitue une infraction punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, prononcée autant de fois qu'il y a de salariés concernés par l'infraction (article R. 312-1-15 du Code du travail).

Les horaires imposés par le centre commercial provoquent donc certains exploitants à commettre des infractions.

De la même façon que pour les infractions en matière de travail du dimanche, nous vous rappelons que la responsabilité pénale des copropriétaires des locaux commerciaux pourrait être engagée du fait de leur complicité dans la réalisation des infractions en matière de travail de nuit.

Lors de notre entretien, vous nous avez indiqué que les exploitants qui vous notifiaient ne pas avoir la possibilité d'ouvrir après 21h pour des raisons liées au respect du Code du travail, ne se voyaient pas rappelés à l'ordre ni sanctionnés par l'application des pénalités financières.

Là encore, nous actons le positionnement pris par rapport aux magasins et vous invitons à rappeler leur responsabilité à vos mandants, les copropriétaires des locaux commerciaux.

Nous vous rappelons de nouveau sur ce point certaines des règles relatives au droit des contrats, telles que citées plus haut, pouvant trouver à s'appliquer en cas de non-respect d'un tel engagement, sous réserve de l'appréciation souveraine des juges.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur le Directeur, nos salutations distinguées. (...)