



# la Lettre du Juriste Européen

UNION EUROPÉENNE  
DES MAGISTRATS  
COMMERCIAUX

avec la participation de  
la Chambre de Commerce  
et d'Industrie de Strasbourg  
et du Bas-Rhin

## LA JUSTICE CONSULAIRE, CRISE IDENTITAIRE

Pierre GOETZ  
Secrétaire Général de l'U.E.M.C.

**Dans la plupart des pays d'Europe la justice est en crise. Nos institutions consulaires ne sont pas épargnées par la contestation.**

**E**n Autriche, sans la vigilance du Docteur LAMMEL, Président de la Vereinigung der fachmännischen Laienrichter Österreichs, la justice consulaire aurait été supprimée, probablement cette année, par la volonté des pouvoirs publics. Il n'en sera heureusement rien. Au cours d'une séance mémorable qui marquait le 75<sup>e</sup> anniversaire de son association, le Président LAMMEL a prononcé un plaidoyer pro domo en présence des corps constitués et des plus hautes autorités judiciaires autrichiennes.

Ce remarquable exposé, nourri de l'histoire ancienne et plus récente, lui a également donné l'opportunité de tracer des pers-

pectives prometteuses pour l'avenir de la justice commerciale autrichienne. Son discours programme se trouve repris dans la présente livraison. Pour les plus curieux d'entre nous, je signale que le Docteur LAMMEL met la dernière main à un ouvrage sur les institutions consulaires de son pays qui devrait être disponible en Août, lors de notre 10<sup>ème</sup> symposium qui réunit traditionnellement à cette époque de l'année les membres de notre association à KITZBÜHEL.

A intervalle régulier, les médias s'en prennent également en France au fonctionnement des tribunaux de commerce en attirant l'attention de l'opinion publique sur des situations inacceptables sans avoir l'honnêteté d'en souligner le caractère exceptionnel.

Quelle institution humaine, même d'inspiration élevée, ne connaît pas des ratés, des défaillances. Pour autant, il ne s'agit pas de jeter le bébé avec l'eau du bain.

Cette année, la Conférence Générale des Tribunaux de Commerce de France a fort opportunément proposé à ses membres un thème de réflexion en étroite relation avec leur préoccupation quotidienne "La Justice Commerciale au XXI<sup>ème</sup> siècle".

Point n'est besoin d'insister sur la grave crise de confiance que traversent aussi les institutions judiciaires belges qui n'épargne évidemment pas la justice commerciale. Lors du congrès des juges consulaires belges qui s'est tenu le 25 avril 1997 à BRUGES, Madame Mariette VERRYCKEN a rappelé avec pertinence le rôle du pouvoir judiciaire dans un Etat de droit et combien l'équilibre entre les différents pouvoirs (exécutif, législatif et judiciaire) est délicat à réaliser car chaque pôle est d'une certaine manière dépendant de l'autre. Il est finalement revenu au Professeur René PERROT de présenter à BRUGES un rapport remarquable sur le thème de :

"La justice dans la tourmente et l'avenir des juridictions consulaires".

Avec son aimable autorisation, nous avons le privilège de reproduire le texte intégral de son intervention dans la présente livraison. Vous constaterez que les questions essentielles concernant l'ensemble des magistrats "européens" statuant en matière commerciale, sont traitées d'une manière magistrale.

Nul doute que fort d'une tradition solide et d'un dévouement exemplaire à l'institution judiciaire, ceux-ci trouveront en eux l'énergie nécessaire pour relever les défis du XXI<sup>e</sup> siècle. ■

### LA LETTRE DU JURISTE EUROPÉEN

Directeur de la publication  
Pierre GOETZ

Rédaction

Pierre GOETZ - Roger PERROT  
Dr LAMMEL - M. DE LUCA  
M. DE SANGRO

Droits de reproduction autorisés  
avec mention de la source

Impression

2000 exemplaires

Dépôt légal

3<sup>ème</sup> trimestre 1997

# RECHTERS IN HANDELSZAKEN : EEN NIEUWE HORIZON

Pierre GOETZ  
Secretaris-generaal UEMC

**I**n meerdere Europese landen is «JUSTITIE» het middelpunt van kritiek en opspraak. Het handelsgerecht en daar waar ze bestaat, de consulaire rechtsmacht, ontsnappen niet aan dit algemeen verschijnsel van contestatie.

In Oostenrijk is het te danken aan de vastberadenheid en persoonlijke inzet van Dr. Walter LAMMEL, voorzitter van de Vereinigung der fachmännischen Laienrichter Österreichs, dat de lekenrechters waarschijnlijk dit jaar niet werden afgeschaft. Dit gevaar lijkt nu geweken. Tijdens een niet te vergeten academische zitting ter gelegenheid van het 75-jarig bestaan van zijn vereniging, heeft Dr. Lammel een pro domo pleidooi gehouden in aanwezigheid van de hoogste gerechterlijke autoriteiten en officiële vertegenwoordigers van Oostenrijk. Deze voortreffelijke uiteenzetting omvatte zowel de historische achtergrond als de evolutie en de hedendaagse toestand van de « laienrichter » in

het land. Zijn besluit is dat de toekomstperspectieven van het door ons goed gekende « consulaire » systeem gunstig zijn. In dit nummer vindt u uittreksels van deze interessante programmarede. Terloops kan gezegd worden dat Dr. Lammel de laatste hand legt aan een boek dat de geschiedenis van het oostenrijks handelsgerecht doet herleven. Dit werk zal hopelijk beschikbaar zijn voor de collega's die de traditionele jaarvergadering zullen bijwonen in het mooie KITZBÜHEL in de laatste week van augustus 1997.

Regelmatig becritiseren de Franse media de werking van hun Tribunaux de Commerce door de aandacht van de publieke opinie te trekken op sommige onaannemelijke voorvallen, doch zonder te preciseren dat het om uitzonderingsgevallen gaat.

Maar welke menselijke instelling, wat ook haar ideaal mag zijn, kent geen zwakheden, tekortkomingen of gebreken. Laat ons daarom realistisch blijven en het hoofd koel houden.

Dit jaar heeft de Conférence Générale des Tribunaux de Commerce de France zeer bewust aan haar leden gevraagd zich te bezinnen over het thema « La justice commerciale au xxième siècle ». Inderdaad, dit is een bekommerning die zich in de huidige invraagstelling aan de rechters in handelszaken opdringt.

Onnodig te onderlijnen welke crisis de Belgische gerechtelijke instellingen doormaken. De weerslag hiervan treft ook het handelsgerecht. Tijdens het jaarlijks congres van de Belgische rechters in handelszaken – Brugge 25 april 1997 – heeft Mevrouw Mariette VERRYCKEN, Voorzitster van de Koninklijke Vrede- en Politierchtersbond van België, zeer gepast de rol van de rechterlijke macht in een rechtstraat omschreven.

Dit betoog wees op het subtiel evenwicht dat noodzakelijk moet gevonden worden tussen de drie machten (wetgevende, uitvoerende en rechterlijke) die elk op een onafhankelijke manier

moeten samenleven. Tot slot van deze manifestatie sprak Prof. Roger PERROT over « La justice dans la tourmente et l'avenir des juridictions consulaires ». Dit diepgaande overzicht kan als antwoord dienen op vele vragen die men betreffende de « Europese » rechters in handelszaken kan stellen. Dankzij de bereidwillige toestemming van de auteur, kunnen wij in bijlage de volledige tekst van deze uitzonderlijke uiteenzetting weergeven.

Wij zijn ervan overtuigd dat met de traditie die er tussen ons bestaat en onze grote inzet ten voordele van de gerechterlijke instelling, wij de nodige energie zullen opbrengen om de uitdagingen van de XXIe eeuw aan te kunnen. ■

# LA JUSTICE DANS LA TOURMENTE ET L'AVENIR DES JURIDICTIONS CONSULAIRES

Roger PERROT

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas

Docteur honoris causa des Universités de Genève, Louvain, Milan et Liège

**E**n ce printemps 1997, M. le Président HOX a choisi la belle ville de Bruges pour réunir ses collègues, juges consulaires, et nous accueillir somptueusement avec une chaleur et une amitié dont je le remercie très vivement, en votre nom à tous. Ce choix n'est peut être pas le fait du hasard. Qui pourrait oublier, en effet, qu'en plein moyen-âge, à une époque où Bruges avait encore une sortie sur la mer, elle était une place commerciale de première grandeur où se tenaient de célèbres foires ? Et qui pourrait oublier aussi que Bruges devait devenir, quelques siècles plus tard, une des métropoles occidentales du commerce international ? où les marchands de la Bourse concluaient les polices d'assurance et négociaient les lettres de change ? où se réunissait tout ce monde cosmopolite des négociants, des courtiers, des notaires... dont certains, nous dit-on, étaient des prêtres !

Il était normal que ce brillant passé ne soit pas oublié par ceux qui, en ce XXème siècle finissant, assument la lourde charge d'être les artisans de la justice commerciale qui, dans les fastes judiciaires,

occupe une place à part.

1.- Encore faut-il bien s'entendre lorsqu'il est question de la "juridiction consulaire". Dans de très nombreux pays, les litiges commerciaux sont jugés par des formations spécialisées, composées de magistrats de carrière qui connaissent bien cette matière ; tel est le cas par exemple en Angleterre où, depuis 1970, la "Hight Court" comprend une formation spéciale chargée de juger les différends commerciaux et que l'on appelle la "Merchant Court". On ne peut pas dire qu'il s'agit d'une "juridiction commerciale" à proprement parler, et encore moins d'une "juridiction consulaire". En réalité, la juridiction consulaire, a pour originalité propre d'être composée, en tout ou partie, de personnalités extérieures à la profession judiciaire, - que l'on pourrait appeler des laïques"-, qui sont exceptionnellement appelés à exercer des fonctions juridictionnelles en leur qualité de commerçant ou d'industriel. Là où il n'y a pas cet apport extérieur, il y a peut être "juridiction commerciale", mais il n'y a certainement pas "juridiction consulaire".

Cela étant dit, la juridiction consulaire n'est pas

une juridiction comme les autres. On y rend une justice "entre soi" qui, par son esprit, s'apparente quelque peu à l'arbitrage : la conciliation y est souvent sous-jacente et, par certains aspects, on y sent poindre un parfum corporatiste, au meilleur sens du terme. On pourrait presque ajouter, en parlant de la juridiction consulaire, ce que Mme de Sévigné disait de son amie Mme De Lafayette, "c'est une femme aimable que vous aimez dès que vous avez le temps d'être avec elle, et de faire usage de son esprit et de sa raison". Grâce à vous tous, l'esprit et la raison sont au rendez-vous, comme pour bien marquer votre volonté d'assumer pleinement les charges que la loi vous a confiées, avec un souffle d'espérance qui refuse de se laisser gagner par la morosité ambiante.

2.- Quand on parle de la "Justice" en cet an de grâce 1997, il faut en effet un solide moral, une volonté tenace et une bonne dose de foi pour résister au pessimisme général et surmonter les assauts répétés d'une opinion publique envahie par le doute sur les vertus de l'Institution judiciaire.

C'est un fait que la justice

traverse une sérieuse tourmente. Pas seulement la justice commerciale, mais la justice en général ; et pas seulement la justice belge : la justice française, la justice italienne sont elles aussi secouées par de violents soubresauts. Les manifestations en sont différentes selon les pays. Mais partout, dans notre vieille Europe, on constate des mouvements d'opinion qui font de la justice la cible privilégiée d'une sorte de désespérance, comme si, désorientée par ses institutions, elle faisait refluer toutes ses déceptions jusqu'aux marches du Palais. Comme le disait très récemment un homme politique français, "la justice devient le point de convergence de nos doutes et de nos incertitudes".

La gravité de cette crise est peut être là. On peut se demander en effet si la crise de la justice n'est pas finalement l'épiphénomène d'une crise plus sérieuse, plus profonde et plus insidieuse qui affecterait les structures de l'Etat. Cet abcès judiciaire ne serait-il pas l'expression localisée d'un doute sur le bon fonctionnement de nos institutions démocratiques ? Lesquelles sont mises à rude épreuve sous les assauts conjugués de pra-

tiques surprenantes qui nous sont révélées par la presse, de déviations morales qui laissent un sentiment d'horreur et de scandales qui finissent par ébranler la confiance des citoyens. Dans cette perspective, la justice prend la place de nos institutions défaillantes. Aux yeux de l'opinion publique, elle devient une sorte de refuge à qui l'on demande d'assumer une régulation sociale imparfaitement assurée par les institutions politiques.

Mais comment s'étonner alors que la justice ne déçoive pas ? L'opinion publique n'attend-elle pas de sa justice ce qu'elle ne peut pas lui donner ? L'opinion publique belge attend du juge qu'il mette fin à la pédophilie ; l'opinion française attend de ses juges qu'ils chassent les marchands du temple ; et l'opinion italienne qu'ils arrêtent les exploits de la mafia, au point de considérer comme des héros ceux qui paraissent y parvenir. Mais n'est-ce pas demander à la justice ce qu'elle ne peut pas faire, sous peine de dénaturer sa fonction ? Le résultat, c'est que le pauvre juge devient la cible de toutes les attaques : des politiques qui crient au "gouvernement des juges", et de l'opinion publique qui est déçue dans ses attentes. L'opinion fait un peu penser à cette amoureuse qui a trop misé sur ses amours ; elle est fatalement déçue si l'on ne répond pas à ses

avances et elle manifeste son dépit en criant à la trahison ! Rien n'est plus néfaste que la confusion des genres : c'est comme cela que le désordre s'installe dans les esprits et que la justice est ébranlée dans ses fondements de manière parfaitement injuste. La crise de la justice, c'est d'abord et surtout le malaise d'une société, qui doute de ses institutions politiques.

3.- Mais on doit à la vérité d'ajouter que la justice consulaire est sans doute la moins touchée, et de loin. Elle reste à l'abri des soubresauts, comme si la protection de Mercure la tenait à l'abri des fureurs de l'Olympe.

Il faut dire que, en fait de tourments, la justice commerciale en a vu d'autres, de plus sérieuses et de plus graves encore. Les tribunaux de commerce ont en effet une longue histoire. Nés au XIV<sup>ème</sup> siècle, à une époque où les Républiques consuls de Gênes et de Venise brillaient de tous leurs feux, ils prirent souche dans notre Europe occidentale avec l'essor du commerce. Sous l'influence bienfaisante du Chancelier Michel de l'Hospital, de temporaires qu'ils étaient à l'origine, ils devinrent permanents dans toutes les grandes métropoles où les nécessités du commerce l'exigeaient. Et c'est ainsi que les juridictions consulaires traversèrent les siècles sous le patronage de

Michel de l'Hospital qui a généralement son buste dans tous les tribunaux de commerce français et qui doit peut être à sa barbe nourrie d'être considéré comme Dieu le Père !

Le plus remarquable est que la juridiction consulaire a résisté à toutes les morsures du temps. Elle a traversé la Révolution française sans égratignure sérieuse. A une époque où les structures judiciaires de l'ancien régime tombaient comme des fruits murs, les tribunaux de commerce furent les seuls à survivre : le fait qu'ils étaient composés de juges élus, conformément à l'idéologie du temps, les a sauvés du massacre. Il faut bien l'avouer : quand on a traversé la Révolution française, on dispose d'une sorte de "brevet de survie" qui vous rend apte à surmonter bien d'autres tourments !

4.- On serait alors tenté d'en déduire que ce long passé est le meilleur gagnant d'un avenir prospère. Là, il est alors prudent de mettre une sourdine, car les enseignements du droit comparé nous invitent à une plus grande modestie.

Force est en effet de constater un certain recul des juridictions consulaires. Ce déclin a commencé très tôt : dès le XVIII<sup>ème</sup> siècle en Angleterre, où les cours de common law finirent par avoir raison des "Merchantiles courts" qui

leur résistaient. Mais c'est surtout au XIX<sup>ème</sup> siècle que les défections furent les plus nombreuses. Les pays, donnés pourtant parmi les plus commerçants, abandonnèrent les tribunaux de commerce : les Pays-Bas dès 1827 et l'Italie, ce pays qui les avait vu naître, en 1888. On y ajoutera aussi l'Espagne en 1868 et le Mexique. Sur notre vieux continent, la Belgique, la France, l'Allemagne et l'Autriche constituent finalement le dernier bastion des juridictions consulaires.

Cette évolution nous interpelle. Peut être faut-il attribuer ce repli au courant d'idées qui tout au long du siècle dernier, a oeuvré en faveur de l'unification du droit privé : ce courant d'idées très fortement enraciné en Italie explique sans doute l'hostilité viscérale de ce pays à tout ce qui pourrait constituer un particularisme commercial. Et par là, on rejoint une controverse classique qui est celle de savoir s'il y a lieu de maintenir des juridictions consulaires, à côté des juridictions de droit commun.

En présence de cette controverse, il faut s'interroger d'abord sur le rôle des juridictions consulaires (I), et ensuite sur leur statut (II). C'est à travers les réponses à ces deux questions que l'on pourra présager de leur avenir.

# I

## LE RÔLE DES JURIDICTIONS CONSULAIRES

5.- Si l'on interroge le plus ignare de nos étudiants sur le rôle des tribunaux de commerce, il répondra certainement, avec un éclair de génie dans les yeux, qu'ils rendent des jugements en matière commerciale.

Il n'aura pas tout à fait tort. Les juridictions consulaires sont des juridictions à part entière, qui "disent le droit", comme toutes les autres juridictions. Et qui disent le droit en faisant application de la loi, en rendant des jugements qui ont autorité de chose jugée et force exécutoire. De ce point de vue, les jugements consulaires ne se distinguent en rien des autres jugements.

Mais notre étudiant, si éclairé soit-il, n'aura pas non plus tout à fait raison. Car si les juridictions consulaires "disent le droit", elles le disent autrement ; et cela pour plusieurs raisons qui font tout le particularisme des juridictions consulaires et que l'on doit pour une large part aux juges consulaires eux-mêmes qui connaissent bien les milieux d'affaires, qui sont imprégnés des impératifs économiques et qui ressentent directement les besoins et les difficultés des entreprises. Ces raisons sont au nombre de trois : la diversité des

sources (A), l'esprit particulier du procès commercial (B), et enfin, la nature des fonctions (C). Reprenons-les successivement.

### A. LA DIVERSITÉ DES SOURCES

6.- Parmi les sources du droit dont les juridictions sont appelées à faire application, il en est une singulière qui présente une importance toute particulière en matière commerciale : ce sont les usages et les coutumes.

Dans la vie des affaires, des pratiques naissent spontanément pour répondre aux besoins du commerce : elles apparaissent parfois localement, au sein d'une profession déterminée ou sur une place terrestre ou maritime donnée. Dans un premier temps et par leur répétition, ces pratiques constituent des usages à fondement conventionnel qui sont considérés comme faisant corps avec le contrat. Mais ensuite, si ces usages se perpétuent, se généralisent, se répètent, se "collectivisent" en quelque sorte, et surtout s'ils sont entérinés par quelques décisions de justice, ils se métamorphosent en une coutume commerciale. Comme la chrysalide qui devient papillon, l'usage perd sa vesture conventionnelle pour devenir une véritable règle de droit : une coutume est née.

Mais grâce à qui ? Grâce aux juridictions commer-

ciales qui l'ont consacrée ; et grâce aux juges consulaires qui, en hommes (ou femmes) de terrain connaissent bien les usages pour les pratiquer journalièrement, et qui ont apporté dans leur besace toutes ces pratiques qu'ils font connaître au monde juridique pour en montrer l'utilité. Il est à remarquer d'ailleurs que le législateur belge lui-même, qui, dans une loi de 1971 sur la défense des consommateurs, se réfère aux "usages honnêtes du commerce", les y invite.

7.- Et l'on n'en finirait plus de dénombrer les coutumes commerciales nées des juridictions consulaires. En veut-on quelques exemples (que vous me permettez d'emprunter au droit français) : c'est le silence qui vaut acceptation tacite ; c'est la solidarité qui est présumée en matière commerciale ; il est admis aujourd'hui que la rupture des négociations peut constituer un manquement à la bonne foi, alors que pourtant le contrat n'est pas encore conclu. Citons encore la théorie du compte courant qui a été construite par la jurisprudence à partir d'usages et de coutumes, parfois d'ailleurs contraires à certaines règles impératives (en matière d'anatocisme par exemple). Enfin, en matière de concurrence déloyale, la coutume a fait du comportement parasitaire une source de responsabilité.

A tous ces points de vue, la juridiction consulaire

est créatrice d'un droit prétorien. Et c'est peut être précisément là où les opinions sont partagées. Les tenants de l'unification du droit privé s'insurgent contre ces "créations prétoriennes" qui entraînent une dispersion de la règle de droit nuisible à l'égalité de tous devant la loi ; c'est d'ailleurs ce qui a coûté la vie aux tribunaux de commerce italiens. Ceux qui, au contraire, croient à la diversité des sources applaudiront à cette lente maturation d'un droit commercial autonome qui constitue une source d'enrichissement.

Cette dernière solution semble la plus raisonnable. Mais à une condition qu'il ne faut pas hésiter à rappeler haut et fort : c'est que le législateur exerce un contrôle permanent pour ne pas laisser se développer des coutumes contraires à l'intérêt général. Car la coutume commerciale, c'est un peu comme la langue d'Esope : on y trouve le meilleur, mais aussi parfois, le pire ! On ne s'offusque pas de ce que certaines règles puissent être différentes en matière commerciale. Mais il ne faut pas que ce particularisme devienne privilège au mépris de l'intérêt général et de l'ordre public. Et c'est là où le législateur, en tant que gardien de certaines valeurs éthiques, a le devoir de surveiller constamment les coutumes issues des juridictions consulaires.

## **B. L'ESPRIT DU PROCÈS COMMERCIAL**

8.- Le procès commercial revêt, psychologiquement, des caractères très particuliers, avec un esprit qui n'est pas exactement le même que devant les autres juridictions, tant par le fait des parties que par le fait des juges consulaires eux-mêmes.

9.- 1°) Par le fait des parties.

Par hypothèse, les parties au procès sont des commerçants ou des industriels, c'est-à-dire des gens qui ont un sens pratique et pour qui le procès est un "accident de parcours" qui se traite en terme de rentabilité. La théorie juridique est une belle chose ; mais les subtilités d'interprétation paraissent à beaucoup un jeu académique secondaire s'il n'y a pas un enjeu qui en vaille la peine. Ce qui importe, c'est peut être le passé, mais c'est surtout l'avenir ; ce n'est pas tant d'obtenir la sanction des fautes commises, que de trouver la meilleure manière de continuer les rapports d'affaires et de maintenir une activité rentable. En un mot, devant les juridictions consulaires, l'important, ce n'est pas de remâcher les rancoeurs pour la beauté des principes ; c'est de reconstruire le futur au plus vite, afin de faire vivre l'entreprise. Et cela, à moindre frais, car le procès a un coût qui entre dans les prix de revient ; et s'il doit entraî-

ner des frais importants pour un résultat aléatoire, mieux vaut trouver une autre solution.

De là, une prédisposition certaine, plus marquée que devant les autres juridictions, à se montrer ouvert aux arrangements amiables ou aux transactions. Et cela se manifeste de plusieurs manières. Souvent, le jugement est attendu pour se mettre en position de force en vue d'une négociation ultérieure. En d'autres circonstances, il n'est pas rare que, durant le cours de l'instance, les parties se mettent autour d'une table pour "tâter le terrain", souvent à l'insu du juge, avec cette idée qu'elles ne reviendront vers lui que si vraiment aucun résultat positif n'a pu être obtenu. Enfin, devant les juridictions consulaires, les audiences réservées à la conciliation des parties devant un juge rapporteur sont chose fréquente. Et ce juge qui connaît d'autant mieux la psychologie des plaideurs qu'il appartient au même cénacle qu'eux, saura déceler le moment opportun où chacun éprouve des doutes sur sa propre thèse et où, las de ferrailer, les héros sont fatigués ! Devant les juridictions consulaires, il y a un vieux relent d'arbitrage, teinté parfois d'un souci d'amiable composition. Et de ce point de vue, les juges consulaires ont un rôle important à jouer.

10.- 2°) Par le fait des juges consulaires.

Eux aussi impriment leur

marque au procès commercial, non seulement dans la perspective d'un arrangement amiable, mais au moment du délibéré. On peut se demander notamment si, à ce moment capital, le cheminement intellectuel du juge consulaire, praticien des affaires, est exactement le même que celui du juge de carrière, juriste de formation.

Le juriste suit d'instinct une logique déductive en forme de syllogisme : en partant des prémisses que lui offrent le dossier et les plaidoiries, il confronte les faits qu'il a préalablement qualifiés à la règle de droit applicable, pour en tirer la conclusion que lui imposent les textes. Sauf bien entendu, -car il faut se garder de toute caricature-, à se préoccuper des conséquences pratiques de la solution que lui suggère sa déduction. Mais c'est pour le juriste une démarche seconde.

Le juge consulaire n'aurait-il pas une démarche plus pragmatique ? L'expérience prouve que souvent il commence par fixer son regard sur le résultat concret que lui suggère son intuition, en recherchant d'instinct la solution qui lui paraît la plus juste, sauf ensuite, dans un second temps, à vérifier si la solution intuitive qui a été la sienne, trouve un appui dans la règle de droit ; avec, cela va de soi, l'impérieux devoir de l'écarter, quoi qu'il lui en coûte, si l'application de la loi s'y oppose. Mais le raisonnement

logique est comme inversé. La démarche intellectuelle du juge consulaire est moins une logique déductive qu'une logique de vérification destinée à contrôler ses intuitions.

Ne recherchons pas bien loin la raison de cette nuance. Elle réside dans le fait que le juge consulaire est un praticien des affaires, et peut être aussi dans la nature de ses fonctions.

## **C. LA NATURE DES FONCTIONS DU JUGE CONSULAIRE**

11.- Il faut s'abstenir de penser que le seul rôle du juge est de trancher des litiges entre deux adversaires, et de dire le droit en application de la loi. Cette vision classique est certes fréquente. Mais ce n'est pas la seule. Le juge est souvent sollicité sur simple requête pour régler un droit de visite, autoriser une saisie ou autoriser une vente de bien de mineur. Or, dans tous ces cas, il est autant un juge qu'un gestionnaire. Comme a pu l'écrire très justement notre collègue, Jacques Van Compernelle, "on constate un glissement de la juridiction vers l'administration (cf. la Crise du juge, p. 9 et suiv.).

Ce qui est vrai d'une manière générale, l'est plus encore lorsqu'il s'agit des juridictions consulaires. On demande aujourd'hui aux juridic-

tions commerciales de prendre des décisions pour lesquelles les paramètres relèvent plus du fait que du droit, plus de l'opportunité économique que de la loi. Et il est bien certain que, dans tous ces cas, les connaissances juridiques ne sont certes pas négligeables, mais elles importent tout autant qu'une solide expérience de la vie des affaires dans le vécu quotidien. On peut en trouver des illustrations dans deux secteurs qui font les beaux jours des juridictions commerciales : c'est le droit des sociétés, et celui des faillites.

12.- En matière de société, il est fréquent que l'on demande au juge commercial d'intervenir pour départager deux clans rivaux qui se disputent le pouvoir, pour suspendre un droit de vote, pour désigner un administrateur provisoire ou nommer un séquestre. En un mot, le juge est appelé à intervenir pour réguler le fonctionnement correct de la société. Derrière le juge se cache l'administrateur.

Et quand en Belgique spécialement, il est question de la "gestion assistée des entreprises", on est aux antipodes de l'acte de juridiction : pour remplir sa mission le juge doit se placer au niveau de l'analyse comptable et de l'audit financier, beaucoup plus que dans la contemplation du code de commerce.

13.- La matière de la faillite est encore plus révélatrice des nouvelles fonctions imparties aux juridictions commerciales. Vous me permettez d'y insister quelque peu puisqu'aussi bien une nouvelle loi sur le concordat judiciaire est en cours d'élaboration.

C'est un fait que depuis quelques décennies se développe l'idée, - aussi bien en Belgique qu'en France -, que le juge doit intervenir plus en amont, sans attendre que le désastre soit consommé. Dès qu'une entreprise commence à vaciller, qu'elle donne des signes de faiblesse, que les cli-gnotants commencent à se mettre au rouge, il est bon que le juge intervienne. Il y va de l'intérêt de tous : de l'intérêt des créanciers potentiels qui éviteront de se laisser prendre au piège si la faillite est déclarée rapidement, au besoin d'office ; et aussi de l'intérêt du débiteur qui hésite toujours, et parfois trop longtemps, à confesser sa ruine.

A cette fin, le législateur belge a organisé une procédure très particulière, confiée aux tribunaux de commerce, que l'on a d'abord appelée le "service de dépistage" et qui, très vite, a pris le nom, moins répressif, de "service des enquêtes commerciales". Son rôle premier est de détecter les mauvais débiteurs afin de les mettre rapidement hors

circuit en prononçant leur faillite d'office. Mais très rapidement, et sans doute à la faveur du changement d'appellation, ce service a conçu son rôle de façon beaucoup plus étendue en lui donnant l'allure d'une mission préventive : le juge intervient souvent pour donner des conseils, des avis, pour formuler des suggestions dans la perspective d'une "gestion assistée". Cette fonction, plus surprenante pour un juge, a été excellemment résumée dans un arrêt de la Cour de Cassation de Belgique du 17 novembre 1988 où il est dit que le rôle du tribunal de commerce "s'apparente à l'exercice d'un véritable pouvoir de police économique dans la mesure où ... il peut s'inspirer de considérations déduites de la conjoncture, voire d'opportunités économiques". Cette orientation a pu émouvoir la doctrine la plus autorisée qui a dénoncé une confusion des genres : comment un juge peut-il s'aviser d'être un donneur de conseils pour assister le chef d'entreprise dans sa gestion, tout en restant un juge qui, au bout de la chaîne, sera peut être conduit à prononcer la faillite du commerçant qu'il a aidé pendant un temps ? (\*)

Des voix infiniment plus autorisées vous diront peut être ce qu'il y a lieu d'en penser. Mais à cette place, on se bornera simplement à présenter deux remarques :

a) D'abord, il est clair que dans l'exercice de cette mission de prévention, le juge est essentiellement un expert économique, beaucoup plus qu'il n'est un juge au sens classique du terme. Et c'est peut être la raison pour laquelle il est dit dans le projet de loi sur le concordat judiciaire que cette mission pourra être confiée à un juge consulaire.

b) Ensuite, il y a lieu d'observer que cette future loi a persévéré dans la même voie, en modifiant quelque peu la terminologie (ce ne sera plus un "service, mais une chambre du tribunal qui procédera à la "collecte des informations"), mais surtout en décidant (ce qui était réclamé depuis longtemps) que le juge qui aura conduit l'enquête ne pourra pas prendre part à la procédure de faillite. Ainsi les choses seront plus claires.

(\*) E. Krings, "La juridiction consulaire et la situation économique", Journ. trib. 1979, p. 533 et suiv. ; J. Van Compernelle, "Rapport général de synthèse" aux XIèmes Journées Juridiques J. Dabin, à Louvain en 1983 (in Bibliothèque de la Faculté de droit de Louvain, t. XV, p. 1014 spéc. 50 et s.) ; et dans le même ouvrage, les Conclusions de M. Guy Horsmans, p. 915 s.

#### 14. - Résumons-nous :

Si l'on met bout à bout tout ce qui vient d'être dit sur les trois particularités de la Justice commerciale (la diversité des sources, l'esprit du procès commercial et la nature des fonctions d'un tribunal de commerce), on trouve tout naturellement la justification des juridictions consulaires. Si elles n'existaient pas et si toute la matière commerciale était rattachée sur les juridictions de droit commun, il y a gros à parier que le recours aux expertises serait plus fréquent et que la voie arbitrale se gonflerait d'un bon nombre de litiges.

Reste à savoir maintenant si le statut des juridictions consulaires correspond exactement au rôle qu'on entend leur faire jouer.

## II

### LE STATUT DES JURIDICTIONS CONSULAIRES

15.- Si l'on jette un coup d'oeil comparatif sur ce que l'on pourrait appeler sans ironie, le "triangle d'or" des juridictions consulaires que forment la Belgique, l'Allemagne et la France, on constate une très grande hétérogénéité dans leur statut

a) Diversité quant à leur composition. La France reste finalement au milieu des trois, le seul

pays où les tribunaux de commerce sont vierges de tout alliage avec les juges de carrière : il sont, pourrait-on dire, l'expression pure du monde des affaires, sans le moindre bruit de fond. Et cela, à la différence de la Belgique et de l'Allemagne qui ont adopté la forme échevinale : de tout temps pour l'Allemagne et depuis 1967 seulement pour la Belgique.

b) Diversité quant à leurs structures. Entre les juridictions commerciales belges et allemandes que l'on se plaît souvent à rapprocher, il y a une différence fondamentale. Les tribunaux de commerce belges sont de véritables juridictions à part entière qui ont leur propre autonomie, distincte des tribunaux de première instance. En Allemagne (comme d'ailleurs en France dans les trois départements alsaciens-mosellans), c'est très différent : ce que l'on a coutume d'appeler la juridiction commerciale, n'est qu'une chambre spécialisée du Landgericht, qui se distingue simplement des autres chambres du tribunal par le fait que les deux assesseurs qui siègent aux côtés du président, juge de carrière, sont des assesseurs commerçants : la différence ne va pas au-delà.

c) Diversité enfin quant aux modalités de recrutement des juges consulaires. Historiquement, l'élection a été la forme première de recrutement des juges consulaires, même aux

temps les plus lointains : c'est d'ailleurs pourquoi les tribunaux de commerce ont traversé la Révolution française sans encombre ; et peut être aussi est-ce la raison pour laquelle la France est restée traditionnellement attachée au système électif, qui n'est certes pas sans défaut, mais qui fait partie de nos usages judiciaires. En revanche, l'Allemagne a toujours préféré le système de la nomination des juges consulaires par le Gouvernement sur présentation des chambres de commerce. Et la Belgique, en 1967, a abandonné le système électif pour se ranger au principe de la nomination. Il faut dire qu'en Belgique le système électif était moribond si l'on considère que, par le jeu des prorogations de mandat, il n'y avait pas eu d'élections consulaires pendant près de 25 ans (entre 1928 et 1953) !

16.- Quoi qu'il en soit de ces divergences, les juridictions consulaires ont toujours été un sujet de controverse. Mais, chose curieuse, les controverses ne sont pas du tout les mêmes en Belgique et en France, comme si la diversité s'étendait jusqu'aux sujets de discussion.

a) En France, les tribunaux de commerce ne sont discutés, ni dans leur existence, ni en ce qui concerne l'élection des juges. En réalité, lorsqu'un vent de réforme commence à souffler, il porte généralement sur l'échevi-

nage. Cette question est agitée de façon cyclique. Elle revient à la surface un peu comme le monstre du Loch Ness : on en voit la tête, on en voit la queue... et puis plus rien ! Mais vers les années 1982/1983, l'éventualité d'un échevinage (tout au moins pour les affaires de faillite) donna lieu à quelques projets bien précis qui émurent fortement les juges consulaires français, au point d'ailleurs que le président du tribunal de commerce de Paris, à l'époque, démissionna de ses fonctions avec fracas en signe de protestation. Depuis lors, il n'en est plus question... mais enfin il y a encore une proposition de loi sur cette question qui traîne au Parlement (\*). C'est dire qu'elle peut renaître à tout instant.

Une autre question est également agitée : c'est celle du nombre des tribunaux de commerce. En France, il y en a 229. Tout le monde s'accorde à reconnaître que c'est beaucoup trop ; ce qui nuit à la crédibilité et au recrutement de certains petits tribunaux. Mais les français sont ainsi faits qu'ils aiment avoir leur maire, leur instituteur, leur curé et leur tribunal ! Alors on est bien d'accord pour prêcher la suppression de certains tribunaux de commerce ..... à condition que ce soit celui du voisin.

(\*) Proposition de loi Delattre et Mazeaud, n° 694.



Disons que, pour l'instant, les juridictions consulaires françaises ont un rythme de croisière paisible, à l'abri des tornades.

b) En Belgique, les problèmes sont très différents. L'échevinage ne vous affecte plus : il est un fait acquis. Mais l'avenir des juridictions consulaires belges est traversé par un double courant contradictoire : un courant restrictif qui estime que l'échevinage est encore de trop (A), et un courant extensif qui voudrait au contraire donner aux juridictions consulaires une plus grande ampleur (B).

#### A. COURANT RESTRICTIF

17.- Certains contestent aujourd'hui l'opportunité de faire appel à des "laïques" pour rendre la justice : ce qui aboutirait pratiquement à la suppression des juridictions consulaires et au rapatriement du contentieux commercial vers les tribunaux de première instance, devant des chambres composées exclusivement par des magistrats de carrière spécialisés en cette matière. On en trouve l'écho dans une récente et brillante mercuriale de M. le Procureur général Velu (\*). Disons tout de suite que ses propos ne visent pas spécifiquement les tribunaux de commerce. Il reste que la très haute autorité de ce magistrat oblige à y réfléchir.

La critique porte essentiellement sur deux points :

d'abord sur l'aptitude des "laïques" à rendre la justice, et ensuite sur leur indépendance. Chacun de ces points appelle une explication.

18.- Leur aptitude ? Ce n'est pas la première fois que la question est posée. A une époque, dit-on, où le contentieux se limitait à quelques contrats usuels souvent régis par des coutumes (comme la vente par exemple), il paraissait salubre que les litiges soient portés devant des tribunaux de "marchands", très au fait des usages commerciaux. Mais ajoutez-t-on, tel n'est plus le cas. De nos jours, le droit commercial est devenu un droit écrit, souvent fort complexe. La matière litigieuse devient elle-même plus sophistiquée : les tribunaux de commerce sont assaillis de litiges portant sur la faillite, sur les lettres de change et sur des contrats très élaborés dont beaucoup nous viennent d'outre-Atlantique avec parfois leur nom d'origine (factoring, leasing, etc.) et pour l'interprétation desquels de solides connaissances ne sont pas superflues. Alors dit-on, est-il bien raisonnable à notre époque de faire trancher les litiges de cette nature par des juges qui n'ont pas nécessairement une formation juridique ?

L'objection n'est pas décisive. Il est certain qu'elle conduit assez naturellement vers l'échevinage ; et précisément quand, en

France l'échevinage est évoqué, c'est en pensant surtout aux problèmes juridiques difficiles que soulève le droit de la faillite. Mais on aurait tort de nier pour autant la vocation juridictionnelle des juges consulaires qui, mieux que des juges de profession, sont plus sensibles aux paramètres économiques et financiers des litiges qui leur sont soumis. En un mot, et ainsi qu'il a été dit précédemment (supra, n° 4 et suiv.), ils sont là pour aider à "dire le droit autrement". Et dans cette mesure, leur aptitude est indéniable. En réalité, pour dénier toute vocation juridictionnelle, il faut franchir un pas de plus et, comme en Italie, se faire le chantre de l'unification du droit privé. Mais ce n'est ni la conception belge, ni la conception française.

19.- Plus grave est le doute sur l'indépendance des juges qui, du fait de leur appartenance à une profession, n'auraient pas dit-on cette liberté et cette indépendance d'esprit qui sont le propre de la fonction de juger.

Sur ce point, il faut bien s'entendre afin d'éviter tout malentendu injustement blessant. La conscience morale et la loyauté des juges recrutés à raison de leur profession n'est absolument pas en cause. Certes, il y a parfois des "accidents", comme il peut y en avoir partout. Mais il serait injurieux d'en faire une géné-

ralité. Le problème n'est pas là : tout le monde en est bien d'accord.

Ce qui reste vrai, c'est que chacun d'entre nous, - le juge comme vous et moi -, est porteur d'une sensibilisation souvent inconsciente qu'il tient de ses origines sociales, du milieu dans lequel il vit, des fonctions qu'il exerce et parfois même des relations qui sont les siennes. Qu'on le veuille ou non, tout cet environnement qui nous rend sensible à certaines valeurs plus qu'à d'autres, imprègne nos comportements et oriente souvent nos jugements, de façon en quelque sorte instinctive. C'est Adolphe Thiers qui, au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle, osait affirmer sans état d'âme apparent que pour mieux sauvegarder la propriété, "il fallait que tous les juges soient des propriétaires" ! Or, il est bien certain que les "juges laïques", du fait des responsabilités souvent importantes qu'ils assument au sein de leur profession, sont exposés, plus sans doute que des juges de carrière, au risque d'être influencés malgré eux par des considérations extérieures.

(\*) Discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de Cassation du 2 septembre 1996, sous le titre "Représentation et pouvoir judiciaire", spécialement p. 56 et suiv.

Mais pour échapper à ce risque, le remède n'est pas de se priver du concours des juges consulaires, un concours fort précieux, on l'a vu, par bien des aspects (supra, n° 5 et suiv.) : la véritable solution est de les aider à surmonter les préjugés inconséquents dont ils pourraient être porteurs. Comment ? D'abord (et c'est essentiel), en veillant de très près aux conditions de recrutement, notamment en pourchassant tout relent de cooptation de fait ou de droit qui pourrait inféoder le juge à des organisations professionnelles. Et c'est évidemment là où l'on peut s'interroger sur les vertus du système électif, qui a été abandonné en Belgique, mais qui se maintient en France, avec tout de même ce correctif que l'élection a lieu à deux degrés. On peut également se demander si le mandat est trop long ou trop court, ou encore veiller à ce que certaines professions n'investissent pas en masse certains tribunaux. Et puis enfin, dans cet ordre d'idées, il ne faut pas négliger l'importance que revêt la collégialité qui, par la grâce d'un délibéré trinitaire, permet de mieux neutraliser les inconséquents de chacun d'entre nous.

C'est dans cette direction, semble-t-il, qu'il faudrait orienter les réflexions pour améliorer et affiner sans cesse davantage le recrutement et la formation des juges

consulaires, afin de répondre toujours mieux à ce que l'on attend d'eux. Et c'est un fait que certains en attendent beaucoup plus.

## B. COURANT EXTENSIF.

20.- Ce courant extensif transparaît en filigrane à travers ce qu'écrivait, il y a quelque trente ans, le regretté Commissaire royal à la Réforme judiciaire, Charles Van Reepingen, qui dans son magnifique et substantiel rapport, s'exprimait ainsi (t. I, p. 89) :

"... Le juge consulaire, disait-il, a une vocation qu'il ne faut pas mésestimer, et nous ne sommes pas loin de croire que certaines critiques faites à l'institution où il siège procèdent de ce qu'il ne la qu'imparfaitement réalisée....".

C'était en 1967. Mais voilà qui en disait long, et annonçait déjà deux orientations d'avenir qui méritent maintenant quelques commentaires.

21.- 1°) C'est d'abord, l'extension de l'échevinage au niveau de l'appel. Cette suggestion figurant dans le projet initial sur la Réforme judiciaire : à l'époque, il était question d'instituer au sein de chacune des 5 cours d'appel du Royaume, une chambre commerciale avec un président, juge de carrière, et deux conseillers assesseurs

commerçants. La raison qui en était donnée était d'une simplicité biblique : "... ce qui apparaît sage au premier degré, lit-on dans le Rapport sur la Réforme judiciaire (t. I, p. 90), doit être logiquement tenu pour aussi utile à l'échelon de l'appel".

Ce projet n'a pas été retenu par le législateur belge. C'est semble-t-il le Conseil d'Etat qui s'y montra hostile, en invoquant une objection de nature constitutionnelle. Il n'appartient pas à celui qui vous parle d'intervenir dans ce genre de débat ; vous le comprendrez aisément. Mais on doit constater que sur cette question les deux plus hauts magistrats de Belgique qui se succédèrent dans la fonction de Procureur général de la Cour de cassation, émirent des opinions divergentes : tandis que le Procureur général Ganshof van des Meersch manifestait sa faveur pour la création de chambres consulaires (\*), le Procureur général Dumon (alors premier avocat général), exprimait des réticences constitutionnelles (\*\*).

Il vous intéressera peut être de savoir qu'en France, cette question n'est évoquée que très en sourdine, et généralement comme une sorte de contre-feu lorsqu'un projet d'échevinage se fait plus menaçant. Autrement dit, c'est "donnant-donnant" : si l'on veut introduire l'échevinage au pre-

mier degré, alors qu'on l'introduise aussi au niveau de la cour ! Et comme ce ne sont pas les juges consulaires qui courent après l'échevinage, chacun se tient coi... lorsqu'il n'y a pas d'alerte !

22.- 2°) Actuellement se fait jour en Belgique, une orientation plus ambitieuse qui serait l'ouverture de la juridiction consulaire sur ce que l'on a coutume d'appeler une magistrature économique (\*\*).

C'est un fait que, en marge du droit commercial classique, se développe un ensemble normatif aux dimensions plus vastes qui ne se limite plus aux actes de commerce entre commerçants, mais

(\*) Mercuriale prononcée le 1er septembre 1973 (Journal des Tribunaux, 1973.520)

(\*\*) Journal des Tribunaux, 1977, p. 542.

(\*\*\*) On consultera avec intérêt les rapports présentés par MM. Andersen et Harmel, et M. le Professeur Van Compernelle, à un Congrès organisé par la Faculté de droit de l'Université de Louvain-la-Neuve, intitulé "L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique social et familial", en 1982.

qui englobe tout ce qui concerne la production, les échanges et la distribution des biens et services : régulation des prix, protection du consommateur, libre concurrence, droit d'établissement, abus de puissance économique, aides de la puissance publique aux entreprises, etc... Et pour bien marquer la nuance, on ne parle plus du droit commercial, mais du "droit économique".

Il est clair que toutes ces questions génèrent un vaste contentieux dont les caractères sont très particuliers : un contentieux à mi-chemin entre le droit privé et le droit public, où la distinction entre le contrat et le règlement s'estompe, et où ce que l'on attend du juge, c'est autant de dire le droit que d'être l'artisan de la négociation et de la transaction.

Or on constate actuellement - aussi bien en Belgique qu'en France -, une tendance à confier tout ce contentieux à des organismes para-judiciaires, à connotation administrative très marquée dont le Conseil du contentieux économique institué par la loi belge du 30 mars 1976 est sans doute le plus beau fleuron. Et l'on peut en dire autant pour la France qui, par une ordonnance du 1er décembre 1986, institua le Conseil de la concurrence. De bons esprits font observer que cette orientation administrative n'est pas sans dan-

ger : on peut redouter en effet que certains principes généraux de la procédure soient assez malmenés et que le respect des droits de la défense soient négligés. De là l'idée - dont le professeur Cyr Cambier fut l'ardent défenseur (\*) -, de rapatrier tout ce contentieux dans le giron des juridictions de l'ordre judiciaire, et plus spécialement dans l'escarcelle des juridictions consulaires.

23.- La suggestion n'est pas nouvelle. Elle avait été avancée de façon prémotivée au moment de la Réforme judiciaire en 1967. Mais elle se heurta à de sérieuses réticences devant le Sénat belge qui, sur le rapport De Baeck, estima cette orientation prématurée. Autrement dit, le Sénat belge n'a pas dit oui, mais il n'a pas dit non ..... il a dit simplement : on verra plus tard !

Or, qu'a-t-on vu ?

a) On a vu d'abord des réformes fragmentaires ouvrir des brèches partielles qui ont élargi la compétence des juridictions consulaires. On citera notamment la loi du 30 mars 1976 qui a permis aux tribunaux de commerce de connaître des actes réputés commerciaux, même quand une personne publique est en cause. Et l'on citera aussi la loi du 4 août 1978 qui a étendu le domaine de l'action en cessation à des actes qui méconnaissent les lois régissant l'artisanat, les lois de police et

la réglementation de l'emploi. Et là, nous sommes alors en plein droit économique.

b) On a vu plus récemment cette question relancée sur le plan doctrinal, à l'occasion d'un Congrès qui s'est tenu, en 1982, sous les auspices de l'Université catholique de Louvain-la-Neuve, où l'évolution du droit judiciaire à travers le contentieux économique a été très largement développée (\*\*). De nombreuses suggestions ont été avancées. Certains ont préconisé un élargissement de la compétence des tribunaux de commerce, afin qu'elle ne gravite plus seulement autour de l'acte de commerce et du commerçant, mais bien plutôt autour de l'entreprise conçue comme un lien de production, d'échange et de circulation des biens et des services. D'autres ont exprimé le souhait que soit créé un auditorat économique. Bref, de nombreuses et vastes idées ont été débattues qui pourraient nourrir la réflexion.

Et une réflexion plus attentive qu'il faut avoir conscience des incidences que pourrait entraîner une vision élargie des tribunaux de commerce qui accéderaient au rang d'une juridiction économique. La composition d'une juridiction va nécessairement de pair avec sa compétence. Si demain, les juridictions consulaires devaient

connaître de litiges concernant le droit économique de nature à mettre en cause des impératifs d'ordre public, il y a tout lieu de penser que le législateur serait amené reconsidérer le recrutement et la désignation des juges consulaires. Tout cela mériteraient sans doute, le moment venu, un très large débat.

(\*) Précis de droit judiciaire civil, t I, La compétence, p. 539 et suiv.

(\*\*) Les travaux de ce congrès ont été publiés dans le tome XV des ouvrages de la Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain (Edition Bruylant, 1984).

Pour l'instant, il est grand temps de conclure, car après avoir abusé de votre attention une heure durant, un point final s'impose. Avec beaucoup de sagesse, vous avez placé cette réunion sous le signe de l'avenir des juridictions consulaires. On serait tenté de répondre, à la manière d'un vieux philosophe français, que l'on peut voir l'avenir dans les choses passées. Or, le passé des juridictions consulaires atteste tout à la fois du rôle important qui est le leur, et aussi de

*l'heureux équilibre qu'elles réalisent quotidiennement, en sachant faire la part aux usages, dans le respect de la loi, en réservant une place à la prévention, sans jamais se départir de la neutralité qui sied à un juge, en recherchant aux litiges dont vous êtes saisis des solutions pratiques et concrètes, sans jamais oublier que vous êtes chargés de dire le droit. Cet heureux balancement, tout empreint de prudence, entre des impératifs souvent contradictoires, est peut être le meilleur gage de votre avenir.*

*Décidément, le vieux Chancelier Michel de l'Hospital peut être fier de ses enfants !*

## **DIE ZUKUNFT DER HANDELSGERICHTSBARKEIT**

**(AUSZÜGE)**

**Dr. LAMMEL**

**I**m Ausland hat in den letzten Jahren die Handelsgerichtsbarkeit eine bedeutende Erweiterung erfahren. Polen und Jugoslawien haben in ihren neuen Prozeßgesetzen die Handelsgerichtsbarkeit in ihrem gesamten Staatsgebiete eingeführt. Wenn man diese Bewegung betrachtet, die heute ganz Mitteleuropa erfaßt hat und bis weit nach Osteuropa hin ausstrahlt, so wirkt es umso befremdender, daß bei uns die Laiengerichtsbarkeit in Handelssachen durch gesetzgeberische Maßnahmen so weit eingeschränkt worden ist, daß sie jede praktische Bedeutung verloren hat und daß die Gerichte nicht verstummen wollen, welche von einer noch weiteren Beschränkung der Handelsgerichtsbarkeit sprechen.

Nicht weniger sonderbar wird jedermann, der die elementare Bewegung der letzten Jahre bezüglich der Entwicklung der Laiengerichtsbarkeit in Handelssachen verfolgt

hat, erscheinen, wenn wir lesen, daß "Änderungen der Gerichtsverfassung in der Richtung einer Erweiterung der Laiengerichtsbarkeit nicht am Platze sind". Die geistige Isolierung, in die wir durch die wirtschaftsfremde Betrachtungsweise unserer Regierungskreise geraten sind, kann wohl nicht treffender charakterisiert werden.

Die Erhöhung der Senatsgrenze hat die Laiengerichtsbarkeit in Handelssachen völlig an die Wand gedrückt. Kaufmännischer Geist und wirtschaftliche Auffassung werden so praktisch aus der Justiz ausgeschaltet. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist heute aber notwendiger denn je.

...

Die Handelsgerichte haben es sich immer zur Ehre angerechnet, auch schlechte Gesetze so angewendet zu haben, daß sie wirtschaftlich tragbar blieben. Für die Mentalität gewisser hervorragender

Rechtsgelehrter, die so lange bestrebt sind, ein verfehltes Gesetz ad absurdum zu führen, bis sie sich selbst ad absurdum geführt haben, haben die Handelsgerichte niemals das nötige Verständnis aufgebracht. Davor schützte auch die enge Zusammenarbeit mit den bewährten Laienrichtern.

Sollte der durch die hohen Streitwertgrenze geschaffene Rechtszustand unverändert bleiben, so besteht die Gefahr, daß die durch das Zusammenwirken mit hervorragenden Vertretern der Kaufmannschaft bedingte wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht mehr genügend zu ihrem Rechte kommt.

Auch die Spezialisierung der Richter in Handelssachen infolge ihrer Tätigkeit am Handelsgericht könnte das Überwuchern formalrechtlicher Gesichtspunkte auf die Dauer nicht verhindern. Damit soll gewiß nicht das handelsgerichtliche

Spezialistentum unterschätzt werden. Nur die jahrelange Beschäftigung mit den Problemen des Handelsrechts ermöglicht die richtige Erfassung komplizierter Tatbestände des kaufmännischen Lebens.

...

Ungenügende Schulung in Handels-sachen in der II. Instanz kann aber nie von so katastrophaler Wirkung für die beteiligten Kreise sein, wie die nicht genügende handelsrechtliche Durchbildung der in erster Instanz tätigen Richter, weil die zweite Instanz im wesentlichen doch nur auf die Überprüfung der erstinstanzlichen Entscheidung beschränkt ist, obwohl natürlich auch eine ungenügende Besetzung der Berufungssenate nicht nur eine Verschlechterung der Justiz, sondern auch eine Verteuerung der Rechtspflege zur Folge hat, wenn, falls es notwendig werden würde, erst durch den Obersten Gerichtshof die Sache wieder in das richtige Fahrwasser geleitet werden müßte

...

Die Bedeutung der spezialisierten Ausbildung der in Handels-sachen tätigen Richter für die Rechtsprechung ist daher unbestritten.

Es mag daher am Platze sein, daran zu erinnern, daß zum Beispiel als Vorsitzende in Handelssenaten, wenn möglich, Personen zu wählen sind, die bei Bezirksgerichten für Handels-sachen als Einzelrichter die streitige Gerichtsbarkeit ausgeübt haben.

Und gerade heute ist die handelsrechtliche Spezialausbildung beim Bezirksgerichte viel notwendiger als früher, wo der zukünftige Vorsitzende zuerst als Beisitzer im Senat verwendet wurde und dort Gelegenheit fand, sich unter Leitung eines erfahrenen Vorsitzenden in die Besonderheiten des Handelsrechts einzuarbeiten. Diese Ausbildungsmöglichkeit ist leider mit der fast völligen Beseitigung der Senatsgerichtsbarkeit abhanden gekommen; umsomehr sollte darauf Gewicht gelegt werden, daß nur beim Handelsbezirksgericht ausgebildete Richter beim Handelsgericht selbst Verwendung

finden dürfen.

...

Es ist auch durchaus verfehlt, wenn man im Laienbeisitzer nur einen Ersatz der Sachverständigen sehen will und der Mitwirkung der Laienbeisitzer dort jeden Wert abspricht, wo ein Laienbeisitzer über branchenfremde Verhältnisse urteilen soll.

...

Die dem Einzelrichter oder dem Senat fehlende kaufmännische Betrachtungsweise kann kein noch so gründlich gearbeitetes Sachverständigengutachten ersetzen ; fehlende Branchenkenntnisse können dagegen verhältnismäßig leicht durch Heranziehung tüchtiger Sachverständiger ergänzt werden.

...

Es mag zugegeben werden, daß die Senatsgerichtsbarkeit im allgemeinen dem Staate teurer zu stehen kommt, als die Einzelgerichtsbarkeit, weil sie mehr Richterkräfte bindet. Das kann aber nur dann gelten, wenn es sich um bezahlte

Beisitzer handelt, nicht aber dann, wenn als Beisitzer ausschließlich Laien verwendet werden, die ehrenamtlich tätig sind. Die Wiedereinführung der Senate beim Handelsgericht in der Besetzung von einem Richter als Vorsitzenden und zwei fachmännischen Laienrichtern als Beisitzern z. B. nach deutschem Vorbilde ist dagegen mit keinerlei Mehrkosten verbunden. Die Umgestaltung der Handelssenate auf die angegebene Weise bei gleichzeitiger Beseitigung der Einzelrichter in handelsrechtlichen Gerichtssachen ab einer der Wirtschaftsstruktur angepaßten Streitwertgrenze ist die logische Konsequenz.

...

Manche befürchten, daß die fachmännischen Laienbeisitzer den gelehrten Richtern bisweilen überstimmen werden. Die Logik eines solchen Vorkommnisses - das sicher nicht alltäglich sein wird - kann ich nicht verstehen. Es ist ja gar nicht ausgemacht, daß immer der gelehrte Richter Recht hat.

Gewiß kann und wird sich der Fall ereignen, daß der gelehrte Richter ein Urteil zu begründen gezwungen ist, das seiner Überzeugung widerspricht. Das kommt aber doch auch heute vor, wenn der eine gelehrte Richter mit dem Laienbeisitzer stimmt und der überstimmte Vorsitzende die Urteilsausfertigung übernimmt. Ist die gegen die Stimme des Vorsitzenden gefällte Entscheidung verfehlt, so ist dies auch kein Unglück. Es gibt ja noch Instanzgerichte, die eine unrichtige Entscheidung aufheben oder abändern können. Es soll auch schon vorgekommen sein, daß Instanzgerichte die Beweise anders gewürdigt haben als ein nur mit gelehrten Richtern besetztes Erstgericht, und die Justiz hat dabei keinen Schaden gelitten.

Das System der Besetzung der Handelssenaten (Kammern) mit zwei Laienbeisitzern funktioniert in Deutschland seit mehr als hundert Jahren. Langjährige Vorsitzende deutscher Handelskammern (die unseren Handelssenaten entsprechen) haben mir bestätigt, daß sie

die besten Erfahrungen mit dieser Mischung von Laienrichtern und gelehrten Richtern gemacht haben.

Die Ansicht, daß die Dauer der vom Einzelrichter durchgeführten Gerichtsprozesse kürzer ist, als der Senatsprozeß mag stimmen. Es wäre aber ein Fehlschluß, wenn man daraus folgern wollte, daß man nur die Senate überhaupt abschaffen müßte, um die Prozeßdauer abzukürzen.

Der Umstand, daß die Prozesse heute wesentlich länger dauern als früher, wo ausschließlich Senate judiziert haben, sollte vor voreiligen Schlüssen warnen.

...

Die Zukunft der Handelsgerichtsbarkeit liegt nach meiner Ansicht - ich weiß mich damit leider im dauernden Konflikt mit der Ministerialbürokratie - nur in einer bestmöglichen Pflege und Ausgestaltung der Rechtsprechung im Handelsstreit. Ohne den für den Handelsstreit spezialisierten Berufsrichter an spezialisierten Gerichten und ohne den Fachrichter,

repräsentiert durch die fachmännischen Laienrichter in Handelsachen, muß die Handelsgerichtsbarkeit verkommen. Das aber muß verhindert werden, umsomehr als das seit fast 150 Jahren erworbene Vertrauen der österreichischen Wirtschaft in die kausale Rechtsprechung im Handelsstreit nicht einfach vom Tisch gewischt werden darf.

...

Der Aufbau unserer Gerichtsstruktur aber ist das Ergebnis einer historischen Entwicklung, etwas organisch Gewordenes. Die Gerichtsorganisation ist einem gewachsenen Organismus - einem lebendigen Organismus - vergleichbar. Reformen sollen ihm nicht Haupt und Glieder abschlagen, sollen ihn nicht amputieren. Dies könnte seinem Leben schädlich sein. Reformen sollten vielmehr das Wirken der Rechtssprechung bestmöglich zu entfalten helfen.

Die Handelsgerichtsbarkeit in ihrer Spezialität zu erhalten, ja vielmehr noch sie zu stärken,

ist daher die Aufgabe aller, denen eine demokratische, im Rechtsbewußtsein der betroffenen Bevölkerungskreise tief verwurzelte Rechtskultur ein Anliegen ist. Nicht zuletzt aber ist es eine Herausforderung für die österreichische Wirtschaft, die unzweifelhaft die Grundlage der Existenz aller staatlichen Steuerungselemente, so auch der Ministerialbürokratie ist.

...

Die immer kompliziertere Rechtslage erfordert höhere juristische Bildung, um festgestellte Sachverhalte gegenüber den bestehenden (und sich vielfach ändernden) Gesetzen, die sich die Gesellschaft gibt, optimal beurteilen zu können. Dies ist durch den juristisch bestens ausgebildeten Berufsrichter an den Handelssenaten und am Handelsgericht zu gewährleisten.

Daher ist die Zusammensetzung eines richterlichen Tribunals mit gesetzeskundigen Berufsrichtern und fachkundigen Laienrichtern für eine optimale

Rechtsprechung unverzichtbar.

Demgemäß hat die Mitwirkung von Laienrichtern praktisch ausschließlich bei den Gerichtshöfen I. Instanz, wo es um die bestmögliche Tatsachenfeststellung geht, ihre Berechtigung.

Der Einsatz von Laienrichtern hauptsächlich in Berufungsinstanzen, wo es entsprechend der österreichischen Rechtsordnung fast ausschließlich nur mehr um rechtliche Beurteilungen geht (Neuerungsverbot) ist daher vom Rechtsstandpunkt widersinnig und lediglich aus Einsparungsgründen an Personalkosten für einen Berufsrichter verständlich (8. Gerichtsentlastungsnovelle).

Die sinnvolle Zusammensetzung des Tribunals in der 1. Instanz mit Berufsrichtern und Laienrichtern (Fachrichtern) darf daher in einer demokratischen Rechtsordnung und im Interesse eines optimalen Zugangs zum Recht für die Rechtsuchenden durch keinerlei Maßnahmen des

Gesetzgebers behindert werden. Dies betrifft insbesondere die praxisfremde Festsetzung von Streitwertgrenzen für die Senatsbesetzung des Tribunals in der 1. Instanz

...

Daher fordert die Vereinigung der fachmännischen Laienrichter Österreichs unverändert durch alle Jahre :

1) Die Beseitigung der für den Zugang zum Senatsprozeß prohibitiven Streitwertgrenzen (derzeit ÖS 500 000,-) und der damit verbundenen Hemmnisse und Anpassung an jene in den wichtigsten europäischen Handelspartner-Ländern Österreichs bestehenden Streitwertgrenzen (insbesondere Deutschland, Frankreich, Belgien, Schweiz).

2) Die verpflichtende Senatsgerichtsbarkeit bei Überschreiten dieser international angepaßten Streitwertgrenzen für den Senatsprozeß und die Zusammensetzung aus Berufsrichtern und Laienrichtern.

...

Eines aber erlauben Sie mir bitte noch zum

Schluß festzuhalten. Es muß unser aller Bestreben sein, der Berufsrichter, der fachmännischen Laienrichter, selbstverständlich in besonderem Maß der Anwaltschaft und vorallem natürlich der Interessenvertretung der österreichischen Wirtschaft, alle Reformvorhaben um unsere Handelsgerichtsbarkeit genau und kritisch zu beobachten, zu analysieren und laufend alle jene Argumente zu erarbeiten und bereit zu haben, die für die Verteidigung einer eigenständigen und bestens spezialisierten österreichischen Handelsgerichtsbarkeit, mit ihren Handelssenaten und unserem Handelsgericht vonnöten sind.

Einen besonderen Stellenwert nimmt aus dieser Sicht die Restitution einer Handelsgerichtsbarkeit unter größtmöglicher Mitwirkung der anerkannt bewährten fachmännischen Laienrichter in Handelssachen ein.

Dazu sollte man uns gegebenenfalls zu jeder Zeit nicht unvorbereitet finden. ■

## A PROPOS DU PÈRE FONDATEUR DES JURIDICTIONS CONSULAIRES EN EUROPE ?

### A QUESTION PRÉSUMPTUEUSE, RÉPONSE PRUDENTE.

On a coutume d'accorder en France cette paternité au chancelier Michel de l'HOSPITAL qui en 1563 créa à Paris une juridiction particulière pour juger les affaires du commerce. Dans les faits une juridiction consulaire avait été instituée à TOULOUSE dès 1549 par un édit de Henri II.

Les historiens font remonter l'origine d'une justice réservée aux marchands aux foires de Champagne du Moyen-Age, idée vraisemblablement déjà mise en oeuvre en Italie.

Pour nos amis autrichiens, c'est l'empereur MAXIMILIEN 1er qui a créé à NUREMBERG, la première juridiction réservée aux commerçants en vertu d'un édit du 17 mars 1508 (référence citée dans la plaquette du 70e anniversaire de l'Association des Juges Consulaires Autrichiens).

Il faut penser que l'idée d'une institution consulaire spécialisée avait atteint un degré suffisant de maturité pour éclore un peu partout en Europe au XVIe siècle. ■

## CONGRES DE PISE DES 31.5 et 01.06.96

## CONGRES D'OVADA des 28-29 et 30.06.96

**N**os collègues italiens ont organisé deux manifestations en leur qualité d'adhérents de l'U.E.M.C., la première à PISE, la seconde à OVADA.

L'idée principale du congrès de PISE, organisé par M. de SANGRO, portait sur l'harmonisation des systèmes judiciaires européens.

La première journée a permis de dresser le bilan de la première année d'existence des Juges de Paix en Italie.

A ce titre, ont été particulièrement remarquées les interventions du Docteur Giovanni APOLITO, Conseiller de l'Association Nationale des Juges de Paix, de Maître Valeriano VASSARRI, Président de l'ordre des avocats de PISE, du professeur Claudio CECHELLA et du Docteur Antonio NANNIPIERI, magistrat à LUCCA qui ont

respectivement présenté les points de vue des Juges de Paix, des avocats, des universitaires et enfin des magistrats professionnels.

Une table ronde a ensuite été consacrée à l'étude des possibilités d'évolution de la fonction du Juge de Paix et aux améliorations que ce dernier est susceptible d'apporter au système judiciaire italien.

Enfin, un éclairage de droit comparé a complété ces interventions.

Les professeurs Pierre SERRE, Joan RICO et René MULLER ont présenté le fonctionnement de la justice commerciale en FRANCE, en ESPAGNE et en SUISSE.

Ces intéressantes confrontations ont également permis aux participants de prendre connaissance du système judiciaire américain, exposé par le

Capitaine R.J. COTELL du service juridique de l'armée américaine, et du système judiciaire brésilien, évoqué par le professeur Francesco Paolo LUISO de l'Université de PISE.

Lors du congrès d'OVADA, les intervenants se sont attachés dans un premier temps à faire le point sur la première année de fonctionnement de l'institution du Juge de Paix et ont examiné les nouvelles fonctions qui pourraient lui échoir.

Dans un second temps, Maître Luigi DE LUCA, Juge de Paix à OVADA, a élargi le débat en traitant des compétences commerciales confiées au Juge de Paix italien.

Au cours de ce congrès sont également intervenues des représentantes de l'Association des Juristes Italiennes,

nombreuses parmi les magistrats honoraires, qui se sont attachées à définir les rôles respectifs des juges et des avocats, pour ensuite souligner l'indispensable complémentarité des magistrats professionnels et des magistrats honoraires, nécessaire au bon fonctionnement du système judiciaire italien et enfin, insister sur l'importance du rôle des Juges de Paix dans le règlement des litiges qui relèvent de leur compétence.

Pour conclure, les intervenants au congrès ont rendu hommage à l'immense tâche accomplie par les Juges de Paix pour leur première année d'existence et ont envisagé avec confiance les perspectives d'avenir du Juge de Paix dans le système judiciaire européen.

