



# 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

## **EDITO**

### **Le 10ème anniversaire de l'UEMC**

#### **Réalisations et perspectives**

*"La mémoire est une structure du futur" (Paul RICOEUR)*

#### **NOTRE ACTION**

Les 17 et 18 Juin 1999, notre association a célébré au Conseil de l'Europe, sous le patronage de son Secrétaire Général, Monsieur Daniel TARCHYS, le 10ème anniversaire de sa création.

Cette manifestation a rencontré un grand succès auprès de nos membres puisque nous avons enregistré avec satisfaction la participation de 120 magistrats en provenance d'Allemagne, d'Autriche, de Belgique, de FRANCE, du Luxembourg et de Suisse.

Des rapports de très haut niveau ont été présentés sur les sujets suivants :

- les aspects économiques de la Convention Européenne des Droits de l'Homme
- Droit de la faillite et les Droits de l'Homme
- la formation des Juges Consulaires
- la sensibilisation des juristes au Droit Européen

- la contribution du Conseil de l'Europe à la création d'un espace judiciaire européen

En association avec le Conseil de l'Europe et l'Académie de Droit Européen de Trèves, nous avons également organisé à Strasbourg les 29/30 Novembre et 1er Décembre 1999 un séminaire apprécié ayant pour thème " la garantie d'un exercice de justice efficace et moderne, tribunaux de justice et résolution alternative des différends " auquel ont participé des représentants des 41 pays membres du Conseil de l'Europe et bien entendu plusieurs Juges Consulaires de notre association. Cette session a suscité un grand intérêt en particulier auprès des représentants des pays d'Europe Centrale et Orientale auxquels elle était plus particulièrement destinée.

Ces rencontres auront été des étapes importantes dans la vie de notre association car comme tout

être humain, le magistrat consulaire a besoin de temps à autre de lieux pour s'accorder un temps de réflexion et se ressourcer afin de poursuivre son cheminement sur des bases régénérées.

#### **NOTRE AMBITION**

Les chefs d'entreprises qui s'engagent au service de la justice commerciale doivent le faire avec toutes les fibres de leur être et la conviction qu'ils n'agissent pas pour leur compte mais qu'ils sont " au service ". Ils auraient moins d'excuses que d'autres s'ils oubliaient cette exigence.

A travers leur expérience, leurs difficultés, leur besoin de sécurité juridique, leur intérêt pour une bonne justice commerciale, rapide, peu coûteuse et accessible, leur attention aux conditions d'exercice d'une concurrence loyale, les chefs d'entreprises ont une importante contribution à apporter au bon fonctionnement de l'institution judiciaire.

Consciente de ses responsabilités dans l'élaboration d'une justice commerciale respectueuse des Droits de l'Homme et du Citoyen, notre association s'est engagée depuis sa création dans une démarche inventive et attentive aux traditions juridiques de chaque pays. Elle a résolument fait confiance à l'échange d'idées et d'expériences.

Lors d'assises internationales annuelles qui se sont déroulées régulièrement depuis 1992, les participants n'ont jamais été invités à entériner une ligne de conduite artificielle concoctée par un comité restreint.

S'engager sur le chemin d'une vraie rencontre appelle à se situer en vérité de ce que nous sommes et de ce qu'est l'autre sans craindre le questionnement.

#### **LA LETTRE DU JURISTE EUROPÉEN**

**DIRECTEUR DE LA PUBLICATION**  
Pierre GOETZ

#### **RÉDACTION**

George HOX - Pierre GOETZ  
Pascal DOURNEAU-JOSETTE  
Jean-Luc VALLENS - Sonia KLEISS  
Hans PETERMANN

*Droits de reproduction autorisés  
avec mention de la source*

**IMPRESSION 1500 exemplaires**  
**DÉPÔT LÉGAL 3ème trimestre 2000**

Mieux que quiconque, les chefs d'entreprises savent qu'une des conséquences de la mondialisation est de placer les droits nationaux en situation de concurrence. Non seulement les différents systèmes juridiques ne peuvent plus s'ignorer mais ils doivent plus ou moins se rendre compatibles pour respecter quelques principes fondamentaux qui trouvent en particulier leur source dans la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

Dans cette perspective, le besoin d'un droit commun

est manifeste. Celui-ci ne peut cependant pas être imposé " d'en haut " comme une vérité révélée mais doit être consacré " d'en bas " comme une vérité partagée.

Dans un monde en pleine évolution, il existe des niveaux d'unification différents selon les sujets. Certaines règles de Droit trouveront plus aisément une réponse dans le cadre restreint d'un Etat, d'autres questions pourront être examinées à des niveaux plus élevés : l'Union Européenne, le Conseil de l'Europe, voire l'Organisation Mondiale

du Commerce. Les sujets ne manquent pas qu'il s'agisse du fonctionnement des tribunaux ou du droit des procédures collectives.

Forte de ses convictions, notre association continuera d'apporter sa pierre à l'élaboration d'un Etat du droit respectueux des Droits de l'Homme et du Citoyen. Les Etats Européens avanceront vers une plus grande solidarité entre eux et une coopération plus confiante s'ils se donnent les moyens de relever les défis du 21ème siècle.

L'enjeu majeur consiste à réaliser en Europe une unité (qui ne soit pas uniforme) dans le respect d'une diversité (qui ne soit pas division).

Notre héritage ne doit pas être regardé comme le trésor d'un temps révolu mais comme une source d'inspiration puissante pour avancer sur des chemins toujours nouveaux.

Pierre GOETZ

*Secrétaire Général  
de l'UEMC*

## LE DROIT DE LA FAILLITE ET LES DROITS DE L'HOMME

*par Jean-Luc Vallens,  
Magistrat*

*Professeur associé à l'Université Robert Schuman (Strasbourg)*

*L'application des règles et la Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH) est relativement récente dans le droit des procédures collectives.*

*Elle est le fruit d'un réflexe des tribunaux, qui ont pris conscience progressivement de l'incorporation des principes conventionnels dans le droit national, mais aussi le résultat d'une démarche des avocats des justiciables, comme un dernier recours, lorsque les règles internes restent insuffisantes ou inopérantes.*

*Plusieurs dispositions de la CEDH intéressent le déroulement des procédures collectives, aussi bien celles qui protègent les droits substantiels, comme le droit de propriété ou le respect de la vie privée et du domicile, que celles qui garantissent aux personnes des droits procéduraux : en particulier le droit à un procès équitable.*

*Partons de la CEDH et avouons d'abord un certain scepticisme : la CEDH protège les droits des personnes, c'est-à-dire avant tout des personnes physiques. Or, les procédures collectives concernent d'abord des entreprises commerciales et industrielles et leur patrimoine, c'est-à-dire les biens de sociétés : S.A., S.à.R.L., S.N.C. ou d'autres*

*personnes morales. Les points de rencontre entre la CEDH et le redressement judiciaire, pourtant, sont plus nombreux qu'il n'y paraît :*

- La CEDH s'applique à toute personne et ne distingue pas apparemment entre les personnes physiques (qui mériteraient sa protection) et les personnes morales : " Toute personne " bénéficie de la CEDH, selon son article 1°, et l'on a vu un exemple de cela avec la protection du domicile étendue au domicile d'un professionnel.*

- Ensuite, les procédures collectives s'appliquent aussi bien à des personnes physiques qu'à des personnes morales : commerçants, artisans, agriculteurs, et, au-delà les dirigeants (non commerçants) des personnes morales, par le jeu des règles propres aux procédures collectives (extension de la procédure, redressement judiciaire-sanction). A leur égard, l'unité du patrimoine conduit à appliquer les règles de la procédure collective, sans distinguer les éléments d'actifs affectés à une activité professionnelle et ceux destinés à la vie privée et familiale : on voit bien les effets de ces procédures sur les mesures prises par les mandataires de justice à l'encontre des biens meubles ou immeubles des débiteurs, de leur courrier et de leur vie professionnelle.*

• Enfin, la procédure collective constitue, par essence, une atteinte aux droits individuels. Il suffit ici d'évoquer : le dessaisissement du débiteur, la limitation des droits des dirigeants, la discipline collective imposée aux créanciers, l'arrêt des actions en justice, l'extinction qui frappe les créances non déclarées, la cession d'une entreprise, qui équivaut à une expropriation légale, ainsi que les sanctions professionnelles qui frappent les dirigeants fautifs ou négligents, ...

Chaque règle de la procédure collective atteint ainsi la liberté contractuelle et les droits acquis : il n'est donc pas surprenant que l'application de ces règles heurte les principes protecteurs de la CEDH. Le tout est de savoir si ces atteintes sont d'abord justifiées par les objectifs de la procédure collective, et ensuite si elles restent proportionnées.

J'évoquerai l'une des dispositions de la CEDH les plus souvent invoquées, celle qui touche aux garanties procédurales : le droit à un procès équitable.

" Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial établi par la loi (Article 6 CEDH) ".

Quelles sont les implications de ce principe dans le déroulement d'une procédure collective ?

Cette question peut être abordée :

- quant aux structures et organes existants
- quant au fonctionnement des procédures

## 1 - Les organes juridictionnels

Deux organes sont en charge des procédures collectives, le tribunal de commerce et le juge commissaire placé sous son autorité.

Le tribunal de commerce, qui est l'autorité judiciaire principale, est établi par décret selon les règles légales contenues dans le code de l'organisation judiciaire et le particularisme du tribunal en garantit l'indépendance par rapport à l'Etat : les juges sont élus sur une liste établie dans chaque circonscription consulaire et n'ont de compte à rendre qu'à leurs pairs, qui les ont élus pour une période limitée. Les juges élisent eux-mêmes leur président à l'exception des départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle, où ces fonctions sont exercées par un juge professionnel. Ce mode d'élection particulier garantit l'indépendance structurelle des juges, comme le statut de la magistrature garantit celle des juges professionnels.

Mais l'indépendance se mesure-t-elle seulement vis-à-vis de l'Etat ?

A l'égard des parties, les juges consulaires peuvent en principe être récusés dans les mêmes conditions que les juges professionnels. Le droit commun du NCPC s'applique à tous : un intérêt personnel au litige, un rapport de créancier ou de débiteur avec l'une des parties, un rapport familial (jusqu'au 4ème degré), un litige en cours avec une partie, le fait d'avoir conseillé une partie, un rapport de subordination, d'amitié ou d'inimitié notoire : autant de cas où le juge peut être récusé, autant de cas, où il peut et doit se faire remplacer lui-même.

La récusation dirigée contre un juge est portée devant le tribunal et, en cas de rejet, devant la Cour d'Appel. A noter que dans le cas d'une juridiction échevinée, le président juge professionnel se prononce sans appel.

Comment garantir cependant l'indépendance des juges consulaires à l'égard des milieux économiques dont ils sont issus ? Les nombreux dysfonctionnements constatés par la Commission d'enquête parlementaire en 1998 ont conduit le gouvernement à préconiser un rapprochement entre les tribunaux de commerce et les Chambres commerciales d'Alsace et de Moselle ou les tribunaux mixtes d'Outre-Mer, en introduisant la mixité. Plusieurs orientations ont été ainsi retenues : la présidence des chambres chargées des procédures collectives sera confiée à un juge professionnel, il sera fait un usage plus généralisé de l'audience collégiale dans ces procédures, la présence du ministère public sera renforcée, une formation commune des deux corps de juges sera organisée, les juges consulaires devront souscrire une déclaration d'intérêt économique et le régime disciplinaire sera renforcé.

La réforme engagée constitue un pari sur la modernisation des tribunaux de commerce et sur la volonté des juges consulaires d'y participer, le but étant d'asseoir la légitimité des tribunaux de commerce au regard des principes conventionnels, en particulier de l'exigence du procès équitable.

## 2 - Le déroulement de la procédure

Le procès doit être équitable, ce qui impose l'impartialité des juges une " impartialité objective " dit la Cour Européenne, ce qui signifie qu'elle doit résulter des règles de fonctionnement des tribunaux et qu'elle ne peut être suspectée a priori, indépendamment des motifs des décisions rendues et du comportement personnel des juges (juges dont l'impartialité " subjective " est toujours présumée, jusqu'à preuve du contraire).

*A plusieurs moments de la procédure collective, cette impartialité se trouve menacée et doit donc être assurée.*

• **La saisine du tribunal :**

*La France conserve une trace de la fonction de police traditionnelle assurée par les tribunaux de commerce depuis 3 siècles, et qui s'exprime par une particularité procédurale : la saisine d'office. Ce mode " d'auto-saisine ", à l'initiative du président de la juridiction, est exceptionnel (en droit français, elle ne se trouve guère ailleurs, si ce n'est la capacité du juge des tutelles de se saisir lui-même). La saisine d'office s'applique non seulement pour l'ouverture initiale d'une procédure, mais aussi à tous les stades ultérieurs de celle-ci : liquidation judiciaire, clôture des opérations, sanctions professionnelles, remplacement des mandataires de justice, etc... De plus, en amont de la procédure collective, le président du tribunal a le pouvoir de convoquer, de sa propre initiative, le dirigeant d'une entreprise qui paraît rencontrer des difficultés : il ne s'agit pas alors d'une saisine en vue de l'ouverture éventuelle d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, mais d'une convocation en vue d'un entretien destiné à examiner les difficultés de l'entreprise.*

*Le poids de la tradition judiciaire est ici si fort que le législateur n'a, à aucun moment, remis en cause la faculté d'auto-saisine des tribunaux, même lorsque le Ministère Public a été investi d'un pouvoir semblable ; bien plus, les réformes législatives successives ont multiplié les cas où le tribunal pouvait se saisir, la Cour de Cassation veillant seulement à censurer les décisions prises par les tribunaux, lorsque l'acte de saisine initial révélait, par les termes utilisés, que le président du tribunal avait préjugé : la convocation d'un débiteur ou d'un dirigeant social ne doit pas donner, en effet, l'impression qu'il est déjà sanctionné...*

• **La présence d'un juge commissaire au sein du tribunal :**

*En soi, la présence du juge commissaire dans la juridiction de jugement ne poserait pas de difficulté si la loi n'imposait pas, en même temps, une formalité spécifique : le rapport préalable du juge commissaire. Dans toutes les affaires relevant de la compétence du tribunal, le juge commissaire doit en effet déposer (ou présenter verbalement) un rapport : ainsi le tribunal est-il mieux éclairé que par la simple requête d'un mandataire ou l'assignation d'un tiers. Mais l'avis d'un des juges est alors connu : n'est-ce pas une atteinte flagrante au devoir d'impartialité ? La Cour de Cassation s'est montrée jusqu'à aujourd'hui*

*d'hui plus compréhensive, en faisant prévaloir la finalité de cette formalité (l'information du tribunal) sur le principe d'impartialité. Il n'est pas sûr cependant que cette position demeure, et résiste à l'influence du droit conventionnel.*

*Le rapport de la commission ministérielle sur la mixité des tribunaux de commerce a pris conscience de l'incompatibilité de cette règle avec l'exigence d'impartialité objective. La Cour de Cassation elle-même a estimé, à l'occasion de plusieurs litiges mettant en cause la présence d'un rapporteur au sein de l'autorité de décision, qu'une même personne ne pouvait présenter un rapport puis siéger et délibérer dans la même affaire.*

*Cette évolution marquée par la CEDH peut demain s'appliquer au tribunal de commerce comme elle s'applique aujourd'hui à la Commission des opérations de bourse ou à des organes disciplinaires.*

*Au-delà de l'impartialité, la CEDH exige du tribunal qu'il veille à l'égalité des armes.*

• **Le débat contradictoire :**

*Si un débat contradictoire est prévu et réglementé devant le tribunal de commerce, il ne l'est guère devant le juge commissaire, alors que celui-ci exerce un rôle juridictionnel majeur dans les procédures collectives.*

*Aussi la Cour de Cassation a-t-elle défini quelques principes applicables devant le juge commissaire il doit statuer contradictoirement chaque fois que les circonstances n'exigent pas l'absence de débat ; il doit motiver ses décisions et les notifier à tous ceux dont les droits ou les obligations sont concernés.*

*A cela, on peut ajouter qu'il doit statuer dans les limites de ses attributions et ne peut modifier, sous le couvert de rectification d'erreurs matérielles ou de complément, une décision déjà prise et notifiée.*

*Le législateur, conscient de l'insuffisance des règles procédurales applicables a prévu des dispositions exceptionnelles à l'égard de la juridiction particulière du juge commissaire : si celui-ci ne statue pas dans un délai raisonnable (la CEDH est ici directement transcrite), le tribunal peut se saisir lui-même (d'office) ou être saisi par une partie ; de plus, si le juge commissaire statue, sa décision est soumise au contrôle du tribunal de commerce et non de la Cour d'Appel (à l'exception de cas limitativement énumérés, comme les décisions rendues en matière d'admission des créances) ; enfin, le jugement du tribunal rendu sur recours contre les décisions du juge commissaire reste susceptible d'appel (ce qui introduit un*

3ème degré de juridiction) si le juge commissaire a outre-passé ses pouvoirs : ces particularités montrent bien que le formalisme limité imposé au juge commissaire au regard du débat contradictoire a dû être encadré, et compensé par des voies de recours exceptionnelles.

#### • La publicité des débats :

La CEDH préconise le débat public, en raison des risques de la confidentialité pour le respect des parties et l'équité du procès. Or, la publicité devient, paradoxalement, un risque en matière de procédures collectives : le débiteur perd tout crédit si les créanciers (banques et fournisseurs) apprennent l'éventualité de l'ouverture d'une procédure collective contre lui ; à l'audience judiciaire où comparait le débiteur, la décision n'est pas encore rendue ; a fortiori, elle n'est pas encore définitive.

Aussi, l'audience en " chambre du conseil ", c'est-à-dire l'audience à huis-clos en matière civile et commerciale, garantit-elle l'avenir et justifie la discrétion des débats, avant que la décision intervienne et soit publiée...

Sans doute, peut-on introduire le principe de la publicité des débats après que la procédure collective ait été ouverte, mais là encore il est possible de préférer occasionnellement l'examen des solutions (redressement / liquidation) hors toute publicité : il s'agit bien de mesurer les avantages et les inconvénients de la confidentialité à chacune des phases importantes de la procédure.

#### • Le délai raisonnable :

La CEDH prescrit enfin au juge de statuer " dans un délai raisonnable ". Qui ne souscrirait à cet objectif, qui doit s'appliquer aux procédures collectives comme à toute procédure judiciaire ? Le recueil des Arrêts de la Cour Européenne mentionne peu de décisions dans cette matière, sinon un arrêt du 15 Novembre 1996 (Arrêt Ceroni) qui censure la durée anormalement longue de l'examen d'un recours contre l'ordonnance d'un juge commissaire.

L'application de ce principe est particulièrement hasardeuse et, par nature complexe, dans la mesure où la procédure collective comporte elle-même, en son sein, des procédures multiples : vérification du passif, revendications, actions en responsabilité, faillites personnelles, recours...

Ce n'est ainsi pas l'ensemble d'une procédure collective qui peut être mesurée à l'aune du caractère raisonnable de sa durée, mais chacune d'elles. Sinon, bien peu de

procédures de redressement ou de liquidation judiciaires trouveraient grâce, aux yeux des juges de la Cour Européenne...

De plus, et indépendamment de cette pluralité d'instances, la procédure collective est par elle-même suffisamment complexe pour justifier sa durée : il suffit d'évoquer ici les incidents d'une procédure liquidative : revendications d'actifs, conflits avec un tiers détenteur, recouvrement de créances contestées, poursuite d'instances assorties d'expertises judiciaires, recours en appel et en cassation, partage d'une indivision...

Il reste néanmoins nécessaire d'intégrer, dans la pratique judiciaire des procédures collectives, le critère d'un délai raisonnable : quel débiteur en liquidation judiciaire ne souhaiterait pas légitimement sortir rapidement d'une situation où il reste dessaisi juridiquement et dépend pour tous les actes de nature patrimoniale de l'aval du liquidateur ?

Quel créancier ne souhaiterait pas être indemnisé dans un délai rapproché ou savoir rapidement que sa créance sera irrécouvrable ?

La loi prévoit quelques dispositions en ce sens : la période d'observation est limitée dans le temps, le plan de continuation lui-même doit être limité, la Cour d'appel doit statuer dans les 4 mois, le juge commissaire doit statuer dans un délai raisonnable, le représentant des créanciers doit également vérifier les créances dans le délai que le tribunal lui aura fixé... Tout cela concourt à garantir aux parties intéressées que le tribunal respecte le principe conventionnel d'un délai raisonnable.

Mais il n'est guère facile d'imposer un cadre trop contraignant aux juridictions, compte tenu des particularités de chaque procédure collective et de leur dynamique propre.

Ceci étant, la composition même des juridictions commerciales, qu'elles soient échevinées ou non, reste sans doute la meilleure garantie du respect d'un délai raisonnable : les juges consulaires n'exercent-ils pas une activité commerciale ou industrielle où la nécessité de décider vite s'impose chaque jour ?

# VORGESTELLT : DER EHRENAMTLICHE HANDELSRICHTER

## Seine Aufgaben und Bedeutung für die Rechtspflege

Hans Petermann

IHK Frankfurt

Dokumentennummer : 20981906

**Der Handelsrichter ist ein wichtiges Organ der Rechtspflege. Er ist Vorbild für uneigennütziges gesellschaftliches Handeln in einer Zeit, in der Freizeit mehr bedeutet als gesellschaftliche Verantwortung. Der Handelsrichter verknüpft ordentliche Kaufmannschaft mit ordentlicher Rechtspflege und ist sich seines Titels " Handelsrichter " bewusst.**

**B**ei vorhandenem Bedarf können nach dem Gerichtsverfassungsgesetz bei den Landgerichten Kammern für Handelssachen eingerichtet werden. 1877 (Inkrafttreten des Gerichtsverfassungsgesetzes) war man sich der künftigen Bedeutung der Kammer für Handelssachen nicht sicher und hielt eine Bedürfnisprüfung für erforderlich. Diese Bedenken sind inzwischen ausgeräumt, alle Landgerichte haben zumindest eine Kammer für Handelssachen eingerichtet.

### IN WELCHEN FÄLLEN DER HANDELSRICHTER GEFRAGT IST

Ist eine Kammer für Handelssachen eingerichtet, so tritt diese für " Handelssachen " an die Stelle der Zivilkammer. Handelssachen sind im einzelnen aufgeführte bürgerliche Rechtsstreitigkeiten, die unter anderem gegen einen Kaufmann gerichtet sind, wenn der Streitgegenstand für beide Seiten ein Handelsgeschäft ist, bei Wechselklagen, bei Ansprüchen nach dem Scheckgesetz, bei Ansprüchen aus dem Rechtsverhältnis, das das Recht zum Gebrauch der Handelsfirma betrifft, bei Ansprüchen aufgrund des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb und dergleichen. Vor der Kammer für Handelssachen wird der Rechtsstreit verhandelt, wenn der Kläger dies in seiner Klageschrift beantragt. Die Kammern für Handelssachen sind mit einem Mitglied des Landgerichts als Vorsitzendem und zwei ehrenamtlichen Richtern besetzt.

### UNABHÄNGIG UND DEM GESETZ UNTERWORFEN

Die Handelsrichter werden auf gutachterlichen Vorschlag der Industrie- und Handelskammern (IHKn) durch den Justizminister des jeweiligen Landes auf die Dauer von vier Jahren ernannt, wobei eine wiederholte

Ernennung nicht ausgeschlossen ist. Handelsrichter kann werden, wer Deutscher ist, das 30. Lebensjahr vollendet hat und als Kaufmann, Vorstandsmitglied beziehungsweise Geschäftsführer einer juristischen Person oder als Prokurist eine vergleichbare eigenverantwortliche Tätigkeit ausübt oder ausübte und in das Handelsregister oder das Genossenschaftsregister eingetragen ist oder war. Vorstände einer Genossenschaft müssen hauptberuflich bestellt sein. Zum Handelsrichter kann nicht ernannt werden, wem infolge Richterspruchs die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkannt wurde oder wer wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt worden ist.

Das Handelsrichteramt ist ein klassisches Ehrenamt. Im Gegensatz zu den ehrenamtlichen Richtern der Arbeits-, Sozial- und Strafgerichte erhält der Handelsrichter keine Aufwandsentschädigung. Der Handelsrichter hat im Verfahren die gleichen Rechte wie der berufliche Richter. Er ist wie der Berufsrichter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen.

Entscheidungen einer Kammer für Handelssachen ergehen in aller Regel schnell und sind praxisnah, da der juristische Sachverstand des Vorsitzenden Richters und die kaufmännische Erfahrung der Handelsrichter sich in wirtschaftlichen Streitigkeiten sinnvoll ergänzen. So kann die Kammer für Handelssachen über Gegenstände, zu deren Beurteilung eine kaufmännische Begutachtung genügt sowie über das Bestehen von Handelsbräuchen aufgrund eigener Sachkunde entscheiden. Die Sicherstellung von Sachkunde und Unabhängigkeit des Handelsrichters ist auch dadurch gewährleistet, dass der Justizminister Handelsrichter nur auf Vorschlag der Industrie- und Handelskammern ernennen darf. Die Kammern nehmen ihr Vorschlagsprivileg im Interesse ihrer Mitglieder und zur Förderung der Rechtspflege überaus ernst und schlagen nur den Kandidaten vor, dessen Sachkunde und Zuverlässigkeit für sie unstrittig und überzeugend ist. Zum Handelsrichter sollte sich allerdings nur eine Person vorschlagen lassen, die sicherstellen kann, dass sie wenigstens alle zwei Monate an einer Kammersitzung teilnehmen kann. Was bei der Beurteilung des Handelsrichteramts oft übersehen wird, sollte einmal besonders erwähnt werden. Der Handelsrichter übt sein Ehrenamt unentgeltlich aus.

## DEM HANDELSRICHTER ÜBER DIE SCHULTER GESCHAUT

*Der Berufsrichter wirkt zunächst darauf hin, dass von beiden Parteien der Sach- und Streitstand umfassend vorgetragen wird. Ist dies geschehen, ist also vom Vorsitzenden "die Sache" soweit gefördert, dass sie in einer mündlichen Verhandlung vor der Kammer erledigt werden kann, ernennt er Termin zur mündlichen Verhandlung an. Der Handelsrichter sollte sich über die anstehenden Fälle unterrichten, um zu vermeiden, dass er aufgrund bestehender Geschäftsbeziehungen zu einer Partei als befangen abgelehnt werden könnte. Der Vorsitzende Richter trägt vor oder bei Beginn der Verhandlung den Akteninhalt umfassend vor. Ist der Sachvortrag für den Handelsrichter unvollkommen dargestellt, sollte er gegenüber dem Vorsitzenden und gegenüber den Parteien auf Klärung dringen.*

*Bei einer etwaigen Zeugenvernehmung kann und sollte der Handelsrichter Fragen an den Zeugen richten, wenn für ihn Ungereimtheiten in der Beweisaufnahme auffällig sind. Nach dem Vortrag der Anwälte der Parteien können vom Handelsrichter ebenfalls Fragen an die Parteien beziehungsweise deren Vertreter gerichtet werden, wenn der Prozessstoff ihrer Ansicht nach weiterer Aufklärung bedarf. Wenn alle auf der Tagesordnung stehenden Fälle behandelt sind, wird der Vorsitzende mit den Handelsrichtern beraten. Die Beratung ist geheim. Bei der Beratung hat der Handelsrichter gleiches Stimmrecht wie der Vorsitzende Richter, dessen juristischer Sachverstand, wenn es auf die Wertung entscheidungserheblicher rechtlicher*

*Aspekte ankommt, von ihm respektiert werden sollte. Er sollte sich nicht scheuen, Fragen zur Rechtslage zu stellen, denn dadurch fördert er seine Rechtskunde. Das nach der Beratung ergehende Urteil wird von dem Vorsitzenden Richter abgesetzt und den Handelsrichtern zur Unterzeichnung zugeschickt. Das Urteil sollte erst nach sorgfältigem Durchlesen unterschrieben werden ; es können unter Umständen Ungereimtheiten oder Schreibfehler auffallen, die der Handelsrichter dem Berufsrichter mitteilen sollte. Mit der Urteilsunterzeichnung sind die Aufgaben des Handelsrichters für diesen Verhandlungstag erledigt.*

## HANDELSRICHTER SIND PARTNER DER BERUFSRICHTER

*Es wird zuweilen behauptet, der Handelsrichter sei für den Berufsrichter ein Lästigkeitsfaktor, da er einen zügigen Prozessverlauf hemmt. Dieser These muss widersprochen werden. Der Berufsrichter wird die Fälle, in denen er allein ohne Hinzuziehung der Handelsrichter entscheiden kann, allein entscheiden. Der gesellschaftlich verantwortlich agierende Berufsrichter wird den kaufmännischen Sachverstand des Handelsrichters zu nutzen wissen und den beiderseitigen Austausch juristischen und kaufmännischen Wissens fördern. Im Verlauf seiner Richtertätigkeit wird sich der Handelsrichter rechtliches Basiswissen aneignen und so anerkannter Partner des Berufsrichters werden. Handelsrichter sollten sich daher zur Wiederwahl stellen, denn Erfahrungswissen kann nur schwer ersetzt werden.*

### VON MONTESQUIEU BIS HEUTE

Jedes moderne Staatswesen steht seit Montesquieu (De l'Esprit des Lois, 1784) auf drei Säulen, der gesetzgebenden, der vollziehenden und der rechtssprechenden Gewalt. Die " dritte Gewalt " wurde durch das zu Beginn des 18. Jahrhunderts immer komplizierter werdende

Rechtswesen nur noch von rechtsgelehrten Spezialisten ausgeübt. Laienrichter gab es nicht mehr. Der moderne Laienrichter ist ein Kind der Revolution von 1848, der den als obrigkeitshörig verdächtigen beamteten Richtern zur Seite gestellt wurde. Vor allem in Strafsachen erfolgte durch ihn als Schöffe oder Geschworener eine Einbeziehung in die Rechtsprechung. Das heutige Rechtswesen

benötigt den Laienrichter nicht in einer Kontrollfunktion, sondern in der Einbindung seines Fachwissens in die Rechtsprechung. Dies gilt vor allem für den Handelsrichter.

Nach § 1 des deutschen Richtergesetzes wird die rechtsprechende Gewalt durch Berufsrichter und durch ehrenamtliche Richter ausgeübt. Der ehrenamtliche Richter ist in

gleichem Masse wie ein Berufsrichter unabhängig. Die ehrenamtlichen Richter führen in der Strafgerichtsbarkeit die Bezeichnung "Schöffe", in der Zivilgerichtsbarkeit bei den Kammern für Handelssachen die Bezeichnung "Handelsrichter" und die in anderen Gerichtszweigen tätigen ehrenamtlichen Richter die Bezeichnung "ehrenamtlicher Richter".

Die Industrie- und Handelskammern sind sich der Bedeutung ihres Vorschlagsprivilegs zur Ernennung von Kandidaten durch den Justizminister zu Handelsrichtern bewusst und schlagen nach sorgfältiger Überprüfung des geforderten kaufmännischen Sachverständes nur hochqualifizierte Bewerber vor. Eine Umfrage bei allen hessischen Industrie- und Handelskammern führte zu dem Ergebnis, dass es keinen Mangel an Kandidaten gibt, die sich bereitwillig für dieses Ehrenamt zur Verfügung stellen. Einige Kammern führen inzwischen Wartelisten. Dies zeigt, dass sich der Handelsrichter zu recht als privilegiert ansieht und bewusst zur Dokumentation dieses Privilegs kein Interesse an einer Aufwandsentschädigung zeigt. Der Handelsrichter ist der typische Vertreter eines Ehrenamts und ist durch seine Haltung Vorbild für andere Ehrenämter, die leider häufig nur schwer durch geeignete Persönlichkeiten besetzt werden können. Er handelt demnach in seinem Engagement gegen den Zeitgeist. Dies zu unterstützen ist eine bedeutende Aufgabe der IHKn.

Die Kammern sehen ihre Verantwortung gegenüber dem Handelsrichter und für die Rechtspflege nicht mit ihrem Ernennungsvorschlag beendet, sondern begleiten den Handelsrichter auch dadurch, dass sie ihn in die Kammerarbeit einbeziehen. So werden Handelsrichter zu Empfängern und zu gemeinsamen Veranstaltungen geladen, die häufig mit aktuellen Vortragsveranstaltungen verbunden sind. Vor kurzem konstituierte sich der Beirat des Bundesverbandes der Richter in Handelssachen, dem neben dem Hauptgeschäftsführer einer grossen Industrie- und Handelskammer auch der Hauptgeschäftsführer des Deutschen Industrie- und Handelstages angehört. Zwischen dem Bundesverband und den IHKn soll die Zusammenarbeit intensiviert und verbessert werden unter anderem dadurch, dass von den IHKn ein Vertrauensmann für Handelsrichter bestellt wird. Darüber hinaus ist ein regelmässiger Erfahrungsaustausch zwischen Vorsitzenden Richtern, Handelsrichtern und Industrie- und Handelskammern vorgesehen.

## CONGRÈS POUR LE 10<sup>e</sup> ANNIVERSAIRE DE L'UNION EUROPÉENNE DES MAGISTRATS STATUANT EN MATIÈRE COMMERCIALE

" LES ASPECTS ÉCONOMIQUES DE LA CONVENTION  
EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME "

*Texte de l'intervention de M. Pascal DOURNEAU-JOSETTE  
juriste à la Cour européenne des Droits de l'Homme \**

Mon propos vise à mettre l'accent sur la place occupée par la Convention européenne des Droits de l'Homme dans le contentieux commercial, l'idée selon laquelle le droit commercial ne peut envisager le droit européen qu'au regard du droit communautaire étant erronée. Certes, la protection de droits économiques ne ressort pas expressément, à une exception près, d'une disposition de la Convention. Mais une appréhension " économique " des droits garantis ne peut être exclue et ce, pour au moins deux raisons : d'une part, les contentieux juridictionnels perdurent, avec parfois des enjeux économiques considérables ; d'autre part, certains arrêts de la Cour européenne intéressent principalement les entreprises.

Je n'ai pas l'intention de livrer la liste exhaustive des décisions " utiles " pour l'entreprise : je souhaite simplement témoigner, exemples à l'appui, de l'importance du droit de la Convention, y compris dans la vie économique. Je vous informe également que nous nous sommes concertés avec M. VALLENS pour rendre nos interventions complémentaires : je n'aborderai donc pas la question - importante - de l'article 6 de la Convention.

### I. - PRÉSENTATION GÉNÉRALE DU MÉCANISME INSTITUÉ PAR LA CEDH

Parce qu'il ne suffit pas de lire des arrêts de la Cour pour en saisir tout le sens et la portée, je voudrais consacrer quelques minutes au rappel de certains principes. Mon propos vise donc à présenter, très sommairement, une grille de lecture des arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme.

#### 1. Quelques rappels sur les requérants et leurs requêtes

Depuis le 1er novembre 1998, les requérants ne saisissent plus la Commission, disparue, mais un nouvel organe unique, la Cour " nouvelle version " instituée par le 11<sup>e</sup> Protocole.

Les règles de recevabilité n'ont quant à elles pas changé. Le

*\* les propos exprimés n'engagent que leur auteur*



requérant, personne physique ou morale, ne peut exercer une *actio popularis* pour l'interprétation de la Convention, pas plus qu'il n'est autorisé à se plaindre *in abstracto* d'une loi par cela seul qu'elle lui semble enfreindre la Convention. Il doit invoquer un préjudice personnel et direct.

Certaines conditions de recevabilité déterminent la possibilité d'un examen au fond. Tout d'abord, le requérant doit épuiser les voies de recours internes, expression qui revêt deux acceptions cumulatives : d'une part, il doit exercer les voies de recours accessibles et effectives (en principe, pour la France par exemple, jusqu'à la Cour de cassation ou le Conseil d'État) ; d'autre part, il doit invoquer les griefs tirés de la Convention devant les juridictions internes, au moins en substance, afin de leur laisser l'occasion de prévenir ou redresser la violation alléguée. Cette obligation d'épuiser les recours internes témoigne de la " subsidiarité " du contrôle européen, puisque vous êtes, en votre qualité de juges internes, les juges naturels et premiers de la CEDH. Enfin, la requête doit être introduite dans un délai de six mois à compter de la décision interne définitive et compatible avec les dispositions de la Convention (*compatible ratione materiae et personae...*).

## 2. Interprétation de la Convention

Les organes de la Convention ont élaboré un système d'interprétation protecteur. Les règles dégagées offrent de réelles opportunités d'épanouissement des droits et garanties, ce qui n'exclut pas des limites dans leur application.

### a) Préserver sa force à la Convention

Les droits et garanties prévus par la Convention doivent recevoir, selon les termes usités par la Cour, une application non pas " théorique et illusoire " mais " concrète et effective ". Partant, la Cour a notamment dégagé la notion de " définition autonome " des dispositions de la Convention, afin d'échapper aux restrictions que les autorités internes seraient tentées d'instaurer. Ces définitions autonomes participent en outre à la mise en place

d'un standard européen capable de dépasser les particularités et les notions internes (voir, parmi d'autres, les notions de " tribunal ", de " loi ", de " droits et obligations de caractère civil "... Par ailleurs, la Cour appréhende la Convention comme un " instrument vivant à interpréter ... à la lumière des conditions de vie actuelles ". Une telle approche peut même permettre de déduire un droit non expressément prévu par le texte, comme le fait d'accepter une situation déduite d'un dénominateur commun entre les États membres (*Ettl et autres c. Autriche du 23 avril 1987, série A n° 117, pp. 18-19, § 40 : concernant la présence de spécialistes à côté de magistrats dans des juridictions*). Les organes de Strasbourg ont enfin élaboré la théorie de la proportionnalité, qui offre un contrepoids aux limitations accordées par la Convention au profit des États (notamment le second paragraphe des articles 8 à 11). Ils veillent à assurer un juste équilibre entre l'intérêt général de la communauté et la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. En tout état de cause, toute interprétation de la Convention doit se concilier avec " l'esprit général de celle-ci, destinée à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique ".

### b) Limites fixées par les organes de Strasbourg

Le mécanisme instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme. Rappelons également que la Cour ne constitue pas un " ultime degré d'instance " : elle n'a pas compétence pour rejuger les faits soumis aux juges internes ou interpréter le droit nationale à la place des juridictions suprêmes nationales. Une autre limite posée par les organes de Strasbourg concerne la marge d'appréciation dont disposent les États en vertu de certaines dispositions de la Convention. L'ampleur de la marge d'appréciation n'est pas la même pour toutes les affaires mais varie en fonction du contexte ; parmi les éléments pertinents figurent la nature du droit conventionnel en jeu, son importance pour l'individu et la nature des activités en cause.

Je conclurai ce très rapide survol introductif au

mécanisme de la Convention par quelques chiffres. Le bon fonctionnement du système dépend aussi du nombre d'affaires à traiter : or le nombre de requêtes individuelles connaît une inflation galopante. Ainsi, en 1979, la Commission avait enregistré 378 nouvelles requêtes ; elle en a enregistré 5 006 au 1er novembre 1998 ; dans le même temps, il faut savoir que le nombre de dossiers provisoire ouverts pour la même période, c'est-à-dire de dossiers ouverts suite à un premier courrier et faisant l'objet d'une mise en l'état avant enregistrement, était de 2 380 en 1979 et de 11 700 au 1er novembre 1998. La Cour nouvelle version avait quant à elle un stock de près de 8 000 affaires pendantes au 1er janvier 1999...

## II. - DES DROITS GARANTIS

Nous abordons maintenant les droits proprement dits, le " fond " de la Convention. Je vais relever un certain nombre de droits garantis afin de vous offrir non pas une liste exhaustive de la jurisprudence européenne mais, pour reprendre une expression comptable, " une image fidèle du bilan " de la Cour. Dans un souci de clarté, j'aborderai les dispositions de la Convention dans leur ordre chronologique, à l'exception de l'article 6. Vous constaterez la prise en compte, dans la jurisprudence de la Cour, de la qualité de professionnel par opposition à celle de simple particulier. Une telle distinction se retrouve notamment dans le cadre de l'article 7, de l'article 10 (avec un tempérament selon le droit en cause), de l'article 1er du Protocole n° 1 (avec une grande marge d'appréciation des États et l'idée de risques inhérents aux activités commerciales)...

### a) La légalité des délits et des peines

Le droit pénal occupe désormais une place de choix dans le contentieux des affaires. Aussi, l'article 7 de la Convention, qui concerne la légalité des délits et

des peines, intéresse-t-il aussi notre propos. Un arrêt de 1996, dans l'affaire *Cantoni c. France* (15.11.96, *Recueil 1996-V*), concerne une pratique commerciale illicite : le fait, pour un dirigeant de grande surface, de commettre un exercice illégal de la médecine en raison de la vente de produits qualifiés de médicaments. Dans son arrêt, la Cour a examiné la " prévisibilité " de la loi réprimant cet acte commercial (excluant son application extensive, par analogie). La notion de prévisibilité dépend dans une large mesure du contenu du texte dont il s'agit, du domaine qu'il couvre ainsi que du nombre et de la qualité de ses destinataires (*arrêt Groppera Radio AG et autres c. Suisse* du 28.03.90, *série A n° 173*, p. 26, § 68). Surtout, elle ne s'oppose pas à ce que la personne concernée soit amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (*voir, parmi d'autres, l'arrêt Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* du 13.07.95, *série A n° 316-B*, p. 71, § 37). Il en va spécialement ainsi des professionnels, habitués à devoir faire preuve d'une grande prudence dans l'exercice de leur métier. Aussi peut-on attendre d'eux qu'ils mettent un soin particulier à évaluer les risques qu'il comporte.

### b) Le droit au respect du domicile professionnel

La notion de "domicile", au sens de l'article 8 de la Convention, est entendue dans son acception large et englobe les domiciles professionnels et les locaux commerciaux (*arrêts Niemietz c. Allemagne* du 16.12.92, *série A n° 251-B*, pp. 33-35, §§ 29-33 ; *Halford c. R-U* du 25.6.97, *Recueil 1997-III*, fasc. 39, p. 1016, § 44, ; *voir aussi : Klass et autres c. Allemagne* du 6.9.78, *série A n° 28*, p. 21, § 41 ; *Malone c. R-U* du 2.8.84, *série A n° 82*, p. 30, § 64 ; *Chappell c. R-U* du 30.3.89, *série A n° 152-A*, p. 21-22, § 51 ; *Huvig c. France* du 24.4.90, *série A n° 176-B*, p. 41, § 8 et p. 52, § 25).

### C. - Le droit de propriété

Quant à ce droit de nature économique expressément reconnu par la Convention, la Cour relève que l'article 1 garantit bien en substance le " droit de propriété " et, d'ailleurs, le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété (*Marckx c. Belgique du 13.3.78, série A n° 31, p. 27, § 63*). La Cour laisse une grande marge d'appréciation aux États.

L'article 1er contient en fait trois normes distinctes. La 1<sup>o</sup> phrase du 1<sup>o</sup> alinéa énonce le principe général du droit de propriété, érigé en norme autonome. La Cour peut ainsi contrôler des mesures autres qu'une expropriation définitive ou une réglementation dans l'usage des biens : cela vise donc tous les types de mesures ! (*arrêt Sporong et Lönnroth, arrêt c. Suède du 23.9.82, série A n° 45*). La 2<sup>o</sup> phrase du 1<sup>o</sup> alinéa, sur les privations de propriété, vise tant l'expropriation formelle que l'expropriation de fait. La privation de propriété doit remplir trois conditions : poursuivre un but d'utilité publique, préserver un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé et respecter la " loi " (à savoir les textes législatifs et réglementaires, mais aussi la jurisprudence) qui doit être " accessible " et " précise ". Le 2<sup>o</sup> alinéa, relatif à la réglementation de l'usage des biens, impose également des conditions cumulatives : la poursuite d'un intérêt général (ce qui englobe le contrôle de la " légalité " et de la " finalité " de l'ingérence) et le respect de la proportionnalité entre le but et les moyens employés.

La Cour vérifie toujours, en premier lieu, si les normes spéciales de l'article 1 s'appliquent (dans l'ordre chronologique : 2<sup>o</sup> phrase de l'alinéa 1, puis second alinéa). Lorsque ces deux normes ne s'appliquent pas, la Cour peut se référer au principe posé à la 1<sup>o</sup> phrase de l'alinéa 1 : cela permet de contrôler effectivement les atteintes au droit de propriété, même lorsqu'elles ne correspondent pas exactement aux prévisions spéciales du texte, au contenu des normes spécifiques. En tout état de cause, la Cour a également décidé que les deux

dernières normes sont examinées par rapport au principe posé à la 1<sup>o</sup> phrase du 1<sup>o</sup> alinéa (*arrêt James et autres c. R-U du 21.2.86, série A n° 98 ; Lithgow et autres c. RU du 8.7.86, série A n° 102*).

Le champ d'application de l'article 1er du Protocole 1 est d'autant plus grand que la Cour a une vision large de la notion de " bien ". Elle a fourni de nombreuses illustrations de ce que recouvre le mot " propriété ", autrement dit, de ce qui doit être analysé comme étant un " bien " au sens de l'article 1er du Protocole N° 1 (*dans son arrêt Van Marle et autres c. Pays-Bas du 26.6.86, n° 101, la Cour parle d'"intérêts économiques"*) : immeubles, terrains, meubles... (nombreux exemples) ; servitudes ; créances, actuelles et exigibles ; actions d'une SA ; clientèle ; droit à indemnisation né en droit interne ; licence administrative d'un débit de boisson ; espérance légitime de réaliser un aménagement urbanistique ; dette reconnue à charge de l'État ; réserve de propriété...

Reste la question de la réglementation de l'usage des biens pour le " paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes " (article 1er alinéa 2 du Protocole N° 1). Nous nous attarderons sur un seul cas, l'affaire Gasus Dosier - und Fördertechnik GmbH c. Pays-Bas (23.2.95, série A n° 306-B), à propos duquel la Cour a abordé l'activité commerciale. Une société de droit allemand se plaignait de ce que, ayant revendiqué un bien vendu avec une clause de réserve de propriété, elle s'était vue opposé la saisie et la vente de la machine par l'administration néerlandaise en paiement d'une dette fiscale. La Cour estime que si la clause de réserve de propriété constitue une méthode acceptée de renforcement de la position du créancier dans les procédures d'exécution, que cela n'interdit pas l'adoption de lois renforçant la position du fisc dans de telles procédures et ne constitue pas, en soi, une violation de la Convention. Surtout, s'agissant de vérifier l'existence de la proportionnalité de la mesure, la Cour juge que l'activité commerciale comporte un risque que la société aurait pu éliminer par d'autres pratiques commerciales, que la société avait permis au débiteur de l'impôt, même involontairement,

d'avoir un semblant de solvabilité, que le fisc n'avait pas les mêmes moyens de se protéger qu'un partenaire commercial et, enfin, que la société avait pu faire contrôler la mesure par un tribunal (non-violation de l'article 1er du Protocole N° 1).

#### **D. - Les entreprises de communication**

L'article 10 de la Convention garantit la liberté d'expression et d'opinion, mais vise aussi le droit de recevoir et de communiquer des informations ! Or cet aspect de l'article 10 a donné lieu au développement d'une jurisprudence relative aux entreprises de communication. Dans les affaires relatives à l'article 10, auxquelles la Cour attache une importance toute particulière, la Cour procède par étapes : tout d'abord, elle vérifie l'existence d'une ingérence ; puis la justification, le but de cette ingérence et sa légalité. Enfin, la Cour vérifie que l'ingérence était, je cite, " nécessaire dans une société démocratique ".

La Cour a précisé que l'article 10 ne doit pas être écarté en raison du statut juridique de société anonyme, du caractère commercial de ses activités ou de la nature même de la liberté d'expression, car l'article 10 vaut pour " toute personne ", physique ou morale (*arrêt Autronic AG c. Suisse du 22.05.90, série A n° 178*). L'article 10 a également permis à la Cour d'apprécier une situation de monopole de radiodiffusion (*arrêt Informationsverein Lentia et autres c. Autriche du 24.11.93, série A n° 276*) et de juger qu'en raison de son aspect radical, un monopole ne saurait se justifier qu'en cas de nécessité impérieuse. Il existe des solutions moins contraignantes, a fortiori lorsque le marché national peut supporter des entreprises publiques et privées.

#### **CONCLUSION**

Enfin, comment conclure devant des magistrats statuant en matière commerciale sans évoquer la question de l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH ? Cette question est ancienne. Compte tenu de l'importance des Communautés pour le citoyen européen, il semble indispensable d'offrir un degré

de protection équivalent à celui garanti dans les États membres, c'est à dire une protection contraignante. C'est d'ailleurs l'avis de la Commission de Bruxelles et du Parlement européen. Cette adhésion constitue sans doute un enjeu considérable pour le mécanisme de la Convention au vu de l'importance croissante de l'Union européenne.

La Commission de Strasbourg avait estimé qu'une requête dirigée contre les Communautés européennes était *incompatible ratione personae* avec les dispositions de la Convention. Il faudrait prévoir un moyen de soumettre les Communautés au mécanisme de la Convention, à l'instar de ce qui existe pour ses États membres. L'intérêt est double : combler les lacunes en la matière dans le cadre communautaire, nonobstant les efforts de contrôle réalisés par la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) au regard des principes généraux du droit communautaire ; éviter que la CJCE ne développe une jurisprudence parallèle, avec le risque de décisions contradictoires, puisqu'elle se trouve souvent confrontée aux problèmes d'interprétation de la Convention. L'impact des Communautés sur la vie des citoyens européens commande la mise en place d'une protection contraignante. C'est d'ailleurs l'avis de la Commission de Bruxelles et du Parlement européen, mais pas celui de la CJCE (*avis négatif n° 2/94, du 28 mars 1996 ; cet avis ne met pas un terme au projet, mais il impose un détour en imposant une révision des Traités*)

Au-delà de ces quelques exemples, sans doute insuffisants, il faut surtout noter que la Cour de Strasbourg peut examiner tout grief tiré de la Convention : encore faut-il le lui soumettre. En outre, la Convention doit s'interpréter à la lumière des conditions de vie d'aujourd'hui : compte tenu de l'évolution perpétuelle du droit et de la société, la jurisprudence européenne de Strasbourg n'est donc pas condamnée à rester figée...

# Het faillissementsrecht en de rechten van de Mens (in Frankrijk)

---

**Jean-Luc VALLENS**

*Geassocieerd hoogleraar bij de Université Robert Schuman (STRAATSBURG)*

De toepassing van de bepalingen van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in het recht van de collectieve procedures is vrij recent.

Zij is het gevolg van een reactie van de rechtbanken die geleidelijk aan de opnemings van de conventionele principes in het nationaal recht hebben beseft maar ook van de advocaten die het als laatste redmiddel gebruiken wanneer de interne normen onvoldoende en ondoeltreffend zijn.

Verschillende bepalingen van het EVRM betreffen het verloop van de collectieve procedures. Men denke zowel aan de bepalingen die de substantiële rechten beschermen zoals het eigendomsrecht of de eerbiediging van het privé-leven en de woning, als aan deze die de procedurele rechten waarborgen, inzonderheid het recht op een eerlijk proces.

Dat wij echter sceptisch tegenover het EVRM staan moet bekend worden. Het EVRM beschermt de rechten van de mens, d.i. eerst en vooral de natuurlijke personen. De collectieve procedures betreffen echter in de eerste plaats de industriële- en handelsvennootschappen en hun vermogen - de goederen van de vennootschap - (N.V., B.V.B.A., V.O.F. en andere rechtspersonen). Nochtans zijn de raakpunten tussen het EVRM en het gerechtelijk herstel talrijker dan op het eerste zicht lijkt :

- Het EVRM is op iedere persoon van toepassing en maakt geen onderscheid tussen natuurlijke personen (die bescherming zouden nodig hebben) en de rechtspersonen. Conform artikel 1 geniet 'eenieder' van het EVRM. Een voorbeeld hiervan is de uitbreiding van de bescherming van de woning tot de bedrijfsruimten.
- Vervolgens betreffen de collectieve procedures zowel de natuurlijke personen als de rechtspersonen : handelaars, ambachtsmannen, landbouwers en verder de bedrijfsleiders (niet-handelaars) van de rechtspersonen, via de regels eigen aan de collectieve procedures (uitbreiding van de procedure, gerechtelijk herstel, sanctie). De

eenheid van het vermogen leidt tot de toepassing van de regels van de collectieve procedure zonder onderscheid tussen de elementen van het actief die voor de beroepsactiviteit aangewend worden en deze die voor het privé- en gezinsleven zijn bestemd. De gevolgen van deze procedures op de maatregelen van de rechtsmandatarissen tegen de roerende en onroerende goederen van de schuldenaars, hun post en hun beroepsleven zijn daar een duidelijk teken van.

- Ten slotte, betekent de collectieve procedure per definitie een schending van de individuele rechten. Men denke aan de buitenbezitstelling van de schuldenaar, de beperking van de rechten van de bedrijfsleiders, de collectieve discipline die aan de schuldeisers wordt opgelegd, de stilstand van de rechtsvorderingen, de afdoening die de niet aangegeven schuldvorderingen treft, de overdracht van een onderneming (eigenlijk een wettelijke onteigening), de beroepsstrafmaatregelen die de schuldige of nalatige bedrijfsleider treffen,...

Zo tast elke collectieve procedurereguleer de contractuele vrijheid en de verworven rechten aan. Het is dus niet verwonderlijk dat de toepassing van deze regels tegen de beschermingsprincipes van het EVRM indruisen. De vraag is of deze inbreuken door de doelstellingen van de collectieve procedure gerechtvaardigd zijn, en verder of ze geproportioneerd blijven. Laten we hier een van de meeste aangehaalde bepalingen van het EVRM aanhalen betreffende de waarborgen van de procedure : het recht op een eerlijk proces :

*"(...) heeft eenieder het recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie welke bij de wet is ingesteld" (art. 6 EVRM)*

## WELKE WEERSLAG HEEFT DIT PRINCIPE OP HET VERLOOP VAN DE COLLECTIEVE PROCEDURE ?

Deze vraag kan op twee manieren aangesneden worden :

- op het vlak van de bestaande structuren en organen
- op het vlak van de werking van de procedures

### 1. De jurisdictionele organen

Twee organen staan in voor de collectieve procedures, de rechtbank van koophandel en de rechter-commissaris onder zijn gezag.

De rechtbank van koophandel maakt de voornaamste rechterlijke instantie uit en wordt per decreet ingesteld volgens de bepalingen van de code de l'organisation judiciaire. Zijn autonomie garandeert zijn onafhankelijkheid ten opzichte van de Staat. De rechters worden namelijk op een in elk consulaire district opgestelde lijst verkozen en moeten slechts rekenschap geven aan hun gelijken die hen voor een beperkte duur hebben verkozen. Ze kiezen zelf hun voorzitter, behalve in het departement van de Bas-Rhin, de Haut-Rhin en de Moselle waar deze functies door een beroepsrechter worden uitgeoefend. Zulks garandeert de structurele onafhankelijkheid van de rechters zoals het statuut van magistraat instaat voor de onafhankelijkheid van de beroepsrechters.

De vraag is of de onafhankelijkheid alleen ten opzichte van de Staat moet gemeten worden.

Ten opzichte van de partijen, kunnen de rechters in handelszaken in principe in dezelfde omstandigheden als de beroepsrechters gewraakt worden; het gemeenrecht van de NCPC is op iedereen van toepassing. Zo kan de rechter gewraakt worden indien hij een persoonlijk belang heeft in het geschil, een relatie van schuldeiser of schuldenaar met één van partijen, een familieverband (tot de 4de graad), een geschil lopende met een partij, indien hij raad heeft gegeven, een relatie van ondergeschiktheid heeft, of kennelijk vriend of vijand van één van hen is ... In al deze gevallen kan en moet hij zich doen vervangen.

Het verzoek tot wraking van een rechter wordt door de rechtbank beslecht of door het Hof van Beroep ingeval van afwijzing. Merk wel op dat voor een gemeentelijke rechtbank de voorzitter - beroepsrechter - uitspraak doet zonder beroep.

Hoe zal echter de onafhankelijkheid van de rechters in handelszaken gewaarborgd worden ten opzichte van hun eigen economisch milieu ? De talrijke functiestoornissen die door de Parlementaire Onderzoekscommissie van 1998 aan het licht werden gebracht hebben de regering ertoe geleid een toenadering aan te bevelen tussen de rechtbanken van koophandel en de handelskamers van Alsace en de Moselle en de gemengde rechtbanken van de overzeese gebiedsdelen, en dit via de invoering van gemengdheid. Verschillende mogelijkheden werden uitgestippeld : de toewijzing van het voorzitterschap van de kamers die met de collectieve procedures belast zijn aan een beroepsrechter, een meer algemeen gebruik van de collegiale zittingen in deze procedures, de versterkte aanwezigheid van het Openbaar Ministerie, de organisatie van een gemeenschappelijke vorming voor de twee groepen rechters, de ondertekening van een verklaring van economisch belang door de rechters in handelszaken en de versterking van de disciplinaire maatregelen.

Deze ingestelde hervorming beoogt de modernisering van de rechtbanken van koophandel en rekt op de wil van de rechters in handelszaken daaraan deel te nemen. Zo wil men de rechtmatigheid van de rechtbanken van koophandel vestigen ten opzichte van de conventionele principes inzonderheid de vereiste van een eerlijk proces.

### 2. Het verloop van de procedure

Het proces moet eerlijk zijn. Vandaar de vereiste van onpartijdigheid van de rechters, de 'objectieve onpartijdigheid' volgens het Europees Hof. Dit betekent dat zij uit de werkingsregels van de rechtbanken moet voortvloeien en dat zij a priori niet in twijfel mag getrokken worden, onafgezien van de motivering van de beslissingen en het persoonlijk gedrag van de rechters (waarvan de 'subjectieve' onpartijdigheid steeds wordt vermoed tot het bewijs van het tegendeel is geleverd).

Deze onpartijdigheid wordt op verschillende ogenblikken van de collectieve procedure in gevaar gebracht en moet dus gewaarborgd worden.

#### • **Het aanhangig maken van een zaak bij een rechtbank :**

Frankrijk vertoont nog sporen van het aloude toezicht dat gedurende drie eeuwen door de rechtbanken van koophandel werd uitgeoefend en dat door een procedurele bijzonderheid wordt gekenmerkt : het van ambtswege aanhangig maken. Deze wijze van 'zelf-

aanhangig maken' op initiatief van de voorzitter van de rechtbank is uitzonderlijk (en bestaat nergens anders in het Frans recht behalve in de bevoegdheid van de *rechter van de voogdijschappen* een zaak bij zichzelf aanhangig te maken). Het van ambtswege aanhangig maken bestaat niet alleen voor de inleiding van de procedure maar ook voor al zijn latere fases : gerechtelijke vereffening, afsluiting van de verrichtingen, beroepsstrafmaatregelen, vervanging van rechtsmandatarissen, enz.... Vóór de collectieve procedure, heeft de voorzitter van de rechtbank bovendien de macht op eigen initiatief de bedrijfsleider die met moeilijkheden te kampen heeft op te roepen. Het gaat hier niet om het aanhangig maken teneinde desgevallend een procedure tot herstel of gerechtelijke vereffening in te leiden maar om een oproeping voor een onderhoud om samen de moeilijkheden te bekijken.

De rechterlijke traditie is daaromtrent zo sterk dat de wetgever nooit op het recht van 'zelf-aanhangig maken' van de rechtbanken is teruggekomen zelfs wanneer aan het Openbaar Ministerie een gelijkaardige macht werd verleend. Meer nog, de opeenvolgende wetswijzigingen hebben deze mogelijkheid vermenigvuldigd, terwijl het Hof van Cassatie enkel de beslissingen van de rechtbanken vernietigde wanneer de termen van de aanvankelijke inleidingsakte op een vooroordeel van de voorzitter van de rechtbank wees. De oproeping van een schuldenaar of een bedrijfsleider mag immers de indruk niet wekken dat hij reeds gestraft wordt...

#### • De aanwezigheid van een rechter-commissaris in de rechtbank

Zo de wet de specifieke formaliteit van het voorafgaand verslag van de rechter-commissaris niet oplegde, zou de aanwezigheid van een rechter-commissaris in het rechtscollege op zich geen probleem uitmaken. De rechter-commissaris moet echter in alle gevallen die tot de bevoegdheid van de rechtbank behoren een verslag neerleggen (of mondeling uiteenzetten). Op die manier is de rechtbank beter ingelicht dan louter door het verzoek van een mandataris of de dagvaarding van een derde. Betekent het feit dat het standpunt van één van de rechters dan wel bekend is, dan geen overduidelijke inbreuk op de onpartijdigheid ? Tot nu toe duldt het Hof van Cassatie dat de finaliteit van deze formaliteit (de rechtbank inlichten) op het onpartijdigheidsbeginsel primeert. Of dit standpunt zal blijven duren en aan het conventioneel recht zal weerstaan is de vraag.

Het verslag van de ministeriele commissie aangaande de gemengdheid van de rechtbanken van koophandel wijst op de onverenigbaarheid van deze regel met de vereiste van objectieve onpartijdigheid. Ter gelegenheid

van verschillende geschillen waar de aanwezigheid van een verslaggever bij het rechtscollege werd aangeklaagd, heeft het Hof van Cassatie er trouwens op gewezen dat eenzelfde persoon in dezelfde zaak niet eerst een verslag mag voorleggen en daarna zitting nemen en beraadslagen.

Deze evolutie die door het EVRM in de hand werd gewerkt en vandaag de Beurscommissie en de disciplinaire organen kenmerkt, zou morgen ook de rechtbank van koophandel kunnen treffen.

Het EVRM vereist van de rechtbank niet alleen op de onpartijdigheid maar ook op de 'gelijkheid van de wapens' toe te zien.

#### • Het debat op tegenspraak :

Zo het debat op tegenspraak voor de rechtbank van koophandel is voorzien en gereguleerd, is dit echter niet het geval voor de rechter-commissaris terwijl hij toch een belangrijke rechterlijke rol speelt in de collectieve procedures.

Vandaar dat het Hof van Cassatie daaromtrent enkele principes heeft vastgelegd : de rechter-commissaris moet op tegenspraak beslissen telkens wanneer de omstandigheden dit niet verhinderen, hij moet zijn beslissingen motiveren en aan alle betrokkenen daarvan kennis geven.

Bovendien moet hij binnen de grenzen van zijn bevoegdheden beslissen en mag hij een getroffen en kenbaar gemaakte beslissing niet wijzigen onder voorwendsel van rechtzetting van een feitelijke vergissing of aanvulling.

Bewust van het tekort van de toepasselijke procedureregels, heeft de wetgever buitengewone bepalingen betreffende de rechter-commissaris voorzien : indien hij niet binnen een redelijke termijn beslist heeft (hier wordt het EVRM rechtstreeks overgeschreven) kan de zaak door de rechtbank zelf (van ambtswege) of door een partij aangebracht worden. Bovendien zijn zijn beslissingen aan het toezicht van de rechtbank van koophandel en niet aan dat van het Hof van Beroep onderworpen (behalve in op beperkende wijze opgesomde gevallen zoals de beslissingen aangaande de erkenning van de schuldvorderingen). Ten slotte, is het vonnis van de rechtbank over de beslissingen van rechter-commissaris wanneer hij zijn bevoegdheden te buiten is gegaan onderhevig aan beroep (wat een derde aanleg betekent). Deze bijzonderheden tonen duidelijk aan dat het beperkt formalisme waaraan de rechter-

commissaris is gehouden in vergelijking met het debat op tegenspraak, omljnd moest worden en gecompenseerd door buitengewone rechtsmiddelen.

• **De openbaarheid van de debatten :**

Het EVRM beveelt het openbaar debat aan omwille van de risico's van de vertrouwelijkheid voor de eerbiediging van de partijen en de eerlijkheid van het proces. Inzake collectieve procedures wordt de openbaarheid echter een gevaar. Zo zal de schuldenaar het handelsvertrouwen van zijn schuldeisers (bankinstellingen en leveranciers) verliezen indien zij de mogelijkheid van een collectieve procedure jegens hem vernemen, en dit alhoewel de beslissing nog niet gevallen is wanneer hij ter zitting verschijnt en dus a fortiori nog niet definitief vaststaat.

De 'raadkamer', d.i. de zitting met gesloten deuren in burgerlijke- en handelszaken, waarborgt bijgevolg de toekomst en rechtvaardigt de geheimhouding van de debatten vooraleer de beslissing wordt getroffen en bekendgemaakt.

Hoewel de debatten wellicht openbaar mogen worden eens de collectieve procedure is ingeleid, dan nog kan men bij gelegenheid het niet-openbare onderzoek van oplossingen (herstel / vereffening) verkiezen. De voor- en nadelen van de vertrouwelijkheid moeten bij elke belangrijke fase van de procedure afgewogen worden.

• **De redelijke termijn :**

Het EVRM bepaalt ten slotte dat de rechter de zaak 'binnen een redelijke termijn' moet afhandelen. De noodzaak hiervan ligt voor de hand voor zowel de collectieve procedures als elke rechtsprocedure. Behoudens een arrest van 15 november 1996 (arrest Ceroni) die de abnormaal lange duur van het onderzoek van een beroep tegen een beslissing van de rechter-commissaris veroordeelt, bevat de verzameling van de arresten van het Europees Hof geen beslissingen in dit verband.

De toepassing van dit principe is bijzonder moeilijk en ingewikkeld aangezien de collectieve procedure zelf meerdere procedures inhoudt : nazicht van het passief, terugvorderingen, vorderingen in verband met aansprakelijkheid, persoonlijke faillissementen, beroep,...

Vandaar dat niet de volledige collectieve procedure maar wel elke procedure die daarvan deel uitmaakt aan het principe van redelijke duur kan getoetst worden. Anders zouden slechts heel weinig herstel-of vereffeningprocedures door de controle van het Europees Hof geraken...

Buiten de veelheid van procedures, is de collectieve procedure overigens ingewikkeld genoeg om haar duur te rechtvaardigen. Men denke hier aan de tussengeschieden van een vereffeningprocedure : terugvorderingen van activa, geschillen met een derde houder, de inning van betwiste schuldvorderingen, rechtsvorderingen met rechtsdeskundig onderzoek, beroep en cassatie, de verdeling van een onverdeeldheid,...

Nochtans is het noodzakelijk het criterium van redelijke termijn in de praktijk van de collectieve procedures op te nemen. Iedere schuldenaar in vereffening wenst terecht zo vlug mogelijk uit een situatie te geraken waar hij juridisch gezien buiten bezit wordt gesteld en waar al zijn vermogensrechtelijke handelingen van de instemming van de vereffenaar afhangen. Zo ook wenst iedere schuldeiser terecht zo snel mogelijk vergoed te worden of te weten of zijn schuldvordering inbaar is of niet.

Te dezen, bevat de wet enkele bepalingen : de observatieperiode is beperkt in de tijd, het voortzettingsplan ook, het Hof van Beroep moet binnen de vier maanden uitspraak doen, de rechter-commissaris binnen een redelijke termijn, de vertegenwoordiger van de schuldeisers moet de schuldvorderingen nagaan binnen de door de rechtbank opgelegde termijn,... Dit alles draagt bij tot de naleving door de rechtbank van het conventionele principe van de redelijke termijn.

Maar het is niet gemakkelijk een te dwingend kader aan de rechtbanken op te leggen gezien de bijzonderheden van elke collectieve procedure en hun eigen dynamiek.

De samenstelling van de rechtbanken van koophandel, of zij nu consulaire zijn of niet, blijft ongetwijfeld de beste waarborg van de naleving van het principe van de redelijke termijn. De rechters in handelszaken oefenen immers een industriële- of handelsactiviteit uit waar de noodzaak snel te beslissen zich elke dag doet voelen.