

RAPPORT (provisoire)
SUR L'EPREUVE DE DROIT COMMERCIAL
CONCOURS DI
OPTION
ECRIT DE 4 HEURES
SESSION 2010

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

138 candidats ont présenté l'épreuve de droit commercial. 55 ont obtenu la moyenne, soit une note comprise entre 10 et 16. 83 copies ont obtenu une note inférieure à 10, comprise entre 01 et 08. Il n'y a pas eu de copie blanche, donc pas de 0. Il n'y a pas eu de très bonnes copies. La moyenne s'établit donc à ... pour un écart-type de

L'actualité a revêtu en 2010 une grande importance en droit des affaires. La Loi du 15 juin 2010 a en effet reconnu aux entrepreneurs français la possibilité de limiter leur risque entrepreneurial en recourant à la technique du patrimoine d'affectation alors que depuis 1985 ils ne pouvaient parvenir à ce résultat qu'au moyen de la création d'une société unipersonnelle.

Le sujet était ainsi libellé : « Comparez la société unipersonnelle et l'EIRL ». On pouvait supposer que chaque candidat disposait des conséquences nécessaires à son traitement ; on pouvait redouter que de nombreux candidats risquaient de se contenter de plaquer leurs connaissances sur le sujet sans se préoccuper de sa rédaction en définitive subtile. En effet, si la société unipersonnelle est une expression générique qui renvoie à une technique juridique ; l'acronyme EIRL est au contraire une expression technique qui ne désigne qu'un statut juridique précis puisqu'il signifie Entrepreneur à Responsabilité Limitée, du moins dans le Code de commerce même si le Code civil évoque lui l'Entreprise à Responsabilité Limitée. L'une et l'autre des suppositions faites allaient s'avérer exactes. Les copies notées entre 01 et 06 correspondent à la deuxième allégation. Les copies notées 07 et 08 à la première. Seules les copies notées entre 10 et 16 ont su allier connaissances et démonstration soit moins de 40 % des candidats. Mais seules celles notées entre 12 et 16 soit 30 copies évoquaient l'ensemble des notions attendues et les articulaient avec un certain savoir-faire (les copies notées 16 étaient révélaient en sus du talent sur le plan formel et substantiel).

Les notions attendues étaient les suivantes : patrimoine, actif, passif, droit de gage général, créanciers, chirographaires, privilégiés, patrimoine d'affectation, société, associé unique, personnalité morale, personne physique, entrepreneur, commerçant, artisan, professionnel libéral, agriculteur, responsabilité illimitée, responsabilité limitée, risque, sûretés, décloisonnement patrimonial, poursuite, dettes, défaillance, paiement

Les sources étaient les suivantes : le Code civil, le Code de commerce, le Code monétaire et financier notamment ; la doctrine (la théorie d'Aubry et Rau, le rapport Champaud sur l'EPRL, la théorie de la société technique d'organisation de l'entreprise) ; la pratique (la proposition notariale afférente à la pro-personnalité, l'accord OSEO/SIAGI sur la garantie des crédits des EIRL, la pratique bancaire en matière de sûretés) ; le droit comparé (allemand, anglais et portugais notamment) ; le droit européen (directive sur la société unipersonnelle, projet Small Business Act) ...

La problématique consistait en la démonstration que soucieux depuis longtemps de limiter le risque entrepreneurial le législateur français avait d'abord hésité à réfuter la théorie de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine telle que présentée par Aubry et Rau. Il avait donc choisi en 1985 de permettre dans certains cas la création d'une société unipersonnelle *ab initio*, considérant comme moins grave la remise en cause du contrat de société et de la personnalité morale entendu comme

l'attribut naturel de tout groupement de personnes constitué pour la défense d'intérêts licites et pourvu d'une possibilité d'expression collective. La théorie de la réalité de la personnalité juridique ayant déjà été remise en cause en 1966, la consécration définitive de la théorie de la fiction et de l'acte juridique unilatéral comme source d'engagement lui avaient semble moins gravé que l'introduction du patrimoine d'affectation comme proposé en 1978 par le Rapport Champaud. Ainsi avaient été créées : l'Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée et son pendant agricole, l'Exploitation Agricole à Responsabilité Limitée) puis la Société par Actions Simplifiée Unipersonnelle. Mais le succès n'ayant pas été au rendez-vous, le législateur remit sur le métier son ouvrage et adopta la Loi Madelin en février 1994 (instauration d'une priorité de poursuite par les créanciers professionnels des biens nécessaires à l'exploitation et d'une priorité de constitution de sûretés par les banquiers sur ces mêmes biens). Là encore ce fut l'échec. Plus récemment le législateur, Loi Dutreil 1 d'août 2003 mit en place la déclaration d'insaisissabilité de la résidence principale d'abord, de tout actif foncier bâti ou non bâti non affecté à l'usage professionnel. Le succès de cette nouvelle disposition resta mitigé.

En revanche, le succès du statut d'auto-entrepreneur redonna suffisamment de confiance au gouvernement pour que soit commandé un rapport supplémentaire sur la limitation de responsabilité de l'entrepreneur, prélude à l'EIRL. Ce nouveau statut a été fondé sur la théorie du patrimoine d'affectation, marquant l'achèvement (provisoire ?) d'un mouvement de réfutation de la théorie de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine entamé par l'introduction de la fiducie par une loi de 2007 perfectionnée en 2008 par la LME et par une ordonnance de 2009. La loi du 15 juin 2010 a voulu proposer un mécanisme plus simple que la société unipersonnelle pour permettre à un entrepreneur de limiter sa responsabilité professionnelle à ses actifs professionnels en protégeant ses biens personnels.

Mais ce dispositif sera-t-il plus efficace ? La chose est connue : les banquiers ne font crédit aux sociétés unipersonnelles que si leur associé unique leur consent une sûreté sur ses biens personnels. Qu'en sera-t-il avec l'EIRL ? Probablement en ira-t-il de même.

La comparaison demandée permet alors de mettre en évidence le fait que :

- société unipersonnelle et EIRL par des techniques opposées une finalité identique : la limitation de la responsabilité de l'entrepreneur
- l'EIRL n'est pas conçue pour atteindre une autre fin comme par exemple assurer dans de bonnes conditions le développement de l'entreprise ou en faciliter la transmission. La société unipersonnelle le permet parce qu'elle est une véritable technique d'organisation de l'entreprise.

Bien étayés par les connaissances du candidat le plan pouvait être construit autour de ces deux idées.

Parmi les erreurs fréquemment commises, on peut relever notamment celles-ci :

- confusion entre la société unipersonnelle et l'EURL, le sujet devenant une comparaison entre l'EURL et l'EIRL
- confusion entre le risque entrepreneurial et le risque commercial (plusieurs copies ont affirmé avec aplomb que seuls les commerçants peuvent être des EIRL) alors que l'un des intérêts du sujet était de montrer qu'un même problème (le risque de la procédure collective) était résolu pour tous les sujets concernés de la même manière ;
- l'EIRL a été qualifiée de société.

Elles sont révélatrices d'un véritable problème d'apprentissage du droit contemporain des affaires.

Une erreur de méthode a consisté à négliger la dimension théorique du sujet (exigée par l'emploi de l'expression « société unipersonnelle ») et à se focaliser sur sa dimension pratique (sollicitée par l'emploi de l'acronyme EIRL). Le devoir devenait alors une récitation de cours organisée en deux parties :

- 1) La société unipersonnelle
- 2) L'EIRL.

Il est étonnant que des étudiants de classe préparatoire n'aient pas été mieux préparés à déjouer le piège d'une dissertation les appelant à effectuer une comparaison. Comme l'an dernier un problème

de niveau académique mérite d'être souligné.

La conclusion sera reprise du rapport de 2009 et de celui de 2010. « 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 : beaucoup de copies étaient très difficiles à lire cette année encore. La maîtrise de la calligraphie ne peut être exigée mais une écriture lisible, à défaut d'être élégante, reste indispensable ».

Une nouvelle alerte en ce qui concerne les défauts de maîtrise de la langue : orthographe, grammaire, vocabulaire, conjugaison ... doivent être précis et exacts.