

Petites **a**ffiches

La Loi ■ Le Quotidien Juridique

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés : Petites affiches • Le Quotidien Juridique • La Loi - Archives Commerciales de la France

402^e année - 1^{er}-2 JANVIER 2013 - N^{os} 1-2 - 1,60 euro

lextenso éditions

ACTUALITÉ	BIBLIOGRAPHIES	2
	CALENDRIERS	3
	LE RENDEZ-VOUS DU PATRIMOINE	4
	Frédérique Perrotin	
	L'AGRASC, un instrument redoutable	
DOCTRINE	DROIT COMPARÉ	6
	Patrick Patelin et Vincent Rivière	
	Le Mercosur : nouvel eldorado pour les investisseurs en matière de contrats de partenariat public-privé ?	
	DROIT DES AFFAIRES	12
	Véronique Legrand	
	L'avènement des multiples patrimoines de l'EIRL : les avantages de la schizophrénie ou le risque de paranoïa ?	
JURISPRUDENCE	DROIT SOCIAL	18
	Henri Peschaud	
	« À travail égal, salaire égal » : un principe en voie d'extinction ? (Cass. soc., 10 oct. 2012)	
CULTURE	BIBLIOPHILIE	23
	Bertrand Galimard Flavigny	
	Le premier diable boiteux	

[REPÈRES]

■ page 12

L'avènement des multiples patrimoines de l'EIRL : les avantages de la schizophrénie ou le risque de paranoïa ?

Véronique Legrand

La loi du 15 juin 2010, en instituant l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, a laissé en attente la possibilité de créer plusieurs EIRL jusqu'au 1^{er} janvier 2013. L'heure est donc arrivée... Certes, ce statut ne brille pas par sa simplicité. Sans doute est-ce la raison pour laquelle il paraît bien mal aimé de la pratique. Quoi qu'il en soit, en dépit des questions qu'il suscite encore, il faut dès à présent s'interroger sur les difficultés et les avantages qui attendent les candidats à l'EIRL aux patrimoines multiples.

Toute l'équipe des Petites Affiches vous présente ses meilleurs vœux pour l'année 2013.

www.petites-affiches.com

Rédaction (24 pages) - Annonces pour les départements 75, 92, 93, 94 (24 pages)

ÉDITION
QUOTIDIENNE
DES JOURNAUX
JUDICIAIRES
ASSOCIÉS

Petites **a**ffiches

2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14 - Fax : 01 47 03 92 02

Le Quotidien Juridique

12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49 - Fax : 01 49 49 06 50

LA LOI
ARCHIVES COMMERCIALES

33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34 - Fax : 01 46 34 19 70

Directeur de la publication :

Bruno Vergé

Rédactrice en chef :

Emmanuelle Filiberti

Responsables de rédaction :

Valérie Boccara et Céline Slobodansky

Comité de rédaction :

Pierre Bézard, président honoraire
de la chambre commerciale de la Cour
de cassation

Jean-Pierre Camby, conseiller des
services de l'Assemblée nationale

Jean-Marie Coulon, premier président
honoraire de la Cour d'appel de Paris

Alain Couret, professeur à l'Université
Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Michel Grimaldi, professeur à
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Jean-François Guillemin, secrétaire
général, groupe Bouygues

Paul Le Cannu, professeur à
l'Université Paris I (Panthéon-
Sorbonne)

Jacques Massip, conseiller doyen
honoraire à la Cour de cassation

Denis Mazeaud, professeur à
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Nicolas Molfessis, professeur à
l'Université Paris II (Panthéon-Assas)

Jacqueline Morand-Deville,
professeur à l'Université Paris I
(Panthéon-Sorbonne)

Bernard Reynis, président honoraire
du Conseil supérieur du notariat

Alain Sauret, avocat conseil en droit social,
associé Capstan LMS

Rédaction : 33, rue du Mail,
75081 Paris Cedex 02

Tél. : 01 56 54 16 27

Fax : 01 42 86 09 37

E-mail : redaction@lextenso-editions.fr

Merci de nous envoyer vos articles à :
redaction@lextenso-editions.fr

Abonnements : 33, rue du Mail,
75081 Paris Cedex 02

Tél. : 01 56 54 42 10

Fax : 01 56 54 42 11

E-mail : abonnementpa@lextenso-editions.fr

A B O N N E M E N T S

1 an France (TTC)	
Journal seul	110 €
Journal + Lextenso focus	228,40 €
1 an Étranger (HT)	
UE	295 €
Hors UE	595 €

Pour tarifs particuliers
(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : Agences Louisiana et Samarcande

BRÈVES

BIBLIOGRAPHIE

Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne

La société de législation comparée publie, dans la collection de l'UMR de droit comparé, le volume 29, intitulé : « Si proche, si loin : la pratique du droit international en France et en Allemagne », sous la direction d'Évelyne Lagrange, Andrea Hamann et Jean-Marc Sorel.

Depuis quelques années, l'amitié franco-allemande réunit, sous les auspices des sociétés française et allemande pour le droit international, de jeunes chercheurs en droit international autour d'une thématique propice à la confrontation des doctrines et pratiques de l'Europe francophone et de l'Europe germanophone.

Cet ouvrage est le fruit de leurs réflexions, conduites à Paris en 2010, sur les pratiques comparées du droit international en France et en Allemagne, et, nécessairement, sur les conceptions sous-jacentes des rapports de systèmes.

La communauté de destin des deux États, scellée au sein de l'Union européenne, favorise bien sûr la convergence des représentations et des techniques juridiques.

Engagées très avant dans la construction européenne mais aussi dans la défense de leur identité constitutionnelle, la France et l'Allemagne semblent aujourd'hui « si proches »... Pourtant, à explorer le détail de l'application du droit international, plus particulièrement à travers la jurisprudence, les deux États cultivent de sensibles différences.

Si proches donc, si loin encore ! La comparaison conserve ainsi sa validité. Dans une approche réflexive, elle éclaire la compréhension des pratiques nationales. Dans une perspective plus pragmatique, elle peut inspirer leur inflexion.

Droits de l'homme et des réfugiés, droit de l'environnement ou de l'investissement, immunités ou lutte contre la piraterie maritime : dans tous ces domaines d'un droit international en évolution, les contributions rassemblées permettent au lecteur d'apprécier ce que les deux États ont de propre et de commun.

456 pages ; 45 €.

En vente sur www.lgdj.fr et à la librairie LGDJ, 20 rue Soufflot 75005 Paris.

BRÈVES

BIBLIOGRAPHIE

Les grandes résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies

Les éditions Dalloz signalent la publication, le 14 novembre dernier, de l'ouvrage « Les grandes résolutions du Conseil de sécurité des Nations unies », coécrit par Mélanie Albaret, Emmanuel Decaux, Nicolas Lemay-Hébert et Delphine Placidi-Frot.

Cette analyse des 49 résolutions les plus importantes adoptées par le Conseil de sécurité depuis la création des Nations unies en 1945 offre une mise en perspective originale de la vie internationale.

Dans quel contexte et dans quel cadre juridique ces résolutions ont-elles été adoptées ? Quels ont été les positions de chaque État et le processus décisionnel au sein des Nations unies ? Quels effets ces résolutions ont-elles eues sur les États, les conflits ou les enjeux ciblés, de la gestion des crises régionales à la lutte contre la prolifération nucléaire et le terrorisme ?

Au-delà de l'analyse détaillée de chaque « grande résolution », c'est l'évolution du rôle du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix et de sécurité internationale qui se dessine, jusqu'aux présents débats sur la responsabilité de protéger et la remise en cause du droit de veto des grandes puissances. Appréhender les contradictions propres au Conseil de sécurité des Nations unies semble nécessaire au moment où l'élargissement de celui-ci est fortement remis en question.

Sans équivalent en France ou à l'étranger, cet ouvrage est le fruit du travail d'un groupe de recherche sur les organisations internationales réunissant des enseignants et des chercheurs de diverses institutions françaises et internationales, sous l'égide du Centre d'études et de recherches internationales (CERI) et de l'École doctorale de Sciences Po Paris.

610 pages ; 36,50 €.

En vente sur www.lgdj.fr et à la librairie LGDJ, 20 rue Soufflot 75005 Paris.

Les États généraux du droit de la famille

Le Conseil national des barreaux organise, les 24 et 25 janvier 2013, les États généraux du droit de la famille. Ce rendez-vous réunit non seulement des avocats venus de tous les horizons mais aussi des représentants ministériels, des magistrats, des professionnels du droit et d'autres professions ayant en commun leur intérêt pour cette matière. L'édition 2013 aura pour thème de plénière : « **La place du contrat en droit de la famille** ». Des questions comme les obligations du couple, les biens du couple et l'enfant y seront largement abordées. On y retrouvera également l'habituel tour d'horizon de l'actualité juridique et judiciaire de la famille en 2012 ainsi que le forum annuel des commissions « Famille » des barreaux.

— Jeudi 24 janvier

- 9 h : Ouverture des travaux par Christian Charrière-Bournazel, président du Conseil national des barreaux.

- 9 h 15-11 h 30 : La place du contrat en droit de la famille, animé par Hélène Poivey-Leclercq et Béatrice Weiss-Gout, avocats au barreau de Paris.

- Les obligations du couple, par Frédéric Vauville, professeur à l'université de Lille.
- Les biens du couple, par Michel Grimaldi, professeur à l'université Paris II (Panthéon-Assas).
- L'enfant, par Jean Hauser, professeur à l'université Montesquieu - Bordeaux IV.

- 11 h 30-12 h 30 : Actualité juridique et judiciaire de la famille en 2012, animé par Adeline Gouttenoire, professeur à l'université Montesquieu - Bordeaux IV, et Pierre Murat, professeur à l'université Pierre Mendès France de Grenoble.

- 14 h 30-17 h 30 : Ateliers :

- Les conséquences financières de la rupture des couples.
- L'enfant et ses nouvelles parentés : autre regard.
- Procédure participative et droit collaboratif.
- L'interprétation de la loi sur les tutelles par la Cour de cassation : logique ou scandale ?
- Les difficultés de fonctionnement de l'indivision : solutions et anticipation.

- Organisation de la résidence de l'enfant.
- Bilans et perspectives des nouveaux textes européens et internationaux en droit de la famille.

• La réflexion stratégique, un outil de performance pour le cabinet d'avocats.

• Liquidation d'un régime matrimonial et d'une succession : cas pratique.

• L'acte d'avocat et la rédaction de contrat en droit de la famille.

• Droit pénal de la famille : analyse de diverses infractions.

— Vendredi 25 janvier

- 8 h-9 h 30 : Forum des commissions « Famille » des barreaux

• Mieux conclure, mieux plaider, mieux juger, animé par Paule Aboudaram, ancien bâtonnier du barreau d'Aix-en-Provence, vice-président du Conseil national des barreaux, Anne Linard-Tuszewski, avocat au barreau de Lille, et Véronique Chauveau, avocat au barreau de Paris.

- 9 h 30-10 h 30 : Table ronde en plénière :

- La présence de l'avocat en droit de la famille : quelle plus-value pour le citoyen ?, animé par Hélène Poivey-Leclercq et Béatrice Weiss-Gout, avocats au barreau de Paris, ainsi que Laurence Junod-Fanget et Olivier Matocq, avocats au barreau de Lyon.

- 11 h-12 h 30 : Ateliers :

- Les libéralités entre époux et le droit du divorce.
- La solidarité des époux : le divorce ne règle pas tout.
- Contrat de prêt immobilier et liquidation du régime matrimonial.
- L'avocat face aux futurs époux.
- Le logement de la famille.
- Potentialité et limites de la logique contractuelle dans la rupture du couple.
- Les accords partiels en cours de procédure de divorce.
- Les partenariats européens (pacs, civil Partnership).
- La SCI et la crise familiale.
- La contractualisation de la protection des majeurs vulnérables.
- Le rôle de l'avocat dans la rédaction du contrat de mariage.
- La contribution aux charges du mariage : principes et actualité.

- 14 h-16 h : Ateliers :

- La médiation en droit de la famille.
- Aspects pratiques de l'exécution sur le plan international des contrats de mariage,

des accords et modalités financières des jugements.

- Droit pénal de la famille : harcèlement sexuel et moral, projet de lutte contre l'homophobie.

• La réforme de la procédure d'appel, deux ans après.

• Bilan et perspectives de la pratique de l'audition de l'enfant.

• Droit du divorce et procédures collectives.

• Le plan parental : un outil de coparentalité.

• Initiation pratique au divorce international.

• La convention d'honoraire.

• Les nouveaux mandats professionnels et plus particulièrement celui du professionnel qualifié.

• Cocktail de difficultés liquidatives.

Ce colloque se déroule conformément aux modalités mises en place par le Conseil national des barreaux pour la formation continue obligatoire des avocats, soit 14 h de formation délivrées au cours des deux journées.

Renseignements et inscriptions : Maison de la chimie, 28 bis, rue Saint-Dominique, Paris 7^e. Inscription sur www.cnb.avocat.fr. Tél. : 01 53 30 85 65.

L'AGRASC, UN INSTRUMENT REDOUTABLE

Focus sur l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués et l'utilisation qu'en fait l'administration fiscale, dont l'Administration tire un bilan très satisfaisant.

La loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 a créé l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) dont l'objet est notamment de faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale en cas de fraude fiscale et douanière. Le législateur a veillé à ce que l'agence centralise de très nombreuses saisies (de numéraires, de comptes bancaires, d'immeubles, etc.) et qu'elle s'assure tant de la bonne gestion de ces biens saisis que, une fois ces biens confisqués par une décision définitive, du versement du produit de leur vente au budget général de l'État.

Des conséquences dévastatrices pour le contribuable

« La loi pose le principe selon lequel tous les biens confiscables sur le fondement de l'article 131-21 du Code pénal sont saisissables et ce alors même que les impositions ne sont pas mises en recouvrement », explique Patrick Michaud, avocat fiscaliste à Paris. La loi confère, dès le stade de l'enquête et de l'instruction, des possibilités de saisie patrimoniale afin d'assurer la pleine effectivité des peines de confiscation susceptibles d'être prononcées au moment du jugement. Dans le cadre de l'enquête préliminaire ou de flagrance, la saisie est mise en œuvre par le procureur, qui prend une décision de saisie pénale, après autorisation du juge des libertés et de la détention. Dans le cadre de l'information judiciaire, la saisie est mise en œuvre par le juge d'instruction, par ordonnance. S'agissant des biens immeubles, des biens et droits incorporels et des saisies sans dépossession, une procédure de saisie pénale est instaurée. Les nouvelles saisies pénales aux fins de confiscation ont vocation à s'appliquer à l'ensemble des procédures, y compris celles mises en œuvre dans le cadre de la coopération judiciaire européenne et internationale. « L'AGRASC et ses missions sont encore méconnues alors que ses prérogatives sont dévastatrices pour les contribuables puisque cette procédure de saisie pénale spécifique permet de saisir les avoirs présumés financés par la fraude fiscale, ce avant tout jugement », commente Delphine Ravon, avocat fiscaliste à Paris.

Un nouvel EPA

L'AGRASC est un établissement public administratif placé sous la double tutelle des ministères de la Justice et du Budget dont la création a été prévue par la loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale. Dirigée par un magistrat de l'ordre judiciaire, dotée d'un conseil d'administration également présidé par un magistrat de l'ordre judiciaire, elle est composée de 11 agents provenant des ministères de la Justice, de l'Intérieur et du Budget. Cette loi, afin de mieux appréhender les profits générés par la délinquance et le crime organisé et, ce faisant, de renforcer l'effet dissuasif de la sanction pénale, a élargi le champ des biens susceptibles d'être saisis et confisqués. Elle a également créé une procédure de saisie pénale spéciale aux fins de confiscation, plus adaptée que les procédures civiles d'exécution, complexes et coûteuses.

Les missions de l'AGRASC

Les missions de l'agence ont été détaillées dans deux circulaires du ministère de la Justice, la circulaire du 22 décembre 2010, portant sur l'ensemble de la loi du 9 juillet 2010 et la circulaire du 3 février 2010, spécifique à l'AGRASC. L'agence a pour rôle d'améliorer le traitement judiciaire des saisies et des confiscations en matière pénale. Elle a donc principalement pour mission, outre son rôle général d'aide, de conseil et d'orientation donnés aux magistrats en matière de saisies et de confiscations conformément à l'article 706-161, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, d'assurer la gestion centralisée, sur un compte qu'elle a ouvert à la Caisse des dépôts et consignations, de toutes les sommes saisies, c'est-à-dire

appréhendées dans l'attente d'un jugement définitif, en vue d'une éventuelle confiscation lors de procédures pénales en France (1). « Cette procédure de saisie est préventive. Elle intervient avant même la détermination de l'impôt à payer et sa mise en recouvrement. La saisie prend donc par surprise des contribuables qui n'ont pas le temps de mettre à l'abri leur patrimoine », note Patrick Michaud.

Des prérogatives très étendues

L'agence procède à l'ensemble des ventes avant jugement de biens meubles saisis, décidées par les magistrats lorsque ces biens meubles ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité et qu'ils sont susceptibles de dépréciation. Dans ce cas, la somme issue de la vente est consignée sur le compte tenu à la CDC de l'agence, et est restituée au propriétaire du bien si celui-ci bénéficie d'un acquittement, d'un non-lieu ou d'une relaxe ou si le bien ne lui est pas confisqué (2). « Dans l'affaire *François-Marie Banier*, l'AGRASC a ainsi dénoué un contrat d'assurance-vie d'une valeur de 75 millions d'euros qui avait été saisi. La Cour de cassation a, en octobre dernier, annulé la décision autorisant la liquidation de ce contrat d'assurance-vie », précise Delphine Ravon.

Depuis la loi *LOPPSI II* du 14 mars 2011, l'agence est également chargée de l'aliénation ou de la destruction des véhicules confisqués après avoir été immobilisés et mis en fourrière en application de l'article L. 325-1-1 du Code de la route. Elle a également pour mission de procéder à l'ensemble des publications, auprès des bureaux de conservation des hypothèques, des saisies pénales immobilières (3). L'agence est également chargée, par l'article 707-1 du Code de procédure pénale, de la publication des confiscations immobilières prononcées par les juridictions ainsi que de gérer, sur mandat de justice, tous les biens complexes qui lui sont confiés, c'est-à-dire tous les biens qui nécessitent, pour leur conservation ou leur valorisation, des actes d'administration (4). Lorsqu'elle a géré de tels biens, l'agence est chargée, une fois ceux-ci confisqués de leur aliénation ou de leur destruction (5) ; d'assurer la gestion de biens saisis, de procéder à leur vente et à la répartition de son produit en exécution de toute demande d'entraide internationale ou de coopération émanant d'une autorité judiciaire étrangère (6) ; de veiller, enfin, le cas échéant, à l'information préalable des créanciers (créanciers publics ou victimes) avant exécution de toute décision judiciaire de restitution (7) et à l'indemnisation prioritaire des parties civiles sur les biens confisqués à la personne condamnée (8).

Un bilan très satisfaisant pour l'Administration

Depuis sa création, l'Agence a traité plus de 13 500 affaires correspondant à la gestion de 24 000 biens de nature très diverse (numéraires, comptes bancaires, véhicules, bateaux, biens immobiliers), d'un montant total évalué à un demi-milliard d'euros. Chaque jour, en moyenne, elle est saisie de 20 affaires nouvelles et publie une saisine pénale immobilière. La valorisation globale des biens gérés est estimée à plus de 600 millions d'euros. Son compte à la caisse des dépôts et consignations enregistre un flux de 200 000 € par jours correspondant aux sommes saisies dans le cadre de procédures pénales.

Le bilan de l'AGRASC est si satisfaisant que le 5 juillet dernier la nouvelle agence a été nommée aux Victoires 2012 organisées par le magazine Acteurs publics pour encourager l'innovation dans l'Administration. Le 13 décembre dernier, l'agence a d'ailleurs remporté cette victoire des acteurs publics.

Frédérique PERROTIN

(1) C. pr. pén., art. 706-160, 2°.

(2) C. pr. pén., art. 41-5, 99-2 et 706-160, 4°.

(3) C. pr. pén., art. 706-151.

(4) C. pr. pén., art. 706-160, 1°.

(5) C. pr. pén., art. 706-160, 3°.

(6) C. pr. pén., art. 706-160, 4°.

(7) C. pr. pén., art. 706-161, al. 4.

(8) C. pr. pén., art. 706-164.

LE MERCOSUR : NOUVEL ELDORADO POUR LES INVESTISSEURS EN MATIÈRE DE CONTRATS DE PARTENARIAT PUBLIC-PRIVÉ ?

L'objet de cette étude n'est pas d'exposer de manière exhaustive les régimes juridiques applicables aux partenariats public-privé (1) dans les principaux pays du Mercosur (2) (Argentine, Brésil et Uruguay), mais d'en souligner les traits saillants, notamment par rapport au droit français. Il est incontestable que cette forme de partenariat devrait intéresser de nombreux investisseurs internationaux.

La participation du secteur privé aux efforts publics pour la réalisation de travaux et de services d'intérêt général n'est pas un phénomène récent (3). En France comme à l'étranger, parmi d'autres instruments juridiques proposés, tels que la concession, la société d'économie mixte ou le bail emphytéotique administratif, le contrat de partenariat public-privé (PPP) s'est cependant érigé en figure de proue d'une telle coopération (4).

Pour ce qui est de la France, et depuis la publication de l'ordonnance du 17 juin 2004, date à laquelle le régime des PPP a été organisé, pas moins de 151 contrats de partenariat ont été attribués, dont 119 par des collectivités locales (5).

Toutefois, le recours aux contrats PPP suscite aussi des critiques en France, des voix s'élevant au sein de la société civile pour dénoncer les risques qu'ils présentent, notamment en termes de qualité finale et de respect des budgets initiaux (6).

À l'inverse, dans les marchés émergents, les PPP sont devenus, au fil des années, un outil indispensable de développement (7), d'autant plus qu'ils bénéficient d'un fort soutien des institutions internationales, notamment du Fonds monétaire international et de la Banque mondiale.

Cependant, l'existence d'une sécurité juridique satisfaisante est la première des conditions pour que ces partenariats puissent servir d'outil contractuel privilégié pour le développement des infrastructures et attirer les investissements étrangers (8).

Conscients de l'attente légitime des investisseurs et s'appuyant sur les enseignements du droit comparé, le Brésil, l'Argentine et l'Uruguay ont mis en place un système juridique qui prend également en

compte les caractéristiques de chacun de ces pays. Nous examinons donc les grandes lignes des cadres juridiques brésilien et uruguayen (I), puis argentin (II).

I. Au Brésil et en Uruguay : l'adoption d'une législation spécifique

En 2004 au Brésil et en 2011 en Uruguay, des législations propres aux PPP ont été adoptées qui présentent un certain nombre de similitudes avec le contrat de partenariat français.

A. Le modèle brésilien : des partenariats public-privé sous surveillance budgétaire

En droit brésilien comme en droit français, la collaboration entre le secteur public et le secteur privé a existé bien avant la mise en place d'une réglementation propre aux PPP.

Cependant, si le Brésil possède une longue expérience en matière de concessions de service public, c'est également en 2004 que ce pays s'est doté d'une loi relative aux PPP, les dispositifs précédents ne permettant pas de conclure de contrats globaux.

Ainsi, la loi n° 8.666 du 21 juin 1993, applicable aux marchés publics, limitait la durée des contrats à cinq années, restreignant de ce fait les possibilités d'amortissement de lourds investissements.

Quant à la loi n° 8.987 du 13 février 1995 sur les concessions de service public, elle interdisait tout financement direct du Gouvernement au profit du concessionnaire, lequel ne devait tirer ses ressources que des paiements des usagers, rendant donc impossible

(1) Le terme partenariat public-privé (PPP) peut être employé pour décrire des dispositifs très divers mettant en jeu une collaboration entre secteur public et secteur privé. Dans le cadre de la présente étude, nous retiendrons la définition que lui donne le droit français, c'est-à-dire celui d'un contrat de longue durée conclu entre un organisme du secteur public et un partenaire privé, lié à la fourniture d'infrastructures publiques, et dans le cadre duquel le partenaire est chargé des aspects suivants : concevoir et construire, développer, ou améliorer l'infrastructure publique, assumer des risques substantiels sur le plan financier, technique et opérationnel, percevoir une rémunération financière sous forme de paiements pendant la durée du contrat provenant au moins partiellement du secteur public.

(2) Le Mercosur ou Marché commun du Sud est une zone de libre-échange sud-américaine, créée en 1991. Cette union douanière est intégrée par quatre pays : l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay, auxquels s'est ajouté très récemment le Venezuela et des associés tels que l'Équateur, la Colombie, le Chili, la Bolivie et le Pérou. Le Mercosur concentre 45 % de la population de l'Amérique latine (200 millions d'habitants) et son PBI — supérieur à USD 400 milliards — représente 50 % de la production de cette région. Cette étude sera cependant limitée au Brésil, à l'Argentine et à l'Uruguay.

(3) V. sur ce point le rappel de R. Valim, « Notas sobre la financiación y la remuneración de concesiones de servicios públicos y de asociaciones público-privadas » : *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, n° 404, p. 7.

(4) Pour un éclairage intéressant sur l'histoire des partenariats public-privé dans le droit français, se reporter à l'étude de J.-C. Videlin, « Partenariat public-privé : histoire d'un équilibre incertain » : *JCP A* 19 déc. 2011, n° 51, p. 2393

(5) Source : Mission d'appui aux partenariats public-privé. V. www.economie.gouv.fr/ppp.

(6) V. notamment « PPP : des chantiers pharaoniques à la rentabilité incertaine » : *Le Monde* 20 janv. 2012 ; « Grands travaux : une bombe à retardement de 60 milliards d'euros » : *Le Parisien* 9 janv. 2012 ; « Les collectivités ne peuvent plus se passer de PPP » : *Le Monde* 24 janv. 2012.

(7) V. « Partnering for Global Development : The Evolving Links between Business and International Development Agencies », rapport co-rédigé par le Business Civic Leadership Center et Corporate Citizenship et disponible sur le site de la chambre de commerce américaine à l'adresse suivante : www.uschamber.com/assets/bclcl/09partneringreport.pdf.

(8) V. notamment le rapport de la Corporation andine de Développement (CAF), « Infraestructura pública y participación privada : conceptos y experiencias en América y España », disponible sur le site de la CAF à l'adresse suivante : www.caf.com/publicaciones.

les montages de type PPP, qui impliquent un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat.

Sur la base de ces deux régimes juridiques, la loi n° 11.079 du 30 décembre 2004 est venue définir les PPP non comme une nouvelle catégorie de contrat, mais plutôt comme une sous-catégorie des concessions.

L'article 2 de la loi n° 11.079 prévoit en effet deux types de contrats de partenariat : les concessions « parrainées », dans lesquelles le partenaire perçoit, outre une rémunération provenant des usagers, une contribution financière de la part des pouvoirs publics, et les concessions « administratives », au titre desquelles la personne publique rémunère seule le prestataire en contrepartie d'un service qui lui est rendu directement ou indirectement.

Le régime spécifique prévu par la loi du 30 décembre 2004 est par ailleurs un régime subsidiaire par rapport à ceux définis en 1993 et 1995 : il est ainsi réservé aux contrats d'un montant supérieur à 20 millions de reals, d'une durée de plus de cinq ans et dans lesquels une contribution publique est versée au partenaire privé.

Avant le lancement des procédures de mise en concurrence, qui sont celles déjà existantes en droit des marchés publics et des concessions, la loi prévoit que soient impérativement réalisées une étude technique d'opportunité expliquant les raisons du recours à la formule du PPP et surtout, une évaluation économique du projet comprenant notamment ses incidences budgétaires.

Ce dernier point constitue un élément-clé de la législation brésilienne relative aux PPP, les pouvoirs publics ayant souhaité inscrire le développement de ce type de partenariats avec le secteur privé dans le cadre d'un programme d'affectation des ressources solide et prospectif.

Cette volonté s'est traduite par un certain nombre de « restrictions », parmi lesquelles nous mentionnerons les suivantes :

— les engagements souscrits par les autorités publiques dans le cadre d'un contrat de PPP doivent être comptabilisés et rendus publics conformément à la loi sur la responsabilité budgétaire ;

— le secteur public ne peut financer plus de 80 % du coût d'un projet de PPP, y compris en tenant compte des prêts de la BNDES (9) et des investissements des fonds de pension des entreprises publiques ;

— les engagements souscrits par les collectivités publiques et les dépenses du gouvernement fédéral au titre de projets de PPP ne peuvent dépasser 1 % du montant annuel des recettes courantes nettes fédérales.

L'encadrement budgétaire des projets PPP prévu par la loi du 30 décembre 2004 est donc particulièrement strict.

Par ailleurs, les projets doivent être choisis en fonction de leurs caractéristiques « technico-économiques », les critères à prendre en

compte étant notamment la structure tarifaire proposée par le cocontractant ou encore l'amélioration prévue des infrastructures publiques.

Gage de transparence, tout au long du montage du projet, de nombreux organismes publics interviennent pour contribuer à l'élaboration et à la mise en œuvre de la politique sur les PPP, en particulier le comité de gestion des PPP (10) et les unités des PPP, qui existent tant au niveau fédéral qu'au niveau local dans certains États.

En ce qui concerne la rémunération du prestataire privé, la loi du 30 décembre 2004 a amélioré la loi sur les concessions en autorisant les pouvoirs publics à assurer au partenaire privé un niveau convenu de recettes en plus des redevances acquittées par les usagers. La loi prévoit également que la rémunération du cocontractant sera fonction des résultats obtenus dans la prestation des services, le contrat devant stipuler des pénalités pour inexécution.

L'un des traits majeurs du nouveau régime repose sur les garanties accordées aux partenaires du secteur privé quant au respect des engagements financiers pris par les pouvoirs publics dans le cadre des PPP.

La loi autorise d'abord que les recettes procurées aux pouvoirs publics par les PPP puissent être affectées au financement des obligations contractuelles résultant de ces contrats.

Est également prévue la possibilité pour le Gouvernement de créer des fonds spéciaux de garantie pour honorer ses engagements, de recourir à des garanties accordées par des agences multilatérales ou des institutions de financement indépendantes de l'État ou encore de souscrire des contrats d'assurances auprès de compagnies indépendantes.

Dans ce cadre, le fonds de garantie des PPP (11), doté d'un patrimoine initial de 3,4 milliards de reals et administré par la banque Banco do Brasil, a été créé en 2006.

Un autre trait du système brésilien est que tout montant dû au titre de la mise en jeu de ces garanties peut faire l'objet d'un paiement direct et prioritaire aux prêteurs, lesquels bénéficient également, en cas de défaut du prestataire, du droit de prendre le contrôle de la société de projet dédiée, dont la création est imposée pour la conduite des projets PPP.

À n'en pas douter, ces mécanismes constituent des outils efficaces pour rassurer les investisseurs et leurs prêteurs quant aux risques encourus du fait de leur participation aux projets PPP brésiliens.

Sur le plan strictement contractuel, des mesures sont également destinées à encadrer le risque, pour le secteur privé, que les pouvoirs publics ne respectent pas les engagements financiers souscrits dans le cadre du PPP.

(9) Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. La Banque nationale de développement économique et social est la plus grande banque publique d'investissement de l'Amérique latine.

(10) Comitê Gestor de Parceria Público-Privada Federal ou CGP créé par le décret n° 5385/05 du 4 mars 2005.

(11) Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas.

Le contrat doit ainsi obligatoirement prévoir le partage des risques entre les cocontractants, les sanctions applicables au secteur public en cas de non-respect de ses engagements contractuels ou encore les faits susceptibles de caractériser un défaut de paiement de la part de la personne publique. Il doit également régler les questions d'ajustement des tarifs.

Sur le plan contentieux, l'article 11, III de la loi du 30 décembre 2004 a prévu la possibilité de recours à des modes alternatifs de règlement des conflits, y compris l'arbitrage, à condition toutefois que celui-ci se déroule au Brésil et en langue portugaise (12).

Enfin, il faut insister sur le fait que la réglementation sur les PPP au Brésil ne peut être analysée sans évoquer le caractère fédéral du pays (13).

En effet, cette organisation implique que chacun des États fédérés puisse adopter une législation spécifique comprenant ses propres règles, à condition toutefois que celle-ci ne comporte pas de dispositions contraires à celles édictées par la loi fédérale.

Malgré l'existence de règles hétérogènes aux niveaux local et fédéral, le droit des PPP au Brésil offre donc une sécurité indiscutable.

B. En Uruguay : un cadre juridique proche de celui du droit français

Le droit uruguayen des infrastructures publiques s'articulait essentiellement autour de la loi du 28 septembre 1984 sur les concessions d'ouvrages publics (14).

Toutefois, cette législation n'offrait pas un fondement juridique suffisamment structuré pour permettre le développement de projets complexes dans le cadre de partenariats entre le secteur public et le secteur privé, partenariats pourtant devenus indispensables pour faire face aux besoins aigus et croissants de ce pays en infrastructures.

Le parlement uruguayen a comblé ce vide juridique avec l'adoption en juillet 2011 d'une loi spécifique de « contrats de PPP pour la réalisation de travaux d'infrastructure et la fourniture de services associés » (15).

Aux termes de l'article 2 de cette loi n° 18.786, « sont des contrats de PPP ceux dans lesquels une administration publique charge une

personne de droit privé, pour une période déterminée, de la conception, de la construction et de l'exploitation d'une infrastructure ou de l'une desdites prestations, en plus du financement ».

On relève ici une différence notable avec le système français des PPP, puisque, aux termes du régime spécifique défini par la loi du 17 juillet 2011, la notion de « globalité » du contrat est moins prépondérante ; le prestataire pouvant être chargé de la construction ou de l'exploitation seule, l'élément déterminant étant celui du financement privé de l'opération.

La loi n° 18.786 a défini de manière limitative quatre grands secteurs d'activité dans lesquels peuvent être conclus des contrats de partenariats pour la réalisation de travaux d'infrastructures : celui des infrastructures de transports (routes, voies ferrées, ports et aéroports) ; celui des équipements énergétiques, celui des usines de stockage et de traitement des déchets et enfin, celui des « infrastructures sociales », entendues de manière extensive, puisque sont considérées comme telles les prisons, les établissements de santé, les centres d'éducation, les logements sociaux, les complexes sportifs ou encore les ouvrages d'amélioration, d'équipement et de développement urbains.

Par ailleurs, le recours aux contrats de partenariat est exclu pour les missions relevant des fonctions régaliennes de l'État ou faisant l'objet d'un monopole d'exploitation (16).

S'agissant de la philosophie générale du contrat, la passation du PPP est soumise à une série de principes généraux, notamment ceux de transparence et de publicité (17), ou encore de « temporalité », le droit uruguayen limitant la durée du contrat de partenariat à 35 ans.

Sur le plan de la procédure applicable, la loi n° 18.786 prévoit comme en droit français que la personne publique concernée réalise une étude d'évaluation préalable qui doit démontrer qu'en termes techniques, juridiques, économiques et financiers, le PPP constitue, par rapport aux autres formules contractuelles disponibles, celle qui permet à l'État de retirer le meilleur bénéfice du point de vue économique et social. La loi précise qu'il convient de prendre en compte non seulement la réduction des coûts pour le secteur public, mais aussi les niveaux de risques associés et les délais sous lesquels l'infrastructure pourra être disponible.

[12] Sur les questions juridiques et pratiques suscitées par ce mécanisme en droit brésilien, v. M. Deluigi et M. Cattel Gomes Alves, « L'arbitrage et les contrats de partenariat public-privé : la fin du dilemme ? », article disponible à l'adresse suivante : <http://dpa.u-paris2.fr>. Il faut aussi signaler qu'un arrêt de principe de la jurisprudence brésilienne a, pour la première fois, déclaré la validité d'une clause compromissoire insérée dans un contrat conclu par une personne morale de droit public, indépendamment du caractère international de ce dernier (T. sup. justice, 2^e ch., 25 oct. 2005, REsp 612.439/RS, AES Uruguiana Empreendimentos Ltda (AES) e Companhia Estadual de Energia Elétrica (CEEE).

[13] Depuis la promulgation de la Constitution de 1891 qui a institué une organisation constitutionnelle calquée sur celle des États-Unis, le Brésil est une République fédérale composée de cinq régions, de 26 États et d'un district fédéral (Brasília).

[14] Ley n° 15.673 de 28 setiembre de 1984 de Concesión de Obra Pública.

[15] Ley n° 18.786 de 17 julio de 2011 de « Contratos de Participación Público-Privada para la Realización de Obras de Infraestructura y Prestación de Servicios Conexos » (PPP), D.O. 19 ago/011, n° 28290.

[16] Il s'agit notamment du service de l'eau, un amendement à la Constitution, adopté au terme du référendum faisant suite aux élections présidentielles de 2004, prohibant expressément toute intervention du secteur privé dans le domaine de l'eau potable.

[17] Ainsi, tout au long de la procédure de mise en concurrence, mais aussi après la conclusion du contrat, de nombreux mécanismes de contrôle sous forme d'avis préalable ou de droit de regard, sont prévus au bénéfice d'organismes et de services de l'État [commission technique, Corporation nationale pour le développement, unité de projets de PPP, ministère de l'Économie et des Finances, Cour des comptes, etc.]

Dans le cadre de l'appel public à la concurrence, la personne publique peut adopter le processus de son choix, que ce soient les formes classiques d'appel d'offres ou le dialogue compétitif.

Afin de favoriser la concurrence, la loi uruguayenne autorise de manière originale la personne publique à permettre à des entreprises n'ayant pas participé au processus de dialogue compétitif de déposer une offre finale, à condition toutefois que cette possibilité ait été mentionnée au stade de l'avis d'appel public à la concurrence.

Toujours sous l'angle de l'ouverture à la concurrence, l'article 15 de la loi du 19 juillet 2011 prévoit une procédure particulière aux termes de laquelle la mise en œuvre d'un PPP peut reposer sur une initiative privée spontanée (18), et ce sous la forme d'une étude de pré faisabilité soumise à la *Corporación Nacional para el Desarrollo* (19).

En contrepartie de son offre spontanée, l'entreprise à l'origine du projet bénéficiera des avantages suivants : tout d'abord, son offre recevra un pourcentage de points supplémentaires (pouvant aller jusqu'à 10 %) par rapport à celles des autres candidats ; ensuite, en cas de non-obtention du contrat, les coûts associés à l'étude de faisabilité réalisée pourront lui être remboursés.

Ainsi, sous réserve d'une identification précoce des projets susceptibles d'intéresser telle ou telle collectivité, cette procédure particulière peut constituer, pour les groupes disposant d'une expertise en matière de PPP, une méthode efficace pour conclure des partenariats intéressants.

En ce qui concerne la vie du contrat et son exécution, nous mentionnerons ci-après les points les plus importants.

S'agissant tout d'abord des modalités de rémunération du cocontractant, le système uruguayen laisse une large place à la négociation contractuelle, puisqu'il prévoit que, selon le type et les caractéristiques de chaque projet, le prestataire pourra percevoir différents types de revenus, de manière exclusive ou combinée, ces ressources pouvant provenir des usagers, de l'administration contractante ou encore de recettes tierces.

En outre, mais à condition que celles-ci aient pour but d'inciter à une meilleure gestion économique du projet et bénéficient aux usagers, la loi prévoit un large éventail de contributions publiques pouvant être versées par l'Administration pour faciliter le financement du projet, que ce soit sous formes d'apports financiers, d'octroi de subventions, de crédits ou de garanties, de garanties d'obtention de revenus minimums ou encore d'exonérations fiscales.

Afin de permettre le financement du contrat, le chapitre XII de la loi du 19 juillet 2011 définit les garanties pouvant être accordées aux prêteurs et précise les conditions dans lesquelles elles peuvent être mises en œuvre. Il s'agit notamment de la constitution au profit des prêteurs de gages sur les flux financiers futurs susceptibles d'être générés par le contrat, mais aussi sur les droits issus du contrat et sur les biens incorporés au contrat pour son exécution. Est également permise la mise en place de fonds de garantie ou de tout autre type de sûreté réelle ou personnelle.

De ce point de vue, la loi du 19 juillet 2011 pose donc le cadre de mécanismes efficaces pour donner des garanties sérieuses aux prêteurs qui apportent leur concours au financement d'un projet PPP.

En cours d'exécution du contrat, et pour faire face aux risques de changement de l'environnement économique et financier, la loi a introduit des mécanismes visant à assurer, de manière raisonnée, un certain degré de flexibilité contractuelle.

Ainsi, si un pouvoir de modification unilatérale du contrat peut être prévu au bénéfice de l'Administration, sa mise en œuvre devra s'inscrire dans certaines limites et donner lieu à une compensation économique pour le partenaire privé.

Sur le plan contentieux, l'article 31 de la loi examinée déroge à un principe général du droit des marchés publics uruguayen, en disposant expressément qu'à l'exception de ceux visant la décision finale d'attribution du contrat, tout recours exercé à l'encontre des actes administratifs pris dans le cadre du processus de mise en concurrence ne présentera pas d'effet suspensif (20).

Enfin, pour la résolution des conflits nés de l'interprétation ou de l'exécution du contrat, la loi impose le recours à l'arbitrage.

Au vu de ce dispositif, il est possible de conclure qu'à l'instar du Brésil, l'Uruguay dispose maintenant d'un cadre juridique approprié au développement des projets PPP.

II. Les principales caractéristiques du cadre juridique argentin en matière de collaboration public-privé

L'Argentine n'ayant pas fait le choix d'adopter une législation spécifique aux PPP, l'expression de PPP recouvre dans ce pays un ensemble hétéroclite de solutions contractuelles, issues de la loi n° 13.064 sur les travaux publics du 29 septembre 1947 (21) ou de

[18] Une telle possibilité existe également en droit français, puisqu'aux termes de l'article 10 de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, la personne publique peut être saisie par une entreprise d'une idée innovante qui, si elle est suivie du lancement d'une procédure de contrat de partenariat, peut donner lieu au versement d'une prime forfaitaire.

[19] Organisme public chargé entre autres d'encourager et de développer les projets de type partenariat public-privé. Aux termes de la loi n° 17.786, il est chargé d'assister, sur le plan technique, les administrations concernées pour la mise en œuvre de leurs projets PPP.

[20] V. sur ce point l'éclairage de L. Palma, « Financiamiento de la Inversión en Infraestructura con Participación Público-Privada en el Uruguay : Impacto del Nuevo Marco Legal », article disponible à l'adresse suivante : www.ucu.edu.uy. L'auteur indique qu'il s'agit là d'une mesure centrale du nouveau dispositif introduit par la loi n° 18.786, destinée à mettre un terme aux dérives constatées par le passé, quelques grands projets publics ayant été compromis en raison de recours dilatoires déposés lors du processus de mise en concurrence.

[21] Ley n° 13.064 de obras públicas.

la loi n° 17.520 du 7 novembre 1967 relative aux concessions de travaux publics (22).

Au début des années 2000 toutefois, la réglementation argentine s'est étoffée pour permettre la participation du secteur privé au financement des infrastructures publiques. Au titre de cette réglementation, se distingue le décret n° 1299/2000 du 29 décembre 2000 sur la promotion de la participation du secteur privé dans le développement des infrastructures (23).

Les règles issues de ce décret, dont l'objet est de fixer un cadre juridique applicable au niveau fédéral destiné à promouvoir la participation du secteur privé pour la conception, la construction, la maintenance, l'exploitation et le financement des ouvrages d'infrastructures économiques et sociales, peuvent, dans une certaine mesure, être assimilées à celles existant dans d'autres pays relatives aux contrats de PPP proprement dits.

Toutefois, sont exclus du régime du décret du 29 décembre 2000 les contrats dans lesquels les recettes provenant des tiers, à travers notamment le paiement de redevances ou de péages, sont supérieures, durant la durée du contrat, à 60 % du coût total de l'infrastructure.

L'une des caractéristiques essentielles du décret du 29 décembre 2000 est la création d'un Fonds fiduciaire de développement d'infrastructure (24) exclusivement destiné à garantir les paiements dus par les pouvoirs publics au titre des contrats conclus sous l'empire de cette réglementation.

S'agissant des montages contractuels envisageables, le décret dispose que la personne publique peut recourir à toute formule contractuelle prévue par le droit privé ou public, en mettant notamment en avant le contrat de location avec option d'achat et le contrat « clé en mains ».

Le choix des projets pouvant être conduits sous l'égide du décret du 29 décembre 2000 doit être fait conjointement par le ministre de l'Infrastructure et du Logement et le Conseil interprovincial des ministres des Travaux publics (25), à travers un plan fédéral d'infrastructures, et sur la base d'études de faisabilité élaborées par la personne publique concernée.

Le processus de sélection du prestataire privé se fait par le biais d'un appel d'offres national (26) ou international, si le coût de la construction est supérieur à 45 millions de pesos, et au terme duquel l'offre la plus appropriée sera choisie en fonction de la qualité de celle-ci et du montant de la rémunération demandée par le prestataire.

L'article 20 du décret n° 1299/2000 fixe, pour les entreprises étrangères souhaitant participer à l'appel d'offres, une obligation d'association avec une entreprise locale, laquelle dispose d'un droit de préférence à l'attribution du marché.

Notons toutefois que sera considérée comme locale une société à capitaux nationaux ou une société à capital étranger mais installée et régulièrement inscrite en Argentine, de sorte que cette condition n'est en réalité pas dirimante.

Cette obligation d'association sera par ailleurs sans effet pour un nombre important de projets de type PPP, notamment ceux qui font appel à la participation d'organismes multilatéraux, tels que la Banque mondiale ou la Banque interaméricaine de développement (BID).

L'article 20 du décret du 29 décembre 2000 précise en effet que, dans l'hypothèse où il est nécessaire d'obtenir un financement ou une garantie de la part d'organisations financières internationales, ces dispositions peuvent être ajustées en fonction des règles prescrites par ces institutions ou des accords conclus avec ces dernières.

Or lorsqu'ils participent au financement du projet, notamment par l'octroi de prêts, ces organismes multilatéraux soumettent ou subordonnent dans certains cas l'obtention du prêt ou de la garantie à l'acceptation par l'État emprunteur de directives internes relatives au respect de règles minimales de mise en concurrence (27).

S'agissant de la rémunération du prestataire privé, qui ne pourra intervenir avant l'achèvement de l'infrastructure concernée, le décret n° 1299/2000 laisse une large place à la négociation contractuelle et dispose simplement que le prix proposé par le prestataire dans le cadre de son offre devra faire apparaître les coûts de construction, de financement, d'exploitation et de maintenance, ainsi que, le cas échéant, ceux liés à l'expropriation des biens nécessaires à l'exécution du contrat.

Pour le financement des projets, le décret n° 1299/2000 permet aux investisseurs de souscrire des prêts, de constituer des fonds d'investissements ou de recourir à tout type de montage financier susceptible d'être garanti par la cession du contrat relatif à l'infrastructure ou par la cession des créances détenues sur la personne publique, de telles cessions devant toutefois faire l'objet d'une autorisation préalable de la part de la personne publique et d'une notification au fonds de garantie.

[22] Cette loi permet notamment la concession, à titre gratuit, onéreux ou subventionné, de travaux publics destinés à la construction, la conservation ou l'exploitation d'ouvrages publics, en contrepartie de rémunérations perçues sur l'usager.

[23] Complété notamment par le décret n° 228/2001 du 20 févr. 2001.

[24] Fondo Fiduciario de Desarrollo de Infraestructura dont le fonctionnement est défini par le décret n° 0964/2001 du 26 juill. 2001.

[25] Consejo Interprovincial de Ministros de Obras Publicas (CIMOP).

[26] V. sur ce point les dispositions du décret n° 1023/2001 du 13 août 2001 qui fixe le régime des contrats de l'administration nationale, même si ce dernier exclut de son champ d'application les contrats qui sont totalement ou partiellement financés par des organismes de crédit multilatéraux ; ainsi que celles du décret n° 893/2012 du 7 juin 2012.

[27] À titre d'exemple, pour les contrats qui font l'objet d'un financement de la part de la Banque interaméricaine de développement, il est interdit aux États membres d'imposer des restrictions à l'accès aux marchés publics.

Le décret d'application n° 228/2001 du 20 février 2001 envisage également les événements susceptibles d'affecter l'exécution du contrat ainsi que les cas de résiliation et les indemnités associées.

Enfin, s'agissant des différends susceptibles de survenir au cours de l'exécution du contrat, le décret du 29 décembre 2000 autorise les personnes publiques à prévoir dans les documents de la consultation le recours à un tribunal arbitral, le décret n° 228/2001 du 20 février 2001 précisant à cet égard que l'arbitrage doit avoir pour siège Buenos Aires, être tenu en espagnol et selon les règles fixées par la Commission des Nations unies pour le droit commercial international.

Il ressort de ce qui précède que le cadre juridique mis en place par l'Argentine pour le développement des projets financés par le secteur privé constitue dans l'ensemble une base intéressante pour la structuration de projets de PPP.

*
* *

En conclusion, les trois pays étudiés ont adopté une législation qui permet la mise en place de contrats de partenariat dont les règles présentent une sécurité juridique satisfaisante.

Les contrats de partenariat dans ces pays respectent, comme en France, les principes désormais admis par tous, en particulier ceux de transparence, d'équité ou de publicité.

Par ailleurs, la participation des institutions financières nationales ou internationales organisée par les législations de ces pays devrait être de nature à rassurer, si nécessaire, tout investisseur ou partenaire étranger.

Toutefois, certaines précautions devront être prises.

Au Brésil, notamment du fait du caractère fédéral du pays, il s'agira de bien identifier les sources juridiques applicables et d'en examiner les conséquences, tant sur le plan juridique que fiscal.

En Argentine, le cadre juridique peut paraître un peu plus diffus. En pratique, l'investisseur devra se livrer au même exercice, d'autant

plus que les deux pays sont soumis à un contrôle des changes dont la portée est certes différente, mais dont l'impact n'est pas à sous-estimer.

Quant à l'Uruguay, il présente l'avantage d'avoir une longue tradition de droit administratif et de proposer une législation particulièrement claire. Celle-ci est toutefois très récente et devra donc faire l'objet d'un examen minutieux en ayant, si nécessaire, recours à l'interprétation *a priori* de l'Administration afin de lever toute ambiguïté.

Il faut ajouter que la connaissance du secteur local et de son mode de fonctionnement sont des facteurs déterminants en Argentine, mais aussi au Brésil et en Uruguay, pour faciliter les chances d'obtention de contrats globaux, impliquant de lourds investissements et intervenant dans des domaines sensibles.

Nonobstant la flexibilité ou rigidité apparente de la loi, il est donc en pratique préférable de s'associer avec un partenaire local, d'autant plus que les outils juridiques disponibles en Argentine, au Brésil et en Uruguay sont variés et offrent, de fait, les mêmes garanties ou avantages que les véhicules connus en France, tels que le groupement d'intérêt économique ou la société en participation.

Enfin, dans un contexte de contrat international marqué, notamment en Argentine, par un risque accru de changement de législation ou de non-respect par la personne publique des termes du contrat, le fait pour les parties, et en tout premier lieu les prêteurs, de pouvoir organiser à l'avance et de manière « privée » les voies de règlement des différends est crucial.

Patrick PATELIN

Avocat associé

CMS Bureau Francis Lefebvre Mercosur

Inscrit au barreau de Rosario, Argentine

Vincent RIVIÈRE

Of Counsel, CMS Bureau Francis Lefebvre Mercosur

L'AVÈNEMENT DES MULTIPLES PATRIMOINES DE L'EIRL : LES AVANTAGES DE LA SCHIZOPHRÉNIE OU LE RISQUE DE PARANOÏA ?

La loi du 15 juin 2010, en instituant l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), a laissé en attente la possibilité de créer plusieurs EIRL jusqu'au 1^{er} janvier 2013. L'heure est donc arrivée... Certes, ce statut ne brille pas par sa simplicité. Sans doute est-ce la raison pour laquelle il paraît bien mal aimé de la pratique. Quoi qu'il en soit, en dépit des questions qu'il suscite encore, il faut dès à présent s'interroger sur les difficultés et les avantages qui attendent les candidats à l'EIRL aux patrimoines multiples.

En instituant l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), la loi du 15 juin 2010 (1) a tenté le pari de limiter la responsabilité de l'entrepreneur individuel au seul patrimoine qu'il déclarerait affecter à son activité professionnelle, quelle qu'elle soit ; commerciale, artisanale, libérale ou même agricole. C'était en quelque sorte lui offrir l'avantage d'une société à responsabilité limitée sans s'encombrer d'une personne morale. Effectivement, l'article L. 526-6 du Code de commerce est désormais là pour le rappeler : « Tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale (...) ». Sûr (trop ?) du succès de ce nouveau statut (2), le législateur a sans doute cherché à anticiper les aspirations des professionnels en prévoyant qu'il serait possible, à compter du 1^{er} janvier 2013, de créer autant de patrimoines affectés que l'on exerce d'activités distinctes (3).

Certes, on ne manquera pas de souligner que les lacunes de la loi — lacunes sur lesquelles nous ne reviendrons pas tant elles sont pléthoriques (4) — qui ont déjà tant nuit au régime de l'EIRL « simple », risquent fort de décupler face à un EIRL « multiple ». Dès lors, si un entrepreneur se mettait à rêver qu'il va isoler chacune de ses branches d'activité au sein de patrimoines distincts, il doit être pleinement conscient qu'à la différence des filiales d'une société, les patrimoines affectés n'ont pas de personnalité juridique en dehors de celle de leur unique titulaire et, inévitablement, il va devoir s'employer à les faire coexister de manière autonome, ce qui, vu le mutisme du législateur sur cette question ne se fera vraisemblablement pas sans susciter des doutes et des craintes de la part de notre EIRL « schizophrène ». De fait, seule l'ordonnance du 9 décembre 2010 (5) portant adaptation à l'EIRL du droit des entreprises en difficultés et des procédures de surendettement des particuliers, est rédigée en des termes suffisamment généraux pour s'appliquer à

l'hypothèse d'un EIRL disposant de plusieurs patrimoines affectés. Sinon, le droit commun de l'EIRL ne contient véritablement qu'une seule disposition concernant l'éventualité de plusieurs patrimoines affectés : l'article L. 526-6, alinéa 2 dont la dernière phrase prévoit qu'« un même bien, droit, obligation ou sûreté ne peut entrer dans la composition que d'un seul patrimoine affecté » (6). Pourtant, à première vue la nouvelle possibilité offerte à compter du 1^{er} janvier 2013 pourrait ouvrir un certain nombre d'opportunités (I) mais tout dépend de l'interprétation que l'on adopte pour transposer les solutions posées pour l'EIRL « simple » à l'EIRL « multiple ». Toutefois, la plus grande prudence s'impose car, derrière la schizophrénie, ce pourrait bien être la paranoïa qui guette l'EIRL à patrimoines multiples (II).

I. Des avantages de la schizophrénie...

À la vérité, la multiplication des patrimoines de l'EIRL paraît indubitablement se traduire par des contraintes renforcées, notamment en ce qui concerne les obligations comptables et bancaires de l'entrepreneur.

Effectivement, il convient de rappeler qu'en vertu de l'article L. 526-13 du Code de commerce, « l'activité professionnelle à laquelle le patrimoine est affecté fait l'objet d'une comptabilité autonome... » établie selon les canons de la comptabilité commerciale (7). La lettre du texte implique donc qu'un EIRL pluriactif qui doterait chacune de ses branches d'activité d'un patrimoine affecté se verrait obligé de tenir autant de comptabilités distinctes qu'il a de patrimoines affectés pour enregistrer tous les mouvements afférents à chacun de ceux-ci.

Dans le même ordre d'idées, le troisième alinéa du même texte prescrit à l'EIRL d'ouvrir un compte bancaire exclusivement dédié

(1) L. n° 2010-658, 15 juin 2010, instituant l'EIRL, codifiée aux articles L. 526-6 et s. du Code de commerce.

(2) Source INSEE, 30 oct. 2011, Antoine Lefèvre [avis n° 112, T. 8 rendu à l'occasion du projet de loi de finances pour 2012], annonçait 4 908 déclarations d'affectation dont les trois quarts correspondaient à des créations d'entreprises. Cela est très loin des 100 000 déclarations attendues par le Gouvernement.

(3) L. 15 juin 2010, art. 14. II.

(4) Notamment sur la question du crédit de l'EIRL et les implications qui en découlent en cas de procédure collective, ou encore l'adaptation du droit du surendettement des particuliers [sur cette question : R. Dammann et G. Podeur, « L'adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'EIRL par l'ordonnance du 9 décembre 2010 » : *Gaz Pal* 23 déc. 2010, p. 8 et V. Legrand « Le chapitre II de l'ordonnance du 9 décembre 2010 concernant le surendettement de l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : premiers constats et déception » : *Dalloz* 2011, *chron.* p. 90 ; et « L'EIRL en surendettement : La nécessaire redéfinition des dettes non professionnelles » : *LPA*, 29 mars 2011, p. 3].

(5) Ord. n° 2010-1512, 9 déc. 2010 : *JO* 10 déc. 2010, p. 21617.

(6) Sur les problèmes résultant de cette interdiction et de son impact sur la création de plusieurs patrimoines d'affectation, v. V. Legrand, « L'EIRL à patrimoines multiples ou questionnaire à choix multiples » : *Dalloz*, chronique à paraître.

(7) Cela implique déjà qu'un EIRL libéral devra tenir deux comptabilités, l'une selon les règles applicables aux BNC pour remplir ses obligations fiscales et l'autre dans le respect des articles L. 123-12 et s. du Code de commerce pour remplir son obligation de dépôt des comptes annuels auprès du registre qui a reçu la déclaration d'affectation ; Rochedy, « L'EIRL, aspects fiscaux et comptables » : *RLDA* 2010, n° 62.

« à l'activité à laquelle le patrimoine a été affecté ». De là, il semble logique de déduire que l'existence de plusieurs patrimoines affectés entraîne l'obligation d'ouvrir un compte pour chaque activité.

En dépit de ces complications, on ne peut cependant pas occulter que la nouvelle faculté de loger, à compter du 1^{er} janvier 2013, chaque activité de l'EIRL dans un patrimoine distinct, et les obligations supplémentaires qui en résultent pour le chef d'entreprise pluriactif, laissent justement entrevoir des opportunités en termes de gestion et de transmission de l'entreprise.

A. Des opportunités en termes de gestion

Il n'est pas dit que l'EIRL à patrimoines multiples ne tire pas quelque avantage des complications qu'il s'impose.

Commençons par la multiplication des comptes bancaires. On sait que, si depuis la loi du 30 décembre 1991, l'émission de chèques sans provision est dépénalisée, il n'en reste pas moins que le tireur indélicat qui ne régularise pas sa situation (8) devient interdit bancaire (9) et se voit enjoint de restituer toutes les formules chèques à tous les banquiers dont il est client. Or concernant l'EIRL, le nouvel article L. 131-86-1 du Code monétaire et financier (10) prévoit que si l'interdiction résulte d'un incident de paiement concernant un chèque émis sur un compte privé, elle ne frappe que l'ensemble des comptes privés de l'entrepreneur mais n'a aucune incidence sur le fonctionnement des comptes liés au patrimoine affecté. Cette règle se révèle particulièrement intéressante pour l'EIRL pluriactif doté de plusieurs patrimoines affectés. Une interdiction bancaire prononcée à raison d'un incident afférent à un compte dédié à une activité sera sans conséquence pour les autres activités. L'EIRL pourra continuer d'émettre des chèques dans le cadre de ses autres activités à patrimoine affecté.

En revanche, pas plus qu'un EIRL « simple », celui qui dispose de plusieurs patrimoines affectés ne pourra prévoir de convention d'unité de compte. En effet, lorsqu'une personne physique est titulaire de plusieurs comptes bancaires auprès d'un même établissement, il lui est loisible de faire échec au principe de l'indépendance des comptes et à leurs effets en concluant une convention dérogatoire connue sous le nom de convention de compensation, de fusion ou d'unité de compte.

De cette manière, les intérêts débiteurs, la provision des chèques, le solde saisi... seront appréciés globalement sur le solde fusionné de tous les comptes réunis, ce qui peut éviter d'être à découvert sur un compte lorsque les autres comptes sont suffisamment pourvus. Or une telle possibilité semble exclue pour l'EIRL, car cela contredit la lettre de la loi.

De plus, même pour ce qui est d'une éventuelle fusion entre les comptes professionnels afférents aux différents patrimoines d'affectation (11), il s'expose à une action en extension de procédure pour réunion de patrimoines en cas de procédure collective (12), voire à une condamnation à la faillite personnelle pour avoir disposé des biens du patrimoine affecté visé par la procédure pour combler un déficit d'un autre patrimoine (13).

Parallèlement et toujours dans le domaine bancaire, avant même l'entrée en vigueur de la loi instituant l'EIRL, les parlementaires s'étaient interrogés quant à la nécessaire conciliation de ce régime limitatif de responsabilité avec les besoins de l'entrepreneur en termes de crédit (14).

Jusqu'à ce jour, aucune réponse satisfaisante n'a été apportée, même la « charte pour l'accès au crédit de l'EIRL », signée le 31 mai 2011 entre le secrétaire d'État chargé des PME et la Fédération bancaire française (15) n'est qu'un appel à la bonne volonté des banques pour qu'elles n'exigent pas « de sûreté réelle sur le patrimoine personnel de l'entrepreneur, ni de sûreté personnelle sur l'entrepreneur ou sur un tiers, s'ils mettent en œuvre les solutions de cautionnement et de contre-garantie prises par les sociétés de cautions mutuelles avec ou sans l'appui d'OSÉO » (16). Mais cela n'a aucune force contraignante.

Or nombre d'auteurs s'accordent pour reconnaître que la constitution de sûretés sur le patrimoine domestique afin de garantir des engagements professionnels annihilerait l'effet protecteur du nouveau régime (17). Dès lors, la multiplication des patrimoines affectés ne pourrait-elle pas venir au secours de l'EIRL ? Les banques ne vont-elles pas s'infiltrer dans cette brèche ? À vrai dire, les apparences sont presque sauvées si l'on exige de l'EIRL pluriactif qui a créé plusieurs patrimoines affectés pour y loger ses différentes activités, d'inscrire une sûreté sur un bien inclus dans tel patrimoine professionnel en garantie d'un prêt profitant à tel autre.

[8] C. mon. fin., art. L. 131-73 [loi Murcef, 11 déc. 2001].

[9] L'interdiction est levée au bout de cinq ans [C. mon. fin., art. L. 131-78].

[10] Issu de l'article 10 de l'ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010.

[11] R. Bonhomme, « Patrimoine affecté et convention d'unité de compte, quelle compatibilité ? » : BJE 2012, p. 125.

[12] V. infra II. B.

[13] C. com., art. L. 653-3 II 1°.

[14] Rép. min. QE n° 80164 : JOAN Q 19 oct. 2010, p. 11390 : « Le Gouvernement a souhaité que l'EIRL ait accès au crédit sans avoir à constituer des sûretés sur ses biens personnels ou apporter la garantie de ses proches ».

[15] Communiqué de presse n° 351 [www.economie.gouv.fr].

[16] Art. 2, al. 1^{er} de la charte.

[17] Notamment B. Saintourens, « L'entrepreneur individuel à responsabilité limitée : commentaire de la loi n° 2010-658 » : Rev. sociétés 2010, p. 351 ; H. Synvet et A. Gaudemet, « EIRL et sûreté » : LPA 28 avr. 2011, p. 32 ; P. Théry, « L'accès au crédit de l'EIRL : garantir et exécuter » : Defrénois 2011, art. n° 39216.

Évidemment, en cas de difficultés d'un patrimoine affecté conduisant à l'ouverture d'une procédure collective, reste à savoir comment réagira le juge face à de telles pratiques. N'y verra-t-il pas l'occasion de considérer qu'il y a eu confusion des patrimoines professionnels justifiant une extension de procédure ? En tout cas, le chef d'entreprise peut espérer que son patrimoine privé restera hors procédure.

Par ailleurs, l'obligation de tenir des comptabilités séparées pour chaque activité logée dans un patrimoine affecté pourrait présenter un intérêt du point de vue fiscal. De fait, jusqu'à présent, l'EIRL pluriactif soumis à l'impôt sur le revenu se voit appliquer les règles fiscales habituelles en matière de revenus accessoires. Ainsi, et notamment s'il exerce une activité prépondérante à caractère industrielle et commerciale, et qu'accessoirement il tire des revenus d'une activité agricole ou libérale, ceux-ci seront imposés dans la catégorie des BIC. Demain, le même EIRL pourra choisir de doter chaque activité d'un patrimoine distinct. Cela devrait se traduire par des déclarations séparées et même différentes stratégies fiscales. En effet, actuellement, rien dans les textes ne permet de dire que l'option pour l'IS vaudra pour l'ensemble des patrimoines professionnels affectés quelles que soient les activités exploitées (18). Dès lors, faut-il en déduire des impositions distinctes pour chaque patrimoine ? Et, même si l'EIRL opte pour l'assujettissement à l'IS de chaque patrimoine affecté, ne pourra-t-il pas bénéficier plusieurs fois (19) du taux réduit à 15 % sur la tranche de bénéfice inférieure ou égale à 38 120 € ?

D'un autre côté, la possibilité pour un entrepreneur d'accomplir plusieurs déclarations d'affectation pourrait aussi révéler des opportunités dans le cadre de la transmission ultérieure de son entreprise.

B. Une transmission facilitée ?

Jusqu'en 2013, l'entrepreneur à responsabilité limitée pluriactif qui souhaite céder une partie seulement de son entreprise se heurte aux règles de l'affectation ou plutôt à l'absence de règles de désaffectation.

En vérité, il est prégnant de constater que la loi a envisagé les hypothèses d'affectation postérieure complémentaire (20) d'un bien au patrimoine professionnel mais non l'inverse (21). Certes, sur le plan fiscal, l'Administration reconnaît l'occurrence d'une désaffectation isolée d'un bien figurant au patrimoine affecté pour en tirer les consé-

quences fiscales en termes de plus-value et ce uniquement pour envisager le retour d'un bien dans le patrimoine privé (22).

On comprend bien que permettre à l'entrepreneur sous statut EIRL de vendre une part substantielle de ses actifs affectés est inacceptable vis-à-vis des créanciers sauf, éventuellement à effectuer les formalités nécessaires pour signaler sa réduction d'activité (23) et à réintégrer, dans la logique de la subrogation réelle, le produit de la vente dans le patrimoine affecté, ce qui justement n'est pas le but recherché de l'entrepreneur qui souhaite préparer progressivement sa sortie d'activité en vue de la retraite.

Au contraire, l'article L. 526-17 envisage les hypothèses de transmissions d'entreprises à responsabilité limitée, à titre onéreux ou gratuit entre personnes physiques comme une transmission universelle du patrimoine affecté. Partant, si l'EIRL est à la tête de plusieurs patrimoines affectés pour y loger ses différentes activités, libre à lui de céder l'un d'entre eux.

De même, dans le cadre de la succession de l'EIRL, si deux héritiers sont intéressés par la reprise des activités de l'EIRL logées dans un unique patrimoine affecté, ils n'ont comme possibilité que d'être en indivision sur ce patrimoine affecté. Dès lors, il y a fort à parier que les créanciers chercheront à obtenir une requalification de la situation en société créée de fait pour engager la responsabilité des deux indivisaires. Une responsabilité qui sera indéfinie et, solidaire ou conjointe selon la nature commerciale ou civile des activités exercées. Au contraire, si le défunt exploitait plusieurs entreprises dans des patrimoines affectés distincts, chacun des deux héritiers pourra manifester sa volonté de reprendre un patrimoine affecté conformément à l'article L. 526-16.

Toutefois, ces aspects relativement positifs liés à la pluralité de patrimoines affectés ne peuvent suffire à en prôner l'adoption sans réserve par les EIRL pluriactifs. Encore faut-il s'assurer de l'efficacité de l'organisation multi-patrimoniale proposée quant à l'objectif de responsabilité limitée. La question n'est pas nouvelle : nombreux sont ceux qui ont relevé les faiblesses du système dans sa version la plus simple (un patrimoine affecté/un patrimoine non affecté) avant même l'adoption de la loi du 15 juin 2010 (24). Néanmoins, elle rebondit avec la faculté nouvelle de pluralité de patrimoines affectés sous le contrôle d'un même entrepreneur EIRL dont les sources d'anxiété ne sont pas prêtes de se tarir.

(18) Le § 76 de l'instruction n° 4A-4-12 du 9 mars 2012 [BOI n° 29, 12 mars 2012] évoque la possibilité pour l'entrepreneur qui exerce son activité dans « une EIRL » d'opter pour l'assimilation de son entreprise à patrimoine affecté à une EURL, ce qui entraîne la création d'une personnalité fiscale différente.

(19) Autant que de patrimoines affectés distincts.

(20) Ainsi les articles L. 526-9, L. 526-10 et L. 526-11 qui, respectivement, fixent les formalités pour affecter un immeuble, un bien de valeur et un bien commun ou indivis prévoient la réitération de ces formalités à l'occasion d'une nouvelle affectation postérieure à la déclaration d'affectation initiale avec l'obligation de souscrire une déclaration d'affectation complémentaire.

(21) Pour les premiers commentaires de la loi, v. F. Marmoz, « L'EIRL nouvelle technique d'organisation de l'entreprise » : D. 2010, chron. p. 1570.

(22) V. § 94 et s., instr. préc. note 17.

(23) L'article L. 526-8 2° précise qu'en cas de modification de l'objet de l'activité, il y a lieu de procéder à une mention rectificative au registre auquel a été effectué le dépôt de la déclaration d'affectation initiale.

(24) Notamment M. Sénéchal, « Le patrimoine affecté à l'épreuve des procédures collectives » : Dr. et patr. 2010, p. 89 ; J. Vallansan, « Le sort de l'éventuelle entreprise à patrimoine affectée soumise à une procédure collective » : JCP E 2010, étude 1083. Et encore récemment, P. Crocq, « Transparence et patrimoines d'affectation » : Dr. et patr. 2012, p. 26.

II. ... Au risque de paranoïa ?

Pas plus que nous avons la prétention de convaincre l'EIRL pluriactif que la multiplication de patrimoines affectés est la stratégie la mieux adaptée, nous n'entendons pas nous montrer dissuasif. Simple-ment, en toute objectivité, il faut insister sur une évidence. Le statut EIRL tel qu'il a été pensé initialement est caractérisé par un ensemble de garde-fous destinés à contrebalancer la responsabilité limitée de l'entrepreneur par des contraintes pour la sécurité des créanciers. Il en a résulté des obligations comptables et bancaires fastidieuses que l'EIRL doit toujours contempler au risque de perdre le bénéfice de sa déclaration d'affectation. Or il ne faudrait pas que les candidats à la pluridisciplinarité pensent que la création de plusieurs patrimoines affectés va leur permettre de superposer plusieurs cloisons étanches qui autorisent « quelques erreurs ». Loin s'en faut et force est de reconnaître que la multiplication des patrimoines professionnels ne participera pas à la tranquillité d'esprit de l'entrepreneur qui en est titulaire. Car un « faux pas » dans le cadre d'un patrimoine affecté peut conduire à engager un autre patrimoine affecté (B), ce qui est un moindre mal. Néanmoins, cela peut aussi anéantir toute la stratégie patrimoniale de l'entrepreneur en engageant tous ses patrimoines professionnels et personnel (A).

A. Risque d'extension de responsabilité à tous les patrimoines sans distinction

Il convient de souligner en premier lieu la position très privilégiée du fisc et des organismes sociaux.

On rappellera d'abord que l'article L. 133-4-7 du Code de la sécurité sociale prévoit que lorsque le contribuable a frauduleusement esquivé le paiement de ses contributions sociales, ou encore lorsqu'il a gravement manqué à ses obligations déclaratives alors, « le recouvrement de ces sommes peut être recherché sur la totalité de ses biens et droits dès lors que le tribunal compétent a constaté la réalité de ces agissements ». Il s'infère de ce texte qu'il suffit que l'entrepreneur pluriactif commette un manquement grave et répété à la législation de la sécurité sociale dans le cadre de l'un de ses patrimoines professionnels pour qu'il engage *de facto* tous ses patrimoines affectés et non affectés puisque le texte évoque « tous ses biens et droits » sans faire de distinction.

L'article 273-B du Livre des procédures fiscales, en revanche, n'est pas si général. En effet, selon ce texte, « lorsque dans l'exercice de son activité professionnelle, l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée dont le statut est défini aux articles L. 526-6 à L. 526-21 du Code de commerce a, par des manœuvres frauduleuses ou à la suite de l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités dont il est redevable au titre de cette activité, le recouvrement de ces

sommes peut être recherché sur le patrimoine non affecté à cette activité dès lors que le tribunal compétent a constaté la réalité de ces agissements ». On peut alors penser qu'un manquement constaté dans le cadre d'un patrimoine affecté n'impactera pas les autres patrimoines professionnels mais uniquement le patrimoine privé. Toutefois, le législateur fiscal n'a visiblement pas eu en vue la possibilité de créer de multiples patrimoines professionnels lorsqu'il a rédigé cet article. Il suffit de lire le II du même article. Il y est affirmé que lorsqu'une personne physique ayant constitué un patrimoine affecté dans les conditions prévues aux articles L. 526-6 à L. 526-21 du Code de commerce a, par des manœuvres frauduleuses ou à la suite de l'inobservation grave et répétée de ses obligations fiscales, rendu impossible le recouvrement des impositions et pénalités étrangères à son activité professionnelle dont elle est redevable ou dont son foyer fiscal est redevable, leur recouvrement peut être recherché sur le patrimoine affecté dès lors que le tribunal compétent a constaté la réalité de ces agissements. L'emploi du singulier pour le patrimoine professionnel est notable. Aussi est-il fort probable que la rédaction du texte sera modifiée pour tenir compte de l'éventuelle pluralité de patrimoines affectés.

Parallèlement, la loi du 15 juin 2010 a prévu des hypothèses dans lesquelles l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée redevient responsable « sur la totalité de ses biens et droits » (25). En réalité, il s'agit de sanctionner l'intéressé, soit parce qu'il a cherché à frauder les droits de ses créanciers, soit parce qu'il n'a pas respecté les obligations comptables et bancaires imposées par l'article L. 526-13 (v. *supra*) ou bien encore qu'il n'a pas suivi les principes gouvernant la composition du patrimoine d'affectation (26).

Les deux premières séries d'hypothèses n'appellent pas de commentaires dans le cadre d'une pluralité de patrimoines professionnels. Cependant, si l'EIRL à patrimoines multiples omet, par exemple, d'ouvrir un compte bancaire propre à sa seconde activité logée dans un second patrimoine affecté sous prétexte qu'il dispose déjà d'un compte professionnel spécifique à son premier patrimoine affecté, ce n'est pas uniquement la cloison de son second patrimoine affecté qui s'effondre, ce sont tous les compartiments qui perdent leur étanchéité puisque le « contrevenant » engage alors la totalité de ses biens et droits.

La même sanction s'applique dans l'éventualité de la violation des règles d'affectation. Or à cet égard, il conviendra d'être extrêmement vigilant. On sait qu'un patrimoine affecté doit recueillir impérativement l'ensemble des biens nécessaires à l'activité à laquelle il est dédié (27). Et, le décret du 30 janvier 2012 (28) définit la notion de biens nécessaires à l'activité comme « ceux qui, par nature, ne peuvent être utilisés que dans le cadre de cette activité ». Par ailleurs, l'article L. 526-6, alinéa 2 du Code de commerce précise qu'un même bien ne peut être compris que dans un seul patrimoine

[25] C. com., art. L. 526-12 avant-dernier alinéa.

[26] R. Mortier, « EIRL recherche cobayes » : Dr. sociétés 2010, repère 8.

[27] C. com., art. L. 526-6, al. 2 (v. également B. Dondero, « L'EIRL ou l'entrepreneur fractionné » : JCP G 2010, I, 679).

[28] D. n° 2012-122, 30 janv. 2012 : JO 31 janv. 2012 (v. égal. Act. proc. coll. n° 3, févr. 2012, alerte 39).

affecté. Une application stricte et combinée de ces différents principes doit alors conduire à la plus grande prudence car, un EIRL pluridisciplinaire dont l'exercice des différentes activités professionnelles implique l'utilisation indispensable du même matériel ne pourra pas l'affecter à ses différents patrimoines ni l'affecter à un seul de ses patrimoines et l'utiliser dans le cadre de ses autres activités car ce serait violer les règles d'affectation et partant entraînerait l'anéantissement de toute sa stratégie de cloisonnement. Autant dire que la création de plusieurs patrimoines d'affectation est plutôt réservée à des activités qui font appel à des techniques bien différentes sinon, la solution la plus sûre (29) reste d'investir deux fois dans le même type de bien (un camion pour le patrimoine affecté à l'activité de terrassier et un autre pour l'activité d'horticulteur !). Par conséquent, la multiplicité de patrimoines affectés doit s'envisager dans une perspective d'ensemble et, de préférence, au moment de se déclarer EIRL car un entrepreneur pluriactif qui a commencé par créer une seule entreprise à patrimoine affecté et souhaite ensuite constituer un second patrimoine affecté à une autre activité complémentaire se heurtera à des difficultés. Même s'il dote raisonnablement ce second patrimoine, il ne pourra pas utiliser des biens nécessaires affectés à son activité d'origine dans le cadre de son autre profession professionnelle de l'ensemble des biens nécessaires à son exploitation. Quant à l'idée de désaffecter une partie d'un patrimoine professionnel pour l'affecter à un autre patrimoine professionnel, le législateur ne l'a pas envisagée.

En revanche, des biens mixtes, utilisés pour des besoins domestiques et professionnels pourraient tourner entre les différents patrimoines professionnels puisque par principe ces biens peuvent rester dans le patrimoine domestique. Mais, n'y-a-t-il pas alors, en cas de difficultés rencontrées par un des patrimoines professionnels un risque d'exposer un autre de ses patrimoines affectés aux conséquences d'une confusion de patrimoines ?

B. Risque d'extension de responsabilité à plusieurs patrimoines

A priori, le législateur ne paraît pas hostile à l'idée qu'un bien affecté à un patrimoine puisse être mis à disposition d'un autre patrimoine. En droit des procédures collectives, l'article L. 624-19 du Code de commerce (30) prévoit effectivement une procédure spécifique de reprise des biens détenus dans le cadre de l'activité à raison de laquelle la procédure a été ouverte et qui sont compris

dans un autre patrimoine (31). Pourtant, on ne peut s'empêcher de noter une relative hypocrisie du législateur dans la mesure où le dispositif de l'extension de procédure pour cause de confusion des patrimoines a été transposé à l'EIRL (32). De fait, compte tenu des critères élaborés par la chambre commerciale de la Cour de cassation, qui permettent de détecter une confusion dès lors qu'existent des « flux financiers anormaux » (33) entre les intéressés, une procédure concernant un patrimoine affecté pourrait être très facilement étendue à un autre patrimoine affecté (34) lorsque le chef d'entreprise utilise des biens inscrits dans un patrimoine affecté indifféremment pour ses différentes activités. Cette crainte n'est probablement pas infondée lorsque l'on considère que la Cour de cassation a déjà approuvé qu'une situation de confusion de patrimoine soit constatée entre deux sociétés qui se servaient indifféremment du matériel de l'une et de l'autre et qui mettaient leurs salariés au service de l'une ou de l'autre (35). En outre, le maintien d'une traçabilité parfaite des biens affectés aux différents patrimoines professionnels ne saurait éviter tout danger. Les faux pas, dus à la promiscuité inévitable entre les patrimoines du fait de l'identité du titulaire menaceront de façon quasi-permanente la tranquillité d'esprit de l'EIRL à patrimoines multiples. Il suffit par exemple qu'il confonde (même par inadvertance) ses comptes bancaires lorsqu'il dépose les chèques de ses clients. Ces clients qui, en toute bonne foi, se tromperont peut-être eux-mêmes, en rédigeant le chèque, quant à l'identité précise de leur « donneur d'ordre » (M. Dupont couvreur EIRL ou M. Dupont maçon EIRL ?).

En marge de cette difficulté, on peut en signaler une autre. On sait que les créanciers privés qui estiment le patrimoine domestique insuffisamment pourvu peuvent poursuivre le recouvrement de leur créance sur le bénéfice du dernier exercice clos de l'EIRL (36). Il semble évident qu'ils estimeront faire valoir leurs droits sur le bénéfice de chacun des patrimoines professionnels de l'entrepreneur si besoin. On peut même se demander si certains créanciers professionnels d'un patrimoine affecté qu'ils considèrent trop pauvre ne tenteront pas de faire flèche de tout bois en détournant le dernier alinéa de L. 526-12 à leur profit afin de poursuivre leur créance sur un autre patrimoine affecté. En réalité, cette disposition qui accorde des droits sur le bénéfice du patrimoine affecté opère par renvoi à son 2° pour en désigner les attributaires. Or le 2° compare aux créanciers auxquels la déclaration d'affectation est opposable et dont les droits sont nés à l'occasion de l'exercice de l'activité à laquelle le patrimoine est affecté, « les autres créanciers auxquels la déclaration

[29] Pour d'autres pistes plus aléatoires : V. Legrand, « EIRL à patrimoines multiples ou questionnaire à choix multiples » : chronique à paraître au Recueil Dalloz.

[30] Issu de l'ordonnance du 9 décembre 2010, préc. note n° 5.

[31] On admet une sorte d'auto-revendication par l'entrepreneur : B. Dondero, « EIRL, duo un carne una » : JCP E 2010, 1261.

[32] C. com., art. L. 621-2, al. 3.

[33] Cass. com., 24 oct. 1995 : RJDA 2/1996, n° 266.

[34] En ce sens, J. Vallansan, « Vigilance ! La procédure concernant un patrimoine peut être facilement étendue aux autres patrimoines » : Act. proc. coll. n° 1, janv. 2011, alerte 9.

[35] Cass. com., 16 juin 2009 : LPA 15 juill. 2010, p. 19, note O. Roumélian.

[36] C. com., art. L. 526-12.

est opposable ». Certes, une lecture attentive du texte révèle que le législateur voyait ici les créanciers privés ou peut-être des créanciers professionnels d'une activité exploitée hors patrimoine affecté. Pourquoi ne pas adopter une vision extensive et inclure les créanciers professionnels d'un autre patrimoine affecté ? L'idée est lancée et source de doute pour notre EIRL à patrimoines multiples.

Au final, on aurait l'impression que le parcours du futur EIRL à patrimoines multiples est parsemé de tellement d'embûches qu'il ne parviendra pas à jouir des aspects positifs de son montage patrimonial. Évitions de prendre une telle position péremptoire, de toute évidence, pour que l'EIRL à plusieurs patrimoines puisse avoir quelques chances de survivre et de s'épanouir, il faut que le montage juridique reflète une réalité objective, à savoir des activités vérita-

blement distinctes dotées d'un patrimoine bien cerné qui évoluent en parfaite autonomie. De même que le droit rejette la fictivité de la personne morale, il rejette la fictivité de l'affectation. Reste que le chef d'entreprise sous statut EIRL à patrimoines multiples devra se conformer à une discipline et une vigilance permanentes. Et, une fois encore, on répètera que l'institution du statut n'est pas faite pour ceux qui en étaient la cible : les entrepreneurs répugnant aux formalités et aux contraintes administratives (37).

Véronique LEGRAND

*Maître de conférences en droit privé
Université de Caen Basse-Normandie
Membre du CRDP*

[37] Récemment encore certains auteurs décriaient la complexité du système : D. Demeyer, « Caractère collectif de la procédure et entrepreneur individuel à responsabilité limitée » : *Rev. proc. coll.* 2012, dossier n° 19 et P. Crocq, *op. cit.* note 23.



Vient de paraître

“ 11^e édition de la Bible des finances publiques ”

Disponible sur **Librairie Lgdj.fr**
www.lgdj.fr

« À TRAVAIL ÉGAL, SALAIRE ÉGAL » : UN PRINCIPE EN VOIE D'EXTINCTION ?

(Cass. soc., 10 oct. 2012)

Un salarié s'estimant privé injustement d'heures supplémentaires, alors que d'autres de ses collègues continuaient à en exécuter régulièrement, a saisi le conseil des prud'hommes d'une demande de réparation du préjudice subi du fait des conditions qu'il estimait inégalitaires d'attribution de ces heures supplémentaires. La Cour de cassation casse l'arrêt de la cour d'appel qui a accédé à sa demande, au motif « qu'il n'existe pas de droit acquis à l'exécution d'heures supplémentaires sauf engagement de l'employeur vis-à-vis du salarié à lui en assurer l'exécution d'un certain nombre, qu'à défaut d'un tel engagement seul un abus de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction peut ouvrir droit à indemnisation ». Et le principe « à travail égal » ? « Ce n'était pas ma question ! ». « Oui, mais c'est ma réponse ! » (1).

MOTS-CLÉS

Heures supplémentaires. Répartition inégale. Application du principe « à travail égal ». Non.

Cass. soc., 10 oct. 2012

n° 11-10455, PB

M. X c/ Sté Autoroutes du Sud de la France

La Cour :

(...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que M. X est employé en qualité d'ouvrier autoroutier qualifié par la société Autoroutes du Sud de la France (la société) ; qu'il a saisi la juridiction prud'homale d'une demande tendant à obtenir notamment le paiement de sommes à titre de dommages-intérêts, sur le fondement du principe à travail égal, salaire égal, en réparation du préjudice subi du fait des conditions d'attribution des heures supplémentaires, ainsi qu'à titre de rappels de salaire ;

Sur le premier moyen :

Vu les articles L. 3121-22 du Code du travail et 1134 du Code civil ;

Attendu qu'il n'existe pas de droit acquis à l'exécution d'heures supplémentaires sauf engagement de l'employeur vis-à-vis du salarié à lui en assurer l'exécution d'un certain nombre ; qu'à défaut d'un tel engagement, seul un abus de l'employeur dans l'exercice

de son pouvoir de direction peut ouvrir droit à indemnisation ;

Attendu que pour condamner la société à payer au salarié une somme au titre du préjudice subi dans l'attribution des heures supplémentaires, l'arrêt retient que le salarié a effectué un nombre d'heures supplémentaires très inférieur à la moyenne du nombre d'heures supplémentaires effectuées par les salariés de l'entreprise ; que la société ne donne aucune explication sur les raisons objectives de la diminution des heures supplémentaires dans ces proportions subies par le salarié ; qu'en excluant le salarié de la réalisation des heures supplémentaires sans en expliquer la raison, la société lui a causé un préjudice ;

Qu'en statuant ainsi, en ne caractérisant ni l'existence d'un engagement de l'employeur sur le nombre d'heures supplémentaires garanti au salarié, ni l'abus d'exercice de son pouvoir de direction, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;

Sur les deuxième et troisième moyens :

(...)

Par ces motifs :

Casse et annule ;

(...)

(1) Réponse de Georges Marchais à Alain Duhamel. Yves Jeuland, Georges le cathodique, documentaire de 2007.

M. Francis X soutenait devant le conseil des prud'hommes que depuis 2001 le nombre d'heures supplémentaires qu'il a effectuées était en constante diminution, et qu'il n'en a pratiquement plus fait ces dernières années.

Il a saisi cette juridiction le 28 août 2007 sur le fondement du principe « à travail égal, salaire égal ».

Il verse aux débats, année par année, les tableaux établis par l'employeur sur le décompte des heures supplémentaires des salariés.

Ces tableaux révèlent :

— qu'au cours de l'année 2006 Francis X a réalisé 29,5 heures supplémentaires quand le salarié qui en faisait le plus a effectué 91,1 heures ;

— que la moyenne annuelle de tous les salariés figurant sur le tableau 2006 s'établit à 57 heures par salarié ;

— que pour l'année 2007, Francis X a effectué 16 heures supplémentaires quand la moyenne par agent s'établit à 55,44 heures ;

— que pour l'année 2008, il a effectué 6 heures supplémentaires quand la moyenne par agent s'établit à 43 heures.

La cour d'appel a condamné l'employeur à verser à M. X, notamment, une certaine somme au titre du préjudice subi dans l'attribution des heures supplémentaires, au motif que la société ASF :

— ne discutait pas l'exactitude de ses propres tableaux ;

— et ne donnait aucune explication sur les raisons objectives de la diminution des heures supplémentaires dans ces proportions.

La Société des Autoroutes du Sud de la France se pourvoit en cassation.

L'arrêt est cassé au motif que :

— « sauf abus ou engagement de l'employeur à proposer un certain nombre d'heures supplémentaires, la décision de

ne plus solliciter d'un salarié l'accomplissement d'heures supplémentaires relève d'un libre choix de gestion de l'employeur qui participe du pouvoir de direction et n'implique aucune justification particulière ;

— qu'en condamnant en l'espèce l'employeur à payer des dommages et intérêts au prétexte qu'il n'aurait donné aucune explication sur les raisons objectives de la diminution des heures supplémentaires sans caractériser le droit du salarié à la réalisation d'un certain nombre d'heures supplémentaires, ni l'abus qu'aurait commis l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard des articles 1134 du Code civil et L. 1221-1 du Code du travail » (2).

Le salarié demande l'application du principe « à travail égal, salaire égal », élaboré par la Cour de cassation depuis 1996 pour l'appliquer progressivement à tous les aspects de la relation de travail, y compris dans la répartition des heures supplémentaires.

La Cour de cassation lui répond que, aujourd'hui, les heures supplémentaires ne relèvent plus du principe d'égalité, mais du seul pouvoir unilatéral de l'employeur.

L'employeur, après avoir été contraint, pendant une quinzaine d'années, de justifier les inégalités qu'il instituait entre salariés, sera-t-il demain à nouveau « seul juge » des avantages qu'il pourra accorder à certains et pas à d'autres ?

I. De l'obligation de justifier les inégalités...

En produisant des tableaux comparatifs élaborés par l'employeur et non contestés par lui, le salarié visait expressément dans sa saisine des juges du fond l'application du principe « à travail égal, salaire égal », dans son application extensive qui en

(2) Premier moyen annexé au pourvoi.

NOTE

était faite par la Cour de cassation, jusqu'à l'arrêt commenté.

La haute juridiction a en effet, depuis le fameux arrêt *Ponsolle* de 1996 (3), étendu l'exigence d'égalité salariale à une égalité de traitement plus générale, le traitement étant entendu de l'ensemble des avantages accessoires aux salaires, et même des avantages non monétaires dont le salarié pouvait bénéficier en contrepartie ou à l'occasion de sa prestation de travail (4).

La règle posée par la haute juridiction permettait à l'employeur d'accorder des avantages particuliers à certains salariés, comme des avantages en nature, « à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables » (5).

Cette fois, la Cour de cassation esquivait la question pourtant clairement résolue par la cour d'appel sur le fondement de cette jurisprudence.

La haute juridiction choisit de se situer sur un tout autre terrain pour casser l'arrêt soumis à sa censure, celui du pouvoir unilatéral de l'employeur (6), dont il s'évince qu'« il n'existe pas de droit acquis à l'exécution d'heures supplémentaires sauf engagement de l'employeur vis-à-vis du salarié à lui en assurer l'exécution d'un certain nombre ».

Il est légal et logique que l'employeur soit le mieux à même de savoir s'il a besoin d'heures supplémentaires pour honorer son carnet de commandes, sous la seule réserve, préalablement à l'utilisation du contingent annuel que le législateur met à sa disposition, de consulter tous les ans le comité d'entreprise sur son utilisation, et d'en informer l'inspection du travail (7).

Mais le fait de permettre à certains salariés, et non à d'autres, d'effectuer ces heures supplémentaires, a bien évidemment des conséquences, qui peuvent être importantes, en matière de rémunération.

Ce qui aurait dû entraîner l'application du principe « à travail égal, salaire égal », et donc amener l'employeur à justifier la baisse du nombre d'heures supplémentaires, ce qui relève de son pouvoir de gestion, mais aussi le motif objectif expliquant que cette baisse affectait en proportion certains beaucoup plus que d'autres.

Le principe « à travail égal » était pourtant à l'honneur en 2006 concernant également un contentieux portant sur le paiement de majorations d'heures supplémentaires, où la haute juridiction avait rappelé que :

— « le salarié rapportait la preuve par la production des bulletins de salaire d'éléments susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération entre les chauffeurs en matière de majoration des heures effectuées au-delà de la durée du travail applicable dans l'entreprise ;

— mais, d'autre part, que l'employeur n'établissait pas l'existence d'éléments objectifs en termes de coefficient, classification, qualification, ancienneté, connaissances professionnelles, diplômes, expérience, responsabilité, justifiant la différence de rémunération » (8).

Il est vrai que la formulation retenue était, en même temps qu'un rappel du principe, l'indication par la haute cour, formulée pour la première fois explicitement, que ce principe pouvait se lire *a contrario*.

Si un travail égal doit bénéficier d'une rémunération égale, « à travail inégal, rémunération inégale » semblait expliciter la Cour de cassation.

Cet arrêt de 2006 doit peut-être s'interpréter aujourd'hui comme le chant du cygne de l'application du principe « à travail égal » aux heures supplémentaires.

Six ans après, dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation n'exige plus de l'employeur qu'il justifie la différence de traitement entre salariés dans l'exécution ou le paiement des heures supplémentaires « par l'existence d'éléments objectifs en termes de coefficient, classification » etc.,

(3) Cass. soc., 29 oct. 1996 : Bull. civ. V, n° 359.

(4) Même si certaines formulations retenues dans quelques arrêts peuvent créer la confusion, la violation du principe « à travail égal » ne constitue pas une « discrimination », qui est une différence de traitement reposant sur un motif interdit par le législateur, en général pénalement sanctionnée par une peine d'amende et/ou de prison (C. pén., art. 221-2 et 221-3). Lorsque la différence de traitement n'est pas fondée sur un critère interdit (C. trav., art. L. 1132-1), elle reste une simple inégalité, donnant lieu à réparation civile par l'alignement du salaire défavorisé sur celui plus favorable. V. pour la distinction : Cass. soc., 5 juill. 2005, n° 03-44281 ; Cass. soc., 18 janv. 2006 : Bull. civ. V, n° 17.

(5) V. pour un véhicule de fonction : Cass. soc., 10 déc. 2008, n° 07-41879.

(6) C. trav., art. L. 3121-22, cité dans le visa.

(7) C. trav., art. L. 3121-11. V. sur l'inopposabilité aux salariés de décisions prises sans consultation obligatoire du comité d'entreprise : « Droits du salarié et du comité d'entreprise : quelles interactions ? », note sous Cass. soc., 7 avr. 2010 : LPA 5 juill. 2010

(8) Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45592.

NOTE

comme en 2006, ni par quoi que ce soit d'autre.

« Seul un abus de l'employeur dans l'exercice de son pouvoir de direction peut ouvrir droit à indemnisation ». Or l'abus de droit, notion d'un autre temps, a ceci de particulier qu'il doit être prouvé par celui qui s'en prétend victime (9).

Alors que l'application du principe « à travail égal, salaire égal » fait peser sur le salarié une obligation plus légère que sur l'employeur, le salarié devant seulement soumettre au juge des éléments de fait de nature à laisser présumer l'existence d'une discrimination, sans avoir à établir l'intention discriminatoire.

Au vu de ces éléments, il incombe à l'employeur de prouver que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination (10).

II. ... au retour de la théorie de « l'employeur seul juge » ?

Ce principe « à travail égal... » ne trouve manifestement plus à s'appliquer dans le contentieux de la répartition ou du paiement inégalitaire des heures supplémentaires.

A-t-il toujours vocation à interdire les écarts salariaux constatés entre salariés placés dans une situation identique, sauf pour l'employeur à les justifier par les éléments énumérés à titre indicatif dans l'arrêt de 2006 précité ?

Jusqu'à-là, la Cour de cassation considère que « l'employeur ne peut opposer son pouvoir discrétionnaire pour se soustraire à son obligation de justifier de façon objective et pertinente une différence de rémunération » (11).

S'il « n'existe pas de droit acquis à l'exécution d'heures supplémentaires », comme l'écrit la haute juridiction, le principe « à travail égal, salaire égal » entre salariés quel que soit leur sexe est-il plus un « droit acquis » ? Rien n'est moins sûr.

Le législateur n'est jamais intervenu clairement pour affirmer l'existence d'un tel principe.

Au chapitre « Salaire » du Code du travail, ne figure qu'une série de dispositions concernant « l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes » (12).

D'autres dispositions du code englobent entre autres le salaire, en interdisant toutes sortes de discriminations, c'est-à-dire de différences de traitement reposant sur des motifs interdits (13).

La seule obligation, le seul droit à l'égalité salariale légalement acquis ne concerne donc que l'égalité entre salariés masculins et féminins, et ceux appartenant à des groupes particulièrement exposés aux discriminations, limitativement énumérés par le Code du travail (14).

Le principe « à travail égal, salaire égal » est une création jurisprudentielle aux fondements juridiques incertains, que la cour a tirée de l'obligation d'égalité salariale entre les sexes.

« La règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes était une application de la règle plus générale " à travail égal, salaire égal " énoncée par les articles L. 133-5 4° et L. 136-2 8° du Code du travail ; qu'il s'en déduit que l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique » (15).

Cette analyse a été rendue possible grâce à l'exhumation de deux sous-articles du Code du travail et à leur analyse minutieuse par les hauts magistrats, dans un chapitre qui ne concerne pas directement les salaires, mais la « négociation collective » (actuel livre II).

L'ancien article L. 133-5 (actuel art. L. 2261-22) fixe en particulier seize conditions que doit respecter un accord collectif pour pouvoir être étendu par arrêté ministériel.

Parmi ces conditions figuraient au 4° : « d) Les modalités d'application du principe « à travail égal, salaire égal » et les procédures de règlement des difficultés pouvant naître à ce sujet, compte tenu notamment des situations révélées par l'application de

[9] Cass. soc., 6 janv. 1962 : Bull. civ. IV, n° 25.

[10] C. trav., art. L. 1144-1.

[11] Cass. soc., 30 avr. 2009 : Bull. civ. V, n° 121.

[12] C. trav., art. L. 3211-1 et s.

[13] V. supra.

[14] C. trav., art. L. 1132-1 : l'origine, le sexe, les mœurs, l'orientation sexuelle, l'âge, la situation de famille ou la grossesse, les caractéristiques génétiques, l'appartenance ou la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation ou une race, les opinions politiques, les activités syndicales ou mutualistes, les convictions religieuses, l'apparence physique, le nom de famille, l'état de santé ou le handicap. Auquel il faut ajouter l'article L. 1132-2 concernant l'interdiction de discriminer les grévistes.

[15] Cass. soc., 29 oct. 1996, préc.

NOTE

l'article L. 132-12, deuxième alinéa » (négociation périodique obligatoire sur les salaires).

L'article L. 136-2 8° du Code du travail, devenu article L. 2271-1, concerne quant à lui l'une des nombreuses missions de la commission nationale de la négociation collective, qui est : « 8° De suivre annuellement l'application dans les conventions collectives du principe à travail égal salaire égal, du principe de l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes et du principe d'égalité de traitement entre les salariés sans considération d'appartenance à une ethnie, une nation ou une race, ainsi que des mesures prises en faveur du droit au travail des personnes handicapées, de constater les inégalités éventuellement persistantes et d'en analyser les causes ; la commission nationale a qualité pour faire au ministre chargé du travail toute proposition pour promouvoir dans les faits et dans les textes ces principes d'égalité ».

La faible visibilité de ces articles et sous-articles explique qu'avant 1996 ils n'aient eu aucun écho en droit du travail, et qu'au contraire l'employeur était « libre dans l'exercice de son pouvoir de direction de l'entreprise, et sauf discrimination injustifiée, de décider pour chaque salarié des augmentations de rémunérations qui ne lui sont pas imposées par la loi, les conventions collectives ou le contrat de travail » (16).

Si la Cour de cassation venait à renoncer à sa jurisprudence sur l'égalité entre salariés, les articles L. 133-5 4° et L. 136-2 8° précités du Code du travail retomberaient purement et simplement dans les oubliettes de l'histoire du droit du travail.

En effet, selon la même Cour de cassation, le justiciable n'a aucun « droit acquis à une jurisprudence immuable dont l'évolution relève de l'office du juge dans l'application du droit » (17).

Si l'employeur n'avait plus l'obligation de justifier les différences de rémunération entre salariés du même sexe par l'existence d'éléments objectifs tels « coefficient, classification, qualification, ancienneté, connaissances professionnelles, diplômes, expérience, responsabilité » (18), ce serait la disparition de la règle générale « à travail égal, salaire égal ».

La disparition de la règle générale remettrait *de facto* en cause l'effectivité de la règle de « l'égalité de rémunération entre hommes et femmes », qui n'en est selon la Cour de cassation que l'expression particulière.

Dès lors que les salaires de salariés placés dans une situation identique pourraient à nouveau être individualisés sans règle « définie » ni « contrôlable », quels salariés de même qualification professionnelle mais de sexe différent pourrait-on comparer entre eux ?

(16) Cass. soc., 9 juill. 1985 : Bull. civ. V, n° 419.

(17) Cass. soc., 22 sept. 2010 : Bull. civ. V, n° 191.

(18) Cass. soc., 7 juin 2006, n° 04-45592, préc.

LE PREMIER DIABLE BOITEUX

Se souvient-on du jeu intitulé *Quelques arpents de pièges* ? Il a été créé par deux Québécois, puis repris en France sous le non moins sympathique titre *Remue-méninges*. L'anglais est passé hélas par là et a balayé ces deux images pour imposer le désormais célèbre *Trivial Pursuit*. Tant pis. Mais l'on peut toujours remuer ses méninges et éviter des pièges disséminés dans quelques arpents, en exerçant sa mémoire et ses connaissances. Quel est, par exemple, l'auteur espagnol qui a composé environ quatre cents comédies ? Il vivait au XVI^e et XVII^e siècles. Son nom n'est sûrement pas très connu des Français mais le titre de l'un de ses romans a inspiré l'un de nos plus grands écrivains du siècle des Lumières. Luís Vélez de Guevara (1579-1644) a, en effet, publié à Madrid, en 1641, un texte à la verve pour le moins satirique : *El Diablo cojuelo, novela de la otra vida*. Cet ouvrage connut une autre édition imprimée en 1671 à Saragosse. On sait qu'Alain-René Lesage (1668-1747) eut celle-ci entre les mains et s'inspira de ce récit pour composer son propre *Diablo boiteux* (publié à Paris, chez la veuve Barbin, 1707, in-12). L'un des exemplaires de cet ouvrage, relié en maroquin rouge par Chambolle-Duru, a été adjugé 5 000 €, à Drouot, le 23 novembre dernier par la SVV Beaussant Lefèvre, assistée par Alain Nicolas.



Frontispice de l'édition originale du *Diablo boiteux*, gravé par Magdeleine Horthemels, dont un exemplaire a été adjugé 5 000 €.

Alain-René Lesage, qui était le fils d'un notaire royal, fut d'abord dépouillé de son héritage par son tuteur puis de sa charge de fermier général, sans doute par un financier qui réussit à l'évincer. Pour vivre, il fut contraint de prendre la plume. Il traduisit un certain nombre de pièces d'auteurs espagnols, dont une suite de *Don Quichotte*, imaginée par Alonso Fernández de Avellaneda, qui n'obtint aucun succès. C'est avec une pièce de son cru, *Crispin rival de son maître*, jouée en 1707, qu'il fut enfin remarqué. Son succès fut encore consacré, la même année, par *Le Diablo boiteux* qui est davantage une continuation qu'une imitation du roman espagnol. « *Le Diablo boiteux* présente d'importantes variantes avec son modèle ainsi que de nombreuses intercalations d'histoires provenant de sources espagnoles différentes, comme Lope de Vega, Rojas Zorilla ou Lugo y Dávila », explique l'expert Alain Nicolas. En cela, [il] emprunte beaucoup à l'esthétique de la nouvelle, les histoires romanesques courtes formant les deux tiers de l'ouvrage. Dans ce roman picaresque, réaliste et merveilleux à la fois, il mêle le burlesque au sentimentalisme et excelle dans la peinture satirique des mœurs, avec de multiples touches parodiant Scarron, Sorel ou Cervantès ».

Cette édition originale de 1707, ornée d'un frontispice gravé par Magdeleine Horthemels, est particulièrement recherchée car Alain-René Lesage reprit son texte en 1726 et le modifia considérablement. On compte quatre éditions, toutes datées de 1707, semblables à l'originale, deux à Paris, une à Lyon et l'autre à Amsterdam. L'édition de 1726, que l'on pourrait considérer comme une nouvelle originale (chez la veuve Pierre Ribou, in-12), comprend douze planches et un frontispice, copié d'après celui réalisé par Magdeleine Horthemels. Nous avons vu passer un exemplaire qui a obtenu 50 €, à Drouot, le 21 décembre 2011 chez la SVV Ferri. La veuve Barbin devait sortir, en 1708, une édition semblable à l'originale, faisant ainsi cohabiter deux textes sensiblement différents sous le même titre. Selon les bibliographes, l'édition définitive serait celle de 1737, intitulée : *Le Diablo boiteux... avec les entretiens sérieux et comiques des cheminées de Madrid et les béquilles dudit diable* par Bordelon (à Paris, chez Prault Père, deux volumes in-12). Un exemplaire relié en plein veau orné, aux armes de Hartwig Ernst, comte de Bernstorff (1712-1772), ministre des Affaires étrangères du roi du Danemark et envoyé extraordinaire à Paris, a été vendu 400 €, à Drouot, le 25 février 2009 par la SWV Thierry de Maigret.

Les éditions du *Diablo boiteux* — ouvrage devenu un classique bien qu'il ait eu moins de succès que l'*Histoire de Gil Blas de Santillanne*, autre fameux livre d'Alain-René Lesage — se sont depuis succédées à un rythme soutenu, notamment celle illustrée par Charles-Emmanuel Patras et Clément-Pierre Marillier (Amsterdam, 1783) et celle illustrée par Tony Johannot (Paris, Bourdin, 1840) ; sans doute parce que l'on apprécie, comme le soulignait Joseph de la Porte, auteur de *La Nouvelle Bibliothèque d'un homme de goût* (1777), la manière badine avec laquelle Alain-René Lesage critique la morale.

Bertrand Galimard Flavigny

**Vient de
paraître**



“ Toutes les clés de compréhension
d'une matière technique
en perpétuelle évolution ”



Disponible
sur

Librairie
Lgdj.fr

www.lgdj.fr