

RAPPORT 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

Si l'an dernier le cru était bon, il n'en est malheureusement pas de même cette année. Cette option a séduit beaucoup plus de candidats (141 contre à peine 100) mais beaucoup n'étaient pas prêts.

Le sujet était particulièrement difficile. Rédiger une dissertation, sans aucun document, sur le thème suivant : « Les évolutions économiques et juridiques du début du XXI^e siècle remettent-elles en cause la notion de fonds de commerce ? » nécessitait une analyse fine du sujet et une maîtrise de la méthode plus qu'un ensemble de connaissances encyclopédiques.

Nombre de candidats disposaient de connaissances de bon niveau sur la notion de fonds de commerce mais peu ont été capables d'articuler les différents mots-clés du sujet pour élaborer un plan permettant de répondre à la question posée.

En 2009, le centenaire de la consécration législative du fonds de commerce par la Loi du 17 mars 1909 aurait pu être commémoré. En 2010, le « nouveau » Code de commerce issu de la recodification de septembre 2000 fêtera ses 10 ans. Or cette recodification (dont un candidat nous a écrit qu'elle avait inspiré les critiques d'Escarra !) a fait entrer le fonds de commerce dans le Code de commerce puisque le premier Code de 1807 ne le connaissait pas. En dépit de son libellé, le sujet est donc pourvu d'un ancrage (et non « encrage » comme a préféré l'écrire un candidat) historique important.

Mais les évolutions juridiques et économiques qu'il convient de confronter à la notion de fonds pour déterminer si elles remettent ou pas en cause cette notion sont celles du XXI^e siècle soit celles qui sont survenues depuis 2000 ; beaucoup de copies n'ont tenu aucun compte de cette restriction et ont consacré d'importants développements à l'instauration de l'EURL en 1985 ...

En ce qui concerne les évolutions juridiques, de nombreux candidats ont compris qu'il ne fallait pas uniquement s'attacher aux évolutions législatives (2001, 2003, 2005, 2008, 2010) mais également évoquer les évolutions jurisprudentielles (notamment la jurisprudence relative au droit à la propriété commerciale des franchisés et concessionnaires lorsqu'une clientèle personnelle peut leur être reconnue). L'axe fort à cet égard est la mise en place d'institutions juridiques nouvelles visant à protéger le patrimoine du commerçant et donc à limiter le droit de poursuite des créanciers. Dans l'introduction les candidats pouvaient à cet égard évoquer la Loi Madelin de février 1994 et dans les développements relater les très grandes facilités d'institution des sociétés unipersonnelles (comme par exemple la possibilité pour le conjoint d'une EURL voire d'une petite SARL d'opter pour le statut de collaborateur). L'évocation de l'EURL en cours de création à l'époque était attendue ; beaucoup de candidats l'ont compris. Il fallait évoquer la déclaration d'insaisissabilité mais

rester discret sur le statut d'auto-entrepreneur car, s'il est dispensé d'immatriculation au RCS, l'auto-entrepreneur a vocation à créer un fonds de commerce dès lorsqu'il dispose d'une clientèle personnelle. Presque tous les candidats le savaient : le fonds c'est la clientèle. Et puisque les commerçants ne sont pas les seuls à avoir une clientèle, il fallait évoquer les évolutions législatives ayant étendu le « droit au fonds » aux agriculteurs (XXI^e Siècle), et rappelé l'extension précédente aux artisans (1996 au moins dans l'introduction), sans oublier de signaler que si la Cour de cassation a consacré la patrimonialité de la clientèle civile, le législateur lui n'a pas encore reconnu « le droit au fonds libéral ». Enfin l'instauration de l'institution de la fiducie méritait aussi d'être citée et appréciée.

En ce qui concerne les évolutions économiques, les candidats ont évoqué la mondialisation de l'économie, la financiarisation de l'économie (ce sont deux évolutions majeures mais dont le lien avec la remise en cause éventuelle de la notion de fonds de commerce était trop ténu pour servir de fil conducteur à la démonstration) mais aussi, et à plus juste titre, la dématérialisation (le développement de l'économie numérique et des sites internet comme nouveaux fonds de commerce) et bien sûr la crise économique qui rend plus crucial le besoin de protection du patrimoine du commerçant.

Le plan dès lors pouvait être construit selon un mode dialectique. Non, les évolutions économiques et juridiques ne remettent pas en cause la notion de fonds de commerce : la jurisprudence réalise les adaptations indispensables de la notion (concession, franchise ; sites internet), le régime des opérations sur fonds de commerce est indispensable à la transmission des entreprises ; d'ailleurs la notion est étendue au-delà du droit commercial. Mais ce fonds n'est qu'un bien dans le patrimoine du commerçant, composé d'éléments actifs exclusivement, ne formant qu'une universalité de fait, il ne répond pas à lui seul aux besoins des entrepreneurs. La notion de fonds de commerce est donc marginalisée par la création des sociétés unipersonnelles qui dotent l'entreprise d'une véritable personnalité juridique et d'un patrimoine et la création de l'EIRL. Le législateur a choisi de faire du fonds un élément de cette EIRL, il aurait pu faire du fonds un patrimoine d'affectation.

L'écueil sur lequel se sont brisés les espoirs de nombreux candidats d'avoir une note correcte résidait dans le risque de rendre un banal devoir sur le fonds de commerce, construit à partir d'une analyse critique de la propriété commerciale et de l'avantage excessif qu'elle représente, d'une approbation de la jurisprudence TREVISAN, de la nature d'universalité de fait du fonds ... sans relier ces éléments aux évolutions économiques et juridiques déjà mentionnées.

Aucun hors sujet n'a été rendu mais de nombreuses copies étaient blanches ou à peu près : une trentaine de copies ont obtenu une note comprise entre 0 et 5.

La plupart des candidats n'ont pas compris le sujet mais n'ont pas su y répondre à travers le plan choisi et se sont concentrés sur des développements qui ne traitaient en définitive que de la notion et du régime du fonds de commerce. Ces copies ont été notées entre 6 et 8 : près de 70 copies. Outre de graves défauts de méthode ces copies comportaient des erreurs inacceptables : « le fonds de commerce, universalité juridique » étant la plus fréquente. On peut donc évoquer à leur propos un problème de niveau académique. Ces copies s'ornaient en outre de plusieurs fautes d'orthographe, de grammaire ou de conjugaison. Ces copies contribuent à donner une image à nouveau dégradée de la maîtrise de la langue française par un trop grand nombre de candidats.

Enfin une quarantaine de copies correspondent au sujet. Elles se répartissent entre une trentaine de copies honorables (notes comprises entre 10 et 12) et une dizaine de copies de bon niveau, voire excellentes : notes allant de 13 à 17. Le niveau relativement bas des notes s'explique pour les premières par des introductions sommaires et incohérentes et des intitulés confus ou descriptifs.

En conséquence la moyenne s'établit à 7,36/20 avec un écart-type de 3,85.

En conclusion, les propos de l'an dernier peuvent être repris. « 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 ». En revanche il faut lancer une nouvelle alerte en ce qui concerne les défauts de maîtrise de la langue. Le florilège suivant convaincra :

Fond de commerce (plus de la moitié des copies faisait la faute une fois au moins)

Clientelle

Aucunes règles

Se définir

Universalité de faits, universalité de droits

Pécunière

Il est définit, il est subit,

Du points de vue (7 copies quand même)

Développement

Boulversement

L'impacte

L'octroie

L'isolation du patrimoine professionnel

Maléable

Effet de balancié

Et pour les auteurs : Aubry-Héreau ; Decoque, Lyon-Cahen, Jauffray ...

La dissertation est un exercice de rigueur, de précision et de clarté tant sur le plan du fond que de la forme. C'est pourquoi le présent rapport mélange les observations à cet égard.