

la Lettre du Juriste Européen

Copie ■ UNION EUROPEENNE
DES MAGISTRATS COMMERCIAUX
■ CENTRE EUROPEEN D'ARBITRAGE
■ CENTRE DE FORMATION
DES AVOCATS D'ALSACE
■ BOURSE DE COMMERCE
DE STRASBOURG
avec la participation de la
Chambre de Commerce et d'Industrie
de Strasbourg et du Bas-Rhin

HET HANDELSRECHT OP DE PROEFBANK VAN HET INTERNATIONAAL HANDELSVERKEER WELK HANDELSRECHT VOOR EUROPA ?

In de laatste jaren van de eeuw maakt het handelsrecht een versnelde mutatie door. Dit verschijnsel geldt zowel voor de inhoud zelf als voor de rechtspleging.

I. DE TEGENGESTELDE EVOLUTIE VAN HET HANDELSRECHT

De wetgevende hervormingen volgen zich op aan een altijd maar sneller ritme.

Zo werd in Frankrijk de faillissementwet in 1994 hervormd, dit enkel negen jaar na de beschikkingen van de wet van 1985. Deze had de bestaande wetgeving van 1967 vervangen.

De stroomversnelling is nog duidelijker als men de talrijke herzieningen van de wet van 24 juli 1966 op de handelsvenootschappen onder beschouwing neemt.

De wetteksten weerstaan de erosie van de jaren niet meer.

Onder de invloed van voortdurende economische en technologische veranderingen worden zij zeer snel voorbijgestreefd. De wetgeving past zich altijd met veel vertraging aan de nieuwe spitsvondige technieken aan.

De doctrine bekritiseert terecht dit

voor de bedrijfsleiders onverstaaenbare achterna lopen.

De onaangepastheid van het juridisch kader komt nog meer voor als het om internationale economische transacties gaat.

Internationalisatie van de economie zou een factor van dynamisme moeten zijn, indien zij gepaard zou gaan met een uitdrukkelijke vooruitgang van het positief recht.

Met de lofwaardige bedoeling de handelsverrichtingen te stimuleren, sluiten de landen grensoverschrijdende overeenkomsten af, om hierdoor het kader beter te overeenkomsten af, om hierdoor het kader beter te omlijnen en de regels ervan te coördineren.

In werkelijkheid verliezen de juristen hun veiligheidsbaken daar tussen de dwingende nationale beschikkingen en deze door de internationale verdragen opgelegd, de schaduwzones al maar groter worden.

Als antwoord op deze versnippering van de rechtsbronnen verschijnt de "contractualisering" van de handelsbetrekkingen.

De juristen ontwerpen internationale contracten waarvoor zij zeer dikwijls beroep doen op anglosaksische juridische technieken.

Deze handelswijze heeft als gevolg dat het continentaal recht beïnvloed wordt bijzonder op het financieel vlak. Deze afwijking kan dan nog gepaard gaan met een andere betwistbare praktijk door de rechtspractici gebruikt en die hen aanzet contracten op te stellen met als basis, de wettelijke bepalingen die voor hun respectievelijke lastgevers het voordeligste zijn.

In zulk geval zal tussen twee of meerdere partijen het Recht uiteindelijk dat zijn van de sterkste der partijen. Dit is in tegenstrijd met het principe van het wederkerig evenwicht sedert eeuwen voorop gesteld.

Deze verwarde situatie heeft noodzakelijkerwijze haar weerslag op de procesregels.

2. DE "OMSTANDGHEIDS" PROCESREGELS

Daar het handelsrecht zich kenmerkt door een voortdurend grotere complexiteit zijn de bevoegde magistraten in deze materie dun gezaaid.

De beslissingen zijn hoe langer hoe minder gemotiveerd en zijn soms onverstaanbaar, zelfs die van hogere rechtsinstanties.

Twee vaststellingen als men de reacties op deze afwijking bestudeert :

- de veralgemening in vele landen van de "zetel met één rechter".

- het frequente invoeren van de "arbitrage" procedure.

Geen enkel van deze oplossingen kan werkelijk voldoening schenken, daar zij niet voldoende waarborgen bieden die de rechtzoekende mag verwachten.

Die gezegd zijnde, waar ligt de oplossing ?

Als rechter in handelzaken kies ik voor de eenvoud, de klaarheid en de rechtschapenheid.

Indien wij verwachten dat de handelsbetrekkingen zich in een klimaat van zekerheid ontwikkelen, is het noozakelijk dat de bedrijfsleiders de rechtsregels begrijpen die zullen worden toegepast. Dit zowel voor de inhoud als de vorm van de contracten.

Ambitieuze taak, maar het zou onze universiteiten eer aandoen, indien zij de problemen zouden opzoeken en de te volgen wegen aanduiden die moeten gevolgd worden om geldige oplossingen te vinden.

Wellicht zal men ook beroep doen op de medewerking van de internationale instanties en op die van de wereld om in alle klaarheid tot de heraanpassing van het positief recht te komen.

10 JUN 1995



LA JUSTICE COMMERCIALE A L'EPREUVE DES ECHANGES INTERNATIONAUX

ou Quelle justice commerciale pour l'Europe ?

Le droit commercial connaît une accélération de sa mutation en cette fin de siècle. Ce phénomène concerne autant la matière elle-même que les règles procédurales.

1. L'EVOLUTION CONSTATEE DU DROIT DES AFFAIRES

Les réformes législatives se succèdent à un intervalle de temps de plus en plus court.

Ainsi en France, le droit des faillites a été réformé en 1994, après neuf années d'application des dispositions adoptées en 1985, lesquelles se sont substituées au régime de 1967. Cette accélération est encore plus manifeste lorsque l'on se réfère aux nombreuses révisions de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales. Les textes ne résistent plus à l'usure du temps.

Sous l'effet d'un environnement économique et technologique qui se modifie sans cesse, ils sont érodés très rapidement. Les lois s'adaptent toujours avec retard à des techniques de plus en plus sophistiquées. La doctrine critique à juste titre ce décalage incompréhensible pour les chefs d'entreprise. Cette inadaptation du dispositif juridique se manifeste encore davantage dans les échanges économiques internationaux. L'internationalisation des relations économiques pourrait être facteur de dynamisme si elle s'accompagnait d'une avancée significative du droit positif.

Avec la louable intention de faciliter les échanges commerciaux, les

pays adoptent des conventions internationales destinées à coordonner les domaines d'acceptabilité.

En réalité, les juristes perdent leurs derniers repères car entre les dispositions nationales impératives et celles résultant des traités internationaux, les zones d'incertitude se multiplient. A cet éclatement des sources du droit répond la contractualisation des relations.

Les juristes rédigent les contrats internationaux en faisant de plus en plus souvent appel à des techniques juridiques anglo-américaines qui imprègnent ainsi le droit continental en particulier dans le domaine financier. A cette dérive s'ajoute une pratique encore plus discutable des professionnels du droit qui consiste à soumettre le contrat aux dispositions législatives les plus favorables à leurs mandants respectifs.

En présence de deux partenaires, voire plus, le droit exprime en définitive la position du plus fort ce qui est le contraire de l'équilibre consensuel préconisé par tous les grands penseurs depuis Aristote. Cette situation confuse se répète nécessairement sur les règles processuelles.

2. DES REGLES PROCESSUELLES DE "CIRCONSTANCE"

Le droit des affaires se caractérise par une complexification croissante, les magistrats de qualité qui maîtrisent l'ensemble des législations deviennent rares.

Les décisions sont de moins en

moins motivées et se révèlent parfois incompréhensibles même lorsqu'elles émanent de juridictions supérieures.

Devant cette dérive, deux réactions peuvent être observées :

- la généralisation du juge unique devant les instances étatiques, quel que soit le pays,

- le recours de plus en plus fréquent à l'arbitrage. Aucune de ces solutions n'est vraiment satisfaisante car elles n'offrent pas les garanties que tout justiciable est en droit d'attendre. Dès lors, dans quel sens faut-il évoluer ?

En tant que magistrat consulaire, je préconise la simplicité, la transparence et le rigueur.

Si nous voulons que les relations commerciales se nouent dans la sécurité, il faut que les chefs d'entreprise comprennent les règles de droit qui sont applicables, qu'elles portent sur le fond ou la forme du contrat.

Oeuvre ambitieuse mais ce serait l'honneur de nos universités de recenser les problèmes et d'indiquer les chemins susceptibles d'être empruntés.

Sans doute faudra-t-il obtenir le concours des organisations internationales et du monde économique pour réaliser sous le signe de la clarté l'oeuvre de reconstruction du droit positif.

Pierre GOETZ

*Président de la Compagnie des Juges Consulaires de Strasbourg
Secrétaire Général de l'Union Européenne des Magistrats Commerciaux*

HET RECHTSCOLLEGE MET RECHTERS IN HANDELSZAKEN

archaisch of postmodern ?

Het rechtscollege met Rechters in Handelszaken is de oudste van onze rechterlijke instellingen : reeds 700 jaar lang is de noodzaak ervan voortdurend gebleken. Soms kreeg het kritiek te verwerken, maar de afschaffing ervan werd nooit ernstig overwogen. Het heeft alle regimes gekend : het corporatisme, het liberalisme, het interventionisme en de Revolutie. De kwaliteit van de diensten die het heeft bewezen heeft de door jaloezie ingegeven kritiek steeds weerlegd.

Waarom heeft het zijn succes te danken ?

Waarschijnlijk aan het feit dat het voor niemand kosten met zich meebrengt : we hebben, paradoxaal genoeg, te maken met een niet-commerciële sector die aan handelaars is toevertrouwd. Maar het heeft zijn succes vooral te danken aan de kwaliteiten van de personen waaruit het bestond, aan hun gezond verstand, hun zin voor billijkheid en hun kennis van de feiten waarover zij dienden te oordelen. De Rechters in Handelszaken zijn er steeds in geslaagd de voor het handelsverkeer ongeschikte dogmatische oplossingen van het burgerlijk recht te milderen.

Maar gelet op de complexiteit van de economische verschijnselen, hun technisch karakter en de mundialisering ervan is het de vraag of een rechtscollege van de Staat nog wel voldoening schenkt.

De omwentelingen texeeggebracht door de nieuwe technologieën, de arbitrageprocedures, de methodes voor het regelen van geschillen buiten het gerecht : kondigen al die verschijnselen niet de nakende sluiting van de Rechtbanken van Koophandel an ? Kan een zo archaisch rechtscollege zich aanpassen aan de vereisten van het postmoderne recht ?

Paul MARTENS

Rechter in het Arbitragehof

LA JURIDICTION CONSULAIRE

archaïque ou postmoderne ?

La juridiction consulaire est la plus ancienne de nos institutions judiciaires : depuis 700 ans, elle n'a cessé de réaffirmer sa nécessité. Elle a été parfois critiquée. Jamais il n'a été sérieusement question de la supprimer. Elle a traversé tous les régimes : le corporatisme, le libéralisme, l'interventionnisme et la Révolution. La qualité des services qu'elle a rendus a toujours fait taire les critiques des jaloux. A quoi ce succès est-il imputable ?

Probablement à ce qu'elle ne coûte rien à personne : c'est, paradoxalement, un secteur non-marchand confié à des marchands. Mais son succès s'explique surtout par la qualité des hommes qui l'ont composée, par leur bon sens, leur goût de l'équité, leur connaissance des réalités qu'ils avaient à juger. Toujours ils ont su adoucir les solutions dogmatiques du droit civil, inadéquates aux échanges commerciaux.

Mais est-il sûr que la complexité des phénomènes économiques, leur technicité, leur mondialisation peuvent encore s'accommoder d'une juridiction étatique ?

Les bouleversements introduits par les technologies nouvelles, les procédures d'arbitrage, les modes de solution non juridictionnels des conflits : tous ces phénomènes n'annoncent-ils pas la fermeture prochaine des tribunaux de commerce ? Une juridiction aussi archaïque peut-elle s'adapter aux exigences du droit postmoderne ?

Le premier de ces phénomènes, c'est le bouleversement du droit économique par l'irruption des technologies nouvelles, tel qu'il a été illustré récemment par les professeurs FARJAT et CHAMPAUD. La diminution du rôle du papier est déjà en train de lézarder toutes les règles de preuve, dès lors que les contrats les plus sophistiqués

peuvent se conclure sans aucun support écrit, qu'une concentration peut se réaliser par télématique (voir FARJAT, "Nouvelles technologies et droit économique", R.I.D.E. 1993, p. 163 et suivantes) et qu'on assiste à la dématérialisation du droit de la preuve (D. AMMAR, Preuve et vraisemblance, contribution à l'étude de la preuve technologique, R.T.D.C. 1993, p. 504) autant qu'à celle du droit de propriété (ib.).

Les droits intellectuels, par le procédé des brevets, des marques, des dessins et des modèles, protègent durablement les inventions lorsqu'elles étaient divulguées. La propriété intellectuelle des procédés électroniques est à ce point éphémère qu'elle n'a que faire d'un monopole durable. C'est désormais le secret qui protège le savoir-faire alors qu'hier c'était sa divulgation ! (voir Cl. CHAMPAUD, "L'impact des technologies nouvelles sur l'entreprise", R.I.D.E. 1993, pp. 193 et suivantes). Les bilans même se lisent différemment : l'obsolescence galopante du matériel est telle que les règles d'amortissement deviennent aléatoires (ib. p. 208). En favorisant les délocalisations, les technologies nouvelles dévaluent les immeubles industriels : ils restent générateurs de charges mais cessent de produire des recettes (ib. p. 208). Immatériel et précaire le savoir-faire électronique exige le respect d'un nouveau devoir de loyauté sans quoi il sera perpétuellement pillé ou saccagé par les nouvelles pratiques d'espionnage, de piratage et de sabotage qui annoncent ce qu'on a appelé une "technologie" nouvelle de la concurrence déloyale (ib. p. 210). Voilà, dans le désordre, quelques mutations qui peuvent modifier brutalement nos méthodes et nos jurisprudences.

Sans doute l'évolution des techniques a-t-elle de tout temps posé des problèmes d'adaptation au droit mais les tribunaux s'octroient généralement un temps de réflexion raisonnable : le droit de la filiation a longuement hésité avant d'admettre les procédés de preuve

génétique. Le droit pénal s'est longtemps demandé si l'électricité pouvait être volée, on connaît les controverses suscitées par l'utilisation du radar pour détecter nos excès de vitesse et on sait que la Cour de cassation refuse encore qu'un jugement soit corrigé avec du "tipex".

Le juge commercial, lui, ne dispose pas de cette faculté de résistance et l'atavisme : ce qui se trouve immédiatement affecté par les technologies nouvelles, c'est son système de preuves, c'est la consistance même des biens dont il contrôle la circulation, c'est l'existence même des entreprises dont il encourage la survie ou dont il constate le décès.

Plus que jamais, il convient que ceux qui vivent au jour le jour ces mutations, qu'ils informent le juge professionnel de leur existence, de leurs bienfaits et de leurs nuisances. C'est une première raison de souhaiter que la collaboration des commerçants et des juristes se poursuive au sein de la juridiction commerciale.

Un deuxième phénomène est celui qui veut que, de plus en plus, les litiges commerciaux soient confiés à des arbitres, plus libres d'appliquer souverainement la "lex mercatoria". Faut-il pour autant que les commerçants désertent leur juridiction naturelle ? Un éminent auteur, le professeur GIARDINA, se demande si cette lex mercatoria ne favorise pas "l'affirmation et la consolidation de solutions qui protègent davantage les membres les plus puissants et les plus actifs de ce qu'on appelle la "Societas mercatorum" (A. GIARDINA, "La lex mercatoria et la sécurité du commerce et des investissements internationaux", in "Nouveaux itinéraires en droit", Hommage à François RIGAUX, Bruylant, 1993, p. 234).

Alors, faut-il se détourner définitivement des tribunaux de commerce où les parties en présence peuvent encore, quand elles le souhaitent, bénéficier des protections d'une justice étatique, moins rompue peut-être aux mystères du

commerce mondial mais plus attachée à la protection des droits individuels ? C'est une deuxième raison de souhaiter le maintien d'une justice consulaire, souple dans ses formes mais soumise aux garanties du double degré de juridiction et du contrôle de la Cour de Cassation.

Un troisième phénomène, c'est l'apparition de codes de bonne conduite, de recommandations et des diverses manifestations de "soft law" ou de "droit assourdi". Les lieux d'élaboration des normes se multiplient : le droit des affaires fait place à une déontologie du marché (FARJAT, ib., p. 188) qui s'élabore spontanément au sein de chaque secteur d'activité. Mais comment distinguer la règle déontologique, librement acceptée par l'ensemble des acteurs économiques, de la norme autoritaire imposée par les plus puissants d'entre eux, grâce à un travail de "lobbying" dont on prétend qu'il gagne même les sphères du pouvoir législatif (voir Y. DEZALAY, "Marchands de droit : les restructurations de l'ordre juridique international par les multinationales du droit" (Fayard, 1992). Ne doit-on pas redouter l'apparition de ce que plusieurs auteurs ont appelé un "néo-corporatisme" ? (FARJAT, ib., p. 191 ; Ch. HANNOUN, "La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme", R.T.D. Com. 1989, p. 421).

Comment le juge pourra-t-il tracer la frontière entre ce qui mérite d'être appelé déontologie et ce qui n'est que l'expression travestie de la loi du plus fort ? N'est-ce pas, comme le fait la juridiction consulaire, en unissant à ceux qui savent formuler la règle juridique ceux qui ont la connaissance pratique, qui peuvent en éprouver la nécessité et en mesurer la pertinence ? Et c'est une troisième raison de voir dans le tribunal de commerce le paradigme de la justice participative moderne.

Il y a cependant - et c'est le quatrième et dernier phénomène dont je voudrais parler - un autre mode de solution des litiges. Il consiste à

créer des institutions para-administratives, à déléguer l'intervention de l'Etat à de nouveaux corps représentants des pouvoirs publics (HANNOUN, op. cit., p. 423). C'est le modèle de l'économie autorégulée qui substitue à l'action coercitive des tribunaux des modes de régulation non juridictionnelle des conflits : la lecture du *Moniteur* révèle qu'il se crée des commissions de ce genre dans tous les secteurs de la vie économique. De tels organismes jouent un rôle irremplaçable et les tribunaux ne pourraient certainement pas rivaliser de compétence avec eux. Mais doit-on pour autant considérer que les matières qu'ils traitent appartiennent en dernier recours au pouvoir discrétionnaire d'autorités administratives, que leur existence exclut le recours aux procédures classiques et qu'elle interdit même de faire valoir en justice l'atteinte à un droit subjectif ? (voir X. DIEUX, "La divulgation d'informations concernant la société anonyme, principes et sanctions", *Revue de droit de l'ULB*, 1992, pp. 92 à 104).

Ici, ce n'est pas moi qui répondrai, c'est la Cour de Cassation. L'arrêt qu'elle a rendu le 10 mars dernier, dans la célèbre affaire des wagons-lits, rappelle que la Constitution attribue aux cours et tribunaux la connaissance exclusive des contestations qui ont pour objet des droits subjectifs à caractère civil et que "la circonstance qu'une autorité administrative puisse, dans certains cas, accorder des dérogations à l'obligation en question ne modifie pas la nature de cette obligation ni celle des droits qui en sont le corollaire". Et la Cour approuve le tribunal de commerce puis la Cour d'Appel qui avaient estimé que les missions confiées à la Commission bancaire et financière n'empêchaient pas "le droit d'action individuelle de chaque porteur de titre amené à demander au pouvoir judiciaire de sanctionner la violation de son droit subjectif d'exiger la reprise de ses actions". Cet arrêt fera couler beaucoup d'encre et les appréciations à son

sujet ne seront pas unanimes. Je me garderai bien d'ouvrir la controverse qu'il va susciter. Mais il réaffirme de la manière la plus nette que les temps ne sont pas venus de fermer les tribunaux de commerce. La destruction de la fonction juridictionnelle dont Alex Jacquemin et Benoît Rémiche dénonçaient les périls en 1984 n'est pas pour tout de suite (voir *Les magistratures économiques et la crise*, CRISP, 1984, p. 14) ; PIROVANO, op. cit.).

Sans doute le rôle du tribunal de commerce a-t-il changé depuis l'époque des foires et marchés de Brie et de Champagne. Dans les matières les plus sophistiquées du droit de la concurrence ou du droit financier, son intervention sera souvent exceptionnelle ou marginale. Lui aussi devra peut-être se plier à un principe de subsidiarité. Mais tant qu'on n'aura pas trouvé d'autres lieux où s'exercent avec la même transparence les droits de défense, la contradiction des points de vue, la motivation des sentences et le correctif des recours, on voit mal qu'une société démocratique puisse se passer de lui.

Le juge consulaire lui aussi a changé. Ce n'est plus ce notable dont on attendait une certaine connaissance des affaires, beaucoup de bonhomie et pas trop d'instruction.

C'est désormais un expert qui doit apporter au juge ce qu'aucune culture théorique ne peut lui donner. Il est donc plus que jamais indispensable que les commerçants continuent de choisir pour consuls les meilleurs d'entre eux. Il serait détestable qu'ils se désintéressent de leur juridiction naturelle sous prétexte que les débats les plus importants se font devant des arbitres, des fonctionnaires ou des commissions. Le lustre que vous avez donné à votre 25^e anniversaire et la ferveur que vous ne cessez de manifester dans l'exercice de vos fonctions judiciaires démontrent que ce péril n'est pas imminent. S'il m'est permis de faire encore une remarque, plus personnelle, donc moins assurée, je

dirai ceci.

L'effondrement des économies planifiées va modifier la figure symbolique du juge commercial. Tant que l'imaginaire politique avait, comme fond d'utopie plus ou moins partagée, le rêve d'une économie dirigée, l'économie de marché pouvait passer pour un état provisoire. Elle partageait, avec la prostitution et les casinos, ce statut de mal inévitable que nul n'ose légitimer mais que personne n'entreprend de supprimer.

Or voilà que, tout autre projet économique ayant échoué, l'économie de marché apparaît, sinon comme la traduction économique de la vertu, en tout cas, selon l'expression d'Alain Touraine, comme la seule arme efficace contre les régimes totalitaires.

Parce que l'économie de marché n'a plus de rival idéologique valide, parce que les pouvoirs publics privatisent aujourd'hui ce qu'hier ils nationalisaient, parce que les forces du marché mondial submergent celles des Etats, n'est-ce pas vers le juge, plus que jamais, qu'on va se tourner pour qu'il censure les excès et rétablisse les équilibres ?

Une des caractéristiques du droit postmoderne, c'est qu'il croit de moins en moins aux normes rigides et s'attache de plus en plus à l'organisation des procédures. Les lois elles-mêmes peuvent être critiquées : les cours supranationales et constitutionnelles annulent, corrigent ou réécrivent l'oeuvre des législateurs. Le droit au droit devient un droit au juge. Le rôle de celui-ci n'est plus d'appliquer servilement des normes dogmatiques mais d'interpréter constructivement des normes incertaines. Il consiste le plus souvent à faire la balance des intérêts en présence, à mesurer la part de sacrifice que la liberté des uns doit consentir pour que survive la liberté des autres.

Quand l'autorité des parents s'est effondrée, c'est au juge qu'on a demandé de trancher les conflits familiaux.

Quant l'Eglise s'est modernisée, c'est au juge qu'on s'est adressé pour trancher les problèmes éthiques.

Quand les partenaires sociaux deviennent adversaires, c'est au juge qu'on demande d'arbitrer leurs conflits.

Le législateur lui-même demande à des juges - ceux de la Cour d'arbitrage - de vérifier si ses lois sont bien faites.

L'économie se libéralise, se privatise et se dérégule. L'économie de marché redevient plus que jamais une économie de l'inquiétude (LE MOAL, cité par A. PIROVANO, op. cit.) Ne va-t-on pas demander au juge aussi de tempérer ses excès et de contenir ses caprices.

Voilà une cinquième raison de croire à l'avenir des tribunaux de commerce.

Ces quelques réflexions sur la juridiction consulaire étaient inspirées par l'Histoire et la doctrine.

Quand, en 1981, je suis entré au tribunal de commerce, j'éprouvais moi aussi la méfiance instinctive du clerc pour le marchand. C'est avec inquiétude que j'ai vu, le premier jour où j'ai siégé, s'asseoir à mes côtés des commerçants que je savais des militants que j'avais entendus, à la TV et à la radio, tenir des propos disons engagés sur le gouvernement, sur les syndicats et sur le fisc. Pourtant, jamais je n'ai senti chez eux la volonté d'entraîner le tribunal dans des positions partisans. Le début des années 80, c'était l'époque où les tribunaux de commerce rendaient des jugements parfois sévères pour les donneurs de crédit et bâtissaient une responsabilité aggravée du vendeur professionnel. Les sièges avec lesquels il m'est arrivé d'étudier ces questions comportaient, je m'en souviens, des représentants de ces catégories de commerçants que nos jugements allaient malmener. Je n'ai pas eu le sentiment qu'ils étaient là pour protéger leur caste ou ménager leurs amis. J'ai au contraire senti le souci d'élaborer une éthique commerciale chez ceux-là même qui allaient devoir, parfois douloureusement, s'y soumettre.

S'il est vrai que l'époque postmoderne est celle qui doute des valeurs

établies et qui en cherche de nouvelles par la pratique du dialogue beaucoup plus que par la soumission à des normes dogmatiques, c'est au tribunal de commerce que se vit - depuis 700 ans peut-être - l'expérience de la postmodernité. C'est là qu'en tout cas j'ai vécu la confrontation entre le fait et le droit, la fusion entre le savoir et le savoir-faire, la réconciliation entre la norme et la vie. Cet échange y est d'autant plus enrichissant que ceux qui le vivent n'avaient pas vocation à se rencontrer.

Le juge professionnel est austère par tradition, sobre par devoir et sinistre par conséquent.

Le juge consulaire, au contraire est généralement jovial, souvent gastronome et quelquefois oenologue. Leur rencontre a le charme de la découverte et l'attrait de l'exotisme. Alors, quand des femmes et des hommes travaillent dans un tel climat de pluralisme, de dialectique, de tolérance que vous m'avez permis de revivre aujourd'hui, ce sera la sixième, la dernière, mais non la moindre des raisons qui me font espérer qu'existeront, longtemps encore, des tribunaux de commerce avec des juges consulaires.

Paul MARTENS
Juge à la Cour d'Arbitrage
de Belgique

CONDITIONS GÉNÉRALES ET SURTIES

Résumé de l'intervention à la rencontre européenne des Juges Consulaires et des Entreprises. 8 octobre 1994

Les relations d'affaires durables et sérieuses supposent des bases contractuelles claires, constituant le référentiel permanent des parties. Les stipulations contractuelles arrêtées avec précision au moment de la conclusion de leur accord sont le fondement même des relations d'affaires saines et le garant de leur bon déroulement. C'est pourquoi la sécurité assurée par un contrat précis ne doit pas être sacrifiée au nom de l'indispensable célérité inhérente aux affaires, trop souvent confondue avec une précipitation lourde de conséquences.

La rédaction des Conditions Générales permet de concilier les impératifs de la rapidité des transactions commerciales et la nécessaire sécurité juridique.

La présentation des conditions générales revêt également une très grande importance pour assurer en définitive l'opposabilité des conditions générales en cas de litige. En effet, l'entreprise ne pourra invoquer ses conditions

générales de vente qu'à l'encontre des acquéreurs qui en auront accepté le contenu avant de passer commande ; il ne suffit pas que le cocontractant ait pu en prendre connaissance.

Les clauses importantes doivent être spécifiées de façon très apparente. ainsi vaut-il mieux l'apposer au recto des bons de commande (surtout la clause de réserve de propriété et à la clause attributive de juridiction).

L'impression des Conditions Générales doit être faite en caractère apparents et en termes clairs pour empêcher votre cocontractant d'invoquer le caractère illisible et incompréhensible des Conditions Générales.

Après ces observations liminaires, il convient de passer rapidement en revue les différentes clauses des Conditions Générales de vente qui sont pour certaines obligatoires, pour d'autres facultatives.

Concernant les clauses obligatoires, ce caractère résultant principalement de la loi du 31 décembre 1992 applicable depuis le 1er juillet 1993, relative aux délais de paiement, il faut noter :

• les conditions de règlement : délais de règlement, montant des escomptes ou des agios

• les modalités de calcul et le taux des intérêts de retard qui doit être au moins égal à 1,5 x le taux d'intérêt légal (12,60 % l'an pour 1994) ; aucun taux maximum n'est fixé par la loi, mais il ne pourra pas être manifestement excessif, au risque d'être réduit par le juge

• Le barème de prix : par exemple, barème différencié selon les quantités commandées, les lieux de livraison, etc ...

les rabais, remises et ristournes. Les clauses non-obligatoires constituent néanmoins l'essence même des Conditions Générales.

Je retiendrai principalement :

- la clause de réserve de propriété

- les délais de livraison

- le défaut de conformité des marchandises

- la garantie des vices cachés

- la clause pénale

- la clause attributive de compétence et la clause d'élection de domicile

1. LA CLAUSE DE RÉSERVE DE PROPRIÉTÉ

La clause de réserve de propriété est un moyen pour l'entreprise de se protéger contre l'insolvabilité éventuelle de ses clients : elle permet d'obtenir la restitution de la marchandise ou du matériel vendu si le client n'en paie pas le prix à la date convenue.

Il convient de souligner que notre clause de réserve de propriété ne donne pas autant de sûreté au vendeur que le droit allemand du *verlängender Eigentumsvorbehalt*, qui n'existe pas dans la législation française. Un vendeur ne pourra jamais revendiquer les marchandises entre les mains d'un tiers de bonne foi ; tout au plus pourra-t-il obtenir du sous-acquéreur le prix ou une partie du prix que ce dernier n'aura pas encore réglé.

Ceci étant, la législation française a évolué sur ce point dans le bon sens, de sorte que la clause de réserve de propriété est à l'heure,

pour l'essentiel, opposable en cas de défaillance. Pour ce faire :

- la clause doit être écrite expressément

- la clause doit être établie au plus tard au moment de la livraison

La pratique retiendra là aussi par préférence le bon de commande et les caractères gras sur le recto du document contractuel signé par le client.

La nouvelle loi du 10 juin 1994 sur les procédures collectives, applicable depuis octobre, permet désormais des clauses de réserve de propriété dans les conventions-cadres.

- les marchandises doivent être identifiées très précisément pour être distinguées des autres éléments du stock

- les biens doivent se retrouver en nature, en possession de l'acheteur ; ils ne doivent par conséquent pas être transformés ; la nouvelle loi sur les procédures collectives permet désormais de revendiquer des marchandises incorporées dans un autre bien lorsque leur récupération peut être effectuée sans dommage. La revendication est désormais aussi possible pour les biens fungibles.

Les biens objet d'une clause de réserve de propriété restant la propriété du vendeur jusqu'au paiement, c'est lui qui supportera le risque pour des destructions ou pertes de marchandises qui ne sont pas imputables à l'acquéreur. C'est pourquoi, il est important de stipuler que l'acquéreur aura la responsabilité des biens dès la livraison et supportera la charge d'assurance (réserve de propriété avec transfert de risque).

La revendication peut se faire dès que la marchandise n'est pas payée dans les délais convenus : l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur n'est pas une condition de la revendication ; c'est cependant dans ces situations que la réserve de propriété trouvera le plus souvent son application. La revendication doit désormais se faire un délai de 3 mois à compter de la publication du jugement d'ouverture de la procédure.

2. LES DÉLAIS DE LIVRAISON :

Le vendeur est tenu de délivrer la chose vendue au lieu et à la date convenue. Il est donc important de déterminer si la livraison a lieu au départ de l'entreprise du vendeur, ce qui aura pour effet de faire voyager la marchandise aux risques de l'acquéreur, sous réserve d'une action éventuelle de ce dernier contre le transporteur, ou, au contraire, si la livraison doit se faire chez l'acheteur, ce qui aura pour effet de laisser les frais et les risques du transport à la charge du vendeur. Dans le silence du contrat, sauf usage contraire, la délivrance se fait au domicile du vendeur qui tient la chose à disposition de l'acquéreur.

Dans la pratique, ce sont des ventes "à livrer" qui sont cependant les plus fréquentes ; les règles relatives aux délais de livraison sont différentes selon que l'acheteur est un professionnel ou un particulier.

a) entre professionnels :

- un délai de livraison n'est en principe pas impératif, sauf si le vendeur s'y est expressément engagé à titre ferme et impératif. Un retard même important n'autorise pas d'emblée l'annulation de la commande. Il faut une mise en demeure par lettre recommandée avec accusé de réception de la part de l'acquéreur fixant une nouvelle date de livraison qui sera alors impérative. En l'absence de mise en demeure, le vendeur n'est pas considéré comme fautif, même en cas de retard important.

Entre professionnels, des délais de livraison donnés à titre indicatif sont valables.

- une date de livraison peut être prévue à titre impératif. Il faut cependant savoir qu'en cas de litige entre professionnels, les tribunaux peuvent estimer que le retard ne porte pas suffisamment à conséquence pour permettre à l'acheteur l'annulation de la commande. L'acheteur aura par conséquent toujours intérêt à faire une mise en demeure.

Après la mise en demeure, une fois le délai imparti passé, le client peut refuser la marchandise, mais il sera contraint de saisir la justice pour récupérer un éventuel acompte que le vendeur refuserait de restituer ou pour obtenir d'éventuels dommages et intérêts.

b) entre professionnels et particuliers :

La livraison à des particuliers suit des règles différentes suivant que le prix convenu excède ou non un montant de 3.000.— F. Lorsque le prix excède 3.000.— F les professionnels doivent mentionner une date limite de livraison (loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 et décret n° 82-1156 du 13 octobre 1992). Cette règle vaut pour les ventes de marchandises et pour les prestations de services.

Le client peut rompre le contrat si le délai de livraison n'est respecté. Il devra pour cela, après avoir laissé passé un délai de 7 jours après la date convenue pour la livraison, adresser au professionnel un courrier recommandé avec accusé de réception au plus tard 60 jours ouvrés à compter de cette même date.

Ce dispositif est d'ordre public.

lorsque le prix est inférieur à 3.000.— F, le particulier ne bénéficiera plus automatiquement d'une faculté de dénonciation, mais les tribunaux pourront qualifier de clause abusive au sens du décret du 14 mars 1978, des clauses de conditions générales de vente qui laisseraient trop de liberté au vendeur pour fixer les délais de livraison.

3. LA GARANTIE DES VICES CACHÉS :

Selon les articles 1641 et suivants du code civil, le vendeur est tenu d'une garantie légale pour des défauts cachés qui rendent les marchandises impropres à l'usage auquel elles sont destinées ou qui diminuent tellement cet usage que l'acquéreur ne les aurait pas acquises, ou seulement à moindre prix, s'il les avait connus.

Les défauts ne devaient pas être apparents au moment de la vente dans le cadre de vérification et contrôles normaux. L'action doit être engagée par l'acquéreur dans un "bref délai". Il pourra demander la résolution de la vente ou la réduction du prix, ainsi que des dommages-intérêts.

En matière de garantie légale des vices cachés, le vendeur ne peut en principe pas s'exonérer contractuellement, ni sur la durée ou l'étendue de la garantie.

La seule exception à ce principe se trouve dans les ventes entre professionnels de la même branche : on considère alors que l'acheteur, placé sur un pied d'égalité avec le vendeur, a acheté en ayant conscience des risques qu'il prenait.

4. LA CLAUSE PÉNALE :

La clause pénale est une clause par laquelle les contractants fixent forfaitairement les dommages et intérêts dus en cas d'inexécution du contrat. Une telle clause peut s'avérer un moyen de pression efficace sur le débiteur. Cette clause est possible entre professionnels, mais aussi dans un contrat conclu entre un professionnel et un particulier. Pour appliquer une clause pénale, il suffira à un créancier de prouver l'inexécution du contrat en-dehors de toute preuve d'un préjudice. Les clauses pénales manifestement excessives sont susceptibles d'être révisées par les juges du fond. La clause pénale peut être produite dans le cadre d'une procédure collective et elle est opposable à la caution.

5. LA CLAUSE ATTRIBUTIVE DE JURIDICTION ET LA CLAUSE D'ÉLECTION DE DOMICILE :

Cette dernière clause a toute son utilité pour des entreprises qui disposent de plusieurs établissements ou succursales, alors que tous les litiges sont gérés par un service situé au siège de l'entreprise, qui aura, du fait de la clause d'élection de domicile, l'assurance que toutes les notifications et significations seront adressées au siège. Cependant, conformément à l'ar-

ticle 48 NCPC, la clause d'élection de domicile n'a d'effet que dans les relations entre commerçants.

La clause attributive de juridiction détermine par avance le tribunal compétent pour statuer sur d'éventuels litiges. Elle n'est également valable qu'entre commerçants.

LE RECOUVREMENT DES CRÉANCES

Le problème de la solvabilité des clients constitue un souci croissant pour l'entreprise. Dans un pays comme le nôtre où le crédit fournisseur est extrêmement important (on est tenté de dire trop important !) il peut être vital de se prémunir au mieux contre les risques d'impayés.

Je voudrais me limiter d'une part, à sensibiliser les créanciers impayés potentiels que sont toutes les entreprises, à l'utilité de faire procéder, dans certaines situations, à des mesures conservatoires.

Les longueurs souvent inhérentes à l'obtention d'un titre exécutoire indispensable, justifient le recours aux mesures conservatoires. Ces mesures supposent une autorisation du juge de l'exécution (TI) ou du Président de la Chambre commerciale, obtenue après dépôt d'une requête démontrant le fondement de la créance en son principe et les circonstances susceptibles de menacer le recouvrement de la créance.

La mesure la plus fréquemment mise en oeuvre est la saisie conservatoire, mais il peut aussi s'agir d'une hypothèse judiciaire provisoire sur un immeuble du débiteur ou un nantissement sur son fonds de commerce.

D'autre part, il ne faut pas perdre de vue que le créancier ne pourra faire procéder à l'exécution forcée de sa créance qu'à la condition d'avoir un titre exécutoire qu'il pourra obtenir :

- soit par une injonction de payer relevant du Président de la juridiction commerciale ou du Tribunal d'instance quelqu'en soit le montant de la créance. Le débiteur

a un mois pour formuler opposition à l'ordonnance d'injonction de payer qui lui aura été signifiée, sans que son opposition n'ait à être motivée. En cas d'opposition, on revient vers une procédure ordinaire.

- soit par une assignation en paiement directement au fond, ce qui aura le mérite d'éviter des manœuvres d'opposition dilatoires de la part de débiteurs de mauvaise foi.

Ces quelques propos ont pour seule ambition de sensibiliser les

entreprises au fait que tous les documents contractuels doivent être rédigés dans l'esprit de prévenir au mieux les contestations du client et les impayés.

A cet égard, la médecine préventive est moins onéreuse et plus efficace que la médecine curative. Le recours a priori au professionnel est indispensable et évite ou limite bien des désagréments ultérieurs.

Sonia KLEISS-STARK
Service Juridique de la
CHAMBRE DE COMMERCE
ET D'INDUSTRIE DE STRASBOURG

MODALITÉS, DELAIS DE PAIEMENT ET SURETÉS EN FRANCE

"La triple problématique de la croissance, de la compétitivité et de l'emploi est au coeur des priorités de l'Union européenne". C'est en ces termes que Monsieur Raniero VANNI d'ARCHIFARI, membre de la Commission Européenne, évoque le rôle crucial que doivent jouer les entreprises pour y répondre.

Le thème sur les modalités, délais de paiement et sûretés que nous avons retenu, s'inscrit dans cette perspective.

Monsieur SINGER, Directeur de la Deutsche Bank à Francfort, vient de l'aborder du point de vue allemand. Avec mon collègue, Pierre KLEIN, nous proposons de le traiter sous l'éclairage français.

Je passe immédiatement la parole à M. KLEIN qui nous parlera des "modalités et délais de paiement". Je la reprendrai ensuite pour vous entretenir des sûretés et garanties.

De tout temps et dans tous les pays, les créanciers, fournisseurs ou prêteurs ont cherché à réduire leur risque par la constitution de garanties.

Ce problème se pose désormais avec une particulière acuité compte tenu de la désolvabilisation de nombreux agents économiques qui caractérise la période que nous

vivons. Les fournisseurs qui consentent des délais de paiement se trouvent particulièrement exposés.

Il leur appartient par conséquent de se prémunir du mieux possible en agissant tant en amont, en essayant de prévenir l'incident de paiement, qu'en aval après sa survenance.

1. LES STIPULATIONS CONTRACTUELLES

Madame Sonia KLEISS-STARK a analysé tout à l'heure les précautions à prendre lorsqu'un contrat est passé en France.

Elle a évoqué notamment l'importance d'une bonne formulation de la clause de réserve de propriété en cas de vente de marchandise. Il ressort en effet qu'il s'agit là d'une des rares garanties à la disposition du fournisseur. Toutefois, son efficacité se révèle souvent limitée en pratique : transformation ou revente des marchandises, nécessité de revendication dans des délais sous peine de forclusion, etc ...

Aussi, pour se protéger contre la montée des risques clients, les entreprises recourent de plus en plus souvent à d'autres procédés qui constituent autant de garanties indirectes. Nous pouvons citer ici le recours aux sociétés de renseignement commercial, d'affac-

turage ou d'assurance crédit. Le développement de ces techniques apparaît comme une réponse appropriée dans un pays comme la France.

a) les renseignements commerciaux :

Le chef d'entreprise ou le crédit manager dans les grandes entreprises peut faire appel à une société de renseignement commercial ou s'abonner auprès de banques de données économiques et financières spécialisées.

Il faut souligner ici la difficulté de réunir et d'exploiter en France l'information sur la solvabilité des entreprises.

Les créanciers ne peuvent connaître qu'avec retard l'état des sûretés et privilèges grevant le patrimoine de leur débiteur, ignorent les créanciers bénéficiaires de garanties occultes tels que les privilèges dont bénéficient les salariés par exemple.

Par conséquent, un fournisseur est incapable de mesurer de façon certaine au moment de la livraison, le risque qu'il encourt en cas de redressement ou liquidation judiciaire de son client.

En ce domaine, les progrès ont davantage porté sur le mode de consultation que sur l'étendue des informations disponibles.

En pratique, il convient cependant, de recommander la consultation par Minitel en temps réel des informations disponibles.

La plupart des banques de données sont accessibles sans abonnement préalable. Il est possible de prendre connaissance de toutes les informations légales paraissant au BODACC concernant les ventes, les cessions, créations d'entreprises, modifications des dirigeants sociaux ou procédures engagées ainsi que des informations financières, à savoir comptes annuels, chiffres d'affaires et résultats des 3 derniers exercices, grandes masses du dernier bilan. La base peut expédier à ses utilisateurs certains documents légaux, tels que extraits du Registre du Commerce, nantissements, hypo-

thèques et privilèges, voire renseignements fournis par le cadastre. Enfin, certaines banques de données fournissent à leurs abonnés, un service de surveillance d'entreprises leur permettant de suivre au jour le jour, la vie juridique de leurs clients.

Dans la majorité des cas, grâce à une seule interrogation, l'utilisateur dispose de l'ensemble des éléments nécessaires à la formation de son opinion.

Si la créance le justifie, les informations recueillies pourront être complétées par une Société de renseignements commerciaux susceptible le cas échéant, d'engager sa responsabilité en cas d'appréciation erronée de la solvabilité du client.

Les tarifs pratiqués sont en fonction de l'importance de l'analyse demandée (simplifiée ou complète). Ces agences de renseignements traitent en effet l'information disponible de façon à émettre un avis sur la solvabilité des clients et le montant possible des engagements. Elles sont en mesure de proposer des analyses sur mesure dans un délai très bref.

Pour être complet, il convient également de signaler l'initiative prise par la Chambre de Commerce et d'Industrie de Strasbourg, en vue de systématiser la collecte et la transmission des informations relatives aux dépôts de bilans des entreprises.

La Chambre de Commerce et d'Industrie fournit par fax à ses abonnés dans un délai très rapide (sous 24 heures) la liste des décisions de redressements et liquidations judiciaires touchant les entreprises ayant leur siège dans le Bas-Rhin et relevant des greffes des Chambres Commerciales des Tribunaux de Grande Instance de STRASBOURG, SAVERNE et COLMAR (pour Sélestat).

Ce service permet de recevoir les informations en temps réel et accélère, par conséquent, le temps de réaction du créancier.

b) Les sociétés d'affacturage :

Une P.M.E. qui gère directement son poste "client" supporte un coût fixe important qui peut menacer son équilibre d'exploitation en cas de baisse d'activité. Au contraire, si elle s'en remet à une société d'affacturage, le coût de gestion fluctue en fonction du chiffre d'affaires.

L'opération d'affacturage consiste en un transfert de créances commerciales de leur titulaire à un factor qui se charge d'en opérer le recouvrement et qui en garantit le cas échéant la bonne fin, en cas de défaillance momentanée ou permanente du débiteur. Le factor peut régler par anticipation tout ou partie du montant des créances transférées. N'est évoqué ici que l'affacturage sur le marché intérieur, et non celui qui est lié à des opérations d'exportation.

Le recours à des sociétés d'affacturage a connu dans les années récentes un essor rapide du fait des avantages qu'il présente dans une période d'aggravation des risques clients :

- *souplesse que confère pour l'entreprise la sous-traitance de la gestion de son client,*

- *adaptation à la situation de chaque entreprise qui procède à un arbitrage rendement/risque en fonction de ses propres objectifs,*

- *diversification de la gamme de services offerts, de façon conjointe ou non,*

par les factors : prévention, gestion du poste clients, gestion du recouvrement des créances, garanties de paiement, financement du poste clients,

- *synergie entre le renseignement commercial, l'assurance-crédit et l'affacturage,*

les sociétés d'affacturage sont, en effet, de gros consommateurs de renseignements commerciaux et d'assurance-crédit à titre de contre-garantie,

- *forte concurrence du secteur qui tend à favoriser l'amélioration de la qualité du service et la baisse des coûts.*

c) L'assurance-crédit :

Le recours à l'assurance-crédit présente également de nombreux avantages : d'une part, il permet de réduire le risque de faillite par contagion puisque les dettes commerciales d'une société faisant faillite sont prises en charge par l'assureur ; d'autre part, la société d'assurance-crédit dispose d'informations sur le niveau de risque dont elle peut faire bénéficier ses clients, qui interviennent alors en amont de façon préventive.

Il est clair que la protection ne peut être totale. En particulier, l'assurance-crédit ne couvre pas la totalité de la créance et ses conditions de mise en oeuvre entraînent un retard de paiement qui génère un besoin de trésorerie pour le créancier. En outre, l'assurance-crédit peut poser un problème de concurrence dans la mesure où l'offre est assurée par un nombre très restreint d'entreprises. Etant donné le coût supporté pour se prémunir contre le risque client proportionnel à celui-ci, il appartient à l'entreprise de choisir librement le degré de protection qu'elle souhaite en fonction de son arbitrage rendement/risque. Le développement actuel de l'offre dans ce secteur apparaît comme la réponse du marché à la prise de conscience de la montée des risques clients. Il est vrai toutefois que la diffusion de l'assurance-crédit concerne encore peu les petites entreprises.

Même si les entreprises ont de plus en plus recours à des sociétés d'affacturage et si les plus importantes d'entre elles recrutent des "crédit managers" et ont des services clients, force est de constater que la majorité des entreprises n'a pas élaboré de stratégie de gestion du risque client.

En cas d'incident de paiement, le fournisseur se désengage moins vite qu'un banquier. En principe, il peut interrompre sa relation commerciale en arrêtant les livraisons. En pratique, cette décision peut se révéler difficile à prendre surtout en l'absence d'une division suffisante de débouchés. La recherche

de garanties complémentaires n'interviendra qu'en cas de défaillance nécessitant la mise en oeuvre d'un recouvrement judiciaire.

II. LA SITUATION DU FOURNISSEUR EN CAS DE RECouvreMENT FORCE

On aurait pu songer à évoquer devant cette assemblée le thème de l'arbitrage. Mais celui-ci ne s'inscrit guère dans le cadre du recouvrement forcé puisqu'il constitue un mode de règlement des litiges (obligations réciproques résultant du contrat, qualité des marchandises ou des prestations, etc ...) et non de récupérations de créances.

Alors que par association d'idées, on lie forcément le recouvrement et les garanties afférentes aux créances, on perd parfois de vue que certains instruments de paiement permettent en eux-mêmes un recouvrement simplifié et par conséquent parfois plus rapide que les procédures judiciaires générales de recouvrement des créances. Ils ne dispenseront cependant pas l'entreprise de recourir à des spécialistes du recouvrement pour tenter d'obtenir le paiement de son dû.

a) Les procédures spéciales relatives aux chèques et aux effets de commerce :

En dehors de la procédure d'ajonction de payer que je n'évoquerai pas eu égard au temps qui m'est imparti, existe une procédure spécifique aux chèques ainsi qu'une procédure spéciale en vigueur en Alsace-Moselle dans laquelle notre public d'Outre-Rhin reconnaîtra la transposition de disposition du Code de procédure civile allemand. Ces instruments de paiement, que sont le chèque et la lettre de change présentent en effet des avantages non négligeables en tant qu'ils constituent des titres.

C'est ainsi qu'un chèque demeurant impayé pendant trente jours à compter de la première présentation donne lieu sur nouvelle présentation à la délivrance automa-

tique par la banque d'un certificat de non-paiement. Il suffit au créancier de remettre ce certificat de non-paiement à un huissier territorialement compétent qui procédera à sa notification valant commandement de payer au débiteur.

Faute pour ce dernier de se libérer sous quinze jours, l'huissier délivre un titre exécutoire permettant de procéder au recouvrement par la voie coercitive.

La procédure spéciale sur titres et plus particulièrement sur lettre de change peut être mise en oeuvre dès lors que le créancier impayé est matériellement en possession de la traite représentative d'une créance due. Ainsi que l'écrivait récemment Monsieur le Conseiller Jean-Luc VALLENS, "l'effet de commerce, titre par excellence, établit de manière non contestable les qualités respectives du créancier (tireur ou porteur légitime) et du débiteur (tiré accepteur ou aval), ainsi que le montant déterminé ou l'échéance convenue". Elle a pour mérite de limiter les moyens de défense susceptibles d'être invoqués par le débiteur et d'engendrer un jugement revêtu de l'autorité de la chose jugée relative.

Dès l'obtention de ce jugement (sous réserve qu'il admette l'exécution provisoire), le créancier pourra faire diligenter toutes les mesures de recouvrement, y compris l'adjudication forcée immobilière. Il va de soi que la multiplication des incidents de paiement et la nécessité de choisir les procédures adéquates a accru le rôle des acteurs traditionnels du recouvrement tout en induisant une nouvelle offre de services.

b) L'exécution forcée :

La mise en oeuvre de l'exécution forcée suppose bien évidemment un titre exécutoire.

L'entreprise peut néanmoins, dès lors que les circonstances le justifient, solliciter la constitution de sûretés judiciaires provisoires sur les biens de son débiteur.

L'obtention du titre exécutoire postule le plus souvent d'avoir eu recours aux services d'un avocat, quoique certaines entreprises cen-

tralisent la récupération des créances auprès d'un huissier ou d'une société de recouvrement.

Il est néanmoins à noter que ces dernières ne sauraient se dispenser de faire appel aux services des huissiers de justice qui procéderont aux saisies mobilières, nantissements judiciaires du fonds de commerce du débiteur, inscription d'hypothèques judiciaires. Demeure bien entendu la question de l'admission du débiteur à la procédure de redressement judiciaire qui stoppe les poursuites individuelles. Il conviendra de déclarer la créance entre les mains du représentant des créanciers désigné par le tribunal dans le délai impératif de deux mois à compter de la publication du jugement au BODACC. Le créancier aura d'autant plus de chances de percevoir un dividende que sa créance sera privilégiée du fait des garanties constituées. S'il n'est que chirographaire, les risques de pertes seront maximum. En conclusion de mon exposé, je dirai que :

- la "sécurité se prépare" avant l'entrée en relation par la mise au point de conditions générales de vente ;

- la "sécurité se gère" lors de l'entrée en relation par la prise de renseignements sur son partenaire ;

- la "sécurité se mérite" par la négociation notamment des délais de paiement, des modalités de règlement et de la teneur de la clause de réserve de propriété ;

- la "sécurité se gagne" par une réaction rapide en présence d'un incident de paiement. Le choix des moyens à mettre en oeuvre sera évidemment fonction des précautions prises en amont et de préférence en concertation avec un juriste.

Pierre GOETZ
Président de la Compagnie des
Juges Consulaires de Strasbourg
Secrétaire Général de l'Union
Européenne des Magistrats
Commerciaux

GRUNDSÜZÜGE DES INTERNATIONALEN HANDELSKAUFS NACH DEUTSCHEM RECHT UNTER BERÜCKSICHTIGUNG DER ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN (AGB) Hinweise

Ich werde Ihnen zu vermitteln versuchen, welche Regeln gelten, wenn ein ausländisches Unternehmen mit einem deutschen Unternehmen einen Handelskaufvertrag abschliesst. Entsprechend der hohen Exportquote der Bundesrepublik Deutschland lege ich zugrunde, dass das ausländische Unternehmen Abnehmer einer deutschen Ware, z.B. einer Maschine, ist.

1. VERTRAGSFREIHEIT UND ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN (AGB)

Im deutschen Handelsrecht gilt grundsätzlich das Prinzip der Vertragsfreiheit. Die Parteien des Vertrages sind frei, Vereinbarungen ihrer Wahl zu treffen. Seine Verbindlichkeit erhält der Vertrag dadurch, dass übereinstimmende Willens-erklärungen der Parteien vorliegen. Der Staat kontrolliert grundsätzlich nicht die Richtigkeit, Angemessenheit oder Zweckmäßigkeit der vertraglichen Vereinbarungen. Er kümmert sich nur insoweit um die Angelegenheit, als er im Fall von Konflikten seine Rechtsordnung z.B. das Kaufrecht zur Verfügung stellt, aus dem die Gerichte im gerichtlich ausgetragenen Konfliktfall eine Lösung des Konfliktes ableiten, sofern die vertraglichen Regelungen nicht weiterhelfen. Somit würde es an sich genügen, wenn die Kaufvertragsparteien sich über den Gegenstand des Kaufvertrags und den Preis der Ware einigen. Im übrigen würde, sofern deutsches Recht zur Anwendung kommt, deutsches Kaufrecht gelten. Das deutsche Recht des Handelskaufes ergibt sich aus dem Bürgerlichen und dem Handelsgesetzbuch. Soweit das UN-Kaufrecht (Convention on Contracts for the International Sale of Goods vom 11.04.1980) anwendbar ist, geht es dem traditionellen Handelskaufrecht vor. Das UN-Kaufrecht gilt nicht nur für Exporte

von einem Vertragsstaat in den anderen, sondern auch dann, wenn der Export aus einem Vertragsstaat wie Deutschland oder Frankreich in ein Land geht, das nicht Vertragsstaat ist, z.B. Belgien, Grossbritannien, Griechenland und Irland, sofern deutsches Recht nach den Regeln des Internationalen Privatrechts anwendbar ist (Art. 1 Abs. 1b UN-Kaufrecht i.V.m. Art. 28 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB)).

Es wäre naheliegend, Ihnen jetzt das deutsche Handelskaufrecht auszubreiten, wie es der Gesetzgeber geschaffen und die Rechtsprechung ausgestaltet hat. Aus der Praxis ergibt sich jedoch, dass der deutsche Verkäufer sich mit dieser Rechtslage nicht begnügt. Er wird dem ausländischen Kunden genauso wie dem inländischen Kunden schreiben :

"Wir danken Ihnen für Ihre Bestellung, diese bestätigen wir unter ausschliesslicher Geltung unserer umseitig abgedruckten Verkaufsbedingungen." In der Regel findet sich eine ähnliche Formulierung bereits im Angebot.

Da der Kunde bekanntlich König ist, wie man in Deutschland sagt, geht er davon aus, dass das Geschäft reibungslos abgewickelt wird. Deshalb misst er den AGB meist keine Bedeutung bei. Oft wird sich dieses Verhalten als richtig erweisen, es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass sich diese Erwartung nicht erfüllt und es besser gewesen wäre, sich um die Verkaufsbedingungen zu kümmern.

2. TYPISCHER INHALT EINES HANDELSKAUFVERTRAGS :

Da die Geschäftsbedingungen meist standardisiert sind und die Verfasser die gleichen Anleitungen benutzen, lässt sich durchaus ein typischer

Inhalt erkennen.

a) Gerichtsstandsklausel

Die zumeist letzte Bestimmung der Geschäftsbedingungen ist für den deutschen Richter die erste, mit der er zu tun hat :

"Gerichtsstand für alle Streitigkeiten ist der Sitz des Verkäufers". Soweit die Gerichtsstandsklausel ausschliesslich ist, also nicht nur einen zusätzlichen Wahl-Gerichtsstand begründet, bedeutet dies für den ausländischen Kunden, dass er in Deutschland klagen muss. Er muss damit wie beim Fussballspiel auf den Heimvorteil verzichten und eine erhebliche Verteuerung und Komplizierung in Kauf nehmen. Vorteile ergeben sich daraus für die Zwangsvollstreckung.

Mit dem Gerichtsstand wird in den AGB auch meist festgelegt, dass für den Vertrag ausschliesslich deutsches Recht gilt. Die meisten AGB berücksichtigen noch nicht, dass damit nach der Rechtsprechung auch auf das UN-Kaufrecht verwiesen wird. Nur wenn ausdrücklich das UN-Kaufrecht ausgeschlossen ist, ist das UN-Kaufrecht, das deutsches Recht geworden ist, abbedungen.

b) Mängelhaftung

Wohl die zentrale Frage für den Kunden sind seine Rechte, wenn die Ware mangelhaft ist.

1) Alle eventuellen Rechte verliert der Käufer, wenn er seiner Mängelrügepflicht nicht nachkommt. Sämtliche Gewährleistungsansprüche des Käufers sind beim Handelskauf davon abhängig, dass der Käufer seiner Rügepflicht nachkommt (377, 378 Handelsgesetzbuch (HGB), Art. 39 UN-Kaufrecht). Nach dem HGB muss ein Mangel, der sich bei der gebotenen unverzüglichen Unterstützung der Ware zeigt, unverzüglich dem Verkäufer angezeigt werden, Män-

gel, die sich bei der eventuell gebotenen Untersuchung nicht zeigen, müssen unverzüglich nach ihrer Entdeckung angezeigt werden. In AGB wird manchmal versucht, das Kriterium der Unverzüglichkeit noch zu verschärfen, indem starre Fristen vorgesehen werden.

Als Mängel i.S. der Rückpflicht sieht es das deutsche Recht auch an, wenn zu wenig oder etwas anderes als die bestellte Ware geliefert wird, sofern nicht die Abweichung von der Bestellung so gross ist, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste (378 HGB).

2) Das deutsche Kaufrecht gibt dem Käufer - über das UN-Kaufrecht hinaus - gehend und vielleicht des Guten zuviel - bei Mängel umfassende Rechte, die von Rückgängigmachung des Kaufes über Minderung, also Herabsetzung des Kaufpreises, bis zur Ersatzlieferung und - in bestimmten Fällen - Schadenersatz gehen. Diese gesetzlich an sich vorgesehenen Rechte des Käufers werden in den AGB erheblich eingeschränkt, manchmal des Guten ebenfalls zu viel. Meist kann der Käufer nur Nachbesserung und/oder Ersatzlieferung verlangen anstelle der Rückgängigmachung des Kaufes und der Minderung. Schadenersatzansprüche des Käufers wegen Mängeln der Kaufsache werden, soweit zulässig, völlig ausgeschlossen. Das Recht des Käufers, den Kaufpreis wegen eines Mangels zurückzubehalten, ist auf den Fall beschränkt, dass der Mangel vom Verkäufer nicht bestritten oder rechtskräftig festgestellt ist. Ansonsten ist das Zurückbehaltungsrecht und auch die Aufrechnung mit Gegenansprüchen ausgeschlossen. Da die Mängel bei Kaufpreisklagen des Verkäufers fast immer bestritten sind, hat der Käufer praktisch nie ein Zurückbehaltungsrecht oder ein Aufrechnungsrecht. Der versierte Anwalt des Käufers reagiert darauf mit einer Widerklage wegen Sachmangels.

3) Verjährung

Die Ansprüche des Käufers wegen Mängeln der Kaufsache verjähren nach deutschem Recht, das UN-Kaufrecht enthält insoweit keine Regelung, in sechs Monaten ab Ablieferung (477 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Das gilt auch, wenn der Mangel zu einem weiteren Schaden (Mangelfolgeschaden) geführt hat. Das schliesst auf der anderen Seite keinesfalls aus, dass der Verkäufer weitergehende Garantiepflichten übernimmt, deren Umfang im einzelnen geprüft werden muss.

c) Eigentumsvorbehalt

Eine berechtigte Ausnutzung einer gesetzlichen Gestaltungsmöglichkeit bildet die Klausel über den in allen Staaten der Europäischen Union bekannten Eigentumsvorbehalt. Der Verkäufer behält sich durch die AGB das Eigentum an der Kaufsache zumindest bis zur Bezahlung des Kaufpreises vor. Ohne diese Bestimmung würde das Eigentum an der Kaufsache in der Regel bei der Übergabe an den Käufer auf diesen übergehen. Davor schützt dieser sogenannte einfache Eigentumsvorbehalt.

Das deutsche Recht kennt entgegen beispielsweise dem französischen Recht einen verlängerten Eigentumsvorbehalt. Der Verkäufer erlaubt dem Käufer, die Ware weiterzuverkaufen, obwohl der Käufer noch nicht Eigentümer geworden ist, weil er noch nicht bezahlt hat. Er sichert sich aber dadurch ab, dass er sich im voraus die Forderungen des Käufers aus dem Weiterverkauf abtreten lässt. Der Anspruch des Käufers gegen seinen Abnehmer auf Bezahlung steht also nicht ihm, sondern seinem Lieferanten zu.

Oft verkauft der Käufer die Ware nicht, sondern verarbeitet sie selbst. Auch dies bedeutet für den Verkäufer die Gefahr, dass er ohne andere Sicherheit das Eigentum an der Sache verliert (§ 950 BGB). Dagegen kann und wird sich der Verkäufer in den AGB ebenfalls schützen. Auch in diesem Fall wird der Eigentumsvorbehalt praktisch

ebenfalls verlängert, indem die neue Sache hinsichtlich des Eigentums an die Stelle der Alten tritt. Das Eigentum des Verkäufers setzt sich an der neuen Sache fort, nachdem das Eigentum an der ursprünglichen Kaufsache durch Verarbeitung erloschen ist. Die Durchsetzbarkeit des deutschen Eigentumsvorbehalts steht auf einem ganz anderen Blatt. Sie muss im jeweiligen Exportland erfolgen und hängt von der Anerkennung des deutschen Eigentumsvorbehalts in diesem Land ab.

d) Lieferfristen

Sehr beliebt in AGB ist auch, die Lieferfristen für den Verkäufer möglichst unverbindlich zu machen. Kommt der Verkäufer mit der Lieferung doch in Verzug, werden die Rechte des Käufers stark beschränkt. Rücktrittsrechte sind vorgesehen, Schadenersatzansprüche jedoch ausgeschlossen oder zumindest beschränkt.

e) Zahlungen und Verzinsungspflicht des Käufers

Hinsichtlich der Zahlungspflicht wird in den AGB oft festgelegt, dass die Zahlung innerhalb einer bestimmten Frist, z.B. 30 Tage ab Rechnungsdatum, zu leisten ist. Diese Klausel ist akzeptabel, da der Käufer damit nach Ablauf der 30-tägigen Frist nicht automatisch in Verzug kommt und deshalb bei Fristablauf den Verzögerungsschaden noch nicht zu ersetzen hat.

f) Schriftformklausel

Zahllose Verträge, nicht nur solche mit AGB, enthalten eine sogenannte Schriftformklausel. Meist ist sie dahingehend formuliert, dass mündliche Abreden nur dann verbindlich sind, wenn sie schriftlich bestätigt werden. Damit soll Klarheit geschaffen und Streitigkeiten vorgebeugt werden.

3. EINBEZIEHUNGEN DER AGB IN DEN VERTRAG :

Wenn Sie nun langsam aber sicher den Eindruck gewinnen, dass diese AGB nicht nur eine Rationalisierungsfunktion haben, sondern auch die Funktion, Risiken auf den

Kunden abzuwälzen, so liegen Sie nicht falsch. Der Kunde, insbesondere der ausländische, fragt sich, ob er den AGB wirklich ausgeliefert ist. Das mündet in die dem deutschen Richter vertraute Einwendung des Kunden vor dem deutschen Gericht: "Die AGB sind nicht Vertragsbestandteil geworden."

Die Erfolge mit dieser Behauptung sind im kaufmännischen Geschäftsverkehr eher bescheiden. Die Anforderungen an die Einbeziehung der AGB in den Vertrag sind nach der deutschen Rechtsprechung, soweit deutsches Recht hierfür anwendbar ist, nicht hoch. Zwar verlangt die Rechtsprechung grundsätzlich eine vertragliche Einigung. Es genügt jedoch, wenn der Verwender der AGB im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss auf die AGB verweist. Selbst wenn die AGB dem Schreiben, in dem auf die AGB verwiesen wird, nicht beigelegt waren, sind die AGB wirksam einbezogen. Der Einwand des Kunden, er kenne die AGB nicht, zieht also nicht. Nur wenn der Kunde der Geltung der AGB widerspricht, werden die AGB nicht Vertragsinhalt. Als Form des Widerspruchs sieht man auch den Verweis auf eigene AGB an. Wichtig ist, dass auf die AGB vor oder bei Vertragsabschluss verwiesen wird. Auf der Rechnung oder auf dem Lieferschein kommt der Verweis zu spät. Ausreichend ist es andererseits, wenn der Verweis in einem sogenannten kaufmännischen Bestätigungsschreiben erfolgt.

Bei ausländischen Kunden verlangt die Rechtsprechung teilweise, dass der Hinweis auf die AGB in der Verhandlungssprache oder zumindest in einer Weltsprache erfolgt. Stehen Kaufleute in laufender Geschäftsbeziehung, sind frühere Verträge stets zu den Geschäftsbedingungen der einen Seite abgeschlossen worden und hat diese zu erkennen gegeben, dass sie Geschäfte nur auf der Grundlage ihrer eigenen Geschäftsbedingungen abschliessen will, so gelten diese auch für weitere Geschäfte, bei denen der Hinweis auf

die AGB fehlt. Neue Hoffnung bei der Abwehr von AGB kann der ausländische Kunde schöpfen, seit das UN-Kaufrecht in Deutschland in Kraft getreten ist. Die deutsche Literatur fordert für die Einbeziehung der AGB in einen Vertrag, der dem UN-Kaufrecht unterliegt, dass der grosse Hinweis auf die AGB nicht genügt. Es bleibt abzuwarten, wie sich die deutsche Rechtsprechung hierzu entwickelt.

Eine weitere Möglichkeit sich gegen die Geltung der AGB zur Wehr zu setzen, ergibt sich aus dem deutschen Internationalen Privatrecht (Art. 31 Abs. 2 EGBGB, der aus dem EWG-Übereinkommen vom 19. Juni 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht stammt). Der ausländische Kunde kann vortragen, dass es nach den Umständen nicht gerechtfertigt sei, die Wirkung seines Verhaltens nach dem deutschen Recht zu bestimmen. So kann z.B. eine englische oder irische Firma vortragen, das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben sei nach dem Recht von England oder Irland keine Zustimmung, daher dürften die deutschen Regeln über die Einbeziehung der AGB in den Vertrag durch ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben nicht angewandt werden.

Schliesslich müssen Gerichtsstandsklauseln auch noch den speziellen Anforderungen des Europäischen Übereinkommens über die gerichtliche Zuständigkeit entsprechen (Art. 17 EuGVÜ). Insoweit findet nicht nur die allgemeine Prüfung statt, ob die AGB Vertragsbestandteil geworden sind, sondern eine spezielle Prüfung anhand von Art. 17 EuGVÜ.

4. INHALTSKONTROLLE DER AGB :

a) Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)

Das deutsche Recht kennt ein spezielles Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dieses

Gesetz ermächtigt den Richter dazu, AGB inhaltlich zu kontrollieren und solche Bestimmungen - auch des kaufmännischen Verkehrs - als unwirksam anzusehen, welche den Vertragspartner entgegen Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen (9 Abs. 1 AGBG). Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Geschäftsbedingung

1° mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist, oder

2° wesentlich Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dass die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist (9 Abs. 2 AGBG). Diese Kontrolle findet auch dann statt, wenn der Vertrag dem UN-Kaufrecht unterliegt.

Die deutsche Rechtsprechung sieht sich nicht als Schutzpatron der deutschen AGB, sondern engt die einseitige Vertragsgestaltung durch AGB auch zugunsten des kaufmännischen Kunden ein.

b) Einschränkung der Sachmängelrechte

Welche Rechte des Käufers bei Sachmängel durch AGB ausgeschlossen werden können, ist von der Rechtsprechung genau festgelegt. Das vom Gesetz her gegebene Recht, in jedem Fall die mangelhafte Sache zurückzugeben und den Kaufpreis zurückzuerhalten, darf abbedungen werden. Darüberhinaus können Schadensersatz, Minderung des Kaufpreises und Lieferung eines neuen, mangelfreien Sache ausgeschlossen werden, sofern wenigstens ein Recht auf Nachbesserung des Kaufgegenstandes besteht. Die Kosten der Nachbesserung dürfen nicht dem Käufer belastet werden. Dem Kunden muss auch ausdrücklich das Recht vorbehalten werden, bei Fehlschlagen der Nachbesserung Herabsetzung der Vergütung oder nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrags verlangen zu können. Für das Fehlen der zugesicherten Eigenschaften des Kauf-

gegenstandes haftet der Käufer unbeschränkt. Eigentumsvorbehaltsklauseln müssen nach der Rechtsprechung ein Freigabeklausel enthalten, diese dient dem Zweck, eine Übersicherung des Verkäufers zu vermeiden.

c) Haftungsfreizeichnungsklauseln

Haftungsfreizeichnungen für grosse Fahrlässigkeit und Vorsatz des Verwenders der AGB und seiner Erfüllungsgehilfen werden als unwirksam angesehen. Bei leichter Fahrlässigkeit scheitern die Haftungsfreizeichnungsklauseln in der Rechtsprechung oft daran, dass die Rechtsprechung sie als Einschränkung wesentlicher Rechte aus dem Vertrag interpretiert, welche die Erreichung des Vertragszwecks gefährden, so dass sie unwirksam sind (vgl. zuletzt Bundesgerichtshof, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1994, 1060, 1063).

d) Schriftformklausel

Der Schriftformklausel hat die deutsche Rechtsprechung in ihrem unermüdlichen Drang nach immer höherer Gerechtigkeit die Zähne gezogen. Sie sagt nämlich, dass das mündlich Vereinbarte entgegen der Schriftformklausel gilt, weil damit stillschweigend die Schriftformklausel ausser Kraft gesetzt wird. Daren können die AGB nichts ändern, sofern sie nicht in diesem Punkt bereits unwirksam sind. Das zwingt den Richter oft, Zeuge nach Zeuge über das mündlich Vereinbarte zu vernehmen, eine Aufgabe, die beispielsweise dem französischen Richter erspart bleibt. Die Schriftformklausel wurde aufgrund der Rechtsprechung, dass das mündlich Vereinbarte den Vorrang hat, inzwischen dahingehend weiter entwickelt, dass für die Aufhebung der Schriftform eine schriftliche Vereinbarung verlangt wird. Man streitet nun darüber, ob dennoch eine stillschweigende mündliche Aufhebung der Formabrede möglich ist und ob diese Klausel gegen das AGB-Gesetz verstösst.

e) Bei den juristischen Beratern der Exporteure wachsen deshalb die Zweifel, ob bei der Anwendung

deutschen Rechts überhaupt noch eine zweckmässige Risikobegrenzung durch AGB erreichbar ist, so dass bereits die Vereinbarung ausländischen Rechtes erwogen wird. Ich als Richter sehe die Dinge etwas anders. Aus meiner Sicht setzt sich damit der Gerechtigkeitsgehalt der gesetzlichen Regelung gegen die einseitige Vertragsgestaltung durch AGB durch.

5. SPEZIELLE VERFAHREN

Das deutsche Zivilprozessrecht kennt neben dem normalen Zivilprozess einige Verfahren, die sich durch grössere Schnelligkeit auszeichnen.

a) Mahnverfahren

Das zahlenmässig Wichtigste ist das sogenannte Mahnverfahren (688 ff. Zivilprozessordnung, (ZPO)), das die gleiche Funktion wie die französische "injonction de payer" hat. Ohne Beweise vorlegen zu müssen, kann der Gläubiger eines Zahlungsanspruchs in Deutscher Mark vom zuständigen Amtsgericht einen Mahnbescheid erhalten. Das Gericht prüft nicht, ob der geltend gemachte Anspruch besteht. Für ausländische Gläubiger ist ausschliesslich das **Amtsgericht Berlin-Schöneberg, Brunnenplatz 1, 13357 BERLIN**

zuständig. Der Mahnbescheid wird dem Schuldner vom Gericht zugestellt. Bei Widerspruch des Schuldners geht das Mahnverfahren in einen normalen Zivilprozess über. Legt der Schuldner keinen Widerspruch ein, wird auf Antrag des Gläubigers vom Gericht Vollstreckungsbescheid erlassen. Der Vollstreckungsbescheid ist, wie der Name vermuten lässt, ein Vollstreckungstitel. Das Mahnverfahren ist somit bei Geldforderungen, denen der Schuldner nichts entgegenzusetzen hat, in der Regel der schnellste Weg zu einem Vollstreckungstitel zu kommen.

b) Einstweilige Verfügung und Arrest (935, 940 ZPO)

Die einstweilige Verfügung, der im französischen Recht die "ordonnance de référé" und die "ordonnance sur requête" entspricht, hat einen beschränkten Anwendung-



sbereich. Sie dient grundsätzlich nur der Sicherung von Ansprüchen und der Regelung eines einstweiligen Zustandes. Eine Leistung an der Gläubiger und damit seine Befriedigung ist grundsätzlich in diesem Verfahren nicht möglich. Im Wege des Arrestes (915 ff. ZPO) kann die spätere Zwangsvollstreckung einer Geldforderung gesichert werden, wenn ohne die Verhängung des Arrestes die Vollstreckung des später zu erwirkenden Urteils vereitelt oder wesentlich erschwert würde. Der Anstrum anderer Gläubiger und damit die Gefahr, wegen der schlechten Vermögen des Schuldners mit der eigenen Forderung auszufallen, genügt als Arrestgrund nicht. Die Sicherung der Zwangsvollstreckung des Gläubigers erfolgt bei Erlass eines Arrestbefehls durch Pfändung der beweglichen Sachen bzw. der Forderungen des Schuldners.

c) Selbständiges Beweisverfahren
Das deutsche Zivilprozessrecht kennt ein selbständiges Beweisverfahren (485 ff. ZPO). Schon vor Beginn eines Prozesses können Beweise auf Antrag vom Gericht erhoben werden. Wichtigster Fall: Die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Untersuchung des Zustandes von Sachen, der Ursache eines Schadens oder Mangels und des Aufwandes zu Beseitigung des Schadens oder des Mangels. Durch das selbständige Beweisverfahren können Prozesse oft vermieden oder zumindest vereinfacht werden, da das eingeholte Gutachten im späteren Prozess benutzt werden kann.

6. DER ZIVILPROZESS

a) Dauer
Bei den Amtsgerichten, die sich vor allem mit den kleineren Verfahren mit einem Streitwert bis zu 10.000.— DM beschäftigen, werden ca. 95 % der Verfahren innerhalb eines Jahres erledigt, bei den Landgerichten, bei denen die vom Streitwert her bedeutenderen Zivilverfahren in erster Instanz laufen, werden ca. 88 % der Verfahren innerhalb eines Jahres erledigt (vgl. Statistisches Jahrbuch 1993 für die Bundesrepublik Deutschland, Seite 397). Diese Zahlen für die erste Ins-

tanz können sich durchaus sehen lassen, zumal die deutschen Zivilgerichte grundsätzlich die Beweise im Verfahren selbst erheben, z.B. Zeugen hören. Die Beweiserhebung wird nicht den Parteien überlassen oder aus dem Verfahren ausgelagert.

In zweiter Instanz gehen die Verfahren, die vor dem Amtsgericht beginnen, zum Landgericht. Dort dauern wiederum nur 5,7 % der Verfahren (Wert von 1990) länger als ein Jahr. Die Verfahren, die vom Landgericht in erster Instanz entschieden werden, gehen in zweiter Instanz an das Oberlandesgericht. Dort dauert ca. jedes fünfte Verfahren länger als ein Jahr, was nicht ganz befriedigen kann.

b) Gang des Verfahrens
Der deutsche Zivilprozess beginnt, sofern kein Mahnverfahren vorausging, mit der Einreichung einer Klageschrift bei Gericht. Gleichzeitig müssen die Gerichtsgebühren entrichtet werden. Das Gericht kann nun gleich einen Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmen oder - wie meist - ein schriftliches Vorverfahren anordnen. In beiden Fällen wird eine Frist zur Klageerwidlung gesetzt. Die Klage und die Anordnung des Gerichts werden dem Beklagten vom Gericht über die Post zugestellt. Nach Eingang der Klageerwidlung und evtl. einer Replik des Klägers wird - sofern noch nicht früher geschehen - Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt. Beweise (z.B. Zeugen) können bei diesem Termin bereits erhoben werden, damit das Verfahren möglichst in einem Termin erledigt wird. Die Erledigung in einem Termin gelingt jedoch nur in einem Teil der Fälle, da die Beweiserhebung (Zeugenvernehmung, Sachverständigengutachten) oft mehrere Termine erforderlich macht.

c) Beibringungsgrundsatz
Der deutsche Zivilprozess wird vor allem durch den Beibringungsgrundsatz geprägt: Die Parteien bestimmen durch ihren Vortrag die Tatsachen, welche das Gericht seiner Beurteilung zugrunde legt. Was unbestritten ist, hat das Gericht zu übernehmen. Für das, was bestrit-

ten ist, haben die Parteien Beweismittel zu benennen. Das Gericht untersucht grundsätzlich nicht vom Amtes wegen die Richtigkeit der Behauptungen, sondern nur auf entsprechenden Beweisantrag der beweispflichtigen Partei.

d) Vergleich
Eine Besonderheit des deutschen Zivilprozesses ist sicherlich darin zu sehen, dass viele Verfahren nicht mit einem Urteil, sondern mit einer Einigung, einem Vergleich, enden. Bundesweit entfielen 1991 von den Erledigungen durch streitiges Urteil und Vergleich ca. 65 % auf streitige Urteile, 35 % auf Vergleiche. Gerade in Handelssachen gelingt es den Richtern häufig, unter Mitwirkung der Anwälte eine Einigung zu erzielen. In der Kammer für Handelssachen, deren Vorsitz ich führe, enden mehr Verfahren durch Vergleich als durch streitiges Urteil. Die Vergleiche führen in aller Regel zu einem schnelleren Abschluss des Verfahrens und sind dem Urteil dadurch überlegen, dass sie von beiden Seiten freiwillig akzeptiert sind.

e) Anwaltszwang und Kosten
Für eine Zivilprozess wegen eines Handelskaufs vor dem Amtsgericht benötigt man keinen Anwalt, während vor dem Landgericht Anwaltszwang besteht. Es genügt jedoch nicht, einen Anwalt in Deutschland zu haben. Vielmehr muss es sich nach der derzeitigen Rechtslage in der alten Bundesrepublik um einen bei dem entsprechenden Landgericht zugelassenen Anwalt handeln, also einen Anwalt aus diesem Bezirk. Da ausländische Unternehmen nicht selten über einen deutschen Vertrauensanwalt verfügen, benötigen sie für einen Zivilprozess in Deutschland häufig zwei deutsche Anwälte, was die Angelegenheit zusätzlich verteuert. Nach dem deutschen Prozessrecht trägt die im Prozess unterliegende Partei die Gerichtsgebühren und die gesamten erforderlichen Anwaltskosten, auch die des Gegners (91 Abs. 1 ZPO).

Bedient sich der ausländische Unternehmer noch eines weiteren

sich seine Kosten bei einem Streitwert von 20.000.— DM um ca. 1.000.— DM für die erste Instanz. Wird dieser Rechtsstreit über 20.000.— DM in zwei Instanzen geführt, erreichen die Kosten des Verfahrens ungefähr den Wert der Hauptsache, da die Anwaltsgebühren in zweiter Instanz um 30 % höher sind. Verliert der Kläger erhält er nichts und zahlt noch den Betrag, den er beanspruchte drauf. Gewinnt der Kläger, so zahlt der Beklagte nicht nur die 20.000.— DM, sondern Kosten in ungefähr gleicher Höhe.

Dr. Wolfgang EIDT
Vize-Präsident des Landgerichts
Offenburg

AGENDA

21 AVRIL 95
Congrès National des Juges Consulaires belges à Hasselt

19 MAI 95
Congrès Régional des Juges Consulaires à Belfort

9 AU 17 SEPTEMBRE 95
A KITZBUHL, Congrès National des Juges Consulaires Autrichiens, avec la participation des membres de l'Union Européenne des Magistrats Commerciaux

19-20-21 OCTOBRE 95
Congrès National des Juges Consulaires des Tribunaux de Commerce de France à Lille

la Lettre du Juriste Européen

Directeur de la publication
Pierre GOETZ
Rédaction
George HOX Pierre GOETZ
Paul MARTENS
Dr Wolfgang EIDT
Sonia KLEISS-STARK
Droits de reproduction autorisés avec mention de la source
Impression :
1200 exemplaires
Dépôt légal :
2ème trimestre 1995