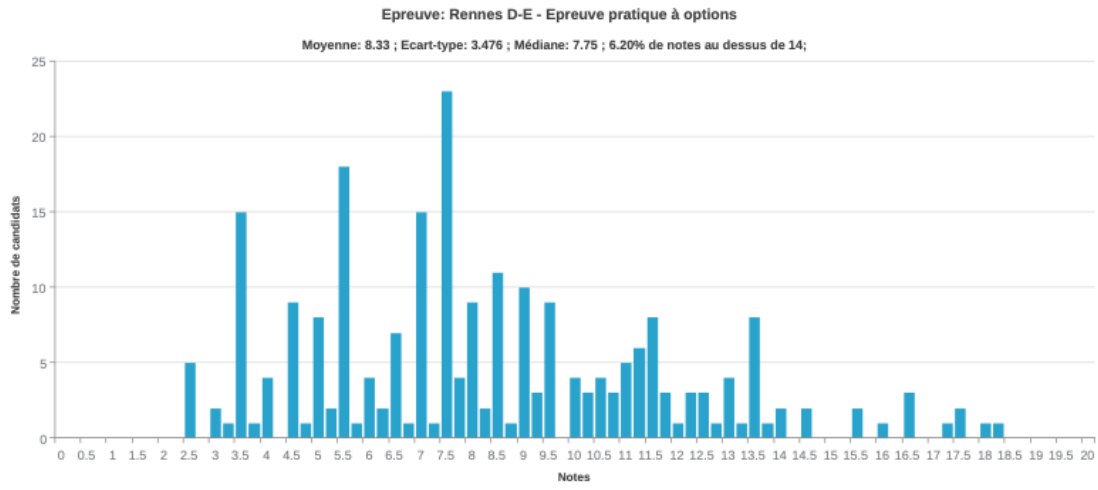
Concours D-E
Session 2026

Rapport de jury
De l'épreuve de Droit commercial

I – Statistiques



II – Rapport

L'arrêt proposé à l'analyse et au commentaire pour le concours 2026 était un arrêt de la chambre commerciale en date du 3 décembre 1991 qui présentait la caractéristique de couvrir de larges plans du programme, mobilisant à la fois le droit des sociétés, la notion de fonds de commerce, de location-gérance et de bail commercial.

Il présentait de la sorte une première difficulté tenant au volume des connaissances à mobiliser pour raisonner avec exactitude. Ainsi, les candidat•e•s ont très souvent confondu le bail commercial (élément important du fonds de commerce) avec le contrat de location (location – gérance) du fonds de commerce, ce qui a faussé l'ensemble du raisonnement.

La seconde difficulté résidait dans les contradictions (ou obscurité) des textes applicables, le juge du droit ayant dû trancher entre des régimes apparemment incompatibles.

Le jury a naturellement tenu compte de ces deux obstacles dans la notation, relevant, d'un coté l'excellence formelle de l'ensemble des copies, largement soulignée par les correcteurs mais déplorant, en revanche, les erreurs de raisonnement liées à la confusion précitée entre bail commercial et location gérance. Des copies exceptionnelles ont émergé au demeurant, de l'ensemble à l'appui de raisonnements très solides ou d'exégèses subtiles.

Une proposition de corrigé figure ci-dessous, intégrant, *in fine*, des variantes rencontrées à de nombreuses reprises dans les compositions des candidat•e•s.

Éléments de corrigé

Faits

Le 18 décembre 1970, Mme Y fait un apport en jouissance d'un fonds de commerce à la société à responsabilité limitée (SARL) Libre-service Nee.
Le 1er juillet 1982, cette société a cédé la jouissance du fonds à M. X...
M. X est placé en redressement judiciaire et, on peut supposer, compte tenu des circonstances et de la demande de Mme Y, qu'il n'exploite plus le fonds
Mme Y demande alors la restitution du fonds de commerce car il n'est plus exploité.

Procédure

On peut supposer que c'est Madame Y qui intente un recours pour obtenir la restitution du fonds de commerce. Nous ne connaissons toutefois pas la procédure suivie ni la solution adoptée par les premiers juges.
Un appel est interjeté sans qu'on puisse en déterminer l'auteur.
On sait toutefois que la Cour d'appel de Rouen rend un arrêt le 26 mai 1988 qui conclut à la restitution du fonds de commerce à Mme Y.

Thèses en présence

La Cour d'appel décide que l'apport en jouissance fonds de commerce s'analyse comme étant un bail, que le preneur avait – à cet égard - l'obligation de l'exploiter et que ne l'ayant plus fait, la sanction de l'inexploitation devait être la restitution du fonds litigieux.

Moyen du pourvoi

On ignore les moyens du pourvoi (dont l'un au moins est fondé sur la violation de la loi), non plus que l'on ne connaît sa structure mais on connaît, en revanche la réponse de la Cour de cassation.

Réponse de la cour

La Cour répond, au visa des articles 1832 et 1843-3 du Code civil que, comme l'avaient constaté les juges du fond, le fonds de commerce avait été apporté en jouissance à la SARL et qu'en décidant que ledit fonds devait être restitué à Mme Y, la Cour d'appel de Rouen avait violé les textes susvisés.

Problématique

Le problème auquel était confronté la chambre commerciale était de savoir si l'apport en jouissance d'un fonds de commerce devait être soumis aux règles relatives au bail commercial ou à celles, plus générale, des apports en société.

Plan

Sur ce point, en effet, la solution donnée par le code civil, en son article 1843-3, n'est guère évidente et laisse transparaître la possibilité qu'il puisse exister des **règles concurrentes (I)** en la matière. Le conflit entre règles d'ordre public est toutefois tranché par la Cour de cassation qui impose une **interprétation de l'article 1843-3 favorable à l'organisation sociétaire (II)**

I / Des règles concurrentes

A / Les régimes des apports en jouissance et du bail de fonds de commerce

Règles sur les apports en jouissance
1832 CC exigence des apports
1843-3 al° 4 régime des apports en jouissance

- Régime de base : il s'agirait de mettre en place le même régime que celui qui encadre les rapports bailleur/preneur, c.à.d. l'apporteur conserve la propriété de l'apport, avec toutes ses conséquences.
- Mais, s'il s'agit de « choses de genre » OU « tous autres biens appelant à être renouvelés pendant la durée de la société », alors le « contrat » transfère « la propriété à la société » charge d'en rendre une pareille quantité, qualité et valeur.

Toutefois, si on lit 1843-3 al° 4 **très strictement,** on n'aboutit pas nécessairement à la même conclusion : on nous dit que « l'apporteur est garant envers la société comme un bailleur envers son preneur ». Ainsi l'application du régime du bail pourrait n'être que partielle et ne concerner que la garantie de jouissance…

En toute hypothèse si on retient – dans une interprétations large - toutes les règles sur le bail du fonds de commerce, il s'agit en fait d'un contrat de location-gérance (à distinguer du bail commercial). Au titre des obligations du preneur, figure celle de ne pas dévaloriser le fonds, d'en prendre soin comme d'une personne raisonnable et, en conséquence, de l'exploiter. La restitution est donc possible en ce cas.

B / La contradiction entre les deux régimes

S'agissant de la location gérance, l'article L. 144 1 c com établit bien que c'est un régime d'ordre public en indiquant « nonobstant toute clause contraire (… les situations de location d'un fonds de commerce) sont régies par le présent titre ».

La constante de la nécessité des apports est également une disposition d'ordre public. Cela se déduit aisément de la rédaction de l'article 1832 et a été confirmé de longue date par la jurisprudence qui voit dans l'apport « l'une des conditions essentielle du contrat de société » (Req 15 déc. 1920, jurisprudence constante).

En l'espèce, on mesure mieux la position de la cour d'appel : elle applique la disposition explicite d'ordre public de L. 144 1 c com. et cela semble être la solution la plus sûre.

Il y a en effet une incertitude née de la rédaction de l'article 1843-3 al° 4 qui établit le régime des apports en jouissance : le régime de base est bien la location (début de l'alinéa 4°) mais l'exception (apport en pleine propriété à la fin de l'alinéa) n'est pas claire. En effet, les choses de genre (par opposition aux corps certains) se consomment pas l'usage, et on comprend qu'elles ne puissent être restituées mais qu'entend-on par « tous autres biens appelant à être renouvelés pendant la durée de la société » ? C'est là la seconde ambiguïté du texte, la première étant, nous l'avons vu, que l'on ne sait pas si le régime du bail ne s'applique qu'à la garantie due par l'apporteur ou à l'intégralité des rapports entre apporteur et société.

II / Une interprétation favorable aux sociétés

A / Le fonds de commerce, un bien particulier pour l'apport en jouissance

En l'espèce, la rédaction des juges du droit est pour le moins laconique : « il est constant que le fonds litigieux avait été donné en jouissance » (…) d'où il s'ensuit que la Cour d'appel a violé les articles 1832 et 1843-3 du code civil.

Ainsi, la Cour écarte explicitement l'application de l'article sur la location gérance, en dépit de sa rédaction d'ordre public. Mais ce qui est le plus intéressant, c'est la dimension implicite de son propos. Nous pouvons, à cet égard proposer plusieurs interprétations :

La première est la suivante : En refusant la restitution du fonds, la chambre commerciale en vient à donner effet plein et entier à la disposition qui veut que la société qui reçoit un apport en jouissance en soit déclaré propriétaire s'il s'agit de « **biens appelant à être renouvelé pendant la durée de la société** ».

Le fonds de commerce serait alors L'EQUIVALENT D'UNE chose de genre, quand bien même l'intuition porterait à conclure qu'il s'agit d'un corps certain. En effet c'et son contenu qui est appelé à se renouveler. Ainsi en est-il de la clientèle, élément essentiel du fonds nous indique la jurisprudence constante. L'arrêt du 15 février 1937 (req.), affirme en effet que « de tous les éléments du fonds, la clientèle représente le plus

essentiel, celui sans lequel un fonds de commerce ne saurait exister ». Il en va de même des stocks, des autres éléments incorporels que constituent les contrats, les clauses etc.. (dits « autres éléments incorporels », le plus souvent) il ne peut s'agir que de choses de genre. Le fonds de commerce est effet un bien singulier : corps certain dans sa globalité mais composé à la fois corps certains et de choses de genre (?). On comprend mieux, alors le raisonnement du juge du droit, pris dans ce paradoxe.

La seconde est également logique : Dans l'interprétation stricte de l'article 1843-3 al° 4, l'apporteur d'un corps certains est garant COMME un bailleur. Ce ne serait, pour le législateur, que le renvoi à la partie d'un autre régime. En reflet, pour une chose de genre, il y a garantie COMME pour un vendeur envers son acheteur. Ici également ce ne pourrait être qu'un renvoi à une partie du régime de la propriété puisque, par essence, l'apporteur ne concède que la jouissance de son apport.

B / Une justification supplémentaire : l'apport en jouissance est dérogatoire

On peut se demander, au surplus, si l'apport en jouissance est doté d'un régime adapté au fonds de commerce. En effet, le régime de principe, fondé sur le bail, impose une restitution du bien en nature à la fin de l'apport, savoir la dissolution de la société ou son terme. La disposition est logique lorsqu'on est véritablement en face d'un corps certain : un immeuble par exemple et, qui plus est un corps certain corporel. On comprend qu'il ne peut y avoir logiquement qu'un mécanisme : la restitution, car l'apporteur en jouissance demeure toujours propriétaire.

Comment, en revanche restituer des biens incorporels ? Certains s'y prêtent, les brevets etc. D'autres, non car ils ne sauraient être restitués comme tels : l'apport du fonds de commerce en est un bon exemple. C'est là sans doute la clé cachée du raisonnement du juge du droit.

En définitive, c'est peut-être là le sort du fonds de commerce : être en partie consommé et renouvelé. Il demeure que l'apport en jouissance s'étiole et n'est plus aujourd'hui qu'exceptionnel en droit des sociétés.

NB 1, on peut ajouter comme variable explicative que « le retour au bailleur du fonds de commerce n'aurait pas été possible en cas de redressement ou de liquidation judiciaire : Cass. com. 7 février 1989 ». Il me semble que cette explication ou tentative d'explication est recevable et qu'elle s'accorde, d'ailleurs avec nos propres arguments.

NB 2, autre variable explicative, qu'en revanche nous avons beaucoup de mal à accepter ; la « référence à *l'affectio societatis* » (…) « il fait preuve d'un véritable engagement auprès de la société qui n'est pas dissociable de la notion de perte ».
Le raisonnement est intéressant au regard de l'essence du pacte sociétaire, certes, mais la notion *d'affectio societatis* joue exclusivement lors de la formation du contrat (pour l'instant en tous cas). S'agissant des copies examinées, d'ailleurs, on se rend compte que les candidat•e•s qui évoquent *l'affectio societatis* ne comprennent pas le sens de l'arrêt.