

S'endimancher en centre commercial CHOIX OU CONTRAINTE ?

Nous sommes à l'aube d'un grand jour : celui du Seigneur. Il faut s'y préparer, en sachant que le règlement intérieur d'un centre commercial n'est en principe pas un document contractuel et que cinquante-deux jours supplémentaires d'ouverture à la faveur desquels la clause recette va... faire recette, ça se négocie ! Economiquement et socialement. Le pragmatisme ici s'impose, car plus que les bailleurs et les enseignes, ce sont finalement les clients qui voteront pour ou contre le dimanche. Analyses et perspectives d'un dispositif dont le bénéfice est loin d'être acquis... pour tout le monde !

Par **M^{es} Gilles Hittinger-Roux et Corinne de Prémare, avocats au barreau de Paris (H.B.&Associés)**

Dans une période plus ancienne, après six jours de labeur, les Dames et les Messieurs portaient leurs plus beaux vêtements pour retrouver une vie sociale. C'était le dimanche. Il fallait paraître, il fallait porter l'habit.

Révolue cette période, le dimanche est dorénavant, sportif, récréatif et familial. Ainsi, les centres commerciaux sont prêts à accueillir, tous les dimanches, les familles, les célibataires, enfin tous ceux qui veulent consommer.

Jusqu'à présent, les pouvoirs publics avaient une vision très restrictive sur la possibilité de commercer le dimanche. La loi Macron, en

date du 7 août 2015, instaure de nouvelles dérogations au principe du repos dominical cher aux français depuis la loi de 1906. L'assouplissement de la législation intéresse les onze centres commerciaux d'Ile-de-France qui répondent à la demande des consommateurs nationaux et internationaux. Ils ouvrent désormais leurs portes tous les dimanches de 10h à 20h.

Ce régime particulier se cantonne aux commerces situés dans des zones dites «commerciales» ou «touristiques internationales» délimitées du fait de leur «rayonnement international» et de «l'affluence exceptionnelle de touristes résidents hors de France et de l'importance de leurs achats» tel que prévu dans

les articles R. 3132-20 et suivants du Code du travail. Les foncières entendent bénéficier de cette aubaine.

La valeur d'un centre commercial se détermine d'abord en fonction des loyers perçus, puis au regard de la fréquentation. Le taux de fréquentation est un paramètre qui est analysé au quotidien et les études de marché ne peuvent être établies que selon la fréquentation des centres. Aussi une journée de plus, à savoir le dimanche, peut être un élément extrêmement valorisant pour ces derniers. Il est loisible de constater dans les centres bénéficiant de cette ouverture que toutes les communications font état d'un maintien de la fréquentation, notamment grâce à l'ouverture du dimanche.

LE PRIX DES FONDS DE COMMERCE À PARIS

Statistique calculée sur les transactions de 55 000 € et plus

Montant moyen des cessions par activité

(12 899 cessions relevées entre avril 1992 et avril 2016)

	Alim./Rest.	Eqpt personne	Services
1992	237 363 €	183 244 €	152 144 €
1993 variation 92/93	184 006 € -22,40 %	208 245 € +13,60 %	148 638 € -2,30 %
1994 variation 93/94	105 952 € -42,40 %	115 556 € -44,50 %	99 854 € -32,80 %
1995 variation 94/95	125 618 € +18,50 %	120 892 € +4,61 %	85 219 € -14,60 %
1996 variation 95/96	104 123 € -17,00 %	126 685 € +5,00 %	113 574 € +33,00 %
1997 variation 96/97	95 738 € -8,00 %	159 766 € +26,00 %	133 240 € +17,30 %
1998 variation 97/98	105 800 € +10,50 %	189 189 € +18,40 %	118 300 € -11,20 %
1999 variation 98/99	112 683 € +6,50 %	162 206 € -14,20 %	113 879 € -3,70 %
2000 variation 99/00	116 928 € +3,80 %	179 127 € +10,45 %	133 393 € +17,10 %
2001 variation 00/01	116 928 € +5,87 %	173 103 € -3,36 %	148 741 € +11,50 %
2002 variation 02	154 890 € +25,18 %	145 876 € -15,73 %	130 244 € -12,43 %
2003 variation 02/03	142 432 € -8,04 %	191 423 € +31,22 %	144 349 € +10,83 %
2004 variation 03/04	145 361 € +2,06 %	167 437 € -12,53 %	143 952 € -0,28 %
2005 variation 04/05	158 028 € +8,71 %	175 437 € +4,78 %	147 641 € +2,56 %
2006 variation 05/06	172 506 € +9,16 %	187 234 € +6,72 %	148 864 € +0,83 %
2007 variation 06/07	178 192 € +3,30 %	187 283 € +0,03 %	162 768 € +9,34 %
2008 variation 07/08	192 519 € +8,00 %	197 952 € +5,70 %	145 741 € -10,5 %
2009 variation 08/09	176 578 € -8,30 %	209 027 € +5,60 %	156 660 € +7,5 %
2010 variation 09/10	182 997 € +3,70 %	180 463 € -13,70 %	141 444 € -9,70 %
2011 variation 10/11	186 233 € +1,77 %	152 753 € -15,35 %	144 409 € +2,10 %
2012 variation 11/12	186 396 € +0,09 %	169 149 € +10,73 %	145 291 € +0,61 %
2013 Variation 12/13	193 491 € +8,04 %	199 412 € +24,14 %	151 882 € +1,85 %
2014 Variation 13/14	197 984 € +2,32 %	160 968 € -19,28 %	128 652 € -15,29 %
2015 Variation 14/15	203 406 € +2,74 %	194 760 € +20,99 %	153 810 € +19,56 %
2016 Variation 15/S1 16	184 695 € +0,30 %	204 309 € +62 %	170 633 € +20,18 %

A. Le sens habituel du règlement intérieur
Traditionnellement, ce règlement intérieur est compris comme permettant un fonctionnement harmonieux du centre. Les dispositions portent notamment sur la livraison des marchandises, les consignes de sécurité, de propreté, la gestion des parkings... ainsi que l'amplitude horaire. L'amplitude horaire étant dans les attributions du règlement intérieur, les foncières imaginent que, sans difficulté, elles pourront contraindre les locataires à ouvrir le dimanche.

Jusqu'à présent, rares sont les cas de jurisprudence où le règlement intérieur est visé comme fondement juridique à des pénalités ou à une clause résolutoire. Ces décisions sont plutôt anciennes (Cour cass. 20/07/89 ou Tgi de Senlis 26/10/99) et portent le plus souvent soit sur des méthodes de vente assez blâtables comme l'accroche, soit sur le défaut d'ouverture.

En pratique, le bailleur renonce à la saisine d'une juridiction. La situation peut être toute autre dans la mesure où, comme rappelé, le taux de fréquentation est un élément de valorisation du fonds de commerce. Il convient donc de tenter d'analyser la nature juridique du règlement intérieur.

L'objet d'un règlement intérieur est normalement de compléter un document préexistant. Il en est pour preuve qu'au regard du bail commercial les rédacteurs prennent le soin de préciser, en fin de contrat, qu'en cas de contrariété de clause, il sera donné prééminence aux dispositions du bail commercial. A titre d'exemple, «en cas de contradiction entre les différents documents, celui qui aura le numéro d'ordre le moins élevé prévaudra (le contrat de bail porte le numéro I)».

Le règlement intérieur est un document classique dans le cadre du droit des sociétés. Il s'agit d'un document émanant d'un organe social habilité à exprimer la volonté de la société. Encore faut-il que ce règlement intérieur respecte les dispositions impératives du droit des sociétés, des statuts, et qu'en tout état de cause ces dispositions expriment la volonté de la personne morale.

Traditionnellement, il est considéré que le règlement a force obligatoire pour les associés et il fait ainsi partie du pacte social. Pour autant, il est impossible de considérer que le locataire et le bailleur sont des associés dans un centre commercial. Une telle formulation relève des communiqués lors de la commercialisation d'un nouveau centre ou des organismes bienveillants à l'égard des foncières.

Les foncières entendent imposer leur loi par tous les moyens, que ce soit par la délivrance de commandements visant la clause résolutoire pour des charges contestées et souvent injustifiées, que ce soit pour le défaut d'immatriculation en présence d'une opération

contraignante.

Dorénavant, les bailleurs ont pris soin d'annexer le règlement intérieur à ce contrat. Il est même mentionné que le règlement intérieur «présente un caractère contractuel». Ainsi, le non-respect des modalités d'exécution du règlement intérieur peut faire l'objet de pénalités et même de l'application de la clause résolutoire. Pour autant, si le texte est amendé, modifié, peut-on considérer qu'il s'impose à l'autre partie contractante ?

A l'origine, le contrat ne prévoyait pas l'ouverture le dimanche. Peut-il y avoir une telle modification ?

Par ailleurs, des compensations financières ou en termes de repos doivent être intégrées dans une telle opération. Les conséquences économiques pour le locataire ne sont pas nécessairement positives si l'analyse se limite à une augmentation du chiffre d'affaires.

Le bailleur, à la recherche d'une augmentation des flux et de la fréquentation, va vouloir contraindre le locataire à ouvrir le dimanche, notamment sur le fondement du règlement intérieur qui se rattache au bail commercial.

Il convient donc d'analyser la nature juridique du règlement intérieur (I) puis d'envisager les éventuelles modalités d'application (II).

I. Un règlement intérieur contractuel

Le bail Tissot de quatre pages a été réécrit au cours des années passées par les foncières. Elles se sont inspirées de Léon Tolstoï, notamment «Guerre et Paix» en termes de volume. Même si le style du grand écrivain ne se retrouve pas, il convient de considérer que nous sommes plus dans le volume «guerres» que «paix» tellement les obligations insérées dans le contrat à l'égard du locataire sont contraignantes.

Dorénavant, les bailleurs ont pris soin d'annexer le règlement intérieur à ce contrat. Il est même mentionné que le règlement intérieur «présente un caractère contractuel». Ainsi, le non-respect des modalités d'exécution du règlement intérieur peut faire l'objet de pénalités et même de l'application de la clause résolutoire. Pour autant, si le texte est amendé, modifié, peut-on considérer qu'il s'impose à l'autre partie contractante ?

A l'origine, le contrat ne prévoyait pas l'ouverture le dimanche. Peut-il y avoir une telle modification ?

de fusion, ou même par la multiplication de congé-refus avec paiement d'une indemnité d'éviction aux fins de contraindre les locataires à renouveler leurs baux. Le rapport de force est organisé et structuré par ces fondières ; aussi, il est impossible d'assimiler le règlement intérieur des sociétés à celui des centres commerciaux. En mathématique, il serait possible de considérer que la relation bailleur/locataire s'inscrit simplement sur un Ppcm, c'est-à-dire «le plus petit commun multiple».

B. Une modification unilatérale
Jusqu'à présent, les foncières s'autorisaient à une simple modification de l'amplitude horaire. Il s'agissait de modifier l'ouverture ou la fermeture du centre sur une variation d'une demi-heure ou d'une heure. La future demande sera toute autre puisqu'il s'agit d'ajouter 52 jours à ceux précédemment exploités, sous réserve des dimanches déjà ouverts.

En dehors du personnel, les conséquences économiques et financières sont importantes :

- les stocks devront être repensés,
- les consommations électriques et les fluides tout autant,
- le matériel et les agencements feront nécessairement l'objet d'une usure prématurée.

Au regard de la situation actuelle, il serait possible de considérer que nous serions en présence d'un «13^e mois commercial» ! Le loyer devrait être repensé puisque le variable qui ne se déclenche pas actuellement

sur 12 mois de l'année pourrait être opérationnel sur 13.

Serait-ce un bénéfice partagé pour le locataire ? Il est possible d'en douter, notamment au regard du coût du personnel. Entre le repos compensatoire et une meilleure rémunération, il est certain que les marges seront diminuées. Entre la gestion du personnel et les accords préalables avec les organismes salariaux, il est vraisemblable que le locataire ne trouvera ainsi aucun intérêt à ouvrir le dimanche.

Le bailleur rappelle dans le préambule du contrat qu'il peut modifier les accès du centre, ajouter des constructions, modifier la commercialité du site, sans être pour autant responsable ; peut-on lui reconnaître le droit de changer le mode et la nature de l'exploitation d'un fonds de commerce ?

C. L'arbitraire et le contrat

Même si le droit des contrats a été profondément modifié par l'ordonnance du 10 février 2016, il ne reste pas moins que les dispositions de l'article 1134 du Code civil demeurent, à savoir «les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites».

Dès lors, toute modification portant sur des éléments aussi importants que la durée d'exploitation ne saurait intervenir sans un nouvel accord. D'ores et déjà, certains considèrent que le bailleur aurait un tel droit au motif que l'ouverture le dimanche avec l'exploitation de toutes les boutiques serait dans «l'intérêt bien compris du centre».

Il y aurait dès lors une construction intellectuelle qui intégrerait l'intérêt général correspondant à l'intérêt du centre.

Jusqu'à présent, il y a l'ordre public de direction, l'ordre public de protection, dorénavant, il y aurait l'ordre public de commercialisation !

Aucune juridiction ne pourrait raisonnablement donner droit à une telle demande, tout simplement car la disposition revendiquée par le bailleur n'entre pas dans le champ contractuel. Les commandements visant la clause résolutoire pour non-respect du règlement intérieur quant à l'ouverture du dimanche seront sans effet. Les pénalités pour les mêmes motifs connaîtront le même sort.

Pour autant, il est possible de retrouver dans certains baux des dispositions, qui prévoient : «par dérogation au règlement intérieur, le preneur s'engage à ouvrir le dimanche et à obtenir toute autorisation qui lui serait nécessaire». Le locataire devra nécessairement refuser la signature d'une telle clause car, ainsi, le bailleur contractualise l'ouverture le dimanche. Mais quand bien même la clause aurait été signée, il serait possible d'évoquer l'absence d'autorisation, ou même de challenger la clause sur le fondement de l'article 145-15 du Code de commerce.

II. Un règlement intérieur négocié

A. Un avenant

Le droit du travail et le droit social seront nécessairement un préalable. Il est impossible à un locataire de régulariser un avenant au contrat

de bail commercial si le droit social et le droit du travail n'ont pas été respectés. Aucun juge des baux commerciaux, aucun juge des référés, ne pourra rendre une décision sans avoir obtenu communication de l'accord avec les salariés. L'ordre public social devra prévaloir sur l'ordre public des foncières.

B. Un accord sous conditions

Les enseignes acceptent une telle extension de l'amplitude horaire si préalablement un accord a été trouvé avec les salariés mais aussi dans la mesure où l'ensemble des autres commerces du centre sera ouvert, un pourcentage de 80 % devra être considéré comme un minimum.

De plus, l'enseigne réclamera le taux de fréquentation pour chaque dimanche et s'autorisera à réduire ou à fermer les dimanches à venir si le seuil contractuellement arrêté n'était pas atteint.

Enfin, le seuil du déclenchement du variable devra être examiné de façon autonome. Jamais un locataire n'acceptera le paiement du variable si l'opération ne lui est pas bénéficiaire.

C. Du pragmatisme et de la souplesse

Enfin, le seuil du déclenchement du variable devra être examiné de façon autonome. Jamais un locataire n'acceptera le paiement du variable si l'opération ne lui est pas bénéficiaire. Finalement, l'ouverture le dimanche doit être considérée comme le référendum dominical. A défaut de participation de la clientèle, le bureau de vote sera fermé, comme le seront les établissements. Enfin, peut-être faut-il conserver en mémoire les réflexions sur la politique des soldes : à force de les multiplier (soldes flottantes, ventes privées), elles perdent leur attrait initial.