

Prolonger un contrat contre la volonté d'une des parties ? Un dilemme typique de l'institution consulaire de contrôle social des marchés

Emmanuel Lazega

Université Paris-Dauphine, IRISES-CERSO et ENS-CMH

Sylvain Lemaire

ENS-CMH

Lise Mounier

ENS-CMH

UNE FORME DE CONTRÔLE SOCIAL DU MONDE DES AFFAIRES : LE RÉGIME CONSULAIRE

La sociologie économique s'est, depuis ses débuts, intéressée à la création, au fonctionnement et à l'évolution des institutions contrôlant le fonctionnement des marchés. Weber théorisait déjà le rôle des « organisations de régulation de l'économie » (*wirtschaftsregulierender Verbände*) comme les banques, les bourses ou les institutions étatiques, affirmant que différentes conditions institutionnelles initiales ont eu, au cours de l'histoire, des effets spécifiques sur l'émergence de formes de capitalisme différentes.¹ L'État a traditionnellement fourni ces institutions, permettant notamment au monde des affaires de gérer les risques et les problèmes que posent la concurrence et l'activité contractuelle. Mais le monde des affaires a également participé à la construction de ces institutions, tout comme à l'équipement juridique de ses marchés. En effet, les arrangements institutionnels régulant les marchés varient selon qu'ils pèsent *ex ante* sur l'activité contractuelle ou *ex post* sur la résolution des conflits résultant de cette activité. La résolution des conflits par des tierces parties peut passer par les tribunaux, mais aussi par la médiation privée, l'arbitrage, ou encore des systèmes plus complexes comme celui que nous nous proposons d'examiner ici : les juridictions consulaires, comme le Tribunal de commerce français.

¹ Voir aussi Swedberg (1998 : 99-107) sur les pré-requis juridiques de l'émergence du capitalisme selon Weber.

Le monde des affaires a très tôt participé au partage des coûts du contrôle social de ses activités économiques, c'est-à-dire à ce que nous avons appelé, à la suite de Jean-Daniel Reynaud (1989), une forme de régulation « conjointe » du monde des affaires (Lazega et Mounier, 2002, 2003). En Europe, c'est le monde des affaires qui a d'abord créé ses propres régulations. Mais il a très tôt recouru à l'État, dans un rapport complexe, pour obtenir de meilleurs moyens d'officialisation et de sanction de ses normes rassemblées dans la *lex mercatoria* européenne du Moyen-Âge (Berman, 1983) qui a été le fondement juridique du capitalisme (Weber, 1889 ; 2000 [traduction]). Nous examinons ici la manière dont certains représentants officiels de cette régulation conjointe, les juges consulaires du Tribunal de Commerce de Paris, approchent l'activité contractuelle. Le juge du commerce a pour fonction de résoudre les conflits entre acteurs économiques, surtout les entreprises, et d'exercer une certaine discipline sur l'entrée dans les marchés, sur le fonctionnement des marchés et sur une grande partie des échanges économiques. Pour résoudre ces conflits entre acteurs économiques, il s'appuie, entre autres, sur le droit des affaires. Ce droit repose sur une théorie générale des obligations. Les liens juridiques existant entre les parties peuvent découler d'obligations contractuelles ou extra-contractuelles (délits et quasi-délits, abus de droit, quasi-contrats (art. 1372 Code civil)). En matière commerciale, le contrat se forme par accord des parties sur ses éléments essentiels. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait un acte écrit, sauf dans certains cas où la loi l'impose (par exemple cautionnement, transaction, assurance, cession de fonds de commerce, etc.). L'article 1108 du Code civil énumère les conditions essentielles pour la validité du contrat : consentement de la personne qui s'oblige ; sa capacité de contracter ; un objet certain ; une cause licite dans l'obligation. Ainsi le juge peut être amené à se prononcer sur l'exécution des contrats (exécution forcée ; nullité, résolution, résiliation, caducité ; suspension de l'exécution ; responsabilité et dommages et intérêts en cas de non-exécution ou de mauvaise exécution créant un préjudice à l'une des parties ; etc.). Le juge du commerce entre ainsi dans la variété et la complexité des contrats de tous genres et des obligations qui régissent la vie quotidienne des acteurs de l'économie.

Dans le domaine des obligations contractuelles, les juges du commerce disposent d'un pouvoir d'appréciation du trouble illicite ou du dommage imminent et, le cas échéant, du pouvoir de le prévenir ou de le faire cesser en ordonnant l'exécution d'une obligation, même s'il s'agit d'une obligation de faire (Art. 873, Nouveau Code de Procédures Civiles). Nous analysons ici la réaction des juges du tribunal dans un cas de mesure conservatoire prolongeant une garantie financière devant le péril imminent que provoque la brusque cessation, par un fonds de garantie, d'une caution qu'il accordait depuis plusieurs mois aux demandeurs. Nous avons considéré que la décision prise par le juge et la manière dont il/elle utilise son pouvoir d'appréciation dans ce domaine reflètent nécessairement un degré plus ou moins fort d'interventionnisme dans le fonctionnement des marchés – interventionnisme que les juges s'interdisent en théorie. Cet interventionnisme est examiné comme indicateur de conflits de conventions, de représentations

et de corporatismes typiques du régime consulaire de régulation conjointe des marchés. Nous menons l'analyse du point de vue de la problématique de la relation entre conventions et structures dans le contrôle social du monde des affaires (Favereau et Lazega, 2002). Dans la diversité des conventions mises au jour, un intérêt particulier est porté aux positions prises par les élites « épistémiques » du Tribunal de Commerce de Paris².

DE LA PROLONGATION DU CONTRAT CONTRE LA VOLONTÉ D'UNE DES PARTIES : UN CAS D'ESPÈCE

Le travail des juges est toujours difficile à observer, pour des raisons évidentes de protection de leur indépendance. Pour examiner leur approche de ces aspects de l'activité contractuelle, nous avons utilisé la démarche d'un exercice jurisprudentiel. Les juges doivent rédiger leur jugement, c'est-à-dire (art. 455 NCPC) exposer les faits, la procédure (les prétentions respectives des parties et leurs moyens en demande et en défense), les raisons (motifs) qui amènent la formation de jugement à statuer dans tel ou tel sens, la décision prise par le tribunal (énoncée sous forme de dispositif). Cette rédaction peut être complexe lorsque les jugements comportent plusieurs demandes ou concernent des domaines différents. Prenant appui sur cette obligation de rédaction, nous avons présenté un cas d'espèce aux juges, un cas qui mobilise leur pouvoir souverain d'appréciation, c'est-à-dire leur sensibilité, qui peut être personnelle, mais aussi culturelle et partagée par les membres de leur milieu socio-professionnel, et qui doit donc se fonder sur des conventions ou représentations spécifiques à leur milieu d'origine. Nous nous appuyons sur une étude empirique portant sur le fonctionnement du Tribunal de Commerce de Paris réalisée entre 2000 et 2005. Les données analysées ici ont été recueillies en 2005 auprès de 151 juges consulaires. Ces juges ont été interviewés par entretien semi-directif, centré sur le cas d'espèce, dans l'esprit de cet exercice jurisprudentiel.

Nous avons ainsi rassemblé au Tribunal de commerce de Paris un volumineux corpus d'entretiens et des données statistiques.³ Au cours des entretiens, notre travail a été d'aider les magistrats à remonter vers ces conventions et à les rendre explicites. Le cas d'espèce de contentieux soumis aux juges consulaires est un cas réel (jugé dans une autre juridiction commerciale) mais ne constitue pas un dossier complet. Le cas était présenté sous la forme d'un jugement rédigé et les

² Nous considérons que le Tribunal constitue une sorte de « communauté épistémique » (ou plutôt le lieu d'intersection de plusieurs sous-communautés épistémiques) et que les juges les plus consultés par leurs pairs constituent une « élite épistémique » particulièrement influente dans cette institution (Lazega, 1992).

³ Pour davantage de détails sur l'enquête et sur le guide d'entretien, voir Lazega, E. et Mounier, L. avec la collaboration de A.M. Falconi (2007), *Partage des compétences entre magistrats consulaires et usages du monde des affaires au Tribunal de Commerce de Paris*, Rapport à la Mission de Recherche Droit & Justice, Paris, Ministère de la Justice.

juges, qui découvraient le jugement sur place, répondaient ensuite à nos questions ouvertes et fermées.

Cas d'espèce

De l'appréciation du trouble manifestement illicite ou du dommage imminent dans un cas de prolongation du contrat contre la volonté d'une des parties

Plusieurs établissements du secteur de la scierie (ci-après désignés « les Demandeurs ») ont assigné en référé d'heure à heure un fonds de garantie (ci-après désigné « le Fonds »), avec lequel un accord cadre avait été signé, permettant notamment aux Demandeurs d'obtenir les cautions nécessaires à l'obtention des marchés de coupes de bois de l'ONF. Devenu déficitaire, le Fonds en avait informé les Demandeurs fin mai 1997, mais avait continué fin juin à encourager les industriels, par voie de presse, à « introduire leurs demandes de caution pour les ventes d'automne ». Le Fonds avait finalement indiqué qu'il n'accorderait plus ses cautions après le 29 août, refus à l'origine de l'action des Demandeurs.

Les Demandeurs, à l'appui de leur procédure de référé, ont invoqué la parole donnée, la brièveté du délai de prévenance alors qu'un délai de deux à trois mois aurait été raisonnable et constitue un délai de rupture fréquemment admis. Ils ont donc réclamé que le Fonds produise les cautions relatives à chaque lot obtenu.

Le Fonds a invoqué en revanche le fait qu'il avait prévenu les Demandeurs suffisamment tôt pour que ces derniers aient recours à d'autres solutions. En outre, le Fonds considérait qu'il ne représentait qu'une faible partie des cautions obtenues d'autres garants, et contestait dès lors l'existence d'un péril imminent au sens de l'article 873 du nouveau Code de procédure civile.

Le Président du Tribunal a retenu cependant que :

- Le Fonds avait invité la profession à maintenir ses demandes de caution, et avait envoyé aux Demandeurs la lettre de préavis de rupture très peu de temps avant le début de la campagne de coupes de bois ;
- La durée indéterminée des promesses de caution formées par le Fonds ne le dispensait pas, pour mettre fin au contrat, de respecter le délai de prévenance d'usage dans la profession ;
- Le fait que le Fonds devienne déficitaire ne constituait pas une cause de rupture de l'accord cadre.

En conséquence, le Président du Tribunal a ordonné sur le fondement de l'article 873 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile, sous astreinte, que le Fonds honore jusqu'au 1er novembre 1997 les obligations de donner les cautionnements qu'il s'était engagé à fournir aux Demandeurs.

Une certaine prudence s'impose dans l'interprétation des résultats. Le cas que nous avons soumis aux juges est relativement précis sur la problématique juridique mais moins sur la situation de fait. La problématique juridique ne peut être ensuite appliquée à une situation de fait précise. Les résultats constituent donc une exploration touchant des questions de principe, exploration qui pourrait servir de point de départ pour des études ultérieures : soit une étude statistique des décisions du Tribunal dans ces domaines ; soit une étude approfondie présentant le même dossier complet devant trois magistrats chaque fois différents, des collégialités différentes, et observant l'analyse, l'appréciation des faits, la construction d'un consensus et la rédaction.

Généralement, on considère que les magistrats du Commerce sont hostiles à toute forme d'intervention dans la vie économique, du fait même de leurs origines professionnelles. Dans la mesure où ils sont chefs d'entreprise ou cadres supérieurs, ayant occupé des postes décisionnels dans de grandes entreprises, on tend à penser qu'ils sont habités par une idéologie libérale fortement structurée, qui en fait de farouches défenseurs de la liberté du Commerce. Notre enquête comporte deux dimensions principales : la première, théorique, consiste à établir le positionnement des magistrats vis-à-vis de l'intervention consulaire sur les marchés économiques. Les juges se prononcent-ils en faveur du maintien en vie d'un contrat lorsqu'il est rompu de manière illicite ou trouvent-ils une autre forme de dédommagement ? La seconde concerne un cas d'espèce, opposant une coalition de petites scieries à leur Fonds de caution, une institution financière. Celui-ci s'engage à délivrer les cautions indispensables aux scieries afin qu'elles puissent répondre à un appel d'offre de l'Office National des Forêts dont le bénéficiaire aurait le droit de procéder à la coupe annuelle de bois. Après s'être engagé, le Fonds retire sa caution au motif qu'il est déficitaire. Les scieries, constituées en partie demanderesse, réclament au Tribunal de Commerce qu'il contraigne le Fonds à honorer son engagement, et à délivrer les cautions pour la campagne de coupe annuelle. Il s'agit alors de voir quelle attitude adoptent les magistrats parisiens : répondent-ils favorablement à la requête des scieries, ou bien s'y opposent-ils ?⁴

Le présent article propose une description détaillée des motivations expliquant les différents positionnements vis-à-vis de l'intervention consulaire sur les marchés, mises en relation avec les appartenances professionnelles et les positions occupées au sein de l'institution judiciaire consulaire. A cet effet, il établit une typologie des magistrats en fonction de leurs opinions, qui permet d'approcher certains

⁴ La notion de « rupture efficace » d'un contrat est d'ailleurs centrale dans la théorie économique du droit du mouvement dit de la New Law & Economics, originaire de la University of Chicago Law School, qui se propose d'aider le juge à calculer les circonstances où la rupture du contrat est plus efficace [au sens parétien repris par Coase (1960)] que sa mise en œuvre (Cooter et Ulen, 1988 ; Goldberg, 1989 ; Mercurio et Medema, 2006). Ce mouvement est proche idéologiquement des positions exprimées par la majorité des juges consulaires du Tribunal de commerce de Paris.

des enjeux internes propres au Tribunal de Commerce de Paris. Les résultats quantitatifs reflètent donc les opinions de tous les juges consulaires parisiens. L'analyse qualitative des discours est basée sur un plus petit nombre de juges, car elle ne tient pas compte de ceux dont l'argumentation est trop vague ou trop courte pour permettre une interprétation des arguments soulevés.

LA DIVERSITÉ DES CONCEPTIONS THÉORIQUES, SIGNE DE REPRÉSENTATIONS DIFFÉRENTES DU MONDE DES AFFAIRES ET DU RÔLE DE LA JUSTICE CONSULAIRE

Cette enquête permet premièrement d'établir l'existence de différentes positions vis-à-vis de l'intervention consulaire sur les marchés économiques, d'un point de vue quantitatif. Les résultats obtenus montrent effectivement que, sur le plan théorique, 47% des magistrats parisiens se prononcent en faveur de l'exécution forcée d'un contrat lorsque ce dernier est rompu de façon illicite, tandis que 31% s'y opposent.⁵ La coexistence de deux fractions inégales de magistrats, l'une majoritaire et interventionniste et l'autre minoritaire et non interventionniste, apparaît donc clairement.⁶ Quelles sont alors leurs motivations ? Comment argumentent-ils leurs opinions théoriques ? Les magistrats du Commerce mobilisent essentiellement deux types d'arguments afin de justifier leurs prises de position. Le premier consiste en une invocation de principes juridiques supérieurs – l'argumentaire peut donc être considéré comme légaliste. Le second fait intervenir l'expérience, et revendique une forte prise en considération du contexte économique de chaque cas d'espèce – il se veut alors réaliste ou pragmatique.

Argumentaires légalistes et conceptions divergentes de l'économie : encadrement limité des relations commerciales et liberté du commerce

Le recours aux dispositions juridiques caractérise les discours d'une quarantaine de magistrats du Commerce. La moitié d'entre eux est favorable à l'intervention consulaire sur les marchés, tandis que l'autre moitié affiche une hostilité de

⁵ A la question : « En général, le juge peut-il maintenir un contrat en vie quand il a été rompu par l'une des entreprises ? », 47% des juges parisiens répondent « oui », 31% « non », et 22% n'ont pas d'avis déterminé ou ne se prononcent pas.

⁶ Ces résultats vont à l'encontre des idées reçues relatives aux magistrats du Commerce, postulant leur ferme réticence à toute forme d'intervention dans la vie des affaires. Ils expriment au contraire une tendance générale plutôt favorable à la poursuite des contrats rompus illicitement. Ainsi il y aurait assez peu de résistance de principe, et encore moins pratique, à l'idée du maintien en vie d'une relation commerciale interrompue, par l'intermédiaire d'une décision judiciaire.

principe.⁷ Les références légales ne sont évidemment pas les mêmes selon que l'on soit partisan ou opposé à l'intervention de la justice commerciale. Chez les partisans de l'intervention, le principe juridique selon lequel le contrat constitue le fondement du commerce est mis en avant. Aussi, lorsqu'un contrat est rompu en dehors des règles de Droit, le juge doit en exiger la poursuite. La marge d'appréciation du magistrat est présentée comme extrêmement étroite : il doit seulement constater le respect ou l'irrespect des clauses contractuelles.

« Le droit des contrats, il est clair et il s'applique. Enfin, je veux dire, ou les clauses sont respectées ou elles ne le sont pas. Si elles ne le sont pas, elles donnent évidemment lieu à un préjudice, des sanctions... Le juge doit constater et rétablir le contrat si sa rupture est illégale. » (V3_75).

Selon ces magistrats, le contrat est l'élément garantissant le bon fonctionnement de toute relation commerciale. Il acquiert alors une dimension essentielle, fondamentale.

« Pour moi, le contrat fait force de loi. Ça, c'est le premier principe. » (V3_42).

« La force contractuelle est pour moi quelque chose d'extrêmement important ; oui, les clauses du contrat, pour moi, c'est tout à fait sacré. » (V3_62).

Les circonstances, qu'elles soient sociales ou économiques, ne peuvent influencer sur la décision du juge, qui se réfère systématiquement à l'accord passé entre les parties. Afin de souligner leur intransigeance concernant le respect du contrat, certains juges empruntent des exemples (volontairement inhumains) à la justice civile.

« Regardez la brave dame, en Civil, qui a été mise à la porte de sa maison, vous n'avez pas vu ça, elle pleurait... On était dans Zola ! A la télévision, la semaine dernière, une brave dame qui a été mise à la porte de sa maison, elle vivait là depuis 50 ans, et puis elle avait donné sa caution à son fils, et puis son fils n'avait pas pu payer, moralité... Les gens disaient que c'était épouvantable. Mais il faut voir ce qu'elle a signé exactement. Il faut regarder. Une caution c'est un contrat. Alors, vous ne pouvez pas dire : « j'ai passé un contrat avec monsieur Duchmolle, c'est vrai, mais je ne suis plus en situation de payer... » [...] C'est terrible, mais on dit [les juges], on doit dire : désolé, mais une caution c'est un contrat ! » (V3_160).

Chez les opposants à l'intervention, le cadre légal est mobilisé dans un tout autre objectif. Le droit des contrats est ici subordonné à la liberté des parties. En d'autres termes, il est impossible de contraindre des entreprises à poursuivre une coopération commerciale contre leur gré, et cela même lorsque leur relation a été illégalement interrompue (non respect de la durée de préavis, etc.).

« Légalement, on ne peut pas maintenir un contrat entre deux parties si elles ne veulent absolument pas continuer leurs relations. » (V3_96). « Il n'est pas possible

⁷ Le fait que l'argumentation fondée sur le Droit caractérise indifféremment les partisans de l'interventionnisme et ses opposants n'est pas paradoxal, dans la mesure où le thème de l'intervention consulaire sur les marchés n'est pas strictement balisé par les textes de loi. Par conséquent, il favorise l'expression d'appréciations diverses se fondant sur différentes dispositions juridiques, parfois opposées les unes aux autres, qui reflètent autant de conceptions du marché et du rôle de la justice commerciale.

de maintenir le contrat, ça dépend. [...] Ça dépend d'un tout, et puis ça dépend si l'autre partie le souhaite. D'un point de vue juridique, on ne peut pas obliger quelqu'un à maintenir, si les deux parties ne le veulent pas. » (V3_118).

Aussi la seule compensation envisageable d'un préjudice est-elle l'indemnisation :

« Quand on va considérer une rupture comme abusive, on va chiffrer le montant du préjudice et allouer une somme au titre des dommages et intérêts. » (V3_030).

En somme, le principe consiste à placer la liberté des parties, considérée comme une valeur première du monde des affaires, au-dessus de toute autre préoccupation légale.

En fait, la distinction entre ces deux fractions de magistrats repose sur une hiérarchisation des préceptes juridiques. Celle-ci est hautement significative, dans la mesure où elle nous renseigne sur les convictions profondes, les conceptions du marché et des rapports existants en son sein qui habitent les juges consulaires. Chez les interventionnistes, le contrat est conçu comme un engagement réciproque, empreint d'une dimension morale indispensable à la pérennité du marché. Les propos admettent un interventionnisme limité et très encadré, présenté comme le seul garant d'un développement économique raisonné. Dans les esprits, l'économie ne peut être totalement libre : elle doit nécessairement s'appuyer sur des institutions qui garantissent le respect de règles fondamentales, parce que les marchés ont naturellement tendance à se transformer en « jungle », les entreprises à user de moyens frauduleux pour assurer leur domination sur un marché, etc. Ces juges ne sont évidemment pas partisans d'un encadrement contraignant – ils le réprouvent, comme la majorité de leurs pairs –, ils sont plutôt favorables à un contrôle institutionnel limité, attribué au Tribunal de commerce. A travers les discours des non interventionnistes, c'est presque la logique inverse qui se dégage. Ici, la possibilité de rompre un contrat est l'un des pans de la liberté entrepreneuriale. Les propos expriment d'ailleurs une sorte de répugnance à l'idée même d'intervention, qui est suspectée de contenir les germes d'un étatisme rampant (certains juges n'hésitent pas à caricaturer l'interventionnisme consulaire, en usant de comparaisons claires – « Le Tribunal de commerce, ce n'est pas le soviet ! »). La profonde méfiance que transcrivent leurs discours à l'égard de l'intervention n'a de pendant que leur militantisme pour une économie sans entrave. La liberté des marchés constitue effectivement un progrès structurel, une victoire gagnée au prix de longs conflits politiques, économiques et sociaux. Préconiser une intervention consulaire sur les marchés, même limitée, reviendrait donc à remettre en cause les fondements du système libéral.

Les argumentaires pragmatiques, révélateurs de l'importance de la nature des entreprises impliquées dans les litiges commerciaux ?

Une autre partie des magistrats du Commerce, numériquement dominante (elle compte environ soixante-quinze juges), revendique un certain pragmatisme pour

justifier ses positions. A l'inverse des deux groupes précédents, qui disent ne pas tenir compte du contexte et se limiter à l'application des dispositions légales, cette fraction de juges se caractérise par une forte prise en compte de la réalité économique spécifique à chaque marché et des conséquences engendrées par les décisions de justice. Le principe orientant les décisions consisterait donc simplement à apprécier les litiges au cas par cas, en fonction de leurs particularités économiques, financières et sociales. Ces magistrats ne font aucune mention du Droit dans leur argumentation : ils revendiquent davantage leurs connaissances du monde des affaires, fruit d'une longue expérience des milieux économiques, d'une pratique prolongée du métier de chef d'entreprise. Dans les discours, la mise en valeur des compétences entrepreneuriales sert à se différencier des juges de carrière, dont la description est régulièrement négative. Contrairement aux groupes legalistes, ces juges ne cherchent pas à faire correspondre leur savoir juridique à celui de leurs confrères professionnels : ils mettent plus volontiers l'accent sur leur parcours professionnel afin de souligner les avantages de leur position au carrefour du monde juridique et économique.

Parmi ces magistrats, on retrouve également deux sous-groupes : le premier, majoritaire (il compte environ quarante-cinq juges), est théoriquement favorable à l'intervention consulaire sur les marchés, tandis que le second, qui comprend environ vingt-cinq juges, est opposé à toute action directe. Notons cependant que ces deux catégories déclarent procéder de la même démarche : prévoir les conséquences des différents choix décisionnels possibles. L'appréciation serait ainsi fonction de l'impact économique et financier de l'éventuelle décision. Le magistrat comptabiliserait les avantages et inconvénients potentiels, à partir de ses connaissances du milieu économique et de ses compétences personnelles, et adopterait la solution la moins coûteuse économiquement. La différence essentielle entre les deux sous-groupes réside alors dans le fait que les premiers tendent à maximiser les conséquences de la rupture du contrat, alors que les seconds tiennent plus compte du caractère économiquement néfaste de la poursuite de la relation commerciale.

Chez les partisans de l'intervention, l'accent est effectivement mis sur les dommages engendrés par la rupture irrégulière d'un contrat.

« C'est trop facile d'arrêter un contrat comme ça, d'un seul coup ! C'est trop facile ! Il faut être respectueux des entreprises, des entrepreneurs, et souvent, celui qui rompt un contrat se moque des conséquences pour son partenaire. C'est trop facile de dire : j'arrête du jour au lendemain ! Vous vous rendez compte des conséquences, pour celui qui doit subir la rupture ? » (V3_085).

L'expérience est alors mobilisée pour signifier l'importance d'une rupture concertée.

« Ce principe de délai de prévenance et de non brutalité dans la rupture d'une relation, ça tombe sous le sens ! Moi [en tant que chef d'entreprise] je le pratique régulièrement : quand je cesse une relation avec un client, je lui laisse quelques temps pour se retourner. » (V3_011).

Comme les légalistes, ces juges mettent alors en avant le respect d'autrui, que les discours hissent au rang des valeurs commerciales fondamentales.

« C'est le bon sens de la vie des affaires, la vie des affaires c'est de la loyauté et de la correction et du professionnalisme. » (V3_142).

Toutefois, les magistrats prennent également en considération la situation économique de la partie ayant rompu la relation commerciale. La connaissance du milieu est mise en avant, afin de souligner le caractère réaliste de la démarche consulaire.

« Tenez par exemple des articles de mode, ça arrive assez souvent, il y a une première livraison qui n'a pas été payée et le fournisseur s'inquiète et puisqu'il n'est pas payé il arrête les livraisons. Le temps que ça nous arrive ici, deux ans sont passés. Il a toujours les centaines de costumes, de pantalons et tout ce que vous voudrez sur les bras, et il dit : « Mais moi, ils sont à disposition. Tenez, j'ai un constat d'huissier qui montre que, etc. » Entre-temps, la mode a complètement changé, ces trucs-là n'ont plus aucune valeur. Donc, demander l'exécution forcée, il a le droit de le faire mais ça débouche sur quelque chose d'un peu absurde. » (V3_060).

Il s'agit ainsi de montrer que l'on ne présume pas la nécessité de la poursuite contractuelle : un ensemble complexe de facteurs est pris en compte, qui varie selon les cas d'espèce. Aucun *a priori* ne préside donc à la décision, qui dépend de la situation spécifique des parties. Si la démarche insiste sur l'étude des particularités de chaque litige, le fait est que ce groupe de juges se prononce finalement pour l'exécution forcée du contrat illégalement rompu.

« Votre question est : « est-ce que vous acceptez de prolonger le contrat ? » réponse : oui. Pas éternellement, mais pendant la période ! Parce que l'autre partie a organisé sa vie économique en fonction de cet accord, et que le fait de dire : on va simplement vous donner des dommages et intérêts parce qu'il y a rupture de l'accord peut conduire à quelque chose qui est beaucoup trop important par rapport à l'inconvénient pour celui qui fait une rupture que de continuer quelque temps. [...] Il est peut-être bien meilleur que celui qui peut continuer bien qu'il n'en ait pas envie, plutôt que de dire : très bien, ne continuez pas, vous irez au fond de toutes façons. » (V3_146).

En théorie, on privilégie donc le maintien de la relation commerciale sur une période donnée, au motif que cette décision comporte en général moins d'inconvénients que la validation de la rupture et son indemnisation. La précision apportée, relative à la limitation de la contrainte dans le temps, joue un rôle central dans les discours, dans la mesure où elle donne de la démarche une image de neutralité, faite de mesures et de demi-teintes. Ainsi se dégage une impression d'impartialité, qui participe à édifier la représentation d'une justice commerciale essentiellement préoccupée de la pérennité économique des entreprises.

Le même sentiment émerge des discours des juges non interventionnistes, dans la mesure où ils présentent aussi la démarche judiciaire comme étant consécutive à un calcul pragmatique des avantages et des inconvénients de la décision potentielle. L'accent est également mis sur la prise en compte de la

situation économique de chacune des parties, en fonction du cas d'espèce. La seule différence apparente avec le précédent groupe réside alors dans le fait que l'on privilégie ici la constatation de la rupture du contrat, et sa compensation, également motivée par le réalisme.

« Dans notre domaine, c'est en général l'économie qui est déterminante, c'est l'économie qui dicte, hein. Si une partie est devenue incapable d'assurer des prestations, prendre une décision en disant : vous devez exécuter les prestations, pour moi ça n'a pas beaucoup de sens. » (V3_129).

Dès lors, comment peut-on expliquer qu'un même cheminement aboutisse à une conclusion de principe si différente de la précédente ? C'est que l'on postule ici le caractère involontaire et contraint de la rupture du contrat. L'entreprise interrompant la relation commerciale se trouverait ainsi dans une situation financière l'obligeant à mettre un terme au contrat.

« Le fait que quelqu'un d'insolvable dise : « écoutez les copains, il m'est arrivé un pépin, j'ai eu à payer une dette que je n'attendais pas, donc je n'ai plus de sous, je ne peux plus vous cautionner », je trouve que ça mérite plutôt. » (V3_007).

Par ailleurs, cette considération est associée à une conception négative du Demandeur, perçu comme profitant de son statut judiciaire – il est la victime des agissements irrespectueux du Défendeur. La suspicion à son égard est visible à travers la tendance à minimiser le péril qu'il subit.

« C'est vrai, il y a quelques fois une urgence, car le Demandeur est en péril. Mais le plus souvent, il est resté tranquillement dans son fauteuil, en attendant que le préjudice fasse de gros dégâts, et en se disant que de toutes façons, il sera reconduit dans son contrat par le Tribunal. » (V3_134).

En somme, l'argumentation procède d'une inversion de la faute, qui passe progressivement du côté du Demandeur.

En outre, on constate que les discours théoriques associent tacitement le Demandeur à la petite entreprise, et le Défendeur à la grande Société.

« Quand on sait comment ça se passe, on devient méfiant... En fait, c'est souvent la petite Société qui fait les choses de telles façons que la grande rompt le contrat qui les relie. Et puis après, elle va au Tribunal, et pleure, implore le juge... Et souvent, ça marche ! Le juge rétablit le contrat et sanctionne la grosse Société ! » (V3_044).

Or, quand on met ces discours en rapport avec les origines professionnelles de leurs auteurs, on remarque qu'ils sont surtout produits par des magistrats issus des secteurs de la banque, de l'industrie et des services – qui dominent le groupe non-interventionniste en matière de contrats et de marchés. C'est-à-dire par des hommes et des femmes ayant occupé des postes décisionnels au sein de structures économiques de grandes tailles, et régulièrement confrontés à de petites entreprises (voire assignés à comparaître par elles). La même constatation peut être faite pour le groupe interventionniste, à la différence que l'argumentation procède de manière inverse. Chez ces magistrats, une certaine bienveillance à

l'égard du Demandeur, associé à la petite entreprise, est perceptible. Le désir d'épargner les victimes se dégage de manière latente :

« Obliger quelqu'un à maintenir un contrat, ça peut avoir aussi des conséquences... Alors c'est vrai que souvent c'est le gros contre le petit, et qu'on a un peu l'impression qu'en disant à des grandes chaînes du genre Carrefour [...] qu'ils maintiennent avec un petit commerçant qui a juste une superette, ce n'est pas pour eux un péril imminent et ça ne va pas vraiment les gêner. » (V3_077).

Les juges, dont on peut noter qu'ils proviennent majoritairement des secteurs du bâtiment et du Commerce – c'est-à-dire des chefs d'entreprises de petite taille, souvent en conflit avec les grandes entreprises et les organismes financiers –, expriment la volonté de parer aux actions (spontanément supposées) néfastes des grandes entreprises, de constituer une sorte de pare-feu pour les faibles, les petites entreprises.

« Je ne peux pas juger autrement, être contre ces gens-là, ce n'est pas possible. » (V3_004).

En somme, il apparaît que les appréciations dites pragmatiques sont autant déterminées par la nature des agents en cause que par les conséquences potentielles de la rupture d'un contrat.

En définitive, les oppositions conceptuelles caractérisant les argumentaires pragmatiques permettent d'entrevoir les luttes internes qui structurent le Tribunal de Commerce, de percevoir l'existence de fractions de magistrats en opposition latente, sur la base de leurs expériences professionnelles – et donc de supposer que les origines sectorielles des uns et des autres ont des répercussions sur les appréciations des litiges commerciaux.

DU FOISONNEMENT DES POSITIONS DE PRINCIPE À L'ALIGNEMENT SUR UNE ÉLITE PRAGMATIQUE

Les positionnements théoriques des magistrats du Commerce vis-à-vis de la question de l'intervention consulaire sur les marchés sont caractérisés par de profondes divergences, révélatrices de conceptions du monde des affaires et de la justice commerciale radicalement différentes. Principes juridiques, références à l'expérience et pragmatisme sont mobilisés de diverses manières afin de légitimer des positions de principe parfois opposées les unes aux autres. Celles-ci laissent alors à penser qu'il existe, au sein de l'institution judiciaire du Commerce, des clivages difficilement franchissables. Or, l'enquête menée auprès des juges consulaires parisiens, concernant leurs pratiques de jugement, tend à montrer l'inverse. Lorsque l'on soumet aux magistrats un cas d'espèce opposant des scieries à leur Fonds de cautionnement, ce dernier ayant rompu l'accord le liant aux entreprises de coupe de bois au motif qu'il est déficitaire, on constate effectivement que la grande majorité des magistrats sont favorables à l'exécution forcée du contrat (75% des juges se prononcent en faveur du rétablissement de

l'accord commercial, et 15% s'y déclarent opposés). Dès lors, comment doit-on comprendre ce soudain alignement des positions sur celle des interventionnistes ? L'analyse des commentaires relatifs au litige proposé permet d'apporter quelques éléments de réponse.

Premièrement, on remarque que les arguments soulevés ici, afin de justifier l'une ou l'autre des prises de position, sont moins foisonnants que ceux qui caractérisent la discussion théorique. On assiste à un resserrement discursif autour de quelques pôles argumentaires, dont l'explication réside probablement dans la différence de nature existant entre théorie et pratique. En effet, le débat proposé autour du cas d'espèce renvoie le juge aux affaires habituellement traitées au Tribunal de Commerce ; il constitue de ce fait un espace discursif connu, appelant l'emploi d'une argumentation normée, acquise lors de sa formation et de l'exercice de sa fonction. Autrement dit, le cas réel circonscrit la discussion, en définit les contours, et implique l'usage spontané d'une manière particulière d'apprécier les litiges – alors que le débat théorique autorise une expression plus libre, car il traite de questions générales dont l'enjeu est finalement moindre.

En pratique, l'argumentation est caractérisée par deux motivations principales, subordonnées au positionnement (favorable ou opposé à l'intervention consulaire) des magistrats. Les plus nombreux, *interventionnistes*, tiennent des propos assez semblables, structurés autour de l'idée selon laquelle la transgression des clauses contractuelles doit être sanctionnée, quel que soit le motif de la rupture de la relation commerciale.

« Qu'est-ce que vous voulez, le Fonds doit laisser un temps raisonnable aux Demandeurs pour se retourner. C'est la règle. Il assume. Il perd de l'argent, ben qu'est-ce que vous voulez ? Il a mal étudié son projet, il n'avait qu'à ne pas donner de cautions. Mais à partir du moment où il les délivre, ben il doit assumer les conséquences qui en découlent. » (V3_133).

La situation financière du Fonds ne peut entrer en ligne de compte.

« J'ai tendance à dire, d'une manière générale, que quand il y a un Fonds de garanties comme celui-là et qu'on se porte caution, on commence d'abord par vérifier qu'on est capable de l'être. Si vous vous portez caution de quelqu'un de votre famille qui veut louer un appartement, ça m'est arrivé avec mes enfants, ben écoutez ! Si je me suis porté caution c'est que je savais que j'étais capable de l'être ! Donc, le Fonds de garanties, ou il est capable de se porter caution ou il ne l'est pas ! Et il ne doit pas découvrir du jour au lendemain comme ça qu'il n'est plus solvable. » (V3_152).

Chez certains juges, la démonstration est sous-tendue par l'idée selon laquelle le déficit constitue un argument fallacieux, un prétexte du Fonds afin de rompre le contrat. L'organisme financier est donc d'autant plus coupable de manquements aux principes régissant le monde des affaires qu'il était en mesure de prévoir l'état de ses comptes.

« On ne devient pas déficitaire d'un seul coup. Donc, si le Fonds savait qu'il allait devenir déficitaire, et qu'il a continué à vendre ses cautions, je dirais que ça aggrave encore sa responsabilité. » (V3_114).

La prise de position interventionniste s'enracine ainsi dans le clivage opposant la finance et le reste du monde des affaires (Lazega et Mounier, 2008a et 2008b).

La minorité non interventionniste se caractérise au contraire par des discours mettant l'accent sur l'impossibilité pratique d'obliger les parties à maintenir une coopération commerciale.

« On peut mettre fin à un contrat, mais ce n'est pas le Tribunal qui va faire renaître un contrat qui a été rompu, on n'a pas ce pouvoir-là, hein. [...] Moi, je n'aurais pas dit : « vous devez donner des cautions », j'aurais sanctionné pour rupture abusive, et j'aurais dédommagé les scieurs, parce que s'il y a rupture d'un contrat, la sanction, c'est des dommages et intérêts. » (V3_013).

Les magistrats revendiquent une conception réaliste de la justice consulaire afin de soutenir cette position.

« Si le Fonds devient insolvable, ou si le Fonds ne veut pas parce qu'il est devenu insolvable, qu'est-ce que vous faites ? Dans un premier temps, c'est le Droit des contrats, dans un deuxième temps, si le Fonds dit : « la caution du Fonds ça ne vaut rien », vous pouvez demander toutes les mesures possibles et imaginables, ça ne sert à rien. Ça ne sert à rien, en d'autres termes, de faire une décision de justice qui n'est pas exécutable. Puisque c'est bien ça le schéma. » (V3_062).

A cet effet, l'expérience professionnelle est mobilisée, de façon à accréditer l'idée de la gravité de la situation financière du Fonds.

« Ça me semble être une petite méconnaissance du fonctionnement des Fonds de garanties : je suis dans la Banque comme vous le savez, et donc un Fonds de garanties je sais ce que c'est, et donc un Fonds de garanties qui est déficitaire, la caution elle est illusoire. » (V3_012).

En parallèle, certains d'entre eux minimisent la faute commise, en expliquant que l'irrespect du délai de prévenance ne constitue pas un préjudice important pour les Demandeurs.

« Les scieries, si un organisme de caution leur fait défaut eh bien ! Elles n'ont qu'à aller chercher un cautionnement ailleurs ! Elles n'ont qu'à aller chez les banquiers ! C'est comme si on va chez son marchand de tomates habituel et puis que les tomates sont pourries, eh bien, le marchand dira : « je ne vous vends pas mes tomates parce qu'elles sont pourries », eh bien ! Je vais chez le marchand de tomates d'à côté et j'achète des tomates ! Attendez, le cautionnement, c'est un produit comme un autre ! » (V3_067).

Chez ces magistrats, c'est donc la nécessité de tenir compte de l'application pratique de la décision qui semble présider à la formation de l'appréciation. Cette conception réaliste du traitement des litiges commerciaux laisse entrevoir certaines considérations partisans précédemment mises en évidence. Le soutien tacite au Fonds de garantie, et la suspicion à l'endroit des Scieries, se dégagent ainsi plus ou moins nettement des discours. Notons par ailleurs que ces représentations pratiques sont pour partie subordonnées à la nature des parties en présence : le fait que le litige oppose une grande entreprise, en l'espèce un organisme financier,

à de petites entreprises industrielles joue indubitablement un rôle important dans la formation des jugements. En effet, comme les non interventionnistes sont essentiellement des magistrats issus des secteurs bancaires et industriels, chefs de grandes entreprises ou cadres supérieurs de Sociétés importantes, ils tendent spontanément à percevoir le Fonds comme étant l'objet des assauts de petites entreprises, asphyxié par un déficit grandissant, etc. Dans leurs esprits, il devient la victime – retournement de situation qui est le signe d'une identification professionnelle. Dans la même perspective, l'argument interventionniste principal, légaliste dans la mesure où il hisse le respect du contrat au-dessus de toute considération, peut également être expliqué à partir des origines professionnelles des magistrats qui l'adoptent. Les priorités idéologiques, telles que la préservation des victimes, la conception d'une morale des affaires, etc., qui en découlent sont ainsi massivement le fait de juges issus des domaines du bâtiment et du commerce. Là aussi, on peut supposer que la taille et les activités des entreprises en conflit favorisent l'identification des magistrats aux Scieries, dans la mesure où ces derniers ont généralement été confrontés aux organismes financiers dans leur carrière personnelle.

L'examen des expériences professionnelles d'une partie des magistrats permet alors de saisir la manière dont se forment les jugements, et notamment les liens complexes et tacites unissant parcours personnels et appréciations des litiges. Les interférences entre parcours professionnel et formation du jugement sont essentiellement perceptibles chez les juges consulaires dont le positionnement ne varie pas entre débats théoriques et pratiques, c'est-à-dire la majorité des magistrats issus du bâtiment et du commerce chez les interventionnistes, et une partie des banquiers et des industriels ayant suivi des études supérieures en Droit chez les non interventionnistes. Cependant, si ces liens apparaissent de façon presque évidente dans les discours de certains juges,⁸ ils ne sont pas particulièrement significatifs chez les autres, et d'autant moins chez ceux qui arborent une posture de principe non interventionniste mais une pratique interventionniste. Dès lors, comment interpréter le positionnement pratique de ces juges aux convictions changeantes ?

L'analyse des réseaux de conseil entre les juges du Tribunal de Commerce de Paris apporte des éléments de réponses à cette interrogation. En effet, si l'on considère les prises de positions des magistrats dominants au Tribunal de Commerce de Paris,⁹ on remarque que ces élites sont divisées. Un premier noyau de magistrats, minoritaire - composé de banquiers juristes fréquemment consultés, se caractérise par une franche hostilité à l'égard de l'exécution forcée

⁸ Sur le néo-corporatisme caractéristique du régime consulaire contemporain, voir Lazega et Mounier (2008).

⁹ On considère comme dominants les magistrats ayant une importance au sein de l'institution, tels que la Présidence, les Présidents de Chambres, les Sages, les anciens, les juristes et ceux qui sont les plus consultés par leurs collègues – donc ceux dont l'opinion compte.

d'un contrat illicitement rompu. Un second noyau de cette élite se prononce en faveur d'un interventionnisme consulaire limité. Les premiers cherchent à rappeler à l'ordre les seconds au nom du droit positif. Le positionnement de chacun de ces noyaux affiche une certaine cohérence, au sens d'une continuité entre la théorie et la pratique. En revanche, les juges consulaires caractérisés par un changement d'opinion – qui sont aussi ceux qui n'occupent pas de positions clés au sein de l'institution, qui sont les moins consultés par leurs pairs, etc. – tendent à déterminer leur conception des litiges en matière de contrats à partir des positionnements dominants. La majorité des juges qui ont répondu à nos questions passent tous d'une attitude d'hostilité de principe à l'interventionnisme à un interventionnisme pratique assumé, s'alignant ainsi sur l'un des deux noyaux de l'élite du Tribunal, le noyau interventionniste. En ce sens, on peut penser que leur interventionnisme pratique repose moins sur des convictions théoriques et idéologiques que sur la complexe influence qu'exercent sur eux une partie des magistrats dominants.

CONCLUSION

Cette analyse a donc permis de saisir quelques unes des grandes tendances existant au sein du Tribunal de Commerce de Paris, concernant la question de l'intervention du juge dans le fonctionnement des marchés. L'examen de la manière dont les représentants consulaires de la régulation conjointe des marchés approchent l'activité contractuelle permet de déceler et d'illustrer une instabilité permanente dans le fonctionnement de ce type d'institution et, par extension, du régime consulaire lui-même.

Notre approche du travail des juges consulaires met au jour une dimension peu officielle de la polynormativité contemporaine dans le contrôle social du monde des affaires. A partir d'un cas d'espèce réel, elle montre l'existence de variations correspondant à des luttes normatives ainsi qu'une relation entre carrière des juges, le milieu socio-professionnel dont ils sont issus et les sensibilités et représentations collectives qu'ils mobilisent dans des affaires où ils/elles disposent d'un pouvoir souverain d'appréciation. Des positionnements théoriques divergents, qui sont l'expression de conceptions très différentes du monde des affaires et du rôle que doit y jouer l'institution consulaire, ont été mis en évidence. Deux types d'argumentaires ont ainsi été repérés en matière de rupture de contrat : l'un se fondant sur des impératifs exclusivement juridiques (type légaliste), l'autre sur une forte prise en compte du contexte économique et financier, faisant intervenir l'expérience professionnelle des magistrats (type pragmatique). Chaque type d'argumentation peut aussi bien être mobilisé par les partisans de l'intervention que par ses détracteurs. Dans la pratique du jugement sur un cas d'espèce, le nombre de juge se prononçant en faveur d'une intervention de la justice commerciale sur les marchés est infiniment plus

important qu'en théorie. On assiste donc à un alignement interventionniste des positions pratiques d'une partie des élites de ce tribunal. Les juges consulaires, notamment les moins expérimentés et les moins influents, tendent spontanément à adopter une position pratique en accord avec l'une de celles qui caractérisent les leaders d'opinion, les juges les plus réputés, les plus anciens et les plus ancrés dans l'institution. Ce phénomène illustre de manière plus générale une caractéristique permanente de cette institution, à savoir les controverses et conflits normatifs qu'on y rencontre entre des composantes hétérogènes du monde des affaires. Deux pôles antagonistes fondés sur les origines professionnelles (un noyau de magistrats interventionnistes provenant du bâtiment et du commerce, opposé à un noyau de banquiers et d'industriels non interventionnistes, issus de grandes entreprises) divisent ainsi la majorité des juges. Ces derniers s'alignent sur l'un ou l'autre pôle, selon l'influence exercée par l'une ou l'autre fraction dominante. Il est ainsi trop simple de penser que les juges consulaires sont animés par de fortes convictions libérales les rendant hostiles à toute intervention dans la vie contractuelle. Les convictions libérales peuvent au contraire, dans le cas présent, encourager une intervention de l'Etat – mais d'un Etat lui-même représenté par l'appareil consulaire.

Ces constats permettent de caractériser la régulation conjointe du monde des affaires par le régime consulaire. Cette régulation conjointe apparaît ainsi comme le lieu d'une lutte d'influence permanente pour la construction d'un cadre de référence commun indispensable à la qualification et à l'interprétation stabilisée des faits. Dans cette concurrence « épistémique » et normative entre secteurs, celui de la banque et de la finance (même s'il ne s'est pas toujours organisé pour cela) est en position de promouvoir ses sensibilités et représentations collectives, des critères de justice et des conventions bien identifiables ; il n'en sort pas pour autant toujours gagnant.