

RAPPORT SUR L'EPREUVE DE DROIT COMMERCIAL

CONCOURS DI

OPTION

ECRIT DE 4 HEURES

SESSION 2008

Par Catherine-Thérèse BARREAU, Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique de l'Université de Rennes 1

Le sujet proposé « Risque et exercice du commerce » était technique mais également de nature à poser une problématique théorique, à permettre conduire une réflexion d'ordre général quant à l'évolution du droit commercial.

Il était en effet possible de donner au sujet le sens le plus évident : à savoir que celui qui exerce le commerce court un risque patrimonial, financier, pécuniaire. La recherche du profit a toujours eu comme contrepartie le risque de la ruine et donc de la faillite.

Au fil des années la consubstantialité du risque et de l'exercice du commerce a toutefois été atténuée. Des remèdes classiques (création d'une société dotée de la personnalité morale et à risques limités) aux plus contemporains (insaisissabilité de la résidence principale et instauration de la fiducie) en attendant les futurs (projet de loi de modernisation de l'économie concernant notamment le statut de l'entrepreneur individuel après les propositions du Secrétaire d'Etat M. Novelli¹) permettent à celui qui exerce le commerce de limiter le risque qu'il court. La théorie de l'unicité du patrimoine a été mise à mal à cette fin et il est aujourd'hui assez inexact d'affirmer péremptoirement que le « patrimoine d'affectation n'existe pas en droit français » notamment en cas de création par une personne physique d'une EURL. Certes il s'agit d'une société dotée de la personnalité morale mais c'est une fiction juridique.

La volonté politique de limiter le risque couru par l'entrepreneur individuel commerçant est si forte que l'on peut se demander si le risque du commerce est encore une réalité juridique, le risque économique étant lui constant.

D'ailleurs la mise en évidence de la constante du risque économique aurait dû conduire les candidats à se poser la question de la spécificité du risque commercial. Tous les professionnels indépendants, artisans, agriculteurs, professions libérales ... connaissant le risque économique et bénéficient des mêmes techniques juridiques de limitation du risque, de

¹ Le projet de loi de modernisation de l'économie prévoit de **renforcer la protection du patrimoine** de l'entrepreneur. Ainsi, l'insaisissabilité de la résidence principale sera élargie à tous les biens fonciers, bâtis et non bâtis de l'entrepreneur individuel, non affectés à l'usage professionnel. Les éléments du patrimoine déclarés insaisissables pourront désormais sortir de ce régime, dans leur ensemble ou individuellement, et ce afin de faciliter l'accès au crédit.

prévention de celui-ci (Loi du 1^{er} mars 1984) et de traitement du risque réalisé (Loi de sauvegarde des entreprises et mesures de redressement et de liquidation judiciaire).

L'exigence de règles particulières de capacité, le régime des interdictions, déchéances et incompatibilités, le statut du conjoint, le statut d'agent commercial, la distinction de l'artisan et du commerçant, le statut de gérant-mandataire du fonds de commerce, celui de locataire-gérant, la distinction des sociétés à risques illimités et des sociétés à risques limités, l'unicité du patrimoine, les sociétés unipersonnelles, la question des sûretés (notamment les garanties spécifiques sur fonds de commerce, le droit des instruments de crédit ... : autant de règles de droit qui permettaient de traiter le sujet. Sur le plan historique l'évocation des raisons pour lesquelles le prêt à la grosse aventure, ou la lettre de change ont été inventées était particulièrement opportune.

L'actualité politique, économique et sociale de par l'importance qu'elle accorde au développement de l'esprit d'entreprise permettait de nourrir utilement l'introduction.

Une perception moins technique du sujet était envisageable : distinguer le risque couru par celui qui exerce le commerce du risque qu'il fait courir aux tiers (créanciers, consommateurs, actionnaires-investisseurs ...).

En revanche, il ne paraissait pas judicieux de traiter de la liberté d'entreprendre en première partie et de n'aborder qu'en seconde partie les risques et leur gestion/prévention.

Le sujet n'était donc pas difficile. Dès lors il est étonnant que de très nombreux étudiants aient rendu une copie blanche (une dizaine de copies). Il est encore plus étonnant que seulement 9 copies aient obtenu une note supérieure ou égale à 13 et seulement 48 copies ont obtenu la moyenne sur 123. Une trentaine de copies a obtenu une note entre 8 et 6. Ces copies avaient en commun d'avoir perçu le sens du sujet mais sans que leur auteur ait pu en proposer un traitement construit et cohérent.

En effet, plus que les années précédentes, les copies souffraient d'un défaut de maîtrise de la méthode de la dissertation : pas de définition des termes du sujet, pas de problématique, pas de réflexion sur la portée du sujet, des plans-type voire « bateau », pas de plan, un pseudo-plan (I/L'exercice du commerce ; II/Les risques).

Portant sur le fond, de nombreuses copies révélaient de bonnes connaissances de la matière, un nombre considérable d'entre elles comportaient d'ailleurs tous les éléments-clefs de la réponse à apporter.

Les candidats ont donc des savoirs appropriés le plus souvent mais manquent de savoir-faire en matière de dissertation, laquelle est comme chacun sait, une démonstration de droit positif.

Il convient par conséquent pour l'année prochaine qu'un effort important soit fait en ce sens. Les candidats doivent impérativement être capables d'analyser le sujet, d'en déterminer la problématique et de déduire de celle-ci un plan (une construction présentant de manière ordonnée les idées qui permettent de répondre à la problématique dégagée).

Il conviendra aussi que les candidats se montrent plus soigneux : de plus en plus de copies sont carrément illisibles. La maîtrise de la calligraphie ne peut être exigée mais une écriture

lisible, à défaut d'être élégante, reste indispensable.

Il faut enfin évoquer la question de l'orthographe et de la grammaire. Les étudiants semblent fâchés avec les accords, les consonnes redoublées, les genres, et la conjugaison des verbes (notamment au participe passé lorsque l'auxiliaire avoir est utilisé. L'orthographe de certaines copies révèle tout simplement des trésors de créativité : Dépennalisation, pécurier, développement, il est sortit, démantellement, le risque est subit, le fond de commerce ...

Une toute dernière remarque portera sur la citation et l'usage excessif et mal venu qui en est fait par de nombreux candidats : oui « la liberté opprime et le droit libère », oui le droit des affaires est « le lac glacé des intérêts égoïstes » ... Commencer une dissertation par une citation suppose nécessairement que cette citation soit adaptée au sujet posé et seulement à lui. Quant au « litre » de chair du Marchant de Venise (sic) ... sans autre commentaire.