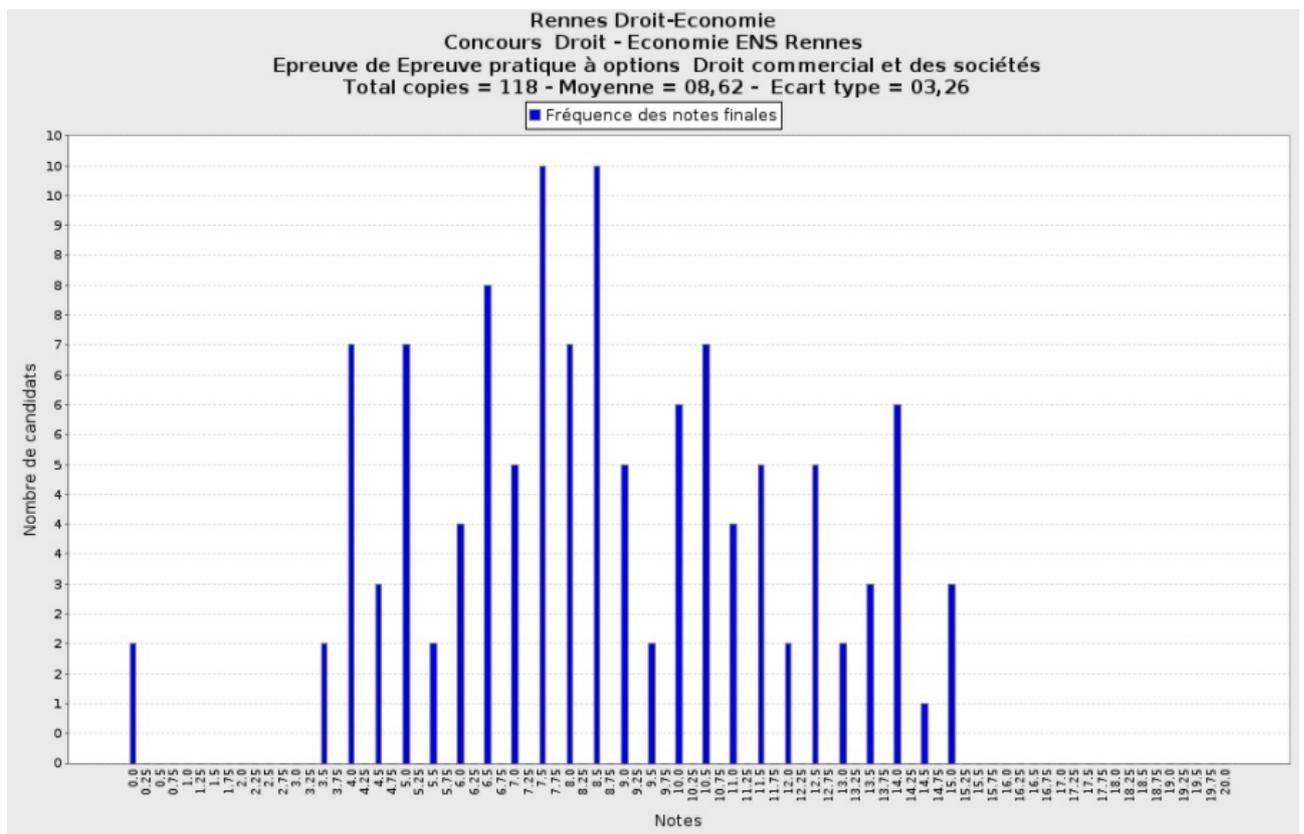


Epreuve écrite de droit commercial

Rapport de jury

I – Statistiques



II – Rapport

Nouvelle épreuve, le commentaire d'arrêt a, cette année, constitué une évolution sensible dans l'approche technique du concours Droit-Économie. A ce titre, nous avons jugé utile de revenir sur les indications déjà données (cf : site de l'école) quant à la forme de l'épreuve. Nous savons, en effet, que la présentation du commentaire d'arrêt diffère d'une faculté de droit à l'autre et, souvent, d'un enseignant à l'autre. Ceci ne concerne pas le fond, naturellement, ni la partie « commentaire » mais simplement l'introduction. D'aucuns, utiliseront, par exemple, le terme de « fiche d'arrêt » pour décrire la technique que nous avons retenue pour l'introduction : cela ne doit pas être pris comme une indication technique mais uniquement comme une référence universitaire, résultante de la disponibilité du terme.

Or, la forme qui vous est proposée dans le sujet zéro est, pensons-nous, celle qui permet de proposer une présentation neutre, sorte de synthèse des différentes techniques de commentaire d'arrêt. Nous invitons donc les candidats à s'y conformer et à suivre les indications données dans les classes préparatoires plutôt que les techniques préconisées dans les facultés de droit car ces dernières sont toutes différentes. Ceci dit, ne nous y trompons pas : la forme n'emporte pas nécessairement le fond et un excellent raisonnement fera toujours une copie excellente car il sera, par essence, parfaitement structuré.

Pour terminer sur ce point, vous relèverez que, dans le corrigé, nous avons séparé procédure et thèses en présence, mais uniquement pour que l'exposé soit plus clair. Comme vous le comprendrez aisément ces éléments peuvent être traités ensemble (procédure et thèses en présence dans le même *item*) sans que cela ne pose de problème particulier. Cette année, le barème a d'ailleurs été adapté aux deux formes d'expression.

S'agissant du commentaire, maintenant, nous avons relevé, très distinctement, que les candidats qui demeuraient étroitement attachés à l'arrêt obtenaient le plus souvent des notes supérieures à la moyenne. Il convenait donc de ne pas s'écarter de la logique de l'affaire, ce qui devait conduire à ne pas adopter de plan d'idée et/ou théorique. Ce propos doit toutefois être nuancé car il nous est apparu qu'il ne fallait pas non plus trop « coller » à l'arrêt, ce qui a conduit certains candidats à en recopier certaines parties et/ou se contenter de paraphrase(s).

En tout état de cause, il ne fallait pas trop inviter d'abstractions dans le raisonnement. Pour les candidats qui se sont orientés vers des raisonnements théoriques nous avons souvent relevé des interprétations *libres* de l'arrêt, les arguments utilisés relevant improprement de la technique de la dissertation. Quant à la question de droit posée à la Cour, il convient de souligner qu'elle ne peut pas être totalement étrangère à la problématique (si elle est différente, c'est que le candidat confond commentaire et dissertation).

Parfois, le commentaire est réduit à une récitation du cours. Par exemple, de longues parties de raisonnement ont parfois été consacrées à l'acte de commerce et la théorie de l'accessoire. Ce n'était pas le fond du débat, en l'espèce, car ce qui était en jeu, c'était l'acte de gestion. Pour prendre un autre exemple, certains commentaires n'étaient assis que sur un traitement fondé sur la qualité de commerçant.

Le corrigé qui vous est présenté ci-dessous pouvait, à l'évidence, être produit par les candidats dans le temps qui leur était imparti. Ce n'est cependant qu'un modèle. Vous relèverez, par ailleurs, que certaines parties (encadrées) sont indiquées « hors barème ». Il s'agissait, ici, de permettre au correcteur(trices) de valoriser des raisonnements marginaux mais néanmoins pertinents.

Rappel du sujet 2020 Droit Commercial

Arr. n° 914 du 14 nov. 2018 (16-26.115) - Cour de cassation - Ch. commerciale, financière et économique

Nota Bene : l'arrêt de la Cour d'Appel a été rendu en 2016 et a fait l'objet d'un contredit. La procédure de contredit permettait d'attaquer la décision d'un premier juge qui se prononçait sur sa compétence, sans que cela ne permette au second juge de statuer sur le fond du litige. Il s'agissait d'une voie de recours spécifique. Le contredit a été supprimé par le décret no 2017-891 du 6 mai 2017, entré en vigueur à compter du 1er septembre 2017. Désormais, une partie qui souhaite contester un jugement relatif à la compétence doit interjeter appel (articles 83 et ss. CPC).

Adde ; Article 627 du code de procédure civile :

« La Cour de cassation peut casser sans renvoyer l'affaire dans les cas et conditions prévues par l'article L. 411-3 du code de l'organisation judiciaire » (conditions remplies en l'espèce).

Cassation sans renvoi Demandeur (s) : Société SFR (Société française du radiotéléphone), société anonyme
Défendeur (s) : Mme Stéphanie X..., épouse Y... ; et autres

Attendu, selon l'arrêt attaqué, rendu sur contredit, que la société à responsabilité limitée Fresh delices (la société Fresh delices), anciennement dénommée Le Portable télécom, ayant pour gérante Mme Stéphanie X..., épouse Y... (Mme Y...), a été liée, entre mars 2001 et mars 2005, à la Société française de radiotéléphone (la société SFR) par des contrats de partenariat et de distribution ; qu'à partir de mars 2007, un litige prud'homal a opposé la société SFR à Mme Y..., cette dernière sollicitant la requalification des contrats de partenariat et de distribution en contrats de travail ; que la société SFR a été condamnée à payer à Mme Y... diverses sommes au titre d'indemnités de licenciement et de rupture sans cause réelle et sérieuse ; qu'au cours de la procédure prud'homale, la société SFR a assigné la société Fresh delices devant le tribunal de commerce afin qu'il soit statué sur les conséquences de la décision prud'homale sur l'exécution des contrats de partenariat et de distribution ; qu'après la liquidation amiable de la société Fresh delices, la société SFR, reprochant à Mme Y... d'être à l'origine du préjudice que lui avait causé l'inexécution par la société Le Portable télécom de ses obligations contractuelles et, à Mme X... , nommée liquidateur, d'avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions, les a assignées devant le tribunal de commerce de Paris, lequel a rejeté l'exception d'incompétence soulevée par Mmes Y... et X... ; que ces dernières ont formé un contredit ;

Sur le premier moyen :

Vu l'article L. 721-3 du code de commerce ;

Attendu que pour accueillir le contredit, l'arrêt retient que l'action de la société SFR dirigée contre Mme Y... relève de la juridiction civile dès lors qu'elle n'a pas la qualité de commerçante et que les faits qui lui sont reprochés ne constituent pas des actes de commerce ni ne se rattachent à la gestion de la société par un lien direct ;

Qu'en statuant ainsi, alors que les manquements commis par le gérant d'une société commerciale à l'occasion de l'exécution d'un contrat se rattachent par un lien direct à la gestion de celle-ci, peu important que le gérant n'ait pas la qualité de commerçant ou n'ait pas accompli d'actes de commerce, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et sur le second moyen :

Vu l'article L. 721-3 du code de commerce ;

Attendu que pour retenir la compétence de la juridiction civile, l'arrêt énonce, que, bien que l'action en responsabilité dirigée contre le liquidateur soit régie par l'article L. 237-12 du code de commerce, le liquidateur n'a pas la qualité de commerçant et n'accomplit pas des actes de commerce ;

Qu'en statuant ainsi, alors que le liquidateur, comme le gérant, agit dans l'intérêt social et réalise des opérations se rattachant directement à la gestion de la société commerciale, la cour d'appel a violé le texte susvisé ;

Et vu l'article 627 du code de procédure civile, dont l'application est proposée par la demanderesse ;

Par ces motifs : CASSE ET ANNULE, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 20 septembre 2016, entre les parties, par la cour d'appel de Paris ;

DIT n'y avoir lieu à renvoi ;

DIT le contredit mal fondé et le rejette ;

Corrigé

L'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 14 novembre 2018 (n° de pourvoi 16-26.115), n'aurait rien de singulier s'il ne permettait pas, au-delà d'un problème de compétence, des déterminer les contours de l'acte de gestion¹ ; et, ce, à l'occasion de la cassation d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris, statuant sur contredit.

*

La société Le Portable télécom devenue Fresh Delices (Fresh Delices), ayant pour gérante Mme Y, a été liée à la Société française de radiotéléphone (SFR) par des contrats de partenariat et de distribution entre mars 2001 et mars 2005.

Mme Y demande, après cette date, à la juridiction prud'homale la requalification de ces contrats de partenariat et de distribution en contrat de travail (*l'arrêt indique vaguement l'année 2007*). Durant cette période, SFR assigne Fresh Delices devant le tribunal de commerce afin que ce dernier statue quant aux conséquences de la décision prud'homale portant sur l'exécution des contrats de partenariat et de distribution.

Le conseil de prud'homme faisant droit à la demande de Mme Y, condamne SFR pour licenciement sans cause réelle et sérieuse et à verser les indemnités y afférentes.

Fresh délice est² liquidée, le liquidateur amiable étant Mme X., SFR assigne alors Mmes Y et X devant le tribunal de commerce de Paris leur reprochant ; pour Mme Y d'avoir été à l'origine de l'inexécution des contrats de partenariat et de distribution et, pour Mme X, d'avoir commis une faute dans l'exercice de ses fonctions de liquidatrice.

Mmes Y et X soulèvent alors l'exception d'incompétence du tribunal de commerce qui rejette cette exception. Mmes Y et X forment, par suite, un contredit.

¹ L'arrêt n'est pas siglé, volontairement, car il n'est pas certain que les élèves aient pu étudier ce point au cours de leur scolarité. Pour mémoire, l'arrêt est F-P +B+I ce qui indique son intérêt...

² (*difficile de déterminer si c'est pendant l'instance prudhomale ou après*)

La cour d'appel de Paris rend son arrêt le 20 septembre 2016 et, accueillant la demande des parties, décide que la juridiction civile est seule compétente pour connaître des litiges opposant SFR à Mmes Y et X. SFR forme alors un pourvoi en cassation devant la Chambre commerciale composé de deux moyens comportant chacun une seule branche.

*

La cour de cassation casse alors l'arrêt de la Cour d'appel de Paris pour violation de la loi, en l'occurrence, l'article L 721-3 du Code de commerce qui pose le principe de compétence du tribunal de commerce.³

Sur le premier moyen, le juge du droit examine d'abord les motifs du juge d'appel concernant

Mme Y. Sur ce point, la Cour de Paris s'appuyant sur les dispositions de l'article L. 721-3 précité établit que cette dernière :

- n'ayant pas la qualité de commerçante,
- n'étant pas assignée à raison de la réalisation d'actes de commerce,
- n'étant pas assignée à propos d'actes se rattachant **par un lien direct** à la gestion de la société ;

Ne pouvait être assignée que devant la juridiction civile.

La chambre commerciale casse toutefois cette partie de l'arrêt, au motif que « *les manquements commis par le gérant d'une société commerciale à l'occasion de l'exécution d'un contrat ne se rattachent pas un **lien direct** à la gestion de celle -ci⁴* »

Sur le second moyen, le juge du droit examine ensuite les motifs du juge d'appel concernant Mme X, étant rapporté qu'elle décide que cette dernière, en qualité de liquidatrice :

- n'est pas commerçante,
- et ne réalise pas d'acte de commerce⁵ ; ce qui, ici également, attrait le litige devant la juridiction civile.

La chambre commerciale de la Cour de cassation casse également cette partie de l'arrêt au motif que « le liquidateur, comme le gérant, agit dans l'intérêt social et réalise des opérations se rattachant directement à la gestion de la société.

L'arrêt est ainsi cassé en toutes ses dispositions, la chambre commerciale disant le contredit mal fondé et le rejetant, précisant par ailleurs qu'il n'y a pas lieu à renvoi.

On mesure de la sorte, qu'au-delà du problème de compétence, l'apport essentiel de l'arrêt de la Cour de cassation réside dans la détermination des contours de l'acte de gestion à travers son lien direct à la gestion de la société.

Cet acte ainsi serait constitué même par une inaction, lorsque le dirigeant salarié de la société a commis un manquement comme en l'espèce (I). Il en va de même lorsque le liquidateur agit, même si c'est pour faire disparaître la société, car « comme le gérant », il agit dans l'intérêt social (II). Les actes de gestion étant ainsi caractérisés, les litiges qui en découlent sont du ressort de la juridiction commerciale.

I / Le manquement du gérant, acte de gestion

A / Les incertitudes sur l'acte de gestion

³ Les candidats peuvent éventuellement indiquer les dispositions en question sans être sanctionnés. C'est toutefois maladroit car mieux vaut les conserver pour traiter du raisonnement.

⁴ Les candidats peuvent faire référence *in extenso* à la rédaction de la cour de cassation (i.e. ...peut important que le gérant n'ait pas qualité ...etc.) sans être sanctionnés bien que cela ne présente aucun intérêt - du moins dans l'introduction -.

⁵ Les candidats peuvent renvoyer, par mimétisme avec la rédaction de l'arrêt, aux dispositions de l'article L 237-12 du Code de commerce : la lecture de cet article permet toutefois d'établir que l'arrêt répond simplement aux conclusions de SFR car les dispositions sont vides de toute référence à une quelconque compétence. Toutefois, les candidats ne devront pas être sanctionnés sur ce point. La référence à l'article est admise, sauf en cas de contresens (c.a.d. considérer que l'arrêt est *contra legem* au regard de L 237-12 car il aurait suffi d'ouvrir le code pour se convaincre du contraire).

La définition de l'acte de gestion ne figure pas dans le Code de commerce. Il n'est pas mentionné, par ailleurs, à l'article 721-3 du même code qui établit la compétence du tribunal de commerce. Il dispose en effet que « *Les tribunaux de commerce connaissent :*

1° *Des contestations relatives aux engagements entre commerçants (...)*

2° *De celles relatives aux sociétés commerciales ;*

3° *De celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes (...)* »

Hors barème

La jurisprudence a toutefois une interprétation large du deuxième alinéa de cet article qui pose le principe de la compétence pour les « contestations (...) relatives aux sociétés commerciales ». Sur ce fondement, en effet, la Cour de cassation a pu considérer que des litiges portant sur des cessions de titres de sociétés commerciales étaient de la compétence des juridictions consulaires, voire même des litiges portant sur une clause de non-concurrence attachée à une cession de titres 'une société anonyme (Cass. com. 10 juillet 2017).

On mesure, qu'*a fortiori*, un acte de gestion réalisé par le gérant d'une société commerciale ne saurait que ressortir de la même compétence. Le juge du droit en décide ainsi lorsque ces actes se rattachent par un lien direct à la gestion de la société (Cass. com. 27 novembre 1973). Mieux encore, lorsque l'auteur de l'acte en question n'est ni commerçant ni dirigeant de droit d'une société commerciale, l'acte de gestion est également constitué dès lors que les faits allégués se rattachent, par un **lien direct**, à la gestion de la société (Cass. com. 27 octobre 2009).

B / Le manquement en tant qu'acte « directement » relié à la gestion

Le côté plus technique du débat réside dans la question de savoir si un manquement peut constituer un acte de gestion. On comprend en effet que, rationnellement, ce qui n'est pas réalisé n'est pas un acte. La notion d'acte est, en effet, lié à une action et non à une abstention.

Hors barème

La logique juridique est toutefois différente. Pour rapporter la question étudiée à une analogie bien connue, on distinguait auparavant, à la fois dans la doctrine classique issue du droit romain (et dans le Code civil) les obligations de faire et de ne pas faire. La doctrine moderne ayant récusé cette logique, les nouvelles dispositions du Code civil ne font plus cette distinction : l'article 1163 dudit Code établissant que « L'obligation a pour objet une prestation (...) ». Ainsi *devoir* (dans le sens commun) quelque chose peut également signifier s'abstenir, on le comprend aisément : en droit s'abstenir c'est souvent se contraindre à adopter un comportement. De la sorte *ne pas faire* peut naturellement avoir des conséquences juridiques (ainsi en est-il souvent, d'ailleurs, en droit pénal avec - par exemple - avec la non-assistance à personne en danger).

Sur ce point, toutefois, la rédaction de l'arrêt n'est pas suffisamment explicite. On croit comprendre que Mme Y n'a pas rempli ses obligations mais s'agissait-il véritablement d'une abstention ? La réponse à cette question est simple : le droit des obligations ne distingue pas entre l'absence d'exécution et la mauvaise exécution (voire le retard dans l'exécution) car les deux sont constitutives d'une inexécution qui rend le débiteur responsable.

D'où la position adoptée par le juge du droit : le manquement a un lien **direct** à la gestion de la société. Cela nous semble parfaitement justifié car il est impossible d'estimer, on le comprend bien, qu'un acte positif mal réalisé puisse entraîner compétence de la juridiction commerciale alors qu'un acte négatif (une abstention) ferait attirer le litige devant la juridiction civile. Tout doit être placé dans le même sac.

II / L'opération dans l'intérêt social, critère de compétence du juge commercial

A / Le liquidateur face à l'acte de gestion

Une autre disposition était mobilisée dans le second moyen du pourvoi : l'article L 237-12 du Code de commerce qui dispose, dans son alinéa premier que « *Le liquidateur est responsable, à l'égard tant de la société que des tiers, des conséquences dommageables des fautes par lui commises dans l'exercice de ses fonctions.* » Cette disposition est toutefois de peu de secours dans l'espèce examinée puisqu'il n'est guère articulable avec les critères de compétence du tribunal de commerce.

La question ne porte ainsi pas, comme auparavant, sur l'abstention en tant qu'acte mais sur la qualification des actes du liquidateur. Pour raisonner très simplement on peut se poser la question suivante : ses agissements sont-ils bien des actes de gestion, qui pourraient se définir comme des actes nécessaires au bon fonctionnement de la société ; alors qu'il est mandaté pour mettre fin à la société ?

A l'évidence, la Cour d'appel de Paris estimait à tort qu'il ne s'agissait pas d'acte de gestion. On le mesure bien à travers l'articulation de son argumentation : concernant Mme X, le juge n'évoque même pas l'acte de gestion ; il n'a que deux arguments pour écarter la compétence commerciale et ils concernent son statut : 1) elle n'a pas la qualité de commerçant, 2) elle n'accomplit pas d'acte de commerce.

La Cour de cassation décide, plus subtilement, et nous semble-t-il avec raison que le tribunal de commerce est compétent, sans pour autant tomber dans l'erreur de faire rentrer l'action du liquidateur dans le cadre juridique des actes de gestion. En effet, fort habilement, elle établit que « *le liquidateur, comme le gérant, agit dans l'intérêt social et réalise des **opérations** se rattachant directement à la gestion de la société commerciale* ».

L'emploi de ce terme « *d'opération* », ainsi, permet de désamorcer d'éventuelles querelles sur le fait de savoir si la mission du liquidateur peut s'assimiler à de la gestion alors qu'elle vise à mettre fin à la société.

B / L'intérêt social, un faux critère

Le recours par le juge de cassation à la notion d'intérêt social dans cette espèce pourrait paraître symptomatique de la volonté constante d'élargir le champ d'application de l'article L. 721-3 du Code de commerce.

C'est d'autant plus envisageable que le juge, comme le législateur d'ailleurs, ne donne toujours pas de définition de l'intérêt social, ce qui autorise les interprétations les plus plastiques. Les magistrats disposent avec cette notion d'un instrument souple d'appréciation des comportements des dirigeants. Ainsi, de rappeler qu'on a successivement vu (entre autres interprétations) l'intérêt social être assimilé à l'intérêt des associés – ancienne thèse de M. Schmidt en appui de l'article 1833 du code civil – l'intérêt de l'entreprise – interprétation de l'arrêt Fruehauf du 22 mai 1965 par MM Cozian, Viandier et Deboissy – ou, plus pragmatiquement l'intérêt de la personne morale – M. Dom, adde M. Bertrel avec la théorie du juste milieu –

Ceci étant posé on comprend que lors d'une liquidation il n'est pas évident d'évoquer l'existence d'un intérêt social, intérêt d'une société qui va être détruite. A moins d'en revenir à la thèse de l'intérêt des associés, tant décriée par la doctrine contemporaine.

C'est pourquoi, selon nous il faut entendre que l'utilisation de la notion d'intérêt social par la cour de cassation ne doit être rapportée qu'au souci d'indiquer une analogie : « **comme** le gérant, le liquidateur agit dans l'intérêt social ». Ses « opérations » ainsi sont comparables à celles du gérant et dès lors, en application de la jurisprudence constante, la juridiction commerciale est seule compétence pour traiter des litiges qui s'y rapportent.