

# Nantissement et hypothèque des fonds de commerce dans les législations française et espagnole : étude comparée



MARIA BEATRIZ SALGADO  
Docteur en droit privé  
Université Paris XII

*L'étude comparée des législations française et espagnole souligne les différences existant entre le nantissement et l'hypothèque mobilière constituée sur le fonds de commerce. Toutefois, les divergences les plus importantes concernent la protection des créanciers et les éléments qui composent l'assiette de la garantie.*

Depuis la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, le fonds de commerce français est utilisé comme source de crédit pour son propriétaire. L'ensemble des biens corporels et incorporels organisés en fonction de l'activité commerciale exercée constitue, dans de nombreuses situations, la base de la sûreté qui garantit la somme prêtée. En effet, le commerçant ne dispose que de son fonds en guise de garantie. Cette situation ne se vérifie pas seulement en France, et des commerçants d'autres pays de l'Union européenne font également de leurs établissements commerciaux des instruments de crédit. Dans le contexte de la communauté européenne, des différences très importantes en matière de garanties sur le fonds de commerce, sont constatées notamment entre le droit français et le droit espagnol.

Ces différences sont dues, en grande partie, au fait que les législateurs ont prévu des garanties distinctes pour grever les établissements commerciaux : alors que le commerçant français constitue un nantissement sur son fonds de commerce, le titulaire d'un établissement commercial espagnol greève ce bien avec une hypothèque mobilière.

Les créanciers espagnols ne constituent que très peu de garanties sur leurs établissements, contrairement aux

créanciers français qui ont fait des nantissements des fonds de commerce l'une des garanties la plus utilisée – malgré le fait qu'ils manifestent un certain mécontentement à l'égard de cette sûreté –. Les statistiques de 1998 illustrent cette affirmation. Le greffe du tribunal de commerce de Paris enregistrait cette année-là 5710 nantissements, alors que le registre de la propriété de Madrid n'inscrivait que trois hypothèques mobilières d'établissement commercial.

Les différences sont importantes, non seulement entre les deux garanties – nantissement et hypothèque – mais également en ce qui concerne leur utilisation dans chaque pays. Pourtant la législation espagnole – loi du 16 décembre 1954 – protège beaucoup plus qu'en France le titulaire d'une créance née du fonds de commerce. Celui-ci bénéficie d'une assiette plus stable, de garanties supplémentaires contre les actes de disposition du débiteur, et un rang de préférence pour le recouvrement de la somme prêtée. Ce sont là les principaux avantages du titulaire de l'hypothèque mobilière constituée sous le régime de la loi de 1954.

La position privilégiée du créancier espagnol par rapport au titulaire d'un nantissement français, est fondée sur

deux aspects : l'assiette et la protection de la créance. En premier lieu, l'étude des éléments composant l'assiette de l'hypothèque mobilière permettra de constater que la base de cette garantie est plus stable que celle du nantissement. Ensuite, il importe de s'interroger sur la protection de la créance tout au long de la vie de la sûreté, en analysant les garanties prévues pour la conservation du titre de crédit, le rang occupé par le créancier en concours avec d'autres titulaires de créances et, enfin, les conséquences des procédures collectives du débiteur pour le titulaire de la sûreté.

## I L'étendue de l'assiette de la garantie dans les deux législations

Le commerçant cherche, dans l'ensemble des éléments constituant son fonds de commerce, la source de crédit nécessaire à l'extension de son exploitation ou, simplement, pour le financement des opérations les plus courantes. Dans cet objectif, il constitue une garantie sur certains biens de son établissement commercial en fonction de ses besoins. Toutefois, bien que créancier et débiteur aient une grande liberté pour déterminer l'étendue qu'ils souhaitent donner au crédit accordé, la loi impose le respect de plusieurs conditions pour la validité de la garantie. Ainsi, parmi les éléments qui composent le fonds de commerce, certains doivent obligatoirement être grevés par le nantissement ou par l'hypothèque mobilière, alors que d'autres ne pourront jamais faire partie de l'assiette de la sûreté. Nous avons appelé «*contenu nécessaire*» ce premier groupe de biens présents dans tout nantissement ou hypothèque.

### 1. Contenu nécessaire et naturel

Les législateurs français et espagnol ont prévu, scrupuleusement, les biens devant constituer la base de garantie sans que la volonté des parties puisse intervenir. Ainsi, en lisant rapidement l'alinéa 3 de l'article 9 <sup>(1)</sup> (loi de 1909) on retrouve cinq éléments du fonds de commerce constituant l'assiette minimale du nantissement, ce qui dans certains cas paraît insuffisant pour l'obtention d'un crédit important.

Ce nombre est encore réduit dans la législation espagnole, puisque la loi du 16 décembre 1954 ne constitue la base de l'hypothèque mobilière qu'avec deux biens seulement : le droit au bail – ou le droit établi dans l'article 28 – et les installations fixes et permanentes. Une limitation aussi importante de l'assiette de la garantie pourrait être interprétée comme une contradiction avec le besoin de financement du débiteur et, en définitive, avec les raisons ayant poussé le commerçant à grever son établissement commercial. De plus, le débiteur qui nantit son fonds sous la législation de 1909 obtient une somme plus importante que s'il le fait en constituant une hypothèque mobilière soumise au texte de 1954. Il nous semble que la volonté du législateur espagnol n'était pas de réduire le crédit obtenu par le commerçant, mais plutôt d'établir la base de

la garantie avec les éléments les plus stables et les plus importants de l'établissement commercial.

L'article 20 de la loi de 1954 prévoit que «*l'hypothèque comprendra, nécessairement, le droit au bail et, à défaut de celui-ci, les droits établis dans l'article 28 de cette loi. De même, elle comprendra les installations fixes et permanentes si elles appartiennent au titulaire de l'établissement*». Examinons, plus en détail, le contenu de cette disposition et les raisons ayant motivé le législateur à toujours placer ces biens à la base de la garantie.

#### a) Le droit au bail et le droit de l'article 28

Le droit au bail est l'élément essentiel pour l'établissement commercial espagnol <sup>(2)</sup>. C'est pourquoi le législateur l'inclut dans l'assiette de la sûreté, même dans les cas où la propriété du fonds et celle du local se confondent dans la même personne. Cette possibilité a été prévue par l'article 28 de la loi de 1954 qui signale que «*si l'hypothèque est constituée par le propriétaire du local, en cas de réalisation de la garantie, l'adjudicataire acquiert de plein droit la qualité de locataire*» <sup>(3)</sup>.

Cette disposition de la législation espagnole constitue un grand progrès par rapport au droit français dans lequel, seul le locataire peut inclure le droit au bail dans l'assiette de la garantie constituée sur son fonds de commerce. L'avantage se révèle encore plus intéressant si nous tenons compte du fait que l'importance de ce droit n'est pas propre à la législation espagnole, car la doctrine et la jurisprudence françaises se sont aussi prononcées sur le rôle joué par le droit au bail dans la constitution de la garantie. En ce sens, M. Chaput affirme qu'«*un fonds de commerce ne vaut parfois que l'emplacement du local où il est exploité*» <sup>(4)</sup>, ce qui équivaudrait à dire que dans l'hypothèse où le propriétaire du local constitue un nantissement sur son fonds, la base de la garantie se voit réduite aux autres éléments prévus par l'article 9 de la loi de 1909 – clientèle, enseigne et nom commercial – perdant ainsi un élément fondamental et réduisant considérablement la somme que le débiteur peut obtenir <sup>(5)</sup>.

#### b) Les installations fixes et permanentes

Le silence du législateur espagnol sur le concept d'installations fixes et permanentes, et le terme en lui-même, peuvent nous amener à penser que ce deuxième élément de l'assiette est plutôt un bien immeuble, et à le confondre avec le local dans lequel le fonds est exploité. Toutefois, la doctrine a comblé le vide laissé par la loi de 1954 en précisant qu'il s'agit de «*toutes les installations qui sont au service de l'entreprise, non affectées physiquement à l'immeuble [...] et qui constituent des biens de longue durée*» <sup>(6)</sup>.

Cette définition nous permet, non seulement de connaître les biens qui sont grevés en même temps que le droit au bail mais, aussi, de les différencier du matériel affecté à l'exploitation commerciale. Ce sont les deux caractéristiques signalées par la doctrine qui soulèvent les divergences les plus importantes. Tout d'abord, le matériel n'est pas forcément un bien de longue durée <sup>(7)</sup> et, deuxièmement, dans un certain nombre d'occasions, celui-ci devient immeuble par destination, de telle sorte qu'il sera affecté physiquement au local d'exploitation de l'établissement commercial.

L'inclusion des installations dans l'assiette de la sûreté ne fait que renforcer la stabilité de l'hypothèque mobilière, car elles constituent la base de l'exploitation commerciale, et il serait difficile d'imaginer un établissement commercial qui perdrait les installations nécessaires pour le développement de son activité et qui pourrait continuer à attirer une clientèle et à réaliser un chiffre d'affaires permettant le remboursement de la dette contractée.

L'analyse du contenu de l'article 20 de la loi de 1954 nous permet d'affirmer que le législateur espagnol a placé à la base de la garantie les éléments les plus stables de l'établissement commercial. La présence du droit au bail dans l'assiette de l'hypothèque se justifie aussi bien par l'importance que les commerçants lui ont attachée, que par la valeur économique qu'il représente. De plus, les installations constituent la partie la plus permanente et sans laquelle l'activité économique du fonds de commerce ne pourrait être exercée.

Néanmoins, étant donné le besoin de financement qui est à l'origine de la relation établie entre créancier et débiteur, limiter l'assiette de la garantie aux éléments présentés ci-dessous peut être, dans certains cas, un frein à la constitution de la sûreté – car la somme obtenue avec le «*contenu nécessaire*» peut être insuffisante pour la poursuite de l'activité, et le débiteur hésite à s'engager avec un contrat qui ne lui apporte pas le capital dont il a besoin. Conscients de cette contrainte, les législateurs ont laissé à la volonté des parties l'inclusion ou l'exclusion de plusieurs biens dans la base de la garantie. Prévus aux articles 9 alinéa 1<sup>er</sup> et 21 des lois de 1909 et 1954 respectivement, le mobilier, le matériel et les droits de propriété industrielle et intellectuelle peuvent compléter l'assiette des sûretés si les parties n'établissent pas le contraire dans l'acte de constitution (8).

Il est important de souligner que les deux législations ont laissé à la volonté des parties les mêmes biens (9) – matériel et droits de propriété industrielle – mais le législateur espagnol a prévu une protection supplémentaire de la créance en établissant, à l'article 21.2 de la loi de 1954, les trois conditions selon lesquelles ces biens intègrent la base de l'hypothèque mobilière. La première de ces conditions concerne la personne du débiteur : les biens doivent appartenir au titulaire de l'établissement commercial. La seconde exigence prévoit que le prix d'achat soit payé et la dernière des conditions fait référence à l'affectation des biens : «*ceux-ci doivent être destinés à la satisfaction des besoins de l'exploitation commerciale*» (10).

Ces trois conditions, qui pourraient être interprétées comme une limitation à la marge de liberté laissée aux parties, apportent en réalité une grande solidité à la base de la garantie car la possibilité de confusion entre matériel et produit de l'activité commerciale n'est plus possible. En même temps, elles renforcent la protection du titulaire de la créance, car si l'article 2 de la loi de 1954 élevait au titre de condition nécessaire que les biens ne soient pas déjà grevés, et cette disposition exige que le prix d'achat soit payé le créancier hypothécaire est le seul créancier sur ces biens.

## 2. Contenu conventionnel

Néanmoins, la différence la plus importante entre les deux législations, en ce qui concerne la base de la garantie, réside dans ce que nous avons appelé le «*contenu conventionnel*» : il est intégré par les marchan-

dis, seul bien que le législateur espagnol a entièrement laissé à la volonté des parties et que le législateur français a exclu de l'assiette du nantissement (11). Ce contenu représente un grand avantage non seulement pour le débiteur – qui a la liberté d'inclure ces biens dans l'hypothèque – mais aussi pour le titulaire de la créance. En ce qui concerne le premier, l'intégration des marchandises dans l'assiette de la garantie ne peut se traduire que par l'augmentation du crédit accordé. Du point de vue du créancier, les conditions prévues par le législateur ainsi que les obligations qui pèsent sur le débiteur, garantissent la protection de la créance constituée avec ces biens.

Étant donné le rôle joué par les marchandises dans un fonds de commerce – elles sont destinées à être vendues – et la protection souhaitée par le titulaire d'une hypothèque comportant ces biens, le législateur a établi certaines conditions à respecter pour la validité de la garantie. Les premières figurent dans l'article 22 de la loi de 1954 et doivent être vérifiées au moment de la conclusion du contrat de garantie : les marchandises sont la propriété du titulaire de l'établissement commercial et leur prix d'achat doit être payé (12). La dernière condition se traduit par une obligation pour le débiteur d'avoir «*dans l'établissement commercial des marchandises et des matières premières dans la même quantité et d'une valeur égale ou supérieure à celle déterminée dans l'écriture de constitution de l'hypothèque, et il doit les remplacer selon les usages du commerce*» (13).

Après l'étude de ces articles, est-il possible de penser que la protection de la créance constituée avec les marchandises n'est pas totalement assurée ? L'article 29.8 de la loi de 1954 répond à cette question et annule tout doute que l'on puisse se poser en renforçant la position privilégiée du créancier par la sanction du non-respect de cette obligation – avec la réalisation de l'hypothèque – si le débiteur diminue de 25 % la valeur des marchandises et si celles-ci ne sont pas remplacées dans les conditions prévues par le législateur.

L'exclusion des marchandises des éléments qui peuvent être compris dans le nantissement du fonds de commerce français paraît répondre au souci du législateur «*de maintenir un actif libre au débiteur et de lui laisser une possibilité de crédit auprès de ses fournisseurs*» (14). Selon nous, il serait plus intéressant pour le débiteur d'obtenir le crédit nécessaire auprès d'un seul créancier – en intégrant les marchandises dans le nantissement – que d'établir plusieurs crédits avec différents titulaires, car la somme obtenue globalement pourrait être supérieure à celle du gage des marchandises grevées séparément.

## 3. Contenu par subrogation

Pour conclure sur cette analyse des biens qui composent l'assiette du nantissement et de l'hypothèque, il est important de s'intéresser aux indemnités qui peuvent être dues au débiteur et, par conséquent, grevées par les garanties. Le «*contenu par subrogation*» est prévu expressément par les dispositions de la loi du 16 décembre 1954 et admis par la doctrine et la jurisprudence en France.

L'article 5 de la loi sur l'hypothèque mobilière et le gage sans dépossession présente un intérêt considérable pour le créancier espagnol par rapport au titulaire d'un

nantissement français. Cette disposition prévoit que «*l'hypothèque s'étendra à toutes sortes d'indemnités qui correspondront au débiteur, accordées ou dues en raison des biens hypothéqués, si le fait qui les motive a lieu après la constitution de l'hypothèque*».

La législation française qui régit la vente et le nantissement des fonds de commerce ne contient pas de dispositions concernant la subrogation en matière d'indemnités, et ce sont les parties qui normalement, au moment de la constitution de la garantie, insèrent une clause prévoyant la subrogation du créancier dans les indemnités dues au débiteur. Dans les cas où cette clause n'a pas été prévue et si des difficultés apparaissent entre les parties, ce sont les tribunaux qui tranchent le litige. Même si la plupart du temps la subrogation est admise par la jurisprudence (15), la protection obtenue par le créancier nanti est beaucoup moins importante que celle dont le titulaire de l'hypothèque bénéficie, car les dispositions de l'article 5 de la loi de 1954 ne laissent pas de possibilités d'appréciation.

L'étude comparative des dispositions qui régissent l'assiette du nantissement et de l'hypothèque mobilière permet donc de constater la stabilité de la créance constituée sous le régime de la législation de 1954. Le créancier espagnol bénéficie non seulement d'une base plus importante – avec l'inclusion des marchandises et le droit au bail prévu à l'article 28 –, mais aussi, plus stable car même en ce qui concerne les éléments que le législateur a laissés à la volonté des parties, des conditions «assez contraignantes» doivent être respectées. De plus, la subrogation est prévue par la loi pour tous les éléments de l'assiette de la sûreté, ce qui renforce encore plus la solidité de l'hypothèque mobilière.

Néanmoins, la position privilégiée du créancier espagnol ne se limite pas à une assiette plus stable et sûre ; le rang qu'il occupe en cas de conflit avec les titulaires d'autres garanties et les dispositions de la loi de 1954 en ce qui concerne les procédures collectives du débiteur sont également importantes.

## II La protection accordée à l'hypothèque mobilière est plus importante que celle prévue pour le nantissement

Le but de toute sûreté est de garantir le crédit que le créancier accorde à son débiteur, mais cette garantie, ou défense des intérêts du titulaire de la créance, ne peut se faire que sur la base d'une réglementation en accord avec la sûreté constituée. Les textes de 1909 et de 1954 ont voulu donner à la garantie prise sur l'établissement commercial une stabilité suffisante pour convaincre les possibles créanciers que le titre de crédit qu'ils engageaient garantissait le remboursement de la somme prêtée. Ainsi, les législateurs français et espagnol ont prévu des moyens de protection de la créance née du fonds de commerce et ils ont centré leurs efforts sur les actes dans lesquels la volonté du débiteur joue un rôle très important (16).

Toutefois, le résultat obtenu n'est pas le même dans les législations française et espagnole. Les créanciers espagnols – qui refusent systématiquement la constitution de la garantie (17) – retrouvent dans l'application de la loi une protection plus efficace que les titulaires des nantissements français.

Selon nous, cette protection du créancier, nanti ou hypothécaire, du fonds de commerce doit être étudiée sous trois aspects différents. Il faut, tout d'abord, s'intéresser aux garanties que le législateur a prévues pour la conservation de la sûreté, et analyser, ensuite, le rang occupé par le titulaire de la créance dans le concours avec d'autres créanciers. Enfin, il est important d'examiner la protection accordée au créancier durant les procédures collectives du débiteur.

### 1. Les garanties pour la conservation de la sûreté

L'exercice de l'activité commerciale implique la réalisation de certains actes susceptibles d'altérer la valeur du fonds de commerce ; la perte des éléments – démembrement du fonds – entraîne de graves répercussions sur la valeur de la créance, raison pour laquelle les législateurs ont prévu des mesures pour garantir la stabilité de l'assiette de la sûreté.

Nonobstant, les différences entre les deux législations sont plus importantes s'agissant de la perte des autres éléments du fonds de commerce. Alors que le créancier espagnol trouve dans l'article 4 de la loi de 1954 (18) l'interdiction pour le débiteur de saisir les biens objet de l'hypothèque mobilière, le titulaire du nantissement ne pourra se prévaloir que du droit de suite de l'article 22 (19) de la législation de 1909. Toutefois, ce droit ne constitue «*qu'une protection imparfaite, car il est prévu pour la vente du fonds lui-même mais non pour celle des éléments isolés*» (20).

Pour connaître l'étendue de la protection donnée par le droit de suite, il est nécessaire de distinguer deux cas de figure ; premièrement, dans le cas d'aliénation des biens corporels, le créancier nanti aura peu de chances de récupérer l'élément aliéné car l'acquéreur, qui agit de bonne foi, pourra invoquer l'article 2279 du Code civil (21) faisant ainsi échec au droit de suite. A notre avis, le seul recours du créancier nanti est de nature pénale contre le débiteur pour abus de confiance ou pour détournement de l'objet de gage (art. 314-1 et 314-6 du Code pénal). La deuxième hypothèse à considérer (qui est, d'ailleurs, beaucoup plus intéressante pour le titulaire de la créance) concerne les biens incorporels ; étant donné que l'article 2279 du Code civil ne s'applique pas à ce type de biens (22), il est bien plus facile au créancier de réintégrer le bien à l'assiette de la garantie.

L'aliénation des éléments du fonds de commerce n'est pas le seul acte émanant de la volonté du débiteur qui puisse mettre en difficulté le titulaire de la créance. Dans l'exercice de l'activité commerciale, d'autres modifications peuvent être apportées : le déplacement géographique, la déspecialisation ou la mise en location-gérance de l'établissement grevé. Dans la mesure où la protection garantie par le droit de suite se révèle insuffisante dans ces situations, les législateurs ont prévu d'autres moyens de défense de la dette, afin de garantir une certaine solidité à la sûreté.

L'une des caractéristiques de la législation française est la multiplicité des dispositions prévues pour contrôler les actes effectués par le débiteur durant la vie de la garantie. De ce fait, l'article 13 de la loi du 17 mars 1909 prévoit le déplacement du fonds, le décret n° 53.960 du 30 septembre 1953 contient à l'article 34-2 l'obligation d'information qui pèse sur le débiteur en cas de changement d'activité et la loi n° 56-227 du 20 mars 1956 sur la location-gérance des fonds de commerce, régit les devoirs du titulaire du fonds en cas de mise en location-gérance de l'établissement commercial. En définitive, il s'agit de beaucoup de dispositions pour n'assurer qu'une protection imparfaite de la créance (23).

En revanche, la loi du 16 décembre 1954 assure avec deux dispositions une protection beaucoup plus importante que celle qui est garantie par les différents textes légaux français. Ainsi, le déplacement du fonds de commerce, comme tous les actes de disposition du débiteur, est prévu à l'article 27 qui précise les devoirs du constituant de l'hypothèque mobilière en affirmant qu'il «est obligé de continuer le commerce ou l'industrie dans l'établissement hypothéqué en accord avec les usages du commerce et il doit informer le créancier, dans les huit jours suivants, de n'importe quel acte ou nouvelle nuisible». Cette règle s'applique à tous les actes de disposition, qu'il s'agisse de vente d'éléments, de déplacement du fonds, de changement d'activité, etc., que le débiteur réalise au long de la vie de la sûreté. Le non-respect entraîne la réalisation de la garantie comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 29. De plus, le titulaire de la créance se voit reconnaître le droit de surveiller la poursuite de l'activité commerciale selon les délais et la forme prévus dans l'acte de constitution, ce qui lui permet de connaître, à tout moment, les actes réalisés par le débiteur (24).

Nous constatons donc qu'un seul article de la législation espagnole apporte beaucoup plus de protection à la créance hypothécaire, que les solutions proposées par les différents textes prévus par le législateur français.

Les différences en matière de protection des créanciers sont encore plus prononcées au moment où le créancier nanti du fonds de commerce se voit confronté à d'autres titulaires de créances ayant comme assiette l'établissement commercial. La position privilégiée dont le créancier hypothécaire bénéficie se voit renforcée avec les dispositions de l'article 10 de la loi du 16 décembre 1954.

## 2. Les conflits des créanciers : la position privilégiée du créancier hypothécaire

Les conflits qui peuvent se présenter sont très variés et trouvent leur origine dans différents droits. Il est possible que le créancier du fonds de commerce soit confronté à un titulaire d'un privilège général comme le Trésor public, les frais de justice ou les salariés ; cependant, il peut être aussi en concours avec les titulaires de privilèges spéciaux, tels que le créancier gagiste, le vendeur non payé ou le conservateur du fonds. Enfin, des titulaires de droits sur un élément séparé de l'établissement commercial peuvent amener le créancier du fonds à une situation de conflit.

Ces concours des créanciers se présentent lors de la réalisation de la garantie et au moment où le prix de vente du fonds de commerce n'est pas suffisant pour le paiement de tous les créanciers. Dans ce cas, il est nécessaire d'établir un ordre pour le remboursement des crédits engagés sur le bien auquel cas les créanciers nantis et hypothécaires peuvent se prévaloir du droit de préférence dont ils disposent. Toutefois, ce droit de préférence qui est prévu expressément par la loi de 1954 (25), ne peut se déduire que du régime commun à toutes les sûretés pour le créancier français. De plus, ce droit ne fait pas du titulaire du nantissement un créancier privilégié dans tous les concours et la position qu'il occupe, pour le remboursement de la somme prêtée est, plutôt, défavorable.

La première grande difficulté rencontrée par le créancier nanti du fonds de commerce n'est autre que le Trésor public. Considérées comme un privilège général, les créances dues au Trésor sont privilégiées à tous les autres créanciers. De plus, très fréquemment «elles absorbent complètement la totalité de l'actif d'un commerçant» (26) laissant le titulaire du nantissement dans une situation très délicate. En revanche, dans la législation espagnole la situation n'est pas tout à fait la même : le privilège du Trésor est beaucoup plus important en matière immobilière, mais en ce qui concerne l'hypothèque mobilière d'établissement, il n'est pas un créancier prioritaire.

La position privilégiée du créancier espagnol découle de l'article 10 de la loi du 16 décembre 1954. Cette disposition accorde au créancier hypothécaire la même préférence que celle de l'article 1922 n° 2 du Code civil, c'est-à-dire que le titulaire d'une créance hypothécaire n'est primé que par le titulaire des «créances dues à cause de construction, réparation, conservation ou prix de vente des biens meubles qui sont en possession du débiteur» et par le privilège de premier ordre des salariés de l'article 32-1° du Statut des travailleurs de 1980 (27).

En ce qui concerne les autres privilèges généraux, il est important de souligner que les frais de justice et le superprivilège des salariés sont des garanties qui priment, dans les deux législations étudiées, les créanciers du fonds de commerce. Une seule différence peut être soulignée en ce qui concerne le premier de ces privilèges : alors que la législation espagnole a prévu que les frais de justice soient supportés seulement par les créanciers ayant un intérêt dans l'engagement de ces dépenses, en France cette restriction ne peut pas se déduire de la loi, elle découle de la jurisprudence (28).

Les conflits avec les titulaires des privilèges spéciaux ne font que confirmer la mauvaise position réservée au créancier nanti du fonds de commerce par rapport au titulaire d'une hypothèque mobilière. Alors que le créancier espagnol jouit de la situation privilégiée donnée par l'article 10 de la loi de 1954, le titulaire du nantissement français sera obligé d'observer, au cas par cas, quel est le rang qu'il occupe pour le remboursement de la somme prêtée. Ainsi, si un conflit se présente avec le titulaire d'un gage ou un vendeur non payé, le créancier privilégié est déterminé en fonction de la date d'inscription du titre ; en cas de concours avec le conservateur du fonds, il est important de distinguer si les frais ont été réalisés avant ou après la constitution de la sûreté et, à notre avis, seuls ceux engagés postérieurement seront préférés au créancier nanti (29).

De manière générale, le titulaire d'un nantissement est préféré aux créanciers des privilèges spéciaux dès lors que son titre de crédit est antérieur à celui de l'autre créancier. En ce qui concerne le droit espagnol, cette règle est applicable seulement si le concours se présente entre deux garanties visées par la loi de 1954, qu'il s'agisse de deux hypothèques mobilières ou d'un gage sans dépossession et une hypothèque mobilière ; dans les autres cas de figure, l'article 10 de cette loi donne la priorité au créancier de l'établissement commercial.

Bien que cette position privilégiée confirme la bonne protection dont le titulaire de l'hypothèque espagnole bénéficie, il nous semble intéressant d'analyser une dernière situation que peuvent rencontrer les créanciers pendant la vie de la garantie. Nous pensons, notamment, à l'ouverture des procédures collectives de leurs débiteurs.

### 3. Protection et sort des créances durant les procédures collectives du débiteur

Le créancier du fonds de commerce dispose de garanties protégeant sa créance contre de nombreux actes que le débiteur peut réaliser pendant la vie de la sûreté au détriment de la créance. Toutefois, cette protection n'est assurée que sous certaines conditions. Ainsi, au moment où l'entrepreneur connaît une procédure de redressement judiciaire, le créancier ne peut plus s'en prévaloir en alléguant qu'il est titulaire d'une garantie supplémentaire ou d'une créance qui comporte le droit de suite. Le régime de la sûreté sera régi par la loi du 25 janvier 1985 en France, et par le Code de commerce, la loi du 3 février 1881 et l'article 10 de la loi du 16 décembre 1954 en Espagne.

Le règlement amiable et le redressement judiciaire ont des effets différents sur le débiteur et sur la créance née du fonds de commerce dans les deux législations. Nous présenterons tout d'abord les solutions apportées par le règlement amiable et la cessation des paiements, pour analyser ensuite les procédures de redressement et de faillite (30) – utilisées, dans la plupart des cas, si les premières n'ont pas pu atteindre leurs objectifs –.

#### a) Le règlement amiable et la cessation des paiements

Bien que de nombreuses différences puissent être soulignées entre le règlement amiable de la législation française et la cessation des paiements de la législation espagnole tout au long des procédures, le résultat obtenu est le même pour les deux législations : la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses créanciers ayant pour effet de suspendre, pendant la durée prévue, toute action individuelle des créanciers tendant au paiement des dettes contractées. Ces derniers se voient imposer des délais et des remises sur le montant des sommes prêtées au débiteur. Toutefois, une différence peut être soulignée entre les deux procédures : seuls les créanciers nantis qui participent à la conclusion de l'accord, sont soumis au respect du contenu de l'accord ; ceux qui n'ont pas participé peuvent continuer à demander le remboursement de la créance à l'exploitant du fonds (31). En revanche, dans la législation espagnole, l'accord «*lie les deux parties, débiteur et créancier sans droit d'abstention ou qui ne l'ont pas utilisé, et même les créanciers dont les créances ont été éliminées par le juge mais qui ont été admises plus tard dans le*

*jugement*» (32), c'est-à-dire, dans tous les cas, le titulaire d'une hypothèque mobilière sur un établissement commercial doit respecter les délais et remises prévus par l'accord.

On pourrait penser que pour une fois le titulaire du nantissement jouit, avec le règlement amiable, d'une position plus intéressante que le créancier espagnol, car il peut s'opposer à la signature de l'accord et demander la récupération de la somme prêtée – même si un délai peut lui être imposé –. Mais, néanmoins, le titulaire du nantissement ne garde pas cet avantage lorsque son débiteur entre dans une procédure de redressement judiciaire ; bien au contraire, c'est le créancier hypothécaire qui trouve dans l'alinéa 2 de l'article 10 de la loi de 1954 une protection très importante pour son titre de crédit, alors que le créancier français connaît la plus difficile des situations.

#### b) Le redressement judiciaire et la faillite

Les restrictions des droits des créanciers lors de l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire sont multiples : la suspension des poursuites individuelles, l'arrêt du cours des intérêts ou l'absence de déchéance du terme, ne sont que des preuves du changement de protection ressentie par les titulaires des créances durant la procédure. La fin de cette procédure réserve aussi des complications pour les créanciers nantis.

Si le redressement judiciaire se conclut par l'adoption d'un plan de continuation de l'entreprise, les conséquences pour la créance née du fonds de commerce sont les mêmes que celles qui sont exposées pour le règlement amiable. En revanche, si la solution est la cession de l'entreprise, le créancier pourra se prévaloir du droit de préférence attaché à son titre et l'exercer sur la quote-part du prix global affecté par le tribunal aux biens grevés d'un privilège spécial, nantissement ou hypothèque (33). Néanmoins, les difficultés les plus importantes se rencontrent lors de la liquidation judiciaire ; étant donné que les titulaires des créances sont payés selon leur rang et la mauvaise position occupée par le créancier nanti, il n'est pas difficile de penser qu'au moment où il sera appelé pour se faire rembourser de son prêt, tout le produit de la liquidation, ou au moins la plus grande partie, sera déjà réparti entre les créanciers placés aux premiers rangs. Ce n'est que très difficilement qu'il récupérera intégralement la somme versée au débiteur, et la situation dans laquelle il ne récupère rien se présentera fréquemment.

La situation du créancier espagnol est très différente de celle que nous venons d'exposer pour le titulaire du nantissement. Le législateur de 1954 a donné au créancier hypothécaire, dans l'article 10, tous les moyens possibles pour la récupération de la somme prêtée. Cette disposition prévoit, à l'alinéa 2, qu'«*en cas de faillite, les biens hypothéqués ou grevés par un gage, ne seront pas inclus dans la masse tant que le crédit garanti ne sera pas satisfait, sans préjudice d'amener à celle-ci le restant du prix obtenu dans la vente aux enchères*», en conséquence, le titulaire d'une hypothèque mobilière sur l'établissement commercial dans une situation très privilégiée, car avant la constitution de la masse active il aura obtenu le recouvrement de sa créance.

La justification de l'importance de cette disposition nous semble difficile, d'autant plus que ni la doctrine ni la jurisprudence ne se sont prononcées à ce sujet. A

notre avis, le législateur a voulu protéger de manière considérable le créancier hypothécaire, certainement dans le but de favoriser la constitution de cette garantie qui, pour la première fois en 1954, avait une réglementation spécifique. Si celle-ci est la raison qui a motivé la rédaction de cette disposition, les résultats obtenus ne sont pas ceux attendus à la publication de la loi, puisque cette garantie est l'une des moins appréciées par les créanciers espagnols.

\* \*  
\*

L'étude de l'assiette de la garantie nous a permis de constater que la législation de 1954 organise l'assiette de l'hypothèque mobilière avec les éléments les plus importants du fonds de commerce, aussi bien du point de vue économique que du point de vue de la stabilité. Les installations fixes et le droit au bail de l'article 28 constituent les deux points forts du créancier hypothécaire, par rapport au titulaire d'un nantissement français.

De plus, la protection de la créance constituée sous le régime de la loi du 16 décembre 1954 ne fait que renforcer la position privilégiée du créancier espagnol. Le rang prioritaire dans les concours avec d'autres créanciers et les dispositions de l'article 10 constituent les deux atouts principaux de l'hypothèque mobilière de l'établissement commercial.

Bien que la garantie ne fonctionne pas très bien en Espagne – ce qui peut s'expliquer par des raisons fondées sur le caractère incorporel du fonds de commerce – l'application de certains principes de la législation espagnole au droit français serait, vraisemblablement, la solution au mécontentement manifesté par les professionnels du droit du crédit français. Leurs créances seraient constituées sur une base plus stable et bénéficieraient d'une protection beaucoup plus importante. ■

(1) L'article 9 alinéa 3 de la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement des fonds de commerce précise qu'«à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte qui le constitue, le nantissement ne comprend que l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage».

(2) Pour certains auteurs le droit au bail est considéré comme l'essence même de la garantie. Dans ce sens M. Lorca affirme que «le vrai objet de l'hypothèque n'est pas l'établissement mais le droit au bail ou le droit de cession du local d'affaires», M. Lorca Navarrete, Embargo, hipoteca y realización del establecimiento mercantil, San Sebastian, 1975, p. 588. Néanmoins, en 1991 la résolution de la Direction général des registres et du notariat (7 octobre 1991 - RJ 1991, 7493) précise que «on ne peut identifier l'hypothèque d'établissement commercial à celle du droit au bail qui détient sur le local commercial où celui-ci est installé». A notre avis, le droit au bail est l'élément le plus important de l'établissement commercial, mais l'assiette de la garantie ne peut se réduire à ce bien.

(3) Le tribunal suprême s'était manifesté à propos du droit de l'article 28 dans un arrêt de 1993 en soulignant que «celui qui acquiert l'établissement commercial hypothéqué, en vertu de l'exécution, aura le caractère de locataire du local dans les termes prévus préalablement dans l'écriture de constitution de l'hypothèque» T. S., civ, 14 octobre 1993, n° 931/1993, RJ 1993/7320.

(4) Y. Chaput, Le bail commercial, PUF, Paris, 1988. Dans ce même sens, la cour d'appel de Paris fait référence, dans une décision de 1996, à un «nantissement dont l'intérêt essentiel résidait dans la grande valeur du bail qui portait sur des locaux sis dans un quartier recherché de Paris», c. appel, Paris, (15<sup>e</sup> Ch B), 5 janvier 1996, Gaz. Pal., 1996.2, som. p. 48, obs. Brault.

(5) Pour la plupart de la doctrine, le droit au bail n'est pas l'élément essentiel du fonds de commerce. Dans ce sens, M. Boccara parle de «consensus existentiel» pour affirmer que il n'y a «pas de fonds sans clientèle», B. Boccara, Le fonds de commerce, la clientèle et la distribution intégrée, n° 5, Gazette du Palais, 10 septembre 1994. Cette théorie est partagée par d'autres auteurs comme Mestre, Putman et Vidal, qui soutiennent qu'«un fonds de commerce est concevable sans droit au bail, sans marque, sans enseigne, mais pas sans clientèle au sens large», J. Mestre, E. Putman et M. Vidal Grands arrêts du droit des affaires, Ed. Dalloz, Paris, 1995, p. 180.

(6) F. Gomez Acebo, «La hipoteca de establecimiento mercantil, Estudio del Título II, Capítulo II de la ley del 16 de diciembre 1954», in Revista de Derecho Mercantil, n° 55, année 1955, p. 135-136.

(7) La caractéristique de «longue durée» ne se vérifie pas avec le matériel car celui-ci est remplacé par un autre tout au long de la vie de la garantie ; ce fait peut être prouvé par les actes d'hypothèque qui prévoient la subrogation du matériel en cas de remplacement pendant la durée de la sûreté.

(8) L'article 9 alinéa 1er de la loi du 17 mars 1909 sur la vente et le nantissement du fonds de commerce énumère les biens qui «sont susceptibles d'être compris dans le nantissement», et la liberté laissée aux parties se déduit de l'expression «à défaut de désignation expresse et précise dans l'acte» de l'alinéa 3. Dans la loi de 16 décembre 1954 la volonté des parties se déduit de l'article 21 : «s'il n'est pas établi le contraire, l'hypothèque

comprendra aussi les biens suivants [...]».

(9) La doctrine espagnole affirme que ces biens sont «les premiers éléments vraiment commerciaux de l'établissement commercial» et qualifie de «surprenant qu'ils puissent être exclus du domaine de l'hypothèque». J.-L. Garcia-Pita Y Lastres, «La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión en Derecho Mercantil», in Derecho Mercantil, Tratado de las garantías en los contratos mercantiles, Tomo II, Garantías reales, Volumen I, Garantías mobiliarias, Civitas, Madrid, 1996, p. 258.

(10) Article 21.2 de la loi du 16 décembre 1954 sur l'hypothèque mobilière et le gage sans dépossession. A notre avis, cette dernière condition se justifie par le fait que dans certains établissements commerciaux, le matériel qui sert à l'exploitation de l'activité commerciale est le même que le produit de cette activité, et le seul moyen pour le différencier se trouve au niveau de l'affectation : dans un cas, le matériel est le support physique de l'exploitation et, dans l'autre, il est le résultat de l'activité.

(11) Le refus à inclure des marchandises dans l'assiette du nantissement dans la législation française ne figure pas expressément dans la loi, mais il peut se déduire de la liste limitative des éléments qui intègrent la base de la garantie prévue à l'article 9 de la loi de 1909. Les marchandises ne figurent pas parmi les éléments du fonds de commerce susceptibles de faire partie de la garantie.

(12) Les mêmes considérations que celles exposées précédemment pour les éléments des articles 9.1 de la loi de 1909 et 21.2 de la loi de 1954 doivent être prises en compte pour les marchandises et les matières premières de l'établissement commercial.

(13) Article 22.2 de la loi du 16 décembre 1954 sur l'hypothèque mobilière et le gage sans dépossession.

(14) Lamy droit commercial 1999, Lamy, Paris, 1999, n° 674. A propos de l'inclusion des marchandises dans l'assiette du nantissement, les professionnels du Droit du crédit affirment que «c'est une autre possibilité de crédit, mais en France ce n'est pas possible ; le nantissement de marchandises est un gage de droit commun avec dépossession et il n'est pas très utilisé car les marchandises perdent de la valeur avec le temps, et si on prend les marchandises, le commerçant n'aura plus la possibilité de travailler avec elles et le remboursement de la dette sera plus difficile». A. Cerles, Directeur du crédit de la Société générale, Entretien le 10 mars 1999.

(15) La Cour de cassation s'était prononcée en 1985 en faveur de la subrogation en cas d'indemnité pour un «paiement qui avait été effectué au créancier nanti pour l'assureur, pour le compte de l'assuré». Cass. civ., 15 janvier 1985, Gaz. Pal., 1985.2, som. P. 130, obs. A. Piedelèvre.

(16) Etant donné que les sûretés constituées sur le fonds de commerce se caractérisent par la non-dépossession du débiteur, et que celui-ci, dans l'exercice de l'activité commerciale, est amené à conclure de nombreux actes qui peuvent mettre en péril la créance, les législateurs de 1909 et de 1954 ont mis l'accent sur les garanties données au créancier. La vente des éléments, le déplacement ou la déspecialisation de l'établissement commercial, ont été soigneusement prévus dans les textes de loi.

(17) «Si un commerçant offre comme garantie son établissement commercial c'est parce qu'il ne lui reste rien d'autre et le créancier se méfie» affirme M. J. Seara Grande, Directeur du crédit de la Banque «Caixa Ourense» en Espagne, Entretien le 23 décembre 1998.

(18) «Le débiteur ne pourra aliéner les biens hypothéqués sans le consentement du créancier» article 4 de la loi du 16 décembre 1954 sur l'hypothèque mobilière et le gage sans dépossession.

(19) L'article 22 de la loi du 17 mars 1909 prévoit que «les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds en quelque main qu'il passe».

(20) J. Calais-Auloy et J.-M. Mousseron, Les biens de l'entreprise, Librairies Techniques, Paris, 1972, n° 201. D'autres auteurs soutiennent cette même théorie en précisant que celui-ci est «un inconvénient des sûretés sur fonds de commerce si on les compare avec l'hypothèque immobilière», Lamy Droit Commercial 1999, op. cit., n° 709.

(21) Article 2279 du Code civil français : «En fait de meubles la possession vaut titre».

(22) La Cour de cassation s'est prononcée sur ce sujet à plusieurs reprises. «L'article 2279 n'est applicable qu'aux seuls meubles corporels individualisés» Cass. civ. 1<sup>er</sup>, 6 mai 1997, Bull. civ I, n° 144. Voir aussi la décision du 3 juillet 1953, Soc. 3 juil 1953, Bull. civ IV, n° 536.

(23) La protection se révèle imparfaite dans le cas, par exemple, de déplacement sans accord du titulaire de la créance si une nouvelle garantie vient grever l'établissement commercial avant le report de la date d'inscription sur le registre du nouveau siège du fonds. Elle se vérifie, aussi, dans le cas de location-gérance accompagnée d'une perte de la valeur du fonds de commerce ; alors, les mesures de protection prévues ne sont pas suffisantes pour éviter des dommages sur la créance.

(24) L'article 22 alinéa 3 de la loi du 16 décembre 1954 sur l'hypothèque mobilière et le gage sans dépossession prévoit que «le créancier aura le droit de surveiller l'activité de l'établissement commercial, dans le délai et les conditions prévues, sans déranger, en aucun cas, son déroulement normal».

(25) Le droit de préférence pour le créancier espagnol est prévu à l'article 10 de la loi du 16 décembre 1954 dans les termes suivants : «le créancier hypothécaire ou gagiste jouira, pour le paiement de sa créance, de la préférence et de la prélation établies aux articles 1922-2° et 1926-1°

du Code civil».

(26) P. Malaurie et L. Aynes, Sûretés, Publicité foncière, Cujas, 9<sup>e</sup> éd., Paris, 1998, n° 600.

(27) Il est important de préciser que l'hypothèque mobilière d'établissement commercial n'est pas préférée à toute créance, car l'article 41 de la loi de 1954 a prévu que les titulaires d'une hypothèque d'aéronef soient privilégiés par rapport au créancier du fonds de commerce.

(28) La jurisprudence en cette matière est importante. Voir sur ce sujet le jugement rendu par le tribunal de Lyon en 1969 – Lyon, 17 mars 1969, JCP, 1969, II, 16432, obs. Cozian – et l'arrêt de la Cour de cassation de 1908 – Cass. Civ., 21 janvier 1908, S, 1909.1.1.409, obs. Mazeaud.

(29) S'il est vrai que les sûretés antérieures sont préférées aux postérieures, à notre avis et en ce qui concerne cette hypothèse, cette règle ne doit pas être maintenue, car si les frais ne sont pas engagés, le fonds de commerce perdra sa valeur et le créancier nanti sera la titulaire d'une créance qui ne vaudra rien. Si les frais ont été réalisés antérieurement, et ce privilège ne fait pas l'objet d'une publicité, on ne peut pas faire supporter au créancier nanti une charge dont il ne pouvait pas connaître l'existence ; le créancier du fonds sera privilégié à ces frais.

(30) La procédure de règlement amiable est connue, dans la législation espagnole, sous le non de cessation des paiements et celle du redressement judiciaire apparaît dans les textes légaux comme faillite. Pour cela, nous garderons cette terminologie, différente de la française, pour parler des procédures espagnoles.

(31) Toutefois, le président du tribunal peut lui imposer un délai de paiement fixé par l'article 1244-1 du Code civil, c'est-à-dire, un délai maximum de deux ans.

(32) J. Torres des Cruels et R. Mas Y Calvet, La suspensión de pagos, 2<sup>e</sup> éd., Bosch, Barcelone, 1995, p. 462.

(33) Article 93 alinéa 1<sup>er</sup> de la loi du 25 janvier 1985 sur le redressement et la liquidation judiciaires.