

INSTITUT DES SCIENCES SOCIALES DU POLITIQUE – SITE DE CACHAN
ECOLE NORMALE SUPERIEURE DE CACHAN
CNRS

**Réformes de la justice et modernisation des
pratiques économiques dans l'Europe post-
communiste – Bulgarie, Roumanie**

Thierry Delpuch, Sociologue, Chercheur au CNRS, ISP site de Cachan,
Responsable de la recherche

Ramona Coman, Politiste, Doctorant, Université Libre de Bruxelles, CEVIPOL

Nadine Levratto, Economiste, Chercheur au CNRS, IDHE

Margarita Vassileva, Ingénieur de recherche associé à l'ISP site de Cachan

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une
recherche réalisée avec le soutien de la **Mission de recherche
droit et justice**. Convention n°24.06.25.06. Son contenu n'engage que la responsabilité
de ses auteurs. Toute reproduction, même partielle est subordonnée à l'accord de la Mission.

Décembre 2006

INTRODUCTION GENERALE - SYNTHÈSE

L'ambition de la recherche, telle que nous l'avons définie dans le projet soumis à la Mission de recherche Droit et Justice, est d'apporter des éléments de réponse aux interrogations actuelles autour de l'impact des réformes juridiques et des politiques de justice sur le développement des économies et la modernisation des sociétés. L'objet de l'approche pluridisciplinaire (économie, science politique, sociologies de l'action publique, du droit et politique) que nous mettons en œuvre est d'analyser comment la fabrication et la mise en application du droit dans plusieurs sociétés post-communistes peuvent aboutir, ou ne pas aboutir, à l'établissement de l'autorité des nouveaux cadres juridiques et institutionnels, ainsi qu'au développement de normes, valeurs et pratiques sociales jugées indispensables à la compétitivité économique dans le contexte de l'intégration européenne et de la globalisation. La recherche se focalise sur les problèmes et les conflits liés au prêt d'argent pour examiner les multiples voies de leur résolution. Elle se développe selon trois axes : le premier, consacré à la construction des politiques et des dispositifs étatiques de régulation des relations entre créanciers et débiteurs (droit du crédit, organes de contrôle et d'arbitrage, informations comptables et financières, institution judiciaire) ; le deuxième, aux modes de traitement formels et informels des différends liés au crédit par les personnes et les organisations concernées, ainsi qu'à la professionnalisation des agents publics et privés participant à la résolution de ces conflits ; le troisième, à la place occupée par le droit et par la justice dans la gestion quotidienne des problèmes liés au prêt d'argent, par les banques, les entreprises et les particuliers. L'on s'interroge notamment sur la manière dont les mécanismes informels de maintien des règles s'articulent avec les institutions juridiques et judiciaires, ainsi que sur les canaux et les modalités par lesquels s'exerce l'apprentissage de concepts et de techniques juridiques couramment employés dans le monde des affaires aux échelles européenne et internationale. L'analyse des processus de formalisation, contractualisation, juridicisation et judiciarisation des relations créancier-débitteur dans différents champs sociaux et secteurs économiques a pour but de nourrir des réflexions plus générales sur la place et le rôle des réformes juridiques et judiciaires dans la convergence des cultures juridique, économique et politique de deux nouveaux entrants dans l'Union européenne : la Bulgarie et la Roumanie. En particulier, nous souhaitons, à travers nos travaux, apporter une contribution française au débat scientifique international – à dominante américaine – suscité par le mouvement actuel de promotion de la *rule of law* en direction des pays en transition.

L'essentiel du travail consacré à la réalisation de cette recherche par les membres actifs de l'équipe (Thierry Delpeuch, Ramona Coman, Nadine Levratto et Margarita Vassileva), au cours des années universitaires 2004-2005 et 2005-2006, a été développé dans trois directions, correspondant aux trois parties du présent rapport : une analyse de la littérature de sciences sociales sur les transferts internationaux de réformes juridiques et judiciaires (partie 1) ; une étude des relations entre transformations du droit du crédit et de la justice commerciale, changements du secteur bancaire et évolution des pratiques des acteurs économiques en Bulgarie (partie 2) ; une comparaison des réformes du système judiciaire et des professions juridiques en Roumanie et en Bulgarie (partie 3).

Thierry Delpuech s'est efforcé de dresser un état de l'art des travaux sociologiques consacrés aux mouvements contemporains d'import-export de réformes juridiques et judiciaires. Il a compulsé un nombre important d'ouvrages et d'articles rédigés, pour la grande majorité d'entre eux, par des chercheurs anglo-saxons depuis le milieu des années 1960, ce qui lui a permis de retracer l'évolution des idées et des controverses au sein de ce courant de recherche, dit *Law and development studies*, en montrant leur interrelation avec les mutations de la coopération juridique internationale orchestrées par les pays du centre dans le cadre de leurs politiques d'aide au pays en développement ou en transition.

La première partie du rapport rend compte de ce travail de bibliographie, de synthèse et d'analyse critique. Elle montre que les *Law and development studies* se caractérisent par un mélange de trois types de logiques. Le premier est scientifique. Il a trait à la constitution d'une discipline académique et à la construction de savoirs théoriques et pratiques sur les relations entre droit et développement. Le deuxième est diplomatique. Il est lié aux stratégies d'influence et de solidarité des Etats du centre et des grandes organisations politiques et financières internationales dans le cadre des politiques d'aide au développement. Enfin, ce courant de recherche est influencé par des logiques commerciales, dans la mesure où il est, dans une large mesure, le produit de la réflexion de sociologues engagés dans des activités de conseil aux gouvernements des pays périphériques en matière de réformes juridiques et judiciaires, dans le contexte de l'expansion d'un marché international de la consultance dans ce domaine. Les *Law and development studies* mêlent postures de recherche en sciences sociales, coopération internationale et vente d'expertise sociojuridique.

L'essentiel des travaux sociologiques consacrés aux transferts internationaux de réformes dans le domaine du droit et de la justice et à leurs effets sur les sociétés en développement ou en transition portent sur deux vagues de transplantations : le mouvement étasunien dit « droit et développement » des années soixante et soixante-dix et les actuels – et considérables – efforts internationaux de promotion de la *rule of law* en direction des pays périphériques d'Europe centrale et orientale, mais aussi d'Amérique latine, d'Asie et d'Afrique. Ces deux vagues d'exportation ont des caractéristiques similaires. Elles sont basées sur la conviction selon laquelle la modernisation du système juridique apporte une contribution décisive au développement politique (construction de la démocratie), économique (structuration de marchés efficients) et social (mise en place de systèmes de protection contre les risques sociaux). Elles commencent par une période d'optimisme institutionnaliste, durant laquelle les donateurs voient dans les réformes du droit et de la justice la solution-miracle à un large spectre de problèmes et un moyen de maîtriser le changement social – puis elles connaissent une phase de désenchantement et de repli sur des enjeux plus strictement juridiques (accès à la justice des groupes sociaux défavorisés, promotion de droits fondamentaux civils et sociaux, soutien au militantisme juridique...) lorsque les effets attendus tardent à apparaître. Les tonalités idéologiques des deux vagues sont cependant très différentes : la première est progressiste et attentive à l'impact socioculturel des transferts juridiques, tandis que la seconde, d'inspiration néolibérale, se focalise sur les effets économiques des réformes du droit et de la justice.

Les chercheurs s'inscrivant dans les *Law and development studies* s'interrogent sur la capacité du droit à susciter et à canaliser des processus de modernisation dans les sociétés périphériques, sur les conceptions et les modes d'intervention des conseillers juridiques étrangers (souvent décrits comme technocratiques, mécanistes, positivistes), sur la fausse neutralité politique des prescriptions internationales en matière de réformes juridiques et judiciaires, sur la pertinence, les conditions d'efficacité et les effets négatifs des activités d'assistance technique juridique, ainsi que sur la façon dont les institutions transférées sont comprises et utilisées localement. Les analyses sociologiques empiriquement étayées mettent sérieusement en doute la capacité des réformes du droit et de la justice à accélérer le développement d'un pays. Elles ne décèlent aucun rapport de causalité simple et direct entre l'amélioration des performances du système judiciaire et la croissance économique.

Pour certains chercheurs, c'est le développement de l'économie qui entraîne celui des administrations judiciaires, car l'accroissement des recettes fiscales permet à l'État d'augmenter les ressources affectées à la justice. Pour d'autres, la justice et l'économie progressent de concert sous l'effet du changement d'attitudes et de croyances qui préexistent dans la société. D'autres encore interprètent la relation entre la modernisation judiciaire et l'expansion économique comme une succession de couplages et de découplages : à certaines étapes des processus de développement, les deux phénomènes sont disjoints, alors qu'à d'autres moments, ils sont interdépendants. Par ailleurs, il n'existe pas de preuve empirique que la faiblesse du système judiciaire empêche la croissance économique. Ainsi, le respect des engagements contractuels peut être efficacement garanti par d'autres mécanismes sociaux que la contrainte étatique exercée par le biais du système judiciaire. Les carences du droit et les dysfonctionnements de la justice n'ont qu'une incidence marginale sur le choix d'investir ou non dans un pays. Au contraire, c'est plutôt la présence significative de certains types d'investisseurs étrangers qui, par la pression qu'ils exercent sur les autorités publiques pour obtenir l'adaptation et l'application des textes en vigueur, stimule le développement des cadres juridiques et des administrations judiciaires. Pour une grande partie des sociologues, les réformes du droit et de la justice ne peuvent qu'induire des changements mineurs et imprévisibles dans les ordres locaux, car ceux-ci sont le produit de la rencontre et de la concurrence entre de multiples sources de normativité, certaines officielles et d'autres informelles, sur lesquelles l'action publique a plus ou moins de prise. Quand bien même les transformations juridiques et judiciaires auraient une influence sur le développement économique, celle-ci échapperait à toute mesure précise, car les critères de performance du système juridique sont difficilement quantifiables et il est malaisé de distinguer les effets propre des réformes du droit et de la justice de ceux générés par les changements d'autres institutions. Si les *Law and development studies* ont permis de mieux identifier les contraintes qui pèsent sur la transplantation de réforme du droit et de la justice, elles ont montré que les réformes juridiques et judiciaires ne sont pas, en elles-mêmes, des solutions aux problèmes. Elles n'ont l'impact souhaité que lorsqu'elles sont combinées avec d'autres types de réformes.

La deuxième partie du rapport analyse les relations entre les transformations du système juridique, celles du système bancaire et la mutation des pratiques des créanciers

et des débiteurs en Bulgarie. Un prochain rapport, prévu pour la rentrée 2007, présentera une comparaison avec les cas de la Roumanie et de la Russie.

Il existe deux thèses opposées portant sur la place du droit et de la justice dans la transformation des activités économiques des pays du post-communisme (section 1, Thierry Delpeuch et Margarita Vassileva). Les chercheurs qui défendent la thèse de la faillite de la légalité pensent que celle-ci trouve son explication dans la prééminence, en Europe orientale, d'attitudes et de représentations négatives vis-à-vis du droit, qui se sont formées sous les régimes communistes et qui ont persisté dans le contexte des transitions vers l'économie de marché (D. Galligan, M. Kurkchyan). Les tenants de l'autre approche estiment, pour leur part, que les institutions juridiques et judiciaires conservent ou acquièrent un poids significatif dans la régulation des échanges économiques, dans la mesure où les instruments juridiques, l'expertise juridique et les tribunaux constituent des ressources conférant aux entreprises capables de les mobiliser un avantage concurrentiel (K. Hendley, P. Murell).

Nos observations en Bulgarie nous permettent de prendre position dans cette controverse. Elles mettent à jour quelques-uns des ressorts d'un actuel mouvement de formalisation, de rationalisation et de juridicisation des activités économiques, suite à une période d'anomie et d'accumulation primitive qui s'est prolongée pendant une décennie, de 1987 (premières réformes économiques) jusqu'à la crise financière de 1997. Bien entendu, il ne s'agit pas d'affirmer que les pratiques informelles sont en voie de disparition dans le paysage économique bulgare. Les propos tenus par beaucoup d'interviewés ne laissent aucun doute à ce sujet : une proportion certes décroissante, mais encore significative, des activités économiques (estimée entre 30% et 50% selon les sources) continue d'échapper au contrôle des autorités publiques.

Toutefois, le fait qu'une transaction commerciale ou financière ait pour soubassement un réseau soudé par ses propres mécanismes informels de contrôle social, plutôt qu'un marché structuré par des institutions à forte teneur juridique, n'implique pas *ipso facto* que les parties ignorent le droit. Nous avons constaté que le droit constitue une référence pour les entrepreneurs s'adonnant à des activités économiques non déclarées. L'une des raisons de cette attention prêtée au droit par ceux qui l'enfreignent plus ou moins régulièrement est que les normes sociales partagées par les membres d'un même réseau (qui sont essentiellement des normes tacites) ne peuvent pas servir à ordonner les échanges avec des personnes appartenant à d'autres réseaux. Lorsque deux personnes n'appartenant pas au même groupe primaire (famille élargie, amis, collègues de travail...) négocient un accord, les seules règles qui apparaissent clairement dans leur environnement perceptif sont les règles juridiques. C'est par rapport à elles que les parties définissent leurs prétentions et leurs attentes réciproques, même si elles ne se sentent pas tenues de les respecter. Cela nous amène à penser que les théories liant développement économique et développement du système juridique accordent un poids excessif aux explications inspirées de Hobbes et de Weber au détriment d'autres modèles. Ainsi, l'emprise du droit sur les pratiques proviendrait non seulement de l'existence de mécanismes punitifs, dont le plus efficace n'est pas, comme nous le verrons ci-après, la répression exercée par la puissance publique, mais aussi du fait que le droit offre aux acteurs les repères indispensables à la coordination de leurs

activités dès lors que celles-ci impliquent des formes d'échanges davantage impersonnelles (voir les travaux de Commaille, Reynaud, Knight, Schelling).

L'on en veut pour preuve que les processus de juridicisation entrevus en Bulgarie ne semblent pas principalement liés aux progrès des réformes judiciaires (section 3, Thierry Delpuech et Margarita Vassileva). L'efficacité de la justice commerciale, notamment au niveau de l'exécution des jugements, demeure faible en Bulgarie, même si la privatisation récente de l'exécution pourrait changer cette situation. En dépit des progrès accomplis depuis la fin des années 1990, le système judiciaire bulgare continue de pâtir de procédures orales lourdes et complexes, caractérisées par un souci excessif de protection des droits des défendeurs et par la surcharge de responsabilités pesant sur les épaules de magistrats insuffisamment formés et expérimentés. La qualité du droit n'apparaît pas non plus comme une variable majeure : plusieurs changements au niveau du droit bancaire et du droit des garanties ont, certes, joué un rôle important dans l'évolution du marché du crédit. Les législations bancaires et financières ont été progressivement modernisées jusqu'à atteindre un niveau de qualité jugé satisfaisant par la plupart des utilisateurs, la lenteur de l'évolution des règles prudentielles, de nantissements et de faillites avant 1997 constituant l'une des causes majeures de la crise de 1996-1997.

Cependant, ce n'est pas l'évolution de l'efficacité des tribunaux et de la teneur des règles juridiques qui détermine, nous semble-t-il, les types de règles du jeu que les acteurs choisissent de suivre à un moment donné, étant bien entendu qu'une même personne peut se montrer plus ou moins respectueuse de la légalité selon le type d'activités dans lequel elle est engagée et selon l'environnement social dans lequel ces activités s'inscrivent : la présence, dans ce contexte d'action, de professionnels issus de pays où prédominent les attitudes légalistes – ou formés dans ces pays – est, à cet égard, un facteur clé. Les témoignages rassemblés auprès des acteurs économiques concordent sur le fait que le droit en vigueur n'a jamais été une entrave à leur activité, même quand il ne donnait pas entièrement satisfaction, et que les instruments juridiques d'usage courant dans le domaine des contrats de crédit sont restés stables tout au long de la période étudiée.

Ce que nous constatons, à travers l'examen des données recueillies, c'est que le processus d'extension du champ de la juridicité est tributaire, au premier chef de dynamiques économiques et de phénomènes de professionnalisation.

La logique de ce processus est ici résumée à grands traits. Avec la stabilisation de la situation économique et l'entrée dans une période de croissance soutenue, de nombreuses entreprises petites et moyennes voient leur volume d'activité augmenter et leur horizon temporel s'élargir. Leurs besoins de financement – tant pour leur trésorerie que pour investir – ne peuvent plus être satisfaits par le recours aux prêteurs appartenant à leurs réseaux familiaux et amicaux. Elles doivent donc emprunter aux banques (les marchés financiers sont très peu développés en Bulgarie) qui, pour diverses raisons, souhaitent que les affaires de leurs clients soient en règle avec le droit et avec les administrations. Les banques commerciales sont, en effet, très étroitement contrôlées par la banque centrale soumise à un régime de caisse d'émission sous la tutelle du FMI depuis la crise financière de 1996-1997. Elles ont presque toutes été privatisées puis

rachetées par des groupes occidentaux, qui imposent leurs normes de fonctionnement (section 2, Nadine Levratto). Les entreprises en quête des financements indispensables pour assurer leur développement sont donc incitées à accroître leur niveau de conformité avec les lois et les réglementations, à plus forte raison quand elles ont des actionnaires ou des clients occidentaux. En même temps, elles disposent de davantage de ressources pour acheter l'expertise juridique qu'implique cette régularisation de leurs pratiques. Leurs dirigeants et leurs cadres, désormais contraints de prêter une plus grande attention aux implications juridiques de leurs actes, acquièrent des compétences juridiques. Cet essor de la demande d'expertise juridique va de pair avec l'expansion de l'offre de services juridiques. Une nouvelle génération de juristes capables d'orienter efficacement les entrepreneurs dans le nouvel environnement normatif a progressivement fait ses armes durant les années 1990. La qualité des prestations fournies par les professions juridiques privées, désormais soumises à la concurrence, s'est améliorée : soin porté à l'accueil des clients, augmentation de la pertinence des conseils délivrés par des avocats et des notaires de plus en plus expérimentés, accroissement de la capacité des instances représentatives du corps professionnel à contrôler la légalité et la déontologie des pratiques de ses membres. Un autre facteur incitatif à la légalisation des activités économiques est l'amélioration (lente et relative) de l'efficacité de services administratifs chargés de veiller au respect des réglementations publiques : en premier lieu, l'administration fiscale, mais aussi les services ayant pour mission de contrôler le versement des cotisations sociales.

L'ampleur de ce mouvement de juridicisation des pratiques des acteurs économiques est cependant variable selon les secteurs et selon les régions. Pour une partie des personnes interrogées, l'économie bulgare reste dominée par l'informalité, tandis que pour d'autres, les illégalismes sont devenus l'exception plutôt que la règle. Ce deuxième discours apparaît plus fréquent chez les acteurs directement et régulièrement impliqués dans l'élaboration et la gestion de contrats de crédit (cadres bancaires, prêteurs indépendants, responsables financiers d'entreprises) que chez des acteurs plus distants (avocats, magistrats, qui n'ont à traiter des contentieux du crédit que très occasionnellement).

En somme, contrairement à ce qu'affirme la plupart des experts internationaux engagés dans la promotion des réformes judiciaires et juridiques, ce n'est pas l'amélioration de la capacité institutionnelle de l'Etat à garantir l'exécution des obligations contractuelles – dont il n'est pas du tout évident qu'elle ait progressé en Bulgarie depuis le début des années 1990 – ni l'alignement des corps de règles sur les « meilleures pratiques » internationales qui est le moteur principal de la juridicisation des échanges commerciaux et financiers. Le contrôle exercé par les banques sur les activités de leurs débiteurs, à travers la vérification de tout un ensemble de documents ayant valeur juridique (attestations du fisc et des assurances sociales, contrats commerciaux, comptes et bilans certifiés, vérification de divers registres officiels...) s'avère un vecteur beaucoup plus efficace. Certes, les relations personnalisées et les arrangements informels avec les clients font partie intégrante du travail de ceux qui gèrent les activités bancaires de crédit, mais en tant que grandes organisations complexes où chacun doit rendre – preuves à l'appui – des comptes à une variété de contrôleurs internes et externes, les « papiers officiels » occupent nécessairement une

place très importante dans le fonctionnement des banques (qui prennent un grand soin à vérifier l'authenticité et la véracité des documents transmis par leurs clients).

Le discours dominant sur les relations entre droit et développement tend à considérer que le renforcement et la modernisation du système judiciaire constituent des préalables à la généralisation des dispositions à respecter le droit au sein de la société. Toutefois, dans le cas qui nous occupe ici, le mécanisme essentiel de juridicisation réside dans le contrôle exercé par la banque centrale (elle-même très surveillée par le FMI dans le cadre du régime de caisse d'émission mis en place en 1997) sur les banques commerciales (également contrôlées par leurs actionnaires occidentaux), qui à leur tour, inspectent et contraignent les pratiques des entreprises clientes par le biais des procédures d'octroi ou de refus des crédits. Ce qui incite les entrepreneurs à réduire la part non déclarée de leur chiffre d'affaires, ce n'est pas la menace lointaine de sanctions administratives ou pénales – auxquelles il reste relativement facile d'échapper en Bulgarie – mais la difficulté et le plus grand coût d'accès au crédit quand ils ne peuvent apporter aucune preuve officielle de leur volume réel d'activités et de leur véritable état de santé financière.

Le processus de juridicisation des pratiques ne s'accompagne pas d'un mouvement de judiciarisation des conflits : le droit devient un cadre de référence de plus en plus pertinent et contraignant pour un nombre croissant d'acteurs sans que, pour autant, leur disposition à recourir aux tribunaux en cas de conflit commercial ne se renforce. Ainsi, la plupart des chefs et des cadres d'entreprises interrogés – ainsi que leurs avocats – continuent de penser que la justice doit être évitée à tout prix. Ils voient les magistrats comme incompetents et corrompus. Les cadres des banques tiennent, en revanche, un discours beaucoup plus positif sur la justice commerciale, dont ils estiment qu'elle a été capable d'évoluer et qu'elle fonctionne de manière assez satisfaisante. Il n'en reste pas moins que, pour les uns comme pour les autres, le procès constitue, bien davantage que dans des pays économiquement plus développés, une dernière extrémité, une stratégie de recouvrement qui n'a rien de systématique ni d'habituel.

La troisième partie étudie, sur la de documents de première main et d'entretiens, les transformations du système judiciaire en Bulgarie (section 1, Thierry Delpeuch et Margarita Vassileva) et en Roumanie (section 2, Thierry Delpeuch et Ramona Coman). Ces changements s'inscrivent dans un triple contexte : celui de transitions nationales vers l'Etat de droit, le régime démocratique et l'économie de marché, celui de l'adhésion à l'Union européenne et celui, plus large, du mouvement global de promotion de la *rule of law* par les donateurs internationaux. Les transformations judiciaires bulgares et roumaines empruntent des trajectoires différentes liées aux héritages historiques singuliers et aux conditions sociopolitiques spécifiques qui caractérisent chacun de ces pays, mais on ne peut qu'être frappé par l'étendue des similitudes entre les deux processus de réformes. Ces ressemblances s'expliquent par le fait que la Bulgarie et la Roumanie ont quitté un bloc d'Etat dont tous les systèmes judiciaires reproduisaient, à quelques détails près, le modèle imposé par le « grand frère » soviétique, pour entrer, 16 ans plus tard, dans un nouvel ensemble supranational qui, certes, tolère en son sein une diversité de modes d'organisation de la justice, mais oblige néanmoins ses membres à adopter tout un ensemble de normes et de standards

communs. Le vocable « réformes judiciaires » ne désigne pas un processus de transformation cohérent et global, mais une succession de mesures partielles, prises au coup par coup, sans que les réformateurs aient toujours une vision bien précise de ce que pourrait être le système judiciaire une fois les réformes achevées. Avant l'amorce du processus d'adhésion à l'Union européenne, à la fin des années 1990, les différentes forces politiques tant bulgares que roumaines ne sont pas d'accord sur l'ampleur, sur le degré d'urgence, ni même sur la nécessité des réformes : certains courants politiques « conservateurs » (néo-communistes, nationalistes...) estiment qu'il n'y a pas lieu de restructurer en profondeur l'appareil judiciaire, mais juste de procéder aux adaptations strictement indispensables, tandis que d'autres tendances « radicales » veulent faire, du passé, table rase et sont prêtes à remplacer, du jour au lendemain, le système existant par un autre modèle de justice inspirée du pays étranger qui leur sert de référence.

On peut néanmoins distinguer deux phases dans les réformes judiciaires des pays étudiés. La première période - de sortie du communisme - s'étend de 1989 à 1997 dans le cas de la Bulgarie et de 1989 à 2004 dans celui de la Roumanie. Durant cette phase, la transformation de l'appareil judiciaire occupe une place mineure sur l'agenda politique et n'est pas considérée comme un enjeu politique prioritaire, ni par l'opinion publique, ni par les élites politiques, ni par les magistrats eux-mêmes. Le pouvoir politique n'a pas la volonté de mettre en place un appareil judiciaire efficace, car celui-ci risquerait de menacer les stratégies irrégulières d'appropriation mises en œuvre par les réseaux élitaires proches du gouvernement. Le poids des conseillers étrangers est faible dans les processus de décision politique. Les débats autour de la réforme du système judiciaire sont focalisés sur des enjeux liés à la question de l'indépendance de la justice (ce qui est une façon d'évacuer le problème de son inefficacité), notamment le problème de la répartition des pouvoirs et des moyens d'administration entre le ministère de la Justice et le conseil supérieur de la magistrature. En Bulgarie, le Conseil supérieur de la justice s'impose, dès 1994, comme principale autorité en matière d'administration et de finances de la justice, tandis qu'en Roumanie, il faut attendre 2004 pour que le Conseil supérieur de la magistrature devienne véritablement l'instance décisionnelle en matière de recrutement, formation, nomination, carrière, évaluation professionnelle et sanction disciplinaire des magistrats. Dans le cas bulgare, c'est le très grave crash économique de 1996-1997 qui provoque une prise de conscience des effets catastrophiques engendrés par les déficiences et les travers du système judiciaire et convainc le nouveau gouvernement d'entreprendre des réformes de grande ampleur. Dans le cas roumain, l'électrochoc a lieu après le démarrage des négociations d'adhésion, en 2000, quand le pays est désigné comme un « mauvais élève » et un « retardataire » parmi les pays candidats en ce qui concerne les transformations du système judiciaire, au point de compromettre son entrée dans l'Union.

Les juridictions et les professions juridiques de Bulgarie et de Roumanie connaissent, en effet, des difficultés similaires : organisation inadaptée des tribunaux et procédures excessivement lourdes, magistrats surchargés de tâches administratives, conditions de travail inadéquates, surpeuplement et vétusté des locaux dans certains ressorts, manque de moyens matériels, système manuel de gestion des dossiers peu fiable et obsolète, répartition des affaires à la discrétion du président en fonction de considérations peu avouables, qualification insuffisante et pratiques déontologiquement douteuses des

magistrats, des avocats, des greffiers et des personnels administratifs, mauvaises conditions d'accueil, d'information et d'orientation du public dans les juridictions, relations tendues avec les médias...

Durant la deuxième phase des transformations de la justice, qui s'ouvre en 1998 pour la Bulgarie et en 2004 pour la Roumanie, c'est l'amélioration de l'efficacité et de l'efficacités de l'appareil judiciaire qui est mise en avant par les promoteurs internationaux et nationaux de réformes judiciaires, ainsi que la recherche d'un meilleur équilibre entre indépendance, responsabilité et redevabilité des magistrats. Les prescripteurs étrangers jouent un rôle tout à fait central, non seulement dans les affrontements sur la scène politique et dans la définition des programmes gouvernementaux, mais aussi au niveau de la mise en œuvre de changements concrets des modes d'organisation et des pratiques professionnelles dans les juridictions. Les deux acteurs majeurs de cette contrainte internationale forte sont la Commission européenne et les Etats-Unis, qui exhortent les autorités bulgares et roumaines à prendre des mesures concrètes pour combattre la corruption dans la justice, pour accroître la qualification et le professionnalisme des personnels judiciaires, ainsi que pour améliorer l'organisation et le fonctionnement des juridictions, afin de susciter un plus grand respect pour le droit dans la société. En dépit de la ressource que constitue, pour les conseillers européens, le processus d'adhésion, la coopération américaine s'avère plus efficace que la coopération européenne. Les enjeux majeurs sont les mêmes dans les deux pays : transformation de l'école de la magistrature et amélioration de la formation continue, restructuration des services d'inspection judiciaire, renforcement du conseil supérieur de la justice, gestion des ressources humaines et financières plus transparente et plus professionnelle, administration séparée du corps des juges et de celui des procureurs.

Tout un ensemble de facteurs explique le caractère tardif, problématique et conflictuel des réformes des systèmes judiciaires bulgare et roumain. Les principales caractéristiques des appareils judiciaires qui posent difficulté eu égard à leur européanisation sont : le déficit d'institutionnalisation des processus et règles du jeu structurant effectivement l'activité judiciaire ou, pour le dire autrement, leur haut degré de personnalisation ; la prééminence des valeurs et des pratiques liées au patrimonialisme et à la corruption ; l'impuissance des garde-fou institutionnels à empêcher l'expression, au sein de la magistrature, d'influences partisans et de clientélismes politico-économiques (à cet égard, les très fortes garanties d'indépendance dont jouit la justice bulgare, contrairement à la roumaine, n'empêchent pas sa politisation) ; la division des instances dirigeantes de l'appareil judiciaire empêchant le pilotage cohérent des réformes (dès 1991 dans le cas bulgare, depuis 2004 dans le cas roumain, c'est-à-dire à partir du moment où la magistrature s'affranchit de la tutelle du ministère de la justice) ; le déficit de concertation et d'expertise au niveau de l'élaboration des réformes.

Face aux recommandations, incitations et pressions extérieures, les autorités des pays récipiendaires consentent généralement à adopter les mesures prescrites, à plus forte raison quand celles-ci conditionnent l'obtention de prêts ou l'intégration dans des organisations supranationales et des systèmes internationaux d'échanges économiques.

La mise en œuvre de ces normes et standards importés du dehors entraîne, pour les « bénéficiaires » de la coopération internationale, des coûts et des risques politiques considérables, dans la mesure où les réformes juridiques et judiciaires ont des répercussions considérables sur des enjeux économiques et sociaux extrêmement sensibles. C'est pourquoi les destinataires de l'assistance internationale, et en premier lieu la hiérarchie judiciaire, développent des stratégies dans le but de limiter la portée et de manipuler les effets des prescriptions extérieures tout en faisant en sorte que les prescripteurs soient dans l'incapacité de détecter ou de sanctionner l'inexécution des engagements pris.

Dans le cas de la Bulgarie, les professionnels de la justice utilisent les pouvoirs qui sont les leurs tantôt pour accomplir leurs fonctions officielles, tantôt comme monnaie d'échange pour tenir leur position et conforter leur statut dans d'autres mondes sociaux que celui de la justice : clientèles politiques, clans familiaux, réseaux de notables locaux. Les réformes judiciaires ne sont appropriées que dans la mesure où elles ne privent pas les acteurs dominants des ressources nécessaires à l'entretien de leur capital social. Cette situation explique le maintien d'exigences faibles en matière de recrutement, de discipline et d'avancement des magistrats malgré les pressions internationales visant à moderniser la gestion des carrières. Ce poids des logiques patrimonialistes à l'intérieur du système judiciaire a, jusqu'à aujourd'hui, empêché la mise en œuvre effective des réformes, qui sont restées lettre morte, voire ont été abrogées, à chaque fois qu'elles menaçaient un tant soit peu le pouvoir du chef de juridiction sur les magistrats de son ressort.

Les mêmes types de résistances sont présentes en Roumanie, mais il existe, dans ce pays, davantage de facteurs de changement : plus grande implication de la magistrature dans la promotion des réformes par le biais de plusieurs associations professionnelles relativement puissantes, société civile plus active qu'en Bulgarie, appareil judiciaire beaucoup mieux pourvu en ressources et jouissant d'une meilleure image dans la société, moindre propension des personnes physiques et morales à éviter la justice.

Dans un prochain rapport, prévu pour la fin 2007, l'examen de la situation roumaine sera davantage approfondi et les cas des deux pays en voie d'intégration dans l'UE seront comparés avec le cas de la Russie. L'enquête dans ce pays est actuellement menée par Gilles Favarel-Garrigues, chercheur au CERI, Caroline Duffy et Aurore Chaigneau. Malgré les évidentes différences qui distinguent ces trois pays, ceux-ci partagent, outre un passé récent commun, tout un ensemble de facteurs susceptibles d'influer sur l'évolution des relations entre droit et économie : contexte initial d'instabilité juridique et de bricolage normatif, suivi d'un accroissement progressif du recours aux institutions formelles pour résoudre les litiges privés, perte de crédibilité des institutions policières et judiciaires, diversification des modes de protection privée. Si l'idée selon laquelle il existe des types d'entrepreneurs et/ou de secteurs d'activité plus enclins à recourir au droit se vérifie dans le cas russe, la comparaison permettra de tester une hypothèse plus générale : la généralisation du recours au droit dans les économies post-communistes s'effectue de manière progressive, à partir de types d'entrepreneurs et/ou de secteurs d'activité pionniers dans ce domaine, disposant des ressources permettant d'envisager une issue favorable à la formalisation juridique des

litiges privés. Le cas russe est par ailleurs susceptible d'alimenter les investigations menées en Bulgarie et en Roumanie d'un point de vue théorique, compte tenu de la littérature consacrée à ce contexte particulier¹, mais aussi méthodologique. En effet, la dynamique de l'intégration européenne dans les cas roumain et bulgare peut conduire à un certain déterminisme dans l'analyse, en d'autres termes à la conviction selon laquelle la résolution juridique des litiges privés représente la seule option possible dans un Etat de droit. L'intégration de la Russie dans la comparaison est susceptible de contribuer à un renversement de la perspective analytique, en montrant que le post-communisme a conduit dans la pratique à l'émergence d'une concurrence entre les modes de résolution des litiges privés et à la prégnance de leurs formes non juridiques. L'analyse du cas russe permettra également de proposer des pistes de réflexion sur la nature de ce phénomène de normalisation : est-il imputable avant tout au processus d'intégration européenne ou peut-il également résulter d'un phénomène plus large de globalisation ?

¹ Murrell, P. (dir.), *Assessing the value of law in transition economies*. Ann Arbor : The University of Michigan Press, 2001 ; Kornai, J., Rothstein, B., Rose-Ackerman, S. *Creating Social Trust in Post-Socialist Transition*. Londres : Palgrave, 2004 ; Jordan, P. "Russian Courts : Enforcing the Rule of Law ?" in Sperling, V. (dir.), *Building the Russian State*. Oxford : Westview Press, 2000 ; Pistor, K., Raiser, M., Gelfer, S., "Law and finance in transition economies", *Economics of Transition*, vol. 8, n°2, 2000, p.325-368.

PARTIE 1

LA COOPERATION INTERNATIONALE DANS LES DOMAINES DU DROIT ET DE LA JUSTICE AU PRISME DU COURANT DE RECHERCHE « DROIT ET DEVELOPPEMENT »

Bilan et controverses des travaux sociologiques consacrés aux mouvements contemporains d'import-export de réformes juridiques et judiciaires

Thierry Delpeuch

Introduction

Les transferts d'institutions juridiques et judiciaires constituent, depuis la constitution du champ de l'aide au développement au cours des années soixante, un aspect important de la coopération internationale des pays du centre avec les pays périphériques. Ces flux d'import-export de prescriptions et d'expertises en matière de réformes du droit et de la justice suscitent différents types d'activités scientifiques, principalement en droit et en économie. L'essentiel des travaux sociologiques consacrés à l'assistance technique juridique (ATJ) et à ses effets sur les sociétés en développement ou en transition portent sur deux vagues de transplantations : le mouvement étasunien dit « droit et développement » (*Law and development*) des années soixante et soixante-dix et les actuels – et considérables – efforts internationaux de promotion de la *rule of law*. Ces analyses sont produites presque exclusivement par des sociologues du droit nord-américains et britanniques². Elles sont débattues dans les forums académiques de ces pays et au sein des cercles d'experts anglophones liés à aux grandes structures étasuniennes et internationales qui financent et supervisent des programmes d'aide aux réformes. C'est pourquoi elles sont très mal connues des sociologues du droit francophones. Le but du présent article est d'offrir un panorama des *Law and development studies* permettant d'appréhender, à la fois, leur histoire, leurs apports scientifiques et leurs controverses.

Bien entendu, ces travaux ne représentent qu'une fraction de la littérature en sciences sociales sur les relations entre les changements du système juridique et le développement des sociétés³. Cette question constitue un thème majeur dans plusieurs

² Un seul Français – Yves Dezalay – occupe une position éminente au sein de ce courant de recherche.

³ Ainsi que le relève J. Gardner, les différents travaux consacrés au rôle du droit dans le développement ne traitent pas du même objet. Ce qui est qualifié de « droit » varie considérablement selon les auteurs. Le vocable est utilisé pour désigner des normativités aussi distinctes que les régimes de normes et de standards internationaux ; l'État de droit, c'est-à-dire un ensemble de règles générales, de droits fondamentaux, de garde-fous procéduraux, d'institutions judiciaires indépendantes ; le droit formel d'un

branches de la sociologie – notamment la sociologie générale, la sociologie économique et la sociohistoire des institutions – et occupe une place importante dans les réflexions de plusieurs des principaux théoriciens de la discipline (E. Durkheim, M. Weber, K. Polanyi, S. Eisenstadt, D. North...). D'autre part, les deux vagues d'import-export de droit auxquelles se réfèrent les *Law and development studies* constituent des cas spécifiques de transferts d'institutions juridiques⁴. La circulation du droit à travers les frontières est aussi ancienne que les phénomènes de commerce international, de domination impériale et d'interpénétration culturelle. Elle est nécessairement présente dans tout processus d'expansion, d'influence ou d'intégration géopolitique.

Outre les *Law and development studies*, il est possible de distinguer plusieurs champs disciplinaires au sein des *Law and society studies* dont l'un des objets majeurs est le rôle du système juridique dans le développement. En premier lieu, les professeurs de droit qui interviennent dans les pays récipiendaires en tant que conseillers juridiques produisent une très abondante littérature technique. La posture adoptée par ces experts est utilitaire, normative, descriptive et prescriptive. Ils expliquent les raisons qui ont motivé les transferts et se livrent à une analyse textuelle du droit exporté et des changements apportés aux codes juridiques locaux. En deuxième lieu, de nombreux travaux en sociologie du droit scrutent les dynamiques contemporaines d'intégration juridique régionale (par exemple le processus d'élargissement de l'Union européenne) et de globalisation du droit. Ils étudient le rôle et la place dévolus aux pays périphériques dans l'émergence d'un système juridique mondial inégalitaire, sous hégémonie étasunienne. Ils examinent les interactions et les hybridations entre ordres juridiques globaux, régionaux, nationaux et locaux, les mutations de la souveraineté étatique, ainsi que la diffusion vers le Sud et vers l'Est de standards et de normes internationales. En troisième lieu, des analyses comparatives en économie du droit s'efforcent de mesurer les performances économiques des différents systèmes juridiques

pays, composé d'une hiérarchie de textes, de doctrines, de jurisprudences ; l'ensemble des normes sociales formelles et informelles, c'est-à-dire le complexe formé par la légalité étatique et les règles traditionnelles et coutumières, les manières de se comporter communément admises et socialement sanctionnées ; le système social formé par les institutions, les organisations et les professions juridiques, ainsi que les acteurs sociaux qui en font usage. De même, les notions de « développement » et de « *rule of law* » sont imprécises, ambiguës, sujettes à des interprétations multiples et contradictoires. La définition du système juridique retenue dans le cadre de cet article est sociologique : elles recouvrent non seulement les institutions juridiques et judiciaires formelles, mais aussi les professionnels du droit au travail, les parlementaires dans leur tâche d'élaboration de la législation, les appareils administratifs dans leurs activités quotidiennes de fabrication et d'application de règles, de résolution de conflits, les cultures juridiques des différents groupes et classes de la société, ce qu'ils savent et pensent du droit, le degré de respect et de confiance qu'ils lui vouent, leurs dispositions à en faire usage pour traiter différents types de problèmes.

⁴ J. Gardner distingue six types de transplants d'un système juridique vers un autre : 1- le transfert direct d'institutions et d'instruments juridiques, 2- le transfert indirect de concepts juridiques et de modèles (valeurs et idées juridiques, modèle jurisprudentiels et professionnels), 3- l'importation volontaire, en l'absence de toute incitation ou contrainte émanant du pays auquel l'emprunt juridique est effectué, 4- le transfert imposé, initié par l'exportateur, 5- les processus de transfert par influence, où l'exportateur bénéficie du soutien de certains éléments du système importateur 6- les transferts par interaction, qui s'opèrent de manière *ad hoc*, diffuse, non planifiée, du fait d'échanges culturels et intellectuels continus. Gardner, 1980, p. 21 et p.33.

nationaux, ainsi que l'impact de leurs transformation sur l'efficience des marchés. Ces travaux contribuent à accréditer l'idée selon laquelle il existe une sorte de droit naturel économique qui seul permet le développement et un modèle optimal de système judiciaire. En quatrième lieu, plusieurs courants de recherche fortement teintés d'anthropologie et d'ethnologie se consacrent à l'étude des phénomènes d'impérialisme juridique colonial et postcolonial⁵ : *Legal pluralism, Third world legal studies, Colonial and postcolonial law*. Les anthropologues du droit européens, notamment de France et de Grande-Bretagne, explorent également, depuis longtemps, ce type de problématiques.

Les *Law and development studies* rassemblent principalement des juristes ayant des compétences en sciences sociales, des sociologues du droit et des politologues, plutôt orientés à gauche, qui ont développé une pensée critique sur les programmes d'ATJ auxquels ils ont souvent eux-mêmes participés. Ces chercheurs s'interrogent sur la capacité – ou l'inaptitude – du droit à guider le changement social et à manipuler les comportements humains, sur la possibilité du développement en l'absence d'un système juridique formel et rationnel, sur les conditions de pertinence et d'efficacité des activités d'assistance technique juridique, sur la façon dont les institutions transférées sont comprises et utilisées localement, sur la fausse neutralité politique des prescriptions internationales en matière de réformes juridiques et judiciaires, sur les conceptions et les modes d'intervention des conseillers juridiques étrangers (souvent décrits comme technocratiques, mécanistes, positivistes) ainsi que sur leur tendance à répéter les erreurs du passé. Les *Law and development studies* se caractérisent par un mélange de logiques scientifiques (liées à la constitution d'une discipline académique et à la construction de savoirs théoriques et pratiques sur les relations entre droit et développement), de logiques diplomatiques (liées aux stratégies d'influence et de solidarité dans le cadre des politiques d'aide au développement) et de logiques commerciales (liées à l'expansion d'un marché international de la consultance en matière de réformes du système juridique). Elles mêlent postures de recherche en sciences sociales, travail d'expertise sociojuridique et activités de conseil aux décideurs étrangers.

Le présent article n'a pas pour ambition d'élaborer une sociologie du champ professionnel des *Law and development studies*. Une telle entreprise nécessiterait notamment de relier les discours savants produits par les sociologues experts avec leurs caractéristiques sociales, trajectoires de carrière et affiliations institutionnelles. Plus modestement, nous retraçons ici l'évolution des idées et des controverses au sein de ce courant de recherche, en montrant leur interrelation avec les mutations de la coopération juridique internationale et les mouvements de la pensée sur l'aide au développement.

Le bilan ici proposé est structuré en deux parties. La première met en évidence les interactions entre l'histoire de l'ATJ et l'évolution des approches et des interprétations dominantes au sein des *Law and development studies*. La deuxième partie passe en

⁵ Sally Engle Merry (2004) résume les principaux résultats de ce courant et en propose une bibliographie dans son excellente contribution intitulée "Colonial and Postcolonial Law" à *The Blackwell Companion to Law and Society*.

revue les principaux types de critiques qui sont adressées par les sociologues aux acteurs de l'ATJ.

SECTION 1 - HISTOIRE DES REFLEXIONS SUR L'AIDE AU DEVELOPPEMENT PAR LE TRANSFERT D'INSTITUTIONS JUDICIAIRES ET JURIDIQUES

Les deux vagues d'exportation d'institutions juridiques et judiciaires ont des caractéristiques similaires. Elles sont basées sur la conviction selon laquelle la modernisation du système juridique apporte une contribution décisive au développement politique (construction de la démocratie), économique (structuration de marchés efficients) et social (mise en place de systèmes de protection contre les risques sociaux). Elles partagent la croyance, typique de l'idéologie politique et juridique étasunienne, dans la possibilité d'instaurer une perfection sociale, à savoir un système juridique idéal producteur d'un ordre social efficient, transparent et juste⁶. Elles commencent par une période d'optimisme institutionnaliste, durant laquelle les donateurs voient dans les réformes du droit et de la justice la solution-miracle à un large spectre de problèmes et un moyen de maîtriser le changement social – puis elles connaissent une phase de désenchantement et de repli sur des enjeux plus strictement juridiques (accès à la justice des groupes sociaux défavorisés, promotion de droits fondamentaux civils et sociaux, soutien au militantisme juridique...) lorsque les effets attendus tardent à apparaître. Les tonalités idéologiques des deux vagues sont cependant très différentes : la première est progressiste et attentive à l'impact socioculturel des transferts juridiques, tandis que la seconde, d'inspiration néolibérale, se focalise sur les effets économiques des réformes du droit et de la justice. Quant aux analyses produites par les *Law and development studies*, elles suivent de près les évolutions de la pensée sociologique sur le sous-développement, en particulier la contestation de la « théorie de la modernisation » par la « théorie de la dépendance ».

1.1 – Le mouvement droit et développement

Le premier mouvement droit et développement (MDD) peut être défini, à la fois, comme un domaine d'action secondaire de la politique étasunienne d'assistance technique aux pays du tiers-monde, et comme la tentative, menée par un petit groupe de juristes progressistes, ouverts aux sciences sociales, travaillant dans les agences de développement⁷, les fondations et les universités nord-américaines, d'édifier un corps

⁶ Carothers, 2001, p.10.

⁷ La Loi sur l'assistance aux pays étrangers adoptée en 1966 par le Congrès des Etats-Unis invite les agences de coopération internationale à rejeter les approches purement économiques du développement et à prendre en considération les dimensions politiques et institutionnelles de la modernisation. L'un des critères de l'octroi de l'assistance américaine réside désormais dans les progrès réalisés par le bénéficiaire vers l'État de droit, le respect des libertés d'expression et de la presse, la reconnaissance de l'importance de l'initiative individuelle et de l'entreprise privée (Gardner, 1980).

spécifique de connaissances sur les relations entre la modernisation de la sphère juridique et le développement économique dans les pays du tiers-monde⁸. Ces « missionnaires du droit » ne s'intéressent pas en priorité à la fonction économique du système juridique, mais à sa capacité à transformer les cultures. L'émergence du MDD est la conséquence des ressources considérables investies par les Etats-Unis pour accompagner le développement politique, économique et social des territoires affranchis du colonialisme, dans le contexte de la politique de *containment* du communisme au début des années soixante.

L'ATJ étasunienne a pour but de fournir aux pays accédant à l'indépendance les techniques législatives et les instruments juridiques nécessaires à l'édification de leurs institutions politiques et structures administratives, à la protection des droits civiques et humains, au progrès social, ainsi qu'à la création d'un cadre légal propice à la sûreté et à la prévisibilité des échanges commerciaux. L'assistance apportée par les « missionnaires » du MDD vise également à transformer les valeurs, les modes de raisonnement et les pratiques des professionnels du droit dans les sociétés post-coloniales. Ces derniers sont incités à abandonner les conceptions formalistes léguées par le colonisateur au profit d'approches davantage réalistes, flexibles et instrumentales. C'est pourquoi les interventions étasuniennes placent l'accent sur la réforme de l'enseignement du droit⁹. Il s'agit de former une nouvelle génération de juristes d'État capables de mettre en œuvre avec pragmatisme les réglementations importées en vue de faciliter le décollage économique, ainsi que d'apprendre aux futurs avocats à conseiller les clients privés sur les moyens juridiques de faire fructifier leurs affaires tout en participant à l'effort de développement national orchestré par les planificateurs¹⁰.

Le MDD occupe une position mineure dans le champ de l'aide au développement. D'une manière générale, le rôle des juristes dans l'élaboration, la planification et la mise en œuvre des programmes de développement est marginal par rapport à celui des économistes et des ingénieurs.

1.1.1 – Un héritage colonial peu favorable à la diffusion des principes et des institutions américaines

Une grande partie des chercheurs – notamment étasuniens – qui étudient les vagues de « diffusionnisme juridique » depuis les années soixante présentent les « missionnaires » du MDD comme des pionniers dans le domaine de l'ATJ. Néanmoins, ainsi que le souligne à juste titre P. McAuslan, l'exportation de droit n'a pas commencé, loin s'en faut, avec la découverte du tiers-monde par quelques professeurs de droit nord-

⁸ Trubek, Galanter, 1974, p. 1063.

⁹ Les conseillers étasuniens s'efforcent de transférer les méthodes pédagogiques des *law schools* où ils professent, caractérisées par la discussion de cas pratiques entre étudiants et enseignant (méthode socratique), l'ouverture des programmes aux sciences sociales et à l'économie, le refus des cours magistraux d'enseignement de la doctrine, la méfiance vis-à-vis des professeurs à temps partiel cumulant d'autres charges et activités (Gardner, 1980).

¹⁰ Trubek, 2004.

américains¹¹. Les puissances coloniales d'Europe ont, en effet, massivement recouru à la transposition et à l'adaptation de leur système juridique métropolitain afin de structurer et d'organiser les économies des territoires soumis à leur domination.

L'imposition par le colonisateur de son système juridique visait à faciliter la prise de contrôle et l'exploitation des ressources locales par le capital métropolitain, ce qui impliquait d'instaurer de nouvelles catégories de personnes juridiques et de redéfinir les notions de propriété, de contrat, de salaire, de dette, de discipline de travail... Le droit colonial se caractérisait par son caractère discriminatoire et raciste. Il conférait une apparence légaliste au gouvernement autoritaire des territoires conquis. Il instaurait, au détriment des populations indigènes, des relations commerciales désavantageuses. Il empêchait les autochtones d'accéder aux moyens de production, favorisait la saisie de leurs terres par les colons et contraignait les paysans déracinés à vendre à bas prix leur force de travail dans les enclaves d'exportation. Les régimes juridiques importés de métropole – destinés pour l'essentiel à gérer les relations économiques dans le cadre de la production capitaliste – étaient superposés à des droits coutumiers en partie inventés par le colonisateur pour réguler les rapports sociaux traditionnels.

Cette stratégie de contrôle basée sur la coexistence d'une pluralité d'ordres juridiques « modernes » et « coutumiers » s'appliquant à différentes catégories de la population¹² avait pour conséquence de limiter la diffusion d'une culture juridique de type occidental à certains groupes sociaux alliés au pouvoir colonial. Ces élites des sociétés colonisées cherchaient à utiliser les ressources juridiques transférées depuis la métropole au service de leurs propres intérêts (y compris pour limiter les prétentions du colonisateur et pour contester son autorité). Les professionnels du droit « modernes » travaillaient essentiellement pour les résidents « européens » et cette petite classe moyenne occidentalisée, mais non pour la grande masse de la population. Les juristes autochtones formés en métropole jouaient souvent un rôle clé dans les mouvements nationalistes. Le système juridique plural hérité de la colonisation s'avérait, par conséquent, peu adapté à une éventuelle évolution des États du tiers-monde vers un régime démocratique. Le champ de la juridicité légale-rationnelle était peu étendu et le droit étatique conférait un pouvoir discrétionnaire potentiellement illimité aux dirigeants politiques¹³.

Les dispositifs d'ATJ des anciennes puissances impériales d'Europe ont été édifés au moment des décolonisations comme contrepartie aux indépendances, en vue de perpétuer certains rapports entre l'ancienne métropole et ses ex-colonies. Leurs activités sont souvent analysées – et dénoncées – comme un processus néocolonial visant à préserver les sphères d'influence juridiques, à protéger les intérêts des firmes et des colons européens restés sur place, à maintenir avec les récipiendaires un rapport de domination économique et diplomatique.

¹¹ McAuslan, 2004.

¹² Ces situations complexes de pluralisme juridique impliquaient des recouvrements, des contradictions, des influences mutuelles et des possibilités, pour les justiciables, de jouer un système contre un autre. Cf. Merry Sally Engle, "Legal Pluralism", in *Law and Society Review*, vol.22, 1988, p.869-896.

¹³ Carty, 1992, p. xv.

Les « missionnaires du droit » étasuniens interviennent, en somme, sur des champs juridiques déjà partiellement constitués et davantage réceptifs aux transferts émanant de l'ex-colonisateur. Les pays du tiers-monde sont peu demandeurs d'assistance juridique étasunienne et les conseillers américains se trouvent en concurrence directe avec des coopérants européens possédant une bien meilleure connaissance des contextes locaux.

1.1.2 – *Law and development studies et théorie de la modernisation*

Les premiers textes académiques nord-américains sur les relations entre droit et développement émanent principalement de juristes, mais aussi de sociologues et d'anthropologues du droit¹⁴, qui ont occupés des fonctions de conseiller ou de consultant en matière de réformes juridiques et judiciaires¹⁵. La teneur de ces écrits est influencée par le système d'idées et de valeurs propre aux professionnels étasuniens du droit et de la justice – en particulier la croyance dans la possibilité d'accélérer le progrès et de changer la société au moyen du droit¹⁶ et l'héritage de la *Sociological jurisprudence*¹⁷ –, ainsi que par la position souvent fragile et subordonnée qu'occupent les juristes dans un champ de l'aide au développement dominé par les économistes.

Les idées portées par le MDD s'appuient sur les travaux de Weber et Parsons, qui soutiennent que la formation d'un système juridique rationnel, universaliste et partiellement autonome a été l'une des principales conditions de la genèse du capitalisme. Elles s'inspirent également de la théorie de la modernisation, qui postule que le développement est un processus évolutif conduisant inévitablement à l'établissement d'institutions politiques, économiques et sociales similaires à celles qui existent en Occident, à savoir une économie de marché capitaliste, des administrations hiérarchiquement organisée et soumise à un droit codifié, un régime politique démocratique, pluraliste et libéral. Pour progresser vers ce modèle prédéfini, les PVD doivent surmonter une variété d'obstacles et de résistances¹⁸. Le rôle des conseillers

¹⁴ Le courant de recherche *Law and society* occupait, à l'époque, une place marginale dans l'univers académique américain et était faiblement organisé. Les recherches menées en son sein portaient presque exclusivement sur les Etats-Unis. Il était peu armé pour entreprendre des études sur la place du droit et de la justice dans des sociétés non occidentales. Quant aux professeurs de droit, leur mode de pensée et leur intérêt professionnel ne les prédisposent pas à étudier de façon méthodique, rigoureuse et critique le fonctionnement et les effets des programmes d'ATJ.

¹⁵ Selon J. Gardner (1980, p.4) le MDD a conduit environ 200 professeurs de grandes universités américaines, appartenant souvent à l'élite de leur profession, à jouer le rôle de « missionnaire juridique » dans le tiers monde et a drainé plusieurs centaines d'étudiants étrangers dans les facultés de droit américaines.

¹⁶ Merryman, 1977, p.461.

¹⁷ Burg, 1977, p.465-466. La *sociological jurisprudence* est une école de pensée juridique pour laquelle le droit est au premier chef un moyen de protéger et de reconnaître des intérêts sociaux. Les choix opérés par le législateur, ainsi que les décisions prises par les praticiens du droit, doivent être fondés sur l'analyse sociologique du "droit en action", c'est-à-dire sur la mise en lumière et sur l'évaluation du jeu des intérêts sociaux sous-jacent au problème juridique que l'on cherche à résoudre. Cette solution doit assurer la primauté des intérêts majeurs sur les intérêts mineurs.

¹⁸ Par exemple, la propriété communale des terres en Afrique est décrite comme une entrave au développement : elle empêcherait que les agriculteurs utilisent les biens fonciers comme garantie pour obtenir les prêts bancaires indispensables aux investissements. Cf. Greenberg, 1980, p.132.

juridiques occidentaux est d'identifier les conditions normatives et institutionnelles entravant le développement « normal », puis de proposer des réformes et de fournir des moyens – connaissances, technologies, capitaux, savoir-faire professionnels – permettant de les lever.

Le caractère local, particulier et incohérent des règles coutumières qui ont cours dans les sociétés « archaïques » du tiers-monde est opposé à la rationalité, la neutralité et l'universalité du droit « moderne » en vigueur dans les pays industrialisés¹⁹. La légalité formelle, adossées à la puissance organisée de l'État, a vocation à se substituer aux normativités traditionnelles et aux mécanismes informels de contrôle social liés à l'ethnie ou à la caste, au village ou à la tribu. Elle doit libérer l'individu du poids des coutumes, des liens communautaires et engendrer un climat de prévisibilité et de sécurité des engagements contractuels²⁰, de calculabilité des risques et des retours sur investissement, de transparence des règles du jeu, qui lui permet, s'il en a les capacités, de se faire entrepreneur capitaliste. Le droit moderne est aussi conçu comme un outil capable de discipliner et de rationaliser de l'exercice du pouvoir politique²¹. Le développement juridique est assimilé à l'accroissement de la capacité de l'État à exercer son autorité, à l'augmentation de l'effectivité du droit, à l'apparition d'une culture juridique moderne, ce qui implique d'augmenter la portée sociale des normes juridiques et d'accroître l'emprise des institutions judiciaires sur la société.

D'autre part, les « missionnaires » du MDD affirment que les systèmes juridiques légués par les colonisateurs ne produisent pas le type de droit et de juristes qui conviennent aux besoins de la modernisation. Les professionnels du droit formés dans les anciennes métropoles européennes sont perçus comme une force d'opposition au changement social. Ils sont décrits comme des généralistes pétris d'idéologie conservatrice, alors que le développement nécessiterait la présence de spécialistes férus de progressisme²². Ils se voient notamment reprocher leur formalisme excessif, ce qui signifie qu'ils interprètent et appliquent les règles juridiques de manière rigide, dogmatique, mécanique, sans suffisamment prendre en considération les intentions politiques sous-jacentes aux textes et sans s'interroger sur les effets économiques et sociaux indésirables que leurs décisions peuvent provoquer. Ce formalisme est présenté comme la cause de la faible légitimité des institutions juridiques et judiciaires transplantées dans les pays du Sud²³.

Les buts de l'aide au développement juridique, tels qu'ils sont conçus par les « missionnaires du droit », sont la transplantation de corps de règles, de modes de régulation et de formes de justice où prédominent la légalité et la rationalité, ainsi que la diffusion d'un modèle de société civile où les citoyens jouissent de libertés individuelles mieux garanties, bénéficient d'une égalité de traitement de la part des administrations

¹⁹ Chua, 1998, p.12.

²⁰ Même quand les parties sont éloignées dans l'espace, ne se connaissent pas personnellement et lorsque les différentes étapes de la transaction ne se déroulent pas simultanément.

²¹ Trubek, 1972, p.6 à 8; voir aussi Friedman Wolfgang, "On Legal Development", in *Rutgers Law Review*, vol.24, 1969, p.11 et suivantes.

²² Garth, 2003, p.3.

²³ Trubek, 2004.

publiques et participent de plein droit aux décisions politiques. L'ATJ étasunienne se propose de doter les nouveaux États indépendants de l'infrastructure institutionnelle appropriée pour que puisse s'enclencher un processus autoentretenu de croissance²⁴. La modernisation des institutions juridiques et judiciaires est, en outre, considérée comme une étape qui doit conduire les régimes du tiers-monde – y compris les dictatures autarciques – à développer des contacts internationaux, à libéraliser leur économie, à réduire les inégalités sociales et, au final, à se démocratiser.

Pour T. Frank – auteur d'un article illustrant parfaitement l'esprit des « missionnaires » MDD²⁵ – le développement des pays du tiers-monde se caractérise par le déroulement concomitant de trois processus qui, dans le cas des États-Unis, ont constitué des étapes historiques successives : l'intégration nationale et la construction de l'État ; l'industrialisation et la croissance du commerce ; l'amélioration du bien-être collectif et le perfectionnement de la justice sociale, c'est-à-dire « la distribution équitable des droits et des privilèges, des devoirs et des charges²⁶ ». L'ATJ américaine est, selon T. Frank, particulièrement apte à accompagner la structuration des systèmes juridiques du Sud afin que ceux-ci acquièrent la capacité de canaliser ce triple processus de développement. En effet, les juristes étasuniens se distingueraient de ceux des pays européens par leur aptitude supérieure à concilier les valeurs et les intérêts divergents, à inventer des solutions aux conflits, à mettre en place des incitations à la coexistence, à la réciprocité et à la coopération, à conduire les parties à limiter leurs prétentions et à les harmoniser avec les préférences des autres. Ce style de juriste à la fois pragmatique et créatif, maîtrisant les techniques de négociation, de médiation, de fabrication de synthèses et de compromis mutuellement avantageux, est présenté comme capable d'atténuer les divisions et d'apaiser les tensions générées par la poursuite simultanée des objectifs de progrès politique, économique et social. Il serait en mesure de concevoir des politiques de développement conciliant la volonté de transformer radicalement la société à marche forcée avec la nécessité d'un minimum de sécurité et de stabilité, ce qui permettrait d'éviter les explosions de violence et d'empêcher la montée des mouvements révolutionnaires. Ces juristes sont aussi présentés comme les plus qualifiés pour initier et modérer le dialogue entre les autorités politiques et les acteurs sociaux souhaitant participer à l'exercice du gouvernement.

1.1.3 – L'idéologie juridiste-libérale des « missionnaires du droit » étasuniens

Selon D. Trubek et M. Galanter, les travaux dans le domaine des *Law and development studies* partagent, en deçà de la diversité des approches mises en œuvre, un ensemble de présupposés et d'hypothèses, souvent implicites, ainsi qu'une façon bien particulière de percevoir et d'appréhender les effets du droit sur les phénomènes sociaux. Les recherches développées à l'intérieur de ce paradigme, qualifié de « juridisme libéral », tiennent pour universellement valides les postulats suivants²⁷.

²⁴ Adelman, Piliwala, 1981, p.2.

²⁵ Frank, 1972.

²⁶ *ibid.* p.777.

²⁷ Friedman, 1969.

L'État, dans la mesure où il exerce le monopole de la coercition physique légitime, est le principal agent de contrôle et de changement social. La plupart des individus consentent à son autorité pour assurer leur bien-être. L'instrument essentiel du gouvernement étatique des comportements individuels est la règle de droit impersonnelle et universelle, appliquée de façon uniforme sur l'ensemble du territoire national et à toutes les classes sociales. Une fois dûment adoptées, les règles juridiques produisent mécaniquement les effets en vue desquels elles ont été conçues. En effet, la plupart du temps, les individus se conforment, de gré ou de force, aux prescriptions légales. Le droit est un outil de gouvernement aisément malléable et manipulable. Il est capable, non seulement, de diriger le changement social dans le sens planifié par les détenteurs du pouvoir politique, mais également d'encadrer l'action gouvernementale et d'en limiter l'arbitraire. Les tribunaux jouent un rôle clé dans la mise en œuvre des transformations décidées par les autorités politiques. En effet, ils détiennent le pouvoir « de définir les effets concrets des règles et des concepts juridiques sur les conduites des individus et des groupes²⁸ ». C'est la jurisprudence qui détermine, en dernier ressort, l'impact et la signification sociale des politiques publiques.

Tous les universitaires engagés dans le mouvement ne sont pas aveuglés par le juridisme libéral. Un dialogue a toujours existé entre la fraction des *Law and development studies* issue des sciences sociales et les *Law and society studies*²⁹, de sorte que l'esprit dans lequel sont conçus les programmes de coopération internationale fait immédiatement l'objet de critiques, de doutes et de réserves. Des auteurs tel L. Friedman soulèvent les questions de l'emprise limitée des règles juridiques sur la vie sociale et du faible degré de « pénétration » du droit importé dans les sociétés du tiers-monde³⁰. D'autres, à l'instar d'E. Burg, s'interrogent sur les problèmes de communication et de compatibilité entre le modèle américain de *rule of law* et les traditions européennes de droit civil et de *common law* britannique qui ont été imprimées aux pays du tiers-monde par la colonisation. D'aucuns se préoccupent des désastres que risquent de causer les experts juridiques américains, compte tenu du fait que, tout à la fois, ils n'ont pas conscience des limites de leurs pratiques, ils interagissent exclusivement avec des personnes situées au sommet des hiérarchies administratives et judiciaires, ils connaissent mal les sociétés qu'ils prétendent transformer, leurs conseils sont parfois pris pour paroles d'évangile par les élites modernisatrices du tiers-monde et, enfin, ils ne subissent pas les conséquences de leurs erreurs. L'indifférence des juristes vis-à-vis des travaux sociologiques, les plus grandes affinités entre le droit et l'économie – les deux disciplines se pensent comme des sciences de gouvernement, comme des productrices de solutions aux problèmes concrets – expliquent la très faible répercussion de ces avertissements au sein d'un mouvement davantage orienté vers l'action que vers la réflexion.

²⁸ Trubek, Galanter, 1974, p.1071-1072.

²⁹ En particulier le courant de recherche (Eisenstadt, Trubek) qui explore, souvent dans une perspective weberienne, les relations entre le droit et le changement social.

³⁰ Friedman, 1969.

1.2 – Le rejet des approches inspirées de la théorie du développement

1.2.1 – L'ATJ vue comme une forme inefficace de néo-impérialisme

Au cours des années 1970, la confiance dans la capacité de l'État dirigiste à planifier et à gouverner le développement commence à décliner, de même que la croyance en l'efficacité de l'aide au développement, qui apparaît comme une forme de néocolonialisme. Le creusement de l'écart entre les pays riches et les pays pauvres, l'absence de décollage économique et l'endettement croissant de ces derniers, la multiplication des régimes militaires dans le tiers-monde, semblent indiquer l'échec des politiques de développement menées durant les années soixante. Aux États-Unis, l'excellence du modèle américain, son caractère exportable et universalisable, sont mis en doute par les mouvements pour les droits civils et contre la guerre du Vietnam. Certains programmes d'ATJ sont vivement critiqués par les défenseurs des droits de l'Homme pour le soutien qu'ils apportent aux appareils répressifs de dictatures. Les récipiendaires du MDD semblent rejeter les transformations que les conseillers étasuniens se sont efforcés d'introduire : les juristes locaux s'avèrent réticents ou inaptes à appliquer les règles et les techniques juridiques importées des États-Unis, le droit « moderne » ne prend pas racine dans les sociétés ex-colonies.

De profondes divergences d'opinion et d'approches se font jour au sein du MDD. Tandis que la plupart des « missionnaires » étasuniens se hâtent de proclamer l'échec du MDD (est-il possible, après seulement une décennie d'ATJ, de conclure à son absence d'impact, s'interroge B. Tamanaha³¹) et font, pour certains, leur autocritique, les États du tiers-monde commencent à produire sans aide extérieure le droit dont ils ont besoin, dans un contexte d'affirmation du nationalisme économique. Les idées qui animent le MDD sont taxées d'impérialisme, d'ethnocentrisme, d'historicisme et de naïveté par différents courants intellectuels : notamment les théories de la dépendance et du système international³².

³¹ Tamanaha, 1995.

³² La théorie de la dépendance rejette l'idée selon laquelle différents pays peuvent connaître des trajectoires et des formes identiques de développement, et insiste sur le fait que l'évolution des pays périphériques est influencée par les relations économiques, politiques et culturelles - complexes et inégalitaires - qu'ils entretiennent avec les pays centraux. Les causes du sous-développement résideraient dans l'histoire et la structure du système capitaliste global : la prospérité des pays centraux serait fondée sur le maintien des pays périphériques dans un état de dépendance et d'exploitation, ce qui rendrait leur développement pratiquement impossible. C'est pourquoi le sous-développement ne doit pas être interprété comme un état antérieur au développement, mais comme la conséquence d'une division internationale du travail très inégalitaire. Les institutions juridiques sont vues, dans une perspective marxiste, comme le reflet des intérêts de la classe dominante, comme un épiphénomène, un facteur ne jouant pas un rôle autonome dans le développement. Les théories de la modernisation sont accusées de contribuer à l'hégémonie idéologique du capitalisme occidental et de servir les forces économiques dominantes de l'impérialisme contemporain. Le pouvoir explicatif de cette théorie est limité dans la mesure où elle ne prend pas en considération plusieurs dimensions importantes des dynamiques de modernisation, tels que les valeurs, la religion, les divisions ethniques...

Cette période de déclin du MDD en tant que mouvement d'exportation de droit est aussi celle d'un renouvellement des *Law and development studies*, qui tentent de s'institutionnaliser³³ et de s'émanciper de l'assistance opérationnelle.

L'émergence de véritables travaux de recherche en sciences sociales sur la place du droit dans le changement social entraîne la mutation du référentiel de l'ATJ. De nouveaux thèmes sont inscrits à l'agenda de l'assistance juridique et judiciaire : le droit fiscal, la diffusion de l'information juridique, l'accès des plus pauvres aux prestations juridiques, le développement des droits liés à l'ordre public social (*public interest law*) visant à défendre les intérêts des groupes sociaux dominés et des « majorités diffuses » (consommateurs, victimes de la dégradation de l'environnement, usagers des services publics), la création de procédures et de pratiques de recours collectif devant les tribunaux, la défense des droits de l'Homme³⁴. Les gouvernements qui optent pour un modèle de développement de type socialiste demandent des conseils juridiques dans des domaines tels que le contrôle des changes et des prix, les réformes agraires, les nationalisations d'entreprises, la substitution de la production de marchandises destinées à l'exportation par des produits destinés à la consommation et à l'investissement sur les marchés locaux... Les juristes qui adhèrent à la théorie du « nouvel ordre économique international » aspirent à modifier les systèmes juridiques nationaux et le droit international afin de créer un système économique mondial plus équitable, de réduire la dépendance du tiers-monde vis-à-vis des pays centraux³⁵ et d'affirmer, en faveur des PVD, un droit créance à un traitement préférentiel en matière d'échanges internationaux³⁶.

³³ La tentative d'institutionnalisation des *Law and development studies* a rassemblé des universitaires en provenance de plusieurs sous-disciplines : le droit comparé, les *area studies*, les sciences sociales auxiliaires du droit, mais aussi la sociologie générale où, depuis les pères fondateurs, les interrogations sur le rôle du droit dans le changement social tiennent une place importante. Cette dernière considère les pays apparemment engagés dans des processus de changement de régime, de bouleversement de leurs cadres institutionnels, comme des terrains à haute valeur heuristique.

³⁴ La réorientation de l'ATJ vers ces nouveaux domaines, sans lien direct avec les problèmes de croissance économique, lui permet de s'émanciper de la tutelle des économistes. En effet, ces derniers peuvent difficilement prétendre contrôler et évaluer les activités de coopération juridique touchant à des questions reconnues comme purement juridiques (Dezalay, Garth, 2004).

³⁵ Il s'agit, par exemple, de conférer aux élites économiques nationales un pouvoir de négociation accru avec les compagnies multinationales, de réduire les dédommagements payés aux propriétaires des sociétés étrangères nationalisées, de diminuer les droits des firmes du Nord en matière de propriété intellectuelle, de favoriser les transferts de technologies à bas prix, de limiter les investissements étrangers et d'élever des barrières douanières pour protéger les industries émergentes (Davis, Trebilcock, 1999).

³⁶ C'est-à-dire un régime de faveur au niveau du commerce international, un droit à l'allègement de la dette, un accès garanti à des prêts à taux réduit, une discrimination positive en faveur des industries émergentes... Il s'agit aussi d'établir des principes et des règles universels garantissant la qualité de l'aide au développement. Les pays centraux auraient des devoirs vis-à-vis des pays du tiers-monde en raison des préjudices infligés par le colonialisme et par la construction inéquitable du capitalisme global. Une déclaration des Nations Unies sur le droit au développement est élaborée au début des années quatre-vingt. L'école française du droit du développement (J. Bouveresse) a exercé une influence majeure sur ce mouvement, qui n'a guère eu d'impact au niveau des pratiques. Carty Anthony, 1992, p.xix-xx.

Le retrait des Etats-Unis du champ de l'ATJ laisse le champ libre à des acteurs multilatéraux, telle l'Organisation des Nations Unies, pour lancer des programmes de développement juridique et promouvoir le droit international (de nombreux PVD intègrent, à cette époque, des régimes internationaux tels que le GATT et le droit de la mer)³⁷.

1.2.2 – *Le MDD passé au crible de la théorie de la dépendance*

Dès le début des années soixante-dix, une partie des universitaires ayant pris part au MDD tournent le dos aux idées du juridisme libéral. Ils réalisent que, dans les pays du tiers-monde, « le développement du droit n'équivaut pas à l'exportation des institutions des Etats-Unis³⁸ » et que « la modernisation du système juridique n'est pas nécessairement un progrès en soi³⁹ » qui génère automatiquement, par un effet d'engrenage, la stabilité politique, l'adhésion aux valeurs démocratiques et la croissance économique (comme le note J. Gardner, les « missionnaires » du MDD croyaient volontiers que « toutes les bonnes choses arrivent ensemble »). Ils admettent la vanité de l'idée selon laquelle, pour que les pays du Sud connaissent la même modernisation que les pays du Nord, il suffit de transplanter dans les premiers les institutions auxquels les seconds estiment devoir leur réussite. Ils commencent à entrevoir que les changements juridiques n'ont, en eux-mêmes, qu'un impact très réduit, voire des effets nuls ou pervers, sur la situation politique, économique et sociale dans les pays sous-développés et que, dans de nombreux cas, « les réformes dans la sphère du droit ont pour résultat d'accroître les inégalités, d'affaiblir la société civile, d'entraver les libertés individuelles et de rendre vains les efforts en vue d'améliorer les conditions matérielles d'existence⁴⁰ ». Il leur apparaît que les transferts juridiques peuvent faciliter la prise de contrôle des ressources des PVD par le capital des pays hégémoniques⁴¹.

Le bilan très critique que J. Gardner – un ancien membre de la Fondation Ford – dresse du MDD est tout à fait représentatif de cette volonté de rompre avec les discours reflétant les préoccupations et les intérêts des experts de l'ATJ. Pour cet auteur, l'assistance juridique américaine se caractérisait par un mélange de bonne volonté, d'optimisme, d'arrogance, d'ethnocentrisme, d'arrière pensées intéressées et de manque de compréhension. Les conseillers étasuniens, mal préparés au travail de

³⁷ Tamanaha, 1995, p.474.

³⁸ Trubek, Galanter, 1972, p.1080.

³⁹ *ibid.*

⁴⁰ *ibid.*

⁴¹ Voir notamment Fitzpatrick Peter, *Law and State in Papua New Guinea*, London: Academic Press, 1980; Snyder Francis G., *Capitalism and Legal Change: An African Transformation*, New York : Academic Press, 1981 ; Chanock Martin, *Law, Custom, and Social Order: The Colonial Experience in Malawi and Zambia*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985. Pour D. Greenberg (1980, p.149) la conception instrumentale du droit diffusée par le MDD est particulièrement adaptée à la pénétration des marchés du tiers-monde par les firmes multinationales étasuniennes. Ces sociétés ont, en effet, un tel pouvoir économique qu'elles sont capables de contraindre les autorités des pays où elles s'implantent à mettre en place des législations et des réglementations qui réduisent la concurrence exercée par les entreprises locales et augmentent leurs profits. Le MDD serait, en somme, une entreprise de promotion des intérêts économiques étasuniens au détriment de ceux des pays destinataires.

coopération internationale, mal outillés tant sur le plan méthodologique que théorique, étaient incapables de gérer les contraintes liées aux différences entre leur propre culture juridique et celles des pays destinataires. Leur modèle de référence n'était pas le système juridique des Etats-Unis tel qu'il fonctionnait dans la réalité, mais une image idéalisée et glorifiée de celui-ci. Qui plus est, la conception réaliste, instrumentaliste et anti-formaliste du droit qu'ils diffusaient n'amenait pas, comme ils l'espéraient, les régimes dictatoriaux à se libéraliser et à se démocratiser, mais renforçait, au contraire, la tendance de leurs dirigeants à ne pas se sentir liés par les règles et les procédures inscrites dans la constitution et la législation. Les apports étasuniens convenaient particulièrement bien aux gouvernements autoritaires désireux de concentrer entre leurs mains tous les pouvoirs, d'empêcher la justice de s'ériger en contre-pouvoir, de restreindre l'autonomie du système juridique et d'en faire un simple instrument « technique » d'énonciation et d'application des décisions prises par les détenteurs du pouvoir politique. L'ATJ étasunienne aspirait à doter ces gouvernements « d'ingénieurs juridiques » capables d'améliorer l'efficacité des politiques publiques de développement économique et social, mais ces juristes formés dans le cadre des programmes du MDD se comportaient ensuite comme des « agents technocratiques du pouvoir d'État » utilisant leurs nouvelles compétences pour défendre leurs propres intérêts et pour enrober juridiquement l'arbitraire administratif. Plus largement, les professionnels du droit formés aux techniques étasuniennes fournissaient aux élites conservatrices – clientèle de choix pour les juristes hautement compétents – des ressources supplémentaires pour faire échouer les réformes visant à réduire les inégalités sociales. Les exportations étasuniennes avaient donc pour effet de créer des dissonances et des divisions au sein des professions juridiques entre partisans de différentes visions du droit et de la pratique juridique (tenants du formalisme, partisans du juriste « *pragmatic problem-solver* »...) et de diminuer leur capacité à être un garde-fou ou une force d'opposition à l'autoritarisme⁴².

Divers autres reproches sont formulés à l'encontre du MDD. Il n'envisageait pas que le remplacement des formes traditionnelles de justice par un appareil judiciaire « moderne » eut pour conséquence d'introduire davantage de rigidité, de lourdeur et de complexité dans la gestion des conflits sociaux⁴³. Il n'imaginait pas que les textes de loi puissent n'être rien d'autre que des discours de façade alimentant les bureaucrates corrompus du tiers-monde en nouvelles possibilités d'extorsion⁴⁴. Il surestimait grandement la capacité des réformes touchant aux structures formelles de la justice, à ses procédures officielles, à ses moyens matériels, aux techniques d'enseignement du droit à infléchir des valeurs et des usages professionnels bien établis⁴⁵. Il ne percevait pas que les modifications législatives adoptées à grand renfort de publicité dans le but proclamé de moderniser tel ou tel aspect de la vie sociale constituaient, en réalité, des actes de politique symbolique dont le résultat n'était pas de provoquer le changement mais, au contraire, d'empêcher la montée de la contestation intérieure et de désamorcer

⁴² Gardner, 1980, p. 10, 11, 259.

⁴³ Greenberg, 1980, p.137.

⁴⁴ Snyder, 1990.

⁴⁵ Trubek, 2004.

les critiques étrangères afin de maintenir le *statu quo*. L'incapacité de combler le fossé qui sépare le « droit dans les textes » (*law in books*) et le « droit dans la pratique » (*law in action*), l'impossibilité d'extirper les coutumes, l'impuissance à générer des usages plus étendus et plus intensifs des institutions juridiques « modernes » (vues par la majorité de la population comme des instruments de taxation, d'exploitation et d'oppression), la faiblesse persistante des professions juridiques, la conservation par les élites politiques du pouvoir de manipuler les règles et de soumettre les juges quand leur intérêt est en jeu, sont autant de motifs de désenchantement. Ce n'est pas l'afflux, mais, au contraire, l'absence d'aide étrangère qui est supposée avoir des effets bénéfiques sur les pays du Sud, car elle laisse le champ libre au développement d'un système juridique proprement national, à l'élaboration de règles officielles en adéquation avec les capacités de mise en œuvre du droit et les cultures juridiques locales⁴⁶.

Les impasses auxquelles semblent aboutir les programmes d'ATJ et les recherches guidées par le juridisme libéral, ainsi que la prise de conscience des usages cyniques qu'en font la politique étrangère américaine et les régimes autoritaires qu'elle soutien, accélèrent la mise en question de la validité des explications sociologiques élaborées à l'intérieur de ce paradigme⁴⁷. Au fur et à mesure que des études davantage rigoureuses sont menées dans les pays du tiers-monde, les preuves empiriques s'accumulent à l'encontre des concepts et des théories du juridisme libéral. Les travaux les plus fructueux sont le fait d'anthropologues appartenant à l'école du *Legal pluralism* et de sociologues convertis aux *Critical legal studies*. Les résultats de ces recherches convainquent une partie des professeurs de droits engagés dans le MDD que « si leurs modèles ne permettent pas de saisir correctement la réalité des pratiques juridiques au Brésil, au Ghana ou en Inde, il est probable que ces mêmes modèles donnent une image tout aussi fautive des activités juridiques telles qu'elles se déroulent aux Etats-Unis⁴⁸ ». Ainsi que le relève L. Friedman « Notre méconnaissance des relations entre le droit et le développement ne concerne pas seulement les pays du tiers-monde. Nous ignorons presque tout de, ou nous nous méprenons sur le rôle du droit dans le développement à l'intérieur de notre propre pays et dans les autres pays modernes⁴⁹ ».

En dépit d'un souci croissant de rigueur scientifique et de la riche expérience de terrain acquise par certains chercheurs tels R. Abel, P. Rowe, N. Singer ou D. Smith⁵⁰, les *Law and development studies* ne parviennent pas à se faire reconnaître en tant que discipline académique à part entière. En même temps, les agences de coopération

⁴⁶ McAuslan, 2004.

⁴⁷ D'une manière générale, les *Critical legal studies* rappellent que le droit est aussi l'une des armes les plus efficaces dans l'arsenal des groupes dominants pour légitimer et protéger leurs intérêts particuliers.

⁴⁸ Trubek, Galanter, 1972, p.1091.

⁴⁹ Friedman, 1969, p.13.

⁵⁰ Abel Richard, "A comparative Theory of Dispute Institutions in Society", in *Law and Society Review*, vol. 8, 1974, p.217 et suiv. ; Rowe Peter, "Indian Lawyers and Political Modernization : Observations in Four District Towns", in *Law and Society Review*, vol. 3, 1974, p.219 et suiv. ; Smith David, "Man and Law in Urban Africa : A Role for Customary Courts in the Urbanization Process", in *The American Journal of Comparative Law*, vol.20, 1972, p.223 et suiv. ; Singer Norman, "Modernization of the Law in Ethiopia : A Study in Process and Personal Values", in *Harvard Journal of International Law*, vol.11, 1970, p. 73 et suiv.

internationale continuent de les traiter avec condescendance, voire avec méfiance, car elles considèrent l'accompagnement des réformes juridiques et judiciaires comme un domaine d'intervention politiquement sensible, où les ingérences des donateurs risquent d'être perçues par les bénéficiaires comme des atteintes à leur souveraineté. C'est pourquoi elles sont les premières victimes de la diminution des budgets consacrés à l'aide au développement.

Une partie des universitaires étasuniens qui ont pris part au mouvement renoncent à leurs idéaux et révisent leurs conceptions positivistes. Certains, à l'image de M. Galanter et D. Trubek, font leur *mea culpa* et proclament leur retour vers la recherche fondamentale et la communauté des sociologues du droit. Pour eux, l'exportation d'institutions juridiques ne saurait être une méthode efficace de coopération internationale, dans la mesure où le droit est indissociable de la culture et de la structure propres à chaque société. Ils appellent à la suspension des activités de transfert de droit – suspectées de faire plus de mal que de bien aux récipiendaires – jusqu'à ce qu'une théorie et une méthodologie fiables de l'ATJ aient été mises au point.

Une autre attitude courante face à la crise du paradigme juriste-libéral est l'abandon de toute ambition d'édifier une théorie universellement valide des relations entre le droit et la modernisation des sociétés. Les juristes qui prennent ce parti mettent en avant leur rôle d'ingénieur des aspects juridiques et institutionnels dans les programmes de développement. Ils se présentent comme des experts politiquement neutres mobilisant les techniques et les raisonnements juridiques et sociojuridiques qu'ils maîtrisent au service de la résolution de problèmes pragmatiques définis par d'autres. Certains d'entre eux, à l'image de A. et R. Seidman, s'efforcent d'élaborer une méthodologie de l'ATJ⁵¹. Ce repli sur une identité de technicien du droit leur permet de ne pas rompre avec le juridisme libéral, donc de ne pas s'écarter de la grande majorité des juristes américains, qui continuent à adhérer sans réserve à cette idéologie. Ainsi, T. Frank prône une ATJ modeste, qui n'essaie pas d'infléchir les choix politiques, économiques et sociaux du gouvernement destinataire et qui se contente de respecter le cahier des charges établi par celui-ci. Le rôle des conseillers étasuniens doit, selon lui,

⁵¹ L'approche de A. et R. Seidman (1994, 1996) s'inspire du modèle positiviste d'action du droit (Kelsen). Il en établit une version plus sophistiquée en le combinant avec la théorie fonctionnaliste de l'action sociale (Parsons). Pour ces auteurs, l'ATJ doit s'appuyer fortement sur l'expertise sociologique afin de conférer aux destinataires la capacité de produire un droit réellement capable de modifier les comportements dans le sens souhaité. Les consultants étrangers doivent transmettre à leurs partenaires tout un ensemble de connaissances (en particulier des modèles explicatifs des conduites individuelles et collectives face aux règles juridiques) et de savoir-faire (notamment des méthodes d'étude empirique des problèmes sociaux) leur permettant d'entreprendre une analyse critique de la législation existante du point de vue de ses effets sociaux, ainsi que d'argumenter rationnellement les propositions de modifications du droit. Seuls les sociologues du droit sont, selon eux, véritablement aptes à comprendre les différents systèmes juridiques et à identifier « les problèmes comparables dans des contextes nationaux dissemblables ». Ils sont donc capables d'indiquer les solutions pertinentes inspirées d'exemples étrangers, ainsi que de suggérer des interventions sur les causes des problèmes en connaissance des effets et des coûts probables de ces mesures.

se limiter à augmenter les options à la disposition des dirigeants politiques locaux et à fournir un appui matériel et humain⁵².

1.2.3 – Les tentatives récentes de réhabilitation du MDD

Une partie des spécialistes contemporains dénoncent le caractère exagéré des critiques portées à l'encontre du MDD durant les années 1970 et 1980. Pour ces chercheurs, les « missionnaires du droit » n'étaient ni candides, ni nombrilistes, ni cyniques. Ils ne considéraient pas leurs idées et leurs prescriptions comme des panacées, mais comme les fondations nécessaires d'un gouvernement démocratique et comme un référentiel à partir duquel il était possible de critiquer les régimes autoritaires qui avaient été instaurés dans presque tous les pays de tiers monde⁵³. Ils concevaient leurs modèles comme des idéaux-types, utiles pour identifier et caractériser les problèmes liés au droit et à la justice, ainsi que pour fixer les orientations des réformes, mais non comme des descriptions du fonctionnement réel des systèmes juridiques dans les pays industrialisés⁵⁴. Ils mettaient leurs compétences au service de politiques définies, pour l'essentiel, au niveau des États récipiendaires (et non, comme aujourd'hui, à celui de structures internationales).

Ces travaux visant à réhabiliter le MDD soulignent que les controverses autour de l'échec présumé du mouvement constituaient un débat purement interne au milieu académique étasunien. Ils reprochent aux détracteurs du MDD de se focaliser sur les lacunes de l'approche initiale des « missionnaires du droit » – qui a pourtant été corrigée par la suite – et de refuser de voir les apports positifs de l'ATJ. Les critiques du MDD sont coupables, à leurs yeux, d'avoir laissé un champ de ruine sans entreprendre la reconstruction⁵⁵. B. Tamanaha, par exemple, considère que la disqualification de la théorie de la modernisation a abouti à tomber dans d'autres excès idéologiques. Pour ce chercheur, les partisans de la théorie de la dépendance tiennent un discours contradictoire. Ils ont tendance à magnifier les coutumes en vigueur dans les sociétés du tiers-monde et ils affirment la nécessité de les préserver tant contre l'impérialisme juridique des pays occidentaux que contre la volonté des gouvernements nationaux de formaliser, rationaliser, unifier et codifier les règles locales. Pourtant, leur souci tiers-mondiste de sauvegarder le droit traditionnel s'efface dès lors qu'il s'agit de défendre certaines causes. La légitimité de l'ATJ n'est pas contestée quand celle-ci contribue, au moyen de transferts juridiques, à réduire l'oppression dont sont victimes les femmes ou à sauver le milieu naturel. Quant aux violations des droits de l'Homme – présentés comme des principes purement occidentaux⁵⁶ – elles sont passées sous silence. Par ailleurs, B. Tamanaha pense que le reproche d'ethnocentrisme adressé au MDD est un

⁵² Frank, 1972, p.788-790.

⁵³ McAuslan, 2004.

⁵⁴ Tamanaha, 1995, p.475.

⁵⁵ *ibid.*, p. 474.

⁵⁶ Pour Tamanaha (1995, p.476), les principes minimaux de l'État de droit sont compatibles avec la plupart des cultures, à savoir la soumission des administrations aux règles adoptées par les autorités politiques, un respect minimal de la dignité humaine des citoyens, l'accès à une instance neutre et équitable pour traiter les requêtes et résoudre les conflits.

argument polémique. Il est en effet inévitable que les conseillers occidentaux comparent les systèmes juridiques sur lesquels ils sont appelés à intervenir à celui qu'ils connaissent (ou croient connaître) le mieux, à savoir celui de leur pays d'origine.

P. McAuslan estime que l'importation de droit, même si elle conforte, par certains côtés, la domination de la classe dirigeante, est préférable à l'absence de droit. L'implantation d'un système juridique moderne entraîne toujours, selon lui, des évolutions positives : il rend les agissements des puissants moins imprévisibles, il fournit aux plus faibles un point d'appui pour imposer des limites à leur exploitation économique, revendiquer une redistribution des richesses, combattre les abus des bureaucraties, atténuer la répression de leurs luttes sociales et politiques. En outre, le MDD a, estime-t-il, contribué à la constitution des juristes en force sociale distincte et autonome, ainsi qu'à l'établissement d'une tradition d'enseignement du droit dans les pays qui en étaient dépourvus⁵⁷.

1.3 – Le mouvement de promotion de la *rule of law*

1.3.1 – Le désintérêt pour les réformes du système juridique durant les années quatre-vingt

Les années 1980 constituent une période de basses eaux pour l'ATJ. Les universitaires nord-américains qui s'étaient investis dans le MDD se détournent vers des champs de recherche plus gratifiants tant au niveau du prestige intellectuel que de la collecte de fonds. La politique étrangère étasunienne est focalisée sur le combat contre le communisme. Les agences de développement ferment les yeux sur le détournement d'une partie de l'aide internationale au profit des classes dirigeantes et des fonctionnaires corrompus des régimes autoritaires.

L'établissement du consensus de Washington marque le triomphe de l'idéologie néolibérale dans le champ de l'aide au développement. L'idée d'une modernisation planifiée et dirigée par l'État cède le pas à celle d'un développement suscité par le marché. L'heure n'est pas à la promotion des réformes juridiques et judiciaires, mais aux prescriptions censées assurer la stabilité macroéconomique d'un environnement favorable à la libre entreprise. Les politiques d'ajustement structurel imposées aux PVD, étranglés par leur dette et par la crise pétrolière, visent à déréguler, diminuer les contrôles sur les échanges commerciaux et financiers, abolir les prix administrés, privatiser les entreprises publiques, réduire la fiscalité et les dépenses publiques, assouplir le droit du travail, ouvrir les marchés nationaux au commerce international et aux investissements étrangers. Le droit est perçu comme une source potentielle de distorsion de la concurrence, un instrument plus utile pour générer de rentes que pour créer des richesses.

⁵⁷ McAuslan, 2004.

L'intérêt des principaux donateurs pour les réformes juridiques et judiciaires réapparaît au milieu des années quatre-vingt, avec le lancement par l'USAID d'un vaste programme d'amélioration de l'administration de la justice en Amérique centrale.

1.3.2 – La nouvelle vague de coopération juridique et judiciaire des années quatre-vingt-dix

L'aide au développement par l'exportation de droit connaît un essor sans précédent au début des années 1990, au moment où la Banque mondiale fait de la promotion de la « bonne gouvernance » son principal cheval de bataille. L'idée selon laquelle la sacralisation d'un ensemble bien défini de droits (propriété, contrats) et l'établissement d'un régime de *rule of law*⁵⁸ sont des conditions nécessaires de la démocratisation, du progrès social, de la croissance économique et de la pacification de la société s'impose largement dans le champ de l'aide au développement.

Les institutions financières internationales (IFI), les agences bilatérales de développement, les fondations privées investissent des centaines de millions de dollars dans l'accompagnement de différents types de réformes juridiques et judiciaires, ce qui nourrit l'expansion d'un marché très concurrentiel – et très lucratif – du conseil aux gouvernements et aux administrations dans ce domaine. L'on assiste également à la prolifération des cabinets de consultants transnationaux dont l'activité consiste à évaluer les systèmes juridiques des pays émergents afin d'orienter les entreprises désireuses de s'y implanter, d'y exporter ou d'y placer des capitaux⁵⁹. Certains des détracteurs les plus virulents du MDD se joignent à ce nouveau mouvement de promotion de *rule of law* (MRL).

Le MRL s'insère dans une conjoncture internationale très différente de celle du MDD, caractérisée par les vagues de démocratisation en Amérique latine, en Europe du Sud, puis dans les pays de l'ancien bloc soviétique, la croissance du commerce international, les délocalisations industrielles dans les PVD, la montée en puissance des sociétés multinationales et des *law firms*, la dérégulation des marchés financiers, avec pour conséquence un niveau d'intégration de l'économie mondiale beaucoup plus élevé que dans les années 1960. Le nouvel essor de l'ATJ est nourri par l'importance

⁵⁸ La *rule of law* est définie comme un système juridique caractérisé par la primauté des règles universelles et transparentes, appliquées avec équité, uniformité, neutralité, efficacité et efficacité par une pyramide de juridictions dotées d'un personnel professionnalisé et protégé des pressions politiques et autres influences extralégales. Les processus de décision judiciaire doivent être rationnels et prévisibles par les personnes formées au droit. Les intérêts juridiquement légitimes doivent être informés du droit en vigueur et convenablement représentés devant les tribunaux. Le système doit disposer de ressources suffisantes pour attirer et conserver des personnes de talent. Le pouvoir politique doit respecter l'autonomie du droit et de la justice et accepter que ses actes soient soumis à des contrôles judiciaires (Upham, 2002, p.14). Les citoyens doivent, en outre, bénéficier d'un accès aisé à des voies de recours contre les actes administratifs qui leur sont préjudiciables, ainsi qu'à une défense juridique lorsque leur responsabilité civile ou pénale est mise en cause.

⁵⁹ Garth, 2003, p.5.

croissante des discours sur la démocratie et les droits de l'Homme⁶⁰ en politique étrangère et par la très forte demande d'expertise juridique émanant des gouvernements soucieux d'insérer au mieux leur économie nationale dans les flux globaux de marchandises, de services et de capitaux.

Ces évolutions suscitent, ainsi que l'expliquent D. Trubek, Y. Dezalay, R. Buchanan et J. Davis, une dynamique d'ouverture aux influences internationales des champs juridiques nationaux, ainsi qu'une compétition globale entre les systèmes juridiques : « Ces nouvelles conditions économiques ont engendré une concurrence mondiale à la fois entre les nations capitalistes du centre, qui s'affrontent pour les marchés et les ressources des pays en développement, et entre ces derniers, qui sont en compétition pour les capitaux et les possibilités d'exportation nécessaires à l'accélération de leur croissance. Les champs juridiques des PVD sont devenus un enjeu dans ces rivalités globales. Les réformes juridiques constituent l'un des terrains sur lesquels les États du Sud se mesurent les uns aux autres dans le but d'attirer les capitaux et les investissements. A travers la transformation de leur droit et de leur système juridique, ils cherchent à satisfaire les agences d'aide. Dans le même temps, les firmes multinationales ont un besoin croissant de savoirs sophistiqués concernant les systèmes juridiques des pays du Sud, car elles sont à la recherche des meilleurs emplacements pour installer leurs unités de production et d'autres activités économiques⁶¹. » Alors que pendant les années soixante et soixante-dix, les juristes étaient nettement dominés par les économistes dans le champ de l'aide au développement, ils y occupent dorénavant une place de premier plan. Ceux qui ont acquis la position la plus avantageuse sont les praticiens directement intéressés aux opérations juridiques rendues possibles par les réformes du droit des affaires : privatisations, appels d'offre internationaux, fusions internationales, création de joint-ventures, accroissement des échanges entre firmes de différents pays...

La chute des régimes communistes en Europe centrale et orientale ouvre un gigantesque chantier de réformes juridiques et judiciaires. Les dispositifs bilatéraux et multilatéraux d'ATJ sont très fortement sollicités, dans un premier temps pour la fabrication des constitutions et des cours constitutionnelles, la refonte des codes électoraux, la création de garanties des libertés politiques et des droits de l'Homme, la mise en place des mécanismes du marché. L'attention prêtée par IFI à la question de la qualité du droit et des institutions juridiques en tant que soubassement institutionnel de l'économie de marché s'accroît encore suite à l'échec des thérapies de choc administrées aux pays ex-socialistes au début des années 1990, puis avec la crise financière asiatique de 1997. Aujourd'hui, la grande majorité des pays en voie de développement et des anciens pays socialistes reçoivent une assistance internationale pour réformer leur système juridique.

L'octroi de prêts par les IFI est de plus en plus subordonné au lancement de réformes juridiques et judiciaires. A la fin des années 1990, les quatre cinquièmes des

⁶⁰ La légitimation des États périphériques sur la scène internationale passe de plus en plus par l'acceptation d'une ATJ en la matière.

⁶¹ Trubek, Dezalay, Buchanan, Davis, 1994.

conditions imposées par la Banque mondiale dans le cadre des accords de prêt et des programmes d'ajustement structurel sont des modifications du droit⁶². Les donateurs exigent l'adoption rapide de lois conformes avec les règles et standards en vigueur dans tout un ensemble de structures et de régimes internationaux (Union européenne, Organisation mondiale du commerce...). La promotion des politiques d'ajustement structurel orchestrée par les IFI durant les années quatre-vingt a ouvert la voie à une ingérence de plus en plus prononcée de la part des donateurs dans les politiques intérieures des pays récipiendaires et à des approches de moins en moins respectueuses de la souveraineté nationale. Face à une telle pression extérieure, les autorités des pays récipiendaires consentent généralement à adopter en partie les mesures prescrites, à plus forte raison quand celles-ci conditionnent l'obtention de prêts ou l'intégration au sein de d'organisations supranationales et de systèmes internationaux d'échanges économiques. Elles disposent toutefois de multiples possibilités pour en limiter la portée et en manipuler les effets.

Les priorités de l'ATJ ont évolué par rapport aux années soixante et soixante-dix. Les prescriptions des exportateurs concernent au premier chef le droit économique – contrats, crédit, statut des sociétés, insolvabilité, faillites, propriété intellectuelle, libre concurrence, fiscalité, marchés publics, régulation des monopoles – et la justice commerciale, dont l'on souhaiterait améliorer l'honnêteté, l'équité et la rapidité, en particulier grâce au développement des modes non judiciaires de règlement des litiges (au premier chef l'arbitrage commercial). La promotion des droits de l'Homme⁶³ et la réforme des institutions pénales (police criminelle chargée de lutter contre la criminalité organisée et les trafics internationaux, parquets, prisons) figurent aussi en bonne place à l'agenda international des réformes juridiques et judiciaires.

La nature du droit transféré change : alors que le MDD exportait des règles essentiellement substantives et constitutives, attribuant des pouvoirs discrétionnaires aux administrations étatiques, le MRL insiste davantage sur l'établissement de règles procédurales, de voies de recours et de mécanismes juridictionnels de contrôle visant à encadrer juridiquement les processus de décision politique et à limiter l'arbitraire administratif (le MRL prône, en revanche, d'assouplir et d'alléger les contraintes pesant sur les entreprises privées). Les donateurs se disent particulièrement attentifs à la mise en œuvre des règles transplantées, à l'amélioration des capacités institutionnelles d'application des lois et de répression des infractions, à la création de procédures participatives de design institutionnel et de fabrication du droit, au renforcement des barreaux et à la mise en place de codes de déontologie pour les avocats, à l'élargissement des possibilités d'action juridique des groupes démunis⁶⁴.

Les nouveaux « missionnaires du droit » prétendent détenir une pharmacopée universelle de mesures-type capable de remédier à l'ensemble bien identifié des « faiblesses structurelles » dont souffriraient les appareils judiciaires dans les pays en développement et en transition. Cinq orientations majeures sont conférées aux réformes

⁶² Klug H., *Law, Globalism and South Africa Political Reconstruction*, Cambridge University Press, 2000.

⁶³ Les pays nordiques jouent un rôle leader dans ce domaine, voir Sevastik (ed.), 1997.

⁶⁴ Carothers, 2001, p.7.

visant à « démocratiser » et à « moderniser » la justice : *assurer une plus grande autonomie des institutions judiciaires vis-à-vis du pouvoir politique* par le biais de la modification des règles de recrutement, de promotion et de sanction des magistrats, de la création de conseils supérieurs de la justice ; *accélérer le traitement des affaires* au moyen de la réorganisation des tribunaux et de la formation de leurs dirigeants aux techniques de management, mais aussi en introduisant l'évaluation des performances et l'émulation, en mettant en place des outils pour faciliter l'accès à l'information juridique, en rationalisant et en informatisant la gestion des dossiers, en créant des procédures simplifiées pour trancher les petits litiges et en transférant diverses tâches à d'autres administrations ou à des professions libérales ; *développer l'usage des mécanismes dits « alternatifs » de résolution des litiges* à travers la création de dispositifs d'arbitrage, de médiation ou de conciliation et le soutien aux associations prestataires d'aide juridique ; *professionnaliser le personnel judiciaire* grâce au renforcement de la formation initiale et continue des magistrats et des auxiliaires de justice, aux échanges internationaux entre professions juridiques, à la consolidation des associations professionnelles, à l'élaboration de codes de déontologie et à la lutte contre la corruption, à l'amélioration du contrôle disciplinaire et à la réforme de l'enseignement du droit dans les universités ; *améliorer l'image de la justice dans la société* au moyen de la communication publique et de l'éducation, ainsi que par la formation des journalistes spécialisés dans la couverture des événements juridiques et judiciaires. Le MRL s'intéresse, en somme, à tous les éléments du système juridique, alors que le MDD se focalisait sur l'enseignement du droit⁶⁵.

1.3.3 – La « deuxième génération » de prescriptions globales : un discours réformiste à visage humain

Les résultats des réformes d'inspiration néolibérale prônées par les IFI s'avèrent décevants, voire désastreux : faiblesse de la croissance économique, accroissement de la dette, creusement des inégalités sociales, détérioration des conditions de vie des classes moyennes et populaires, persistance d'un haut niveau de pauvreté, dégradation de l'environnement, essor de la corruption et du clientélisme dans les bureaucraties publiques. L'on reproche à ces prescriptions dites de « première génération » de viser davantage à protéger les intérêts des créanciers internationaux et à faciliter l'accès des investisseurs étrangers aux marchés des pays débiteurs qu'à assurer le développement social et humain dans les pays récipiendaires.

Ces critiques conduisent les bailleurs de fonds à élaborer une « deuxième génération » de prescriptions, plus attentives aux dimensions sociales, humaines et environnementales du développement, ainsi qu'aux questions de redistribution, de lutte contre la pauvreté, de santé, d'éducation, d'égalité entre les genres⁶⁶. Les rhétoriques du

⁶⁵ Messick, 1999, p.119.

⁶⁶ Ce tournant marque le retour sur le devant de la scène de l'approche dite « par les besoins fondamentaux » développée, depuis les années soixante-dix, par l'Organisation internationale du travail et par le Programme des Nations Unies pour le développement. Selon cette conception, l'une des causes de la pauvreté est la vulnérabilité juridique des « petits » (travailleurs non qualifiés, petits commerçants,

développement humain et du développement durable aujourd'hui en vogue dans les IFI mettent en avant l'idée selon laquelle les transferts juridiques doivent concourir au remplacement de l'État providence et de l'État producteur de biens et de services par un État régulateur. Selon cette conception, les autorités publiques doivent reconnaître que la fonction de répartition des richesses incombe essentiellement au marché. Elles ont pour rôle de garantir aux citoyens la jouissance du strict minimum de droits sociaux (« filets de sécurité » contre la maladie, le chômage et la vieillesse, accès à l'éducation, lutte contre la discrimination des groupes défavorisés), de défendre leur environnement et, surtout, de mettre à leur disposition des instruments juridiques efficaces afin qu'ils puissent conduire librement leurs initiatives individuelles et collectives (thèmes de l'accès au marché, du renforcement de la société civile) et qu'ils soient en mesure de demander des comptes aux dirigeants politiques (thèmes la démocratisation, de l'*accountability*, de la transparence, de la probité du personnel politique et administratif). Ces droits ne doivent en aucun cas compromettre le maintien d'une économie de marché performante. Pour les IFI, le droit et les administrations publiques doivent se mêler le moins possible de problèmes sociaux. Le traitement de ces derniers doit être assuré par les communautés locales, par la société civile et au moyen de *soft law*, c'est-à-dire des conventions négociées localement entre les personnes directement concernées, appliquées de manière flexible. Les services d'intérêt général doivent être produits par le secteur privé sous le contrôle des autorités publiques, d'où l'importance du droit des marchés publics. Cette reformulation des objectifs du développement n'a guère de répercussions sur les prescriptions en matière de réformes juridiques, qui restent axées sur les droits de propriété, l'exécution des contrats, le respect de l'État de droit et la lutte contre la corruption⁶⁷.

L'ATJ participe désormais à la transformation du droit public et de la justice administrative, ce qui constitue une rupture avec le fétichisme du droit privé typique des années 1980 et 1990. Les structures de coopération juridique veulent également apporter leur soutien aux réformes des administrations publiques et à la création d'agences de régulation, à travers des projets consacrés aux problèmes d'enregistrement, de licences, de contrôle de la conformité à la réglementation.

SECTION 2 - UNE SOCIOLOGIE CRITIQUE DES TRANSFERTS INTERNATIONAUX D'INSTITUTIONS JURIDIQUES

L'amplification de l'ATJ a donné un nouvel élan aux réflexions et controverses scientifiques portant sur les rapports entre droit et développement. La demande d'expertise en droit, économie et sciences sociales émanant des commanditaires, opérateurs et bénéficiaires de programmes de coopération internationale juridique a incité de nombreux chercheurs à s'investir dans ce champ de recherche. Les concepts

petits agriculteurs, minorités ethniques...) aux prétentions des « puissants » (grands propriétaires terriens, gros commerçants, employeurs, créanciers, fonctionnaires), en raison d'assymétries au niveau des droits, de l'accès à la justice et de la qualité de la représentation juridique. Voir la préface de James Paul à l'ouvrage dirigé par Hatchard et Perry-Kessaris, 2003, p.xv.

⁶⁷ Rittich, 2004.

(coûts de transaction, efficacité, incitations, rentes...) et les théories (*public choice*, nouvel institutionnalisme économique...) aujourd'hui les plus en vogue dans le secteur de l'ATJ sont empruntés à l'économie du droit, qui est elle-même fortement influencée par le nouvel institutionnalisme économique et à la théorie des choix publics. Ces modèles théoriques tendent à être simplifiés et schématisés à l'excès quand ils sont traduits en prescriptions de réformes : au juridisme libéral du MDD a succédé le juridisme néolibéral du MRL. Les *Law and development studies* s'efforcent de faire pièce à l'influence de la « nouvelle orthodoxie de la *rule of law* » en contestant la validité scientifique des thèses économistes sur les relations entre droit et développement et en dénonçant l'inefficacité des activités d'ATJ fondées sur ces conceptions.

2.1 – La controverse actuelle sur les relations entre droit et développement : la critique sociologique de l'économisme du MRL

2.1.1 – Le juridisme néolibéral du MRL : une pensée dérivée des Law and economics studies

Les *Law and economics studies* conçoivent le droit moins comme un outil au service de la mise en œuvre des politiques de développement que comme l'un des soubassements institutionnels du système économique, qui a la capacité de réduire les incertitudes et les asymétries d'information sur les marchés, ainsi que d'inciter les acteurs à adopter des comportements plus productifs, moins opportunistes et moins égoïstes. Le droit privé est tenu pour plus important que le droit public. Le premier, lorsqu'il est appliqué mécaniquement par des magistrats compétents, intègres, désintéressés, protégés des influences politiques, est paré de vertus telles la neutralité, l'impartialité, la stabilité. Il fixe les règles du jeu fondamentales, générales et permanentes, et offre des garanties qui déterminent, dans une large mesure, l'efficacité des marchés. Il délimite et protège des espaces sociaux à l'intérieur desquels les détenteurs de droits de propriété sont libres de chercher l'enrichissement maximal par le biais de transactions commerciales conclues volontairement entre eux. La fonction étatique de création institutionnelle est, ainsi, mise en valeur. En revanche, les réglementations publiques sont regardées avec suspicion. Elles sont considérées comme des immixtions du politique (vu comme impur) dans le champ économique, qui ont presque toujours pour effet de générer des rentes, de perturber les équilibres créés par la « main invisible », de fausser la libre concurrence, de distordre les prix, d'altérer la répartition des profits, de conduire à un emploi « sous optimal » des ressources. Les avantages du formalisme juridique sont, en somme, redécouverts : l'on estime qu'il est préférable de résoudre les litiges de façon purement technique, sans se référer à des idéologies ou à des objectifs politiques.

La théorie du *Public choice* fournit des arguments savants à l'appui de cette défiance vis-à-vis de la puissance publique. Ce courant de recherche considère que l'unique but des politiciens et des bureaucrates est de défendre leur propre intérêt, ainsi que celui des

lobbies susceptibles de les aider à conquérir ou à conserver le pouvoir. Il découle de ce postulat que toute action publique vise nécessairement à favoriser des intérêts corporatistes ou sectoriels particuliers, au détriment de l'enrichissement global de la société. C'est pourquoi il conviendrait, pour préserver les performances économiques d'un pays, de restreindre au maximum la capacité de ses autorités gouvernementales à utiliser le droit afin de contraindre les acteurs économiques. Toute règle juridique destinée à promouvoir d'autres valeurs que l'efficacité économique est tenue pour illégitime, dans la mesure où elle constitue très probablement un écran de fumée dissimulant des stratégies *self-serving* et *rent-seeking*⁶⁸.

La pensée néo-institutionnaliste de D. North constitue une référence incontournable au sein du MRL. Pour cet auteur, les entrepreneurs individuels, qui sont les véritables créateurs de richesses, sont constamment menacés d'être spoliés du fruit de leurs efforts par l'État et par des partenaires commerciaux opportunistes, d'où l'importance fondamentale des lois sur la propriété, du droit des contrats et, surtout, de leur effectivité. Ces deux régimes juridiques, à conditions d'être efficaces, ont pour effet d'élargir l'horizon spatial et temporel des entrepreneurs, d'autoriser la diversification et la complexification des formes d'échanges (ils sont, en particulier, une condition d'expansion de l'intermédiation financière), d'abaisser les coûts de transaction et, par conséquent, de favoriser le transfert des ressources à ceux qui sont capables de les utiliser de la façon la plus productive. Les pays ayant les meilleures performances économiques à long terme sont, précisément, ceux où les droits de propriété bénéficient de la protection la plus efficace (notamment contre les velléités d'expropriations manifestées par les détenteurs du pouvoir politique) et où les litiges contractuels sont tranchés selon des règles stables, largement connues et acceptées⁶⁹. Pour D. North, la principale cause de stagnation économique dans l'histoire, ainsi que du sous-développement actuel des pays du tiers-monde, réside dans l'absence de moyen peu coûteux pour garantir l'exécution des contrats à long terme. L'aide au développement doit fournir aux États pauvres les ressources nécessaires pour remplacer leurs institutions inadaptées par des institutions plus efficaces.

2.1.2 – La Banque mondiale, acteur clé de la définition d'une nouvelle orthodoxie de la rule of law

Contrairement à l'époque du MDD, où les bailleurs de fonds ne prétendaient pas définir la teneur et les modes d'intervention de l'ATJ, où ils avaient une vision très floue du rôle du droit dans le développement et aucun agenda spécifique en la matière, les IFI exercent aujourd'hui une influence prépondérante sur les priorités et doctrines d'intervention des conseillers juridiques internationaux. L'institution la plus influente à cet égard est incontestablement la Banque mondiale. Celle-ci a commencé à s'intéresser

⁶⁸ Tshuma, 1999, p.86.

⁶⁹ Ginsburg, 2000, p.833. De très nombreuses études en droit et développement prennent pour objet des réformes visant, par exemple, à décollectiviser et à individualiser la propriété foncière ou immobilière, à en augmenter la cessibilité, à en faciliter l'utilisation comme garantie en vue d'accéder au crédit, à transformer des systèmes des titres et de registres.

aux réformes juridiques et judiciaires durant les années quatre-vingt, dans le cadre de la mise en oeuvre des prêts d'ajustement structurel. En 1992, le rapport de la Banque sur le développement mondial, intitulé « De la crise à la croissance durable⁷⁰ », dresse un inventaire des facteurs institutionnels entravant la croissance dans les États emprunteurs, dans lequel figure en bonne place l'inadéquation des cadres juridiques et des appareils judiciaires. L'interprétation du sous-développement en tant que résultat des « mauvaises pratiques » dans le secteur public supplante les explications traditionnelles, qui mettaient en avant des facteurs tels que la santé, l'éducation et les infrastructures.

Le discours de la Banque porte, à la fois, sur la définition des critères de qualité d'un système juridique national, l'identification des lacunes, dysfonctionnements et mauvaises pratiques juridiques ou judiciaires dommageables à la gouvernance du pays⁷¹, la construction, le suivi et l'évaluation des projets d'assistance technique censés corriger ces défauts. Le langage choisi pour décrire et interpréter les problèmes est conçu pour que la mise en place de dispositifs d'ATJ apparaisse logique et suscite des attentes optimistes quant au résultat des prestations des conseillers étrangers⁷².

La Banque mondiale essaie de promouvoir un modèle unique de système juridique, souvent qualifié de « nouvelle orthodoxie de la règle de droit ». Cette volonté de standardisation du droit et de la justice économiques correspond à l'aspiration des économistes à construire des modèles généralisables et au besoin des dirigeants politiques de se doter de programmes consensuels, simples, communicables⁷³. L'accent est placé sur la création de corps de règles formelles, cohérents et clairs, connus à l'avance de toutes les personnes concernées, ainsi que sur leur mise en œuvre effective par des organisations publiques et privées efficaces. La Banque insiste également sur l'indépendance du système judiciaire et des dispositifs juridiques d'arbitrage, ainsi que sur leur capacité à résoudre tous les types de conflits, leur aptitude à contraindre la plupart des personnes à se soumettre au droit, la modicité des coûts d'accès aux tribunaux et la prévisibilité des décisions des magistrats. Si la Banque admet la nécessité de procédures pour amender les règles inadaptées, elle prône la mise en place de garde-fous pour empêcher les modifications inopportunes, imprévisibles ou

⁷⁰ World Bank, *From Crisis to Sustainable Growth*, Washington DC : World Bank Development Report, 1992.

⁷¹ Ces déficiences sont : des procédures judiciaires lourdes et archaïques, le manque d'indépendance des magistrats, la mauvaise qualité du management des juridictions et des dossiers judiciaires, le déficit de ressources humaines et matérielles, la gestion irrationnelle ou clientéliste du personnel judiciaire, l'opacité du contrôle des dépenses, le laxisme de l'institution à l'égard des comportements dérogeant à la déontologie, un système de frais de justice augmentant exagérément les coûts d'accès, la faiblesse des modes alternatifs de résolution des litiges (Rowat, Malik, Dakolias, 1995, p.vii). La corruption des magistrats est jugée particulièrement nuisible : elle représente une imposition informelle qui accroît les charges pesant sur les entrepreneurs privés. Elle gêne le recouvrement de leurs créances par les banques, ce qui les conduit à augmenter les taux d'intérêt pour compenser les pertes occasionnées par les procès inefficaces. Elle rend aléatoire la protection de la propriété, ce qui a pour conséquence une hausse du prix des locations et une prudence excessive des investisseurs.

⁷² Weaver, 2000.

⁷³ McAuslan, 2004.

arbitraires de la législation, ainsi qu'une stricte limitation des pouvoirs discrétionnaires d'interprétation, de transaction, d'exemption octroyés aux administrations⁷⁴.

Le mandat des IFI leur interdit toute ingérence dans la politique intérieure de leurs membres. C'est pourquoi la Banque mondiale présente ses prescriptions comme uniquement économiques. Les réformes du droit et de la justice participent, selon elle, non de l'exercice du pouvoir politique, mais de l'amélioration de la gouvernance, définie comme la façon (plus ou moins rationnelle, rigoureuse, précautionneuse, transparente, participative...) dont les institutions d'un pays en gèrent ses ressources économiques. « L'adaptation » du système juridique est vue comme un aspect essentiel du renforcement des « capacités institutionnelles », dont le pays doit impérativement se doter pour accroître ses performances économiques, assurer le succès de ses stratégies de développement et, en fin de compte, être en mesure de rembourser les prêts accordés par la Banque.

Ce discours visant à justifier la part prise par les IFI dans le champ de l'ATJ, ainsi qu'à légitimer l'imposition de conditions aux pays de l'Est et du Sud est, bien évidemment, fragile, puisque toute réforme du système juridique engage forcément le pouvoir d'État. En quête d'arguments scientifiques pour consolider la crédibilité de leur rhétorique apolitiste, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international et les banques régionales de développement ont initié ou soutenu de nombreux programmes de recherche en économie institutionnaliste et en économie du droit⁷⁵. L'objet de ces travaux est de mettre en évidence les liens de cause à effet entre performances économiques et réformes juridiques, ainsi que d'estimer le coût économique du mauvais fonctionnement de la justice. La méthode employée par les chercheurs consiste à créer des indicateurs quantitatifs de l'efficacité du système juridique national⁷⁶ – à partir de

⁷⁴ Shihata Ibrahim F.I., *The World Bank in a Changing World*, Boston, London: Martinus Nijhoff Publishers, vol.1, 1991, vol.2, 1995; Shihata Ibrahim F.I., *Complementary Reform: Essays on Legal, Judicial and Other Institutional Reforms Supported by the World Bank*, The Hague: Kluwer Law International; Gray Clive S., "Reform of the Legal, Regulatory, and Judicial Environment: What Importance for Development Strategy?", Development Discussion Paper n°403, Cambridge, Mass.: Harvard Institute for International Development, September 1991.

⁷⁵ Voir, entre autre: Keefer Philip, Knack Stephen, "Institutions and Economic Performance: Cross Country Tests Using Alternative Institutional Measures", in *Economics and Politics*, vol.7, 1995, p.207-227; Keefer Philip, Knack Stephen, "Why don't Poor Countries Catch Up? A Cross-National Test of an Institutional Explanation", in *Economic Inquiry*, vol.35, n°3, 1997, p.590-603; Clague C., Keefer P., Knack S., Olson M., "Institutions and Economic Performance: Property Rights and Contract Enforcement" (p.67-90) and "Democracy, Autocracy, and the Institutions Supportive of Economic Growth" (p.91-120) in C. Clague (Ed.) *Institutions and Economic Development: Growth and Governance in Less Developed and Post-Socialist Countries*, Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1997; Barro Robert J., *Determinants of Economic Growth*, Cambridge: MIT Press, 1997; LaPorta Rafael, Lopez-de-Silanes Florencio, Shleifer Andrei, Vishni Robert W., "Legal Determinants of External Finance", in *Journal of Finance*, vol.52, 1997, p.1131-1150; Hay Jonathon R., Shleifer Andrei, "Private Enforcement of Public Law: A Theory of Legal Reform", in *American Economic Review*, vol.82, n°2, 1998, p.398-403, Hay Jonathon R., Shleifer Andrei, Vishni Robert W., "Toward a theory of Legal Reform", in *European Economic Review*, vol.40, n°3-5, 1996, p.559-567.

⁷⁶ Il s'agit d'attribuer une valeur chiffrée à des critères tels que l'adéquation du droit national aux besoins des investisseurs étrangers, la sécurité des contrats publics et privés, le respect des droits de propriété et le risque d'être exproprié par les autorités publiques, le légalisme et la compétence juridique des

données telles que des notations subjectives établies par des avocats internationaux, des sondages effectués dans les milieux d'affaire, des classements élaborés par sociétés d'étude des risques financiers et commerciaux – puis à analyser les corrélations entre ces variables et la croissance du produit intérieur brut. Il s'agit de montrer comment certains types de changements mineurs du droit peuvent entraîner de profondes inflexions des comportements des acteurs économiques.

Ce type d'enquête pose tout un ensemble de problèmes⁷⁷. Elles partent de l'hypothèse – hautement contestable – selon laquelle les seuls types de juridicité qui conditionnent de façon significative le développement sont le droit économique et la législation pénale réprimant la délinquance d'affaires. Elles présupposent, en outre, que le droit et la justice remplissent les mêmes fonctions et revêtent les mêmes significations dans toutes les sociétés. Les variables explicatives impossibles à quantifier, telles que les représentations sociales du droit, la culture juridique, ne sont guères prises en considération.

Une autre limite de ces travaux tient au fait qu'ils mesurent la qualité des systèmes juridiques essentiellement à l'aune de leur efficacité procédurale. Or, comme le remarquent N. Mercurio et S. Madena, la primauté accordée au critère d'efficacité est, en matière juridique, particulièrement discutable, dans la mesure où la légitimité du droit et de la justice procède d'autres valeurs, telles que l'équité, la fidélité aux règles consacrées par les autorités légitimes, le souci de répondre aux attentes de la société, la quête minutieuse de la vérité... Privilégier l'efficacité économique du droit revient fréquemment à conforter l'avantage de ceux qui sont déjà nantis et à fermer les yeux sur la question de la redistribution des richesses⁷⁸. L'efficacité et l'efficacités sont, du reste, des notions relatives qui changent selon les acteurs et leurs objectifs spécifiques.

2.1.3 – Contre les théories économistes, la réaffirmation, par les Law and development studies, du caractère intrinsèquement politique du droit

Pour les sociologues et les politologues affiliés aux *Law and development studies*, l'appel des IFI et des économistes du droit à instaurer et à maintenir une zone de pur

fonctionnaires, la menace représentée par la délinquance, l'ampleur de la corruption et des pratiques économiques informelles, la prévisibilité des décisions de justice, la confiance dans l'appareil judiciaire... Le projet Lex Mundi de la Banque Mondiale (l'une des premières études comparatives de l'impact économique des différentes traditions juridiques), très critique à l'égard des systèmes de droit civil inspirés du modèle français, fonde ses analyses sur des appréciations subjectives de la lourdeur du traitement judiciaire de deux litiges : l'expulsion d'un locataire ne payant plus son loyer et le recouvrement des chèques sans provision (Taylor, 2004). Les systèmes de *common law* sont présentés comme plus flexibles, garantissant une autonomie supérieure du droit privé vis-à-vis du droit public, encourageant davantage la prise de risque et les comportements concurrentiels, plus adaptés à des pays où le droit est en phase de reconstruction.

⁷⁷ Outre les écueils bien connus liés au manque de fiabilité des données rassemblées sur chaque pays, à la plus ou moins grande pertinence des choix opérés au moment du codage, au degré de rigueur des contrôles effectués pour vérifier si les corrélations observées ne sont pas dues à l'action de variables dépendantes autres que celles envisagées par les chercheurs (Hendley, 2004, p.615).

⁷⁸ Mercurio, Madena, 1997, p.184-187.

droit, distincte du politique, séparée de lui et lui faisant contrepoids, est à la fois une chimère et une mystification. Ce dessein exprime, selon eux, l'aspiration des néolibéraux à faire prévaloir l'ordre privé sur l'ordre public et à privatiser le maximum de fonctions étatiques. Il est également en affinité avec l'idéologie professionnelle des juristes, qui a pour fonction d'euphémiser les aspects distributionnels, idéologiques et partisans de leurs choix⁷⁹. Les arguments invoqués à l'encontre des thèses économistes sont théoriques et empiriques.

Le modèle de système juridique prôné par le MRL – dans lequel le droit et la justice ont pour fonction de maintenir l'étanchéité de la frontière entre la sphère privée et la sphère publique – est très éloigné de la réalité des usages politiques qui sont fait de ces institutions dans les démocraties occidentales, où la législation, la réglementation et les tribunaux sont couramment utilisés pour corriger les effets insatisfaisants du marché. L'objectif d'affranchir la justice de toute interférence extra juridique n'a jamais été atteint nulle part. De nombreux facteurs influencent inévitablement les décisions judiciaires, qui sont toujours entachées de considérations morales, de croyances religieuses, de partis pris idéologiques, de préjugés liés à la classe sociale...

L'idée chère au juridisme néolibéral, selon laquelle le droit privé est politiquement neutre, sans effet sur la distribution des richesses dans la société, est vivement contestée. Dans la réalité, le fait d'établir des « règles du jeu » n'est jamais un acte purement technique et impartial. Réclamer de la justice qu'elle prenne des décisions rétablissant un hypothétique cours normal de l'activité économique, qu'elle soit l'agent de la suprématie des droits constitutifs de l'*economic rule of law* sur toute autre règle, n'est pas une exigence plus neutre, politiquement parlant, que de lui demander de redresser les iniquités engendrées par les marchés. Les règles destinées à organiser le fonctionnement du marché favorisent nécessairement certains types d'acteurs économiques, certains intérêts particuliers, au détriment de certains autres (par exemple, elles confèrent aux investisseurs étrangers un avantage sur les entrepreneurs locaux). Elles sont elles-mêmes le résultat de luttes sociales et de choix politiques. Toute évolution du système juridique modifie les rapports de force antérieurs entre les groupes sociaux en concurrence.

Pour D. Kennedy, il est illusoire de penser que l'établissement d'un régime de *rule of law* suffit, en lui-même, à générer le développement et que l'expertise juridique peut se substituer aux luttes partisans ayant pour enjeu la définition des politiques économiques et sociales. Le système juridique doit, selon lui, constituer une arène dans laquelle s'affrontent différentes conceptions et intérêts en matière de développement. Il n'a pas vocation à consacrer définitivement certaines options particulières, à restreindre drastiquement la gamme des alternatives possibles, à obscurcir les controverses politiques avec un jargon technique, à dispenser le gouvernement de prendre des décisions contestées. L'ATJ ne doit pas promouvoir la dépolitisation des systèmes judiciaires, mais proposer des méthodes de gestion des aspects politiques de la justice⁸⁰.

⁷⁹ Rittich, 2001, p.934.

⁸⁰ Kennedy, 2003. D. Trubek (1972, p.37) pense au contraire que l'avantage du droit réside précisément en ce qu'il permet de convertir des enjeux politiques, dont la traitement pluraliste et démocratique risque de déstabiliser les régimes fragiles des PVD en des enjeux techniques, moins mobilisateurs.

F. Upham souligne pour sa part le paradoxe qu'il y a à disqualifier la politique, à vouloir soustraire les droits économiques fondamentaux au débat public, en même temps que l'on glorifie la gouvernance démocratique. La méfiance des donateurs vis-à-vis de la politique peut avoir pour conséquence d'accroître l'instabilité des régimes destinataires de l'aide, car elle les conduit à reconstruire le système juridique en opposition avec le pouvoir politique, ainsi qu'à appliquer le droit économique sans considération pour son impact social⁸¹.

Les oppositions manichéennes sur lesquelles sont bâties les théories économistes du « droit et développement » – entre le privé (créateur de richesses) et le public (improductif ou contreproductif, créateur de rentes), le droit (transparent, rationnel, neutre, stable) et la politique (partiale, inconséquente, opaque), le droit (naturel) et la législation ou la réglementation (artificielles, génératrices de distorsions ou de déviations) – sont dénoncées comme des discours idéologiques. L'on voit mal pourquoi le droit privé serait plus neutre que le droit public, dans la mesure où l'un comme l'autre sont des formes de régulation par l'État. L'on rappelle qu'il est vain de chercher à définir un cadre juridique et institutionnel optimal pour l'économie de marché puisqu'il n'existe pas un unique modèle d'économie de marché⁸².

L'hypothèse selon laquelle le perfectionnement du système juridique est indispensable à la consolidation du régime démocratique est également réfutée. T. Carothers rappelle que la démocratie coexiste fréquemment avec un fonctionnement très imparfait de l'État de droit : dans la plupart des pays occidentaux, les tribunaux sont surchargés d'affaires, les décisions judiciaires sont rendues après de longs délais, l'institution judiciaire est inapte à améliorer le sort des groupes sociaux défavorisés, la justice pénale traite avec une particulière sévérité certaines catégories d'individus stigmatisés, les élites politiques et économiques n'ont aucune difficulté à abuser du droit et à y contrevenir en toute impunité, la corruption est un phénomène très répandu⁸³. Pour J. Thome, la mise en place d'un système juridique *market-friendly* se trouve en contradiction avec l'objectif démocratique de faciliter l'accès aux tribunaux aux acteurs sociaux les plus faibles, tels les travailleurs non syndiqués ou les populations indigènes revendiquant des droits ancestraux sur des ressources naturelles convoitées par les investisseurs étrangers ou locaux⁸⁴. D. Trubek s'inquiète des contradictions qui traversent la « deuxième génération » de prescriptions globales en matière de réformes juridiques et judiciaires. En effet, l'on se propose d'assurer une protection juridique maximale aux libertés économiques, avec pour conséquence l'accroissement des inégalités et des frustrations sociales, tandis que, dans le même temps, l'on promeut des droits favorisant l'expression démocratique des revendications de redistribution des richesses⁸⁵. Ces incohérences peuvent susciter, notamment dans les pays dont l'économie est contrôlée par des minorités ethniques, un essor de mouvements

⁸¹ Upham, 2002, p.8.

⁸² Newton, 2004.

⁸³ Carothers, 2003, p.7.

⁸⁴ Thome, 2000, p.700.

⁸⁵ Trubek, 2004.

nationalistes et xénophobes risquant de conduire à l'éclatement de conflits intercommunautaires⁸⁶.

L'histoire et la sociologie économiques fournissent de nombreux exemples contredisant les thèses de l'orthodoxie de la *rule of law* concernant l'incompatibilité entre développement et interventionnisme étatique. Ainsi, l'essor économique du Japon de l'après-guerre, puis celui des dragons asiatiques et de la Chine résultent en grande partie des politiques industrielles menées par des États dirigiste, autoritaires et protectionnistes. Dans les « nouveaux pays industrialisés », le droit administratif conférait de vastes pouvoirs discrétionnaires aux autorités publiques et encadrait fortement la liberté des entrepreneurs. Les décisions politiques étaient prises en toute opacité et peu susceptibles de recours. La loi était conçue comme un instrument du pouvoir d'État davantage que comme un moyen de contraindre le gouvernement. Elle était utilisée pour assigner des ressources à des industries ou à des entreprises précises. Les magistrats estimaient qu'il était de leur devoir de collaborer avec le pouvoir exécutif. Le droit européen importé par ces pays avant les années cinquante ne jouait qu'un rôle marginal, car les litiges étaient réglés en grande partie selon des mécanismes coutumiers de médiation sociale⁸⁷. Les champions économiques nationaux bénéficiaient d'un régime de collusions, de faveurs et de protections de la part des gouvernants et des juges. La réglementation du commerce extérieur, en principe transparente, était manipulée pour maintenir des barrières douanières informelles. Les lois antitrust n'étaient pas appliquées pour faciliter la formation de cartels⁸⁸. Un autre contre exemple réside dans le succès économique de certaines minorités ethniques dans les PVD, en dépit du contexte juridique très incertain dans lequel elles travaillent et des discriminations dont elles font l'objet de la part du système judiciaire⁸⁹.

2.2 - Les interprétations sociologiques de l'inefficacité de l'assistance technique

De nombreux sociologues considèrent que l'ATJ, loin de remplir les objectifs qu'elle se fixe, a surtout des impacts nuls, imprévus ou négatifs sur les systèmes juridiques qu'elle vise à moderniser. P. Domingo et R. Sieder constatent qu'en dépit de plusieurs décennies d'aide au développement des institutions juridiques et judiciaires latino-américaines, le droit continue d'être faiblement intériorisé par les acteurs sociaux et l'insatisfaction vis-à-vis des appareils judiciaires reste généralisée. Les élites de ce continent n'ont guère de difficultés à ce placer au-dessus ou en-dehors de la légalité. Elles sont rarement inquiétées pour leurs infractions par le biais de moyens légaux. La plus grande partie de la population doit s'accommoder d'un écart important entre les pratiques sociales et les règles juridiques, ainsi que de graves problèmes de violence et

⁸⁶ Chua, 1998, p.6.

⁸⁷ Pistor, Wellons, 1999.

⁸⁸ Ginsburg, 2000, p.836-837.

⁸⁹ Upham, 2002, p.13.

de criminalité⁹⁰. Pour assurer sa survie économique, elle n'a d'autre choix que de respecter des systèmes de normes informelles, quand bien même ceux-ci sont mis hors-la-loi par les réformes du droit. Le système juridique officiel, édifié à grands renforts d'ATJ, coexiste avec ces ordres socioéconomiques parallèles sans les pénétrer ni les transformer profondément. N. MacFarlane établit un constat semblable dans le cas des États issus de l'ancienne Union Soviétique⁹¹.

Les sociologues des *Law and development studies* émettent une série d'hypothèses pour expliquer les résultats décevants des réformes prescrites en dépit de l'intensité des efforts fournis par les donateurs : les conceptions du changement social qui sous-tendent les stratégies d'assistance sont jugées technocratiques et simplistes, les modes d'intervention des prestataires d'ATJ seraient inappropriés.

2.2.1 – L'ATJ fourvoyée par une vision technocratique des relations entre droit et développement

Plusieurs auteurs dénoncent le caractère excessivement technocratique et mécaniste des modes d'intervention déployés par les fournisseurs d'ATJ. La complexité des processus de développement est réduite à des problèmes d'architecture institutionnelle, de management organisationnelle et d'encadrement des activités professionnelles. Les donateurs sont, selon C. Hendley, obsédés par la quête de l'instrument juridique miracle ou du *design* institutionnel idéal dont l'adoption suffirait, en soi, à résoudre les difficultés identifiées dans tous les domaines de la vie sociale. Ce type d'approche permet de justifier un interventionnisme permanent des prestataires d'ATJ, puisque l'échec d'une réforme peut être imputé au mauvais ajustement des mesures adoptées ou à l'absence de l'une des pièces du puzzle institutionnel⁹².

L'ATJ est aussi jugée coupable de se focaliser sur certains aspects particuliers du système juridique, tandis que d'autres domaines, pourtant cruciaux, sont délaissés. L'essentiel des efforts est concentré sur un petit nombre de thèmes : le fonctionnement des juridictions, la formation des magistrats, la réécriture des législations, l'amélioration des techniques d'exécution des jugements. Cette approche apparaît réductionniste, car elle surestime la place de la coercition étatique et des administrations spécifiquement chargées de son exercice dans le développement de l'emprise sociale de la légalité. Elle méconnaît la complexité des processus de régulation juridique dans les sociétés. Elle ne prête pas une attention suffisante aux diverses institutions sociales et mécanismes d'autocontrôle qui pourraient contribuer à rendre le droit davantage effectif, telles que les organisations professionnelles et les comités de déontologie, les agences indépendantes de contrôle ou d'accréditation, les associations veillant au respect des « bonnes pratiques »⁹³, les instances de médiation ou d'arbitrage de diverses natures. En outre, elle sous-estime gravement le rôle joué par les administrations publiques autres

⁹⁰ Domingo, Sieder, 2001.

⁹¹ MacFarlane, p.66-67.

⁹² Hendley, 2004, p.608-610.

⁹³ *ibid.*

que la justice dans la mise en œuvre du droit⁹⁴, ainsi que les entorses au droit résultant des habitudes de travail des praticiens privés et publics autres que les magistrats ou les avocats. L'action juridique dans la société est appréhendée à travers ce qui est porté à la connaissance des tribunaux, ce qui fait l'objet de procès, ce qui donne une vision très partielle de la juridicité, de l'activité des juristes⁹⁵.

Pour beaucoup de sociologues critiques du MRL, les stratégies de réforme du droit et de la justice n'ont aucune chance d'accélérer le développement d'un pays pour la simple raison qu'il n'existe pas de rapport de causalité entre l'amélioration des performances du système judiciaire et la croissance économique. Pour certains chercheurs, c'est le développement de l'économie qui entraîne celui des administrations judiciaires, car l'accroissement des recettes fiscales permet à l'État d'augmenter les ressources affectées à la justice⁹⁶. Pour d'autres, la justice et l'économie progressent de concert sous l'effet du changement d'attitudes et de croyances qui préexistent dans la société⁹⁷. D'autres encore interprètent la relation entre la modernisation judiciaire et l'expansion économique comme une succession de couplages et de découplages : à certaines étapes des processus de développement, les deux phénomènes sont disjoints, alors qu'à d'autres moments, ils sont interdépendants⁹⁸.

Les études portant sur l'extension récente du champ de la juridicité dans les nouveaux pays industrialisés d'Asie montrent que la juridicisation et la judiciarisation de la vie économique y ont suivies, et non pas précédées, la croissance. Plus les marchés locaux se développaient et se diversifiaient, plus leurs interdépendances commerciales et financières avec l'environnement international s'intensifiaient, plus le contrôle bureaucratique des activités économiques devenait, dans ces pays, problématique et coûteux. Les modes de régulation traditionnels s'avérant inadaptés à la prise en charge des nouveaux types de conflits engendrés par la complexification des rapports économiques et sociaux, les acteurs locaux ont commencé à mobiliser des ressources juridiques restées longtemps inutilisées. Avec l'augmentation du nombre des litiges commerciaux, les lacunes du système judiciaire sont devenues de moins en moins tolérables. Des lobbies nationaux favorables au renforcement des fondations juridiques des institutions marchandes et au respect de la législation économique se sont constitués. La conjonction de ces pressions politiques internes avec le mouvement international de promotion des réformes juridiques et judiciaires a entraîné, à partir du milieu des années 1980, le remplacement progressif de l'interventionnisme étatique par des systèmes *d'economic rule of law*⁹⁹.

⁹⁴ D'une manière générale, les récipiendaires d'ATJ considèrent qu'il n'est pas légitime que les coopérants étrangers s'intéressent à d'autres secteurs de l'État que la fabrication du droit et le fonctionnement de la justice.

⁹⁵ Gardner, 1980, p.252.

⁹⁶ Posner, 1998.

⁹⁷ Ces dispositions sont souvent qualifiées de « capital social » par les chercheurs (Pistor, 1999).

⁹⁸ Messick, 1999, p.123.

⁹⁹ Ginsburg, 2000, p.839; Pistor et Wellons, 1999.

Par ailleurs, il n'existerait pas de preuve empirique que la faiblesse du système judiciaire empêche la croissance économique¹⁰⁰. Ainsi, le respect des engagements contractuels peut être efficacement garanti par des « tiers garants » privés¹⁰¹, par la recherche de protecteurs au sein de l'État, par la mise en place de cartels, ou par des mécanismes informels fondés sur la volonté des parties préserver leur réputation et de s'insérer durablement au sein de réseaux de partenaires commerciaux ou de communautés professionnelles. Les carences du droit et les dysfonctionnements de la justice n'ont qu'une incidence marginale sur le choix d'investir ou non dans un pays. Au contraire, c'est plutôt la présence significative de certains types d'investisseurs étrangers qui, par la pression qu'ils exercent sur les autorités publiques pour obtenir l'adaptation et l'application des textes en vigueur, stimule le développement des cadres juridiques et des administrations judiciaires¹⁰².

Pour une grande partie des sociologues, la loi a surtout pour fonction de légitimer et d'officialiser, d'accélérer et de consolider des comportements déjà institués dans la société. Elle est impuissante à orienter les pratiques dans une direction souhaitée. Les réformes du droit et de la justice ne peuvent qu'induire des changements mineurs et imprévisibles dans les ordres locaux¹⁰³, car ceux-ci sont le produit de la rencontre et de la concurrence entre de multiples sources de normativité, certaines officielles et d'autres informelles, sur lesquelles l'action publique a plus ou moins de prise¹⁰⁴. La force des habitus empêche toute relation simple de causes à effets entre droit, incitations et comportements.

Quand bien même les transformations juridiques et judiciaires auraient une influence sur le développement économique, celle-ci échapperait à toute mesure précise, car les critères de performance du système juridique sont difficilement quantifiables et il est malaisé de distinguer les effets propre des réformes du droit et de la justice de ceux générés par les changements d'autres institutions. Dans la mesure où toutes les institutions d'une société sont, peu ou prou, interdépendantes les unes avec les autres, il est extrêmement malaisé de déterminer le sens des relations de causalité et de séparer les variables indépendantes des variables dépendantes¹⁰⁵.

¹⁰⁰ Weder, 1995.

¹⁰¹ Par exemple, des sociétés de conseil et d'audit, des agences de notation, des compagnies d'assurance, des organisations professionnelles, des intermédiaires commerciaux, des organismes à caractère communautaire, des coopératives de crédit mutuel. Ces organisations participent à la régulation des marchés du crédit au moyen de l'élaboration de codes de déontologie et de standards de bonne gestion, de l'évaluation de la fiabilité des emprunteurs, de la diffusion d'informations concernant les clients qui n'ont pas rempli leurs engagements.

¹⁰² Hewko, 2002.

¹⁰³ Weaver, 2000, p.18-19.

¹⁰⁴ Ellickson Robert C., *Order Without Law ; How Neighbours Settle Disputes*, Cambridge, Mass. : Harvard University Press, 1991.

¹⁰⁵ Tshuma, 1999, p.90.

2.2.2 – *Les effets négatifs de l'ATJ sur les sociétés récipiendaires*

S'il n'y avait pas d'autre péril en matière de transfert juridique que celui d'un rejet des greffes, le seul perdant en cas d'échec d'un projet d'ATJ serait le donateur. Mais l'expérience a montré que les destinataires courent aussi des risques, car les transplantations peuvent avoir des impacts négatifs.

L'ATJ peut avoir pour conséquence de générer des conflits entre différents groupes ou générations de professionnels du droit qui n'ont pas été exposés aux mêmes influences étrangères. L'ATJ peut aussi générer des divergences entre les différentes composantes du système judiciaire, qui ont pour conséquence d'accentuer les problèmes d'intégration et de coopération interorganisationnels. Par exemple, les efforts en vue de promouvoir le respect scrupuleux des procédures au sein des parquets risquent fort de conduire à la paralysie du système pénal dans son ensemble si, dans le même temps, la police criminelle continue de bafouer couramment les droits les plus élémentaires des suspects. De même, l'introduction d'un concours d'entrée dans la magistrature a peu de chances d'entraîner l'amélioration souhaitée de la compétence professionnelle des corps judiciaires si le système d'enseignement du droit est incapable de fournir des candidats de qualité¹⁰⁶. Les conséquences d'un ajustement ponctuel sur le fonctionnement de la totalité du système judiciaire sont difficiles à prévoir : par exemple, l'introduction de méthodes de gestion des dossiers visant à réduire les délais de traitement des affaires peut provoquer une hausse des recours conduisant à l'engorgement des juridictions concernées et à la baisse de la qualité des jugements.

En outre, l'afflux de ressources externes suscite des luttes entre et au sein des organisations récipiendaires pour leur contrôle. Dans certains cas, ni les prestataires d'ATJ, ni les récipiendaires ne se préoccupent véritablement de la réussite des greffes institutionnelles : ils font semblant de collaborer dans le but de tirer profit des avantages matériels et symboliques (en terme de prestige professionnel) liés à leur participation aux programmes gérés par les bailleurs de fonds, mais ne se soucient guère de l'impact de leur activité¹⁰⁷.

L'importation d'institutions juridiques et judiciaires entraîne toujours des coûts importants, puisque la récipiendaire doit dégager des ressources matérielles et humaines supplémentaires pour assurer leur fonctionnement, ainsi que pour gérer leurs éventuels effets négatifs (par exemple, la reprise de l'acquis communautaire en matière de protection de l'environnement ou des consommateurs met en difficulté les firmes qui n'ont pas les moyens de se mettre aux normes). Cette charge peut s'avérer particulièrement lourde quand les institutions transplantées ne peuvent pas puiser dans l'environnement local les compétences professionnelles, les expertises et la légitimité politique qui leur sont nécessaires pour faire face aux problèmes suscités par les situations de transition¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Hammergren, 2001, p.4.

¹⁰⁷ Gardner, 1980, p. 9.

¹⁰⁸ Upham, 2002, p.33.

B. Garth et Y. Dezalay rappellent que les éléments institutionnels, aussitôt qu'ils sont extraits de leur contexte d'origine pour être exportés, font nécessairement l'objet d'interprétations et d'adaptations au nouveau contexte en relation avec les intérêts des importateurs. Même si les champs juridiques des pays en développement et en transition peuvent être plus facilement transformés que ceux des pays du centre, dans la mesure où ils sont souvent plus faiblement institutionnalisés et de taille réduite, ils sont néanmoins conservateurs et relativement imperméables aux influences étrangères¹⁰⁹. La réception des règles exogènes dans les systèmes juridiques locaux est moins tributaire des efforts déployés par les prescripteurs que des éventuelles stratégies d'instrumentalisation mise en œuvre par les destinataires¹¹⁰. La bonne fortune des éléments exportés par le biais de l'ATJ dépend en effet de leur appropriation par de puissants acteurs locaux. Ceux-ci n'acceptent de devenir passeurs, traducteurs et promoteurs de droit étranger que dans la mesure où ils escomptent de cette importation un accroissement de leur pouvoir local. Leur adhésion au modèle étranger est toujours partielle et leur engagement dans l'entreprise de transplantation prudent. Les éléments jugés dangereux pour la préservation de leur statut d'élite sont écartés ou dénaturés. Les résultats des stratégies d'importation dépendent, par conséquent, « d'un mélange complexe de prestige et de pressions des pays du Nord, conjuguées avec les possibilités offertes par les structures locales de pouvoir en terme de retour sur investissement¹¹¹ ».

C'est pourquoi les usages locaux qui sont fait des apports étrangers peuvent diverger fortement des intentions des donateurs¹¹². Dans le cas de la Russie, les importations juridiques dans les domaines de la fiscalité, des faillites, de la répression de la diffamation, de la lutte anticorruption, ont été utilisées de manière sélective et détournée, moins pour stimuler le développement économique que pour persécuter sur le terrain du droit les adversaires des dirigeants politiques et de leurs clientèles¹¹³. C. Rose observe également, dans le cas du Vietnam, un processus d'emprunts sélectifs et intéressés aux modèles étrangers : les jeunes juristes formés dans le cadre des

¹⁰⁹ Trubek, Dezalay, Buchanan, Davis, 1994, p.478.

¹¹⁰ En l'absence de telles stratégies, les conseillers étrangers sont accueillis dans l'indifférence et se heurtent à une insurmontable résistance passive. Ainsi, l'échec relatif des efforts internationaux de diffusion des modes de résolution alternatifs des litiges s'explique par le fait qu'aucun acteur clé, au niveau local, ne pense avoir intérêt au développement de la conciliation : les avocats craignent de perdre des honoraires, les magistrats refusent de perdre le contrôle de certains types d'affaires et les parties ont peur que les résultats des procédures de médiation, qui n'ont pas la force de la chose jugée, ne soient pas appliqués. Salas, 2001, p.28.

¹¹¹ Garth, 2003, p.14.

¹¹² Dezalay, Garth, 2004. Ces auteurs montrent, par exemple, comment l'implantation en Inde – à l'initiative de donateurs étasuniens – de centres de formation destinés à créer un groupe de juristes se consacrant à améliorer le sort des groupes sociaux défavorisés et à défendre les droits de l'Homme a finalement abouti à renforcer la position des juristes au service des intérêts économiques nationaux et étrangers. Ces centres ont drainé de jeunes talents manquant de capital familial et social vers les facultés de droit américaines. Une fois leur diplôme obtenu, ces juristes n'ont pas fait le choix de consacrer leur carrière à la promotion de causes sociales, humanitaires ou d'intérêt public, mais ont préféré monnayer les compétences acquises aux Etats-Unis pour intégrer l'establishment indien du barreau, qui leur était auparavant inaccessible. Ils sont devenus des avocats d'affaire ou des consultants juridiques bien disposés vis-à-vis des États-Unis.

¹¹³ Holmes, 1999.

programmes de coopération internationale adoptent les conceptions occidentales en matière de marchandisation des services juridique et considèrent la carrière d'avocat comme une voie d'accès à la richesse, mais n'adhèrent pas, pour autant, aux principes de responsabilité et d'éthique professionnelles qui ont cours dans les pays donateurs. Ils n'apprennent pas le droit pour savoir comment le respecter, mais pour être capable de le contourner¹¹⁴.

Certains critiques estiment que les programmes d'ATJ ont surtout pour fonction de servir les intérêts économiques, par le biais de la création de juristes d'affaire (MDD) et à travers la diffusion de réformes libérales (MRL).

2.2.3 – L'ATJ handicapée par des modes de réflexion et d'intervention inadéquats

Les réserves et les critiques des sociologues ne concernent pas seulement le manque de pertinence des objectifs que se fixent les donateurs et l'impossibilité de maîtriser les effets des transferts juridiques, elles portent également sur les manières de penser et d'agir prestataires d'ATJ, ainsi que sur les effets pervers liés au caractère très fragmenté et très concurrentiel du champ de la coopération juridique et judiciaire internationale.

Les représentations et les modes de raisonnement typiques des experts internationaux sont jugés impropres à l'instauration d'un dialogue véritablement constructif avec les destinataires. Les conseillers juridiques étrangers ont tendance à substituer au monde réel des visions imaginaires de la société. Ils fondent leurs stratégies d'intervention sur des préjugés (par exemple : « la culture juridique vietnamienne »), des images plaquées, qui gommant aux yeux des donateurs les disparités au sein du système juridique destinataire et empêchent les bénéficiaires de percevoir les divergences entre systèmes occidentaux, ainsi que les controverses dans les arènes académiques occidentales¹¹⁵. Ils véhiculent une image largement mythique des systèmes juridiques de leurs pays d'origine et prônent des modèles qui n'ont plus cours ou n'ont jamais fonctionné dans la réalité. Ils adoptent rarement des approches « par le bas » et « par les problèmes ». Ils ont, en outre, tendance à focaliser leur attention sur les paramètres de la situation qui se prêtent le plus facilement à une intervention volontariste. C'est pourquoi ils préfèrent intervenir sur les aspects les plus formels des institutions, sur lesquels il est possible d'effectuer un travail d'ingénierie juridique dont les résultats sont quantitativement mesurables (les opérateurs d'ATJ doivent en effet rendre des comptes aux États et aux organisations supranationales qui les financent et qui les mandatent pour agir)¹¹⁶.

Y. Dezalay et B. Garth soulignent la force des préjugés et des aveuglements chez les juristes universitaires engagés dans des activités d'ATJ, tels qu'ils sont produits par l'histoire et les stratégies de pouvoir propres à leur champ professionnel. Dans le but de préserver leur position dans les dispositifs de coopération internationale, « ils

¹¹⁴ Rose, 1998, p.102, p.134.

¹¹⁵ Rose, 1998, p. 130.

¹¹⁶ Taylor, 2004.

reproduisent plus ou moins doctement un discours qui reflète les intérêts et les stratégies de [...] praticiens¹¹⁷ » et ils préfèrent, bien souvent, ne pas tirer les conséquences des observations de terrain contradictoires avec leurs hypothèses de départ. Ils imputent les échecs des tentatives de réforme du droit et de la justice, non au simplisme de leur vision instrumentaliste du droit, à la confusion qu'ils opèrent entre la doctrine juridique et la pratique juridique, ou à leur confiance excessive dans la force contraignante du droit sur les comportements, mais au manque de motivation, à l'incompétence ou à la corruption des metteurs en œuvre. Ils appellent à poursuivre, étendre et approfondir l'amélioration des institutions juridiques et judiciaires sans toujours se poser la question de la pertinence d'une telle entreprise, qui est pour eux une finalité en soi, et non un moyen au service d'objectifs politiques plus larges. Pour Y. Dezalay et B. Garth, les « praticiens savants : universitaires reconvertis en entrepreneurs symboliques ou, à l'inverse, professionnels investissant dans une production savante pour accroître leur notoriété et leur crédibilité¹¹⁸ » qui participent à la nouvelle vague d'exportation des réformes juridiques continuent à négliger l'importance du contexte social spécifique et des structures propres au pouvoir d'État dans les pays importateurs. Leurs écrits ne seraient que prétextes à accumuler un capital savant qui servirait de « monnaie d'échange ou de droit d'entrée » autorisant l'accès aux extraordinaires possibilités de rémunération qu'offrent les programmes d'ATJ.

Pour T. Carothers, les conseillers étrangers appliquent toujours, peu ou prou, la même démarche. Ils commencent par identifier les dysfonctionnements et les lacunes de l'institution qui reçoit leur aide. Ce diagnostic est fondé sur une comparaison avec les caractéristiques d'institutions similaires dans leur propre pays ou dans les États dont le système juridique est jugé par eux exemplaire. Ils proposent ensuite de retoucher ou de restructurer l'institution destinataire afin de la faire converger avec leur modèle préféré. Cette « mise à niveau » est opérée par l'introduction de standards techniques ou juridiques supposés universellement efficaces et de « meilleures pratiques » mondiales. Malheureusement, remarque S. Newton, les stratégies d'assistance fondées sur la diffusion de « bonnes pratiques » ont souvent pour effet d'appauvrir les réflexions préalables aux décisions en matière de réforme. En effet, une gamme extrêmement réduite de solutions « clé en main » est proposée pour répondre à chaque type de problèmes¹¹⁹. Les innovations locales sont ainsi découragées. Un autre facteur défavorable à l'élaboration de solutions originales et adaptées aux problèmes des destinataires d'ATJ est la pression qu'exercent les bailleurs de fonds sur les opérateurs en faveur d'un aboutissement rapide des programmes. Pour P. Domingo et R. Sieder, la plupart des projets de coopération sont conçus dans la précipitation, par des experts étrangers n'effectuant que de brefs séjours dans le pays récipiendaire, de sorte que la planification et la préparation des actions laisse souvent à désirer¹²⁰. Ces consultants

¹¹⁷ Dezalay, Garth, 2002, p. 31.

¹¹⁸ *ibid.* p. 33.

¹¹⁹ Newton, 2004. L'implantation de conseils supérieurs de la justice en Amérique latine, telle qu'analysée par L. Hammergren (2002), constitue une très bonne illustration des effets inattendus ou pervers engendrés par la généralisation, à l'échelle d'un continent, d'un type unique de solutions institutionnelles à l'ensemble des maux affectant la justice.

¹²⁰ Hendley, 2004, p.612.

prêtent une attention soutenue aux demandes des gouvernements locaux, mais ne sont pas à l'écoute des opinions, intérêts et coutumes des groupes sociaux directement concernés par les transformations envisagées. Ils dialoguent au premier chef avec un petit nombre de hauts fonctionnaires et de dirigeants politiques et n'ont que de très rares contacts avec ceux – petits fonctionnaires ou usagers – qui seront chargés d'appliquer au quotidien les mesures projetées. Ils n'essaient pas d'améliorer la représentativité des forums où sont débattues les réformes et de faire entendre la voix des groupes qui n'ont pas la faveur du gouvernement¹²¹.

L'ATJ se voit également reprocher de ne pas assez inciter aux échanges d'expérience et à l'entraide entre les pays en développement ou en transition. Les flux d'expertise sont massivement orientés de l'Ouest vers l'Est et du Nord vers le Sud, au détriment des coopérations régionales entre les États qui connaissent des problèmes similaires et qui s'efforcent de conduire les mêmes types de réformes¹²².

Pour les sociologues, la relative inefficacité de l'aide au développement juridique n'est pas due qu'à l'inadéquation des modes d'intervention des conseillers étrangers. Le fonctionnement du champ de l'ATJ dans son ensemble est aussi en cause. L'assistance internationale aux pays en transition et en développement se caractérise, en effet, par une forte hétérogénéité et une faible cohérence des prestations du fait de la présence simultanée d'une pléthore de bailleurs et d'opérateurs aux agendas, statuts et nationalités variés. Qui plus est, les prescriptions émises par les acteurs du centre changent au cours du temps en fonction, notamment, de l'évolution des idées dans les forums académiques et des luttes idéologiques dans les arènes politiques.

De l'autre côté, les gouvernements des pays récipiendaires s'efforcent de multiplier les sources d'ATJ afin de comparer entre eux les modèles étrangers et de disposer d'un large éventail de solutions à chaque problème. La diversification des partenaires étrangers présente, pour eux, l'intérêt de limiter l'influence d'un donateur particulier. Les importateurs estiment qu'il est plus prudent d'emprunter des éléments à une variété de systèmes étrangers plutôt que d'en reproduire un seul¹²³. Les orientations politiques des gouvernements récipiendaires varient également dans le temps : lorsqu'une nouvelle coalition arrive au pouvoir, les nouveaux dirigeants politiques, pressés de revendiquer la paternité d'actions innovantes, préfèrent généralement mettre en place de nouvelles coopérations plutôt que poursuivre les projets initiés par leurs prédécesseurs. Les réformes dont les financements internationaux sont arrivés à terme sont fréquemment abandonnées, alors même qu'elles n'ont pas encore porté leurs fruits. C'est pourquoi nombre de transformations demeurent sans lendemain. Dans chaque pays destinataire, les différents domaines juridiques sont plus ou moins affectés par des influences étrangères. Certains évoluent vers un modèle national particulier (variable suivant les secteurs du droit), d'autres convergent avec des standards internationaux, d'autres se développent de manière autonome.

¹²¹ Holmes, 1999.

¹²² Taylor, 2004.

¹²³ Rose, 1998, p. 106.

Dans un champ aussi concurrentiel et fragmenté, le risque de voir s'installer des situations de confusion, d'incertitude et d'opacité est élevé. P. Domingo et R. Sieder pointent quelques-unes des tensions qui traversent le champ de l'ATJ : les réformes visant à augmenter l'efficacité des tribunaux s'avèrent souvent incompatibles avec celles destinées à élargir et à faciliter l'accès au droit, les progrès résultant d'interventions en faveur des droits de l'Homme sont réduits à néant par des programmes de renforcement de la répression de la criminalité organisée. La spécialisation des différents donateurs dans des domaines de réforme particuliers ne permet pas d'éviter les initiatives redondantes ou contradictoires¹²⁴. Les projets conduits par les différents intervenants étrangers dans un même pays récipiendaire peuvent aboutir à des trains de réforme mal accordés entre eux et dont les conditions d'application ne sont pas réunies. Les législations sont adoptées au coup par coup, avec l'aide de différents partenaires étrangers, en s'inspirant de modèles incompatibles entre eux¹²⁵.

2.2.4 – Les réponses de l'ATJ aux critiques : conditionnalité, évaluation et mobilisation de soutiens locaux

Face à une accumulation d'observations mettant en cause l'efficacité de leurs modes d'intervention, les prestataires d'ATJ sont contraints de changer la façon dont ils conçoivent et implémentent les projets de coopération.

Afin d'accroître les chances d'implémentation effective des réformes qu'ils prescrivent et qu'ils financent, les donateurs mettent en place des mécanismes dits de « conditionnalité » : ils déterminent un ensemble de mesures qui doivent être prises par le récipiendaire préalablement au versement de fonds ou au démarrage d'un projet, par exemple l'adoption de lois ou de réglementations précises, la promesse d'efforts budgétaires particuliers, des changements de politiques publiques ou des réorganisations dans les administrations. Toutefois, il est relativement facile, pour le destinataire, de se soustraire aux obligations qui lui sont faites. L'enlisement des réformes promises du fait de péripéties parlementaires ou de lenteurs bureaucratiques sur lesquels le gouvernement prétend n'avoir aucune prise constitue un prétexte commode. De leur côté, les bailleurs de fonds craignent de froisser la susceptibilité des bénéficiaires. Ils préfèrent souvent ne pas se montrer trop regardants, voire fermer les yeux, sur l'inexécution de certains engagements, afin de ne pas mettre en péril des coopérations dans d'autres domaines que celui du droit et de la justice¹²⁶. Il en va de même pour les consultants internationaux chargés de mettre en œuvre les projets d'ATJ, qui ne veulent pas compromettre leurs chances d'obtenir de futurs contrats. Pour ne pas susciter de réaction de rejet de la part de leurs interlocuteurs locaux, ces opérateurs sont portés à sous-estimer la gravité des problèmes ou à édulcorer le diagnostic qu'ils en font¹²⁷.

Une autre réponse des prestataires d'ATJ aux reproches d'inefficacité qui leur sont adressés consiste à promettre d'améliorer le suivi et l'évaluation des projets. Cet

¹²⁴ Domingo, Sieder, 2001, p.144.

¹²⁵ Ajani, 1995, p.105.

¹²⁶ Salas, 2001, p.40.

¹²⁷ Carothers, 2001, p.14.

engagement constitue, selon Y. Dezalay et B. Garth un argument promotionnel, qui vise à convaincre les bailleurs de fonds que les opérateurs sont capables d'assimiler les leçons de leurs échecs passés pour améliorer leurs chances de succès dans l'avenir¹²⁸. La plupart des sociologues estiment, à l'instar de T. Carothers, que les enseignements tirés de leurs expériences par les conseillers étrangers sont généralement généraux et superficiels. Les cinq préceptes énoncés par L. Salas sont, à cet égard, tout à fait illustratifs : les réformes juridiques et judiciaires doivent prendre en considération les conditions locales, il est préférable qu'elles soient graduelles et progressives, elles ont davantage de chances de réussir si elles sont intégrées dans une stratégie globale de réforme de l'État, l'étape de la mise en œuvre est cruciale, elles ne peuvent pas réussir dans un contexte où les magistrats sont mal formés, politisés, corrompus et où la justice n'est pas indépendante¹²⁹. En pratique, divers obstacles s'opposent à l'accumulation des connaissances utilisables en vue d'améliorer les méthodes d'intervention. Les opérateurs préfèrent consacrer des ressources à préparer des projets futurs et à concourir pour remporter des appels d'offre plutôt qu'à évaluer des actions en cours ou achevées. Leur personnel se renouvelle rapidement, ce qui entraîne un déficit de mémoire organisationnelle. Les bailleurs de fonds redistribuent fréquemment les financements et changent régulièrement d'opérateurs. Les recherches académiques consacrées à l'impact de l'ATJ sont insuffisantes¹³⁰.

Enfin, pour faire pièce aux critiques dénonçant le biais progouvernemental et technocratique de leurs approches, les prestataires d'aide technique placent aujourd'hui l'accent sur l'identification et la mobilisation d'acteurs locaux susceptibles d'appuyer leurs initiatives, ainsi que sur la stimulation de la « volonté politique » des dirigeants chargés de conduire les réformes, dont l'on attend qu'ils conservent leur ardeur réformatrice en dépit des oppositions internes. Il s'agit de déceler ceux qui sont susceptibles de jouer, à l'intérieur ou à la périphérie des organisations destinataires, le rôle « d'agents du changement », puis de renforcer leur position en leur fournissant diverses ressources (apprentissage de savoirs experts, reconnaissance internationale, moyens financiers, leviers institutionnels...)¹³¹. D'autre part, les conseillers étrangers prétendent œuvrer dans le sens d'un élargissement de l'éventail des acteurs locaux associés à la conception et au *monitoring* des réformes du système juridique. Ils affirment chercher à susciter, au sein de la société civile du pays destinataire, un sentiment de « possession des projets », par le biais de « procédures de consultation ouvertes et participatives » et grâce à la mise en place de « collaborations étroites » avec les juridictions au niveau local, les organisations professionnelles ou sectorielles, les associations d'utilisateurs et les *cause lawyers* intéressées à la réussite des transformations¹³².

Comme le soulignent plusieurs auteurs, cette recherche d'un plus haut degré d'implication et d'engagement des bénéficiaires dans la mise en œuvre des

¹²⁸ Dezalay, Garth, 2004.

¹²⁹ Salas, 2001, p.24.

¹³⁰ Carothers, 2003, p.4 et p.12.

¹³¹ Garth, 2003, p.8.

¹³² Domingo, Sieder, 2001, p.146.

transformations prescrites par les donateurs soulève une série d'interrogations nouvelles. Sur quels éléments de la société civile les conseillers étrangers doivent-ils s'appuyer, sachant que la sphère associative est nécessairement divisée, que les groupements qui la composent ont un degré d'autonomie variable vis-à-vis de l'État et que leurs intérêts peuvent diverger de ceux des professionnels du droit (par exemple en ce qui concerne les tarifs des prestations juridiques)¹³³ ? Jusqu'à quel point les opérateurs d'ATJ peuvent-ils s'impliquer dans les jeux de pouvoir à l'intérieur des organisations ciblées par les réformes, au risque d'être entraînés dans des affrontements internes¹³⁴ ? Comment les donateurs doivent-ils jouer des moyens de pression ou d'incitation dont ils disposent pour surmonter la résistance de ceux dont les intérêts sont menacés par les changements¹³⁵ ? Qu'est-ce qui amène les destinataires des réformes à reconnaître la légitimité des nouvelles règles et à s'y soumettre plutôt qu'à tenter de s'y soustraire par divers procédés (utilisation de relais à l'intérieur du gouvernement pour obtenir des régimes de faveur, des exemptions ou des dérogations, quête de protections permettant de continuer les anciennes pratiques devenues illégales)¹³⁶ ?

Conclusion – Apports et paradoxes des Law and development studies :

Les questionnements et les critiques suscités par l'ATJ ont enrichi de façon substantielle les savoirs sur les processus de transfert juridiques international, leur management, leurs risques et leurs effets. Ils ont amené tant les chercheurs que les experts à prendre conscience de la complexité des greffes juridiques.

Comme l'avait bien perçu J. Gardner, l'approche qui consiste à essayer de penser la place *du* droit dans *le* développement n'est pas la plus pertinente du point de vue des sciences sociales. Il est plus fécond, sur le plan heuristique, d'étudier les interrelations entre différents types de droit (constitution, législation, réglementation, décisions administratives, jurisprudence) et de normativités (coutumes, règles informelles) et différents processus de changement dans différents secteurs de la société¹³⁷.

Les *Law and development studies* ont permis de mieux identifier les contraintes qui pèsent sur la transplantation de réforme du droit et de la justice. Elles ont montré que les réformes juridiques et judiciaires ne sont pas, en elles-mêmes, des solutions aux problèmes. Elles ne sont pas un but en soi, mais un instrument d'énonciation, de promulgation, de formalisation, de consécration officielle et d'implémentation des politiques de développement. Elles n'ont l'impact souhaité que lorsqu'elles sont combinées avec d'autres types de réformes. Les phénomènes juridiques sont en effet articulés avec un large éventail d'autres facteurs économiques, sociaux, culturels et politiques interdépendants les uns des autres. L'amélioration de la qualité du système

¹³³ Domingo, Sieder, 2001, p.156.

¹³⁴ *ibid.* p.146.

¹³⁵ Esman, 2004.

¹³⁶ Holmes, 1999.

¹³⁷ Gardner, 1980, p. 24.

juridique d'un pays ne dépend pas uniquement des réformes du droit et de la justice, mais de la transformation du gouvernement et des administrations publiques dans leur ensemble. Les relations entre le droit et le développement doivent être pensées dans le cadre plus large des relations entre les institutions publiques et le développement¹³⁸.

En outre, les réformes des structures juridiques et judiciaires ne peuvent aboutir à des résultats satisfaisants (étant entendu que la définition des critères de réussite des transformations n'est, bien évidemment, jamais consensuelle) que si elles vont de pair avec le changement des normes sociales. Lorsque les transformations du système juridique ne prennent pas en considération les aspirations sociales majoritaires, les mécanismes informels de contrôle social déjà établis, elles ont peu de chances d'entraîner l'évolution des comportements dans la direction voulue, sauf à payer le coût élevé lié au déploiement d'importants moyens de coercition¹³⁹. Les approches uniquement institutionnelles sont impuissantes à soumettre les acteurs sociaux à la légalité : le développement de l'emprise du droit nécessite d'intervenir également au niveau des représentations, des usages et des valeurs attachés au droit.

Un autre apport des *Law and development studies* est le constat selon lequel il est impossible d'observer, sur la courte durée, les effets sociaux de transformations spécifiques apportées au système juridique. Les chercheurs doivent disposer de nombreuses années de recul pour être en mesure d'élaborer des analyses fiables en la matière. D'autre part, il est extrêmement difficile de distinguer les effets générés par une législation spécifique de ceux générés par d'autres changements non juridiques affectant la société au même moment¹⁴⁰.

Pour terminer, nous voudrions attirer l'attention sur le caractère paradoxal de la posture scientifique que tendent à adopter les sociologues experts (ou praticiens savants) engagés à la fois dans l'analyse et dans la mise en œuvre des activités de transfert international d'institutions juridiques et judiciaires.

Les *Law and development studies* sont en interaction avec les activités d'ATJ. A travers les discours généralement critiques qu'ils tiennent sur les pratiques d'import-export de droit, les sociologues experts mettent en valeur l'utilité de leurs compétences spécifiques. Leur valeur ajoutée réside, selon eux, dans leur maîtrise simultanée de deux types de savoirs : sur les cultures et systèmes juridiques de différents pays et sur la manière dont le droit agit sur la société. Ils laissent entendre aux bailleurs de fonds et aux sociétés de conseil que leur présence (donc leur rémunération) au sein d'équipes de conseillers étrangers peut faciliter la compréhension entre les partenaires, empêcher certaines erreurs graves et accroître les chances de réussite des projets. Pour justifier leur prétention à occuper une position éminente dans l'industrie du conseil en matière de réformes du droit et de la justice, ils affirment être les mieux armés pour exercer plusieurs fonctions essentielles : diagnostiquer *ex ante* les problèmes et les besoins du demandeur d'ATJ, attirer l'attention des concepteurs et des gestionnaires de programmes sur les conditions et les risques spécifiques au contexte local, jouer les

¹³⁸ Davis, Trebilcock, 1999, p.9.

¹³⁹ Pistor, 1999, p.4.

¹⁴⁰ McAuslan, 2004.

intermédiaires culturels entre les experts juridiques du donateur et ceux du récipiendaire, évaluer *ex post* l'efficacité des projets et leur impact sur le système juridique récipiendaire, mettre en évidence les lacunes et les écueils de l'ATJ afin d'amener les bailleurs de fonds et les opérateurs à renouveler leurs conceptions et leurs méthodes d'intervention. Ces compétences diversifiées sont autant d'indices susceptibles d'éclairer pourquoi la dénonciation du néo-impérialisme occupe une place si importante dans le discours des *Law and development studies*. Les reproches de néocolonialisme adressés aux dispositifs de coopération juridique internationale sont, pour les sociologues experts, un moyen d'affirmer leur utilité. Finalement, ce qu'ils cherchent à signifier, par le biais de la rhétorique anti-impérialiste, c'est qu'en leur absence, l'ATJ a tendance à se réduire à de vaines tentatives de transfert imposé, tandis qu'en leur présence, une véritable compréhension et un dialogue équilibré sont possibles entre les exportateurs et les importateurs, ce qui favorise les processus d'importation volontaire, d'appropriation et d'adaptation des modèles étrangers.

Paradoxalement, la manière dont les sociologues expliquent les problèmes affectant les systèmes juridiques sur lesquels ils sont appelés à intervenir contribue à l'accroissement des ingérences étrangères dans les sociétés récipiendaires. En effet, leur posture particulière les conduit à mettre en évidence la variété des facteurs (techniques, organisationnels, politiques, économiques et sociaux...) à l'origine des lacunes imputées aux institutions juridiques et judiciaires. En outre, ils savent que les réformes visant à améliorer le fonctionnement du système juridique sont vouées à l'échec si l'on ne s'attaque pas aux causes des problèmes, si l'on n'intervient pas sur l'ensemble des facteurs de dysfonctionnement, ce qui implique d'élargir le champ d'intervention des fournisseurs d'ATJ à des sphères autres que le seul droit. Nombre d'auteurs soutiennent que l'on ne peut améliorer l'équité et l'efficacité des appareils judiciaires des pays en développement ou en transition qu'à condition d'y transformer les modes de gouvernance des activités publiques et privées dans tous les secteurs, d'y renforcer la société civile et la participation politique des populations défavorisées, d'y combattre les normes sociales faisant obstacle à la formalisation et à la juridicisation des relations sociales... En somme, le type de prestations que fournissent les sociologues experts et le genre de solutions qu'ils proposent contribuent à élargir et à approfondir l'influence des pays donateurs sur les affaires intérieures des pays récipiendaires, donc à renforcer les phénomènes de tutelle et de dépendance qu'ils dénoncent par ailleurs.

Bibliographie

Abel Richard, "A comparative Theory of Dispute Institutions in Society", in *Law and Society Review*, vol. 8, 1974, p.217

Adelman Sammy, Piliwala Abdul, "Law and Development in Crisis", in Adelman Sammy, Piliwala Abdul (eds.) *Law and Crisis in the Third World*, London: Hans Zell Publishers, Centre of Modern African Studies, University of Warwick, 1981, p.1-26

- Ajani Gianmaria, "By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe", in *The American Journal of Comparative Law*, vol.43, n°1, 1995, p.93-117
- Blair Harry, Hansen Gary, *Weighing in on the Scales of Justice: Strategic Approaches for Donor-Supported Programmes*, Washington DC: US Agency for International Development, 1994
- Burg Elliot M., "Law and Development: A Review of the Literature & a Critique of Scholars in Self-Estrangement", in *The American Journal of Comparative Law*, 25, 1977, pp.492-529
- Carothers Thomas, "Promoting the Rule of Law Abroad - The Problem of Knowledge", *Working Papers of the Carnegie Endowment for International Peace*, Rule of Law Series, n°34, 2003
- Carothers Thomas, "The Many Agendas of Rule-of-Law Reform in Latin America", in Domingo Pilar, Sieder Rachel (eds.) *Rule of Law in Latin America – The International Promotion of Judicial Reforms*, London: Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p.4-16
- Carothers Thomas, "The Rule of Law Revival", in *Foreign Affairs*, mars-avril 1998, p.95-106
- Carty Anthony (ed.) *Law and Development*, Aldershot: Dartmouth, 1992 ("Introduction", p.xi-xxiii)
- Chibundu Maxwell O., "Globalizing the Rule of Law: Some Thoughts at and on the Periphery", in *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 79, 1999
- Chua Amy L., "Markets, Democracy, and Ethnicity: Towards a New Paradigm for Law and Development", in *The Yale Law Journal*, vol.108, n°1, 1998, p.1-107
- Dakolias Maria, "Legal and Judicial Reform: The Role of Civil Society in the Reform Process", in Domingo Pilar, Sieder Rachel (eds.) *Rule of Law in Latin America – The International Promotion of Judicial Reforms*, London: Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p.80-98
- Davis Kevin, Trebilcock Michael J., "What Role Do Legal Institutions Play in Development?", *International Monetary Fund's Conference on Second Generation Reforms*, 8-9 novembre 1999
- DeLisle Jacques, "Lex Americana?: United States Legal Assistance, American Legal Models, and Legal Change in the Post-Communist World and Beyond", in *Virginia Journal of International Law*, vol.20, 1999, p.179-308
- Dezalay Yves, Garth Bryant G., "Multiple, Conflicting and Shifting Accountabilities in Law and Development", conference *Rethinking Law and Development: Socio-legal Perspectives* at Cornell University, 18-20 avril 2004
- Dezalay Yves, Garth Bryant G., *La mondialisation des guerres de palais : La restructuration du pouvoir d'État en Amérique latine entre notables du droit et « Chicago boys »*, Paris : Seuil, coll. Liber, 2002

Domingo Pilar, Sieder Rachel (eds.) *Rule of Law in Latin America – The International Promotion of Judicial Reforms*, London: Institute of Latin American Studies, University of London, 2001 (Chapter 6, Conclusions, p.142-164)

Esman Milton J., “Strategies and Policies Drive the Law”, conference *Rethinking Law and Development: Socio-legal Perspectives* at Cornell University, 18-20 avril 2004

Faúndez Julio, “Legal Technical Assistance”, in Faúndez Julio (ed.) *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, London: Macmillan Press, 1997, p. 1-25

Frank Thomas M., “The New Development: Can American Law and Legal Institutions Help Developing Countries?”, in *Wisconsin Law Review*, vol.1972, n°3, 1972, p.767-801

Friedman Lawrence M., "Legal Culture and Social Development", in *Law and Society Review*, vol.4, n°1, 1969, p.29-44

Friedman Wolfgang, “On Legal Development”, in *Rutgers Law Review*, vol.24, 1969, p.11

Galanter Marc, "The modernization of Law", in Weiner Myron (ed.), *Modernization : The Dynamics of Growth*, New York : Basic Books, 1966

Galanter Marc, "Why the Haves Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", in *Law and Society Review*, vol.9, 1974, p.95

Gardner James A., *Legal Imperialism - American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*, Madison: The University of Wisconsin Press, 1980

Garth Bryant G., “Building Strong and Independent Judiciaries Through the New Law and Development: Behind the Paradox of Consensus Programs and Perpetually Disappointing Results”, American Bar Foundation Working Paper, n°2122, 2003

Ginsburg Tom, “Does Law Matter for Economic Development? Evidence from East Asia”, in *Law and Society Review*, vol.34, n°3, 2000, p.829-856

Ginsburg Tom, “Does Law Matter for Economic Development?”, in *Law and Society Review*, vol. 32, 2000, p.691 et suiv.

Gray Clive S., “Reform of the Legal, Regulatory, and Judicial Environment: What Importance for Development Strategy?”, Development Discussion Paper n°403, Cambridge, Mass.: Harvard Institute for International Development, September 1991

Greenberg David F., “Law and Development in Light of Dependency Theory”, in *Research in Law and Sociology*, vol. 3, 1980, p.129-159

Hammergren Linn, “Do Judicial Councils Further Judicial Reform? Lessons from Latin America”, *Working Papers of the Carnegie Endowment for International Peace*, Rule of Law Series, n°28, 2002

Hammergren Linn, “Enhancing Cooperation in Judicial Reforms: Lessons From Latin America”, World Bank Conference *Empowerment, Security and Opportunity Through Law and Justice*, Saint-Petersbourg, Russie, 8-12 juillet 2001

- Hammergren Linn, *Institutional Strengthening and Justice Reform and Judicial Training and Justice Reform* Washington DC: USAID, Center for Democracy and Governance, 1998
- Hammergren Linn, *The Politics of Justice and Justice Reform in Latin America: The Peruvian Case in Comparative Perspective*, Boulder: Westview, 1998
- Hendley Kathryn, "The Rule of Law and Economic Development in a Global Era", in Sarat Austin (ed.) *The Blackwell Companion to Law and Society*, Oxford : Blacwell Publishers, 2004, p.605-623
- Hewko John, "Foreign Direct Investment: Does the Rule of Law Matter?", *Carnegie Working Papers*, Rule of Law Series, n°26, avril 2002
- Holmes Stephen, "Can Foreign Aid Promote the Rule of Law?", in *East European Constitutional Review*, vol.8, n°4, 1999
- Kennedy David, "Laws and Developments", in Hatchard John, Perry-Kessariss Amanda (eds.) *Law and Development: Facing Complexity in the 21st Century*, London, Sydney, Portland, Oregon: Cavendish Publishing, 2003
- Klug H., *Law, Globalism and South Africa Political Reconstruction*, Cambridge University Press, 2000
- MacFarlane Neil S., "Politics and the Rule of Law in the Commonwealth of Independent States", in Galligan Denis J., Kurkchiyan Marina, *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.61-76
- McAuslan Patrick, "In the Beginning was the Law... An Intellectual Odyssey", conference *Rethinking Law and Development: Socio-legal Perspectives* at Cornell University, 18-20 avril 2004
- McAuslan Patrick, "Law, Governance and the Development of the Market: Practical Problems and Possible Solutions", in Faúndez Julio (ed.) *Good Government and Law: Legal and Institutional Reform in Developing Countries*, London: Macmillan Press, 1997, p.25-50
- Mercuro Nicholas, Madena Steven G., *Economics and the Law – From Posner to Post-Modernism*, Princeton: Princeton University Press, 1997
- Merry Sally Engle, "Colonial and Postcolonial Law", in Sarat Austin (ed.) *The Blackwell Companion to Law and Society*, Oxford : Blacwell Publishers, 2004, p.569-588
- Merry Sally Engle, "Legal Pluralism", in *Law and Society Review*, vol.22, 1988, p.869-896
- Merryman John H., "Comparative Law and Social Change: On the Origins, Style Decline and Revival of the Law and Development Movement", in *The American Journal of Comparative Law*, 25, 1977, pp.457-491
- Messick Richard E., "Judicial Reform and Economic Development : A Survey of the Issues", in *The World Bank Research Observer*, vol.14, n°1, février 1999, pp.117-136

Newton Scott, "Law and Development, Law and Economics and the Fate of Legal Technical Assistance", conference *Rethinking Law and Development: Socio-legal Perspectives* at Cornell University, 18-20 avril 2004

Newton Scott, "Transplantation and Transition: Legality and Legitimacy in the Kazakhstani Legislative Process", in Galligan Denis J., Kurkchiyan Marina, *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.151-170

Pistor Katharina, "The Evolution of Legal Institutions and Economic Regime Change", *The Annual Bank Conference on Development Economics in Europe on Governance, Equity and Global Markets*, Paris, 21-23 juin 1999

Pistor Katharina, Wellons Philip, *The Role of Law and Legal Institutions in Asian Economic Development*, Hong-Kong: Oxford University Press, 1999

Posner Richard, "Creating a Legal Framework for Economic Development", in *The World Bank Research Observer*, 13, 1998, pp.1-13

Rittich Kerry, "The Future of Law and Development: Second Generation Reforms and the Incorporation of the Social", conference *Rethinking Law and Development: Socio-legal Perspectives* at Cornell University, 18-20 avril 2004

Rittich Kerry, "Who's Afraid of the Critique of Adjudication?: Tracing the Discourse of Law in development", in *Cardozo Law Review*, vol.22, n°3-4, *Critical Legal Studies (Début de Siècle): A Symposium on Duncan's Kennedy A Critique of Adjudication*, mars 2001, p.929-945

Rose Carol V., "The 'New' Law and Development Movement in the Post-Cold War Era: A Vietnam Case Study", in *Law and Society Review*, vol.32, n°1, 1998, p.93-140

Rowat Malcolm, Malik Waleed H., Dakolias Maria (eds.) "*Judicial Reform in Latin America and the Caribbean, Proceedings of a World Bank Conference, Washington DC, June 13-14, 1994*" World Bank Technical Paper n° 280, Washington DC: The World Bank, 1995, (Malik Waleed H., "Overview", p.1-7)

Rowe Peter, "Indian Lawyers and Political Modernization: Observations in Four District Towns", in *Law and Society Review*, vol. 3, 1974, p.219

Salas Luis, "From Law and Development to Rule of Law: New and Old Issues in Justice Reform in Latin America", in Domingo Pilar, Sieder Rachel (eds.) *Rule of Law in Latin America – The International Promotion of Judicial Reforms*, London: Institute of Latin American Studies, University of London, 2001, p.17-47

Schwartz Richard, Miller J. C., "Legal Evolution and Societal Complexity", in *American Journal of Sociology*, vol.70, 1964, p.159

Seidman Ann W., Seidman Robert B., Waelde T. (eds.) *Making Development Work: Legislative Reform for Institutional Transformation and Good Governance*, The Hague: Kluwer Law International, 1999.

Seidman Ann, Seidman Robert B., *State and Law in the Development Process - Problem-Solving and Institutional Change in the Third World*, New York: St. Martin's Press, 1994

Seidman Ann, Seidman Robert, "Drafting Legislation for Development: Lessons from a Chinese Project", in *The American Journal of Comparative Law*, vol.44, n°1, 1996, p.1-44

Sevastik Per (ed.) *Legal Assistance to Developing Countries – Swedish Perspective on the Rule of Law*, Stockholm : Kluwer Law International, 1997

Shihata Ibrahim F. I., *Complementary Reforms: Essays on Legal, Judicial and Other Institutional Reforms Supported by the World Bank*, The Hague: Kluwer Law International

Singer Norman, "Modernization of the Law in Ethiopia: A Study in Process and Personal Values", in *Harvard Journal of International Law*, vol.11, 1970, p. 73

Smith David, "Man and Law in Urban Africa: A Role for Customary Courts in the Urbanization Process", in *The American Journal of Comparative Law*, vol.20, 1972, p.223 et suiv.

Snyder Francis G., "Law and Development in the Light of Dependency Theory", in *Law and Society Review*, vol.24, n°3, 1990, 723-804

Steiner Henry J., "Legal Education and Socio-Economic Change: Brazilian Perspectives", in *The American Journal of Comparative Law*, vol. 19, 1971, p.39

Stephenson Mathew, "A Trojan Horse Behind Chinese Walls? Problems and Prospects of U.S.-Sponsored 'Rule of Law' Reform Projects in the People Republic of China", in *U.C.L.A. Pacific Basin Law Journal*, vol.64, 2000

Tamanaha B., "The Lessons of Law and Development Studies", in *American Journal of International Law*, vol.89, 1995, p.470-486

Taylor Veronica, "The Law Reform Olympics: Measuring the Effects of Law Reform in Transition Economies", conference *Rethinking Law and Development: Socio-legal Perspectives* at Cornell University, 18-20 avril 2004

Thome Joseph R., "Heading South but Looking North: Globalization and Law Reform in Latin America", in *Wisconsin Law Review*, vol. 2000, n°3, 2000, p.691-712

Trubek David M., "The 'Rule of Law' in Development Assistance: Past, Present and Future", conference *Rethinking Law and Development: Socio-legal Perspectives* at Cornell University, 18-20 avril 2004

Trubek David M., Dezalay Yves, Buchanan Ruth, Davis John R., "Global Restructuring and the Law: Studies of the Internationalization of Legal Fields and the Creation of Transnational Arenas", in *Case Western Reserve Law Review*, vol.44, n°2, 1994, p.407-498

Trubek David M., Galanter Marc, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development", in *Wisconsin Law Review*, 1974, pp. 1062-1102

Trubek David, "Towards a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development", in *The Yale Law Journal*, vol.82, n°1, 1972, p.1-50

Tshuma Lawrence, "The Political Economy of the World Bank's Legal Framework for Economic Development", in *Social & Legal Studies*, vol.8, n°1, 1999, p.75-94

Twining William, "Like Water in Marriage? Notes on Persistent Assumptions about Law and Development: A British Perspective", conference *Rethinking Law and Development: Socio-legal Perspectives* at Cornell University, 18-20 avril 2004

Upham Frank, "Mythmaking in the Rule of Law Orthodoxy", *Working Papers of the Carnegie Endowment for International Peace*, Rule of Law Series, n°30, 2002

Weaver Catherine, "The Discourse of Law and Economic Development in the World Bank", *The MacArthur Conference on the Changing Role of Law in Emerging Markets and New Democracies*, Madison, University of Wisconsin, 24-26 mars 2000

Weder Beatrice, "Legal Systems and Economic Performance : The Empirical Evidence", in Rowat Malcolm, Waleed Malik H., Dakolias Maria (eds.) *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*, Washington DC : The World Bank, 1995, p.21-26

Widner Jennifer, *Building the Rule of Law*, W.W. Norton, 2001

Zagaris Bruce, "Law and Development or Comparative Law and Social Change – The Application of Old Concepts in the Commonwealth Caribbean", *University of Miami Inter-American Law Review*, vol.19, 1988, p.549-593

PARTIE 2

LES PRATIQUES DE CONTRACTUALISATION ET DE RESOLUTION DES CONFLITS EN MATIERE DE CREDIT COMME REVELATEUR DE LA PLACE DU DROIT DANS LE CHANGEMENT DES ACTIVITES ECONOMIQUES EN BULGARIE

Thierry Delpuech et Margarita Vassileva

Introduction

Cette deuxième partie du rapport constitue une analyse du matériau empirique collecté lors des missions d'étude réalisées en Bulgarie, à savoir plus de 80 entretiens semi directifs et un ensemble de documents produits par des experts. Les interviews de recherche ont été réalisées en face-à-face auprès des différents types d'acteurs participant au fonctionnement et à la régulation du marché du crédit et, en particulier, à sa régulation juridique : cadres des banques (notamment juristes chargés du contentieux), dirigeants d'entreprises (personne responsable des aspects financiers de l'activité), prêteurs indépendants (c'est-à-dire personnes s'adonnant au crédit dans le but d'en tirer un revenu sans avoir le statut de banquiers), particuliers emprunteurs, avocats, notaires, conseillers juridiques, juges spécialisés en droit commercial et juges de l'exécution. Les entretiens se sont, dans l'ensemble, révélés d'une grande richesse et permettent d'appréhender les dimensions tant formelles qu'informelles des relations créanciers/débiteurs en Bulgarie.

Pour interpréter les sources orales et écrites rassemblées au cours des missions dans les pays étudiés, nous nous appuyons sur les résultats de recherches récentes en sociologie du droit consacrées à la relation entre changements des cadres institutionnels et juridiques de l'économie dans l'Europe du post-communisme et transformations des pratiques commerciales et financières. Les auteurs de ces travaux arrivent à des conclusions fortement divergentes concernant la place du droit et de la justice dans les mutations économiques que connaissent ces pays : le principal débat porte sur le degré de légitimité sociale du droit et sur le niveau d'institutionnalisation des normes sociales informelles dans la sphère marchande.

Dans une première section, nous présentons les principaux arguments sur lesquels s'appuient les deux thèses opposées portant sur la place du droit et de la justice dans la transformation des économies des pays du post-communisme. Les chercheurs qui défendent la thèse de la faillite de la légalité pensent que celle-ci trouve son explication dans la prééminence, en Europe orientale, d'attitudes et de représentations négatives vis-à-vis du droit, qui se sont formées sous les régimes communistes et qui ont persisté dans le contexte des transitions vers l'économie de marché (1.1). Les tenants de l'autre approche estiment, pour leur part, que les institutions juridiques et judiciaires

conservernt ou acquièrent un poids significatif dans la régulation des échanges économiques, dans la mesure où les instruments juridiques, l'expertise juridique et les tribunaux constituent des ressources conférant aux entreprises capables de les mobiliser un avantage concurrentiel (1.2).

La deuxième section examine, sur la base des entretiens réalisés, la place du droit dans les pratiques de crédit en Bulgarie. Après avoir passé en revue les différents modes possibles de structuration des transactions entre créanciers et débiteurs, nous retraçons l'évolution des pratiques de prêt bancaires et non bancaires et nous essayons de déterminer quelle place y tient la référence au droit (2.1). Enfin, nous nous interrogeons sur les effets des réformes du droit du crédit et de la mise en œuvre de celui-ci – notamment par les juges commerciaux et les agents d'exécution des décisions judiciaires – sur la normalisation des pratiques en matière de crédit (2.2). Cette section met en évidence l'existence d'un processus de formalisation et de juridicisation des pratiques de crédit en Bulgarie qui ne doit rien aux réformes de la justice. Le ressort principal du recul des mécanismes informels de régulation des relations entre créanciers et débiteurs n'est pas l'amélioration de la capacité de l'Etat à sanctionner l'inexécution des contrats, mais la rationalisation, la technicisation et la dépersonnalisation de la manière dont les banques bulgares – dorénavant étroitement contrôlées par la banque centrale et par leurs actionnaires occidentaux – gèrent leurs relations avec les emprunteurs.

SECTION 1 - LA CONTROVERSE AUTOUR DE LA PLACE – MARGINALE OU SIGNIFICATIVE – DU SYSTEME JURIDIQUE DANS LA REGULATION DES ECONOMIES EN TRANSITION

Thierry Delpauch et Margarita Vassileva

Plusieurs recherches consacrées au rôle et à la place de la légalité dans l'évolution des pratiques économiques en Europe orientale et en ex-Union soviétique sont récemment arrivées à terme. Ces travaux parviennent à des conclusions diamétralement opposées concernant la capacité du système juridique à susciter la juridicisation et la judiciarisation des activités commerciales et financières. Les enquêtes restituées dans l'ouvrage dirigé par D. Galligan et M. Kurkchian « *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience* » révèlent des institutions juridiques et judiciaires en état de discrédit et de débâcle, qui ne parviennent pas à infléchir de façon significative le développement des normes et des institutions dans la sphère économique. Dans une partie de l'ancien bloc soviétique, les pratiques des acteurs économiques sont régulées essentiellement par des normes sociales et des mécanismes de contrôle social en opposition avec le droit. Les recherches conduites dans le sillage de K. Hendley arrivent à des résultats très différents : les entreprises des pays du post-communisme ne se distinguent pas fondamentalement de leurs homologues occidentales en ce qui concerne les représentations et les usages du droit et de la justice. Elles placent une certaine confiance dans le système juridique et n'hésitent pas à jouer la carte du droit à partir du moment où elles estiment avoir davantage à gagner qu'à perdre. Nous avons enrichi les analyses de ces auteurs à partir de nos propres observations.

1.1 - La thèse de la faillite de la légalité en Europe orientale et dans l'ex-URSS

Pour D. Galligan et M. Kurkchian, le droit n'est pas pris au sérieux dans les sociétés post-communistes. Le système juridique occupe une place marginale dans la construction de l'ordre social. Il a une capacité très limitée à infléchir la manière dont les différents acteurs sociaux – y compris les administrations publiques – organisent et mènent leurs activités. Dans presque tous les secteurs de la vie sociale, les normativités informelles font concurrence au droit étatique et, dans beaucoup de cas, elles supplantent complètement celui-ci. Le type de normes sociales le plus répandu en Europe de l'Est constitue, selon ces auteurs, un obstacle insurmontable à la juridicisation des rapports sociaux. Ces normes se caractérisent par leur haut degré de discordance avec la juridicité. En effet, elles véhiculent des « représentations négatives du droit » et poussent les acteurs à adopter des comportements illégaux. Pour le dire autrement, elles s'opposent à la fois à la légitimation de l'ordre juridique et à la légalisation des pratiques sociales.

1.1.1 - La délégitimation du droit sous le régime communiste

Pour D. Galligan, les normativités informelles cristallisées dans le contexte des régimes communistes contrevenaient, non seulement, à la légalité socialiste, mais aussi aux valeurs, idéaux et aspirations partagés par la plus grande partie de la population. Les normes sociales étaient le produit des stratégies de survie mises en œuvre par des individus forcés de s'adapter à un ordre politique, économique et social auquel ils ne s'identifiaient pas et dont ils ne reconnaissaient pas la légitimité. C'est pourquoi D. Galligan qualifie ces normes de « pathologiques ».

Les élites politiques des régimes communistes refusaient d'avoir les mains liées par le droit. Elles craignaient l'instauration d'un pouvoir autonome dans la société susceptible de faire contrepoids à leur autorité. La légalité constituait un instrument flexible à la disposition de la nomenklatura, sans être en même temps une contrainte pour celle-ci. Le droit s'appliquait différemment en fonction du statut et des connexions politique des personnes concernées. Les autorités faisaient un usage sélectif et opportuniste du droit. Elles ne mobilisaient et ne respectaient les règles formelles que lorsque cela servait leurs intérêts et leurs objectifs du moment. Il existait, de ce fait, un écart très important entre la doctrine juridique et la mise en œuvre des textes [Hendley, 1996, p.170].

D'un autre côté, les sujets des régimes communistes étaient constamment obligés de fournir aux autorités politiques des gages de leur apparente soumission à la légalité socialiste. Pourtant, il leur était matériellement impossible de respecter les lois et les règlements édictés par le sommet de l'Etat-parti. En effet, les dirigeants ne disposaient pas des informations nécessaires pour produire des lois et des directives pertinentes, si bien que leurs injonctions étaient inapplicables sur le terrain. Le droit socialiste avait une faible qualité technique et était rédigé en termes vagues. Les contradictions internes étaient nombreuses.

Les peuples d'Europe de l'Est tenaient le système juridique de type soviétique pour arbitraire et despotique, profondément étranger à leurs traditions nationales, inadapté aux besoins de la société. Ils voyaient le droit socialiste comme un instrument de domination et d'oppression au service quasi exclusif de la nomenklatura communiste. Le niveau de soumission aux prescriptions légales était principalement lié à l'intensité de la répression étatique, dans la mesure où l'obéissance au droit n'était pas fondée sur la réciprocité entre les citoyens et l'État ni sur l'adhésion volontaire aux règles [Hendley, 1996, p. 170].

Par conséquent, pour la plupart des citoyens de l'autre Europe, il ne semblait ni anormal, ni immoral de désobéir aux injonctions centrales. Au contraire, il leur paraissait légitime et inévitable d'enfreindre en permanence les règles officielles, ce qui impliquait de nouer diverses formes plus ou moins répréhensibles d'échanges et de collusions avec les personnes censées contrôler l'obéissance aux commandements du centre. Le droit était vu comme une façade. Le souci des destinataires d'une disposition juridique n'était pas d'ajuster leur comportement afin de se conformer à la lettre ou à l'esprit du texte. Leur principale préoccupation était d'accomplir avec vraisemblance les formalités créant l'illusion de la conformité. Ce que le droit socialiste suscitait, c'était la

production de documents administratifs attestant la fiction du fonctionnement satisfaisant du système socialiste. Ni les dirigeants, ni les vérificateurs n'étaient dupes du caractère rituel et fictif de ces écrits bureaucratiques, mais ils fermaient les yeux dans la mesure où leurs administrés semblaient satisfaire à toutes les exigences officielles. Ils participaient eux-mêmes à des circuits économiques « gris » et comptaient parmi les principaux bénéficiaires des mécanismes parallèles de production et de distribution des biens. Il existait un contrat social tacite légitimant le maquillage de la situation réelle dans les formulaires et les rapports destinés au sommet de la hiérarchie [Kurkchiyan, 2003, p. 35].

A tous les échelons des appareils bureaucratiques centralisés qui formaient l'ossature des régimes communistes, l'on était conscient de la faillite du droit et des institutions socialistes. Cependant, chacun devait jouer la comédie de l'adhésion aux règles fixées par les dirigeants. La production de lois, de règlements et de directives avait pour principal effet de générer des pratiques visant à réduire l'effectivité et la portée de ces mêmes règles. La fabrication de nouvelles normes officielles ne faisait qu'étendre le pouvoir de ceux qui étaient en mesure de distribuer des passe-droits, des dispenses et des exemptions, des immunités contre les contrôles policiers et administratifs. Le type de réparation, sous forme de dommages et intérêts, qui étaient accordés aux justiciables dans les pays socialistes n'incitait pas au recours à la justice, car les usages possibles de l'argent étaient limités, en l'absence de marché, et ne permettaient pas de compenser les préjudices subis [Hendley, 1997, p. 177].

Les sujets des régimes communistes séparaient distinctement les aspects formels de leur existence, dont le sens était de donner des gages superficiels de leur loyauté au pouvoir en place et à son idéologie et, d'autre part, la vie dans le monde de l'informel. Ils s'étaient ancrés dans la conviction selon laquelle le théâtre des « fausses » activités officielles ne devait pas interférer sur le déroulement des « vraies » activités menées dans le cadre des réseaux [Kurkchiyan, 2003, p. 35]. Le droit était pensé comme se situant en dehors de la vie réelle. Les mécanismes de redressement des abus et de résolution des conflits qui prévalaient étaient individualisés et informels, fondés sur des relations personnalisées d'échanges de faveurs, de protection, de piston, d'allégeance, de dépendance personnelle. Ils se caractérisaient donc par un degré élevé d'arbitraire, d'injustice et d'imprévisibilité [Ashwin, 2003, p.103].

Il convient, selon nous, d'apporter certaines nuances au tableau très sombre brossé par D. Galligan et M. Kurkchiyan d'un droit socialiste à la fois illégitime et ineffectif. Il existait, en effet, des éléments de modernité juridique à l'intérieur même des systèmes communistes. Ceux-ci étaient dotés de corps de droit et d'appareils judiciaires sophistiqués. Les juristes y constituaient une élite sociale : les facultés de droit constituaient une filière universitaire prestigieuse, qui avait la réputation de former des cadres possédant « un mode de pensée particulièrement organisé et logique » [VV]. Elles permettaient d'accéder à un large éventail de carrières parmi les plus prisées (diplomate, procureur ...). Le système judiciaire pouvait, dans certains cas, redresser des torts infligés aux citoyens. Le droit socialiste régissait efficacement certains domaines de la vie sociale, par exemple les conflits entre les entreprises étatiques ou les problèmes d'héritages [Kurkchiyan, 2003, p. 32].

Durant les années 1980, avec la timide ouverture de l'économie bulgare aux échanges avec les pays de l'Ouest, un certain nombre de juristes d'Etat bulgares se sont familiarisés avec les notions de crédit, d'insolvabilité, de faillite, de liquidation judiciaire. Ainsi MM, expert en droit économique au sein du ministère de l'industrie lourde, explique qu'un nombre important d'entreprises bulgares de sa branche avaient des liens commerciaux ou de joint-venture avec des firmes occidentales, ce qui l'obligeait à s'intéresser au droit commercial des pays capitalistes.

1.1.2 - La persistance du mépris de la légalité en dépit de la démocratisation

Selon les tenants de la thèse de la faillite du droit, la disparition de l'ordre social de type soviétique a marqué l'effondrement de la sphère officielle, tandis que la sphère informelle a persisté. Les normes sociales pathologiques apparues sous le communisme ont acquis une telle emprise sur les conduites individuelles et collectives que les efforts déployés par les institutions publiques en vue de promouvoir un plus grand respect de la légalité ont, la plupart du temps, des effets nuls, négligeables ou pervers.

Pour M. Kurkchiyan, les citoyens des nouvelles démocraties d'Europe de l'Est continuent de penser que les prescriptions et les restrictions juridiques ne sont pas faites pour être appliquées dans la vie quotidienne. Ils réinvestissent dans le nouveau contexte les savoir-faire qu'ils ont développés sous le régime communiste en vue d'échapper aux règles officielles ou de tricher avec elles. Lorsqu'on les interroge sur leur rapport au droit, les habitants des anciennes démocraties populaires répondent généralement qu'ils préféreraient vivre dans un climat de plus grand respect de la légalité. Ils disent aspirer à un environnement social davantage ordonné, sûr et prévisible. Leurs valeurs diffèrent peu, à cet égard, de celles qui ont cours dans les pays occidentaux. Toutefois, les citoyens sont massivement persuadés que, dans la pratique, l'attitude la plus répandue consiste à transgresser le droit à la moindre occasion. Dans ces conditions, ceux qui obéissent à la législation ne peuvent qu'être perdants. Ceux qui veulent s'en sortir doivent « faire comme tout le monde », c'est-à-dire s'affranchir, dans toute la mesure du possible, des contraintes légales. Le fait d'enfreindre couramment le droit est vu comme un mal nécessaire, un comportement adapté à la situation sociale [Kurkchiyan, 2003, p.26].

Aujourd'hui encore, le droit reste perçu au premier chef comme l'expression de la volonté gouvernementale de remodeler la société conformément aux aspirations et aux intérêts particuliers de ceux qui ont pris sur le pouvoir politique. Au début de la période de transformations, les règles juridiques étaient fréquemment adoptées de façon ad hoc, afin de permettre à des personnes particulières de réaliser de juteuses opérations économiques (acquisition d'entreprises privatisées, échanges de dettes contre des titres, exemption fiscale...). Par la suite, les objectifs généraux ont pris une place croissante dans l'élaboration des textes juridiques, mais la production de règles spéciales n'a pas cessé [Pistor, Sachs, 1997, p. 17]. Les acteurs les plus forts ne consentent à appliquer la loi que si celle-ci renforce leur position [Marat, 2003, p. 132].

La légalité continue à être considérée avec scepticisme, cynisme ou indifférence. Elle reste associée à un monde de formalités dissocié du monde vécu. Le fait d'être

respectueux du droit n'est pas considéré comme une qualité morale [Kurkchiyan, 2003, p.27]. Les citoyens constatent que les dirigeants politiques et les fonctionnaires s'autorisent eux-mêmes de nombreux écarts vis-à-vis de la légalité, ce qui les conforte dans leur attitude négative vis-à-vis du droit. Ils n'ont pas d'expérience positive du respect des lois. Des intentions cachées, inavouables sont systématiquement prêtées aux producteurs de droit. Les acteurs ne s'attendent pas à ce que les institutions juridiques agissent de façon juste, équitable, impartiale et honnête. Dans ces conditions, les corps de règles juridiques ont peu de chances de remplir efficacement les fonctions pour lesquelles ils ont été conçus, ce qui diminue encore davantage la considération et l'attention vouées au système juridique [Galligan, 2003, p. 4].

Le changement de régime a, à certains égards, diminué les possibilités de recours aux institutions juridiques, notamment en matière économique. Par exemple, dans le domaine des relations de travail, les employés ont plus de difficultés qu'auparavant à contester sur le terrain juridique les décisions de leur employeur. En effet, plusieurs instances qui étaient susceptibles de défendre les travailleurs contre les abus de la direction d'entreprise – le syndicat, les conseillers juridiques de la firme, la cellule du parti, la hiérarchie administrative du ministère de branche – ont disparu ou ont été marginalisées. Il n'existe plus, à l'intérieur de l'entreprise ou au-dessus d'elle, de contre-pouvoir efficace auprès duquel l'employé lésé peut faire appel pour réclamer l'application de ses droits et imposer certaines limites à l'exercice de leur pouvoir par les cadres dirigeants. Les syndicats, en particulier, s'avèrent inaptes à négocier les règles internes de l'entreprise avec la direction, ainsi qu'à contrôler le respect des conventions collectives et du droit du travail au sein de la firme [Ashwin, 2003, p.111].

La fréquence des illégalismes a des conséquences dommageables sur la distribution des richesses, sur le bien-être de la population : haut niveau d'inflation, corruption généralisée, collusions entre les dirigeants politiques et certains chefs d'entreprise. Le non respect du droit dans la sphère économique a augmenté les coûts de transaction et ralenti l'émergence du secteur privé, prolongé la récession économique [Pistor, Sachs, 1997, p.18].

Les discours recueillis en Bulgarie et en Roumanie sont révélateurs de situations beaucoup plus contrastées que celles décrites par D. Galligan et M. Kurkchiyan. Les différentes personnes interrogées ont des appréciations très divergentes de la place des pratiques informelles dans l'économie. Certains interviewés, y compris des avocats, pensent que l'illégalisme et la corruption revêtent un caractère endémique tant dans le monde des affaires que dans le système judiciaire, alors que d'autres pensent que l'on peut, dans le contexte actuel, mener une activité économique profitable sans s'écarter outre mesure de la loi.

1.1.3 - Les causes d'ineffectivité des institutions juridiques et judiciaires

Les chercheurs qui partagent une vision pessimiste de l'évolution de la place du droit dans les sociétés du post-communisme avancent tout un ensemble d'hypothèses pour expliquer son recul et son discrédit.

La prééminence de réglementations informelles dans un secteur économique peut être attribuée aux lacunes des corps de droit censés orienter l'activité des acteurs sectoriels. Les règles juridiques peuvent être formulées de manière insuffisamment claire ou précise. Elles peuvent être inadaptées aux contextes locaux dans lesquels elles sont censées s'appliquer. Elles peuvent être jugées inacceptables ou inapplicables par les destinataires ou par les agences chargées d'assurer la mise en œuvre (ce genre de lacune est d'autant plus probable que le style des réformes institutionnelles est opaque, peu participatif). Elles peuvent être insuffisamment communiquées ou expliquées aux professionnels et aux publics concernés. Le grand nombre de réformes juridiques liées au passage à l'économie de marché a conduit à une inflation législative et réglementaire ayant pour effet de renforcer l'héritage d'application sélective du droit. Le rythme extrêmement soutenu de renouvellement du droit depuis 1989 dépasse les capacités d'apprentissage des professionnels et, plus encore, des usagers.

Certains chercheurs mettent en cause la durée excessive de la phase de refonte du système juridique qui a suivi l'effondrement du socialisme d'Etat. Au début des années 1990, les réformes juridiques et judiciaires n'étaient en effet pas prioritaires à l'agenda de la transition. Les conseillers économiques occidentaux considéraient que les trois objectifs de stabilisation macroéconomique, de libéralisation et de privatisation devaient primer sur la restructuration des cadres institutionnels. Cette refonte des institutions publiques était vue comme un chantier extrêmement compliqué et politiquement périlleux, comme une entreprise de longue haleine nécessitant une phase prolongée de gestation [Clement, Murell, 2001, p.3]. Les experts les plus influents estimaient que la privatisation donnerait naissance à un puissant groupe de pression en faveur des réformes institutionnelles. On pensait qu'il était inutile de précipiter la mise en place d'un soubassement juridique sophistiqué pour l'économie de marché avant qu'une classe de propriétaires et d'entrepreneurs conscients de leurs intérêts ne se soit formée et que le secteur privé n'ait acquis un poids significatif dans l'économie [*ibid.*, p.4]. Ce n'est qu'à partir de 1994 que certains spécialistes commencent à s'inquiéter des conséquences de la faiblesse du droit et de la justice en terme de dysfonctionnements du marché, de ralentissement de la croissance économique, de résultats décevants du processus de privatisation, d'inefficience et de corruption des administrations [Kaufmann, 1994]. L'idée s'impose progressivement selon laquelle la transition économique ne doit pas être conçue comme le passage du plan au marché, mais des institutions du plan aux institutions du marché [Johnson, Kaufmann, Shleifer, 1997]. La qualité des infrastructures juridiques du pays est dorénavant présentée comme le principal facteur déterminant le succès de la transition. Le démarrage du processus d'adhésion des PECO à l'Union européenne, en 1998, achève de hisser les réformes juridiques en tête de l'agenda des transformations post-communistes.

Toutefois, d'aucuns jugent cette réorientation des prescriptions internationales trop tardive. En effet, quand les acteurs n'avaient pas à leur disposition l'infrastructure juridique adéquate, ils ont forgé leurs propres systèmes de règles sans attendre l'adoption de nouvelles législations (à l'image des courtiers russes étudiés par T. Frye). Ces normativités informelles se sont consolidées au fil du temps. Leur application est entrée dans les habitudes. Elles sont devenues parties intégrantes d'identités, de cultures et d'intérêts professionnels, si bien que beaucoup d'acteurs sont extrêmement attachés à

leur préservation. Par la suite, les textes destinés à encadrer ces acteurs n'ont pas été élaborés dans un souci de cohérence et de complémentarité avec les pratiques déjà instituées. La marge de liberté des producteurs de droit est en effet limitée par de nombreux facteurs : les contraintes liées à l'adhésion à divers régimes juridiques internationaux, la pression de l'opinion publique, l'agenda parlementaire surchargé, l'intérêt personnel de certains dirigeants politiques... Le développement du droit est perçu comme le résultat de pressions étrangères, d'un processus d'import-export visant à promouvoir des intérêts externes. Par ailleurs, il peut exister un écart important entre les intentions réelles du législateur et les finalités officiellement attribuées au texte au moment de sa discussion publique dans les arènes de fabrication du droit, ce qui amoindrit la lisibilité du système juridique [Galligan, 2003, p.3]. Par exemple, dans les cas de la Russie et de la Bulgarie, le droit des faillites a été affiché comme un instrument de gestion des situations d'insolvabilité et de démantèlement des entreprises non rentables au profit de l'ensemble des créanciers, mais il constituait en réalité un moyen au service de l'État pour collecter des arriérés d'impôt au détriment des créanciers privés.

Ainsi, en Bulgarie, les réformes du système juridique sont menées de façon technocratique. Seuls des professeurs de droit, des hauts fonctionnaires et un petit nombre de parlementaires sont impliqués dans la préparation des textes. Ces acteurs manquent d'expertise dans le domaine économique et des affaires, c'est pourquoi les considérations bureaucratiques et juridiques l'emportent sur le souci de cohérence ou de complémentarité des textes avec les normes professionnelles et avec les coutumes spécifiques des communautés d'affaires.

L'ineffectivité d'une règle juridique peut également être imputée à l'inefficience des institutions ayant pour fonction de veiller à son respect : les bureaucraties agissent sans souci de conformité au droit, les décisions des fonctionnaires sont arbitraires et imprévisibles, les dispositifs de recours contre les fautes et les abus administratifs servent en réalité à protéger les fonctionnaires contre les récriminations des usagers...

Certains acteurs hésitent à mobiliser des moyens juridiques pour ne pas attirer l'attention sur des aspects informels, non déclarés, de leurs activités : dissimulation de revenus, évasion fiscale, non remboursement de certaines dettes. La crainte d'exposer aux autorités les pratiques qui ont cours au sein du réseau dans lequel est inséré l'entreprise peut inciter les parties à éviter certaines procédures juridiques. Investir dans le développement de capital relationnel à l'intérieur de réseaux est un moyen de retarder la légalisation, la mise en conformité, la réorganisation de certaines activités [Young, Meagher, 2001, p.152].

Enfin, la débâcle du droit proviendrait de l'absence d'un ensemble de conditions culturelles. Les tenants de la thèse de la faillite pensent en effet que le développement de l'emprise des règles juridiques sur les comportements dépend, dans une large mesure, de la généralisation dans la société de dispositions favorables au respect et à la soumission à l'égard du droit. Les individus doivent développer un préjugé favorable à l'égard de la légalité. Ils doivent la prendre au sérieux, lui prêter une certaine valeur, lui consacrer une quantité significative d'attention, avoir le sentiment de saisir le sens général de la législation [Galligan, 2003, p.15]. Le droit doit être considéré comme l'un

des fondements majeurs des interactions sociales et de la réciprocité des échanges. Ses destinataires doivent être confiants dans l'équité et la justesse de sa teneur et de son application. Ils doivent croire que le droit est fait pour répondre à leurs besoins et remédier à leurs problèmes [*ibid.*, p. 19]. En l'absence de ces conditions, les acteurs n'acceptent, n'assimilent et n'intériorisent le droit que lorsqu'ils se trouvent sous la menace directe de la répression étatique. L'exemple montré par la classe politique en ce qui concerne le respect du droit est un facteur de légitimation du droit : dans les pays étudiés, les responsables politiques projettent plutôt l'image négative d'élites profitant impunément des irrégularités qu'elles commettent.

1.2. - La thèse selon laquelle le droit et la justice « comptent » dans les sociétés du post-communisme

Une deuxième école de pensée réfute la thèse de la faillite de la légalité dans les sociétés post-communistes. Elle conteste l'idée, propagée par une partie des spécialistes de l'Europe orientale et de l'ex-Union soviétique, selon laquelle les institutions juridiques ne constitueraient pas un cadre pertinent de la vie quotidienne et n'auraient qu'un rôle marginal dans la régulation des activités économiques [Hendley, Murell, Ryterman, 2000, p.627]. L'image de hors-la-loi plaquée sur les acteurs des pays en transition est, selon elle, trompeuse et ne résiste pas à l'analyse empirique des comportements.

Ainsi, K. Hendley constate que les entreprises russes ne se détournent pas systématiquement du droit et des institutions judiciaires quand survient un conflit. Beaucoup de firmes considèrent les stratégies juridiques de prévention et de résolution des différends contractuels comme potentiellement gagnantes. Celles qui sont les plus aptes à mobiliser des compétences juridiques obtiennent de meilleures performances économiques. Elles ont recours de façon assez routinière aux juridictions commerciales et se déclarent satisfaites de leurs prestations. Les procédés informels ou délinquants de résolution des litiges - recours aux agences privées de protection, aux organisations mafieuses, aux accointances dans les administrations - n'ont pas le caractère massif que leur prête le discours journalistique. Les entreprises russes préfèrent nettement faire appel aux tribunaux commerciaux pour recouvrer leurs créances : la justice est jugée plus compétente, plus prévisible, moins coûteuse et davantage confidentielle que les méthodes extralégales d'intimidation ou de rétorsion à l'encontre des « mauvais payeurs ».

Pour P. Murell et C. Clement, la plus grande partie de la littérature scientifique consacrée aux transformations économiques à l'Est est fondée sur des sources anecdotiques, des observations superficielles, des données macroéconomiques. Les images véhiculées par ces travaux - qui décrivent l'économie comme largement criminalisée, les institutions juridiques comme complètement corrompues et incompétentes, sans aucune prise sur les pratiques - apparaissent erronées à la lumière d'investigations empiriques plus approfondies et plus rigoureuses portant sur les

interactions juridiques concrètes et le fonctionnement quotidien des institutions [2001, p. 9].

Les enquêtes menées par les chercheurs appartenant à ce courant qui défend l'idée selon laquelle le droit « ne compte pas pour rien » dans les sociétés d'Europe orientale, mettent en lumière un certain nombre de processus sociaux ayant pour effet d'accroître la portée sociale et l'effectivité du droit. Ces auteurs observent que certains types d'acteurs économiques ont une plus grande propension que d'autres à utiliser le droit, que certains secteurs d'activité et certaines catégories d'entreprises sont davantage affectés par les transformations juridiques. L'analyse des origines et des causes de ces différences d'attitude à l'égard de la légalité constitue, selon eux, le meilleur moyen d'appréhender et d'expliquer les phénomènes de juridicisation des pratiques sociales.

Pour ces auteurs, la probabilité qu'un acteur économique choisisse de mettre en œuvre des moyens juridiques ou judiciaires pour gérer un risque ou un problème dépend de tout un ensemble de facteurs, dont certains concernent la nature et la valeur de l'enjeu (ou l'intensité du conflit), d'autres les caractéristiques de l'organisation économique (juridicisation endogène), d'autres encore les transformations affectant l'environnement de cette organisation (juridicisation exogène).

1.2.1 - Les facteurs endogènes entraînant la juridicisation des pratiques dans les entreprises

Les échanges formels et informels ne sont pas exclusifs les uns des autres et apparaissent, à beaucoup d'égards, complémentaires. D'une manière générale, les firmes conduisent parallèlement les deux types d'actions économiques. Certains aspects de leurs activités sont formels et d'autres informels. La nature et la proportion de ce qui est formel et de ce qui est informel diffère selon les entreprises et selon les types de transactions.

La plupart du temps, les transactions commerciales courantes avec les fournisseurs et les clients habituels sont structurées par des arrangements informels dans le cadre d'un contrat relationnel. En revanche, les échanges complexes, impliquant simultanément une diversité d'intervenants (actionnaires, banques, sous-traitants, compagnies d'assurance, personnes se portant caution, agents publics délivrant des autorisations...) et comportant, de ce fait, un degré élevé d'incertitude et de risque, sont le plus souvent appuyés sur des outils juridiques. Ainsi, dans les pays d'Asie centrale, où, pourtant, l'informalité prédomine dans la sphère économique, les emprunts visant à augmenter les capacités de production de l'entreprise ou à développer de nouveaux produits, sont fréquemment formalisées conformément au droit en vigueur [Young, Meagher, 2001, p.134]. De même, lorsque la fabrication d'une commande exige la réalisation d'investissements importants, le producteur a tendance à prendre un maximum de précautions contre la rupture du contrat par l'acheteur. La mise en place d'un contrat détaillé est alors considérée par la partie engageant la première les dépenses liées à la transaction comme une garantie supplémentaire [Hendley, Murell, Ryterman, 2001, p.56-93].

Les grandes sociétés sont davantage capables que les petites et moyennes entreprises et que les particuliers de tirer bénéfice du système judiciaire. Elles passent continuellement divers types de contrats avec des partenaires de différentes natures et elles anticipent qu'une partie de ces accords ne sera pas exécutée correctement. Elles disposent des ressources nécessaires pour mobiliser autant que de besoin une expertise juridique de qualité et elles entreprennent des procédures judiciaires de manière fréquente ou routinière. Elles ont ainsi la possibilité d'apprendre à utiliser efficacement les armes juridiques existantes tant pour l'attaque que pour la défense, d'inventer et d'expérimenter de nouvelles tactiques, de s'accoutumer rapidement aux changements de la législation, de tenter de faire évoluer la jurisprudence. Elles ont un accès aux sommets de l'État, ce qui leur donne la possibilité d'infléchir les décisions gouvernementales et législatives de manière à transformer à leur avantage leur environnement juridique [Young, Meagher, 2001, p.174]. En revanche, les petits entrepreneurs se tiennent autant que possible à l'écart du système juridique. Ils n'utilisent presque jamais les instruments juridiques de contractualisation et ne recourent pas aux tribunaux [Clement, Murell, 2001, p.10].

On peut émettre l'hypothèse qu'il existe un effet de juridicisation des pratiques économiques lié à la concentration des entreprises, à l'accroissement de leur taille, aux exigences imposées par les grandes firmes à leurs sous-traitants.

L'ancienneté des entreprises détermine également leur relation au droit et à la justice. Les firmes de création récente sont moins dépendantes des réseaux de relations tissés dans le passé, elles craignent moins de risquer la rupture des relations avec les mauvais payeurs du fait de l'usage de moyens légaux pour recouvrer les créances, elles ont une trésorerie insuffisante et peuvent moins se permettre d'attendre un paiement qui leur est dû [Hendley, Murell, Ryterman, 1999, p. 850]. C'est pourquoi les entreprises puissantes et anciennes tendent à être moins innovantes dans la sphère juridique que les firmes récentes et faibles.

La position de force ou de faiblesse de l'entreprise sur son marché, l'âpreté de la concurrence à laquelle elle est soumise, les risques qui pèsent sur sa survie en cas de perte d'un client, constituent des variables essentielles. Les stratégies de recouvrement des arriérés de paiement par le biais d'actions en justice présentent un risque moindre pour les firmes disposant d'un grand nombre de clients potentiels (par exemple les sociétés qui vendent des biens à des détaillants) et pour les entreprises qui sont les seules en mesure de fournir certains types d'approvisionnements ou de services à des conditions adaptées au marché local. Une partie des firmes russes observées par K. Hendley – celles, précisément, qui ont un fort pouvoir de négociation avec leurs partenaires commerciaux - ont adopté une attitude offensive sur le terrain du droit. Les débiteurs sont systématiquement et constamment rappelés à l'ordre de façon orale et écrite. Une procédure contentieuse est automatiquement initiée quand l'échéance est dépassée, même si le créancier sait qu'il n'a aucune chance de récupérer la somme qui lui est due. L'entreprise entend ainsi montrer sa fermeté et signifier ses clients actuels et potentiels que les contrats passés avec elle doivent être respectés à la lettre. Elle n'hésite pas à faire mettre en faillite le client insolvable [Hendley, 2001, p.26 et 34].

En revanche, quand la firme est très dépendante d'un petit nombre de clients, elle est contrainte d'accepter tout arrangement, même désavantageux, que lui propose les acheteurs en retard de paiement. La dégradation ou la rupture de la relation commerciale avec un seul de ses clients risque en effet d'acculer la firme cherchant à récupérer ses arriérés de paiement à la faillite. Celle-ci est obligée de faire preuve de souplesse dans les négociations visant à résoudre les problèmes d'impayés. Elle n'utilise jamais la menace de pénalités financières ou d'une action en justice. Ces entreprises en situation de dépendance vis-à-vis de leurs acheteurs, qui emploient très rarement des moyens juridiques, sont précisément celles qui ont l'image la plus négative du droit et de la justice, qu'elles connaissent pourtant très mal [*ibid.*, p. 29].

La propension des acteurs économiques à recourir aux moyens juridiques dépend aussi de facteurs subjectifs : leur représentation, leur opinion et leur connaissance de l'environnement institutionnel et juridique. Les différents types d'entreprises n'ont pas les mêmes besoins institutionnels. Par conséquent, fondent leur jugement d'ensemble sur l'état du système juridique sur la base de leur perception du bon ou du mauvais fonctionnement d'organisations particulières avec lesquels elles ont des rapports d'interaction ou de dépendance. Par exemple, les petits commerçants de Varsovie et de Moscou étudiés par T. Frye basent leur opinion sur la sécurité juridique de leur propriété moins sur leur appréciation du fonctionnement des tribunaux que sur leur estimation de la capacité de la police à protéger leur magasin.

1.2.2 - La capacité des firmes à mobiliser l'expertise juridique

Durant l'époque soviétique, les juristes travaillant au sein de entreprises étaient isolés des services des achats et des ventes. Ils n'étaient généralement pas impliqués dans l'élaboration des contrats. Les juristes d'entreprise avaient pour fonction d'assister les employés confrontés à des problèmes juridiques touchant à leur vie personnelle, par exemple les divorces ou le versement des pensions alimentaires, mais aussi de les aider à résoudre des questions relatives au travail, telles que le paiement des heures supplémentaires ou leur droits aux congés. Les juristes étaient vus comme des techniciens, leur fonction était définie de façon étroite.

Les travaux consacrés aux relations contractuelles dans les économies en transition tendent à montrer que l'accès à l'expertise juridique est un atout pour les entreprises dans la concurrence économique : mieux les décideurs de la firme connaissent le droit, plus les juristes au service de l'entreprise consacrent de temps et d'attention à la rédaction des contrats, plus la firme est capable de prévenir les problèmes et plus elle est efficace dans le recouvrement amiable et judiciaire de ses créances. Une simple quantification des recours au droit et à la justice ne permet pas d'appréhender la contribution que ces institutions apportent à l'efficacité des acteurs économiques. Dans l'environnement juridique fluide qui caractérise les économies en transition, l'efficacité des stratégies contentieuses est liée à la qualité de l'expertise juridique que l'entreprise parvient à mettre à son service [Hendley, Murell, Ryterman, 2001, p.88]. La valeur ajoutée qu'apporte un juriste à l'entreprise dépend de sa capacité à s'informer de l'évolution rapide de la législation économique et à tirer parti des nouvelles règles (par

exemple les nouveaux moyens d'exécution des jugements). La nature et la position de l'expertise juridique au sein de l'organisation de l'entreprise déterminent, dans une large mesure, les types de litiges portés devant les tribunaux (selon les caractéristiques du conflit et l'ampleur des enjeux).

L'efficacité juridique de l'entreprise dépend d'une série de variables qui peuvent être appréhendées à travers les questions suivantes. Le département juridique de l'entreprise est-il subordonné au service commercial ou placé directement sous l'autorité du directeur général ? Quel est son degré d'autorité en matière d'élaboration contractuelle ? Quelle procédure interne à l'entreprise doit être suivie avant le dépôt d'une plainte devant le tribunal (qui prend la décision, quel type de concertation a lieu entre les différents responsables, quel est le poids des juristes dans la définition des stratégies de recouvrement) ? Les juristes ont-ils des responsabilités et des pouvoirs discrétionnaires ou ont-ils une simple fonction de conseil, de vérification de la légalité des contrats ? Dans quels cas l'entreprise a-t-elle intérêt à disposer d'une expertise juridique interne et dans quels cas est-t-il préférable qu'elle fasse appel à des conseillers extérieurs ?

Les différentes entreprises ne sont pas soumises aux mêmes contraintes économiques et font des évaluations différentes de la place et du rôle du droit dans le nouvel environnement économique. C'est pourquoi elles n'adoptent pas les mêmes stratégies en matière de réorganisation ou d'externalisation de leur service juridique. Ainsi, pour prendre un exemple tiré de nos observations en Bulgarie, l'entreprise de bâtiment dont IB est directeur financier n'a pas de service juridique : elle fait appel à des conseillers extérieurs lorsqu'elle est confrontée à un problème juridique compliqué, ce qui est rare compte tenu de la sélection des clients pratiquée par la firme, mais l'aspect juridique des activités habituelles (dont les crédits) est géré par les cadres de l'entreprise, qui reçoivent une formation à cet effet. Dans la mesure où les risques de mauvaise exécution du contrat pèsent davantage sur les clients (malfaçons, dépassement des délais...), ceux-ci sont davantage actifs sur le plan juridique.

La tendance dans les banques et les entreprises est la suppression des postes de juriste d'entreprise et à l'externalisation de la fonction de conseil juridique au profit des cabinets d'avocats. Pourtant, cette stratégie peut s'avérer coûteuse car les honoraires d'un avocat d'affaire pour quelques heures de travail excèdent largement le salaire mensuel d'un expert juridique employé par l'entreprise.

Les petits entrepreneurs essaient de limiter au maximum les contacts avec les juristes, ils préfèrent prendre le risque de conclure des contrats sans avis juridique, plutôt que payer l'expertise qui permettrait de conférer à leurs affaires un niveau plus important de sécurité juridique [ES]. Ils ne réfléchissent pas suffisamment avant de conclure un contrat de crédit, ne lisent pas les documents contractuels dans le détail et n'essaient pas d'éclaircir les points qui leur paraissent obscurs [TT]. Le risque et la précaution juridiques ne sont pas intégrés dans leurs modes de raisonnement, ce qui fait d'eux cibles idéales pour toutes sortes d'escrocs notamment étrangers.

D'autre part, la proportion de juristes dans la population a considérablement augmenté, mais en raison de l'évolution très rapide de la législation commerciale et de

la médiocre qualité de l'enseignement du droit dans la plupart des universités, les conseillers juridiques réellement compétents sont rares [MM].

1.2.3 - Les processus de juridicisation des pratiques liés aux changements dans l'environnement de l'entreprise

La propension des acteurs économiques à utiliser le droit dépend de facteurs liés au contexte dans lequel ils évoluent : le rythme de la croissance et le degré de stabilité macroéconomique, le niveau de compétition sur les marchés et leur ouverture aux commerce et aux investissements étrangers, la concentration de la propriété, l'arrivée de grandes banques étrangères... La qualité des textes juridiques n'apparaît pas comme la variable essentielle expliquant le recours au droit et à la justice. Les imperfections d'un corps de règles n'empêchent pas certaines entreprises de l'utiliser activement.

Les crises économiques entraînent la recomposition des réseaux commerciaux, car les faillites d'entreprises clientes obligent les fournisseurs à rechercher de nouveaux acheteurs et les banques de nouveaux emprunteurs. Dans la mesure où le degré de confiance interpersonnelle entre les contractants est faible, ceux-ci trouvent préférable de rationaliser et de formaliser leur accord. Les créanciers sont davantage portés à mettre en doute la bonne foi des explications données par leurs débiteurs de fraîche date pour expliquer leurs retards de paiement. En outre, il est important pour les vendeurs de se construire une réputation d'inflexibilité afin de décourager les mauvais payeurs de traiter avec eux. D'autre part, les partenaires commerciaux occasionnels ont moins de scrupules que les réguliers à ester en justice quand survient un différend. Par ailleurs, les entreprises qui se trouvent en situation de fragilité en raison du contexte de récession et de désorganisation de l'économie n'ont d'autre choix que d'adopter un comportement agressif en matière de recouvrement d'impayés. Dans la mesure où elles n'ont pas de réserve financière et où leur survie est menacée à court terme, elles sont acculées à utiliser l'arme judiciaire pour faire rentrer rapidement des fonds, au risque de se brouiller définitivement avec les clients assignés en justice.

L'ouverture internationale des PECO peut générer des différences régionales au niveau des comportements des entreprises. Celles qui sont couramment exposées aux pratiques juridiques de type occidental deviennent juridiquement plus offensives [Hendley, Murell, Ryterman, 1999, p.847]. K. Hendley constate qu'il n'existe pas de corrélation évidente entre les relations de l'entreprise avec des partenaires occidentaux, ou la présence d'investisseurs étrangers dans son capital, et l'évolution de ses pratiques en matière juridique et judiciaire [2001, p. 41].

On peut formuler l'hypothèse suivante pour expliquer l'existence du processus juridicisation au sein de secteurs économiques où les régulations informelles sont prééminentes : la minorité d'acteurs qui recourent aux nouveaux instruments juridiques incitent ou contraignent les autres à s'en servir également par effet d'engrenage. Les entreprises placées en position de défendeur ne peuvent continuer à ignorer ou à éviter le système juridique (à condition que le niveau de corruption ne soit pas trop élevé). Elles apprennent, par la force des choses, à utiliser le droit de façon défensive, pour

rallonger leurs délais de paiement et s'opposer aux actions judiciaires initiées contre elles.

SECTION 2 – LE SYSTEME BANCAIRE EN BULGARIE

Nadine Levratto

L'édification d'un cadre juridique et politique libéral constitue une nécessité absolue pour assurer le fonctionnement de l'économie de marché et la sécurité des échanges. Sous le communisme, la propriété des moyens de production, qui n'existait que sous forme collective, était mal définie : propriété des entreprises d'État, propriété des conseils de travailleurs et des employés, propriété des conseils d'autogestion, propriété des coopératives, etc. Les gouvernements des pays d'Europe centrale et orientale se sont donné pour mission de répartir les droits de propriété en s'appuyant sur le retour de la propriété privée, afin de rendre possible la coordination par le marché.

Selon Andreff (1993), la privatisation n'est pas une fin en soi ; il importe avant tout de créer des conditions favorables à la naissance d'un secteur privé composé de nouvelles entreprises. L'expérience a montré que la transformation des anciennes institutions du régime communiste ne suffisait pas à établir une économie de marché immédiatement performante. Dans les faits, la libéralisation des économies s'est traduite par une forte baisse de la production industrielle, par le développement d'une inflation galopante et par la détérioration de la balance commerciale, compte tenu du manque de compétitivité des entreprises locales. Eu égard à ces excès causés par le recours brutal au marché, il convenait donc d'opérer certains ajustements macro-économiques. Pour la majorité des experts, les réformes nécessitent un programme général, cohérent et approprié, et non pas des améliorations successives qui ne font qu'accroître les déséquilibres. Reprenant l'image du vol en parapente, Lavigne (1994) explique qu'un gouffre ne peut se franchir en deux bonds. Fitoussi (1990) ajoute que les politiques d'ajustement macroéconomique et de changements structurels requièrent une " masse critique ", des négligences dans un seul secteur pouvant en contrarier le décollage.

La Bulgarie s'est inscrite dans une marche d'accession à l'économie de marché marquée par un certain gradualisme, conduisant progressivement ses réformes afin de faciliter les ajustements structurels nécessaires pour une " transition en douceur ". La transition n'a donc pas été conçue comme le remplacement instantané d'un système par un autre, mais comme un processus où les deux logiques, en principe exclusives, coexistent et se concurrencent mutuellement. Influencé par l'approche néo-institutionnaliste et évolutionniste de Hayek selon laquelle l'ordre concurrentiel permet le fonctionnement de l'économie et de la société, Kornai approuve la priorité donnée au marché, mais il juge les réformes ultra-libérales prématurées. Quel que soit son degré d'accomplissement, la transition économique bouleverse les équilibres sociaux. Le système productif hérité de l'ancien système n'étant en adéquation ni avec les préférences de la population ni avec les contraintes du marché mondial, le capital perd automatiquement de sa valeur et des secteurs industriels entiers doivent se restructurer, voire disparaître. Cependant, de nombreux éléments laissent à penser que les artisans de

la réforme et les institutions internationales qui les promeuvent ont négligé le facteur culturel dans la transplantation des nouvelles institutions, ce qui a occulté toute réflexion sur les méthodes de reconstruction. Le marché nécessitant des institutions et une culture des participants propices à la prise de décision, il est illusoire de croire en la constitution spontanée d'un marché autorégulateur, qui aboutit au contraire à un capitalisme exacerbé aux effets pervers multiples.

2.1 - Organisation du système bancaire

2.1.1 – La Banque Nationale de la Bulgarie (BNB)

Fonctionnement de la BNB dans le cadre de la caisse d'émission (« currency board »)

Le 1^{er} juillet 1997, la Bulgarie a mis en place une caisse d'émission sous le contrôle du FMI. Depuis le 1^{er} janvier 1999, la Banque Nationale se trouve sous tutelle et le lev (la monnaie nationale) se trouve arrimé à l'euro après l'avoir été au deutschemark. En substance, cela signifie que la BNB n'émet pas plus de leva qu'elle ne reçoit d'euros. Quels sont les éléments qui ont conduit à cette situation ? Quelles conventions financières peuvent en résulter ? Quelle est l'efficacité de ce type de mesure ? Telles sont les principales questions auxquelles nous allons apporter des éléments de réponse en nous appuyant sur des travaux théoriques et à partir d'éléments factuels.

Trois éléments caractérisant la caisse d'émission : un taux de change fixe par rapport à une « monnaie d'ancrage », une convertibilité automatique (le droit d'échanger la monnaie nationale sans limites sur la base du taux de change fixe), et une contribution à long terme au système. Les objectifs de la caisse d'émission établie en Bulgarie sont la stabilisation du système bancaire, la garantie d'une stabilité de changes, la baisse des taux d'intérêts et l'instauration d'une discipline budgétaire.

Elle a été instituée pour une série de raisons parmi lesquelles on peut citer :

1. L'échec de la transition dans les premières années après le changement de régime. La Bulgarie a entrepris l'ensemble de mesures proches des stratégies, plus ou moins radicales, adoptées au même moment en Europe centrale, quoique avec un soutien extérieur plus faible - libéralisation des prix, réduction des subventions, convertibilité en solde courant... Toutes ces mesures ont eu pour effet la chute de la production, de l'emploi et du niveau de vie moyen ainsi que la forte augmentation de l'inflation, de l'insolvabilité de nombreuses entreprises publiques et l'apparition progressive de problèmes budgétaires.

2. L'établissement des banques commerciales privées commence en 1991 et se prolonge assez activement jusqu'en 1993. La plupart d'entre elles étaient créées à partir des anciennes agences de la BNB. Pour obtenir une licence de banque commerciale, le régime libéral de l'époque a formulé de faibles exigences concernant le capital initial aussi bien sur le plan quantitatif que qualitatif, puisque peu de contrôles étaient effectués sur l'origine des fonds utilisés, si bien que beaucoup de banques privées ont

commencé leur activité avec des ressources empruntées. Pendant cette période, la base législative des banques en Bulgarie n'était pas clairement établie et cela a conduit à l'établissement de banques privées qui avaient pour but d'octroyer des crédits à leurs actionnaires majeurs et aux personnes liées à eux. Cet ensemble représentait un schéma parfait pour retirer de l'argent via le refinancement de la BNB et la Caisse d'épargne d'Etat, DSK qui, bien que n'ayant pas le statut de banque, était considérée comme telle. Le désengagement de l'État s'est ainsi opéré par la privatisation, tâche suprême de la transition.

L'expansion du secteur bancaire privé a produit deux effets opposés sur l'ensemble du secteur. Dans une certaine mesure, elle a exercé un effet favorable puisque l'accroissement du nombre d'établissements bancaires a favorisé la concurrence sans toutefois contribuer à améliorer significativement la qualité des services. Elle a aussi, et peut être surtout, eu un effet négatif dans la mesure où le montant des grands crédits a considérablement augmenté ainsi que le pourcentage des créances douteuses. Environ 50% de toutes les créances accordées aux entreprises non financières étaient douteuses, en raison de l'influence de l'Etat sur l'octroi de crédits aux entreprises d'Etat stratégiquement importantes. De plus, pour la plupart des PME, le seul moyen de payer leurs dettes et de couvrir leurs pertes était de demander de nouveaux crédits. De décembre 1995 à juin 1996, le refinancement des banques commerciales à la Banque centrale a augmenté de 145%, alors que 90% de ces prêts n'étaient pas collatéralisés. A partir du début de 1996, la fragilité des banques est devenue un motif majeur d'inquiétude du public, qui a commencé à retirer ses dépôts de la quasi-totalité des établissements, provoquant ainsi un mouvement de panique bancaire.

3. L'hyperinflation, qui représente le résultat de l'impact mutuel de plusieurs facteurs : les conditions difficiles et les problèmes liés à la réforme, dont témoignent l'escalade de la dette intérieure, l'accumulation de pertes financières dans le secteur bancaire et la baisse des réserves officielles qui a suscité des doutes croissants sur la capacité du pays à servir les tranches semestrielles d'intérêts sur les Brady Bonds¹⁴¹, émis dans le cadre de l'accord du Club de Londres de 1994. Présente initialement en arrière-plan de la crise des banques, la question de la solvabilité de l'Etat est donc apparue d'abord au niveau externe, puis se propageant au plan interne, elle a accentué la fragilité des banques et de la monnaie nationale.

En 1996 est mise en œuvre l'opération de restructuration bancaire que la crise du début des années quatre-vingt dix n'avait pas permis de réaliser. En l'absence de stratégie en la matière, le gouvernement et la Banque Centrale ont eu recours à des mesures administratives visant à assurer le refinancement des banques en difficulté, lesquelles accordent des crédits à des entreprises d'Etat virtuellement en faillite. Ce «soutien abusif» va bien entendu à l'encontre des recommandations du FMI. La Banque Centrale est «venue au secours» des deux banques d'Etat en situation particulièrement

¹⁴¹ La valeur des Brady Bonds (émis pour servir la reconstruction du pays après le changement de régime politique) est estimée à 4,9 milliards USD, ce qui représente presque la moitié de la dette extérieure. La Banque d'Investissement américaine «Merrill Lynch» qui fait le trading des Brady Bonds bulgares, estime que la baisse de leur prix au début de l'année est due aux crises argentine et turque.

critique (Minéral Bank et Economic Bank) en substituant aux *Zunk bonds*¹⁴² de nouvelles obligations d'Etat avec remise des intérêts dus et impayés.

	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999
PIB, USD Mrds.	8,6	10,8	9,7	13,1	9,9	10,1	12,2	12,0
Croissance (% PIB)	-7,3	-1,5	1,8	2,9	-10,1	-7,0	3,5	2,4
Taux d'inflation, %	79,4	63,9	121,9	32,9	310,8	578,6	1,0	6,2
Taux de chômage, %	15,3	16,4	12,8	11,1	12,5	13,7	12,2	16,0
Taux de croissance de la production industrielle, %	-18,4	-9,8	10,6	4,5	5,1	-10,0	-12,7	-10,0
Revenu/ mois/ tête, USD	87,7	116,9	91,5	113,1	79,4	76,3	106,5	107,3
Dépôts bancaires, (% PIB)	54,0	53,0	56,0	50,0	38,0	20,0	20,0	
Taux d'intérêt de base (%)	45,00	48,16	63,33	38,5	435,0	7,01	5,16	4,71
Dette extérieure Mln USD	13,806	13,836	11,338	10,148	9,602	9,76	10,251	9,984
% PIB	122,0	108,0	121,0	77,0	102,0	95,0	83,0	81,3
Réserves de change Mln USD	900,0	650,0	1000,0	1240,0	485,0	2250,0	2660,0	2900,0
Taux de change pour 1 USD	23,3	27,7	54,2	67,2	175,8	1676,5	1760,4	1,836*

*Le 5 juillet 1999 : nouvelle définition du BGL sur la base de 1 nouveau BGN pour 1000 anciens BGL, 1000BGL=1BGN (le nouveau code).

Tableau 1 : Indicateurs macroéconomiques avant et après l'adoption d'une caisse d'émission par la Bulgarie (% Premier trimestre)

Le déficit budgétaire de 49 milliards de leva a été augmenté de 9 milliards de leva en vue d'apporter les concours nécessaires à ces deux banques et à la compagnie aérienne Balkan Air (en faillite, mars 2001). Le déficit supplémentaire a été financé par l'émission d'obligations. A la fin de l'année 1995¹⁴³, les pertes enregistrées dans le secteur des entreprises étaient estimées à 20% du PIB, soit 160 milliards de leva. Cette situation s'est traduite par des arriérés de paiement envers l'Etat (60,2 milliards de leva), la Sécurité sociale (14 milliards de leva) et, dans le secteur bancaire, par

¹⁴² Zunks bonds : similaires pour ce qui concerne le nom et le contenu aux *junk bonds* occidentaux, il s'agit obligations d'Etat à 25 ans émises en dollars et en leva à faible taux d'intérêt. Elles ont été ajoutées aux crédits non performants en 1994.

¹⁴³ Source : Bulletin statistique, édition de l'INS, Sofia, 1996.

l'accumulation des créances douteuses. Elle a entraîné, par ailleurs, une croissance de la dette et des arriérés de paiement de salaire à hauteur de 14 milliards de leva.

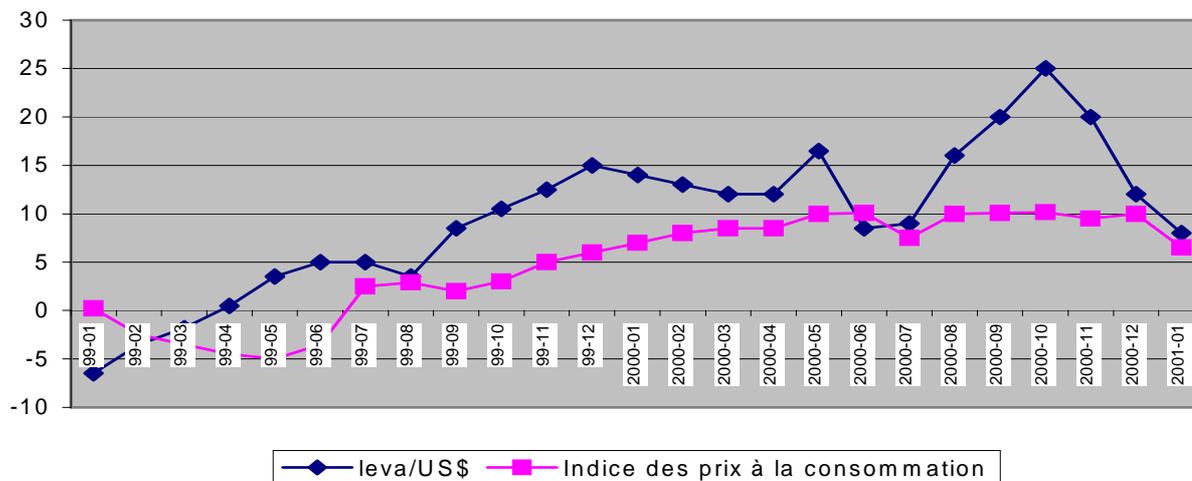
Les entreprises en situation financière difficile ont absorbé l'essentiel des ressources allouées à nouveau par l'intermédiaire du budget de l'Etat et du système bancaire, entraînant pour les entreprises saines un effet d'éviction. Les entreprises publiques défaillantes représentaient alors 79,1% des engagements du système bancaire (1995). Le processus de décapitalisation des banques s'est accéléré, illustré par l'accroissement des pertes qui atteignaient 30,4 milliards de leva, à la fin de 1995, soit une augmentation de 34,7% par rapport à la même période de l'année précédente tandis que le capital n'avait augmenté que de 4,38% en 1994, s'établissant à 0,04% en juin 1995, alors que la loi bancaire prévoyant déjà un ratio de 8%. En 1995, la plupart des établissements présentaient une situation nettement négative : les engagements totaux du système bancaire s'établissaient à 372 milliards de leva (4,78 milliards de dollars) répartis à égalité entre banques d'Etat et banques privées. Selon la Banque nationale, 75% de ces engagements représenteraient des créances douteuses.

Les importants besoins de financement de l'Etat liés au déficit budgétaire, un refinancement des banques commerciales qui dépend étroitement de la Banque Centrale, les risques considérables pris par la plupart des établissements bancaires sur des entreprises en difficulté, la forte dispersion du capital entre un grand nombre de banques et la pratique de l'*insider lending* (prêts aux actionnaires) sont à l'origine de la crise de liquidité qui frappe le secteur bancaire à cette époque. L'inflation, la dette publique et le déficit budgétaire échappent à tout contrôle, les banques commerciales et les marchés financiers s'effondrent et les réserves de change requises pour défendre la monnaie nationale s'épuisent.

Le gouvernement, conscient de la nécessité de conclure un accord avec les institutions financières internationales pour éviter des perturbations économiques et sociales prolongées, ne parvient pas à redresser la situation. Au début de 1996, l'imminence d'une crise bancaire amène les autorités à reconnaître enfin la nécessité de conduire simultanément réforme des entreprises et réforme bancaire. Cependant, les mesures envisagées n'ont pas été mises en oeuvre avec la rapidité et la vigueur nécessaires et le FMI comme la Banque mondiale ont refusé le déblocage de leurs concours soumis à condition.

Ainsi, en raison du quasi-immobilisme du gouvernement au cours de la période 1995-1996 et le développement corrélatif de groupes financiers occultes qui se sont enrichis aux dépens du pays, la Bulgarie a connu une crise particulièrement sévère, sans doute la plus grave de son histoire moderne, qui l'a conduite au bord du chaos. Après deux années de croissance modeste (1994, 1995) le PIB chute de 10% en 1996, le lev se déprécie de plus de 500%, les réserves de change sont réduites à 518 millions de dollars (soit 1,1 mois d'importation) alors que le seul remboursement de la dette extérieure est estimé à 1,313 milliard de dollars en 1997 et la dette publique interne a triplé pour atteindre plus de 60% du PIB.

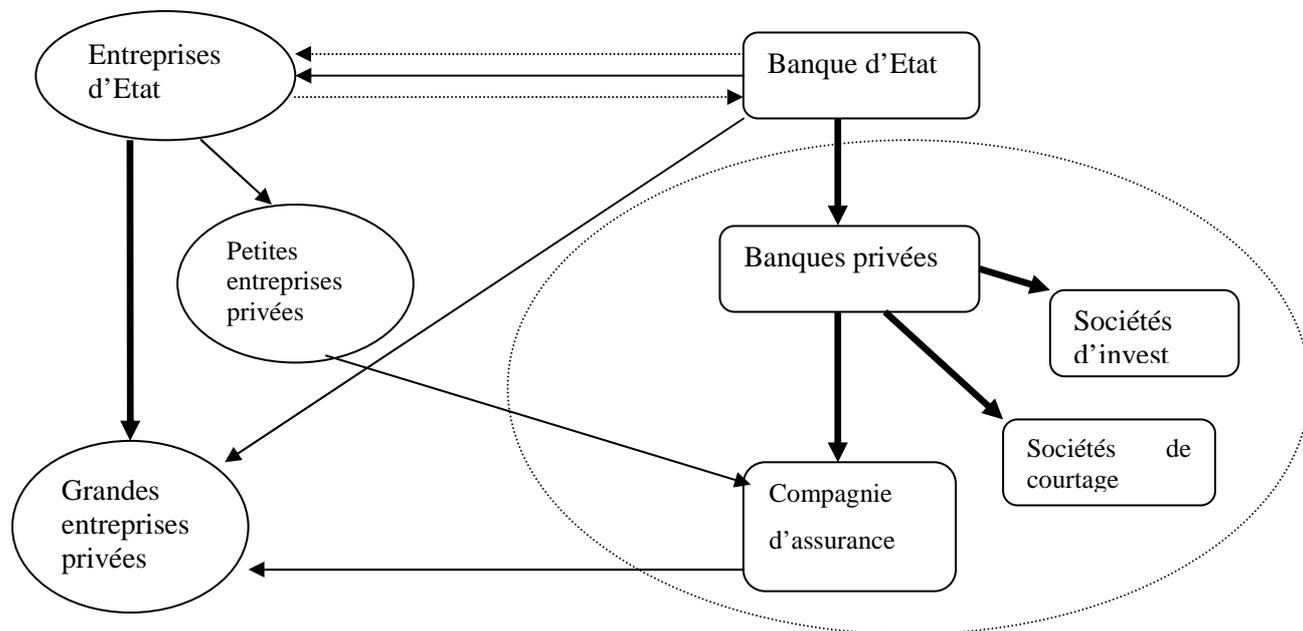
Figure 1 : Inflation et taux de change (données mensuelles)



*Source : BNB, Institut national des statistiques.

A la mi-1996, le système bancaire bulgare est exsangue. Les banques commerciales accusent une situation nette globale négative et une liquidité extrêmement faible, tandis que l'Etat ne dispose plus des ressources nécessaires pour les remettre à flot. Il convient de mentionner que les mesures de restructuration du secteur bancaire, adoptées depuis 1997, se sont révélées efficaces, à la fois pour empêcher un effondrement complet de toutes les activités de banque commerciale dans le pays et pour jeter les bases d'un secteur bancaire reconstruit en fonction de nouveaux principes plus rationnels. Cette situation trouve une explication de nature institutionnelle dans la mesure où elle peut être conçue comme le résultat de l'imbrication étroite des sphères politique et financière. Mises au service des intérêts de certains groupes et pas à celui de la croissance économique, le système bancaire de l'époque se présente comme un organisme de transfert du patrimoine de l'état vers des groupes privés plus occupés par une logique de profit individuelle que par des considérations d'accumulation et de bien-être collectif. C'est cette configuration atypique et non-conforme aux attentes des marchés internationaux et des instances européennes qui va soulever la question de la gestion des banques en tant qu'institutions et l'instauration d'un régime monétaire sous contrôle d'une caisse d'émission.

Figure 2 : Interactions entre le système productif et le système bancaire et financier en Bulgarie avant la crise (1990-1996)



Légende :

-> Liens de propriété dans les années 1980
- > Flux de capitaux
- > Liens de propriété émergents
- Essaimage bancaire

On trouve ici une illustration de la proposition de la théorie des institutions pour laquelle les institutions influencent l'action individuelle ainsi que les résultats de l'action collective (North et Thomas, 1970). Appliquée aux économies en transition, la théorie des institutions postule qu'il est impossible de comprendre les entreprises post-communistes sans faire référence aux institutions de l'État et du Parti qui ont gouverné l'économie planifiée. L'objectif est alors de reconfigurer les organisations institutionnelles, devenues inadaptées à la suite du changement de système. Mais cela suppose que l'on prenne également en considération des éléments de nature sociale et, à l'instar des théoriciens de la régulation, que l'on renonce aux postulats de rationalité des agents économiques, d'allocation optimale des ressources par le marché et de lois économiques abstraites et atemporelles.

Instruments de la politique monétaire de la BNB sous contrôle de la caisse d'émission

De la restructuration de la Banque Centrale résulte l'établissement de deux départements majeurs aux bilans séparés dans la Banque : le Département d'émission qui s'occupe du fonctionnement de la caisse d'émission et le Département des banques qui peut être un prêteur en dernier ressort surtout dans le cas où existe un risque systémique. L'actif du Département des banques comprend une partie des actifs étrangers de la Banque Centrale (autres que les réserves de change à l'actif du Département d'émission) et tous les actifs domestiques de la Banque. Au passif figurent les crédits de la Banque Centrale autres que les crédits du Département d'émission, c'est-à-dire des crédits des créanciers étrangers et domestiques, ainsi que le capital net de la Banque.

Mln BGN	31.03.98	30.12.99	29.12.00	31.05.01
Actif	3 783,13	5 083,02	5 642,34	5 705,01
1. Or non monétaire et autres métaux précieux	79,311	90,813	89,498	96,11
2. Investissements en titres	292,126	155,485	167,695	192,169
3. Crédits pour les banques	7,74	0,013	0,017	0,019
4. Crédits pour le gouvernement	1 608,84	2 203,16	2 560,93	2 584,43
5. Participation au FMI et autres organisations financières internationales	1 063,33	1 622,07	1 664,09	1 757,55
6. Intérêt à recevoir	0,032	0,001	0,001	3,919
7. Capital investissement dans des unités domestiques	0,152	2,066	2,294	2,294
8. Actifs fixés	133,658	145,53	141,382	138,794
9. Autres actifs	7,002	7,972	52,682	27,752
10. Dépôts dans le Département d'émission	590,942	855,908	963,752	902,005
Passif	3 785,03	5 083,02	5 642,34	5 705,01
1. Prêts du FMI	1 652,41	2 430,83	2 778,65	2 797,62
2. Engagements vers d'autres organisations financières internationales	1 055,24	1 621,28	1 664,29	1 757,48
3. Intérêt à payer	0,395	1,639	1,995	0,81
4. Autres passifs	9,322	9,775	6,798	8,456
Engagements Totaux	2 717,37	4 063,52	4 451,73	4 564,37
5. Capital	20	20	20	20
6. Réserves	811,255	814,38	940,374	1 012,11
7. Profit retenu	236,404	185,118	230,235	108,53
Capital total	1 067,60	1 019,50	1 190,61	1 140,64

Tableau 2 : Bilan simplifié du Département des banques

L'actif du Département d'émission (la caisse d'émission) inclut des réserves de change et des réserves monétaires d'or de la Banque Centrale. Le passif consiste dans la monnaie nationale en circulation, les réserves obligatoires, les dépôts des banques commerciales (la masse monétaire) ainsi que les dépôts du gouvernement et des institutions financées entièrement par le budget d'Etat. Caractéristique spécifique de la caisse d'émission bulgare, un poste additionnel – Dépôt du Département des banques – est ajouté au passif du bilan du Département d'émission. En pratique, cela signifie que la masse monétaire et les dépôts du gouvernement à la Banque Centrale sont entièrement couverts par une partie des réserves de change du Département d'émission, alors que les réserves excédentaires correspondent à la couverture des dépôts du Département des banques dans le Département d'émission. Le Département des banques peut disposer de ces actifs pour refinancer les banques commerciales en cas de crise systémique.

Tableau 3 : Bilan du Département d'émission

Mln BGN	01.07.97	30.12.99	29.12.00	31.05.01
Actif	2 799,96	6 272,08	7 273,16	6 939,24
1. Réserves encaisse et en comptes courants	700,98	1 641,53	1 944,09	929,571
2. Réserves monétaires d'or	640,7	641,79	641,768	642,272
3. TCN étrangers	1 446,41	3 913,58	4 625,33	5 290,76
4. Intérêt à recevoir	11,87	75,181	61,973	76,639
Passif	2 819,97	6 272,08	7 273,15	6 939,24
1. Billets et monnaie en circulation	598,99	2 082,92	2 504,69	2 476,26
2. Comptes et dépôts des banques commerciales	529,37	639,45	515,938	625,709
3. Dépôts du gouvernement et des organisations financées par le budget d'Etat	597,96	2 693,29	2 608,61	2 863,92
4. Autres dépôts	33,72	0,369	675,213	70,013
5. Fonds d'Etat pour le reconstruction et le développement	555,87			
6. Intérêt à payer	10,24	0,148	4,949	1,331
7. Dépôts du Département des banques	493,82	855,908	963,752	902,005

*Source : BNB, Institut de l'économie de marché (IEM) ;

**BGL – signe de la monnaie nationale avant la définition, 1000BGL=1BGN

Le premier bilan publié officiellement par le Département d'émission fait figurer une somme totale de l'actif à 2 819,96¹⁴⁴ Mrds. BGL (environ 2,820 DEM) dont :

- 52.0% - représentaient des Titres de créances négociables (TCN) étrangers ;
- 24.9% de réserves de change (devises étrangères)
- 22.7% de réserves d'or (environ 90% d'or total des réserves de la Banque Centrale).

Suite à la mise en place de la caisse d'émission, on a pu observer une tendance à l'accroissement de la somme totale des actifs du département. Son origine se trouve dans l'accroissement des réserves de change qui a permis une augmentation correspondante de la masse monétaire qui peut être augmentée grâce à une réduction des réserves obligatoires exigées par la Banque Centrale. En même temps, cette stratégie s'est accompagnée d'un risque élevé pour le système bancaire, bien qu'elle ait amélioré la liquidité des banques commerciales. En ce qui concerne l'intérêt, on peut constater que le rendement des TCN étrangers (surtout instruments de dette de gouvernement à court terme et Bons de Trésor) s'est révélé plus élevé que les gains procurés par les deux autres formes d'instruments figurant à l'actif du Département d'émission. En ce qui concerne la liquidité, la structure n'est pas aussi favorable. La partie la plus liquide est sans aucun doute celle des réserves de change qui sont soit en caisse, soit détenues en comptes courants auprès de banques étrangères de première classe. De l'autre côté, si les TCN étrangers peuvent également se révéler liquides, c'est dans une moindre mesure. Le risque politique qui affecte l'actif est pratiquement nul, la plupart des actifs du Département d'émission étant détenus auprès d'institutions dans des pays développés (Etats-Unis, Allemagne, Grande-Bretagne, etc.) en principe stables du point de vue économique, social et politique. Un risque politique pourrait cependant résulter de changements drastiques en Bulgarie, de l'incapacité du pays à honorer sa dette extérieure, ou d'une dégradation des relations avec le FMI et les autres institutions financières internationales. Le risque de crédit, lié au niveau de crédibilité des banques étrangères auprès desquelles le Département d'émission détient ses réserves de change et les TCN étrangers peut être aussi considéré comme négligeable, voire nul dans la mesure où les réserves de change sont détenues auprès d'institutions financières dont la notation internationale des plus élevées et que les actifs investis en titres sont détenus en instruments de dette de gouvernement (surtout américains et allemands) pratiquement sans risque.

En définitive, en tant qu'organisme indépendant, la Banque Centrale ne peut financer ni l'Etat ni les banques, qui doivent donc opérer sans prêteur en dernier ressort. Compte tenu de ces contraintes, deux instruments d'intervention demeurent envisageables : les réserves obligatoires et le surplus de réserves de change par rapport à la couverture de la base monétaire en circulation.

¹⁴⁴ La fin d'avril 2001, la somme est estimée à 3,506 milliards d'euros. TCN étrangers – 2,191 milliards d'euros, la monnaie en circulation – 1,241 milliards d'euros, les dépôts des banques commerciales auprès la BNB – 315,438 millions euros, les dépôts du gouvernement – 1,472 milliards d'euros.

Les fonctions de la BNB

Pendant la période communiste, le système bancaire entièrement d'Etat était composé d'une banque d'Etat aux nombreuses succursales, la BNB, exerçant plus une activité d'agent de contrôle que celle d'une banque centrale ou commerciale. Les règles législatives pour les opérations de la BNB en tant que banque centrale ont été mises en œuvre en 1991.

Les objectifs principaux de la BNB sont le maintien de la stabilité de la monnaie nationale et la contribution à la création et au fonctionnement d'un système de paiement efficace. La BNB est la seule institution dans le pays qui a le droit d'émettre des billets et des monnaies, ainsi que de régler et de diriger les activités des banques commerciales dans le but de maintenir la stabilité du système bancaire.

La loi sur la BNB du 10 juin 1997 établit la bi-départementalisation de la BNB : d'un côté, les unités de la BNB ont les droits des organismes d'Etat puisqu'elles peuvent rédiger des réglementations pour l'activité des banques et des institutions financières et publier des actes ; de l'autre côté, elle peut conclure des contrats, c'est-à-dire qu'elle a la qualité d'un commerçant ce qui la différencie fortement de ses homologues occidentales.

Le département des banques a le droit d'octroyer des crédits aux banques commerciales dans les cas suivants :

- dans le cas d'un risque systémique pour le système bancaire;
- pour une durée maximum de 3 mois, si les crédits sont complètement collatéralisés par stock d'or, devises étrangères ou par d'autres actifs facilement liquides¹⁴⁵. Si le crédit n'est pas remboursé dans la période déterminée BNB a le droit de vendre le gage sans jugement.

La BNB peut accorder des crédits aux banques commerciales dans le seul cadre des dépôts du Département des banques auprès du Département d'émission sans avoir le droit de dépasser cette somme. Prenant en compte toutes les conditions, ainsi que la procédure interne, longue et complexe, de prise de décision, on peut conclure qu'il est très difficile d'obtenir un crédit auprès de la BNB. Ceci est également vrai pour l'état. Le département des banques ne peut octroyer à l'Etat et aux institutions d'Etat que des crédits provenant d'achats de DTS (Droits de Tirage Spéciaux) du FMI d'une durée de maximum 90 jours. Au-delà de cette durée l'Etat n'est plus autorisé à travailler avec la partie non utilisée.

Le département des banques est également chargé de l'analyse de la condition des banques commerciales et tout particulièrement de l'organisation et du respect des exigences de réserves obligatoires que les banques doivent détenir auprès de la BNB. Il doit aussi maintenir les relations avec le FMI (y compris servir les prêts du FMI et

¹⁴⁵ Dans la loi il est stipulé que « les actifs liquides » exigés pour obtenir un crédit sont tous les titres émis et garantis par le gouvernement bulgare, ainsi que tous les titres émis et garantis par les banques centrales et les gouvernements des pays suivants : Allemagne, France, Grande-Bretagne, Belgique, Suède, Italie, Pays-Bas, Etats-Unis, Canada et Japon.

autres institutions financières internationales), élaborer des analyses et statistiques et gérer les comptes du gouvernement et des banques commerciales.

Le département d'émission agit en tant que caisse d'émission bien qu'il ne soit pas officiellement indépendant de la Banque Centrale. Ses obligations visent au maintien de la couverture totale de la masse monétaire, ce qui signifie qu'il a le droit d'émettre des billets et de la monnaie manuelle, les deux éléments étant entièrement convertibles en réserves de change à un taux fixe. Il doit assurer la couverture totale en maintenant 100% de réserves de change. Pour cet objectif, le Département doit gérer les actifs de devises internationales de la BNB (acquérir, vendre et arbitrer les actifs détenus).

Le département d'émission a l'obligation de contrôler les activités en ce qui concerne le processus de mise en circulation et de retrait des pièces et des billets. Le système de paiements interbancaires et les comptes budgétaires relèvent aussi de sa compétence. Le département de surveillance a pour mission de rédiger les règlements pour les activités des banques commerciales, présenter des raisons pour donner ou révoquer des licences de banque commerciale et surveiller les activités des institutions financières ayant des licences pour une activité bancaire.

Le département des services fiscaux n'est pas un département indépendant dans la structure de la BNB. Le Département est chargé de la partie des relations de la BNB avec le gouvernement, la BNB agissant en tant qu'agent de la dette publique. En effet, le Département des services fiscaux organise les ventes de Bons de Trésor au nom et pour le compte du gouvernement. Il s'occupe aussi du registre des Bons de Trésor et œuvre en tant qu'agent en ce qui concerne le paiement et l'intérêt des Bons de Trésor et leur rachat.

Les difficultés proviennent de la coordination de ces différents départements.

2.1.2 – Les banques commerciales

Après le lancement de huit banques commerciales en 1987, le marché bancaire bulgare a été créé par la transformation des dizaines d'agences de la BNB (Banque Nationale Bulgare) en établissements bancaires indépendants dès 1992. Ce mouvement a été suivi par la mise en place d'une législation appropriée principalement articulée autour de trois lois qui recourent différents domaines. Leur examen montre que la Bulgarie a tiré des leçons de la crise bancaire du début de la transition et qu'elle a cherché à en éviter une nouvelle grâce à la mise en place d'un système juridique.

Fonds propres et ratio de solvabilité.

La Loi sur les banques commerciales et les activités de crédit est rédigée sur le modèle des lois bancaires européennes parfois en plus sévère pour atténuer les risques supplémentaires liés à la petitesse des établissements bancaires bulgares. Cette loi fixe un capital minimum de 500 millions de leva si la licence est complète (opérations domestiques et internationales) et de 200 millions de leva si la licence est locale, soit respectivement 21,7 millions et 8,7 millions de dollars. Depuis 1998, les capitaux propres des banques ont augmenté grâce à la réinjection des profits et aux apports

supplémentaires des actionnaires. Cette amélioration du haut de bilan couplé à la réalisation d'investissements peu risqués ont contribué à la robustesse du système financier, à l'expansion de l'activité et au renforcement de la concurrence.

En matière d'adéquation des fonds propres, la réglementation bulgare stipule qu'ils doivent représenter au moins 12% des actifs risqués pour qu'elles puissent garantir les ressources des épargnants. Ce ratio est un peu plus élevé que le ratio européen de solvabilité fixé à 8 % ainsi que le prévoit le Comité de Bâle sur la base du ratio Cooke, le choix bulgare pouvant être interprété comme résultant de la volonté des autorités à envoyer un signal de robustesse et de fiabilité en direction des opérateurs de marché et des déposants. On notera également que la réglementation bulgare reprend la distinction entre fonds propres de base et de fonds propres complémentaires également à l'œuvre dans l'UE ainsi que la répartition des éléments figurants au bilan et les taux de pondération appliqués selon le risque du débiteur (0%,20%,50%,100%)¹⁴⁶.

Le risque de crédit

Les règles pour la répartition des risques retenues en Bulgarie résultent du fait que, le plus souvent, les défaillances bancaires proviennent directement d'une concentration excessive de risques, comme le prouve la situation des banques bulgares au début de la transition. En ce qui concerne les limites des grands risques, on observe de nouveau une harmonisation forte avec la législation européenne. La loi bulgare stipule précisément les mêmes taux de pondération sur les engagements des banques, et établit les mêmes subdivisions de grands risques¹⁴⁷.

Un risque assumé par un établissement de crédit à l'égard d'un client ou d'un groupe de clients est considéré comme un «grand risque» lorsque sa valeur atteint ou dépasse 15% des fonds propres ; il ne doit pas dépasser 25% des fonds propres de l'établissement de crédit. Quant à ce dernier, il ne peut assumer de grands risques dont le montant cumulé dépasse huit fois ses fonds propres. Même si l'expérience des services de surveillance pousse certaines banques à contourner la réglementation, la plupart cherchent à améliorer leur image. Ainsi, en juillet 1993, la Banque du crédit agricole s'est vue attribuer pour la deuxième année consécutive le prix de «la meilleure banque bulgare en 1992», suivie respectivement par Biochim, Balkan Bank et Parva Časna Banka. Elles bénéficient toutes d'une licence complète (y compris internationale).

Les réserves obligatoires

L'ensemble des dépôts en monnaie nationale et en devise (base des dépôts), à l'exception de ceux d'autres banques domestiques constituent la base sur laquelle sont calculés les montants de réserves obligatoires. Toutes les banques, ainsi que les agences des banques étrangères ayant un siège en Bulgarie, sont obligées de détenir des réserves obligatoires auprès de la BNB. Depuis le 1er juillet 2000 les réserves obligatoires

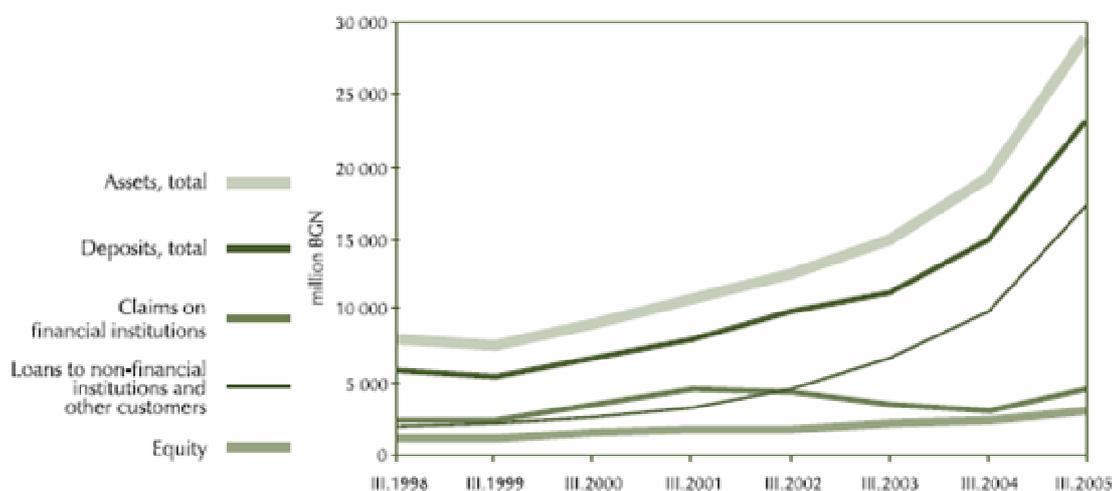
¹⁴⁶ Réglementation N8 de la BNB

¹⁴⁷ Réglementation N7 de la BNB

doivent représenter 8% de la base des dépôts de la banque (elles étaient précédemment de 11%), la baisse du niveau requis trouvant une explication dans la volonté du législateur d'inciter les banques commerciales à répercuter cette baisse sur les opérations de crédit¹⁴⁸. Toutefois, le volume des prêts consentis sur l'année 2000 s'est révélé relativement décevant. Bien que le taux des réserves applicable ait été réduit, il reste toujours beaucoup plus élevé que celui en vigueur au niveau européen.

En ce qui concerne les dépôts en devise, le législateur a laissé le choix aux banques : elles peuvent détenir les réserves obligatoires soit en devises étrangères (euro, USD ou franc suisse), soit en monnaie nationale. Les banques calculent seules le volume des réserves obligatoires et gèrent leurs actifs¹⁴⁹. Elles présentent chaque semaine au Département des banques des rapports sur leurs bases des dépôts et encaisses. La loi détermine aussi des sanctions en cas de non-obéissance.

Figure 3 : Evolution des principaux ratios comptables par année



Source : BNB, 2005

En prenant en compte, d'un côté, que le système des réserves obligatoires a pour assiette les différents éléments du passif et, de l'autre côté, qu'un de ses rôles principaux vise à protéger les dépôts, le niveau relativement élevé des réserves obligatoires en Bulgarie apparaît comme un signal en direction du marché. Il s'agit en effet d'inciter à la confiance des opérateurs de marché et des banques elles-mêmes ce qui, à terme, devrait favoriser la convergence des taux en vigueur vers les normes européennes et mondiales qui imposent des réserves obligatoires moindres. La nette augmentation des actifs totaux qui apparaît sur le graphique ci-dessus procède de cette logique.

¹⁴⁸ Réglementation N21 de la BNB

¹⁴⁹ Dans la loi, il est stipulé qu'une banque correspond aux exigences si elle a détenu pendant tous les jours de la période de détention (1 mois) une somme des actifs de réserves supérieure ou égale du volume des réserves obligatoire stipulé dans la loi, 8% de la base des dépôts.

Garanties des dépôts

Le Fonds de garantie des dépôts qui travaille avec environ 30 banques dispose de réserves¹⁵⁰ pour assurer les dépôts totalement dans 17 banques de petite taille en cas de course aux guichets et partiellement dans 6 banques moyennes. La somme totale des garanties pour les grandes banques est supérieure aux réserves du fond, mais la loi stipule qu'il peut contracter des prêts auprès de l'Etat ou du marché monétaire si nécessaire. Conformément aux engagements pris par la Bulgarie dans le cadre du processus d'adhésion à l'UE, le montant garanti va progressivement augmenter pour passer des 6 900 BGN de garantie d'origine à 40 000 dans le futur, le différentiel devant en grande partie provenir des réserves de banques. Si cette assurance contre le risque de liquidité va contribuer à consolider le système, on peut se demander si la ponction sur les bilans bancaires ne comporte pas un risque de déprime de l'offre.

2.1.3 – Les banques étrangères

La présence étrangère sur le marché bancaire bulgare est l'une des caractéristiques principales du marché¹⁵¹ : la moitié des 26 banques possédant une licence bancaire internationale présentent une participation étrangère. Les banques étrangères détiennent environ 74% des actifs bancaires. L'entrée des banques étrangères dans le secteur bancaire est réputée associée à l'apport de savoir-faire et de technologies avancées. De plus, possédant des ressources financières pour investir dans les technologies et l'infrastructure, les banques étrangères sont supposées favoriser le développement de nouveaux produits et services et, ainsi, stimuler la concurrence.

La Constitution bulgare et la Loi sur les investissements étrangers assurent un traitement national pour les investisseurs étrangers, ce qui signifie qu'ils ont le droit d'effectuer une activité économique sous les mêmes conditions applicables pour les investisseurs bulgares. En particulier, ce principe couvre toutes les formes d'activité économique et législative. Le traitement national des investisseurs étrangers inclut la participation dans le processus de privatisation et l'acquisition d'actions, de Bons de trésor ou d'autres formes de titres. De manière générale, l'investissement direct étranger est étroitement lié à la privatisation et au développement des marchés financiers. La simplification et l'uniformisation des conditions applicables à tous les investisseurs, étrangers ou bulgares, devraient normalement accroître la stabilité et la transparence à l'avenir. Pour les investisseurs étrangers qui doivent engager des dépenses au moment présent dans l'espoir d'un rendement futur, la stabilité et la clarté des règles et des conditions revêtent une importance primordiale. Cet aspect devrait donc être un axe prioritaire de l'action gouvernementale. Pourtant, malgré la croissance économique les dernières années, les investisseurs étrangers doivent rester prudents. La raison

¹⁵⁰ Environ 100 Mln BGN, collectés par les banques, avril 2001.

¹⁵¹ Parmi les banques étrangères installées sur le marché on peut trouver : Société Générale, BNP-Paribas, Dresdnerbank, Unicredito Italiano, Allianz, Raiffeisenbank, Banque Nationale de la Grèce, BERD. Les banques ayant ouvert une agence dans la Bulgarie sont : Alpha Bank, Citibank, ING N.V., Banque Nationale de la Grèce, Xiosbank, Hypo Vereins Banque.

principale d'un tel comportement est le manque d'une transparence, les changements fréquents dans la législation.

Au vu des changements intervenus dans le système bancaire et financier bulgare, il ne fait aucun doute que ce dernier s'est déplacé graduellement d'un système de monobanque à un système privatisé cherchant à répondre aux attentes des institutions européennes et des opérateurs de marché tout en s'adaptant aux besoins de financement de l'économie. Au vu de la crise de 1995-1996, il est légitime de se demander si les changements introduits ont consolidé le système et ses composantes et écarté tout risque de nouvelle crise systémique. Malgré l'utilisation fréquente du vocabulaire de risque ou crise « systémique », il est difficile de fournir une définition précise du concept : on peut sans doute se contenter de retenir l'idée qu'un choc financier systémique est caractérisé par une fragilisation d'ensemble des intermédiaires bancaires et financiers (par opposition à des difficultés ponctuelles touchant un ou quelques établissements), suffisamment importante pour perturber le fonctionnement normal des circuits monétaires et financiers (taux d'intérêt de crise, restriction quantitative de la distribution de crédit, non-remboursements généralisés...) et dont l'issue doit être gérée par les autorités monétaires du pays.

Dans ce cadre conceptuel, l'analyse des fragilités systémiques dans les trois pays considérés doit s'appuyer sur deux dimensions différentes :

- L'examen tout d'abord des risques de rupture liés à l'existence de « maillons faibles » dans l'ensemble des mécanismes d'intermédiation, dont la rupture pourrait entraîner des phénomènes de contagion à l'ensemble du système : il s'agit de procéder à des observations à la fois microéconomiques et réglementaires.
- L'analyse, différente, des risques systémiques impliqués par la combinaison d'une vulnérabilité d'ensemble du système bancaire, et des risques macroéconomiques ou financiers pesant sur le pays : on s'intéresse alors davantage à la capacité d'absorption ou au contraire au risque d'amplification (et d'auto-renforcement) qu'indiquent les systèmes financiers dans un ensemble plus vaste de risques « pays ».

2.2 – Gouvernance et performances du système bancaire

2.2.1 – Propriété privée sur le marché du crédit bancaire

L'existence et les mérites spécifiques du crédit et des institutions bancaires ont souvent été associés aux asymétries de l'information et aux investissements spécifiques nécessitant la réalisation de contrats particuliers. Les banques constituent alors un élément du système financier qui remplit principalement deux fonctions, la fourniture de moyens pécuniaires à l'économie et le transfert intertemporel du pouvoir d'achat. Le transfert intertemporel du pouvoir d'achat est lié au fait qu'en un point quelconque du

temps existent des acteurs qui ne veulent pas dépenser l'intégralité de leur revenu en consommation. Ces agents excédentaires veulent remettre à plus tard leur acte de consommation. Simultanément existent des acteurs désireux de dépenser plus que leur revenu courant. Ces agents à besoin de financement veulent avancer leur consommation future de marchandises. En situation d'information parfaite les deux intérêts peuvent être conciliés de manière Pareto-efficace grâce à un mécanisme du marché d'où émerge un taux d'intérêt qui s'ajuste et suit exactement l'évolution des offres et des demandes de monnaie. Le taux d'intérêt d'équilibre qui est déterminé par le taux de préférence pour le présent des épargnants et la productivité marginale du capital placera l'économie sur un sentier d'évolution optimal. Les banques en tant qu'organismes chargés d'ajuster les besoins des investisseurs aux disponibilités des épargnants ont pour mission de résoudre les problèmes d'information et d'agence, leur position d'institution intermédiaire entre l'offre et la demande leur conférant un statut de firme alternatif à celui du marché. En effet, lorsque l'incertitude est trop forte et l'information asymétrique, les marchés se révèlent impuissants à résoudre les phénomènes d'opportunisme et de *free riding* en raison du caractère fortement standardisé des contrats qu'ils proposent.

Comme le montrent Diamond (1984) et Williamson (1987), l'émergence des banques comme établissements fournisseurs de crédits aux entreprises et collecteurs de fonds auprès des déposants s'explique par l'existence d'une asymétrie d'information ex post qui confère au débiteur un avantage informationnel en ce qui concerne les bénéfices réalisés. Ce sont de telles asymétries qui confèrent à la dette une supériorité par rapport aux capitaux propres. En effet, dans ce cas, les banques se révèlent plus performantes que les marchés et les épargnants puisqu'elles économisent sur des coûts de contrôle et peuvent réduire les risques de manière significative si leur portefeuille de crédit est tel qu'il autorise l'application de la loi des grands nombres. Si tel est le cas, une banque peut offrir à des déposants un taux de rendement sûr. Une génération de modèles (Diamond et Rajan, 1997 ; Rajan, 1998) justifie le rôle de banque proposant des contrats incomplets en faisant valoir que les contrats de prêt et de dépôt ne sont pas légalement exécutoires dans la mesure où tous les investissements et leurs conséquences ne peuvent pas être anticipés, d'une part, et où les normes légales et les cours de justice peuvent mal fonctionner d'autre part. Mais s'il peut se révéler impossible de conférer à un contrat un caractère parfaitement exécutoire, un mécanisme privatif peut produire un effet bénéfique. C'est dans ce cas de figure que les firmes bancaires se révèlent plus efficaces que les marchés financiers (Diamond et Rajan, 1997), les rapports étroits que l'établissement prêteur entretient avec les débiteurs améliorant la probabilité de remboursement en raison de l'apparition de mécanismes non contractuels tels que les investissements visant à améliorer la réputation des prêteurs et emprunteurs (Greenbaum, et Tahkor 1993) ou à éviter la fuite de certains clients (Rajan 1995, Diamond et Rajan, 1997).

Le statut juridique de la banque semble exercer une influence sur le résultat observé : les banques privées paraissent être plus efficaces que leurs homologues détenues par l'état (Barth et al., 1999; Sapienza, 2002). Toutefois, les différents secteurs bancaires nationaux se caractérisent tous par l'occurrence de crises qui ne paraissent pas liées à une structure particulière des droits de propriété. En effet, Levine (2004) insiste sur le fait que les banques sont marquées par des problèmes de gouvernance plus

prononcés que ceux auxquels sont confrontées les entreprises non financières, ce qui soulève la question de l'opacité comme facteur aggravant des asymétries informationnelles (confirmé par Prowse, 1997). La dispersion des déposants, agents pourtant intéressés dans la qualité de l'établissement auquel ils ont confié leur épargne, constitue une entrave à la mise en oeuvre d'un processus de surveillance. Chaque fois que la banque et les déposants poursuivent des objectifs différents, la banque est en mesure de profiter de son avantage informationnel et de ne pas prendre en compte les intérêts des déposants. Ceci est particulièrement vrai dans les cas où le dirigeant de la firme bancaire n'est pas parfaitement fiable ou s'il n'est pas responsable des pertes qu'il contribue à réaliser. Dans ces conditions, l'aléa de moralité peut conduire à l'accumulation de crédits risqués qui peuvent précipiter une crise bancaire. Parallèlement, les asymétries informationnelles peuvent rendre opportun la pratique d'un rationnement du crédit à l'encontre des emprunteurs de haute qualité, contribuant ainsi à la dégradation des performances de l'économie.

La réputation se présente aussi comme l'un des éléments explicatifs du développement des établissements bancaires dans un environnement marqué par un faible pouvoir exécutif de la règle de droit et ne peut pas être directement liée à la propriété privée. Comme le montrent les modèles sur ce point (Shapiro, Kreps...), un agent maximisateur est incité à se construire une réputation si cela lui procure une valeur nette positive supérieure aux avantages immédiats de la fraude. L'obtention de ce type de résultat repose sur des hypothèses bien particulières relatives au nombre de "coups" joués par les parties contractantes qui ne doit pas être connu a priori pour éviter un blocage du modèle comme le décrivent les jeux dits « de la poule mouillée ». Le développement de la fraude est aussi favorisé quand la préférence subjective pour le futur de la banque est suffisamment faible et quand les prix des services financiers sont suffisamment élevés, ce qui contredit l'hypothèse de concurrence. Comme une autre condition des modèles cités tient pour acquis que les clients ne supportent aucun coût de sortie, les possibilités d'application de ce cadre formel se révèlent assez faibles et, surtout, leur fonctionnement ne peut conduire à aucune préconisation robuste.

En partant de l'analyse des crises bancaires qui se sont produites depuis les années trente et des réglementations qui les ont suivies, il apparaît que le fonctionnement des banques est mieux décrit par une analyse institutionnelle que par un simple modèle d'équilibre général. C'est ainsi que les auteurs ont commencé à s'interroger sur le rôle du droit dans la structuration du secteur bancaire dans la mesure où sans le droit, la banque ne peut pas exister ; l'objet est en effet incontestablement économique, la banque n'ayant une fonction sociale que très secondaire par rapport à sa fonction économique (Frison-Roche). En d'autres termes, le croisement du droit et de l'économie se révèle ici particulièrement fécond car l'objet d'étude retenu, la banque, est à la fois essentiellement structuré par le droit et de nature économique. Cette voie de recherche semble apte à offrir une grille d'analyse performante des mutations financières dans les PECO. Elle possède également une portée normative dans la mesure où les résultats obtenus peuvent être d'emblée transcrits sous la forme de règles.

2.2.2 – *Privatisation et performances bancaires en Bulgarie*

La fin du communisme n'a pas correspondu à une disparition des valeurs institutionnelles et culturelles de la société. Des institutions formelles et informelles articulées autour du centralisme et de la hiérarchie étaient en place mais la plupart d'entre-elles ne correspondent pas aux nouveaux besoins liés à l'instauration d'une économie de marché (Crotty et al, 2004). De plus, on peut considérer qu'elles n'ont jamais été totalement à l'œuvre (McCarthy et al, 2002) comme le prouvent l'importance des mécanismes permettant de les contourner. Selon Tanchev (1998), ce "nihilisme juridique" trouve sa source dans le fait que les institutions communistes n'ont jamais eu pour objectif de répartir (donc de risquer d'amoindrir) le pouvoir. Etant donné l'importance des changements nécessaires à la transformation de l'économie et de la faible disponibilité des ressources pour les réaliser, le système bancaire a joué un rôle clef dans le drainage de l'épargne en direction d'investissements réputés porteurs et dans la réduction du risque de rationnement, tâches dans lesquelles il s'est à ce point montré efficace que c'est une hyperinflation et une crise financière qui en ont résulté. Cependant, cette situation a conduit les agents à aborder des situations nouvelles avec un temps d'adaptation si bref qu'aucun savoir-faire ne pouvait être transposé de situations semblables à l'échelon international.

La présence des réseaux inter-personnels couplée à une privatisation mal contrôlée a favorisé le développement de portefeuilles de crédit de médiocre qualité, inaugurant ce que Peev (2002) appelle le "capitalisme des amis" qui donne la priorité aux démembrements et au profits à court terme plutôt qu'aux restructurations et aux gains à long terme. Alors que par le passé les entreprises étaient totalement détenues par l'état, elles passèrent entièrement sous le contrôle de managers et autres groupes d'intérêt essentiellement intéressés par les bénéfices immédiats qu'ils pouvaient en tirer. Les principes du "capitalisme des amis" furent également transplantés sur d'autres marchés où des entreprises créées par des dirigeants d'entreprises d'état avaient pour seule vocation la captation de profits. Financées à crédit, ces entreprises avaient également une propension élevée à ne pas rembourser les dettes contractées, donnant ainsi naissance aux millionnaires du crédit. Cette structure de gouvernance du secteur privé dont les principes vont complètement à l'encontre du droit, de la comptabilité et de la transparence fut confortée par les échecs des secteurs juridiques et politiques à mettre en place un état de droit, principalement parce qu'ils étaient contrôlés par les mêmes groupes que ceux qui dominaient l'industrie et la finance. Des exemples de cette incapacité sont fournis par la loi sur les créances douteuses de la fin 1993, qui a autorisé l'émission de *Zunk bonds* grâce auxquels les mauvais crédits purent être transformés en obligations d'Etat et par la loi sur le budget qui a subordonné l'indépendance de la banque centrale pourtant déjà instaurée par la soumission de la BNB aux règles fiscales (Berleman, 2002, p. 24 et Mihov, 1999, p. 13). Ces deux types de fausses réglementations assignent un rôle spécial à la BNB qui devient, selon l'expression de Berleman (2002) un "prêteur en premier ressort".

Ce nouvel ordre légal ne se caractérisait pourtant pas seulement par des simulacres de lois. Il se distinguait également par un manque de règles juridiques formelles. Ainsi, en 1992, la loi sur les banques et l'activité de crédit établit-elle un cadre juridique

d'ensemble pour toutes les institutions financières. Si elle fixa des normes pour la création de banques, des règles de capital minimal et des principes de *sécuritization* de la dette, elle laissa toutefois ouvertes toutes les possibilités concernant le règlement des faillites bancaires. Ce vide juridique était de surcroît aggravé par les défauts d'application de réglementations pourtant pertinentes. C'est aux limites sévères qui furent imposées au pouvoir de contrôle des superviseurs de la BNB ou à l'impunité de fait des clients défaillants (Enoch et al, 2002) qu'on peut ici se référer à titre d'exemples.

La crise mit fin à cette situation au début tolérée par la grande masse des déposants. L'hyperinflation, et l'intensification du risque de faillite de l'ensemble du système bancaire s'accompagnèrent d'une profonde dépression qui fut souvent interprétée comme la conséquence de la généralisation de mécanismes de contrôle interne dénoncés comme inefficaces au regard des mécanismes de contrôle externe (Cf. le tableau ci-dessous)

	Théorie actionnariale	Théorie partenariale
Rôle disciplinaire préventif	Systèmes incitatifs et contrôle ex ante Dirigeants/ Actionnaires Majoritaires / Minoritaires	Systèmes incitatifs et contrôle ex ante Tous les partenaires
Rôle disciplinaire curatif	Systèmes de contrôle ex post Dirigeants / Actionnaires Majoritaires / Minoritaires	Systèmes incitatifs et contrôle ex post Tous les partenaires

Tableau 4 : Les rôles des systèmes de gouvernances

Cependant, la logique de la *corporate governance* américaine n'est pas la seule possible. Fondée sur le principe du contrôle de la décision financière et productive, elle repose sur un capitalisme agressif (l'entreprise doit générer des profits) où l'actionnariat institutionnel (fonds de pensions, assurances) se taille la part du lion, l'actionnariat restant étant très dispersé. Dans un tel contexte, le conflit majeur réside entre les actionnaires et les managers. A coté de ce mode de gouvernance, on constate qu'existe celui en vigueur en Europe dont l'archétype est le modèle rhénan mais qui, plus généralement, décrit la situation d'entreprises volontairement astreintes à la tutelle bienveillante de leurs partenaires qu'ils soient sociaux, financiers ou actionnaires (Levratto et Paulet, 2005). Contrairement à la situation américaine, la structure du capital européenne reste concentrée dans les mains d'un petit groupe d'investisseurs, de banques, de holdings familiaux... Pourtant cette différence culturelle des entreprises européennes tend à s'amoinrir dès lors qu'existe une présence d'investisseurs institutionnels suffisante dont Vivendi Universal ou Alcatel constituent de tristes exemples. Pour s'en convaincre, rappelons simplement que dans les pays anglo-saxons (Etats-Unis, Royaume-Uni mais aussi, dans une moindre mesure, au Japon) la place des fonds de pensions dans le financement des entreprises représente en pourcentage une part plus importante qu'en Europe. De cette structure de capital découle un contrôle où la logique financière est prépondérante. La situation de Vivendi Universal reste un cas

d'étude intéressant dans le sens où, bien qu'ayant des intérêts en Europe, son mode de gestion est resté très proche du modèle anglo-saxon. Le dernier cas d'affaire européen - Parmalat aussi appelé le nouvel Enron - amène à s'interroger sur le rôle de contrôle exercé par les banques, les auditeurs et autres actionnaires. En d'autres termes, les formes que revêt la corporate governance ne seraient-elles pas directement liées aux structures bancaires existant sur le lieu d'implantation des dites sociétés ? C'est ce que nous allons tenter de discuter sur la base du tableau ci-dessous. Les trois pays privilégiés représentent trois formes bancaires spécifiques en Europe : un basé sur l'universalisme (l'Allemagne) l'autre reposant essentiellement sur le marché (le Royaume-Uni), le troisième constituant un système intermédiaire (la France).

Tableau 5: Convergence et disparités du secteur bancaire et financier en Europe

Système financier germanique	Système financier britannique	Système financier français
Secteur Financier		
1. Les banques, surtout universelles, dominent le secteur financier. Les institutions non financières et en particulier les fonds de pension jouent un rôle mineur.	1. Les établissements non bancaires (unit trusts et pension funds) dominent le secteur financier. Le marché boursier est très développé. Ces mêmes établissements assurent directement ou indirectement majoritairement l'accumulation du capital.	1. Jusqu'à une vingtaine d'années le système financier était dominé par l'Etat. Le secteur bancaire était très fragmenté.
2. Les marchés financier sont relativement peu développés en comparaison avec les autres pays industrialisés. L'accumulation d'actifs des ménages prend la forme d'investissement offert par les banques et/ou assurances		2. Avec la désintermédiation les intermédiaires non financiers et le marché du capital ont gagné en importance en tant que source de financement.
Modes de financement		
3. Le financement externe des petites et moyennes entreprises est largement dominé par des crédit de long terme reposant sur des relations type 'Hausbank'.	2. Le financement externe se fait essentiellement par le marché boursier, directement ou indirectement. Le financement bancaire se situe surtout au niveau du court terme.	3. Les banques ont perdu leur position dominante dans le processus de financement. Les fonds de pension et autres institutions non financières jouent un rôle non négligeable
4. Les fonds propres continuent d'être une source importante de financement interne.	3. Du fait du montant important de liquidité à leur disposition, les fonds de pensions sont une source importante de financement externe pour les entreprises.	
Corporate governance		
5. Les entreprises publiques ne constituent pas la forme dominante. Les entreprises cotées sont caractérisées par un actionariat concentré.	4. Les entreprises type SA ou SARL constituent la forme dominante des corporations.	4. La Corporate governance repose toujours sur un insider system, et sur plus de transparence du fait de l'importance des investisseurs institutionnels .
6. Parallèlement à l'actionariat, d'autres parties prenantes telles que les banques ou les employés sont engagés dans l'exercice du contrôle (insider system).	5. Les entreprises cotées sont en grande partie détenues par des fonds mutuels ou des petits actionnaires.	5. Les relations avec les parties prenantes sont de long terme et basées sur des contrats implicites.
7. Les contrats de long terme engendrent la stabilité. Le contrôle externe (takeover market) est quasi inexistant.	6. Le contrôle s'exerce par les mécanismes de marché (takeover market) et est orienté par la création de valeur pour les actionnaires (outside system).	

D'après Schmidt et alii (2001)

La nature du régime de gouvernance influe sur les banques. C'est ainsi qu'avec la domination d'un contrôle externe et d'une logique de création de valeur les banques sont devenues plus vulnérables et ont perdu leur monopole en matière de financement des entreprises. De fait, le concept de corporate gouvernance conduit à préciser le rôle et les responsabilités des pourvoyeurs de fonds pour les entreprises, le contrôle exercé sur ces dernières en constituant l'une des mesures. On distingue ainsi :

- le contrôle interne exercé par différents groupes (Conseil d'Administration...) en vue d'évaluer la politique financière des managers ;

- le contrôle externe généralement exercé par le marché et les financiers de l'entreprise.

Dans ce sens le système allemand est particulier : en reposant sur les relations de *Hausbank* par l'octroi de crédit de long terme, il met en évidence un modèle de contrôle interne basé précisément sur la structure bancaire. Si l'on ajoute à cela le débat récurrent sur l'éthique économique et le développement d'entreprises dites "citoyennes", on peut s'interroger sur la production d'informations susceptibles d'apporter un éclairage sur le type de management et l'horizon temporel (profits privatifs à court terme ou retombées élargies à long terme) sur lequel se projette la firme. A delà des discours sur ces questions, on peut se demander comment la Bulgarie a géré la question du contrôle de la qualité de ses établissements bancaires.

2.2.3 – Les leçons de la crise où l'instauration de mécanismes externes de contrôle

Après la crise, la Bulgarie s'est engagée dans l'abandon de toute forme de mécanisme de contrôle interne au profit des mécanismes externes, sans considérer que les défaillances du système étaient moins dues à un problème de modalités d'application du mode de contrôle qu'à ses principes de fonctionnement.

Les critiques adressées au contrôle interne sont justifiées dans la mesure où, au lieu de prendre en considération les conséquences globales de leurs actes et de leurs effets redistributifs, les détenteurs du pouvoir se préoccupaient davantage de leurs intérêts à court terme. Exercée de cette manière, la propriété d'état s'est révélée particulièrement inefficace puisque le pouvoir économique et politique se sont coalisés, ne laissant aucune chance à la minorité de faire valoir d'autres types d'intérêt ou même de proposer d'autres modes de gestion. A elle seule, la propriété privée est cependant incapable d'enclencher un phénomène de transition. En particulier, l'élite au pouvoir à l'époque du communisme a formé un groupe puissant détenant un certain contrôle sur les secteurs juridique, politique et économique. Eu égard au marché du crédit bancaire, cette position dominante signifiait que la connaissance de quelques personnalités pouvait remplacer, souvent avantageusement, des données objectivées (Koford et al, 1997).

Dans ce contexte, le message originel de la théorie de l'agence prend toute sa puissance puisqu'on peut attendre que le contrôle externe produise un effet disciplinaire

sur des agents opportunistes. Cependant, alors qu'en général on entend par « outside » le fait que le contrôle soit exercé par le marché et/ou des administrateurs sans liens entre eux, dans le cas bulgare il faut donner à ce terme une acception géographique, à savoir « en dehors de la Bulgarie ». C'est en effet un contrôle par des établissements étrangers que la Bulgarie a promu, cette solution ayant à l'époque été approuvée par une large majorité d'électeurs qui se sont prononcés en faveur d'un changement de gouvernement. La mise en place du directoire monétaire apparut ainsi, non seulement comme la première, mais aussi comme la plus importante des marches en direction de l'indépendance de la banque centrale. Elle ne pouvait cependant suffire et nécessitait d'autres mesures pour assurer la sécurité des institutions financières et la stabilité du système bancaire. C'est dans ce but que des règles prudentielles et un contrôle bancaire furent mis en place. Ces mesures furent couplées à un important programme de privatisations et, en 2000, plus de la moitié des actifs bancaires étaient détenus par des propriétaires étrangers (Miller et al., 2001) assurant ainsi un véritable mécanisme de contrôle interne.

Mais la robustesse d'une caisse d'émission dépend forcément de la crédibilité des taux de change officiels. Plus particulièrement, l'accumulation de mauvaises créances par le secteur bancaire constitue un motif suffisant pour expliquer les attaques de la monnaie nationale, qui peuvent entacher cette crédibilité. De manière logique, la caisse d'émission a été introduite en même temps que la nouvelle loi bancaire évoquée dans la première partie du texte. Toutefois, la mise en œuvre d'un mécanisme de contrôle externe apparaît comme une condition suffisante au bon fonctionnement d'une firme bancaire et à la bonne tenue du secteur qu'à condition que ne se produisent ni effondrement du crédit, ni excédent d'offre. Même si la caisse d'émission et le système d'assurance des dépôts ont contribué à améliorer la confiance dans le système bancaire, les années qui ont suivi 2001 ont été marquées par un rationnement du crédit qui s'est exercé à l'encontre des entrepreneurs potentiellement emprunteurs bulgares, les banques préférant investir soit dans des sociétés à capitaux étrangers établies en Bulgarie, soit carrément à l'étranger (Nenovsky et al., 2003). Selon les auteurs, la réduction de l'offre de crédit n'est en rien imputable à la mise en place de la caisse d'émission, les réserves en devises n'ayant pas amputé la capacité de prêt des banques. Les règles prudentielles et la surveillance bancaire semblent en revanche avoir exercé une influence négative sur l'offre, favorisant une forme de conservatisme des choix : les grandes entreprises avec un actionnaire majoritaire et les filiales de sociétés internationales sont plus facilement servies que les autres. Nenovsky et al. (2003) en concluent que le maintien de structures de gouvernance largement marquées par le « capitalisme des amis » explique cette prégnance des routines de financement que la privatisation de 1998-1999 n'avait en rien combattues (Peev, 2002).

La situation a commencé à changer après 2001, le crédit aux entreprises privées ayant connu une augmentation considérable en volume et valeur à la suite de la réduction des taux de changes rendue possible par les faibles performances de l'économie mondiale comparée à la reprise modeste, mais perceptible, de l'économie bulgare (BNB, Economic review, février 2005). Il n'est toutefois pas simple de déterminer dans quelle mesure les pratiques dans les banques et les entreprises non-financières ont effectivement changé et quel a été le rôle joué par l'instauration d'un état

de droit. Eu égard au développement d'institutions liées au marché du crédit, l'établissement d'un droit des faillites apparaît comme primordial à nombre d'auteurs (Schönfelder, 2005 et Sgard, 2000). Ils observent, par exemple, que les décisions du tribunal peuvent ne pas être suivies d'effet du côté du débiteur et que ce dernier peut toujours parvenir à différer l'application des décisions de justice, cette faiblesse du droit des faillites demeurant encore vraie, la menace que la loi fait peser sur les faillis non répertoriés reste peu crédible.

En ce qui concerne la gouvernance des banques, on peut trouver quelques éléments d'appréciation de l'efficacité de la BNB qui, dans un rapport d'activité (BNB, quarterly bulletin, mars 2004) déplore l'absence de réactions appropriées des banques à une situation du marché caractérisé par un aléa de moralité croissant avec l'expansion du crédit. Les managers des banques font preuve d'un optimisme excessif par rapport aux stratégies des investisseurs à tel point que le superviseur fait état d'une « appétence pour le risque » qui conduit les gestionnaires du crédit à accorder des crédits à des emprunteurs dont le risque d'illiquidité, voire d'insolvabilité est élevé et qui, de surcroît, ont partie liée avec la banque. On observe que moins le rating des banques est bon, plus cette tendance est affirmée sans pouvoir déterminer le sens de la causalité entre ces deux phénomènes. Il s'ensuit une baisse des provisions pour risque qui dégrade la qualité des bilans bancaires, de nombreux établissements ne respectant désormais plus les normes prudentielles en vigueur.

La situation économique d'ensemble en Bulgarie

INDICATEURS MACROECONOMIQUES*		1999	2000	2001	2002	2003	2004
PIB¹							
Valeurs courantes	million BGN	23 790,4	26 752,8	29 709,2	32 335,1	34 546,6	38 008,4
Valeurs constantes	million EUR	12 163,9	13 678,5	15 190,1	16 532,7	17 663,4	19 433,4
Croissance annuelle	%	2,3	5,4	4,1	4,9	4,5	5,6
Par habitant	EUR	1 481,7	1 674,0	1 919,4	2 100,9	2 248,7	2 497,5
Inflation¹							
CPI en fin d'année	%	7,0	11,3	4,8	3,8	5,6	4,0
PPI en fin d'année	%	13,3	14,4	-1,8	6,3	4,3	5,2
Déflateur de PIB	%	3,7	6,7	6,7	3,8	2,3	4,2
Activité économique							
Nombre d'employés (moyenne annuelle) ¹	milliers	3 087,8	2 980,1	2 968,1	2 992,2	2 834,0	2 922,2
Secteur public	milliers	1 085,2	869,7	791,2	751,9	981,5	n.a.
Secteur privé	milliers	2 002,7	2 110,4	2 176,8	2 240,3	1 852,5	n.a.
Nombre de chômeurs (en fin d'année) ²	milliers	610,6	682,8	662,3	602,5	500,7	450,6
% d'actifs	%	16,0	17,9	17,3	16,3	13,5	12,2
Finances publiques³							
<i>Programme fiscal consolidé</i>							
Revenus et allocations	million BGN	9 689,5	11 063,7	11 837,4	12 523,3	14 072,0	15 858,6
Impôts sur les revenus	million BGN	7 480,5	8 707,2	9 190,5	9 596,7	11 114,1	12 774,0
Autres recettes fiscales	million BGN	2 209,0	2 356,5	2 647,0	2 926,6	2 955,6	3 084,6
Total des dépenses	million BGN	9 649,6	11 233,8	12 017,3	12 732,5	14 068,8	15 199,0
Dépenses d'intérêt	million BGN	898,1	1 083,3	1 105,8	712,8	723,9	697,4
Autres dépenses	million BGN	8 751,5	10 150,4	10 911,5	12 019,7	13 344,9	14 501,5
Solde	million BGN	938,0	913,3	925,9	503,6	724,8	1 352,2
Deficit (-) / excédent (+)	million BGN	40,0	-170,1	-179,9	-209,2	0,9	659,7
- en % du PIB	%	0,2	-0,6	-0,6	-0,6	0,0	1,7
Echanges extérieurs⁴							
<i>Balance courante</i>	million EUR	-586,9	-761,4	-1 101,6	-925,5	-1 630,2	-1 447,1
% du PIB	%	-4,8	-5,6	-7,3	-5,6	-9,2	-7,4
<i>Balance commerciale</i>	million EUR	-1 007,7	-1 279,9	-1 778,3	-1 691,8	-2 199,6	-2 718,0
% du PIB	%	-8,3	-9,4	-11,7	-10,2	-12,5	-14,0
Export	million EUR	3 733,7	5 253,1	5 714,2	6 062,9	6 668,2	7 993,9
Import	million EUR	-4 741,4	-6 533,0	-7 492,6	-7 754,7	-8 867,8	-10 711,8
Services, net	million EUR	305,7	547,6	454,5	486,0	523,2	723,5
<i>Balance des capitaux</i>	million EUR	803,4	924,1	757,0	1 842,7	2 324,9	2 707,5

Réserves de change de la BNB en devises	million EUR	-520,9	-492,1	-318,2	-577,7	-816,7	-1 493,4
Secteur monétaire⁴							
Monnaie en circulation	million BGN	2 079,7	2 504,7	3 262,9	3 627,9	4 264,2	5 020,2
Reserves monétaires	million BGN	2 721,7	3 020,6	4 032,5	4 482,4	5 266,4	7 058,5
Credit intérieur	million BGN	3 805,9	5 000,6	6 204,7	7 661,3	10 251,4	13 770,6
Total des disponibilités monétaires	million BGN	7 662,1	10 061,3	12 600,1	13 966,8	16 566,5	20 394,4

*. Ces tableaux ont été réalisés ex post. Données au 30.08.2005.

1/ Source: National Statistical Institute.

2/ Source: National Employment Agency.

3/ Source: Ministry of Finance.

4/ Source: Bulgarian National Bank.

SECTION 2 - LA PLACE DU DROIT DANS LES PRATIQUES DE CREDIT EN BULGARIE

2.1 – Les modes de contractualisation des échanges commerciaux et financiers

2.1.1 - Le débat scientifique sur l'importance du droit dans la régulation des échanges financiers et commerciaux

Il existe deux visions opposées de la place du droit dans la régulation des échanges économiques. Une conception « hobbesienne » considère que le droit des contrats joue un rôle majeur dans la façon dont les acteurs structurent leurs transactions et tient la garantie étatique des obligations contractuelles comme absolument indispensable au maintien de l'ordre économique.

Un autre courant de la sociologie des relations contractuelles, à la suite des travaux de Macauley (1963) et Williamson (1985), relativise la place occupée par le système juridique dans la régulation des échanges entre les entreprises. Selon cette école, les acteurs économiques privés gèrent leurs transactions sans prêter attention à leur dimension juridique et préfèrent ne pas envisager d'avoir affaire à la justice. Les échanges économiques sont encadrés dans des réseaux de relations sociales qui structurent les rapports entre les partenaires et fournissent de puissants mécanismes de contrôle des conduites (Granovetter, 1985, Galanter, 1974, Bernstein, 1992, Uzzi, 1996, Greif et alii, 1994, Klein et Leffler, 1981, Klein 1996, Deakin, Lane, Wilkinson, 1997).

Plusieurs travaux récents ont essayé de départager ou de concilier ces deux conceptions en déterminant la portée des institutions juridiques et judiciaires sur les processus de contractualisation : Bernstein, 1992, Masten 1996, McMillan et Woodruff, 1999, Fafchamps 1996, Fafchamps et Minten 1999, Johnson et alii, 1999.

2.1.2 - Types de contractualisation et de stratégies de résolution des conflits

K. Hendley, P. Murell et R. Ryterman observent l'existence de sept modes différents de gestion des conflits commerciaux dans les économies en transition. Ces stratégies peuvent être classées le long d'un axe dont l'une des extrémités est occupée par le recours exclusif aux relations personnelles et l'autre par le recours exclusif au droit. Une même entreprise peut changer de stratégies au cours du temps ou mettre en œuvre plusieurs stratégies simultanément.

Le contrat relationnel

A l'une des extrémités du spectre, l'on trouve le contrat relationnel tel que théorisé par S. Macaulay. Ce type de relation commerciale s'instaure quand deux entreprises sont en relation d'affaires pendant une longue période. Au fil des échanges, leurs dirigeants nouent des liens personnels et développent des sentiments d'obligation morale et de dépendance mutuelle l'un vis-à-vis de l'autre. La confiance qui s'établit entre eux atténue ou fait disparaître la peur de la rupture opportuniste des engagements contractuels. Dans ce cas, les contrats écrits sont superflus. Lorsqu'un problème survient, il est résolu grâce à la négociation, sans impliquer de

tiers extérieur. Les ajustements ne donnent pas lieu à l'établissement d'un nouveau contrat. Le recours à des juristes est le signe d'un affaiblissement de la confiance interpersonnelle. Hendley, P. Murell et R. Ryterman montrent que, dans le contexte du post-communisme, le contrat relationnel est la méthode la plus courante et la plus effective pour résoudre les problèmes. La confiance interpersonnelle au fondement de ce mode de gestion des relations commerciales trouve son origine dans les anciens réseaux constitués à l'époque de l'économie planifiée.

Les observations réalisées en Bulgarie et en Roumanie confirment la place prédominante occupée par le contrat relationnel dans la régulation des échanges économiques.

L'essentiel des litiges en matière de crédit traités par KK, avocat d'affaires à Sofia, renvoie à l'échec d'une transaction passée dans la cadre d'un contrat relationnel : le vendeur est convaincu de la fiabilité de l'acheteur auquel il accorde des délais de paiement, il passe avec lui des accords oraux, a confiance dans sa parole, n'établit pas de documents écrits, jusqu'au jour où l'acheteur n'est plus capable d'honorer ses dettes, généralement à la suite d'une série de mauvaises affaires.

MM, petit entrepreneur de Slivnitsa, explique qu'il ne prend pas en considération le taux d'intérêt quand il décide d'emprunter, mais la qualité de sa relation personnelle avec le prêteur. Il pense que l'on ne peut pas faire confiance aux institutions, car elles ne sont pas disposées à transiger en cas de problème, alors que l'on peut toujours négocier un arrangement et trouver un terrain d'entente avec une personne avec laquelle l'on a noué des rapports amicaux. Pour MM, le bon créancier, c'est celui qui sait faire preuve de souplesse et d'indulgence, qui n'est pas continuellement en train de rappeler le débiteur à ses obligations, qui ne le harcèle pas en lui envoyant des lettres de rappel. MM considère que la mise en formes officielles des transactions économiques n'apporte pas un surcroît de sécurité aux parties, mais constitue, au contraire, une gêne et une menace, dans un contexte où la survie des uns est conditionnée par la flexibilité et la bienveillance des autres. Les modes de contractualisation relationnels au sein des réseaux sont appréciés parce que les parties peuvent se permettre un respect approximatif de leurs engagements sans risquer d'avoir à subir des sanctions morales ou de devoir payer des pénalités.

Le contrat autorégulé

Le deuxième type de contrats, dit autorégulé (*self-enforcing*), n'est pas fondé au premier chef sur l'expérience réitérée de transactions mutuellement satisfaisantes et sur la routinisation des pratiques de coopération. Il repose avant tout sur le calcul économique. Chacun s'efforce de discerner la situation financière, les intérêts et les intentions des partenaires potentiels afin de jauger son degré de fiabilité. Le contrat n'est conclu que si chaque partie estime que les autres ont la possibilité et la motivation de remplir leurs engagements. Un contrat formel établit les obligations réciproques des parties et construit des incitations à la performance. De ce fait, les juristes jouent un rôle significatif dans l'élaboration de l'accord. Le principal mécanisme de maintien de la discipline contractuelle est la menace de cesser les relations commerciales. Au début de la période de transition vers l'économie de marché, la mise en place de contrats autorégulés se heurtait à des obstacles insurmontables : il n'existait pas de sources publiques d'information permettant aux entreprises et aux banques d'évaluer *a priori* le sérieux d'éventuels nouveaux clients.

Le choix des partenaires, l'établissement des termes des contrats sont des dimensions importantes des stratégies visant à assurer le déroulement satisfaisant des échanges commerciaux. En l'absence de moyen fiable pour évaluer à l'avance la solvabilité des clients, vendeurs et créanciers partent du principe que tout nouveau demandeur de crédit est un

mauvais payeur potentiel. Certains tentent de se prémunir contre les impayés en exigeant des clients qu'ils produisent des documents comptables et financiers censés prouver leur solvabilité (rapports d'audit, bilans certifiés, attestations des banques et des autorités fiscales), mais cette stratégie est peu efficace en raison des pratiques courantes de falsification (dans le cas russe, ces pratiques sont en régression dans les cas bulgare et roumain). Les vendeurs peuvent réduire l'incertitude en demandant le prépaiement intégral des premières commandes à leurs nouveaux clients. Par la suite, ils n'acceptent d'accorder de délais de paiement (généralement courts) qu'aux acheteurs qui ont fait la preuve de leur fiabilité. Les prêteurs d'argent sont dans une situation différente. Ils se prémunissent contre le non remboursement par le biais des garanties, des cautions, des assurances.

Durant les années 1990, pratique des contrats-types est peu répandue en Bulgarie. Les acteurs économiques préfèrent rédiger un contrat spécifique approprié à chaque client et à chaque situation. L'usage des contrats-types a été introduit par les investisseurs étrangers et est actuellement en plein développement. Les maisons d'édition juridique ont commencé à publier des recueils de modèles de contrats commerciaux [USAID, CLIRA, 2002, p.44].

Le regard des pairs

Lorsque les rapports entre les parties s'insèrent dans un vaste réseau d'échanges, le contrôle social est surtout assuré par le regard des pairs. Le réseau procure des ressources vitales à l'ensemble de ses membres – réputation, statut social, informations sur les opportunités commerciales... – et leur inflige des coûts ou des sanctions en cas de défaillance. Ceux qui ne tiennent pas leurs promesses voient leur crédit s'affaiblir au sein du réseau, subissent la réprobation des pairs, sont publiquement blâmés pour leur conduite déshonorable, voire sont exclus de la communauté. Ce type de mécanisme de régulation des échanges économique joue un rôle très important dans les économies en transition.

La plupart des chercheurs insistent sur le rôle des institutions privées faisant office de « chiens de garde » : les cabinets d'audit, les agences de notation de la fiabilité des emprunteurs, les organes de contrôle des marchés boursiers, les barreaux, les journalistes d'investigation ont en effet pour fonction théorique de dévoiler les conduites excessivement risquées ou malhonnêtes, de produire et de diffuser de l'information sur les fautes et les abus, d'inciter au respect de la loi.

Les spécialistes des sociétés en transition ont tendance à surestimer, nous semble-t-il, le degré de stabilité et d'efficacité de l'ordre interne des réseaux. Ainsi, M. Kurkchian définit les réseaux comme des groupes de personnes qui se connaissent personnellement et qui estiment avoir des dettes d'honneur les uns vis-à-vis des autres. Elle affirme que les membres d'un même réseau se comportent le plus souvent honnêtement les uns vis-à-vis des autres, se vouent mutuellement une confiance inconditionnelle, mettent un point d'honneur à sanctionner ceux qui sont coupables d'actes considérés comme déloyaux vis-à-vis de personnes appartenant au réseau, soutiennent ceux qui ont transgressé les règles officielles ou qui ont causé des préjudices à d'autres réseaux. Les normes de morale et de justice spécifiques au réseau sont nettement distinguées de la civilité et de la légalité étatique. Elles priment systématiquement sur ces dernières. Cependant, nos observations vont à l'encontre de l'image de système social idéal volontiers plaquée sur les réseaux. Les mécanismes informels de régulation interne des réseaux peuvent être tout aussi aléatoires et imparfaites que les institutions formelles. De nombreux cas de comportements malhonnêtes entre membres d'un même réseau se connaissant de longue date et ayant déjà fait affaire ensemble ont été rapportés par nos interlocuteurs (cf. notamment interview de GV). Les cultures d'affaires

bulgare et roumaine apparaissent, à cet égard, particulièrement tolérantes envers les entorses aux obligations contractuelles.

L'arbitrages des conflits par des tiers privés

Quand une partie lésée achète les services d'une organisation privée pour imposer à son partenaire défaillant l'exécution des clauses du contrat et le dédommagement du préjudice, l'on parle de *private enforcement*. Le recours à l'arbitrage commercial, la demande de médiation du litige par une entreprise tierce, une banque, une association professionnelle ou de branche entrent dans cette catégorie de pratiques, mais aussi l'appel aux agences de sécurité, aux sociétés spécialisées dans le recouvrement de créances ou aux groupes criminels. L'usage de tiers privés pour résoudre les différends économiques est un symptôme du discrédit des institutions publiques.

Les pratiques de *private enforcement* sont, selon K. Hendley, P. Murell et R. Ryterman, peu répandues. L'arbitrage privé est excessivement coûteux et peu familier.

Cette affirmation semble être vérifiée dans le cas bulgare. La stratégie du grand cabinet d'avocats d'affaires où travaille KK, dont la plupart des clients sont des entreprises multinationales, consiste à chercher un arrangement amiable entre les parties : lorsqu'ils sont au service du débiteur, les avocats participent à la renégociation des termes du contrat de prêt et cherchent des solutions financières pour permettre son remboursement ; quand ils défendent les intérêts du créancier, ils essaient de faire jouer les pénalités et les garanties en évitant de recourir aux tribunaux. Plusieurs avocats de la *law firm* sont spécialisés dans ce genre d'arbitrages et parviennent presque toujours à éviter les procès. Les banques acceptent généralement de rééchelonner le calendrier des remboursements des entreprises débitrices qui, pour des raisons liées à la conjoncture, sont incapables de rembourser leurs dettes. Elles savent que si l'entreprise insolvable est mise en faillite, elles ne récupéreront qu'une petite partie de l'argent prêté. Elles préfèrent donc continuer à soutenir leurs clients en difficulté aux prix de pertes moindres, plutôt que de subir des pertes plus importantes encore en cas de liquidation judiciaire. Lorsque le client est faible (petit commerçant), elles peuvent tenter de s'approprier les biens donnés en garantie, mais ce type de conduite agressive devient plus rare au fur et à mesure que l'on « s'élève dans l'échelle des affaires ». Cette raréfaction du contentieux à deux raisons : le niveau d'interdépendance entre banques et grandes entreprises est plus élevé et les deux parties bénéficient d'un haut degré d'expérience, d'information et de savoir-faire juridique. Elles sont capables d'élaborer des contrats permettant de prévenir la plupart des conflits et se conduisent de façon rationnelle quand un problème surgit malgré tout, elles savent gérer leurs différends avec discrétion et limiter l'intensité du conflit de manière à ne pas compromettre la poursuite de la relation d'affaires.

Quant aux organisations produisant des prestations dans le registre de la violence, elles sont considérées comme un moyen coûteux et risqué de recouvrement des dettes : en effet les firmes de ce secteur se caractérisent par un haut degré de précarité, un horizon temporel à court terme (du fait des luttes violentes entre organisations rivales et du danger de cessation forcée d'activité suite à des contrôles administratifs ou à des poursuites judiciaires), qui les incite à surévaluer le prix de leur prestations et à se livrer à l'extorsion vis-à-vis de leurs clients. Lorsque le demandeur de protection n'est pas satisfait du service qui lui a été fourni par l'État, il dispose de possibilités de recours. En revanche, il est extrêmement difficile pour un client lésé de se retourner contre une firme privée de protection. Une fois que la société de protection a été payée, elle n'a plus d'incitation à continuer à faire pression sur le débiteur [Frye, 1997, p. 133].

Nous avons rencontré, sur le terrain bulgare, une diversité d'opinions concernant la fréquence du recours aux officines se proposant de faire pression sur les débiteurs. Selon IB, par exemple, le recours aux « gros bras » pour recouvrer des créances ou faire exécuter des jugements est une pratique courante. Les moyens de pression des sociétés privées de recouvrement sont la menace d'initier un procès, de publiciser le manque de fiabilité du débiteur, de signaler des irrégularités aux autorités pénales ou à l'administration fiscale, l'intimidation, la violence (il arrive encore, selon MP, que des débiteurs se fassent « casser les rotules » par des « lutteurs » employés par les agences de recouvrement). Le recours à la violence, voire à l'assassinat, semble plus répandu en Bulgarie qu'en Roumanie. PI évoque l'existence d'un secteur de « l'exécution privée parallèle » des décisions de justice aux mains de gangs de « lutteurs » (le terme désigne la pègre qui s'adonnait au racket pendant les années 1990). D'autres interviewés disent ne jamais avoir eu affaire avec ces prestataires de services « musclés ».

L'intervention de responsables politiques ou administratifs

Les entreprises proches de l'État peuvent demander l'intervention de responsables politiques ou administratifs pour exercer des pressions sur les fournisseurs et les clients, les créanciers et les débiteurs qui ne respectent pas les termes du contrat. Les détenteurs de fonctions politiques et les hauts fonctionnaires ont en effet la capacité d'imposer des coûts supplémentaires ou de réduire les gains des administrés qui sont l'objet de leur attention (contrôle fiscal, obligation de mise en conformité avec des normes techniques ou juridiques, perte de licences ou de marchés publics, ouverture de poursuites pénales...). L'usage de leviers politiques ou administratifs était le procédé de traitement des problèmes qui prévalait dans l'ancien système, mais il est aujourd'hui devenu marginal pour résoudre les litiges entre clients et fournisseurs ou entre créanciers et débiteurs [Hendley, Murell, Ryterman, 2000, p.643].

Les négociations à l'ombre du droit

A l'autre extrémité du spectre, le droit joue un rôle central dans la résolution des conflits. La menace de signalement à un organe administratif de régulation ou de recours à la justice peut contraindre les parties à *négoier à l'ombre du droit* [Cooter et alii, 1982, Jacob, 1992, Mnookin et alii, 1979]. Quand le degré de confiance entre les parties est faible, leurs accords commerciaux prévoient généralement des mesures compensatoires ou confiscatoires en cas de non respect des engagements contractuels (prise de garanties, demande de caution, clauses de pénalités pour retard de paiement). L'entreprise ayant subi le préjudice menace la fautive de déposer une requête devant un tribunal et de mettre en œuvre les mécanismes contractuels de sanction. La résolution amiable du différend est l'issue la plus fréquente, car les parties en conflit veulent éviter le coût d'un procès et protéger leur réputation.

2.1.3 - L'évolution du crédit bancaire en Bulgarie

Le crédit bancaire avant la crise financière de 1996-1997

A l'époque communiste, les banques de détail faisaient partie de la monobanque d'État. Chaque banque travaillait avec une branche industrielle particulière. Elle entretenait des relations extrêmement étroites avec les entreprises de son secteur, dont certaines détenaient des parts de la banque. Cette situation créait des conflits d'intérêt dans l'octroi des crédits, qui n'étaient régulés ni par le droit des sociétés, ni par des règles prudentielles.

Dans les années qui ont suivi le changement de régime, peu de banques avaient la capacité d'évaluer la situation financière des demandeurs de crédit. Leurs dirigeants étaient incompetents et inexpérimentés. Les cadres juridiques de l'activité bancaire étaient soit inexistants, soit labiles et ambigus. Il existait cependant des poches de professionnalisme [voir les interviews avec le conseiller juridique de la banque DSK et avec PI, qui explique que la banque UBB pouvait, dans une certaine mesure, résister aux pressions exercées par des dirigeants politiques en vue d'influencer ses décisions d'attribution de crédits]. Il n'existait pas de données fiables sur l'état économique des entreprises, car tous les bilans comptables étaient falsifiés. Les banques ne partageaient pas les informations concernant la fiabilité de leurs clients. Elles se montraient extrêmement précautionneuses : elles ne prêtaient qu'à leurs clients favorisés et aux grandes firmes, sur de courtes périodes, en exigeant des garanties exorbitantes [Young, Meagher, 2001, p.141-143].

La rareté des crédits bancaires destinés à couvrir les besoins de trésorerie des entreprises pendant les années 1990, le caractère exorbitant des garanties exigées (placement sous le contrôle du créancier d'avoirs représentant deux à trois fois la valeur du prêt), expliquent en partie le développement de la pratique du paiement à la commande (compensé par une ristourne). Les conditions de crédit de l'époque sont qualifiées de « meurtrières » pour les entreprises obligées d'emprunter [IB].

Pour KK, un entrepreneur capable d'élaborer un projet viable de création d'entreprise au début des années 1990 et disposant d'un bien immobilier à hypothéquer avait des chances d'obtenir un crédit d'une banque. Certaines banques demandaient en guise de garantie le dépôt d'une somme identique à l'argent prêté sur un compte de la banque, ce qui fait dire à KK qu'une grande partie du système de crédit à cette époque fonctionnait à des fins de blanchiment d'argent sale.

Les banques, qui croulaient sous les mauvaises créances héritées d'avant le changement de régime ou provoquées par la libération des prix et la disparition du CAEM, ne jouaient pas de rôle important dans l'imposition d'une stricte discipline financière à leurs débiteurs et dans le développement du recours au droit des faillites : elles étaient régulièrement recapitalisées par l'État, qui avait mis en route la planche à billets. Ce refinancement permanent, qui n'était pas assorti d'un contrôle effectif de l'activité de prêt des banques - moins par manque de règles que par absence de volonté politique [TT, PI] - incitait ces dernières à prendre des risques exagérés. Il existait des pratiques de collusion entre les entreprises endettées et certaines de leurs banques créancières pour le transfert des actifs rentables aux propriétaires de ces banques. Le gouvernement ne faisait pas procéder à des audits approfondis de la gestion des banques et de leurs portefeuilles de créances avant d'effectuer des opérations de renflouement et n'incitait pas à l'amélioration de la qualité du management bancaire. Les privatisations bancaires ont été tardives, il n'y avait pas de projet clairement dessiné en la matière.

Durant la première moitié des années 1990, les banques, en particulier les petites banques privées qui se multipliaient à cette époque, n'acceptaient pas l'idée d'un contrôle étatique sur leurs activités. L'idée qu'une agence publique puisse leur demander des comptes et leur infliger des sanctions en cas d'infraction aux règles leur paraissait inacceptable dans le nouveau contexte de libéralisation de l'économie. En même temps, la législation et la réglementation n'étaient pas suffisantes pour permettre à la banque centrale de lutter efficacement contre les abus les plus criants, en particulier contre les phénomènes de pyramides financières, dont les pratiques n'ont été criminalisées qu'en 1995. Il existait une pratique répandue de corruption des dirigeants de la banque afin d'obtenir des prêts en dépit des standards prudeniels légaux et internes. Ces pratiques se sont aujourd'hui raréfiées mais n'ont pas disparu [MM].

Les pratiques de crédit de l'ancienne Caisse d'Épargne d'État avant la crise financière : La banque DSK (Darjavna Spetovna Kasa, ancienne caisse d'épargne d'État) est le seul établissement financier qui pratiquait, dans le passé, le crédit immobilier pour les particuliers et le crédit à la consommation (les jeunes mariés pouvaient, par exemple, souscrire un prêt qui était annulé après la naissance du deuxième enfant). Après les changements des années 1989-1991, elle est la première à développer une politique de prêts à l'intention des petits et moyens entrepreneurs. Les crédits sont, dans un premier temps, garantis uniquement au moyen d'hypothèques placées sur le logement du débiteur (90% de la population bulgare est, à cette époque, propriétaire de son logement), puis, après l'adoption de la loi sur les garanties particulières, il est devenu possible, quoique rare, d'utiliser des équipements ou des capitaux [II].

A la même époque, la banque DSK connaissait des difficultés financières liées aux mauvais crédits accordés sans prendre de garantie durant les années 1991-1992 (Il qualifie ces années de « période trouble »). La gestion de ce genre de prêts destinés à ne pas être remboursés était confiée à une filiale de DSK dans laquelle le directeur avait tous les pouvoirs et échappait à tout contrôle de gestion. Des sommes importantes ont ainsi été transférées à des proches et des amis de la direction de la banque sans prendre de réelle garantie en échange. Selon II, des poursuites judiciaires pour abus de bien social ont été lancées contre le directeur de DSK à cette époque, mais le procès s'est enlisé. Le département du crédit de DSK n'accordait que des prêts à court terme – un mois pour les crédits commerciaux et trois mois pour les crédits d'investissement. Seul le calendrier des remboursements faisait l'objet d'une négociation. Le taux d'intérêt n'était pas discutable. Les demandes de crédit étaient très nombreuses, car DSK bénéficiait de son implantation dans toutes les localités bulgares. Mais au fil du temps, les autres banques ont mis en place des formules de crédit plus souples, tandis que DSK a été plus lente à s'adapter à la concurrence. En particulier, elle continue d'exiger des garanties d'une valeur supérieure de 30% au montant du prêt.

Quand II a été recrutée dans la banque DSK en tant que conseiller juridique, elle est entrée dans un milieu professionnel au sein duquel les règlements intérieurs et les circulaires internes étaient tenus pour plus importants que les lois et la réglementation publique, avec laquelle ils étaient souvent en contradiction. Les personnes ayant le pouvoir d'accorder les prêts se référaient d'abord aux règles internes produites par la direction de la banque, composée de financiers et d'économistes, et ne jugeaient pas utile de consulter les juristes employés par l'établissement pour déterminer la teneur des contrats passés avec les emprunteurs. Dans la mesure où la non-conformité au droit des consignes internes finissait toujours par poser problème, le règlement intérieur subissait de fréquentes modifications, à tel point que II parle d'une instabilité normative interne à la banque ayant pour effet de susciter de multiples conflits au sein de l'organisation. Il a été le premier conseiller juridique affecté dans le département du crédit. Avant son recrutement, la banque n'employait qu'un seul expert juridique qui devait s'occuper d'un large éventail de problèmes. Le développement de nouvelles formes de prêts aux petits entrepreneurs, garantis par des biens immobiliers ou, plus rarement, par des biens de production ou des avoirs financiers, a rendu nécessaire l'embauche d'un juriste uniquement chargé de gérer les prises de garanties. Il explique que les relations avec les clients étaient conduites, dès cette époque, avec un souci de professionnalisme : en tant que juriste du service, elle devait recevoir les clients, leur expliquer les conditions du prêt (documents et attestations à fournir), les obligations du débiteur (calcul des intérêts et calendrier de remboursement), faire l'évaluation des biens proposés en garantie – en collaboration avec un économiste et un expert immobilier (l'équipe se déplaçait systématiquement sur place) – et veiller à la conformité au droit des contrats de crédit.

La normalisation des pratiques de crédit après 1997

La crise financière de 1996-1997, qui a eu pour conséquence la fermeture du tiers des banques, a été extrêmement traumatisante pour la population bulgare qui en est ressortie très appauvrie [TT]. Suite à la crise, les conditions de l'activité des banques et de leur gouvernance ont profondément changées : après la création du Directoire monétaire et l'adoption des nouvelles lois sur les banques et sur la BNB en 1997, les banques ne pouvaient plus être refinancées par la banque centrale et étaient désormais soumises, ainsi que leurs actionnaires, à une étroite surveillance.

Depuis l'ouverture du secteur aux investisseurs étrangers, les pratiques bancaires s'alignent progressivement sur les modèles occidentaux, mais restent extrêmement prudentes en ce qui concerne les découverts. L'introduction de normes juridiques et techniques européennes a été un puissant moteur du changement. Selon MK, les banques bulgares ont été rachetées par des banques étrangères, mais les acquéreurs utilisent des avoirs d'origine bulgare, qui sont ainsi rapatriés dans le pays. Il existe actuellement 35 banques commerciales en Bulgarie dont la très grande majorité des capitaux sont étrangers.

Entre la fin de la crise financière et 2002, les banques adoptent des politiques de prêt extrêmement prudentes et restrictives. Elles préfèrent placer à l'étranger l'épargne qu'elles drainent et les capitaux qu'elles accumulent, ce qui provoque un déficit de financement pour les acteurs domestiques désireux d'investir et, d'autre part, un fort accroissement du crédit interentreprises, qui atteint des proportions inquiétantes [MK].

Après 2002, l'on assiste à un revirement de l'attitude des banques en matière de prêt aux investisseurs et aux consommateurs bulgares. Le vice-ministre de l'économie MK interprète l'essor des crédits à la consommation comme un très bon indicateur du fait qu'une proportion de plus en plus importante de la population bulgare commence à croire dans son avenir, à anticiper l'augmentation de son niveau de vie et fait désormais des projets à long terme (par exemple l'achat d'un bien immobilier grâce à un crédit hypothécaire dont le remboursement est étalé sur vingt ans). Pendant les quinze années qui ont suivi la chute du communisme, les personnes vivaient dans l'incertitude et raisonnaient à très court terme. La course pour octroyer le maximum de crédits dans laquelle les banques se sont lancées est liée à leur volonté d'attirer le plus grand nombre possible d'emprunteurs avant l'entrée de la Bulgarie dans l'Union européenne. En effet, l'adhésion devrait entraîner une forte baisse des taux d'intérêt, actuellement plus élevés en Bulgarie que dans les pays membres. L'entrée dans l'UE stimule également la demande de crédit en raison des normes techniques imposées aux entreprises, qui impliquent de gros investissements pour la mise en conformité. Selon DD et PI, les banques distribuent un nombre croissant de crédits à la consommation parce qu'elles voient dans les particuliers une clientèle peu avertie, disposée à accepter sans discuter les conditions de prêt proposées par la banque, tandis que les entrepreneurs savent désormais négocier pied à pied avec leurs banquiers chaque terme du contrat (y compris l'évaluation de la valeur des biens proposés en garantie) et font jouer la concurrence, ce qui se traduit par une très forte baisse de la rentabilité de l'activité de crédit aux entreprises.

Les stratégies de prêt des banques ne sont pas les mêmes dans les grandes métropoles (Sofia, Plovdiv, Varna...) où les différents établissements se livrent une concurrence acharnée pour placer un maximum de crédits à la consommation et, d'autre part, le milieu provincial, où l'essentiel des prêts accordés demeurent des crédits pour l'investissement garantis par des hypothèques.

La qualité du service offert par les banques s'est nettement améliorée et les produits bancaires se sont diversifiés depuis 2000. De plus en plus, les banques exigent la

domiciliation des demandeurs de prêt et leur proposent une gamme complète de services financiers (crédits à court terme liés aux besoins de trésorerie de l'entreprise, prêts à plus long terme destinés à financer des investissements, cartes de crédit, banque par téléphone et par Internet... - PI). Selon DD, les mauvais crédits ne représentent plus aujourd'hui que 5% à 8% du portefeuille de créances des banques. Les épargnants ont retrouvé une certaine confiance dans les banques et, réciproquement, les banquiers ont constaté qu'une grande partie des emprunteurs manifestent une attitude responsable vis-à-vis de leurs créanciers. Les banques ont acquis un savoir-faire en matière de sélection de leur clientèle et se sont dotées d'importants moyens pour vérifier la véracité des renseignements fournis par leurs clients (multiplicateur des « inspecteurs » et « experts » du crédit). Certaines d'entre elles octroient désormais des prêts sans garantie, sur la base d'un questionnaire rempli par le demandeur [DD]. PI parle d'une « culture financière » en voie de formation dans le pays : les gens intègrent les idées de précaution et d'anticipation.

Les personnes interrogées estiment que la publicité faite par les banques pour promouvoir leurs produits financiers est mensongère et que les informations données aux demandeurs d'emprunts sont trompeuses [GV, IB, MM]. Le prix réel du crédit est beaucoup plus élevé que ce qu'annonce la banque en raison de frais divers, d'assurances, du mode de calcul des intérêts, et nombreux sont ceux qui se laissent piéger. Ainsi, IB affirme que le taux d'intérêt réel d'un prêt présenté comme à 7% est proche de 11%.

Selon TT, la loi oblige les banques à présenter une information détaillée à leurs clients sur les conditions du crédit et sur les pénalités en cas de remboursement anticipé. Toutefois, le contrôle du respect de ces règles est du ressort de la Commission de défense des consommateurs qui, jusqu'à présent, s'est désintéressée de la protection des usagers des banques. Il n'existe aucune collaboration entre cette commission et la Banque nationale de Bulgarie (la banque centrale, BNB). La BNB n'a pas pour attribution d'intervenir dans les litiges opposant les banques aux emprunteurs, qui relèvent du juge commercial. Lorsqu'elle reçoit une plainte émanant d'un client s'estimant lésé, elle peut seulement demander à la banque mise en cause de procéder à une enquête interne. Elle informe également le plaignant sur ses possibilités juridiques et, éventuellement, l'aide à constituer son dossier en contraignant la banque à communiquer les documents nécessaires. Toutefois, la multiplication des griefs individuels contre un établissement particulier peut l'amener à exiger de celui-ci la modification de son règlement intérieur.

Le crédit-bail (*leasing*) constitue un substitut au crédit bancaire : dans la mesure où les bailleurs ne collectent pas d'épargne, ils sont soumis à une réglementation prudentielle moins stricte que celle qui s'applique aux banquiers, les contrats de location-vente sont plus simples à établir que les contrats de crédit, c'est la rentabilité économique de l'entreprise qui détermine la décision du bailleur, le bien pris à loyer fait office de gage. Ce type de crédit est une solution de plus en plus utilisée par les petites et moyennes entreprises qui ont difficilement accès au crédit bancaire, pour acquérir des équipements tels que des véhicules, des photocopieuses, du matériel de chantier... [Banque mondiale, 2001, p.10]. Les sociétés de leasing sont peu contrôlées par les autorités financières.

Le contrôle de la banque centrale (BNB) sur les pratiques de crédit des banques

Depuis 1997, la banque centrale contrôle de façon stricte le règlement intérieur des banques en matière d'octroi et de gestion des crédits et suggère des modifications quand ces règles lui semblent insuffisamment prudentes. Elle contraint les banques à séparer les fonctions de gestion et d'évaluation de l'activité de prêt, elle pousse au renforcement du contrôle de gestion et veille à l'absence de conflits d'intérêts au sein de la direction des

banques (elle vérifie que la banque ne prête pas à des firmes liées à ses dirigeants ou à ses actionnaires). Elle s'efforce de maîtriser l'actuel processus d'augmentation rapide de leur portefeuille de crédit par les banques en veillant à ce qu'elles accroissent en proportion le niveau de leurs réserves financières confiées à la BNB (ce qui ne pose, en pratique, pas de difficulté aux banques bulgares désormais intégrées dans des groupes bancaires occidentaux). La banque centrale a, par exemple, obligé certaines banques à augmenter leur personnel d'analyse et de surveillance des crédits quand il lui est apparu que ces banques ne disposaient pas des effectifs suffisants pour gérer correctement l'afflux de nouveaux emprunteurs.

Pour DD, l'autonomie des banques en ce qui concerne la définition de leur politique de crédit (définition des risques acceptables, mode d'évaluation de la fiabilité des emprunteurs, types de garanties et d'assurances à prendre...) est fortement contrainte par la BNB. Les banques sont classées en fonction de leur capacité à recouvrer leurs créances.

La BNB a mis en place, en 2003, un registre des crédits permettant aux banques de connaître l'endettement des personnes demandant un prêt auprès des différents établissements financiers (bien évidemment, les crédits informels n'y apparaissent pas). La très grande majorité des crédits enregistrés sont des prêts à la consommation, mais, selon MP, de nombreux petits entrepreneurs utilisent ce type de crédit facile d'accès pour financer des opérations commerciales ou des investissements. Le développement des sociétés de crédit-bail inquiète MP, car celles-ci sont moins contrôlées que les banques.

Les banques contre l'informalité

Le fort développement du crédit à la consommation après 2002 a amené de nombreux entrepreneurs bulgares à emprunter auprès des banques, alors qu'auparavant, ils ne sollicitaient que les amis et la famille [ES].

L'interpénétration des économies formelles et informelles est nécessairement problématique en matière de crédit : une entreprise dont une grande partie de l'activité échappe aux contrôles officiels a des difficultés à justifier de sa bonne santé financière pour obtenir des prêts auprès des banques. L'utilisation systématique de techniques de comptabilité multiple ôte toute signification aux documents comptables officiels. Dans les bilans financiers présentés au fisc (et aux banquiers), les firmes affichent une absence de bénéfice et un endettement important. De même, les employés dans le secteur privé ne sont pas en mesure de justifier aux banques leur revenu réel. En effet, celui-ci se compose, la plupart du temps, d'un salaire « officiel » défini au plus juste de manière à payer le minimum de charges sociales et d'impôt sur le revenu, et un salaire « de la main à la main » non déclaré. Or, le principal moyen pour les banques de vérifier le revenu d'une personne physique désireuse d'emprunter est de lui demander les justificatifs de paiement des cotisations sociales.

Les pratiques de fraude fiscale ont pour effet de diminuer l'estimation que l'on peut faire de la fiabilité probable des emprunteurs potentiels : en raison de l'usage très répandu des techniques de double ou triple comptabilité, de nombreux candidats à l'emprunt étayent leur demande avec des documents comptables trafiqués pour montrer une absence de profit et une trésorerie réduite. Certaines banques demande aux emprunteurs des informations complémentaires permettant de se faire une meilleure idée de sa capacité à rembourser, mais la plupart des établissements se fondent sur les documents officiels qui leur sont fournis et concluent que le prêt est trop risqué. [USAID, CLIRA, 2002, p.23].

La tendance, dans les banques, est à la centralisation des décisions d'accorder un prêt, à la réduction de l'autonomie des directeurs d'agences locales, à la dépersonnalisation des relations avec les clients, au développement des outils d'analyse de la situation économique et

des perspectives de croissance des différentes branches. En somme, on observe une rationalisation des stratégies de prêt.

Ainsi, DD se plaint de la diminution de son pouvoir d'accepter ou de refuser les crédits. A ses débuts en tant que responsable d'agence locale d'une grande banque bulgare, il arrêtait son choix à la suite d'un entretien avec le demandeur, au cours duquel il s'informait, sur le mode de la conversation entre amis, de l'état des affaires de son client et déterminait les garanties qu'il convenait de prendre. La très grande majorité de ses avis étaient suivis par les dirigeants de la banque. La réputation du candidat à l'emprunt dans le milieu économique local, les rumeurs qui circulaient à son sujet, déterminaient dans une large mesure le degré de confiance que DD décidait de lui accorder : « *Dans les villages et les petites villes bulgares, tout le monde sait tout sur tout le monde. Il est facile de glaner des renseignements sur les clients. Ce sont les relations humaines qui inspirent les termes du contrat formel* ». Au fil du temps, les procédures de décision sont devenues plus collectives, avec l'accroissement du nombre de cadres impliqués dans l'évaluation de la demande, mais aussi plus dépendantes d'instruments techniques tels les questionnaires standardisés et les fichiers informatiques. PI place aussi l'accent sur le mouvement de centralisation et d'informatisation des processus décisionnels qu'a connu la banque UBB après sa privatisation et son rachat par la Banque nationale de Grèce – le siège a énormément réduit la marge d'initiative des directeurs d'agences locales et doit donner son accord pour tout crédit, y compris s'il s'agit d'une petite somme.

Les banques ont, jusqu'au début des années 2000, manqué d'expertise et d'information aisément accessible dans le domaine de l'évaluation du risque de défaillance des débiteurs. Peu de cadres intermédiaires des banques avaient les compétences nécessaires pour analyser convenablement les dossiers de demande de prêt constitués par les clients (business plan, comptes de résultats et bilan, autres documents) ainsi que pour évaluer sa capacité à remplir ses obligations compte tenu de l'évolution probable de la conjoncture économique. Les directeurs financiers manquaient également de savoir-faire pour argumenter leurs demandes d'emprunt et pour convaincre les banquiers de la viabilité et de la rentabilité de leur entreprise [USAID, CLIRA, 2002, p.23].

Beaucoup d'entreprises ont opéré, au cours des années récentes, un saut qualitatif dans la manière de planifier, de gérer et de financer leurs activités. Les entrepreneurs ne trouvent plus, au sein de leur réseau, des ressources en quantité et en qualité suffisante pour alimenter leur expansion. Les prêteurs au sein des réseaux s'apparentent à des usuriers [PI]. Dans le contexte de forte croissance de l'économie bulgare, le soutien des banques est devenu indispensable aux entreprises qui veulent développer leur activité : « *Aujourd'hui, il n'est plus possible de mener des affaires sérieusement en Bulgarie si l'on ne dispose pas de l'appui d'une banque. Le temps où l'on pouvait monter une société sans faire appel à un banquier est révolu* » [DD]. Pour accéder au prêt bancaire, les entreprises doivent rationaliser et légaliser leurs méthodes de gestion, car elles doivent être en mesure de fournir aux banques des plans de développement de leurs affaires, ainsi que des indicateurs fiables de leur santé économique. « *Le business plan commence à prendre plus d'importance que les relations personnelles* » [DD]. Tous les cadres bancaires interviewés ont affirmé que pour obtenir un prêt, une entreprise doit être capable d'argumenter, preuves à l'appui, un projet concret [entretiens à UBB et BNP-Paribas].

L'une des pièces les plus importantes dans le dossier de demande de crédit est la déclaration du fisc attestant que le débiteur est en règle au niveau du paiement de ses impôts. L'entreprise doit aussi indiquer le montant de son capital et son origine. Ces exigences constituent des motivations importantes qui poussent les entreprises ayant besoin d'emprunter

à sortir de l'économie grise. *« Il n'est pas forcément avantageux pour les entreprises de dissimuler une partie de leur activité à l'Etat, car l'argent que l'on ne donne pas au fisc, on le perd en payant les taux d'intérêts exorbitants pratiqués par les usuriers. Pour obtenir des crédits bancaires, il faut sortir de la clandestinité fiscale. On ne peut pas avoir le beurre et l'argent du beurre. »* [DD].

Selon PI, ce mouvement de légalisation ne touche que les grandes villes. Dans les campagnes, il est tout à fait courant que les succursales des banques demandent aux petites entreprises de leur communiquer à la fois leur comptabilité officielle et leur comptabilité parallèle, afin de prendre en considération leur activité non déclarée quand elles déterminent les conditions du crédit [IB, PI]. Pour PI, il est beaucoup plus facile de frauder le fisc en province, si bien que l'accès au crédit continue d'y dépendre au premier chef du capital social. En revanche, du fait de l'anonymat qui règne dans les grandes villes, l'enquête réalisée par les « inspecteurs du crédit » des banques en vue de vérifier la santé financière des entreprises demandant un crédit est détaillée et intrusive : un grand nombre de justificatifs est exigé : attestations du fisc, bilan, compte de résultats, contrats passés avec les partenaires commerciaux et avec d'autres banques.

Les conditions des crédits accordés par les banques dépendent de l'ancienneté de la relation avec le client : la banque d'affaires dont DD dirigeait une succursale locale exigeait des nouveaux clients des garanties dont la valeur dépassait le double du montant du prêt, alors que les clients habituels bénéficiaient d'un régime de faveur. Dans la banque où travaille PI, le dossier de demande de crédit que doivent constituer les « bons clients » est également allégé, mais les « inspecteurs » de la banque suivent de près l'évolution de leur chiffre d'affaire et de leur position sur le marché : ils peuvent, à tout moment, retirer au client les facilités dont il bénéficie.

En somme, le mode de contractualisation dominant dans la Bulgarie rurale est le contrat relationnel appuyé sur le regard des pairs, tandis que dans la Bulgarie urbaine, ouverte aux influences étrangères, le contrat autorégulé adossé au droit et à l'administration occupe une place de plus en plus importante dans la régulation des échanges économiques.

D'autre part, les banques captent la clientèle la plus fiable et la plus profitable au détriment des prêteurs de l'économie parallèle, qui ne retiennent que la clientèle la plus risquée [PI].

Afin de mettre en relation le monde très formel des établissements bancaires et celui, hautement informel, des petites et moyennes entreprises, des conseillers financiers indépendants ont fait leur apparition. Ils utilisent leurs relations avec certains responsables des banques pour promouvoir et accélérer les demandes de prêts de leurs clients et ils évitent à ces derniers de se préoccuper des formalités souvent lourdes, lentes et compliquées liées à la constitution d'un dossier de demande de crédit (notamment s'il faut établir un business plan ou expertiser la valeur des biens proposés en garantie). Le délai pour obtenir un prêt d'une banque est, en effet, supérieur à un mois. Il faut plusieurs semaines pour rassembler les pièces constitutives du dossier de demande [IB]. Ces conseillers demandent une partie du montant du crédit (10% dans le cas évoqué par IG) en guise de rémunération de leur rôle d'intermédiaire. Ce coût s'ajoute à un taux d'intérêt déjà très élevé. Aucun interviewé n'a une image positive de ce type de prestations.

Lorsque l'entreprise de construction d'IB vend un appartement neuf qu'elle a bâti, il est fréquent que le montant déclaré de la vente soit un prix compris entre la valeur fiscale du bien et sa valeur marchande : le client paye en liquide la différence entre ce prix et la valeur du bien sur le marché de l'immobilier. L'entreprise alimente ainsi sa caisse noire et le client ne risque pas d'avoir à justifier au fisc la provenance des fonds versés en liquide. *« Un*

appartement que nous vendons en réalité à 1200 € le m² apparaît sur les papiers officiels comme ayant été vendu à 150 € le m² ». Cette pratique, qui n'a cessé de se renforcer au cours des années récentes, est nécessaire pour attirer les acheteurs, mais présente, entre autres inconvénients, celui de dévaloriser la qualité du travail réalisé par la firme, puisque des logements de luxe apparaissent comme ayant été vendus au pris de taudis. Cette pratique est également remise en question par le développement du crédit immobilier, dans la mesure où les banques contrôlent la valeur réelle du bien hypothéqué.

2.1.4 - Les formes non bancaires de prêt

KK évoque le cas de personnes qui ont placé leurs économies accumulées pendant l'époque communiste dans des pyramides financières et chez des investisseurs financiers privés. Elles espéraient protéger ainsi leurs économies de l'inflation et participer à l'avènement de la nouvelle économie capitaliste. Elles ont été escroquées par ces financiers qui disposaient pourtant de toutes les autorisations administratives nécessaires et étaient, en théorie, placés sous le contrôle de la Banque centrale. Ce n'est qu'après la crise financière de 1996-1997, avec la réforme de la législation du secteur bancaire, la mise en place de la caisse d'émission et le renforcement de la surveillance étatique sur les sociétés privées de crédit, que les épargnants ont commencé à bénéficier d'une protection juridique effective. La Bulgarie des années 1990-1997 est qualifiée par KK de « *paradis pour les structures financières fantômes, où des centaines de milliers de personnes se sont fait escroquées* ».

Le droit bulgare autorise les personnes physiques et morales à avoir pour activité principale le prêt d'argent avec taux d'intérêt. Ces prêteurs ne tombent pas sous le coup de la loi bancaire à condition que l'argent prêté ne provienne pas de dépôts faits par des épargnants. En effet, le but essentiel de la loi sur les banques est la protection des dépositaires [TT].

Les prêteurs indépendants

Au début des années 1990, les bureaux de change constituent un acteur important du marché du crédit en formation. La politique de restitution aux anciens propriétaires des biens fonciers et immobiliers nationalisés sous le régime communiste fait naître un marché des terres et des immeubles. Les banques sont incapables de fournir aux nouveaux entrepreneurs sur ce marché les types de crédits dont ils ont besoin. Les bureaux de change qui, à cette époque d'hyperinflation, réalisent d'énormes bénéfices, sont en mesure de prêter de grandes quantités d'argent liquide. C'est assez naturellement qu'ils en viennent à proposer des prêts aux entreprises pour lesquelles ils réalisent des opérations de change, dans la mesure où ils connaissent leurs dirigeants et ont une idée de leur situation économique. Ces prêts sont rendus plus sûrs par diverses formes de garanties prises sur les biens immobiliers du débiteur.

Ces prêteurs indépendants ont commencé dans l'informalité, mais, au fil des années ont rationalisé et formalisé leurs méthodes de travail. Ainsi à l'époque où GV prêtait de l'argent en tant que gambiste, il utilisait un document juridique appelé « mandat d'ordre », qui permet au créancier de faire mettre en œuvre une procédure de recouvrement forcé par le juge de l'exécution sans qu'un procès soit nécessaire¹⁵². Le créancier pouvait faire usage de ce mandat d'ordre comme attestation de l'existence de la dette pour demander à une personne tierce d'aller réclamer le remboursement au débiteur. L'un des moyens de pression à la disposition du créancier était de menacer de confier le document à une officine spécialisée

¹⁵² Cet instrument présente l'inconvénient de mal protéger le créancier contre l'organisation de son insolvabilité par le débiteur.

dans le recouvrement musclé des créances. L'usage voulait que celle-ci conserve la moitié de la somme ainsi récupérée. Un autre procédé courant pour inciter le débiteur à tenir ses engagements consistait, pour le prêteur, à exiger de l'emprunteur qu'il lui vende le bien servant de garantie au crédit (la somme prêtée représentait généralement entre 50% et 70% de la valeur de la garantie dans le cas d'un appartement). Le créancier s'engageait à revendre la garantie à son débiteur si celui-ci honorait sa dette. Cette méthode faisait peser l'essentiel du risque sur le débiteur et nécessitait que celui-ci fasse confiance à son créancier. Elle permettait au créancier de contourner en partie le système judiciaire, puisque le bien pris en garantie lui appartenait déjà et n'avait donc pas besoin d'être saisi et liquidé judiciairement. Un procès ne pouvait pas toujours être évité quand ce bien était un appartement dont il fallait expulser l'ancien propriétaire ou le locataire. Ce procédé permettait au prêteur de faire des bénéfices quand ses débiteurs étaient incapables de rembourser, ce qui était souvent le cas pendant les années 1990. Il avait cependant l'inconvénient d'impliquer des coûts importants – environ cinq fois plus que pour une hypothèque – en frais de notaires et taxes liés à la vente et à la revente du bien. Ces coûts étaient répercutés sur le taux d'intérêt, qui était donc nécessairement très élevé.

Le créancier n'était toutefois pas à l'abri de diverses formes d'escroquerie. Par exemple, GV évoque le cas d'un débiteur qui a refusé de libérer l'appartement vendu à son créancier et qui n'a pas pu être expulsé, car il a fabriqué, à l'intention du tribunal, une fausse attestation de remboursement de la dette portant la signature falsifiée du créancier. Il arrive aussi que des locataires se fassent passer, sous un faux nom et avec l'aide de notaires véreux, pour le propriétaire de leur domicile. Ils vendent ou hypothèquent ce bien immobilier qui ne leur appartient pas en échange d'un crédit qu'ils n'ont pas l'intention de rembourser, puis disparaissent. La vérification de l'absence d'autre hypothèque sur le bien proposé comme garantie était particulièrement problématique jusqu'à la création d'un registre national destiné à cet effet [GV].

Aujourd'hui, GV, dont l'activité principale est le crédit, utilise des instruments juridiques plus sophistiqués et plus efficaces, qui permettent la prise de garantie et le dépôt d'une requête devant le tribunal en vue d'obtenir la saisie d'avoirs du débiteur en cas de défaut de remboursement, notamment l'hypothèque certifiée par un notaire. Selon GV, les pratiques de « crédit informel » telles que le réméré apparaissent de plus en plus rares. Les débiteurs demandent des prêts aux banques pour rembourser leurs créanciers « informels », sortant ainsi du marché gris du crédit.

Malgré les réformes du secteur bancaire, les prêteurs indépendants ont conservé une clientèle, car ils mènent leur activité de manière plus souple, moins bureaucratique, plus insérée dans le monde des réseaux que les banques. Les règles prudentielles appliquées par les banques avant d'octroyer un crédit sont souvent appliquées de façon rigide, sans souci de pédagogie [IB]. L'emprunteur doit fournir une attestation du fisc certifiant qu'il est à jour de ses impôts, ce qui peut s'avérer dissuasif dans le contexte bulgare de fraude fiscale généralisée (des nombreux entrepreneurs ne veulent surtout pas attirer l'attention du fisc sur leur activité). Les prêteurs indépendants doivent, dans une certaine mesure, aligner leurs taux d'intérêts sur ceux des banques, mais ils peuvent néanmoins proposer des taux supérieurs car les banques n'affichent pas les taux réels.

Pour ES, le crédit gris est un instrument « *très opérationnel malgré des taux plus élevés que ceux pratiqués par les banques* » (environ 60% par an). Les services proposés par les établissements financiers classiques se sont certes améliorés, mais ceux-ci ne font pas véritablement de concurrence aux prêteurs indépendants. Le crédit bancaire et le crédit des prêteurs indépendants se développent « en symbiose » : le poids de la parenté, des réseaux, la

personnalisation des relations, restent déterminants en ce qui concerne l'accès au crédit, quel qu'en soit le type. L'instauration des mécanismes du marché n'a pas, selon lui, entraîné une modification profonde des logiques sociales et des modes de régulation qui orientent les échanges économiques : pour la plupart des entrepreneurs en quête de fonds, la réputation au sein d'un cercle d'amis reste la principale garantie. Cet avocat/homme d'affaires affirme que, dans la mesure où il a toujours remboursé ses dettes aux échéances prévues, ses créanciers – qu'il s'agisse de banques ou de prêteurs indépendants - ne lui demandent pas de garantie quand il emprunte (dans certains cas, un autre membre du réseau se porte garant). Cependant, si l'on souhaite bénéficier de la souplesse et de la rapidité d'accès au crédit qu'offrent les relations personnalisées, l'on doit jouer le jeu particulier des rapports « amicaux » avec les membres du réseau : *« il faut savoir se mettre à genoux devant les personnes qui peuvent t'aider, leur manifester une attention constante, faire semblant de s'intéresser à leurs lubies et subir sans broncher leurs récriminations »*. Il pense cependant que son comportement est une exception en Bulgarie : la majorité des emprunteurs ont tendance, selon lui, à considérer l'argent prêté comme de l'argent gagné et ne se sentent pas moralement obligés de respecter scrupuleusement les termes du contrat de prêt. L'essor du crédit à la consommation l'inquiète, car il pense qu'en dehors des réseaux d'affaires, où règne une certaine discipline en matière de respect des obligations contractuelles, la règle générale est l'absence de fiabilité du débiteur [ES].

En revanche, l'entreprise d'IB se méfie des formes – qu'elle qualifie de grises ou noires - de crédit pratiqué par les hommes d'affaires. Elle considère comme moins risqué de travailler régulièrement avec une banque dans le cadre d'un contrat relationnel. La firme a souvent été approchée par des prêteurs indépendants, mais elle s'en défie, elle les perçoit comme des escrocs potentiels. Elle juge inacceptable la pratique qui consiste à vendre des biens immobiliers au prêteur, dans la mesure où celui-ci peut ne pas restituer la garantie même si la dette est remboursée. Elle s'estime mieux protégées par le système juridique dans le cadre de prêts bancaires normaux, même si les conditions proposées par certains hommes d'affaires sont beaucoup plus avantageuses que celles offertes par les banques. Elle estime que les banques font montre de plus de souplesse en cas de difficulté à rembourser, alors que les prêteurs indépendants sautent sur la première occasion pour s'approprier les biens utilisés comme garantie, même si le débiteur a déjà remboursé une partie de sa dette.

Depuis peu, l'on assiste au développement de partenariats entre certaines banques et les hommes d'affaires qui pratiquent le crédit dans le cadre d'un réseau particulier. Les banques tentent d'utiliser ces prêteurs indépendants comme intermédiaires pour attirer de nouveaux clients et pour pousser les membres du réseau à prendre des emprunts (par exemple convaincre un ami dentiste de souscrire un prêt auprès de la banque pour rénover son cabinet). Elles espèrent ainsi mettre à profit les informations détenues par l'homme d'affaires sur le sérieux et la capacité à rembourser des emprunteurs potentiels, ce qui leur permet d'alléger les garanties et les formalités habituellement exigées des demandeurs de prêt, ainsi que de proposer des taux d'intérêt inférieurs à ceux des concurrents. D'autre part, un tel système permet aux candidats à un emprunt de ne pas avoir à révéler ses revenus réels, qui sont très souvent bien supérieurs à ses revenus déclarés.

L'entreprise comme prêteur

En l'absence d'accès au crédit bancaire, pendant les années 1990, l'entreprise de bâtiment d'IB avait mis au point un type de contrat demandant au client de payer la moitié du coût de la construction, puis à l'issue d'un délai convenu, la moitié du coût restant, et ainsi de suite jusqu'à l'achèvement des travaux. C'est le client qui jouait le rôle de créancier. Ce système convenait parfaitement à l'entreprise lorsque celle-ci réalisait surtout des petits ouvrages, mais

elle s'est agrandie et s'est mise à réaliser des chantiers de plus en plus importants, si bien qu'elle a dû se résoudre à travailler avec les banques.

Par ailleurs, l'entreprise d'IB a pour habitude d'accorder de petits crédits à ses employés ou à des personnes connues de ceux-ci. Cette pratique est considérée comme un moyen de motiver et de fidéliser les salariés, un élément de l'attitude très paternaliste de la firme vis-à-vis de ses employés (ils sont aussi logés et transportés, l'entreprise réalise pour eux des travaux d'amélioration de leur domicile et leur donne des matériaux). Elle est aussi présentée comme une compensation du fait que l'entreprise déclare officiellement payer ses employés au salaire minimum (alors que leur revenu réel est nettement supérieur), ce qui les empêche d'accéder au crédit bancaire (ils apparaissent comme vivant au niveau du seuil de pauvreté). Ces prêts sont sans intérêts et sans prise de garantie (un mandat d'ordre est établi). Les mécanismes assurant la discipline des emprunteurs est le fait que le créancier est aussi l'employeur du débiteur (les échéances du prêt sont retenues sur le salaire, les autres membres de la « brigade » de travail se portent caution pour l'emprunteur), ainsi que le souci de préserver sa réputation au sein d'un collectif d'autant plus soudé que presque tous les employés sont issus du même bourg.

La banque DSK, comme toutes les autres banques, avait mise en place un système préférentiel de crédit au bénéfice de ses employés, qui pouvaient emprunter en demandant à leurs collègues de se porter caution [II]. Les mêmes pratiques existent au sein d'UBB [PI].

Les maisons de prêt sur gage

Elles sont décrites par MM comme un vaste réseau criminalisé de recel de biens volés.

2.2 - Quels effets de la qualité du droit commercial et de sa mise en œuvre sur la normalisation des pratiques en matière de crédit

2.2.1 - Les réformes du droit commercial

La législation commerciale fournit aux entreprises des techniques juridiques propres à gérer l'endettement.

Les réformes des régimes du crédit, du recouvrement, de l'insolvabilité, des faillites constituent des aspects majeurs des transformations juridiques et économiques post-communistes, dans la mesure où ces corps de règles jouent un rôle important dans la viabilité et le développement du secteur privé, la construction de la concurrence économique, la consolidation du secteur bancaire, la création d'un climat de confiance pour les investisseurs.

La qualité du droit commercial bulgare est considérée comme satisfaisante par les praticiens et les experts. La plupart des textes ont été élaborés avec l'aide de conseillers juridiques étrangers dans un souci de conformité avec l'acquis communautaire. En revanche, la mise en œuvre de la législation fait l'objet de critiques [USAID, CLIRA, 2002].

Une pluralité d'organisations professionnelles et d'associations patronales s'engage dans des actions de lobbying en vue d'obtenir la modification de dispositions particulières du droit commercial (Chambre de commerce et d'industrie de Bulgarie, Association des industriels de Bulgarie, Association des banques commerciales). Pourtant, il n'existe pas de dispositif institutionnel garantissant la consultation de ces groupes d'intérêts lorsque des réformes sont en préparation. Leur participation au processus d'élaboration législative est soumise au bon

vouloir des responsables politiques qui supervisent la conception des projets de loi. De ce fait, les besoins et les préférences des acteurs économiques et sociaux sont insuffisamment pris en considération. Dans la mesure où les entrepreneurs bulgares ont appris à éviter la justice, leur pression en faveur de la réforme du système judiciaire est faible et elle est très variable selon les régions : la demande de transformation du droit et de justice du commerce émane surtout de la capitale et des grandes agglomérations. Les décideurs politiques ne disposent pas d'expertise suffisante pour analyser les problèmes existants et prévoir les effets des différentes solutions possibles.

Pour PI, la réforme la plus attendue par le patronat bancaire est celle de l'exécution judiciaire. L'Association des banques commerciales milite pour la modification de cet aspect du Code de procédure civile depuis de nombreuses années.

2.2.2 - *Le droit du crédit*

Le prêt n'est qu'une des formes de crédit que les banques peuvent consentir à leurs clients : les autres formes sont les découverts en compte, les mobilisations de créances (paiement anticipé), le crédit bail (location assortie d'offre d'achat), le crédit documentaire. Jusqu'au début des années 1990, seul le crédit aux entreprises garanti par une sûreté était pratiqué.

Un article du Code de procédure civile permet au débiteur de rééchelonner de fait le calendrier de ses remboursements sans l'accord du créancier (il suffit au débiteur de verser au créancier 20% de ses arriérés de paiement pour bénéficier d'office d'un délai de 18 mois pour rembourser le reste de la dette). Cette règle augmente considérablement le risque encouru par le créancier [USAID, CLIRA, 2002, p.20].

Les règles prudentielles ont pour effet de limiter l'éventail des sûretés acceptables par les banques. Les banquiers sont pénalement responsables pour l'octroi de créances sans prise de garanties suffisantes, c'est pourquoi ils exigent systématiquement que la valeur des sûretés dépasse celle de la dette (il s'agit aussi de se prémunir contre la dépréciation possible de la valeur des sûretés). Un banquier peut être poursuivi pour ce qui apparaît rétrospectivement comme une mauvaise appréciation de la fiabilité de l'emprunteur. Cette notion de « garantie suffisante » n'est pas définie par la loi et se prête à de multiples interprétations [Banque mondiale, 2001, p.2]. Les banques bulgares n'ont donc pas, légalement, la possibilité d'octroyer des prêts sans garantie à leurs clients les plus fidèles et les plus fiables. Les sommes que les banques doivent provisionner dépendent du niveau de risque des créances qu'elles détiennent. La qualité des garanties qu'elles prennent a donc un impact sur leur rentabilité. Pendant les années qui ont suivi la crise financière, les banques ont attaché une plus grande importance à la valeur des sûretés qu'aux résultats de l'entreprise candidate à l'emprunt, à la qualité de son management et aux chances de succès de son projet d'investissement. Récemment, elles ont commencé à se fier davantage aux indicateurs de bonne gestion et aux perspectives de croissance des entreprises clientes. La place des sûretés dans le système du crédit est en recul sensible [Center for Economic Development, 2002, p. 34].

Le niveau de développement du marché des assurances et le droit des assurances ont un impact sur le marché du crédit dans la mesure où les actifs gagés (notamment les capitaux fixes) doivent être assurés.

Des sociétés privées proposent des stages payants de formation continue au droit du crédit destinés aux cadres financiers et juridiques des entreprises. La qualité de ces prestations est critiquée : ces sociétés font appel à des professeurs de droit qui présentent des exposés

doctrinaux, alors que les auditeurs souhaiteraient un enseignement pratique axé sur les problèmes concrets qu'ils rencontrent dans leurs activités professionnelles (IB). Ce formalisme excessif de l'enseignement du droit est un problème général en Bulgarie.

Le droit des sûretés

Le corps de règles le plus crucial pour orienter l'évolution des pratiques de crédit est le droit des sûretés. Le recours à des sûretés personnelles (cautionnement) ou réelles (gages, nantissements, hypothèques) constitue l'un des moyens à la disposition des créanciers pour limiter le risque de perte financière en cas de défaillance du débiteur. Le droit des sûretés a pour rôle de créer les conditions d'une réalisation rapide des biens constitués en garantie, d'établir un clair ordre des priorités entre les créanciers au moment de la répartition du produit des ventes forcées, de mettre en place des instruments d'information sur les dettes et les sûretés déjà contractées par les candidats à l'emprunt.

Le droit des sûretés et le système d'enregistrement des gages donnent satisfaction à la plupart des acteurs économiques [Banque mondiale, 2001, p.7-8]. En revanche, le système de recouvrement forcé des créances est jugé très peu fiable et imprévisible [ibid., p.10], à tel point qu'il rend la législation quasiment inefficace. Les créanciers, les banques et les avocats se plaignent des coûts et des délais occasionnés par la mise en œuvre des procédures de réalisation des biens gagés, pour un résultat extrêmement incertain. Le système des juges de l'exécution leur apparaît particulièrement inefficace (il est encore trop tôt pour évaluer les résultats de la création des huissiers en 2005).

L'élaboration d'un contrat de crédit garanti par une hypothèque ou des gages est une opération juridique relativement simple, à la portée de n'importe quel juriste, mais pour laquelle les avocats font payer des frais élevés.

Les nantissements

La loi sur les gages enregistrés est entrée en vigueur en avril 1997. Elle permet au débiteur de gager une grande variété d'avoirs, à l'exception de propriétés intellectuelles (jusqu'à un amendement de juillet 2003). Pour la première fois en Bulgarie, cette loi permet au débiteur de conserver l'usage et la jouissance de l'actif constitué en sûreté (bien que celui-ci devienne immédiatement propriété du créancier), dans la mesure où cet actif est utilisé dans l'intérêt de l'activité économique du débiteur. Conformément à cette loi, la liste des sûretés doit être détaillée dans un contrat de crédit écrit, qui spécifie également les usages qui pourront être faits de ces sûretés pendant la durée du prêt. Ce contrat doit être officiellement certifié et inscrit au registre central des gages, qui est géré par le ministère de la Justice (MJ). A l'échéance du prêt, à défaut de remboursement, le créancier pourra faire saisir et vendre l'objet aux enchères publiques. Il sera payé par préférence sur le prix, mais le surplus du prix par rapport à la dette sera rendu au débiteur. Les professeurs de droit s'étaient opposés à la réforme du système de gages en Bulgarie au motif que le fait de laisser la jouissance des biens hypothéqués au débiteur n'était pas conforme à la tradition juridique bulgare. Auparavant, le débiteur devait obligatoirement remettre au créancier les choses gagées. Depuis la réforme de juillet 2003, le créancier peut exiger du débiteur, de tierces personnes ou d'autorités publiques que lui soient communiquées des informations concernant la situation des avoirs constitués en sûreté, ce qui n'était pas possible auparavant.

Le registre central des gages se compose d'une direction centrale et de sept bureaux locaux (Sofia, Plovdiv, Pleven, Varna, Blagoevgrad, Bourgas, Vratza) qui doivent être consultés séparément. L'usage du registre des gages enregistrés n'a cessé de croître depuis

1997 : 2357 enregistrements en 1997, 9423 en 1998, 12275 en 1999, 16718 en 2000 [Banque mondiale, 2001, p.8]. Le nantissement de parts de sociétés doit être inscrit au registre du commerce du tribunal de district. Les employés de ce registre tardent à répondre aux demandes d'information concernant les sûretés constituées sur les sociétés, ce qui constitue une entrave majeure au développement de ce type de gage [*ibid.*, p.9].

Avant d'accepter de prendre possession d'un gage, le prêteur fait évaluer sa valeur marchande par un expert et estime sa liquidité, c'est-à-dire la facilité avec laquelle il est susceptible d'être réalisé. Il exige des documents prouvant que l'emprunteur est propriétaire des choses proposées en sûreté. Il vérifie que ces choses ne sont pas déjà l'objet d'un gage (ou d'une hypothèque s'il s'agit de biens immobiliers) ni d'aucun litige, ce qui peut impliquer de vérifier de nombreux registres disséminés dans toute la Bulgarie. Cette démarche est difficile : les fichiers sont vétustes, le zèle manifesté par leur personnel pour répondre aux demandes d'information dépend des « gratifications » qu'ils reçoivent [II]. Les prêteurs potentiels ont du mal à s'informer sur les arriérés d'impôt, dettes fiscales des emprunteurs potentiels. Les créances fiscales sont en effet prioritaires sur toutes les autres [Banque mondiale, 2001, p.43].

Les banques commerciales bulgares ont recours à différents types de sûretés particulières (c'est-à-dire permettant au créancier de passer avant les autres pour se rembourser sur la vente de la chose affectée en garantie) : hypothèques légales (le créancier impayé peut saisir le bien non seulement à l'encontre du débiteur, mais de tout détenteur ou acquéreur et le vendre pour se faire payer par préférence sur le prix) ou contractuelles ; gage de biens meubles (objet remis au créancier et retenu par lui jusqu'au paiement, il peut s'agir de stocks de marchandises, de biens de production), nantissement d'effets de commerce, de comptes de titres négociables, de portefeuilles d'actions ou d'obligations, de créances recouvrables en monnaie nationale ou en devises, de parts d'une société commerciale ou de sa totalité, cautionnement par un tiers. Certains types de garanties sont très peu utilisés dans la pratique en raison de la complexité et du coût de la procédure (créances recouvrables, entreprises) [USAID, CLIRA, 2002]. Le paiement différé de biens achetés (le vendeur en demeure propriétaire jusqu'au paiement complet) et l'escompte sont des pratiques peu répandues en Bulgarie [Banque mondiale, 2001, p. 16-17]. Le nantissement de comptes de titres négociables et autres créances recouvrables est également peu développé, car ce type de garantie est considérée comme peu sûre par la banque centrale et, plus largement, par l'ensemble des établissements de crédit et les prêteurs manquent de savoir-faire et d'expérience en la matière [*ibid.*, p. 19-20]. Les effets de commerce à recevoir sont rarement acceptés comme gages car l'on s'attend à ce que l'acheteur des marchandises ne rembourse pas sa dette ou l'on craint que le vendeur ne respecte pas les termes du contrat de vente (problème de délai de livraison, de quantité ou de qualité des produits...) [*Center for Economic Development*, 2002, p. 34]. Le caractère obsolète et dégradé des équipements possédés par une grande partie des entreprises industrielles bulgares ne permet pas de les utiliser comme garantie pour des emprunts à long terme. Beaucoup de sociétés nouvellement privatisées ont interdiction partielle de vendre ou de gager leurs actifs pendant une période de temps prédéfinie. De nouveaux types de gages ont été introduits depuis peu (juillet 2003) : brevets, patentes, marques déposées...

Les hypothèques

La loi sur les gages enregistrés a été l'un des facteurs importants de l'essor du marché du crédit en Bulgarie. Toutefois, les prêteurs préfèrent utiliser les gages enregistrés en complément des hypothèques, qui demeurent la principale forme de garantie [*Center for Economic Development*, 2002, p.28]. Le droit bancaire considère en effet l'hypothèque de

biens immeubles comme une forme de garantie plus sûre que le nantissement de biens meubles ou de titres (machines, stocks, effets de commerce). Les entreprises sont généralement plus à même de fournir ce deuxième type de sûretés, mais elles se heurtent fréquemment au refus des banques, car celles-ci doivent constituer des provisions supérieures et leurs dirigeants craignent les sanctions pénales pour manque de précaution. Pour compenser cet inconvénient, les banques exigent que la valeur des gages soit comprise entre une fois et demie et trois fois le montant du prêt [*ibid.*, p.32-33].

L'hypothèque résulte d'une convention qui doit être passée par acte notarié. Sa publicité est assurée par son inscription sur un livre tenu par le bureau notarial du tribunal de district. Elle porte exclusivement sur des immeubles. Il s'agit d'un gage sans dépossession immédiate.

Les hypothèques de biens immobiliers situés dans les villes constituent le type de sûreté de très loin de plus courant. Le risque de fraude portant sur la propriété du bien n'apparaît pas comme un obstacle majeur dans les grands centres urbains. Il n'en va pas de même dans les campagnes, où les mauvaises surprises sont fréquentes [Banque mondiale, 2001, p. 26].

Le système étatique d'évaluation de la valeur des biens immobiliers utilisés comme garantie hypothécaire est jugé insatisfaisant. La valeur du bien, telle qu'elle est reconnue par la justice et l'administration fiscale, est déterminée à partir d'une grille officielle périodiquement alignée sur les prix du marché. Le délai entre deux réévaluations des valeurs fiscales étant de plusieurs années, celles-ci sont considérablement inférieures aux valeurs marchandes des terrains et des immeubles. Ainsi, si le créancier récupère une parcelle hypothéquée par l'un de ses débiteurs, dont la valeur fiscale est de 1000 €, puis revend ce même bien à son prix sur le marché, qui s'élève à 15 000 €, il apparaît aux yeux du fisc comme ayant réalisé une opération spéculative lui ayant permis de réaliser un bénéfice de 14 000 € et est imposé en conséquence (à moins d'attendre trois ans avant de réaliser la vente). Dans ce cas également, il existe un moyen de contourner la loi : le créancier fait don du bien à un membre de sa famille, qui peut alors le vendre en échappant tout à fait légalement à l'impôt sur les bénéfices.

La procédure de faillite

La notion de faillite n'avait pas cours sous le communisme, dans la mesure où les créanciers et leurs débiteurs ressortissaient, le plus souvent, du secteur étatique et faisaient partie des mêmes appareils bureaucratiques. Le conflit d'intérêt entre créanciers et débiteurs au fondement des législations du crédit et des faillites dans les sociétés capitalistes n'existait pas.

La première loi sur les faillites, adoptée en 1990, était perçue comme trop défavorable au débiteur. Elle est amendée en 1994 afin de favoriser le sauvetage de l'entreprise insolvable et le maintien de l'emploi, de mieux protéger les intérêts de ses employés et de traiter équitablement tous ses créanciers lors de l'apurement des dettes. Le souci de garantir à toutes les parties la possibilité de faire valoir leurs prétentions se traduit par une procédure excessivement complexe, qui génère un important contentieux judiciaire et de multiples procès en appel et en cassation.

Après avoir déclaré l'entreprise en faillite, suite à une demande du débiteur ou de certaines catégories de créanciers, la cour nomme un administrateur judiciaire provisoire. Deux décisions sont nécessaires : la première ouvre la procédure de faillite et la deuxième déclare la mise en redressement judiciaire du débiteur. Au cours du mois qui suit la publication de la décision de mise en liquidation, tous les créanciers doivent soumettre par écrit leurs demandes à l'administrateur provisoire, preuves à l'appui. L'administrateur opère un tri (validé par la

cour) entre les demandes qu'il juge recevables et celles qui sont, selon lui, irrecevables. Les désaccords concernant la recevabilité des demandes sont tranchés par la cour en audience. Les créanciers peuvent faire appel de ce jugement.

Une fois que la liste des demandes recevables est définitivement établie, l'assemblée des créanciers est convoquée. Cette assemblée est présidée par le juge chargé de suivre le dossier. Elle nomme l'administrateur permanent (syndic de faillite), contrôle son activité, décide de la manière dont la valeur des avoirs du débiteur sera déterminée et fixe les émoluments des experts chargés de cette évaluation. Elle détermine, en outre, la rémunération de l'administrateur. Celle-ci se compose d'une rétribution mensuelle et d'un pourcentage des avoirs restitués aux créanciers. Ce mode de paiement a l'inconvénient d'inciter l'administrateur à faire durer le plus longtemps possible la procédure.

Un plan de redressement de l'entreprise peut être proposé par le débiteur, l'administrateur ou une partie des créanciers. Ce plan doit être adopté par l'assemblée des créanciers, mais c'est à la cour qu'il revient de décider s'il convient ou non de la mettre en œuvre. Le refus d'un plan, aussi bien que son approbation, peut être contesté devant la cour d'appel. Le Code de procédure civile confère à l'administrateur judiciaire les mêmes pouvoirs que ceux d'un juge de l'exécution. Les biens liquidés doivent obligatoirement être convertis en argent afin de rembourser les créanciers. Les décisions de mise en vente des avoirs du débiteur sont soumises à la cour, qui doit se prononcer le jour suivant la requête.

La liste des administrateurs judiciaires est gérée par le MJ. Cette profession a mauvaise réputation dans la mesure où la sélection des personnes inscrites sur la liste est opérée selon des critères particulièrement opaques (ils peuvent ne pas être des juristes). La gestion de nombreuses faillites est confiée à des administrateurs inexpérimentés et manquant des qualifications nécessaires. Les organisations patronales bulgares se plaignent que le système ne permet pas aux créanciers d'exercer un contrôle suffisant sur les activités de l'administrateur. Selon elles, les cas de collusion entre le syndic et un créancier particulier sont fréquents et, d'autre part, les administrateurs judiciaires n'utilisent pas à bon escient leur capacité de prendre des mesures conservatoires destinées à protéger les intérêts des créanciers, ce qui a pour conséquence d'empêcher la restructuration et le redressement de l'entreprise en faillite. Les créanciers peuvent faire appel des décisions prises par le syndic, mais les tribunaux sont longs à trancher [BIBA, 2003].

Les facteurs qui ralentissent la procédure de faillite sont : l'obligation de mener une « enquête préliminaire » pour prouver l'insolvabilité du débiteur (le juge doit être capable d'expertiser les documents comptables fournis par les parties, il doit aussi connaître les législations des contrats et obligations, du travail, de la sécurité sociale et fiscale); l'impossibilité d'entamer une restructuration ou d'initier la liquidation tant que tous les litiges concernant les demandes des créanciers n'ont pas été définitivement tranchés ; la quasi absence de sanction pénale des infractions commises dans le cadre des procédures de liquidation (conduite répréhensible de l'administrateur, dissimulation d'avoirs par le débiteur...). La procédure actuelle offre aux différentes parties un trop grand nombre de possibilités de recours contre les décisions prises par le syndic de faillite et le juge commercial. Ces possibilités sont systématiquement exploitées par les parties. Le processus de répartition des actifs entre les créanciers est long et coûteux. Le droit des faillites est fréquemment amendé, ce qui engendre un sentiment d'insécurité juridique dans les milieux d'affaires. Le niveau de compétence des avocats spécialisés, administrateurs provisoires et syndics de faillite est insuffisant [USAID, CLIRA, 2002]. Les délais obligatoires sont rarement respectés (par exemple, les recours en appel doivent être jugés dans les 14 jours suivant l'ouverture du dossier et ceux en cassation dans les 30 jours) et des situations

aberrantes peuvent résulter du caractère immédiatement exécutoire de certaines décisions (la décision de la cour d'appel annulant l'ouverture de la procédure de faillite peut tomber alors que l'entreprise est déjà liquidée) [UNDP, 2003, p.53].

Une réforme de mars 2003 a permis de résoudre une partie de ces problèmes : la cour ne se prononce plus sur l'opportunité d'appliquer un plan de redressement et n'intervient plus dans sa mise en œuvre, le juge commercial perd son pouvoir d'approuver ou de refuser les transactions liées à la liquidation au profit d'une instance de supervision nommée par les créanciers.

La gestion du registre du commerce (et des registres de la propriété immobilière)

Les tribunaux de district sont chargés de la gestion du registre du commerce et des registres de la propriété foncière (cadastre) et immobilière (hypothèques).

Les procédures d'enregistrement constituent la plus grande partie de l'activité des sections commerciales des tribunaux. Cette fonction est présentée par les experts de l'USAID comme l'une des sources majeures de petite corruption dans les tribunaux. La procédure est lourde et fait intervenir les magistrats. Les frais d'enregistrement sont peu élevés (une centaine d'euros en 1998) et le délai est relativement bref sauf dans les grandes villes, où le bureau des enregistrements est engorgé [USAID, 1999]. En 2003, les tribunaux de district ont traité environ 74 000 affaires dont 48 000 enregistrements, 78 000 en 2000 dont 56 000 enregistrements [Peer review, 2004]. Les taxes d'enregistrement constituent une source de revenu importante pour le système judiciaire.

Le juge examine l'ensemble des pièces qui composent le dossier de demande d'inscription au registre du commerce d'une société, ce qui revient à contrôler le travail de l'avocat qui a rempli les formulaires et accompli les formalités, à vérifier que toutes les conditions exigées sont réunies et à calculer le montant de la taxe d'enregistrement. Ce travail est en grande partie de nature administrative. Toute modification du statut ou de la distribution des parts de la société nécessite une nouvelle procédure judiciaire. La saisine du juge de l'enregistrement est un moyen d'entraver les activités d'une entreprise, notamment en cas de conflit entre les actionnaires. Une majorité de juges commerciaux souhaitent conserver en l'état le système d'enregistrement. La moitié d'entre eux ont pour unique tâche de prendre des décisions d'inscription et de signer les attestations officielles dont les entreprises ont besoin pour leur fonctionnement ordinaire. Les pratiques en matière d'inscriptions diffèrent sensiblement d'un district à l'autre (les attestations demandées, les délais, les formalités ne sont pas les mêmes, certains tribunaux exigent des documents non prévus par la loi, on impose aux entrepreneurs de produire des extraits de casier judiciaire, ce qui est impossible pour certains investisseurs étrangers), ce qui conduit au rejet de nombreuses demandes, suivis de pourvois en appel et en cassation, si bien que l'enregistrement d'un changement nécessaire à la bonne marche de l'entreprise (par exemple une modification du statut, un changement du nom ou du siège, du capital) peut être repoussé pendant plusieurs années [USAID, CLIRA, 2002, p.30 ; BIBA, 2002, p.20].

Les conseillers étrangers et le patronat bulgare veulent « soulager » les tribunaux de leur fonction de gestion du registre du commerce. Selon eux, cette mission impose aux juges une charge de travail considérable ne nécessitant pas de connaissances approfondies en droit. Il conviendrait de leur retirer ce fardeau pour leur permettre de se recentrer sur le traitement du contentieux commercial. En septembre 2004, 13 organisations patronales bulgares annoncent être en faveur de cette réforme. Le ministre de la Justice Anton Stankov leur donne gain de cause. La procédure d'enregistrement des sociétés est simplifiée et devient une procédure

purement administrative. Sa gestion est confiée à des fonctionnaires travaillant dans des services spécialisés du ministère de la Justice.

Jusqu'en 2001, le mode d'enregistrement des biens immobiliers constitue l'une des sources de dysfonctionnement de la justice commerciale. Dans la mesure où l'identification des biens est basée uniquement sur le nom des propriétaires, il est très difficile de savoir à qui appartient un terrain dont l'on ne connaît que la localisation. Cette lacune est comblée par la création de registres informatisés. En 2004, la loi sur le cadastre et le registre de la propriété immobilière retire aux tribunaux de district la responsabilité de ces registres et la confie au MJ.

2.2.3 - *Le fonctionnement de la justice commerciale*

Pour de nombreux spécialistes de l'étude des relations entre droit et développement économique, les tribunaux de commerce constituent un facteur de bon fonctionnement de l'économie de marché car leur présence a pour effet de réduire la longueur et la complexité des négociations liées aux transactions économiques en offrant aux parties des procédures prêtes à l'emploi et une arène appuyée sur la puissance publique pour résoudre leurs différends. Toutefois, leur utilité effective dépend de la volonté des acteurs économiques de faire appel à eux lorsqu'un conflit survient, ce qui implique que ces juridictions jouissent d'un capital significatif de légitimité sociale. Si le crédit des tribunaux de commerce est trop faible, les acteurs auront tendance à préférer d'autres modes de résolution des conflits jugés davantage efficaces [Hendley, 1999, p.93]. La capacité des tribunaux à remplir leurs fonction dépend de l'efficacité d'un ensemble d'autres institutions avec lesquelles ils ont des relations d'interdépendance : barreaux, police, parquets, notaires huissiers, législateur.

La procédure en vigueur pour résoudre les litiges commerciaux est la même que pour résoudre l'ensemble des litiges civils, à une exception près : il n'est pas possible de se pourvoir en cassation lorsque le jugement de la chambre commerciale de la cour d'appel porte sur un litige dont le montant est inférieur à 25 000 leva (2 leva = 1 €). Le seuil est fixé à 5 000 leva dans le cas des affaires civiles non commerciales [UNDP, 2003, p. 31]. La tradition juridique bulgare ne reconnaît aucune spécificité à la justice commerciale par rapport à la justice civile, si ce n'est la possibilité offerte aux parties de recourir à une cour d'arbitrage pour résoudre les différends contractuels.

De janvier 2001 à septembre 2002, les 28 tribunaux de district bulgares ont traité approximativement 112 000 affaires commerciales dont 99 000 enregistrements (87%), 700 faillites (0,6%), 7000 liquidations (6,2%), 5000 litiges portant sur des transactions commerciales (4,4%), et 1600 litiges relevant du droit des sociétés (1,4%). Les disparités régionales sont très importantes : le contentieux commercial hors enregistrements représente 50 affaires à Blagoevgrad et 1540 dans une ville de taille comparable, Veliko Tarnovo. Les juges commerciaux de villes moyennes telles Yambol, Targoviche ou Veliko Tarnovo sont saisis d'environ 500 demandes de recouvrement forcé, tandis que ceux du grand centre portuaire (donc commercial) qu'est Bourgas ne reçoivent que 40 requêtes (1900 dans le cas de Sofia et 1200 dans celui de Plovdiv) [UNDP, 2003, p.22-23]. Les différences de développement économique des différentes régions ne suffisent pas à expliquer ces écarts : la disposition à avoir recours à la justice varie considérablement d'un district à l'autre. Peu de tribunaux de districts se sont dotés d'une section commerciale. Dans la moitié d'entre eux, il n'y a pas de juge spécialisé dans la matière commerciale [*ibid.*, p.27]. Dans les arrondissements où les litiges commerciaux sont plus nombreux, une large proportion d'entre eux porte sur le non paiement de factures téléphoniques aux opérateurs de téléphonie mobile. Par exemple, en 2001, 27 000 requêtes civiles ont été déposées devant le tribunal

d'arrondissement de Sofia : 2400 ressortissaient du droit commercial, parmi lesquelles 800 émanaient de la seule société Mobiltel [*ibid.*, p. 28].

Le recours aux tribunaux

Le non remboursement d'une dette à l'échéance prévue cause incontestablement un préjudice au créancier : il n'existe pas d'ambiguïté quant à la qualification du dommage.

Un vendeur qui n'a pas été payé par son client ou un créancier qui n'a pas été remboursé à l'échéance peut décider de ne pas réclamer immédiatement ce qui lui est dû. A partir du moment où le détenteur de la créance décide d'exprimer au débiteur son insatisfaction et demande le versement de la somme, l'on passe du stade du dommage à celui du grief : le mauvais payeur est désigné comme fautif. Le créancier peut présenter le tort qui lui est fait comme un manquement de son débiteur à ses obligations juridiques. Ainsi le premier signifie implicitement au deuxième qu'il est susceptible de recourir à l'institution judiciaire pour obtenir réparation. Cependant, à cette étape, le désaccord reste exclusivement l'affaire des parties. La menace de faire appel à la justice est un argument dans la négociation entre les parties [Hendley, 2001, p. 22].

En cas d'échec de la négociation entre le débiteur et le créancier, ce dernier peut choisir de transformer son grief en plainte juridique. Il peut directement adresser une demande au tribunal ou menacer explicitement d'entreprendre une telle démarche. L'initiation d'une action en justice est généralement précédée de la consultation d'un expert juridique qui peut être membre de l'entreprise ou travailler à l'extérieur. La prestation réalisée par l'expert joue un rôle essentiel dans le devenir du litige. A partir du moment où le tribunal s'est saisi de la requête, les parties perdent temporairement la maîtrise de leur conflit au profit du juge, mais le demandeur peut à tout moment abandonner sa plainte s'il parvient à trouver un accord amiable avec le défendeur. L'étape suivante est l'exécution de la décision judiciaire, qui est hautement problématique dans les pays post-communistes. Le créancier peut être actif ou passif. Il a le choix entre diverses procédures et moyens informels, qui font intervenir différents types de tiers [*ibid.*, p.23].

En principe, les conseillers juridiques et les avocats remplissent une fonction de sélection des litiges à l'entrée de l'institution judiciaire. Ils incitent à l'abandon des plaintes dont les fondements juridiques sont jugés par eux insuffisants ou dont ils estiment que, pour d'autres raisons, il n'est pas souhaitable de les porter devant les tribunaux [Felstiner, Abel, Sarat, 1980-1981]. Mais les avocats peuvent aussi abuser de l'asymétrie d'information avec leurs clients et chercher à maximiser leurs honoraires en faisant durer les affaires ou en portant devant les tribunaux des litiges voués à l'échec.

Le choix du procès implique, selon K. Hendley, P. Murell et R. Ryterman, la reconnaissance de la légitimité des institutions judiciaires et la volonté de se conformer à ses décisions [2000, p. 632]. Dans les pays post-communistes comme ailleurs, ce n'est pas le mode de résolution des litiges qui a la préférence des acteurs économiques. Seule une petite proportion des conflits commerciaux est réglée de cette façon. Les institutions judiciaires sont critiquées pour le manque de compétence de leur personnel, pour leur perméabilité aux influences extrajudiciaires et pour la difficulté de faire exécuter les jugements. Pourtant, l'enquête de K. Hendley, P. Murell et R. Ryterman indique que, dans le cas russe, les juridictions commerciales ont engrangé un certain capital de légitimité et de crédibilité. Le procès est considéré comme une option viable lorsqu'il n'a pas été possible de parvenir à un règlement amiable. La plupart des entreprises interrogées initient plusieurs actions en justice chaque année. Ce procédé est la plus employé après les contacts directs entre entreprises.

Dans le cas bulgare, la quasi-totalité des personnes interrogées affirment que le procès doit être évité à tout prix. Il existe des procédures permettant de saisir le juge de l'exécution afin que celui-ci procède à la saisie et à la liquidation des garanties ou, le cas échéant, mette la société débitrice en faillite. Ces procédures sont décrites comme lourdes et chères, non profitables au créancier. Dans le cas de la banque de DD, la décision de recourir à la justice est prise par la direction générale ou le conseil d'administration, non par le service juridique.

Selon le rapport régulier 2002 de la Commission européenne sur les progrès réalisés par la Bulgarie sur la voie de l'adhésion, « *la longueur des procédures judiciaires demeure un sujet de préoccupation. Il n'existe pas de données statistiques complètes sur la durée moyenne des affaires civiles ou pénales, mais il semble qu'elle soit fréquemment de cinq à huit ans pour les affaires civiles et de trois à quatre ans pour les conflits du travail. Parmi les problèmes observés, il convient de noter le temps nécessaire pour qu'un dossier passe d'une instance à l'autre, ainsi que le pourcentage élevé d'affaires qui sont renvoyées parce que la qualité de l'instruction est jugée insuffisante. Les circonstances dans lesquelles ces renvois sont opérés sont peu transparentes* ».

La qualité des jugements en première instance (et de leur motivation) est considérée par presque toutes les personnes interrogées comme très mauvaise : les décisions juridiquement aberrantes sont légion, ce qui est en partie imputé à la corruption. La seule instance où, selon tous les avocats interviewés, « le contentieux est résolu de manière juridique » est la Cour suprême de cassation, si bien que dès le dépôt d'une requête devant la juridiction du premier degré, le demandeur qui souhaite jouer la carte du droit prévoit qu'il faudra probablement faire appel puis se pourvoir en cassation. Les justiciables contestent systématiquement la décision prise par le juge en première instance lorsque celle-ci leur est défavorable, même si leur affaire est indéfendable devant la juridiction d'appel : « *Les gens veulent absolument profiter de leur droit de faire appel, il est très rare que le perdant renonce après le premier jugement* » [KK]. Il est fait appel de la moitié des jugements rendus en première instance, ce qui provoque l'engorgement des juridictions du deuxième degré [ABA-CEELI, 1998]. 10 à 14% des pourvois en appel aboutissent à l'invalidation du jugement rendu en première instance [ABA-CEELI, JRI, 2006, p.30]. En cas de pourvoi en cassation, il faut 2 ou 3 ans pour que l'affaire soit entendue devant la chambre civile.

Les parties ont la possibilité de présenter de nouvelles preuves, de nouveaux témoins et de nouvelles requêtes lors des audiences d'appel, ce qui est très fréquent dans les affaires civiles, même si le CPC prévoit des sanctions financières très dissuasives à l'encontre des parties présentant de nouveaux éléments qui auraient pu être portés à la connaissance du juge en première instance. Ce système fait du procès en appel un nouveau procès à part entière et peut encourager les parties à dissimuler certains éléments importants dans le but de « créer la surprise » en deuxième instance. Les recours en appel ont un effet suspensif sur la décision prise en première instance. Selon les experts de l'ABA-CEELI, les juges d'appel n'ont pas suffisamment de temps à consacrer au traitement des dossiers. Seul le juge rapporteur, au sein de la formation de trois juges s'implique dans la procédure. Il ne procède qu'à un examen superficiel du travail effectué par la cour en première instance. La solution de facilité consiste alors à renvoyer l'affaire devant une juridiction du premier degré au motif d'une irrégularité mineure dans la procédure. Le juge d'appel peut aussi se contenter de confirmer le jugement rendu en première instance, sachant pertinemment que l'une des parties se pourvoira en cassation quoi qu'il arrive [ABA-CEELI, JRI, 2004, p. 15]. La réforme de 2006 du CPC réduit la possibilité de présenter de nouvelles preuves en deuxième instance en permettant à la cour de refuser de verser ces éléments au dossier.

L'ABA-CEELI met en cause la culture juridique bulgare : les parties cherchent davantage à causer des dommages à l'adversaire en faisant traîner la procédure et en multipliant les coûts – puisque chaque audience oblige à payer de nouveaux frais d'avocat – plutôt qu'à résoudre le litige. Ce type d'usage de la justice profite largement aux avocats et n'est pas considéré comme un grave problème par les magistrats [*ibid.*, 2004, p.41].

Les affaires commerciales dont l'enjeu est important montent systématiquement en appel et en cassation, si bien que la durée des procédures entre le dépôt de la requête et l'obtention d'un jugement exécutoire est, selon les organisations patronales, de 5 à 7 ans. Celles-ci qualifient les actions en justice de « perte de temps et d'argent ». Ce délai implique, pour les parties, des coûts très élevés et des difficultés à suivre le cheminement de l'affaire en raison du rythme irrégulier de son traitement. En outre, l'attitude extrêmement formaliste des magistrats empêche la recherche d'un accord amiable entre les parties. Les associations d'entrepreneurs se plaignent aussi de la manière dont la justice tranche les litiges qui opposent les sociétés privées à l'administration fiscale : les décisions des juges sont, selon elles, toujours favorables à l'Etat (il n'y a pas, pour ce type de contentieux, de possibilité de faire appel), à tel point que « *L'on peut considérer que la justice travaille au service du fisc* » [BIBA, 2002, p.12].

Comment expliquer le fait que certains acteurs économiques s'obstinent à mettre en place des contrats et à soumettre des requêtes aux tribunaux alors qu'ils n'ont que de faibles chances d'obtenir des réparations par le biais de la justice ? Cette interrogation est tout à fait centrale dans notre recherche. Peut-on se contenter d'une explication en terme de calcul coût/avantage de l'usage des procédures juridiques. Pour K. Hendley, le fait que les décisions des tribunaux de commerce russes restent très souvent inexécutées ne dissuade pas les créanciers d'intenter des procès. La raison d'un tel comportement réside, selon elle, dans le bon rapport qualité/prix des procédures judiciaires pour non remboursement de dette : l'assistance d'un avocat n'est pas obligatoire, la décision est rapide, le coût est raisonnable, les juges indiquent aux parties les preuves qu'elles doivent produire, ce qui réduit l'incertitude du procès et atténue les inégalités entre entreprises riches et bien conseillées et entreprises pauvres [Hendley, Murell, Ryterman, 1999, p.858].

La lenteur et la complexité des procédures

La lenteur et la lourdeur des procédures sont considérées comme les principales lacunes de la justice bulgare. Les demandes civiles sont nombreuses et les juges connaissent des litiges de faible importance, jugés en quelques années parce que l'appel et la cassation sont choses fréquentes et les audiences sont souvent renvoyées. C'est la phase préliminaire au procès qui apparaît comme excessivement longue, non la phase du procès lui-même [Peer review, 2004]. Les effectifs de magistrats (plus de 1800 juges pour 7,7 millions d'habitants) apparaissent largement suffisants. Les problèmes proviennent plutôt de l'extrême formalisme et de la complexité des procédures. Les magistrats et les chefs de juridiction sont, en outre, surchargés de tâches administratives, aux dépens de leurs fonctions juridictionnelles. Le suivi des dossiers est opéré manuellement, par le biais d'un système de cahiers, registres et rôles particulièrement lourd à gérer. Il est difficile de retracer le cours d'une affaire en raison des méthodes de classement. Les avocats estiment que la perte, la détérioration ou le vol de dossiers ou de pièces sont aisés et fréquents [ABA-CEELI, JRI, 2002, p. 45]. A partir de 2000, les progrès de l'informatisation des tribunaux entraînent une amélioration notable de la gestion des dossiers, au moins dans une partie des juridictions.

Des affaires semblables sont traitées dans des délais extrêmement variables, ce qui est interprété par les justiciables comme une preuve de l'existence de la corruption. Trois types

de mesures destinées à accélérer le cours de la justice ont été prises : supprimer l'une des instances, simplifier certaines procédures, ouvrir des possibilités de recours aux justiciables en cas de dépassement des délais obligatoires prévus pour l'exécution de certains actes.

La Constitution de 1991 a proclamé l'instauration d'une procédure à trois instances (introduite par les modifications du CPP et du CPC de 1998). Par la suite, des voix se sont levées pour réclamer le retour vers la procédure à deux instances qui avait cours sous le régime communiste, au moins pour la justice administrative et commerciale. La cassation a été supprimée dans les affaires d'insolvabilité. Cette mesure a eu pour effet l'apparition de jurisprudences locales dans les différentes cours d'appel.

Le principe de protection réelle des droits des parties, qui domine la doctrine et la jurisprudence, est l'un des facteurs essentiels de la lenteur de la justice. Ce principe a notamment pour conséquence d'alourdir la procédure de convocation des parties aux audiences.

Les convocations et citations à comparaître peuvent être délivrées par des employés des tribunaux, des employés municipaux ou des agents de police. Jusqu'en 1999, le bureau de convocation du tribunal devait localiser physiquement les personnes appelées à se présenter devant la cour et l'ordre émis par le magistrat devait leur être remis en mains propres. Lorsque la convocation n'avait pas pu être délivrée (ou si le défendeur ne se présentait pas à l'audience), le juge devait envoyer une notification au demandeur afin qu'il essaye de localiser le défendeur. Le demandeur pouvait notamment s'adresser au ministère de l'Intérieur pour connaître les différents lieux de résidence déclarés par le défendeur et savoir si ce dernier avait quitté le territoire. Ces informations étaient souvent longues à obtenir. Si toutes ces recherches se révélaient infructueuses, le demandeur était convoqué par le biais du Journal officiel 30 jours avant l'audience (90 jours s'il avait quitté le territoire). C'est seulement à ces conditions que la cour pouvait prendre une décision en l'absence du défendeur, qui était alors représenté par une personne spécialement désignée par la cour. Très souvent, les greffiers affectés au bureau des convocations ne faisaient pas correctement leur travail. La cour pouvait infliger une amende aux agents publics qui accomplissaient avec un zèle insuffisant leur mission de délivrance des convocations, mais recourait rarement à cette possibilité. Les avocats s'appuyaient sur le formalisme de la procédure de convocation pour exploiter la moindre irrégularité (formulaire rempli incorrectement, signature manquante, convocation remise moins de 7 jours avant l'audience) afin d'obtenir le report de l'audience ou l'annulation du jugement.

L'une des missions de la force de sécurité judiciaire créée en 2002 est la délivrance des convocations. Suite à la réforme de 2006 du Code de procédure civile, les convocations ne sont plus délivrées que pour la première audience. Il fallait auparavant réitérer la procédure avant chaque audience. D'autre part, la convocation est désormais déposée à la dernière adresse connue de la personne. Il n'est plus nécessaire de trouver son adresse réelle. L'envoi des convocations par courrier n'est cependant possible que dans certains types d'affaires.

Une autre implication du principe de protection réelle des droits des parties est l'obligation faite aux juges de faire surgir la vérité réelle (et pas seulement la vérité formelle) dans le cadre d'un procès presque entièrement oral. Le juge doit tout entendre pour que les éléments du dossier aient une force probante¹⁵³.

¹⁵³ Au pénal, les actes de la police ou du magistrat instructeur n'ont pas de valeur en eux-mêmes, si ce n'est au niveau du parquet qui s'en sert pour déterminer s'il y a lieu de saisir ou non le juge. Les enquêteurs doivent témoigner sur les faits qu'ils ont constatés et les actes qu'ils ont accomplis. Si un acte est nul, le dossier est

Jusqu'à la réforme du CPC adoptée à la fin de l'année 1997, le juge avait pour devoir d'être « actif », c'est-à-dire qu'il devait aider et orienter les parties afin que leurs intérêts ne soient pas lésés, soit parce qu'elles auraient été mal informées, soit parce qu'elles n'auraient pas eu suffisamment connaissance de la loi. Le tribunal était censé s'acquitter d'un devoir d'orientation des parties, tout en restant impartial et sans décider a priori de l'issue du procès. L'ancienne Cour suprême de la République veillait strictement au respect de cette règle par les instances inférieures et sanctionnait, par une annulation des jugements, les tribunaux qui n'avaient pas rempli cette mission. Pour le dire autrement, les avocats avaient la possibilité de demander l'annulation d'une décision judiciaire au motif que le juge ne les avait pas convenablement conseillés sur la meilleure manière de gagner le procès.

Le nouveau Code de procédure civile adopté en 1997 remplace le procès civil inquisitoire par un procès contradictoire. Les procédures deviennent beaucoup plus l'œuvre des parties qu'auparavant. Le juge n'a plus pour fonction de faire en sorte que sa décision reflète la vérité sur les faits, mais doit seulement trancher entre les parties en fonction des éléments portés à sa connaissance. Il n'a plus à assister les parties dans l'exercice de leurs droits et ne doit plus prendre l'initiative de demander des preuves. Enfin, la cour peut plus facilement prendre une décision en l'absence du défenseur ou de l'une des parties. Selon le nouveau CPC, les parties doivent se présenter à la première audience munies de toutes les preuves nécessaires. Après celle-ci, la cour ne peut accepter de nouveaux éléments qu'à titre exceptionnel, mais, dans la pratique, les juges continuent d'accepter des pièces après la première audience [ABA-CEELI, 1998]. La cour continue de veiller à ce que chaque partie produise toutes les preuves que les juges estiment nécessaires et a tendance à accorder aux parties tout le temps qu'elles demandent pour préparer convenablement la défense de leur position. Les juges estiment qu'il est de leur devoir de continuer à conseiller les parties, notamment lorsqu'elles ne sont pas représentées par un avocat. Ils ne veulent pas favoriser ceux qui ont les moyens de se payer un avocat compétent au détriment de ceux qui ne sont pas assez riches (cette observation est également valable dans le cas russe).

Certains experts étrangers s'inquiètent de l'extension du principe contradictoire et demandent que la cour continue d'avoir l'obligation de guider les parties ne bénéficiant pas de l'assistance d'un avocat. De nombreux juristes bulgares manifestent un fort attachement à l'égalité des parties qu'est supposée garantir le rôle actif du juge.

L'étendue de l'oralité des débats est très grande en Bulgarie. Le système de preuve ne laisse qu'une place réduite à l'écrit. Tous les intervenants à l'instance doivent être entendus. Les débats à l'audience ne sont pas intégralement retranscrits. Seuls sont versés au dossier les résumés (dits « protocoles ») des différentes interventions des acteurs du procès – les dépositions des témoins et des experts, les arguments des parties, le contenu des documents et les preuves présentés, les questions posées par la cour et ses décisions... - qui sont dictés par le juge à un greffier. Celui-ci assure la retranscription des protocoles au cours même de l'audience. La qualité des protocoles laisse souvent à désirer et leur contenu peut aisément être manipulé [ABA-CEELI, JRI, 2002, p. 42]. Le juge et le greffier doivent produire la version définitive et signée du protocole au plus tard 3 jours après l'audience. Les parties ou leurs avocats disposent d'un délai de 7 jours, après l'audience, pour vérifier le contenu des protocoles et pour demander leur modification s'ils estiment qu'il y a des éléments inexacts, manquants ou incomplets. Le délai de 3 jours est fréquemment dépassé par la cour, ce qui enlève aux parties de la possibilité d'en contester la teneur (le protocole est antidaté de manière à faire croire au respect du délai). Les contestations sont réglées par une convocation

renvoyé au parquet compétent, quel que soit le moment où la nullité est découverte, pour être refait selon les prescriptions du juge ou du procureur.

des parties et du greffier devant le juge ou le chef du ressort. Les juges se plaignent de passer un temps considérable à corriger les erreurs faites par les greffiers dans la retranscription des protocoles. Quant aux justiciables, ils critiquent la connivence entre les juges et les greffiers au détriment des parties en cas de contestation [ABA-CEELI, JRI, 2006, p.59]. Des amendements récents (2006) du CPC rendent possible d'enregistrer l'audience, ce qui devrait permettre de résoudre plus facilement ce type de conflits.

La procédure orale rend la tâche du juge terriblement complexe : il conduit le déroulement de l'audience en donnant la parole aux différents protagonistes ; il contrôle le comportement des personnes présentes dans la salle ; il dicte le protocole de l'audience ; il s'assure que l'ensemble des déclarations des parties et que ses propres décisions sont convenablement retranscrites par le greffier ; il réfléchit aux requêtes et aux objections exprimées par les parties et décide des suites à donner (il peut reporter l'audience) ; il examine les preuves écrites et pièces à conviction apportées par les parties et choisit de les joindre ou non au dossier ; il vérifie que les copies de documents apportés par les parties sont conformes à l'original (la présentation des faux documents au procès est réprimée de façon trop légère) ; il établit les faits et les circonstances sur la base des preuves fournies par les parties et énonce ses conclusions afin qu'elles soient inscrites dans le protocole ; il évalue la recevabilité et la pertinence des arguments avancés par les parties, ainsi que des questions qu'elles posent aux experts et aux témoins ; il interroge lui-même les experts et les témoins ; il fixe la date des audiences ultérieures en appréciant le temps nécessaire aux parties pour accomplir les actes qu'il exige d'elles (fournir une preuve supplémentaire, répondre à une objection de la partie adverse) [EWMI, *Mentor Judge Guide*, 2004]. Les juges manquant d'expérience sont facilement dépassés par la situation, surtout quand ils siègent seuls, d'autant que leur formation les préparait mal, avant la réforme de 2004, à affronter la gestion des audiences. A partir de 2005, la formation initiale de 6 mois prodiguée par la nouvelle école bulgare de la magistrature - l'Institut national de la Justice (INJ) - comporte des exercices de simulation d'audience.

L'absence de dialogue et d'échange de pièces entre les parties préalablement aux audiences est une importante source de délais supplémentaires.

Le système bulgare s'accommode difficilement de l'absence, lors de l'audience, de l'une ou l'autre des parties à l'instance. Par conséquent, il est très courant que les avocats prétextent des maladies, des problèmes d'emploi du temps, des voyages d'affaires ou prétendent qu'un témoin capital n'est pas disponible pour demander un report de l'audience. Le CPC prévoit que le juge peut infliger à la partie ou au témoin responsable du report une amende se montant au tiers de la taxe payée lors du dépôt de la requête. La loi sur les avocats prévoit des sanctions disciplinaires contre ceux qui ont pour stratégie de ralentir le déroulement des procédures, mais les barreaux refusent d'engager des procédures contre leurs propres membres au motif qu'ils n'ont pas les moyens nécessaires [ABA-CEELI, 1998]. Il est très facile pour les avocats d'obtenir des certificats médicaux de complaisance justifiant leur absence à l'audience, ce qui les met à l'abri des sanctions. Les amendes parfois infligées sont rarement collectées et leur montant n'est pas dissuasif [ABA-CEELI, JRI, 2002, p. 19]. Les témoins et les experts¹⁵⁴ sont, eux aussi, fréquemment absents : l'amende sanctionnant leur non comparution est symbolique, surtout en matière civile (3 leva). Il est fréquent qu'ils ne se

¹⁵⁴ Ils sont convoqués par le tribunal. Ils peuvent aussi être amenés à l'audience par les parties. Les expertises sont payées par les parties par l'intermédiaire de la cour (au civil). Les experts sont agréés par le tribunal et rémunérés à la fin de chaque audience. Le magistrat ne contrôle pas réellement leur travail, ce sont les parties qui s'en chargent. Les tribunaux n'ont pas de moyens financiers suffisants pour satisfaire à leurs besoins en matière d'expertise.

rendent pas à l'audience pour des raisons d'emploi du temps. Les parties peuvent demander des contre-expertises quand elles estiment que les conclusions énoncées par l'expert nommé par la cour lors de l'audience ne sont pas satisfaisantes, ce qui est un moyen courant de ralentir la procédure. Depuis la réforme de 2006 du CPC, le fait que le défendeur ne se présente pas devant la cour n'est plus un motif pour reporter l'audience quand la procédure de convocation a été dûment appliquée. D'autre part, le juge a retrouvé son rôle actif, ce qui lui permet d'être davantage directif vis-à-vis des parties.

Les audiences sont à heure fixe et on ne sait que rarement si le litige va être tranché immédiatement. Il y a davantage de renvois que de jugements prononcés parce qu'il manque des avocats, des parties, des experts. Durant les années 1990, il est arrivé que de fausses alertes à la bombe soient provoquées dans le but de faire reporter des audiences : cette pratique a diminué après la création de la force de sécurité judiciaire en 2002. A Sofia, le délai entre chaque audience civile était de 7 mois en 2004, il faut fréquemment plusieurs audiences pour mettre un terme à un litige.

La réforme de 1998 du CPC a instauré un procès dit « rapide » dans lequel l'on renonce au principe de protection réelle des parties. Au départ, ce procès simplifié ne s'appliquait que pour quelques types d'affaires (pensions alimentaires, cas simples d'expulsion), mais son champ d'application a été par la suite tellement élargi que l'effet positif a été perdu. Enfin, un recours administratif dit de « lenteur » devant le président de l'instance supérieure a été instauré, qui n'a eu comme effet que des retards supplémentaires dans le déroulement des affaires [Yordanov, p. 57]. La création de juridictions ou de sections spécialisées, notamment administratives et commerciales, est vue comme un moyen possible d'accélérer le cours de la justice.

Le *Peer review* réalisé en 2004 dans le cadre des négociations d'adhésion à l'Union européenne recommande des amendements au CPC pour permettre le jugement des affaires lorsque l'une des parties ne comparait pas, l'interdiction de soumettre de nouvelles preuves en seconde instance, l'amélioration de la législation concernant la délivrance des convocations et des décisions de justice, le changement du système de taxes pour accroître les moyens de la justice sans pénaliser les plus défavorisés. Les experts internationaux suggèrent de limiter les possibilités de renvoyer une audience à une date ultérieure, différencier davantage la procédure normale et la procédure rapide, étendre cette dernière à toutes les affaires dans lesquelles le défendeur décide de ne pas contester la requête du demandeur – ce qui permet d'obtenir du juge une ordonnance d'exécution sans qu'un procès soit nécessaire, permettre à la cour d'appel d'autoriser l'exécution provisoire du jugement rendu en première instance, rendre obligatoire le recours à un avocat dans certains types de procédures, rendre obligatoire l'échange de pièces entre les parties avant la première audience, développer les procédures écrites.

Quant aux conseillers américains, ils incitent les juges bulgares à mieux utiliser certaines procédures existantes dans le but de raccourcir les délais : usage préférentiel des procédures rapides, refus des demandes de report émanant des parties, sanction systématique des absences, possibilité pour la cour de prendre des décisions en « audience fermée » afin d'éviter des reports, pouvoir de contraindre les parties à utiliser le délai entre deux audiences pour effectuer des actes de procédure, produire des preuves ou faire procéder à des expertises, échanger entre-elles des arguments écrits, trouver un accord amiable ou entreprendre une procédure de conciliation [EWMI, *Mentor Judge Guide*, 2004].

Le raisonnement des juges

Tous les juristes interviewés ayant travaillé sous les deux systèmes constatent une importante dégradation de la compétence professionnelle des magistrats. En même temps, ils reconnaissent que les juges doivent traiter des affaires beaucoup plus complexes qu'à l'époque de l'économie planifiée.

Pour l'avocat d'affaires et ancien juge MM, les magistrats tiennent des raisonnements très formalistes et n'ont pas conscience des conséquences économiques de leurs décisions. Ils ne se sentent pas responsables des effets sociaux de leurs jugements, justifiant leurs erreurs d'appréciation par la surcharge de travail qui pèse sur eux. MM prend l'exemple de décisions condamnant des débiteurs à rembourser leur dette après plusieurs années de procédures judiciaires sans réévaluer la somme en fonction de l'inflation. Le créancier récupère ainsi une somme qui représente une infime fraction de l'argent prêté. Les organisations patronales se plaignent de la faible culture économique des juges commerciaux. Elles demandent que l'apprentissage des savoirs économiques et financiers de base soit inclus dans la formation initiale et continue des magistrats, afin que ceux-ci deviennent aptes à évaluer la pertinence des arguments échangées par les parties au cours des audiences et soient capables d'avoir un regard critique sur les conclusions des expertises économiques [BIBA, 2002].

Le fonctionnement satisfaisant de la CSC selon des critères de légalité et de professionnalisme constitue, par l'exemple donné aux autres juridictions, un facteur d'enracinement d'attitudes davantage légalistes dans la société.

Certains avocats interrogés affirment que les juges ayant réalisé une partie de leur carrière dans l'ancien système sont, à de rares exceptions près, incapables de s'adapter au renouvellement des corps de règles, à l'apparition de nouveaux termes et de nouvelles notions juridiques, dont certaines sont importées de pays de *common law*, ainsi qu'au bouleversement de l'environnement institutionnel, professionnel et organisationnel. KK rappelle que les juristes formés durant le régime communiste pouvaient suivre des cours de droit commercial, appelé à l'époque « droit des obligations ». Cette matière n'était pas considérée comme importante car la plupart des notions abordées n'avaient pas cours en Bulgarie. Pour cet avocat dans un grand cabinet international, les seuls juristes qui se sont révélés capables de s'adapter au changement de système sont ceux qui avaient fait une partie de leurs études de droit à l'Ouest et qui, par conséquent, étaient déjà familiarisés avec les systèmes juridiques dans les pays capitalistes. Mais les juges ayant eu la possibilité de s'accoutumer à la réalité du monde des affaires et d'acquérir une certaine connaissance des logiques de l'économie de marché sont très peu nombreux : anciens conseillers juridiques de grandes entreprises importatrices ou exportatrices, anciens membres du dispositif étatique d'arbitrage international des conflits entre entreprises à l'époque communiste [MM, KK].

Le remplacement massif des juges recrutés sous le communisme par des jeunes ayant tout juste quitté les bancs de l'université pose également problème, dans la mesure où cette nouvelle génération n'a ni la formation initiale, ni l'expérience professionnelle qui la rendrait « apte à fabriquer des produits juridiques de qualité, convenablement argumentés, ayant de grandes chances d'être confirmés par des juges de rang supérieur ». Elle ne possède pas non plus « l'expérience de la vie nécessaire pour être capable de prendre du recul face à une situation et d'en évaluer objectivement la dimension juridique » [KK].

Face à des corps de règles (en matière financière, de commerce international) très complexes et qu'ils maîtrisent mal, les magistrats s'en remettent aux avis des experts, pourtant eux-mêmes insuffisamment compétents [MM].

Selon PI, les banques font en sorte « *d'entretenir d'excellentes relations avec le pouvoir judiciaire, ce qui leur permet de ne pas subir les effets des lacunes du système judiciaire* ». Il constate que le niveau de professionnalisation des pratiques est bien supérieur dans le secteur bancaire à ce qu'il est dans le système judiciaire. Pour avoir la garantie d'être traité favorablement par le tribunal, la meilleure solution consiste, selon lui, à y tisser des relations personnalisées avec les magistrats et les greffiers de manière à pouvoir compter sur un réseau de gens qui vous doivent des services.

Tous les avocats interviewés ne dénoncent pas l'incompétence et la corruption des juges. Par exemple II, qui a eu une solide expérience du recours aux tribunaux et aux juges de l'exécution pendant les neuf années où elle a travaillé en tant que conseiller juridique au sein de la banque DSK, pense que les magistrats qui interviennent dans le contentieux commercial traitent les affaires « vite et bien, y compris dans les juridictions de province ». Ils ont rapidement appris à connaître et à interpréter les textes portant sur les nouveaux instruments juridiques du crédit (mandat d'ordre). Les avocats interrogés estiment, dans l'ensemble, que lorsque le contrat de prêt est convenablement établi (délais de paiement clairement fixés...) et quand la requête déposée devant le tribunal est soigneusement préparée, la marge de liberté du juge est très réduite et sa décision est, en principe, tout à fait prévisible.

Le développement des produits informatiques d'information juridique donne aux professionnels la possibilité de se tenir au courant des évolutions de la législation et de la jurisprudence. KK déplore toutefois le manque d'ouvrages doctrinaux et de publications expliquant les nouvelles législations et donnant des indications sur la manière de les interpréter. Elle regrette aussi le style très académique des articles dans les revues de droit, peu adaptés aux besoins et aux préoccupations des praticiens.

Les seuls jugements qui font l'objet d'une large publicité et d'une publication systématique sont ceux de la Cour suprême administrative. Le manque de diffusion des décisions des autres cours empêche tout contrôle systématique de la part d'associations, d'avocats ou de professeurs de droit, et limite les possibilités de critiquer l'incohérence des jugements.

2.2.4 - *L'exécution des décisions de justice*

Le système d'exécution forcée des obligations commerciales (et, plus largement, des jugements civils) est décrit comme complètement déficient. Ni le droit, ni le fonctionnement des tribunaux, ni le travail des professionnels concernés ne sont jugés satisfaisants. Le Code de procédure civile offre au perdant du procès un trop grand nombre de possibilités pour ralentir ou bloquer le processus. Il lui permet notamment de multiplier les appels. Dans la plupart des cas, le délai d'exécution est très long et, bien souvent, le débiteur parvient à échapper à la sanction. Cette inexécution des décisions constitue un puissant facteur de découragement des juges commerciaux en amont.

GV et II estiment que le système bulgare est excessivement favorable au débiteur, surtout en raison de la lenteur, des aléas et du coût pour le créancier des procédures d'exécution et de liquidation. « *Le débiteur a la possibilité de tergiverser, de contourner les règles, de faire en sorte que la procédure se prolonge indéfiniment : il est très difficile d'aboutir à la vente. A mon avis, la procédure de vente publique ne fonctionne pas du tout. Le débiteur peut la repousser dans le temps au moyen de demandes de report, de certificats médicaux, de contestation de l'évaluation qui a été faite de la valeur du bien, de donations partielles du bien...* » [II].

D'après les statistiques du MJ, il y avait, en 1997, 531 000 décisions en attente d'exécution dans les tribunaux d'arrondissement et 92 000 ont été exécutées durant l'année. Au début de l'année 2003, il y avait 370 000 procédures d'exécutions ouvertes, 70 000 nouvelles procédures ont été engagées et 60 000 ont été closes, si bien qu'à la fin de l'année le nombre de procédures inachevées avait augmenté [ABA-CEELI, JRI, 2004, p.16]. 435 millions de leva avaient été demandés et 135 millions collectés. Les sommes récupérées représentaient 1/8 des sommes dues aux créanciers [Peer review, 2004]¹⁵⁵. Les experts américains estiment que le processus de recouvrement est deux à cinq fois plus lent en Bulgarie qu'aux Etats-Unis, même quand le contentieux est très simple, par exemple en cas de non paiement d'une facture [USAID, CLIRA, 2002, p.4]. La durée de la procédure – généralement de deux à trois ans - permet au débiteur de placer plus facilement les biens gagés ou hypothéqués hors d'atteinte des créanciers (en les dissimulant, en les vendant frauduleusement...) et entraîne la dépréciation de la valeur marchande de ces biens (d'autant que la débiteur n'a plus intérêt à en prendre soin) [Banque mondiale, 2001, p. 29].

L'exécution constitue pratiquement un nouveau procès à part entière, dont les procédures sont très protectrices vis-à-vis du débiteur. Différentes procédures complexes et rigides s'appliquent selon le type d'obligation imposé au perdant (payer une somme d'argent, restituer un bien...) et les types d'avoirs qui ont été saisis (biens meubles, biens immobiliers, créances recouvrables...). La procédure la plus couramment utilisée est la saisie et la vente publique d'un bien immobilier hypothéqué [ABA-CEELI, JRI, 2002, p. 20].

La procédure prend plusieurs années : les étapes en sont la recherche du débiteur, la localisation de ses avoirs, la délivrance d'injonctions, l'organisation et la conduite des ventes publiques impliquant l'évaluation du prix de vente minimal des biens saisis. C'est le juge de l'exécution qui doit procéder à la vente aux enchères des biens du débiteur, ce qui occupe une grande partie de son temps. Les opportunités de corruption sont nombreuses et couramment exploitées. Le juge de l'exécution doit faire parvenir au débiteur une nouvelle convocation à chaque étape de la procédure où sa présence est requise, ce qui entraîne un délai supplémentaire chaque fois que le débiteur ne peut être localisé. En cas de conduite inappropriée du juge de l'exécution portant préjudice à l'une des parties, il n'y a aucun moyen pour elle d'obtenir un dédommagement.

La partie qui a remporté le procès doit demander à la cour une ordonnance d'exécution du jugement, autorisant la saisie de biens du débiteur (en plus du jugement lui-même, qui doit être rédigé par le juge dans un délai de 30 jours après le verdict, délai fréquemment dépassé), puis, muni de cet ordre, elle doit déposer une demande au bureau des juges de l'exécution du tribunal. Le juge de l'exécution délivre à la partie condamnée une injonction qui lui donne sept jours pour appliquer le jugement. Dès cet instant, les comptes en banque du débiteur sont gelés, une notification est envoyée au service du cadastre, l'administration fiscale est contactée pour obtenir des informations sur les avoirs du débiteur. Si ce dernier n'est pas à jour du paiement de ses impôts, le fisc devient partie prioritaire à la procédure d'exécution. Une fois que le délai de sept jours a expiré, le juge peut engager une action d'exécution forcée et procéder à la saisie des avoirs du débiteur [USAID, 1999]. Le processus d'exécution est conduit exclusivement par le créancier. Celui-ci est obligé de prescrire au juge de l'exécution la méthode qui doit être mise en œuvre (saisie vente de biens mobiliers ou immobiliers, actions contre des créances recouvrables du débiteur...). Les mesures visant à empêcher que le débiteur n'organise son insolvabilité ne sont appliquées que si le créancier en fait la demande. C'est pourquoi la phase d'exécution est très coûteuse pour le créancier : il doit localiser les comptes du débiteur, repérer ses biens susceptibles d'être saisis, s'assurer que le

¹⁵⁵ Un projet de coopération avec l'Autriche a analysé le système d'exécution.

débiteur n'en fait pas un usage qui lui est préjudiciable (par exemple les brader à un proche), payer le gardiennage des immeubles en attente de vente, prendre à sa charge les frais d'entreposage s'il s'agit de marchandises... La collecte des informations concernant les avoirs des débiteurs susceptibles d'être saisis représente une très lourde tâche pour les avocats ou conseillers juridiques des créanciers : ils doivent se rendre personnellement auprès des différents détenteurs de ces renseignements (fisc, banques...) munis d'un mandat délivré par le juge de l'exécution. Les sanctions encourues par le détenteur de biens susceptibles d'être saisis s'il en fait un usage inapproprié ne sont guère dissuasives. De plus, il est difficile, pour les partenaires commerciaux du débiteur, de savoir si celui-ci est l'objet de procédures d'exécution. Par conséquent, le débiteur est peu incité à se conformer à ses obligations.

Le débiteur peut faire appel des décisions du juge de l'exécution devant la cour qui l'a condamné, puis utiliser les voies de recours habituelles pour contester le jugement du tribunal devant les juridictions d'appel et de cassation. Les organisations patronales déplorent que l'usage systématique de ce droit d'appel, conjugué à l'attitude favorable aux débiteurs manifestée par de nombreux juges des tribunaux régionaux, provoquent l'étirement sur plusieurs années de certaines procédures d'exécution [BIBA, 2002, p.19].

Les créanciers sont extrêmement critiques envers les procédures d'évaluation et de vente des biens saisis. Le débiteur a, en effet, la possibilité de demander une expertise indépendante et de contester les résultats de l'évaluation faite par le créancier, ce qui est une cause supplémentaire de délais. Il suffit que le propriétaire soit absent au moment de l'état des lieux du bien destiné à la vente, ce qui est fréquemment le cas, pour interrompre le déroulement du processus de liquidation, car sa présence et sa signature sont obligatoires à cette étape de la procédure (l'évaluation du bien doit être faite en présence du juge de l'exécution, du créancier, du propriétaire et d'un expert). Le juge de l'exécution peut demander l'assistance de la police pour contraindre le propriétaire (qui peut ne pas être le débiteur) à se présenter à l'état des lieux, mais il arrive que la police refuse de prêter main forte ou que le propriétaire reste introuvable. Les biens saisis ne peuvent être vendus aux enchères en dessous du prix estimé lors de la procédure d'évaluation. Mais dans beaucoup de cas, le prix plancher estimé dépasse la valeur marchande du bien, ce qui décourage les acheteurs (le prix que ceux-ci sont prêts à payer n'est pas considéré comme la véritable valeur du bien). Les ventes aux enchères sont annoncées seulement dans le journal officiel, ce qui constitue une publicité insuffisante pour attirer un assez grand nombre d'acquéreurs potentiels [Banque mondiale, 2001, p. 27].

La réalisation des biens constitués en sûreté

La loi sur les gages enregistrés permet la réalisation du bien gagé (saisie et vente) en l'absence d'un jugement seulement si le débiteur ne s'oppose pas à l'exécution forcée¹⁵⁶. La saisie des biens faisant l'objet d'un gage est opérée par le juge de l'exécution conformément aux dispositions prévues dans le CPC. Les actifs saisis sont confiés à un dépositaire public dont le rôle est d'informer l'ensemble des créanciers de la vente et de répartir entre eux le produit de celle-ci conformément à la procédure d'ordre. Les créanciers s'estimant lésés peuvent faire appel des décisions du dépositaire. La mise en redressement judiciaire de l'entreprise débitrice ne suspend pas les procédures de vente sur saisie des actifs gagés.

¹⁵⁶ D'où la pratique informelle, évoquée plus haut, consistant à demander au débiteur de signer, sans indiquer la date, un mandat d'ordre au moment où le prêt est contracté : par ce document, le débiteur reconnaît son insolvabilité et accepte qu'une procédure d'exécution forcée soit directement lancée contre lui-même. Ce document est daté par le créancier au moment où le débiteur fait défaut, ce qui est, bien évidemment, illégal.

Le CPC ne prévoit pas de procédure rapide de saisie des choses gagées ou mises en location-vente. Lorsque le débiteur s'oppose à la volonté du créancier de prendre possession de la sûreté, la charge de la preuve repose sur le gagiste et la saisie ne peut être opérée qu'une fois le litige tranché par le juge commercial. La reprise de possession des biens loués sous le régime du crédit-bail est tout aussi problématique que la saisie des biens gagés, puisque le locataire défaillant jouit des mêmes garanties et protections qu'un gagiste (bien que le bailleur reste propriétaire du bien). Les problèmes de délivrance des titres exécutoires aux débiteurs sont les mêmes que ceux de délivrance des convocations au tribunal : le titre doit être remis en mains propres et non simplement déposé à la dernière adresse connue ou à celle qui figure dans le contrat de crédit. Le juge de l'exécution doit informer à l'avance le débiteur de son intention de procéder à une saisie, ce qui donne au débiteur le temps de trouver un moyen de mettre ses avoirs à l'abri [Banque mondiale, 2001, p.37]. Un bien hypothéqué susceptible d'être saisi peut être vendu à un tiers par son propriétaire/débiteur même si une procédure d'exécution judiciaire est en cours, ce qui n'empêche pas la vente, mais allonge la procédure et s'avère une surprise extrêmement désagréable pour le nouveau propriétaire si celui-ci a omis de vérifier l'absence d'hypothèque pesant sur son acquisition. De tels cas de vente frauduleuse d'avoirs en cours de saisie à des tiers réels ou fictifs par le débiteur condamné restent courants selon plusieurs interlocuteurs.

Selon DD, si le bien immobilier hypothéqué par le débiteur est son unique logement, le créancier n'a pas la possibilité de saisir ce bien à moins de reloger le débiteur. Celui-ci doit, en outre, être d'accord avec le nouveau domicile que lui propose le créancier.

L'inefficacité du système de recouvrement forcé - très dépendant de l'action des juges de l'exécution - représente l'une des principales causes de la réticence des banques à prêter aux petits et moyens entrepreneurs dont la réputation de fiabilité n'est pas encore établie. La prise de sûretés ne diminue pas sensiblement le risque encouru par le créancier, à l'exception des hypothèques quand il n'est pas nécessaire de procéder à une expulsion. La lenteur et l'incertitude des procédures de saisie et de vente aux enchères empêchent également la constitution d'un marché des gages. Les modifications fréquentes de la législation fiscale ont des effets négatifs sur le processus de réalisation des actifs gagés ou hypothéqués et augmentent les aléas du recouvrement forcé [Center for Economic Development, 2002, p. 33]. Les créanciers cherchent à recouvrer leurs créances en exigeant le transfert automatique des fonds déposés sur les comptes en banque de leurs débiteurs : cette possibilité légale a pour conséquence l'évitement des banques, le dépôt d'argent sur des comptes de sociétés écran, la préférence pour les opérations en liquide.

Il n'existe pas de procédure rapide permettant aux prestataires de services urbains (eau, électricité, chauffage...) d'obtenir un titre exécutoire afin d'opérer une saisie sur le compte en banque d'un client qui ne s'est pas acquitté d'une facture [UNDP, 2001, p.30]. C'est pourquoi les juges de l'exécution sont submergés par ce type de petites affaires.

Pour les groupes de pression qui défendent les intérêts des créanciers, le possesseur du bien gagé doit avoir la possibilité de s'en saisir dès le début de la procédure de recouvrement forcé de la créance et non à la fin de cette procédure. Les créanciers doivent pouvoir effectuer eux-mêmes la saisie des sûretés (s'emparer d'un véhicule stationné sur la voie publique, faire changer la serrure d'un appartement hypothéqué, rentrer dans un lieu privé pour s'emparer des choses gagées). Ils souhaitent aussi la création d'huissiers de justice privés qui seraient rémunérés au pourcentage des actifs saisis et vendus (certains proposent de confier au notaire le recouvrement des créances dans les cas où le débiteur ne conteste pas la requête du créancier), la disparition des prix plancher dans les ventes aux enchères, la possibilité de requérir directement l'assistance de la police pour procéder aux saisies, la disparition de

l'obligation d'avertir le débiteur préalablement à une saisie, la mise en place d'une procédure de saisie d'urgence dans les cas où l'on peut s'attendre à ce que le débiteur détruise ou dissimule le bien gagé (quitte à lui restituer par la suite ce bien si la saisie se révèle abusive). Ils demandent que le débiteur soit rendu pénalement responsable s'il refuse de faire état de ses avoirs, s'il les dissimule, s'il les détériore ou les détruit intentionnellement, s'il les vend à un tiers sans le consentement du créancier (il ne s'agit pas d'infractions pénales dans le droit bulgare) [Banque mondiale, 2001, p. 39].

Les juges de l'exécution

Les juges de l'exécution n'ont pas le statut de magistrat mais des fonctionnaires nommés par le MJ. Ils sont subordonnés à la fois au ministère et au chef de leur juridiction, deux autorités qui, comme nous le verrons dans la partie suivante, sont fréquemment en conflit l'une avec l'autre. Il y a 210 juges de l'exécution attachés aux 112 tribunaux d'arrondissement (40 à Sofia). Leur compétence territoriale est limitée au ressort du tribunal dont ils dépendent, ce qui réduit leur capacité d'action à l'encontre des débiteurs résidant dans d'autres arrondissements.

Les juges de l'exécution comptent parmi les parents pauvres du système judiciaire. Ils sont en sous-effectif, manquent des moyens de transport et de locaux. Il n'existe pas de liaison informatique entre la police, les services fiscaux et les bureaux de l'exécution, ce qui rend la circulation de l'information très lente entre ces organisations. Ils ont parfois des difficultés pour se faire assister par des agents de la force publique lorsque le débiteur résiste à leur autorité. Il arrive que les organisations privées (entreprises, banques...) et publiques (police, fisc...) ayant un rôle à jouer dans les procédures d'exécution ne leurs communiquent pas les renseignements qu'ils demandent et refusent de collaborer avec eux. IB pense que la police n'accepte d'intervenir dans l'exécution d'un jugement, par exemple pour procéder à l'expulsion de la personne domiciliée dans un appartement saisi, que contre de l'argent.

Aucune formation spécifique n'est prévue à leur égard, alors que la localisation des avoirs dissimulés par les débiteurs, l'évaluation de la valeur des biens saisis est une tâche complexe. L'habileté des défendeurs à apprendre de nouvelles méthodes pour dissimuler les actifs menacés de saisie dépasse la compétence des juges de l'exécution à détecter et tracer ces actifs. Leur rémunération n'est pas liée à leur efficacité (quantité de dossiers traités) ni aux sommes qu'ils parviennent à recouvrer.

On reproche aux juges de l'exécution d'être surchargés de travail, d'agir trop lentement quand on leur présente un titre exécutoire, d'avoir une très faible productivité (6 dossiers par mois en moyenne) [WB, 2001, p. 10]. La manière dont les juges de l'exécution remplissent leur fonction est très peu surveillée. Les mécanismes de contrôle disciplinaire sont insuffisants et inefficaces (voir partie 3). Quand des sanctions sont prises par le MJ, elles ne sont pas toujours appliquées par le président du tribunal d'arrondissement. La répartition des dossiers entre les juges de l'exécution d'un même ressort est réalisée dans la plus complète absence de transparence.

II, juriste dans une grande banque, a été amenée à travailler avec de nombreux juges de l'exécution dans toute la Bulgarie et a constaté que les pratiques varient fortement selon les juridictions « chaque localité applique son propre code de procédure civile ». Selon elle, c'est moins la compétence des juges qui est en cause que le droit des obligation qui se prête à des interprétations multiples et qui offre trop d'échappatoires au débiteur. En revanche, elle pense que la privatisation de la fonction d'exécution ne résoudrait pas les problèmes. Il conviendrait d'augmenter l'autorité des juges de l'exécution afin qu'ils puissent réquisitionner des agents de la force publique autant que de besoin.

La réforme de 2005 de l'exécution

Les procédures d'exécution ont été profondément modifiées en 2005. Le nombre de convocations et de notifications devant être envoyées au débiteur a été diminué. L'injonction pour exécution volontaire a été supprimée. Elle est dorénavant couplée avec la notification de la sentence du tribunal. Le débiteur est tenu de déclarer ses revenus et ses avoirs au tribunal d'arrondissement. Il est désormais pénalement responsable s'il donne des informations fausses ou incomplètes.

Les motifs permettant de suspendre la procédure et les possibilités de faire appel ont été réduits. La décision prise par la cour régionale en cas de recours devient définitive et sans appel. Le débiteur peut seulement contester les amendes que l'agent d'exécution lui inflige. En contrepartie, ce dernier est responsable des préjudices qu'il cause au débiteur du fait d'actes irréguliers. Les agents d'exécution ont la possibilité de clore un dossier quand le créancier est inactif ou quand le débiteur est manifestement insolvable. Le but de ce changement est de mettre fin à l'encombrement du système par des affaires dans lesquelles le créancier n'a aucune chance ou aucune volonté de récupérer son dû (le créancier peut néanmoins faire appel). L'importance de la phase d'estimation de la valeur des biens saisis est réduite. Le débiteur n'a plus la possibilité de contester l'évaluation faite par le créancier. L'agent d'exécution fixe le prix initial lors de la vente (la notion de « prix juste » disparaît) et doit conduire les enchères de manière équitable et transparente. Des enchères ouvertes et orales sont créées pour la liquidation des biens immobiliers (auparavant, les participants à l'enchère soumettaient leurs offres dans des enveloppes fermées), ce qui permet de maximiser le prix de vente.

La réforme de 2005 institue les agents d'exécution privés (AEP, huissiers de justice) en tant que nouvelle profession libérale remplissant une fonction publique. Lors de la discussion du projet de loi, il a été question de limiter le nombre d'huissiers dans chaque ressort judiciaire et d'établir des monopoles territoriaux¹⁵⁷. En définitive, le législateur a préféré leur conférer les compétences nécessaires pour mettre en œuvre des procédures d'exécution sur tout le territoire de la Bulgarie et n'a pas instauré de *numerus clausus* pour l'accès à cette profession et la création de cabinets, mais seulement des exigences de qualification professionnelle.

Un système de supervision a été mis en place pour contrôler l'activité des AEP : il comprend une organisation professionnelle, la Chambre des huissiers, assez semblable au barreau (voir partie 3), une unité d'inspection spécialisée au sein du MJ et une commission de discipline rattachée à la Chambre, dont la majorité des membres sont nommés par le ministère. Les procédures disciplinaires sont initiées à la demande du MJ ou à celle de l'organe dirigeant de la Chambre, le Conseil de l'exécution. Il est possible, pour la personne frappée par une sanction disciplinaire, de faire appel devant la Cour suprême de cassation. Les huissiers sont responsables des préjudices causés à leurs clients du fait de leurs actes ou omissions. Ils doivent obligatoirement souscrire une assurance afin que leurs clients soient effectivement indemnisés en cas d'erreur ou de faute professionnelle. Les tarifs des actes sont établis par décret, sur proposition du MJ et après avis du Conseil de l'Exécution. Les huissiers doivent traiter en priorité certains types de dossiers : recouvrement d'arriérés de pension alimentaire, exécution des décisions en matière de droit du travail et de droit social.

¹⁵⁷ La loi est le résultat d'une négociation entre des députés, des représentants du MJ, l'Union des juges de l'exécution (dont certains souhaitent quitter le système public pour s'établir à leur compte en tant qu'huissiers privés), des associations patronales, des avocats, des professeurs de droit et des magistrats, l'Union internationale des officiers de justice. Divers systèmes étrangers ont été comparés.

Obligation est faite aux organes de l'Etat et municipaux de fournir l'assistance nécessaire aux huissiers pour qu'ils puissent exercer leurs prérogatives. Les huissiers disposent de davantage de pouvoirs et de possibilités d'actions que n'avaient les juges de l'exécution avant la réforme de 2005 : ils peuvent collecter eux-mêmes des informations et des documents concernant les avoirs du débiteur, délivrer des convocations et des documents, régler certaines questions par téléphone, choisir la méthode de recouvrement, être directement dépositaires et gestionnaires des biens saisis, faire office de médiateur entre les parties afin de rechercher un accord amiable permettant l'extinction de la dette, exercer les fonctions de syndic de faillite et de commissaire priseur.

La création des huissiers n'a pas supprimé le système étatique d'exécution. Les justiciables ont le choix de recourir à un agent d'exécution privé ou public, le deux systèmes étant placés en concurrence.

L'amélioration du système d'exécution des décisions judiciaires peut poser problème quand la légitimité de la justice est faible, quand elle est perçue comme agissant pour le compte d'intérêts particuliers.

2.2.5 - Les modes alternatifs à la justice de résolution des litiges commerciaux

Les justiciables préfèrent porter leurs litiges devant d'autres juridictions que les tribunaux lorsqu'ils en ont la possibilité. Ainsi, la plupart des entreprises qui s'estiment victimes de « pratique déloyale » de la part d'un concurrent font le choix d'adresser une plainte à la Commission de protection de la concurrence plutôt que de déposer une requête au tribunal, à tel point que les membres de cette Commission consacrent l'essentiel de leur temps à traiter le contentieux qui leur est soumis, au détriment de leur fonction de contrôle proactif de l'application du droit de la concurrence.

La cour d'arbitrage de la Chambre de commerce et d'industrie de Bulgarie a été créée en 1953 afin de répondre aux besoins du commerce extérieur avec les pays du CAEM. La convention de New York sur la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales prises à l'étranger a été signée en 1958 et la convention européenne sur l'arbitrage commercial international en 1961. Une loi sur l'arbitrage commercial international a été adoptée en 1988 et le CPC de 1993 a rendu possible l'arbitrage des litiges entre commerçants bulgares [USAID, 1999, p.11]. L'association des industries bulgares a créé sa propre cour d'arbitrage avec l'aide de l'ABA-CEELI. Il existe des dispositifs d'arbitrage au sein de l'association des banques commerciales et des bourses. Les cours d'arbitrage sont composées de juristes reconnus ; avocats, experts, professeurs de droit, anciens juges des cours suprêmes. Elles traitent le contentieux civil portant sur les droits de propriété et les litiges relatifs à l'adaptation des contrats à des circonstances nouvelles. Les parties sont tenues de se conformer aux décisions des cours d'arbitrage et n'ont pas la possibilité de faire appel. Les décisions des cours d'arbitrage ont donc la même valeur juridique pour les parties qu'un arrêt de la CSC, mais les demandeurs n'en sont pas moins confrontés au problème de l'exécution. La Chambre de commerce et d'industrie a résolu en 2002 36 litiges internationaux et 147 litiges domestiques. Les contrats bulgares peuvent stipuler des clauses d'arbitrage. Les investisseurs étrangers ne peuvent guère se prémunir contre l'inefficience du système judiciaire bulgare en prévoyant que les litiges avec leurs partenaires contractuels seront arbitrés en dehors de Bulgarie. En effet, les décisions des juridictions étrangères se heurtent aux mêmes difficultés d'exécution que les jugements des tribunaux bulgares.

La perception de l'arbitrage varie selon les avocats. Certains considèrent que l'arbitrage est un moyen plus rapide, plus simple et moins cher de trancher les litiges, puisque la

procédure ne prévoit qu'une seule instance. Ils affirment que les arbitres sont plus compétents et plus expérimentés que les juges dans les domaines spécialisés du droit économique. D'autres avocats conseillent le recours aux tribunaux, car ils préfèrent avoir la possibilité de faire appel. Ils affirment que les décisions des juges sont davantage prévisibles et transparentes que celles des arbitres. En outre, des cours d'arbitrage n'existent qu'à Sofia, Plovdiv et Varna. Les promoteurs de l'arbitrage rétorquent que ceux qui préfèrent le recours aux tribunaux sont avant tout motivés par la plus grande quantité de frais qu'ils peuvent soutirer aux clients en raison de la longueur des procédures et des multiples instances ou parce qu'ils ont des relations personnelles avec certains juges [ABA-CEELI, LPRI, 2004, p. 41].

L'USAID, en 1999, suggère la création d'un système d'arbitrage privé et la mise en place de juridictions spécialisées qui statueraient sur les petits litiges économiques en suivant une procédure simplifiée. Certains experts étrangers et bulgares proposent l'instauration de mécanismes de médiation dans tous les domaines : pour résoudre les litiges entre les citoyens et les administrations (ombudsman), en matière de défense des droits des consommateurs, de contentieux dans le domaine de l'environnement ou de l'urbanisme. Une tentative de conciliation obligatoire pourrait être imposée aux couples envisageant le divorce. Il existe quelques projets qui visent à diffuser la médiation comme solution alternative au contentieux judiciaire, pour l'instant sans grand succès. L'USAID travaille à l'instauration d'un système de médiation ordonnée par la cour. Elle soutient la création de programmes de formation à la médiation dans les facultés de droit et au CFM. Ces initiatives n'ont pas réussi à susciter un engouement pour la médiation. Une loi sur la médiation civile et pénale a néanmoins été adoptée par l'AN en décembre 2004.

2.2.6 - *L'aide juridique*

Les besoins et attentes des justiciables sont très mal connus (effets de la représentation par un avocat sur la résolution du litige, accessibilité des avocats, connaissance de leurs droits par les citoyens...). Il n'existe pas de statistiques sur l'accès à un conseil juridique et sur la qualité de la défense. Les services juridiques privés sont considérés comme très onéreux par une grande partie de la population, la moitié des personnes interrogées en 1999 par le Centre national d'étude de l'opinion publique dans le cadre d'une enquête sur la culture juridique en Bulgarie estime ne pas être en mesure d'accéder à la justice pour des raisons financières [Yordanov, p. 96]. La stratégie gouvernementale de 2001 prévoyait la création d'un système moderne d'assistance juridictionnelle dans les affaires civiles et pénales, mais un tel dispositif n'a pas vu le jour faute de moyens financiers. Le budget consacré par le pouvoir judiciaire aux rares formes existantes d'aide juridique gratuite est très faible.

En revanche, le niveau des frais de justice demandés par les tribunaux ne semble pas dissuader les justiciables d'engager des procès : la taxe se monte à 4% de la somme demandée par le requérant. Les tarifs des prestations judiciaires sont fixés par la loi. La majorité des parties qui se présentent devant les tribunaux d'arrondissement n'ont pas d'avocat. Le recours à un avocat est en revanche presque systématique dans les affaires traitées au niveau régional. Les avocats commis d'office sont payés directement par les tribunaux, sur leur dotation budgétaire. Ils sont choisis dans une liste tenue par la cour. A quelques exceptions près, les juridictions bulgares ne proposent pas d'informations accessibles à tous (dépliants, posters) sur les procédures de saisine et les droits des parties.

Au civil, les types d'affaires pour lesquelles la représentation par un avocat est obligatoire sont très peu nombreux : dans la grande majorité des cas, le justiciable a la possibilité de se présenter devant la cour sans défenseur, qu'il s'agisse d'un procès en première instance, en appel ou en cassation. Traditionnellement, dans le système bulgare, la cour est chargée de

superviser *ex officio* l'avancement des procédures. Les parties ne sont pas obligées de formuler de demandes pour chaque acte spécifique durant la mise en état du dossier. La réforme de 1997 du CPC a augmenté l'aspect contradictoire de la procédure en supprimant le devoir qu'avait la cour de conseiller les parties et de demander la production de preuve à sa propre initiative. Cette évolution fait surgir le problème de l'équité du procès quand l'une des parties est assistée par un avocat et l'autre non. Le législateur a prévu un certain nombre de garde-fous pour protéger les droits et les intérêts juridiques des personnes : « représentation spéciale » (tuteur, héritier, jugement par contumace...), participation du procureur dans la procédure civile (adoption, annulation d'un mariage...), défense assurée par un syndicat, possibilité pour un avocat de défendre gratuitement une personne ou de se faire payer par la partie adverse s'il gagne le procès et que la cour condamne le perdant à payer les frais de justice. Le tribunal peut dispenser certains demandeurs démunis de ressources du paiement des frais de justice (employés attaquant leur patron pour non respect du contrat de travail, pensions alimentaires, contentieux contre les caisses d'assurances sociales, justiciables ayant rempli une déclaration de ressource et dont le juge estime qu'ils n'ont pas les moyens de payer les taxes, il est possible de faire appel de la décisions si la demande de dispense est refusée...). Une fois le litige tranché, les frais sont supportés par la partie qui a perdu le procès. Si le justiciable est reconnu comme ayant droit à l'aide juridique, le tribunal prend aussi en charge les dépenses liées aux expertises et aux témoignages, et éventuellement les frais d'avocat si sa présence est obligatoire [Bulgarian Helsinki Committee, 2004]. 68% des plaignants se déclarent satisfaits de l'avocat désigné par la cour pour les assister gratuitement. Les avocats accordent très rarement une aide juridique gratuite, en particulier lorsque le plaignant est pauvre.

Dans une enquête du *Bulgarian Helsinki Committee* (BHC) auprès d'un échantillon représentatif de la population bulgare, 13% des personnes interrogées déclarent avoir besoin d'une assistance juridique mais ne pas avoir les moyens de payer un avocat. Le BHC conclut que plus d'un million de litiges civils ne sont pas portés devant les tribunaux du fait de l'absence d'un système d'aide juridique satisfaisant. L'existence d'une telle masse de conflits non résolus affaiblirait, selon l'association, l'idée même d'Etat de droit. Le BHC revendique la création d'un dispositif plus consistant, présenté comme nécessaire pour restaurer la crédibilité de la justice, et d'un système de contrôle des dépenses, de la qualité des prestations, de la satisfaction des usagers¹⁵⁸. Le BHC demande aussi l'augmentation du nombre de tribunaux d'arrondissement et de barreaux (pour réduire les frais de transport des justiciables). Les taxes sont jugées trop élevées. Le problème de l'aide est devenu plus pressant en raison de l'extension de l'initiative des parties dans le procès. En revanche, en matière administrative, le principe *ex officio* a été maintenu, ce qui rend moins nécessaire la présence des avocats.

¹⁵⁸ La promotion de l'accès à la justice en Bulgarie est portée par BHC, OSF (projet Access to Justice in Central and Eastern Europe), INTERRIGHTS (Londres), The Public Interest Law Initiative (NY et Budapest), Helsinki Federation for Human Rights (Varsovie), ainsi que l'UE.

PARTIE 3

LA PORTEE LIMITEE DES REFORMES JUDICIAIRES EN BULGARIE ET ROUMANIE

Introduction

Ramona Coman, Thierry Delpuech, Margarita Vassileva

Les changements des systèmes judiciaires bulgare et roumain ne peuvent pas être appréhendés en les isolant du triple contexte dans lesquels ils s'inscrivent : celui de transitions nationales vers l'Etat de droit, le régime démocratique et l'économie de marché, celui de l'adhésion à l'Union européenne et, enfin, le contexte plus large du mouvement global de promotion de réformes judiciaires fondées sur les principes de « bonne gouvernance » actuellement en vogue dans le champ de la coopération internationale. Les transformations judiciaires bulgares et roumaines empruntent des trajectoires différentes liées aux héritages historiques singuliers et aux conditions sociopolitiques spécifiques qui caractérisent chacun de ces pays, mais on ne peut qu'être frappé par l'étendue des similitudes entre les deux processus de réformes. Ces ressemblances s'expliquent par le fait que la Bulgarie et la Roumanie ont quitté un bloc d'Etat dont tous les systèmes judiciaires reproduisaient, à quelques détails près, le modèle imposé par le « grand frère » soviétique, pour entrer, 16 ans plus tard, dans un nouvel ensemble supranational qui, certes, tolère en son sein une diversité de modes d'organisation de la justice, mais oblige néanmoins ses membres à adopter tout un ensemble de normes et de standards communs. En ce qui concerne les changements institutionnels de la justice, le poids des facteurs exogènes – mécanismes d'européanisation et coopération judiciaire internationale – apparaît, dans les cas de la Bulgarie et de la Roumanie, comme plus déterminant que celui des facteurs endogènes.

Les chercheurs qui se sont consacrés à l'étude des processus de transformation des systèmes judiciaires du post-communisme s'inscrivent dans différents courants théoriques.

La transitologie s'intéresse aux réformes judiciaires dans la mesure où celles-ci constituent un aspect important des processus de sortie du communisme, de transition vers la démocratie et de consolidation du nouveau régime démocratique. Cette discipline place l'accent sur les éléments de rupture et de continuité dans le passage d'un système judiciaire calqué sur le modèle soviétique à un système judiciaire fondé sur les principes de l'Etat de droit démocratique. Les approches transitologiques s'appuient sur la théorie des choix rationnels pour analyser les négociations entre forces politiques en vue de définir la structure et le rôle du système judiciaire dans le nouveau régime. L'accent est placé sur la confrontation des stratégies déployées par les différents acteurs dans l'intention de promouvoir leurs intérêts individuels et collectifs immédiats, dans un contexte marqué par une double incertitude, dont l'une concerne l'évolution future des rapports de force entre les partis politiques et l'autre les conséquences possibles du *design* institutionnel qu'ils veulent imposer [Magalhaes, 1999].

Un deuxième type d'analyses – **la sociologie des transferts internationaux** – se focalise sur le rôle des « donateurs » et « opérateurs » de la coopération judiciaire technique internationale, qui exercent des pressions sur les acteurs domestiques dans le but d'influencer le *design* institutionnel et le fonctionnement concret du système judiciaire « bénéficiaire ». Ces acteurs internationaux très variés – administrations ou agences de coopération

internationale des Etats, conseillers dépêchés par les organisations ou professions judiciaires des pays donateurs, experts au service de structures politiques (Union européenne, Conseil de l'Europe, ONU...) ou financières (Banque mondiale, BERD...) supranationales, consultants privés, fondations philanthropiques, ONG, *think tanks* – ont en commun d'affirmer que la mise en place d'une justice légitime, indépendante, professionnalisée, efficace et efficiente constitue la solution à tout un ensemble de problèmes affectant les sociétés dites « en transition » : attraction des capitaux étrangers, criminalisation de l'économie, corruption, tensions sociales provoquées par diverses injustices, manque de confiance dans les institutions.... Si l'on se place du point de vue des acteurs domestiques, l'importation d'éléments institutionnels, organisationnels et professionnels d'origine étrangère participe de stratégies de recours à l'international pour promouvoir leurs intérêts et objectifs dans différents champs sociaux à l'échelle nationale ou locale (et pas seulement dans le champ juridique). La Bulgarie constitue un terrain privilégié pour l'étude de ces stratégies internationales d'import-export de réformes judiciaires, car l'investissement et l'influence des acteurs internationaux y sont particulièrement visibles et prononcés.

On peut rattacher à la sociologie des transferts internationaux le courant de recherche qui se focalise sur le processus d'intégration des PECO à l'Europe communautaire. Pour cette spécialité, les réformes judiciaires constituent un révélateur de la manière dont un pays s'adapte aux exigences européennes. Il s'agit d'observer comment est mise en œuvre la conditionnalité démocratique, qui constitue le principal instrument dont dispose l'Union européenne pour encourager le changement dans les pays du post-communisme, et quels sont les résultats de cette politique.

Pour **la sociologie politique** l'engagement d'acteurs nationaux aussi bien qu'internationaux dans des entreprises de réforme du système judiciaire est révélateur des luttes politiques, symboliques et économiques qui déterminent le cours des mutations des Etats du post-communisme. La transformation de l'appareil judiciaire constitue à la fois un enjeu et une ressource dans les stratégies d'acteurs soucieux d'infléchir à leur avantage la redistribution des pouvoirs et des richesses. Ainsi, le sociologue danois Ole Hammerslev interprète les réformes judiciaires bulgares du début des années 1990 comme le produit de la lutte que se livrent, d'un côté, l'ancienne élite du régime communiste (représentée par le Parti socialiste bulgare) qui est engagée dans des stratégies irrégulières de conversion de ses capitaux politiques, bureaucratiques et sociaux (clans familiaux, réseaux amicaux et clientèles) en capitaux économiques et, d'un autre côté, une contre élite en formation (représentée par l'Union des forces démocratiques) qui veut arracher sa part des dépouilles de l'économie planifiée avant qu'il ne soit trop tard [les propos tenus par plusieurs interviewés confirment cette hypothèse]. Cette dernière espère, grâce aux restructurations et aux épurations de l'appareil judiciaire, contrecarrer les illégalismes employés par l'ex-nomenklatura communiste pour drainer entre ses mains les actifs publics avec la complicité passive ou active des magistrats promus par l'ancien pouvoir communiste. Les protagonistes de ces conflits de répartition ne peuvent qu'attacher une grande attention aux évolutions du système judiciaire, car celui-ci joue un rôle incontournable dans des processus aussi cruciaux que la création d'entreprises (juge commercial) ou les privatisations (procureur). La justice bulgare a, par ailleurs, un pouvoir assez large de révision des décisions de l'exécutif. Ce pouvoir s'étend même à la matière législative par la faculté qu'ont les chefs des trois plus hautes juridictions de saisir la Cour constitutionnelle, mais surtout, par la possibilité qu'ont les Cours suprêmes administrative et de cassation de prendre des arrêts interprétatifs obligatoires, qui peuvent donner une coloration réellement différente à la loi.

Le vocable « réformes judiciaires » ne désigne pas un processus de transformation cohérent et global, mais une succession de mesures partielles, prises au coup par coup, sans

que les réformateurs aient toujours une vision bien précise de ce que pourrait être le système judiciaire une fois les réformes achevées. Les différentes forces politiques ne sont pas d'accord sur l'ampleur, sur le degré d'urgence, ni même sur la nécessité des réformes : certains courants politiques « conservateurs » (néo-communistes, nationalistes¹⁵⁹ ...) estiment qu'il n'y a pas lieu de restructurer en profondeur l'appareil judiciaire, mais juste de procéder aux adaptations strictement indispensables, tandis que d'autres tendances « radicales » veulent faire, du passé, table rase et sont prêtes à remplacer, du jour au lendemain, le système existant par un autre modèle de justice inspirée du modèle étranger qui leur sert de référence.

Observations générales

Pour les gouvernements qui s'efforcent de gérer la transition démocratique, au début des années 1990, tant en Bulgarie qu'en Roumanie, la réforme de l'appareil judiciaire ne constitue pas une priorité. Dans un premier temps, le pouvoir politique se contente d'abroger certaines lois et réglementations qui restreignent les droits fondamentaux et les libertés politiques des citoyens.

Les réformes institutionnelles, quelle que soit l'architecture adoptée, sont impuissantes à empêcher les immixtions de dirigeants politiques dans les activités des magistrats et ne garantissent pas un fonctionnement indépendant de l'appareil judiciaire.

Dans tous les cas, les partis au pouvoir sont favorables au renforcement des prérogatives du ministère de la Justice sur l'appareil judiciaire, tandis que les partis d'opposition se présentent comme d'ardents défenseurs de l'indépendance et de la dépolitisation de la justice. Mais le discours des forces politiques minoritaires change du tout au tout quand elles deviennent majoritaires et accèdent au pouvoir.

¹⁵⁹ Ainsi, dans le cas roumain, le Parti la Grande Roumanie s'oppose au mimétisme institutionnel et à l'importation de législation étrangère. Cette formation met en avant l'existence d'une « tradition démocratique » dans la pensée juridique roumaine et défend le modèle national d'organisation judiciaire.

SECTION 1 – LES REFORMES DU SYSTEME JUDICIAIRE BULGARE

Thierry Delpeuch et Margarita Vassileva

1.1 - Les transformations des institutions judiciaires après 1989

On peut distinguer deux phases dans les réformes judiciaires bulgares. Durant la période de sortie du communisme (1989-1997), le poids des conseillers étrangers est faible dans les processus de décision politique. Les débats autour de la réforme du système judiciaire sont focalisés sur la question de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Le pouvoir politique n'a pas la volonté de mettre en place un appareil judiciaire efficace : le gouvernement et le parlement jouent de l'agenda législatif surchargé pour repousser dans le temps les réformes susceptibles de renforcer la justice et, par là même, de menacer les stratégies irrégulières d'appropriation mises en œuvre par les réseaux élitaires proches du pouvoir [Delpeuch, 2001]¹⁶⁰.

A partir de 1998, suite à la très grave crise économique qui a secoué le pays l'année précédente et à l'arrivée au pouvoir, après des élections anticipées, d'un gouvernement véritablement favorable à l'entrée de la Bulgarie dans l'Union européenne (le gouvernement d'Union des forces démocratiques d'Ivan Kostov), c'est l'amélioration de l'efficacité et de l'efficacéité de l'appareil judiciaire qui est mise en avant par les promoteurs internationaux et nationaux de réformes judiciaires, ainsi que le recherche d'un meilleur équilibre entre indépendance, responsabilité et redevabilité des magistrats [YS, AA]. Les prescripteurs étrangers jouent un rôle tout à fait central, non seulement dans les affrontements sur la scène politique et dans la définition des programmes gouvernementaux, mais aussi au niveau de la mise en œuvre de changements concrets des modes d'organisation et des pratiques professionnelles dans les juridictions. Cette technicisation des enjeux, dans un contexte caractérisé par une contrainte internationale forte, a permis de diminuer dans une certaine mesure la charge politique des débats relatifs aux transformations du pouvoir judiciaire.

1.1.1 - La sortie du régime communiste, 1991-1997

Les bases de la réforme du système judiciaire bulgare sont posées par la Constitution adoptée par la Grande assemblée nationale le 12 juillet 1991, qui définit les grands principes d'administration de la justice et établit ses principaux organes. Les magistrats, divisés en trois corps, se voient conférer une immunité quasi absolue qui apparaîtra – quelques années plus tard – comme la principale cause de la généralisation de toutes sortes d'abus.

Les chefs des trois plus hautes juridictions – à savoir, le Procureur général et les présidents des deux cours suprêmes, de cassation et administrative - ont la possibilité de saisir la Cour constitutionnelle pour l'abrogation a posteriori des dispositions législatives contraires à la Constitution. Cette capacité confère à la haute magistrature un pouvoir de blocage des réformes adoptées par le parlement. Ainsi, la Cour constitutionnelle, qui est elle-même

¹⁶⁰ Nombreux sont les magistrats convaincus que le pouvoir politique maintient volontairement la justice en état de faiblesse et dans un rôle de bouc émissaire [KK]. La classe politique trouve plus confortable, selon eux, d'imputer l'inflation des illégalismes dans la société bulgare et divers autres maux à la malhonnêteté et à l'incompétence des magistrats, plutôt que de s'attaquer aux problèmes structurels du système judiciaire et de lui donner les moyens de fonctionner correctement [USAID, JRI, 2002, p.34].

composée en majorité de magistrats, fait échouer, jusqu'aux amendements constitutionnels de 2004 et 2006, toutes les tentatives visant à renforcer les pouvoirs du ministère de la Justice (MJ) ou à accroître la responsabilité des magistrats. La Cour constitutionnelle n'hésite pas à prendre des décisions de nature politique : une même disposition peut, selon la force politique qui la fait passer parlement, être déclarée constitutionnelle ou inconstitutionnelle par une CC elle-même favorable à un camp politique.

En réaction à la subordination de la justice à l'Etat-parti, sous le régime communiste, l'assemblée constituante bulgare élue en 1990 opte pour un pouvoir judiciaire rigoureusement séparé des branches législative et exécutive du pouvoir politique. L'appareil judiciaire est divisé en trois secteurs cloisonnés entre eux : les tribunaux, le ministère public et les organes d'instruction chargés de l'enquête préliminaire dans les affaires pénales. Les problèmes d'organisation concrète des différents organes du pouvoir judiciaire sont délibérés de manière succincte, car les députés s'intéressent au premier chef à la question du gouvernement. Dans la mesure où le droit et la justice occupaient une place secondaire dans la hiérarchie des institutions encadrant les sociétés de type soviétique, l'on ne s'attend pas à ce qu'elles jouent un rôle important dans le processus de transition vers la démocratie et l'économie de marché. La Constitution de 1991 fixe à la future législature un délai d'un an pour préciser les missions, redéfinir les structures et codifier les procédures attribuées à l'appareil judiciaire. Cependant, la date butoir, arrêtée au 12 juillet 1992, n'est pas respectée, sauf en ce qui concerne l'organisation du Conseil supérieur de la justice. Les législations d'accompagnement, pourtant indispensables au bon fonctionnement du système judiciaire, ne sont « *même pas étudiées et à fortiori discutées et votées* » avant 1993 [Frison-Roche, 1996, p.423].

Les néo-communistes, majoritaires dans la Grande assemblée, ont plusieurs raisons de vouloir limiter l'emprise du gouvernement et du parlement sur la justice. Leur principal souci est d'essayer de se prémunir contre de probables tentatives d'instrumentaliser la justice à des fins de « décommunisation » de l'Etat et de la société au cas où l'opposition anticommuniste gagnerait de futures élections. Dans la mesure où le statu quo leur est favorable, puisque l'appareil judiciaire est rempli d'anciens cadres du PCB, ils souhaitent minimiser la marge de liberté du vainqueur aux prochaines élections en créant un système judiciaire très bien protégé du pouvoir politique. Selon VM, les choix opérés par le Parti socialiste bulgare n'étaient pas guidés par des idées abstraites telles que l'indépendance ou l'efficacité de la justice, mais par le souci bien concret de rendre indébouillonnables ses partisans au sein de l'appareil judiciaire. L'incorporation du ministère public et des organes d'instruction dans le pouvoir judiciaire a pour but de soustraire ces institutions à la tutelle du futur gouvernement, car toutes les forces politiques redoutent leur usage comme arme dans la lutte politique [Topaloff, 2003, 17]. L'exigence des cinq années d'ancienneté dans la magistrature pour les chefs des juridictions suprêmes garantit que ces postes stratégiques resteront occupés par des hauts magistrats redevables de leur ascension au PCB. Les anciens dirigeants en voie de reconversion espèrent ainsi s'assurer une certaine forme d'immunité contre les poursuites judiciaires pour leurs actes passés (répression politique ou enrichissement personnel) ou présents (captation illégale d'actifs publics, blanchiment de ces actifs). De fait, très peu d'ex-responsables politiques ont été inquiétés par la justice [Melone, 1996, 236].

La première grande réforme législative des institutions judiciaires a lieu en 1994. La loi sur le pouvoir judiciaire (LPJ) précise les structures, fonctions et principes de fonctionnement des différents organes de la justice.

Le Conseil supérieur de la justice

La direction administrative de l'appareil judiciaire n'est pas confiée au ministère de la Justice (MJ), cantonné dans un rôle d'élaboration de la loi, mais au Conseil supérieur de la justice (CSJ). L'intervention de la Cour constitutionnelle dans le processus de réforme a pour effet l'élargissement progressif des compétences dévolues au CSJ à tous les aspects humains, budgétaires, administratifs, matériels et techniques du management de l'appareil judiciaire, alors que la Constitution ne lui confère, au départ, que le pouvoir de nommer, muter, promouvoir, rétrograder et révoquer les magistrats. La réforme de 1994 confie au CSJ la responsabilité d'élaborer le budget de la justice, ainsi que d'en contrôler la répartition et l'exécution. Il est, en outre, chargé de dessiner la carte judiciaire, d'établir les effectifs des magistrats, de fixer la rémunération du personnel administratif des juridictions, d'enquêter sur les infractions à la discipline professionnelle et de décider de la levée de l'immunité des magistrats. La réforme de 2002 étendra encore les attributions du CSJ : approuver le code d'éthique des magistrats et des personnels administratifs, réglementer et organiser le concours d'accès à la magistrature, définir les critères d'évaluation des magistrats... Toutes les décisions du CSJ ayant caractère d'acte administratif individuel sont susceptibles de recours devant la Cour suprême administrative.

Le CSJ comporte 25 membres. Les présidents des deux cours suprêmes - administrative et de cassation - ainsi que le Procureur général, en font partie d'office. Le ministre de la Justice préside les sessions mais n'a pas le droit de vote. Les 22 membres élus doivent obligatoirement être diplômés en droit, posséder « de hautes qualités professionnelles et morales » et justifier d'une ancienneté de quinze ans dans un « métier juridique », dont au moins cinq ans comme magistrat ou professeur de droit. Onze membres du CSJ sont élus par le parlement à la majorité simple et onze par la magistrature (Art. 130 de la Constitution) : cinq par les juges, trois par les procureurs et trois par les magistrats instructeurs (5, 3, 3). Ces quotas, fixés par une loi de 1991, deviendront un objet de discorde entre les corps de magistrats, qui estiment tous avoir un nombre insuffisant de sièges. En 1998, le nombre de représentants des juges est porté à six et celui des magistrats d'instruction réduit à deux (6, 3, 2), car le gouvernement d'Union des forces démocratiques d'Ivan Kostov souhaite affaiblir le Procureur général Ivan Tatartchev, pourtant nommé en 1992 grâce à l'UFD, mais qui s'est affranchi de la tutelle de ce parti au fil des années, jusqu'à être considéré comme un adversaire politique¹⁶¹. Les juges sont, à cette époque, présentés par le pouvoir politique comme les éléments vertueux du système judiciaire, tandis que les procureurs et les magistrats d'instruction sont accusés de tous les maux. En 2003, le ministère public réclame en vain d'avoir le même quota que celui des tribunaux (4, 4, 3).

Les membres élus du CSJ ont un mandat de cinq ans et ne peuvent pas être réélus immédiatement. Les représentants des corps de magistrats sont élus lors d'une assemblée générale de la branche où siègent des délégués désignés par les assemblées générales des juridictions. Les différentes tendances à l'intérieur de la magistrature ne sont pas, jusqu'au début des années 2000, institutionnalisées sous forme de syndicats ou d'organisations

¹⁶¹ Ivan Tatartchev, ancien avocat spécialisé dans le droit de la famille connaissant très mal le droit pénal, avait reçu pour mission de décommuniser le ministère public. Il avait donc les coudées franches pour placer l'ensemble des procureurs sous sa coupe et pour faire taire toute opposition interne, car tous les parquets avaient collaboré avec la police politique et étaient compromis dans les « crimes du communisme ». Sa position lui permettait d'accéder aux dossiers prouvant la collaboration de nombreux dirigeants politiques de tous bords avec la Sécurité d'Etat, mais aussi celle de hauts magistrats des trois corps, ce qui le rendait politiquement inattaquable et lui permettait de contrôler tout l'appareil judiciaire. Prenant conscience de son immense pouvoir, il est devenu incontrôlable par l'UFD [VV].

professionnelles. Parfois le vote oppose Sofia et la province. Parfois il traduit des affiliations clientélistes non affichées [DY]. Quant à la « composante parlementaire », elle comporte une majorité de juges et de procureurs choisis par le parti majoritaire à l'Assemblée nationale [VG]. Les forces politiques représentées au parlement ne cherchent pas à s'entendre pour désigner des personnalités indépendantes et consensuelles. Bien au contraire, lors de plusieurs élections de la composante parlementaire (1996, 1998, 2003), l'opposition a refusé de participer au vote ou a voté contre les candidats proposés par la majorité, de sorte que les membres du CSJ ont été élus avec les seules voix des partis de gouvernement¹⁶².

Le CSJ apparaît, en somme, comme un centre de pouvoir au sein de l'Etat bulgare, dont l'action obéit essentiellement à deux logiques : au premier chef, le corporatisme judiciaire – ou, pour être plus précis, les corporatismes concurrents des trois hiérarchies de l'appareil judiciaire – et, incidemment, le clientélisme politique – les membres du CSJ en dépendent pour leur élections mais, une fois en place, ils peuvent aisément s'en affranchir (ils n'ont pas à s'inquiéter de leur réélection).

Le CSJ est vu par les experts de la Commission de Venise comme un organe hautement politisé et, de ce fait, « entouré d'une atmosphère de suspicion et de méfiance ». « Ce système pourrait parfaitement fonctionner dans une démocratie en place de longue date où l'administration de la justice est le plus souvent au-dessus du conflit de la politique partisane et où l'indépendance du judiciaire est très marquée et bien établie. Dans une telle situation, on n'attendrait pas que les représentants du parlement au conseil soient élus strictement en fonction de leur appartenance à un parti et, en tout état de cause, même si cela devait être le cas, les élus ne se sentiraient en aucune manière tenus d'agir selon les instructions ou les directives du parti qui les aurait élus. » [Commission de Venise, Avis sur la réforme du système judiciaire en Bulgarie, adopté lors de la 38^e session plénière, 22-23 mars 1999]. Il existe des « candidats du gouvernement » à l'élection au CSJ et le MJ peut s'appuyer sur la composante parlementaire du CSJ pour imposer ses vues [Commission de Venise, commentaire de Luis Lopez Guerra sur la réforme de la LPJ, 1999]. Afin de dépolitiser le CSJ, la Commission de Venise propose l'élection de la composante parlementaire du CSJ à la majorité qualifiée, afin que cette composante reflète la composition des forces politiques au parlement, ainsi que pour empêcher la majorité de placer ses propres candidats à tous les postes. « Pour que le système fonctionne correctement, il est indispensable que la culture politique évolue de manière que ce système ne soit pas l'objet de controverse des partis politiques » [Commission de Venise, Conclusions adoptées lors de la 55^e session plénière, 13-14 juin 2003].

L'un des indices de la politisation du CSJ réside dans le fait que, après chaque alternance politique, la coalition qui accède au pouvoir a la volonté de changer immédiatement tous les membres du CSJ. Mais la mise en place d'un nouveau Conseil nécessite le remplacement de celui formé sous la législature précédente. Le même scénario se répète donc après chaque élection législative. La nouvelle majorité parlementaire ne tarde pas à dénoncer le marasme de la justice et à proclamer l'urgence d'une réforme. Des modifications de la LPJ sont votées, qui prévoient, entre autres mesures de restructuration de l'appareil judiciaire, le renouvellement anticipé du CSJ avant le terme de son mandat et la diminution de ses pouvoirs au profit du MJ. Le nouveau gouvernement espère ainsi promouvoir les juristes appartenant à son propre

¹⁶² Par exemple, parmi les 11 membres de la composante parlementaire élue en décembre 2003, 8 appartiennent au parti majoritaire du premier ministre, le Mouvement National Siméon II (MNS2), et 3 au Mouvement pour les droits et libertés (MDL, le parti de la minorité turque) allié avec lui. La capacité de pression du PG sur de nombreux hommes politiques lui permet, selon VV, d'influencer le choix des membres de la composante parlementaire.

camp et écarter ceux qui sont soupçonnés d'être en sympathie avec le bord opposé. Cependant, dans la mesure où la durée du mandat du CSJ est définie par la Constitution, sa dissolution n'est possible qu'avec l'accord des juges constitutionnels, qui ont eux-mêmes tendance à favoriser la force politique à laquelle ils doivent leur nomination. Pour le dire autrement, l'adoption d'amendements modifiant l'organisation du pouvoir judiciaire est avancée comme prétexte pour justifier l'élection d'un nouveau CSJ, ce qui permet au pouvoir politique d'y faire entrer des juristes favorables à la coalition gouvernementale, à condition toutefois que la Cour constitutionnelle ne fasse pas obstacle.

Exemples de luttes politiques autour de la composition du CSJ

Lorsque la Constitution de 1991 proclame l'irrévocabilité des magistrats, les neuf dixièmes d'entre eux sont d'anciens membres du PCB. De plus, à titre de précaution, le PSB fait adopter en juillet 1991 une loi selon laquelle les membres du CSJ doivent – en guise de « hautes qualités professionnelles et morales » – avoir exercé pendant au moins quinze ans la charge de juge, de procureur ou d'officier de police judiciaire. Dans les faits, cette disposition implique que seuls les magistrats fortement compromis avec l'ancien pouvoir sont admis à postuler [Racheeva, 1994, p.19]. Dans ces conditions, le CSJ provisoire formé en octobre 1991 ne peut être qu'une émanation du PSB. Le 10 septembre 1991, alors que s'esquisse la défaite électorale du Parti socialiste, la Grande assemblée nationale - où le PSB est majoritaire - vote une loi en vue d'empêcher le renouvellement du Conseil supérieur de la justice par la législature à venir. Selon ce texte, seulement trois circonstances peuvent justifier qu'un membre du CSJ soit relevé de ses fonctions en dehors du terme de son mandat: sa condamnation à une peine de prison, une maladie provoquant une incapacité de travail de plus d'un an et son arrivée à l'âge de la retraite.

D'après les dispositions transitoires et finales de la Constitution de juillet 1991, ce CSJ dispose, à dater de sa formation, d'un délai de trois mois pour décider s'il convient de maintenir à leur poste les magistrats recrutés sous le régime communiste. Cette durée apparaît trop courte pour effectuer un examen approfondi de la conduite passée et des compétences acquises par l'ensemble du personnel judiciaire. Par ailleurs, le seul motif admis pour justifier une révocation est « le défaut des qualités professionnelles requises ». Le CSJ provisoire procède, en tout et pour tout, au licenciement de 23 juges (2% de l'effectif total), 18 procureurs (3%) et 3 membres des organes d'instruction. A partir de janvier 1992, tous les magistrats demeurés en place, à savoir la très grande majorité, deviennent inamovibles en vertu de la Constitution. La justice n'a donc subi, sous le premier CSJ, qu'une dépolitisation de façade [Melone, 1996, p. 235].

Une des premières mesures prises par l'Union des forces démocratiques, après sa victoire aux élections législatives d'octobre 1991, est d'amender la loi sur le CSJ afin de permettre la mise en place d'un nouveau Conseil contrôlé par ce parti. La principale modification consiste à supprimer la clause des quinze ans d'ancienneté et à autoriser la nomination d'avocats. En effet, les barreaux comptent davantage de sympathisants de l'UFD que la magistrature. Des personnalités proches des mouvements dissidents sont désignées à la tête de la Cour suprême et au poste de Procureur général. Ces changements, explicitement destinés à « remédier au manque d'épuration dans la magistrature », pour reprendre la formule chère au ministre de la Justice UFD de l'époque, reçoivent l'approbation des juges constitutionnels, eux-mêmes favorables à l'UFD. Suite à ce changement de CSJ, et à la démission du Procureur général nommé par le dernier gouvernement communiste, l'UFD s'empare facilement de la « forteresse justice » qu'avait voulu se bâtir le PSB.

Aussitôt revenu aux affaires, en 1994, le Parti socialiste bulgare (PSB) fait passer la LPJ. Sous prétexte de promouvoir un meilleur professionnalisme des magistrats face à la montée de la criminalité, trois articles de la loi visent à épurer la magistrature de ses éléments les plus anticommunistes et à rétablir l'emprise néo-communiste sur l'appareil judiciaire. Le

premier de ces textes prescrit la dissolution du CSJ favorable à l'Union des forces démocratiques (UFD) en exercice depuis 1992 et interdit de nommer des avocats dans cet organe. Le deuxième prévoit la possibilité de licencier les magistrats pour « comportement portant atteinte au prestige de la justice ». Le troisième stipule que seuls des juristes ayant exercé la charge de magistrat ou de professeur de droit pendant au moins cinq ans peuvent accéder aux juridictions suprêmes. Cette dernière disposition est prise dans l'intention de déboulonner le procureur général Ivan Tatartchev et le président de la Cour suprême Ivan Grigorov, qui sont tous deux d'anciens avocats réputés pour leur anticommunisme. Les socialistes reprochent notamment à Ivan Tatartchev d'orchestrer la répression des malversations commises par les réseaux économiques de l'ex-nomenklatura et de couvrir les agissements illégaux des cercles économiques proches de l'ancien premier ministre UFD Filip Dimitrov (un anticommuniste radical). Un autre motif pour écarter le Procureur général est qu'il a lancé des procès contre plusieurs anciens hauts dignitaires du PCB, dont l'ancien maître de la Bulgarie Todor Jivkov et l'ex-premier ministre Andrei Loukanov, ce qui est interprété comme une déclaration des hostilités contre les néo-communistes [Melone, 1996, p.239].

L'UFD s'oppose vigoureusement à la Loi sur le pouvoir judiciaire (critiquée aussi par le Conseil de l'Europe) : tandis que les députés « bleus » (couleur désignant l'UFD) pratiquent la politique de la chaise vide au parlement, le Président de la République UFD Jeliu Jeleu demande en vain une seconde lecture, puis saisit la Cour constitutionnelle. Celle-ci tranche en faveur de l'opposition (décision 8, 1994) : elle interdit le remplacement du CSJ avant le terme de son mandat de cinq ans ; elle se prononce pour le maintien d'une définition extensive du terme « juriste » incluant les avocats; elle réaffirme le principe d'irrévocabilité et refuse – au nom de la non rétroactivité des lois – la révocation des magistrats qui n'ont pas l'ancienneté requise pour occuper leur poste. Le PSB accuse la CC de se comporter comme un parlement-bis et organise des manifestations contre les juges constitutionnels.

Le mandat du deuxième CSJ, élu en 1992, arrive à son terme en février 1997, au même moment où le Parti socialiste s'apprête à subir un sérieux revers électoral lors du scrutin législatif anticipé prévu pour avril 1997. La perspective de la défaite n'empêche pas la législature sortante de renouveler la composante parlementaire du CSJ. Six mois plus tard, la nouvelle Assemblée nationale « bleue » profite de la loi de 1998 modificatrice de la LPJ pour dissoudre ce troisième Conseil supérieur de la justice dominé par les « rouges », après deux années seulement de son mandat. Le prétexte est que d'importants éléments du système judiciaire - la Cour suprême administrative et les cours d'appel – n'avaient pas été créés au moment de l'élection du CSJ précédent, et que ces organes prévus par la Constitution ne peuvent pas être laissés sans représentation au sein du Conseil. L'accord de la Cour constitutionnelle, toujours dominée par les partisans de l'UFD, est, cette fois, obtenu.

En dépit de l'étendue croissante de ses compétences, le CSJ n'a pas reçu les moyens, notamment humains, nécessaires pour accomplir ses fonctions dans de bonnes conditions. Il ne dispose pas, avant 2004, d'une administration digne de ce nom, à l'exception d'un secrétariat technique de taille modeste¹⁶³ et son organisation interne ne lui permet pas de préparer convenablement ses décisions : absence de commissions spécialisées et d'organes auxiliaires, manque d'informations fiables, ses membres sont accaparés par leurs autres fonctions. Le CSJ manque, en particulier, des compétences spécifiques dont il aurait besoin pour gérer efficacement les effectifs, les carrières, le respect de la discipline professionnelle, le parc immobilier, les équipements, le budget. Ce dénuement est la conséquence de l'annulation, par la Cour constitutionnelle, de la disposition de la LPJ de 1994 qui prévoyait que les services administratifs du CSJ seraient tenus par le MJ. La façon dont le législateur conçoit le rôle du CSJ dans la fabrication des réformes judiciaires contribue à la surcharge de travail de cet organe. En effet, la loi ne fait que proclamer les principes (concours,

¹⁶³ En 2001, le secrétariat du CSJ se composait de 14 personnes, de 37 en 2003 et de 53 en 2004.

attestations, formation obligatoire...) et confie au CSJ la tâche d'élaborer les réglementations détaillées (procédures, critères, conditions, organisation...).

Jusqu'au début des années 2000, toutes les questions discutées par le CSJ le sont en séance plénière (qui a lieu une fois par semaine). La qualité du travail de préparation des débats effectué par le secrétariat laisse beaucoup à désirer : le matériau relatif à l'ordre du jour n'est pas distribué dans les temps, les documents rédigés pour informer les membres du CSJ manquent souvent de rigueur et d'exactitude, les informations qui remontent des juridictions de base ne peuvent pas être vérifiées [Yordanov, p. 70]. Le ministère public lui transmet très peu de données sur ses activités et sur la manière dont il utilise son budget [VV]. Le CSJ est composé en grande majorité de magistrats en fonction, qui sont généralement chefs de juridiction. Ceux-ci doivent continuer à accomplir leurs devoirs quotidiens et ne disposent pas du temps nécessaire pour examiner attentivement les problèmes soumis à discussion. Le CSJ consacre l'essentiel de son énergie à la prise de « *petites décisions administratives* » et ne parvient pas à se concentrer sur les enjeux stratégiques, la définition des priorités et des grandes orientations de la politique de justice [BB]. Les différents corps de magistrats ont tendance à faire bloc lorsqu'il faut voter une décision. Ce mode de fonctionnement a provoqué une accumulation de retards et un manque de continuité dans l'action du CSJ, qu'aggrave l'obligation de renouveler entièrement le CSJ après chaque fin de mandat. Il faut attendre 1999 pour que la décision soit prise d'étoffer le personnel du secrétariat et de confier à des commissions restreintes la tâche d'examiner préalablement les questions inscrites à l'agenda. Des services spécialisés ne sont créés au sein du secrétariat qu'en 2003 (chargés du concours d'entrée dans la magistrature, de la conservation et de la gestion des dossiers personnels des magistrats, des relations avec les médias...). Une nouvelle organisation interne est adoptée en juin 2004 avec des commissions permanentes (notamment la Commission des propositions et des attestations qui s'occupe des nominations) chargées de préparer les décisions dans tous les domaines de compétence du CSJ, suite à un programme PHARE 2004-2006 portant sur le renforcement de la capacité administrative du CSJ. Jusqu'à l'ouverture au public des séances plénières du CSJ, en 2004, son activité se déroule dans la plus complète opacité¹⁶⁴.

Enfin, la capacité du CSJ à impulser des changements est affaiblie par les rivalités et les conflits qui opposent, en son sein, les représentants des trois branches de la justice.

Le Ministère de la justice

Sous le régime communiste, l'institution dominante au sein du système judiciaire était le ministère de la Justice. Le MJ supervisait l'ensemble des organisations et professions judiciaires, y compris les avocats, les juges de l'enregistrement (notaires du MJ) et les juges de l'exécution (huissiers du MJ), mais à l'exception du ministère public, soumis au Procureur général. Il répartissait les positions prestigieuses entre les membres des grandes familles de la nomenklatura ayant opté pour des carrières juridiques.

Avec la transition, le MJ a été dépouillée, au profit du CSJ, de la plus grande partie de son autorité sur l'appareil judiciaire, tant au niveau du fonctionnement administratif que du traitement juridictionnel du contentieux. Ses principales attributions sont le contrôle de la qualité juridique et de la conformité aux normes européennes des projets de lois et de règlements. Le MJ continue néanmoins à jouer un rôle dans l'administration de la justice par

¹⁶⁴ On a assisté, en 2004, à un bras de fer entre les journalistes et le CSJ, qui refuse tout regard extérieur sur le travail de ses commissions, notamment celle en charge des nominations.

le biais de sa direction Action judiciaire¹⁶⁵ : il produit les statistiques mesurant l'activité des magistrats et des juridictions ; il fabrique des normes de gestion de l'activité administrative et juridictionnelle des tribunaux et évalue leur mise en application¹⁶⁶ ; il gère les stages et les examens pour l'obtention de la capacité à exercer les professions juridiques ; il soutient la formation professionnelle des magistrats et autres personnels des juridictions ; il concourt à la diffusion des nouvelles technologies de l'information et de la communication ; il élabore les projets de loi et autres actes normatifs portant sur l'organisation et le fonctionnement du système judiciaire ; il anime la coopération juridique et judiciaire internationale ; il finance la construction et la rénovation des bâtiments et, plus largement, est responsable d'assurer les conditions matérielles pour le bon fonctionnement de la justice. Les « juges de l'exécution » et les « juges de l'enregistrement », bien que de même formation que les magistrats, dépendent du MJ pour leur nomination, leur avancement et leur révocation. Le ministre de la Justice préside le CSJ sans droit de vote, ce qui lui permet d'influencer l'agenda de cet organe.

Bien que la Constitution et la législation bulgares affirment le principe d'une complète séparation des pouvoirs, il existe des recouvrements entre le champ de compétences du MJ et celui des organes du pouvoir judiciaire (processus budgétaire, informatisation, gestion du parc immobilier), liés aux nécessités pratiques et à l'insuffisance des capacités administratives dont disposent ces derniers [Yordanov, p.79-80]. Par exemple, la gestion des bâtiments judiciaires a longtemps constitué une pomme de discorde entre le MJ et la magistrature. Celle-ci reproche au ministère d'abuser de sa compétence en matière de réparation et d'entretien des locaux pour influencer le fonctionnement des juridictions. Un arrêt interprétatif de la Cour constitutionnelle (n°11 du 14.11.2002) tente de mettre fin au conflit en confiant les investissements immobiliers au MJ et la gestion quotidienne des bâtiments aux organes judiciaires qui y sont installés. Cependant, une disposition législative très contestée de la réforme de 2004 instaure un fond pour l'entretien des bâtiments judiciaires confié au MJ. Cet amendement est abrogé par la Cour constitutionnelle, suite à une requête déposée par le président de la CSC, et le CSJ se dote d'une commission permanente de planification et de gestion des investissements immobiliers en 2004. Cependant, la Constitution est amendée en 2006 pour restituer au MJ le pouvoir de gérer le parc immobilier.

La réforme de 1998 élargit sensiblement la fonction de donneur d'avis du Ministre de la Justice en lui attribuant le pouvoir de faire des propositions relatives à la détermination des effectifs des juridictions, la nomination des magistrats, la désignation des présidents de tribunaux et l'ouverture d'enquêtes disciplinaires, le CSJ restant maître de la décision effective. Le MJ reçoit, en outre, la capacité d'attirer l'attention des magistrats sur ce qui lui apparaît comme des irrégularités dans l'ouverture ou la conduite des procédures judiciaires. La loi ne précise pas si ce pouvoir s'applique uniquement aux irrégularités administratives ou également aux erreurs et aux fautes commises par les magistrats quand ceux-ci traitent les dossiers au fond. Cette disposition permet au MJ d'intervenir directement sur le déroulement d'une affaire en manifestant son inquiétude quant à la manière dont les procédures sont menées. Ce genre de pressions peut amener les magistrats à infléchir leurs décisions dans le sens suggéré par le ministère, au détriment de l'une des parties [Commission de Venise, 1999, commentaire de Luis Lopez Guerra sur la réforme de la LPJ].

¹⁶⁵ En 2004, les principaux départements du MJ sont, outre cette direction, le Conseil de législation, l'intégration européenne, les technologies de l'information, le Conseil de recherche en criminologie, le système unifié d'information pour lutter contre la criminalité, le fonds des bâtiments judiciaire, les services de sécurité.

¹⁶⁶ Ce pouvoir de réglementation est, depuis 2002, exercé conjointement avec le CSJ.

Les tribunaux

Le système judiciaire de droit commun (il existe, par ailleurs, un ordre de juridiction militaire) statue sur les litiges entre personnes privées, les infractions à la loi et le contentieux administratif. Il existe, depuis 1998, trois degrés de juridiction.

Tous les tribunaux sont des personnes morales à la charge du budget de la Justice. Ils sont dirigés par un président et une assemblée générale des juges. Les **tribunaux d'arrondissement** (*raïonan sãd*) (112 au total, soit trois ou quatre par district) traitent les infractions pénales passibles d'une peine n'excédant pas dix ans d'emprisonnement, les litiges civils et commerciaux dont le préjudice est inférieur à une certaine somme (actuellement 5000 €), les affaires familiales, de partage, d'héritage, d'adoption et les plaintes contre les actes de l'administration qui impliquent des sanctions pour des infractions administratives. Les crimes punissables de plus de cinq ans de prison sont jugés par un collège composé d'un magistrat et de deux assesseurs non professionnels¹⁶⁷. Toutes les autres affaires sont examinées par un juge unique.

Les 28 **tribunaux régionaux (ou de district, okrãjen sãd)** se prononcent en première instance sur toutes les autres affaires et en deuxième instance sur les appels contre les décisions des tribunaux d'arrondissement. Les dossiers pénaux sont tranchés par une formation de deux juges et de trois assesseurs, les dossiers civils par un juge unique et les dossiers en appel par un collège de trois magistrats professionnels. Près les tribunaux de district, peuvent être créées des sections spécialisées civiles, commerciales, pénales et administratives. Le tribunal régional tient également, jusqu'en 2005, les registres où sont inscrits les commerçants, sociétés commerciales, coopératives et autres personnes morales (associations et fondations). Les tribunaux régionaux contrôlent l'activité des tribunaux d'arrondissement de leur ressort et, depuis 1998, sont eux-mêmes supervisés par les cours d'appel.

Jusqu'à la réforme de 1998, l'ancienne Cour suprême de la République¹⁶⁸, fait office, à titre transitoire, de juridiction d'appel par défaut avec compétence sur tout le territoire de la Bulgarie. Les 5 **cours d'appel** sont instaurées par cette réforme, avec six ans de retard sur le délai imparti par la Grande assemblée nationale. Elles réévaluent, sur demande des parties ou du procureur, les jugements rendus en première instance par les tribunaux de district¹⁶⁹. Elles exercent un contrôle et une supervision sur l'activité juridictionnelle des tribunaux de district dans leur ressort. Elles se composent de sections civile, commerciale, administrative et pénale. La cour d'appel examine l'affaire au fond et contrôle l'absence de vice de forme, au terme d'une procédure qui permet de rouvrir l'instruction du dossier et d'y verser des éléments nouveaux. Les décisions y sont rendues par trois juges professionnels.

La réforme de la plus haute juridiction – la Cour suprême de la République (CSR) – pourtant inscrite dans la Constitution, attend le 1^{er} décembre 1996, avec la loi portant création de la Cour suprême administrative (CSA). La CSR est alors remplacée par la Cour suprême de cassation (CSC), qui devient en 1998, la juridiction du troisième degré chargée de vérifier

¹⁶⁷ Les assesseurs sont élus par l'assemblée générale du tribunal sur proposition du conseil municipal. Leur mandat est de cinq ans. Leur casier judiciaire doit être vierge. Ils jouissent du même droit de vote que les magistrats professionnels aux côtés desquels ils siègent.

¹⁶⁸ Dans l'ancien système à deux degrés, la CSR contrôle la régularité des décisions rendues en première instance. Si elle estime que le jugement est non conforme au droit, elle peut, selon le cas, renvoyer le dossier devant une autre juridiction ou statuer au fond.

¹⁶⁹ Il faut posséder au moins trois ans d'ancienneté dans une profession judiciaire pour devenir juge au niveau du district, huit ans (dont au moins trois ans en tant que juge ou avocat) pour être nommé dans une cour d'appel et douze ans (dont cinq ans comme juge ou avocat) pour accéder à la fonction de juge suprême.

si les juges du second degré (régionaux ou d'appel) dont les décisions lui sont déférées ont correctement appliqué et interprété la loi. Elle n'examine pas, en principe, le contenu de l'affaire. En dehors de ses compétences juridictionnelles, elle prend des arrêts interprétatifs sur l'application de la loi en cas de jurisprudence irrégulière ou contradictoire, qui s'imposent à l'ensemble des juridictions et aux organes exécutifs. La CSC est divisée en chambres spécialisées dans les différentes matières juridiques (pénale, commerciale, des biens, contractuelle, des affaires familiales, du travail...) et siège en formation de trois juges. Lorsqu'elle annule une décision, elle doit obligatoirement renvoyer l'affaire devant un autre tribunal de rang inférieur.

Les affaires relevant du droit administratif sont tranchées par des chambres spécialisées au sein des tribunaux de droit commun, à l'échelon de l'arrondissement (recours contre les contraventions), du district (recours contre les décisions administratives affectant les personnes physiques ou morales – en matière fiscale par exemple – et les normes édictées par les collectivités locales...) et de la cour d'appel. La CSA, créée fin 1996, est l'instance de cassation des décisions de ces juges et traite directement le contentieux sur la légalité des actes émanant des gouverneurs régionaux, du gouverneur de la banque centrale, du Conseil des ministres et des différents ministères.

Les chefs des juridictions suprêmes (CSC et CSA) - de même que le Procureur général - sont nommés et révoqués par le Président de la République sur proposition du CSJ. Le chef de l'Etat peut refuser le premier nom qui lui est soumis, mais est obligé d'accepter le second. La durée de leur mandat est de sept ans non renouvelables. Ces trois plus hauts magistrats ont la possibilité de saisir la CC pour l'abrogation, a posteriori, des dispositions contraires à la Constitution.

Des juridictions spécialisées peuvent être formées par décision du parlement. La mise en place de tribunaux commerciaux, administratifs, pour enfants et du travail a été pendant longtemps à l'étude. Des tribunaux administratifs sont actuellement en voie de création suite à l'adoption, en novembre 2004, d'un nouveau Code de procédure administrative.

Les organes d'instruction

Les services d'enquête judiciaire qui, avant 1991, appartenaient au ministère de l'Intérieur, sont devenus en 1991-1994 un organe autonome du pouvoir judiciaire. Ce transfert, particulièrement mal pensé et mal géré, a provoqué une quasi paralysie de la justice pénale dont les effets se font encore sentir de nos jours, en dépit de plusieurs réorganisations des organes d'instruction.

Le ministère public (*prokuratura*)

Le Procureur général est le seul organe du ministère public déterminé par la Constitution. Il est nommé par le Président de la République sur proposition du CSJ. Son mandat est de sept ans non renouvelable. Il contrôle les actes accomplis par les parquets locaux et définit la politique pénale qui doit être mise en œuvre sur le plan national (Art. 126). Il assure une surveillance générale du respect de la légalité dans la société. Il peut aussi saisir la Cour constitutionnelle, demander la levée de l'immunité des députés et des magistrats. La structure du ministère public correspond à celles des juridictions de jugement. Un bureau du procureur

est attaché à chaque tribunal¹⁷⁰. Il n'existe néanmoins aucun lien formel entre le parquet et le siège sur les plans budgétaire et organisationnel.

La loi de 1994 conserve le modèle soviétique d'organisation du ministère public, c'est-à-dire une configuration extrêmement centralisée et rigoureusement hiérarchisée. Chaque procureur est subordonné au procureur de rang supérieur et tous les procureurs obéissent du Procureur général. Le magistrat saisi d'une affaire peut recevoir des instructions de sa hiérarchie, ses ordonnances peuvent être annulées par son supérieur et le dossier peut lui être retiré. En outre, ses actes peuvent faire l'objet d'un appel devant son supérieur direct dans la hiérarchie. L'unité du parquet se rapporte aussi à son statut juridique et à son financement.

Pendant la première décennie de transition, le ministère public a conservé les pouvoirs exorbitants qui étaient les siens sous le régime communiste. Il disposait de très nombreux moyens pour restreindre les droits des parties à un procès civil, commercial ou administratif. C'est pourquoi il s'imposait comme l'acteur le plus puissant du système judiciaire.

Le parquet a, en Bulgarie, le monopole de la mise en œuvre de l'action publique dans les affaires pénales. En théorie, l'ouverture de poursuite pénale est opérée selon le principe de légalité, mais dans le fait, c'est le principe d'opportunité qui prévaut [DY]. La victime peut faire appel d'une décision de classement sans suite devant le procureur de rang supérieur ou, depuis 1998, devant le tribunal. Le procureur rassemble les éléments à charge en vue du procès et rédige l'acte d'accusation, y compris lorsqu'il y a constitution d'accusateur privé (il n'existe pas, en droit pénal bulgare, de partie civile). Durant la phase d'instruction d'une affaire pénale, le procureur jouit de pouvoirs étendus sur l'activité des organes d'instruction, dont celui de donner des directives au magistrat en charge de l'enquête et de le dessaisir. Il peut prendre directement part à tous les actes de l'enquête et procéder à des investigations séparées. Jusqu'à la fin des années 1990, le parquet contrôle l'exécution des peines et des autres mesures coercitives, ce qui se traduit par une capacité à modifier les décisions des tribunaux. Dans le domaine administratif, il entreprend des actions en vue d'annuler les actes irréguliers des organes de l'Etat et des collectivités locales, ce qui confère un rôle clé dans le processus de privatisation. Enfin, il peut intervenir dans le cours des affaires civiles et commerciales lorsqu'il estime que l'intérêt public est en cause.

Durant l'année 1998, la presse bulgare fait grand cas d'une statistique publiée par le ministère de l'Intérieur, qui montre que seulement 1,5 % des infractions pénales renvoyées par la police au parquet parviennent jusqu'à l'étape du procès (8% selon les statistiques de ministère de la Justice). Les pratiques de traitement des plaintes, de classement sans suite, de mise en détention provisoire et de renvoi font l'objet d'une très vive controverse dans l'espace public et d'un conflit ouvert entre la police et le pouvoir judiciaire.

Ce n'est qu'à partir de la réforme du CPP entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2000 que le très large éventail de prérogatives discrétionnaires confiées au ministère public commence à être réduit. La participation du parquet aux procédures civiles et administratives n'est maintenue que dans certains types d'affaires. La détention provisoire des personnes mises en examen¹⁷¹, les mesures portant atteinte aux droits fondamentaux comme les fouilles, les perquisitions, les écoutes, ainsi que le placement des personnes pour un traitement médical coercitif, sont

¹⁷⁰ L'organisation définitive du Ministère public est fixée par la réforme de 1998 de la Loi sur le pouvoir judiciaire. Celui-ci se compose du Bureau du Procureur général de la République, des parquets suprêmes de cassation et administratif - dirigés chacun par un Procureur général adjoint auquel le Procureur général peut déléguer certains de ses pouvoirs - des parquets de district et municipaux. Le budget du Ministère public est exécuté par le Procureur général.

¹⁷¹ La personne placée en détention provisoire ne peut pas demander le réexamen de la décision de privation de liberté par le tribunal.

désormais ordonnés par les tribunaux. La loi exige que le procureur ait le consentement du tribunal avant de renoncer à des poursuites, ce qui est considéré par la Commission de Venise comme une « *réponse proportionnée à un soupçon de pratiques frauduleuses au sein du service des poursuites* » [Avis sur la réforme du système judiciaire de la Bulgarie adopté par la Commission à sa 38^e réunion plénière, 22-23 mars 1999]. Ces changements permettent à la Bulgarie de se conformer à la Convention européenne des droits de l'homme, mais suscitent un fort mécontentement parmi les procureurs et même chez les juges, qui voient leur charge de travail augmenter [KK]. La loi de 2002 supprime cette interdiction faite au procureur d'abandonner les poursuites pénales sans l'autorisation du tribunal, car celle-ci s'est révélée inapplicable dans la pratique.

Les experts internationaux sont favorables au renforcement du principe contradictoire dans la procédure pénale, ainsi qu'à l'introduction du plaider coupable, à la création de procédures différenciées selon la gravité du délit (le droit bulgare n'établit pas de hiérarchie entre les catégories d'infractions, qui sont toutes des crimes), à l'allègement des procédures d'instruction préliminaire. Ils recommandent l'instauration d'un ombudsman chargé de recueillir les griefs des citoyens en matière d'atteintes à leurs droits fondamentaux ou à leur dignité, de corruption, d'abus de pouvoir, de délais excessifs, de décisions arbitraires des magistrats.

1.1.2 - L'accélération des réformes dans le contexte du processus d'adhésion à l'UE, 1998-2006

La crise financière de 1997 provoque une prise de conscience des effets catastrophiques engendrés par les déficiences et les travers du système judiciaire. Les recommandations adressées par la Commission européenne au gouvernement de Sofia, en 1997 et 1998, exhortent les autorités bulgares à prendre des mesures concrètes pour combattre la corruption dans la justice et pour améliorer l'efficacité des juridictions, afin de susciter un plus grand respect pour le droit dans la société et de créer des conditions favorables à l'expansion du secteur privé. Le débat public qui s'ensuit conduit le gouvernement bulgare à tenter de remodeler l'appareil judiciaire. La LPJ, ainsi que les codes de procédure civile et pénale, sont amendés de façon substantielle à plusieurs reprises, notamment en 1998-1999, 2002 et 2004-2006.

La réforme de 1998-1999

Peu après sa formation en 1997, le gouvernement d'Ivan Kostov (Union des forces démocratiques) annonce un programme de réformes des institutions publiques dont l'une des orientations majeures est le renforcement de l'appareil judiciaire. Au début de 1998, la Bulgarie demande l'assistance de la Banque mondiale et d'autres donateurs potentiels pour l'aider à concevoir et à mettre en œuvre sa politique dans ce domaine. Une mission conjointe de la Banque mondiale et de l'USAID est menée en octobre 1998, afin d'établir un diagnostic des lacunes, dysfonctionnements et besoins de la justice. Les constats et les recommandations formulés par les experts internationaux à l'issue de cette mission constituent la principale contribution à la construction du problème de la réforme judiciaire en Bulgarie. Une grande partie des mesures adoptées au cours des années suivantes correspondent à des préconisations formulées dans ce premier rapport international. Ce diagnostic représente aussi une source importante d'information et d'inspiration pour les experts européens chargés d'élaborer les recommandations de la Commission européenne en vue de l'adhésion.

Les auteurs du rapport Banque mondiale/USAID perçoivent et interprètent la situation bulgare en mobilisant l'outillage intellectuel qui a été forgé, au cours des années 1995-1997, par les organisations américaines engagées dans la promotion universelle de la *rule of law* (voir partie 1). L'USAID, en particulier, s'est dotée d'une doctrine sophistiquée pour guider l'évaluation des problèmes et l'élaboration de stratégies d'intervention. Les grilles d'observation et guides d'action forgés par l'USAID à partir de son expérience en Amérique latine depuis le début des années 1990, orientent l'attention des conseillers américains vers certains types de problèmes dont ils estiment détenir la solution.

Le rapport préconise l'augmentation des moyens matériels et humains du CSJ afin qu'il soit en mesure d'exercer convenablement son autorité en matière disciplinaire, administrative et budgétaire. Les experts souhaitent notamment le renforcement de sa capacité d'expertise dans le domaine financier, afin de le rendre apte à assurer la bonne utilisation des fonds dans les juridictions, le montage de projets spéciaux, la détermination des besoins, la programmation budgétaire. Les autres recommandations visent essentiellement à accroître le professionnalisme des magistrats et à diminuer la corruption : amélioration de la formation dans les facultés de droit ; instauration de mécanismes de recrutement et d'avancement valorisant les qualifications et les performances professionnelles ; informatisation de la gestion des dossiers, registres et rôles dans les juridictions ; production de statistiques permettant d'évaluer l'activité collective et individuelle ; changement des règles d'immunité des magistrats ; augmentation très substantielle de leur rémunération ; vérification régulière de leur patrimoine ; création d'un dispositif efficace de contrôle disciplinaire ; réforme de l'exécution des décisions de justice (création d'huissiers privés) ; développement des méthodes extrajudiciaires de règlement des litiges. Le rapport propose au gouvernement un agenda « clé en main » pour la mise en œuvre progressive de ces diverses préconisations [USAID, 1999].

Un autre rapport est produit, en 1999-2000, par un *think tank* bulgare, le Centre pour l'étude de la démocratie [CSD, 2000]. Cette initiative rassemble plusieurs organisations professionnelles de juristes, parmi lesquelles figurent l'Association des juges de Bulgarie (fondée en 1997), la Chambre des magistrats d'instruction (créée en 1999), l'Union des juristes bulgares (l'organisation officielle des professions juridiques sous le régime communiste). La *Judicial Reform Initiative* du CSD, de même que l'ensemble des associations bulgares participant à ce forum de réflexion, fonctionnent grâce aux fonds et à l'aide technique prodigués par divers donateurs internationaux, au premier rang desquels on retrouve les Américains – USAID, ABA-CEELI, *International Development Law Organization*, une ONG internationale proche de l'USAID – mais aussi la Banque mondiale, des Britanniques, des Néerlandais, des Espagnols et des Suédois. Les vues exposées dans ce rapport rejoignent, pour l'essentiel, celles exprimées par les experts de la mission Banque mondiale/USAID. Les recommandations du CSD se distinguent toutefois en ce qu'elles sont fondées sur une vision d'ensemble des problèmes du système juridique – et non pas seulement du système judiciaire – ainsi que sur une connaissance plus approfondie du contexte national : les dysfonctionnements liés au droit substantiel et aux codes de procédure sont pointés du doigt et la question de la corruption est abordée de façon plus frontale [CSD, 2000, 2003]. Certaines de ces propositions, telles que la création d'une fonction du type « greffier en chef » et des mesures en faveur de la professionnalisation des employés administratifs des juridictions, sont reprises dans les programmes de réforme du début des années 2000¹⁷².

¹⁷² Le CSD analyse la mauvaise image de la justice comme la conséquence de l'opacité du fonctionnement de l'appareil judiciaire et du manque de compétences juridiques des journalistes qui couvrent les questions judiciaires. Il suggère de constituer des groupes de travail composés de magistrats, de journalistes, de représentants des organisations professionnelles, du CSJ et du MJ, afin de définir une politique de

Cependant, les idées et les positions défendues par la *Judicial Reform Initiative* semblent ne pas avoir d'influence directe sur les négociations menées dans les cercles gouvernementaux et au sommet du pouvoir judiciaire¹⁷³. Les éléments programmatiques émanant de la société civile bulgare ne sont pris au sérieux par les dirigeants politiques et judiciaires que pour autant qu'ils sont relayés par des conseillers étrangers ou par la Commission européenne. En Bulgarie, les détenteurs du pouvoir n'accordent aucun crédit aux producteurs locaux de connaissances et d'idées dès lors que ceux-ci n'appartiennent pas à leurs propres clientèles. Le travail intellectuel consistant à produire une évaluation sur l'action de l'Etat et à imaginer des solutions possibles n'est pas conçu comme pouvant être détaché, dans une certaine mesure, des luttes politiques. L'héritage du communisme, durant lequel les sciences sociales étaient au service du pouvoir, reste, à cet égard, très présent.

Une première réforme importante du système judiciaire établi en 1994 a lieu en 1998-1999. Une loi modificatrice de la LPJ, adoptée fin 1998, élargit sensiblement la fonction de donneur d'avis du ministre de la Justice, qui a dorénavant la possibilité de faire au CSJ des propositions relatives au recrutement et à la carrière des magistrats, la désignation des chefs de juridiction et l'ouverture d'enquêtes disciplinaires. Les principaux changements apportés à la structure de l'appareil judiciaire le sont par des modifications des codes de procédure civile et pénale. D'une manière générale, le procès civil devient davantage contradictoire, le rôle des magistrats dans les procédures est réduit au profit de l'initiative des parties et celui du ministère public au profit des tribunaux. Les services d'instruction sont restructurés¹⁷⁴.

La réforme la plus importante est effectuée avec l'introduction d'un système à trois degrés de juridiction – première instance, appel, cassation – qui remplace l'ancien système à deux degrés. Cinq cours d'appel sont créées en Bulgarie. Le notariat est privatisé. Des progrès sont réalisés au niveau de la formation des juges avec la création du Centre de formation des magistrats (le CFM est une structure associative et non d'un établissement public), en avril 1999. Fin 1999, le CPP est profondément réformé. Une grande partie des enquêtes judiciaires, qui étaient auparavant le monopole des organes d'instruction, est confiée à une police judiciaire rattachée au ministère de l'Intérieur. Les prérogatives du procureur – notamment en ce qui concerne les placements en détention provisoire et les abandons de poursuites pénales – sont amoindris au profit du juge.

communication des organes du pouvoir judiciaire. Parmi les solutions proposées pour améliorer les relations entre le justice et les médias : éducation des journalistes, ouverture de sites Internet, recrutement d'attachés de presse des juridictions (greffier spécialisé chargé de lire les journaux, de réagir aux articles donnant des informations erronées ou mettant en cause la justice, d'annoncer les audiences ayant un intérêt particulier, de diffuser les statistiques...), création d'un service de relations publique du pouvoir judiciaire [voir aussi Yordanov, 2003, p. 114]. La mise en œuvre de cette politique depuis 2004 a effectivement permis de faire passer le taux d'opinions favorables à l'égard des magistrats de moins de 10% à plus de 25%.

¹⁷³ D'autant que ces préconisations, si elles étaient appliquées, bouleverseraient les logiques de fonctionnement du système judiciaire et sa relation au pouvoir politique : suppression de la composante parlementaire du CSJ ou élection de celle-ci à une majorité qualifiée ; élection des chefs des juridictions suprêmes par le parlement à une majorité qualifiée et possibilité de les révoquer avant le terme de leur mandat ; capacité, pour les députés, de leur poser des questions et de lever leur immunité ; décentralisation du ministère public, conférant au procureur local une plus grande indépendance vis-à-vis de sa hiérarchie quand il traite une affaire particulière ; le Procureur général ne donnerait que des instructions écrites vérifiables et contestables ; contrôle de l'activité du ministère public par le CSJ et l'Assemblée nationale ; limitation de la capacité du chef de juridiction à intervenir dans le travail de ses subordonnés ; création d'un magistrat indépendant du pouvoir judiciaire chargé d'enquêter sur la corruption au sein de la justice ; changement du mode de désignation des juges constitutionnels jugés trop politisés ; retour à un système à deux instances.

¹⁷⁴ Les amendements de 1998 ont conféré aux organes d'instruction, au niveau du district, le statut de personne juridique. Ces nouvelles unités ont rencontré des difficultés considérables en ce qui concerne l'organisation et la gestion de leurs missions, dans la mesure où elles n'avaient aucune expérience en la matière, ne disposaient pas de personnel administratif compétent et n'avaient pratiquement pas de moyens informatiques.

La réforme de 2002

En octobre 2001, alors que les négociations d'adhésion à l'Union européenne sont entamées depuis deux ans (voir section 3.2), le gouvernement de Siméon publie une nouvelle stratégie de réforme du système judiciaire, dont les motifs principaux sont l'adoption de l'acquis communautaire et la procédure d'adhésion. Ce document est le produit d'une concertation avec les conseillers étrangers, le CSJ et les organisations représentatives des magistrats. Il admet l'existence de dysfonctionnements importants de l'appareil judiciaire : gestion administrative inefficace des tribunaux, délais excessifs, faiblesse du système d'exécution, confusion entre les attributions du CSJ et celles du MJ, mécanismes de recrutement et de promotion insuffisamment sélectifs, manques de moyens matériels, absence d'un système d'information commun à l'ensemble des organes judiciaires et policiers permettant le suivi des affaires depuis la plainte jusqu'au jugement définitif¹⁷⁵. La stratégie promet l'amélioration du fonctionnement administratif des juridictions et du CSJ, la définition des critères uniformes d'évaluation des compétences et des performances professionnelles, l'adoption d'un code de déontologie, le contrôle plus strict de la discipline, un effort en matière de formation initiale et continue, l'augmentation des moyens du CSJ, le développement de l'arbitrage, de la médiation et de la conciliation, la promotion de l'accès à la justice, le lancement de campagnes de relations publiques pour améliorer l'image de la justice [*Open Society Institute*, 2002, p.56-57].

En juillet 2002, une nouvelle grande loi modificatrice de la LPJ est votée par le parlement. Il est prévu de mettre en place un système d'évaluation des compétences et performances individuelles sur la base de critères transparents et objectifs. Un concours d'entrée dans la magistrature est instauré. Les magistrats doivent obligatoirement être évalués avant l'obtention de leur statut d'irrévocabilité et avant toute promotion. Un Institut national de la justice (INJ) dédié à la formation initiale et continue des personnels judiciaires est fondé (il remplace le CFM). La lutte contre la corruption est renforcée par l'obligation, faite aux magistrats, de déclarer chaque année leurs avoirs à la Cour des comptes. Un Code de déontologie doit être approuvé par le CSJ. Le fait pour un magistrat de l'enfreindre devient un motif de sanction disciplinaire. Un corps de sécurité judiciaire est créé au sein du MJ¹⁷⁶. Cependant, une grande partie des dispositions contenues dans la loi sont attaquées devant la Cour constitutionnelle, qui déclare contraires à la Constitution presque tous les articles de loi soumis à son examen dans sa décision du 16 décembre 2002¹⁷⁷ : pour la troisième fois, comme lors des réformes de 1994 et 1998, les juges constitutionnels contrecarrent la volonté du gouvernement de reprendre en main le système judiciaire par le biais du renforcement des

¹⁷⁵ D'autres diagnostics réalisés au même moment dressent des constats similaires. Ainsi, dans celui établi en 2002-2003 par D. Yordanov pour la Société de droit européen, les principaux problèmes du pouvoir judiciaire sont le manque de personnel administratif compétent, l'absence de vision à long terme, le flou des critères d'évaluation de l'activité juridictionnelle (p. 65), les relations insatisfaisantes entre le MJ et le CSJ, le manque de coordination entre les différentes institutions du système judiciaire, l'insuffisante formation professionnelle des magistrats, le traitement trop lent des dossiers, les déficiences au niveau de l'exécution (p. 87).

¹⁷⁶ Il est chargé de maintenir l'ordre dans les tribunaux, d'escorter les détenus devant comparaître, d'organiser la protection physique des magistrats et des témoins et d'assister les organes judiciaires en ce qui concerne les convocations et l'exécution des jugements. La sécurité dans les tribunaux était considérée comme un problème majeur de l'appareil judiciaire.

¹⁷⁷ Par exemple, le CSJ avait reçu la capacité de lever l'immunité du Procureur général à la demande du cinquième de ses membres. Le ministère public devait rendre compte de son activité au MJ. La CC empêché la limitation du mandat des chefs de juridiction à 5 ans au motif que ceux-ci sont des magistrats inamovibles comme les autres.

pouvoirs du MJ¹⁷⁸ et sauvegardent l'irresponsabilité des magistrats au nom de la préservation de l'indépendance du pouvoir judiciaire.

La réforme de 2004-2006

Ces transformations apparaissent insuffisantes pour apaiser les inquiétudes de la Commission européenne qui, dans son rapport régulier de 2002 sur les progrès réalisés par la Bulgarie, continue de fustiger les autorités de Sofia pour leur incapacité à faire évoluer le fonctionnement concret de la justice. Selon Bruxelles, le système judiciaire reste faible et son fonctionnement n'a guère changé concrètement. La Commission demande notamment que les organes d'instruction soient retirés du pouvoir judiciaire, au motif qu'il n'est pas commun que les enquêteurs de police judiciaire appartiennent à la magistrature dans les Etats membres. Elle s'élève contre l'immunité illimitée des magistrats, la corruption, la discorde continue au sein du CSJ et l'inefficacité de cet organe. En outre, elle fait de la mise en place d'un système d'aide judiciaire en faveur des citoyens pauvres une condition de l'adhésion.

Le 2 avril 2003, tous les partis politiques présents au parlement font une déclaration annonçant une réforme constitutionnelle qui devra permettre de mener à bien les transformations structurelles et statutaires auxquelles la Cour constitutionnelle s'est jusque là opposée : renforcement des attributions du MJ au détriment du CSJ, réduction des compétences des organes d'instruction, réorganisation des justices commerciale et administrative, changement du statut des magistrats et des chefs de juridictions, durcissement du contrôle disciplinaire, annonce de l'adoption de nouveaux codes de procédure, privatisation de l'exécution des jugements... Les modifications désignées comme prioritaires sont : une définition claire des fonctions du CSJ et du MJ, des changements structurels du système, une meilleure coordination entre les différents organes judiciaires, l'accroissement de la responsabilité et de la redevabilité des magistrats, l'augmentation des équipements et des moyens. Le 10 mars 2003, à la requête du Procureur général, la Cour constitutionnelle prend une décision dans laquelle elle fait une distinction entre les amendements constitutionnels pouvant être adoptés par une majorité des deux tiers du parlement ordinaire et d'autres modifications, plus profondes, qui exigeraient l'élection d'une assemblée constituante, car elles entraîneraient un changement de la « structure étatique ou de la forme du gouvernement ». En pratique, cette décision a pour effet de réduire l'étendue des réformes possibles à celles qui touchent au statut des magistrats (immunité, irrévocabilité et mandat des chefs de juridiction), car aucun parti ne souhaite, à ce moment, la tenue d'élections anticipées.

En juin 2003, le Commissaire européen à l'Elargissement, Günter Verheugen, déclare que le principal obstacle à la conclusion des négociations d'adhésion avec la Bulgarie est l'achèvement de la réforme judiciaire, et que l'absence de progrès dans ce domaine pourrait justifier de reculer la date de l'adhésion. Le chapitre justice des négociations d'adhésion est

¹⁷⁸ Pour accroître l'emprise du MJ sur le fonctionnement de la justice, le législateur avait prévu de conférer au ministre de la Justice le pouvoir de contrôler l'agenda du CSJ en lui confiant la responsabilité de convoquer les séances du Conseil, ainsi que d'en approuver l'ordre du jour. Ce changement permettait au ministre, qui est aussi le président du CSJ, de refuser de soumettre une question au Conseil pour l'empêcher de prendre une décision à son sujet [Commission de Venise, Avis sur le projet de loi portant amendement de la loi sur le système judiciaire de la Bulgarie, adopté par la Commission à sa 51^e réunion plénière, 5-6 juillet, 2002]. Le MJ devenait, en outre, la seule autorité habilitée à faire des propositions au CSJ dans le cadre des procédures de sélection, promotion, sanction des magistrats. Il était chargé de l'archivage des dossiers personnels des magistrats. Le nouvel Institut national de la Justice devait être placé sous sa tutelle. Enfin, les amendements de la LPJ renforcent les pouvoirs du MJ en matière de d'inspection et de contrôle de l'activité judiciaire, ainsi que dans le domaine du développement et de sécurité du parc immobilier. La CC a déclaré ces changements contraires à la Constitution et réaffirmé le principe d'autogestion de la justice.

néanmoins fermé en octobre 2003. Les amendements constitutionnels sont adoptés en mars 2004 : ils limitent à cinq ans le mandat des chefs des juridictions et remplacent l'immunité civile et pénale par une immunité fonctionnelle pouvant être levée par le CSJ, les magistrats deviennent inamovibles après une période probatoire de 5 ans (au lieu de 3) et une évaluation positive de leurs performances professionnelles.

En juillet 2004, le *Peer review* relève que plusieurs recommandations importantes du rapport régulier n'ont pas été suivies d'effets au niveau législatif – concernant la réforme de l'enquête préliminaire, l'aide juridique en faveur des plus démunis, l'absence de transparence de la gestion des dossiers dans les tribunaux, le budget insuffisant, le manque de fiabilité des statistiques – et que beaucoup de dispositions adoptées suite aux négociations d'adhésion avec l'Union n'ont pas été mises en œuvre. En septembre 2005, le Conseil constitutionnel assouplit sa position quant aux modifications constitutionnelles relatives à la structure du pouvoir judiciaire pouvant être votées par une Assemblée nationale ordinaire. Les tribunaux sont reconnus comme les principaux dépositaires du pouvoir judiciaire, car eux seuls ont pour fonction de rendre la justice. Un nouveau cycle de transformations peut donc commencer. Il devrait aboutir à la restructuration des organes d'instruction et du ministère public, dont la fonction doit être de mettre en œuvre, avec le ministère de l'Intérieur, la politique criminelle du gouvernement sous le contrôle du parlement¹⁷⁹. Des amendements constitutionnels adoptés en mars 2006 confèrent au MJ le pouvoir de rédiger le budget et de gérer les bâtiments de la justice.

Les réformes actuellement en débat dans l'arène politique sont : le maintien ou non du ministère public et des organes d'instruction au sein du pouvoir judiciaire¹⁸⁰ ; la dépolitisation du CSJ et la création, en son sein, de collèges séparés pour les différents corps de magistrats¹⁸¹ ; le choix entre un système inquisitoire ou un système accusatoire ; le retour à l'ancien système à deux degrés de juridiction (le passage à trois est mal accepté par les juristes les plus conservateurs, qui y voient la cause de la lenteur de la justice [VG]) ; la limitation des pouvoirs du Procureur général ; le durcissement du système de contrôle disciplinaire.

1.1.3 - Considérations générales sur la sociologie du système judiciaire et de ses réformes

Tout un ensemble de facteurs explique le caractère tardif, problématique et conflictuel des réformes du système judiciaire bulgare. Les principales caractéristiques de l'appareil

¹⁷⁹ Le nouveau Code de procédure pénale, adopté en octobre 2005, confie à la police la responsabilité de procéder à l'enquête préliminaire pour 98% des infractions pénales, ce qui sonne le glas des organes d'instruction tels qu'ils avaient été conçus en 1991-1994.

¹⁸⁰ Certaines personnes interrogées pensent que les abus seraient encore plus nombreux qu'actuellement si le ministère public était directement contrôlé par le pouvoir exécutif [VG]. La plupart s'accordent sur le fait que l'architecture institutionnelle adoptée en 1991 ne permet pas de produire une justice équitable, car elle confère un poids disproportionné au ministère public, alors que celui-ci n'a de comptes à rendre à personne. La solution qui semble remporter l'adhésion la plus large est la création d'un ministère public indépendant aussi bien du pouvoir judiciaire que du gouvernement, et responsable devant le parlement [GB].

¹⁸¹ Suite aux âpres négociations auxquelles donne lieu le remplacement des chefs de juridiction après la réforme constitutionnelle de 2003, le chef de la CSC, Ivan Grigorov, dénonce l'influence excessive du ministère public au sein du CSJ et demande la partition de celui-ci en deux organes, dont l'un s'occuperait des juges et des tribunaux et l'autre des procureurs et des parquets. VV estime également que le CSJ est soumis au « lobby des procureurs ». Pour BB, écarter le ministère public du pouvoir judiciaire empêcherait que l'exécrable réputation des procureurs ne rejaillisse sur les juges, dans la mesure où, dans l'état actuel des choses, l'opinion publique distingue mal les parquets des tribunaux.

judiciaire qui posent difficulté eu égard à son européanisation sont : le déficit d'institutionnalisation des processus et règles du jeu structurant effectivement l'activité judiciaire ou, pour le dire autrement, leur haut degré de personnalisation ; la prééminence des valeurs et des pratiques liées au patrimonialisme et à la corruption ; l'impuissance des garde-fou institutionnels à empêcher l'expression, au sein de la magistrature, d'influences partisans et de clientélismes politico-économiques ; la division des instances dirigeantes de l'appareil judiciaire empêchant le pilotage cohérent des réformes ; le déficit de concertation et d'expertise au niveau de l'élaboration des réformes ; le manque de moyens des organisations judiciaires.

La personnalisation et patrimonialisme dans l'exercice du pouvoir judiciaire

Le degré de personnalisation des relations entre les professionnels et les profanes qui prennent part, à un titre ou à un autre, à la vie des institutions judiciaires, demeure considérable. Les logiques d'action telles que le clanisme, le népotisme, le copinage et le clientélisme, mais aussi l'absence de mobilité géographique des agents public tout au long de leur carrière, s'opposent aux efforts d'institutionnalisation, de professionnalisation et de rationalisation du fonctionnement de la justice (l'appareil judiciaire n'est pas différent, à cet égard, de l'ensemble des administrations bulgares). La conviction selon laquelle les interactions les plus efficaces sont celles qui se déroulent en dehors du cadre des procédures légales, sur le mode de l'échange amical (de services, cadeaux, faveurs, passe-droits...) est très largement partagée. Les professionnels de la justice utilisent les pouvoirs et capacités juridiques qui sont les leurs tantôt pour accomplir leurs fonctions officielles, tantôt comme monnaie d'échange pour tenir ou renforcer leur position dans d'autres mondes sociaux que celui de la justice : clientèles politiques, clans familiaux, réseaux de notables locaux¹⁸². En d'autres mots, ceux qui occupent des places dans le champ judiciaire ne séparent pas de façon tranchée leurs rôles institutionnels et leurs autres rôles sociaux.

Plusieurs rapports internationaux font état d'un harcèlement quotidien dont les magistrats sont l'objet de la part des parties. Cette attitude des justiciables constitue, pour partie, un héritage du communisme durant lequel les magistrats devaient recevoir et conseiller le public. Il n'y a pas de frontière étanche entre la vie privée et les devoirs publics des magistrats, qui sont couramment interpellés dans la rue par les habitants concernant les affaires en cours. Ce problème est aggravé par l'absence de secrétariat et de bureaux d'accueil dans les juridictions [ABA-CEELI, JRI, 2002, p.25]. De même, le procureur VM explique que les membres des milieux d'affaires prennent grand soin de cultiver des amitiés au sein du ministère public, espérant ainsi ne pas être victime d'extorsion de la part des procureurs et être protégés des poursuites si les fraudes qu'ils commettent couramment sont détectées par l'administration (fraudes fiscales, non respect de la réglementation sanitaire ou sociale...).

Jusqu'en 2004, tous les diagnostics de la justice bulgare pointent du doigt le professionnalisme insuffisant des magistrats. Le constat qui est fait est celui d'un manque de compétences juridiques et managériales, en raison des formations initiale et continue insuffisantes. Leur productivité et leur éthique de travail sont jugées médiocres, car le système

¹⁸² Les autorités publiques de certaines régions sont contrôlées par des clans familiaux. VV nous a donné l'exemple d'une ville sur le Danube où le gouverneur régional a fait nommer sa femme chef des douanes, sa belle sœur directrice de l'administration fiscale, le fils de sa belle sœur chef de la police économique et un cousin directeur de la zone franche du chef lieu régional. Cette famille a, selon VV, fondé une association de lutte contre la corruption qui lui permet de recevoir des fonds européens, alors que, comme aiment à le dire les gens du cru « *même un moineau ne peut pas survoler la ville sans payer son tribut à cette famille* ». D'après VV, il s'agit d'un cas extrême, mais ce type de logique est très répandu en province.

de recrutement et de promotion est fondé sur les connivences locales, le clientélisme politique et les liens familiaux. Leur niveau élevé d'immunité à l'égard de toute forme de mise en cause de leur responsabilité – aussi bien pénale, civile que disciplinaire – conjugué à l'absence d'évaluation un tant soit peu rigoureuse de leurs performances individuelles et de leur respect de la déontologie professionnelle, empêchent de lutter efficacement contre les comportements irresponsables ou corrompus. Les magistrats, surchargés de tâches administratives, submergés par l'inflation du contentieux, sont dans l'impossibilité de s'appuyer sur les auxiliaires de justice, eux-mêmes peu qualifiés, démotivés et, souvent, malhonnêtes. Peu de juristes compétents sont, avant le début des années 2000, attirés vers la magistrature, en raison de la modicité des salaires, de la désorganisation des juridictions provoquée par d'incessants mouvements de personnel (liés aux effets du clientélisme sur le déroulement des carrières, aux défections vers le secteur privé, à la création de nouvelles juridictions¹⁸³), ainsi que des mauvaises conditions de travail et du manque de prestige de la profession.

Ces facteurs expliquent que beaucoup de magistrats entretiennent un rapport instrumental à leur institution, considérée comme la pourvoyeuse d'une position nécessaire soit pour se constituer une rente de situation fondée sur les échanges sociaux et monétaires souterrains avec les notables locaux, soit pour préparer leur insertion dans le secteur privé où les rémunérations sont beaucoup plus élevées. Cette tendance à adopter des attitudes patrimonialistes – le poste au sein de l'institution est exploité à des fins d'enrichissement personnel ou au profit d'un réseau de proches – est favorisée par le fait que les magistrats n'ont à rendre de comptes à personne en dehors de leur propre hiérarchie.

Les acteurs n'adhèrent aux réformes judiciaires que pour autant qu'ils ne les perçoivent pas comme risquant de les priver des ressources nécessaires à l'entretien de leurs rentes et de leur capital social. Ainsi, les dirigeants de l'appareil judiciaire, qui ont intérêt à préserver les conditions favorisant leur gestion patrimonialiste des juridictions, résistent aux changements visant à réduire leurs pouvoirs en matière de recrutements, de promotions, de pilotage du traitement des affaires, de contrôle disciplinaire, ainsi qu'aux réformes ayant pour but d'accroître la transparence des processus décisionnels et la responsabilité des magistrats¹⁸⁴. En particulier, ils traînent des pieds quand il s'agit d'adopter des outils de gestion visant à empêcher la personnalisation de certaines décisions (système aléatoire d'attribution des nouvelles affaires aux magistrats du ressort, indicateurs statistiques de performances professionnelles, tests psychologiques pour les recrutements...). Si les réformes peuvent rencontrer, dans certains ressorts judiciaires, le soutien d'une partie des magistrats situés aux échelons inférieurs et intermédiaires de la hiérarchie, en revanche les chefs de juridiction s'efforcent, pour la plupart, « *d'en ralentir l'application et de les vider de leur contenu* », car « *ils y voient une menace contre leur statut* » [MT] et veulent rester seuls maîtres à bord dans leur fief. Ils redoutent tout ce qui est susceptible d'accroître la marge d'autonomie de leurs subordonnés, car ils veulent conserver la possibilité d'intervenir à tout moment dans toutes les affaires traitées dans leur ressort. Certains membres de la hiérarchie trouvent leur intérêt au maintien d'un niveau important de désorganisation et d'inefficience du système judiciaire, car

¹⁸³ Les juridictions du premier degré ont été vidées à plusieurs reprises de leurs cadres et de leurs magistrats les plus expérimentés. Trois vagues de départs massifs se sont succédées, qui ont contraint le pouvoir judiciaire à recruter, dans l'urgence, un grand nombre de jeunes juristes souvent mal formés, afin de pourvoir les places laissées vacantes aux niveaux de l'arrondissement et du district : en 1991-1992, du fait de l'épuration judiciaire, en 1994-1996, en raisons des départs motivés par l'absence de revalorisation des salaires, en 1999-2000, suite à l'instauration du système à trois degrés, qui s'est accompagné de la promotion des meilleurs éléments des juridictions de base vers les juridictions d'appel.

¹⁸⁴ Par exemple VG, ancien ministre de la Justice, se dit hostile à ce que le passage par l'INJ soit obligatoire pour démarrer une carrière dans la magistrature « *afin de préserver la possibilité d'une mobilité entre les différentes professions juridiques* » et pense que le système du recrutement direct dans les juridictions doit être préservé.

cette situation empêche d'imputer à des dirigeants particuliers la responsabilité des abus, des fautes et des erreurs.

Le poids relatif de ces tendances opposées – personnalisation/institutionnalisation, patrimonialisme/légalisme, professionnalisme/clientélisme et népotisme, quête d'efficacité organisationnelle/*rent seeking* – apparaît pourtant variable selon les branches du pouvoir judiciaire et les ressorts. Il existe, de ce point de vue, de forts clivages entre les tribunaux et le ministère public, ainsi qu'entre les juridictions de la capitale et des grands centres urbains régionaux et celles des petites villes provinciales, (les interviewés parlent d'une justice à plusieurs vitesses). Les cloisonnements sont très prononcés et les tensions très vives entre les différents corps professionnels et organisations contribuant à l'exercice de la fonction de justice (la situation est, à cet égard, variable selon les régions et les villes).

La corruption

Une grande majorité des justiciables est persuadée que les chances de gagner un procès dépendent au premier chef des connexions personnelles avec les magistrats et avec les notables capables de faire pression sur eux. Le fait d'être bien introduit au tribunal est tenu pour plus important que la solidité juridique du dossier. Les décisions judiciaires sont systématiquement interprétées comme le produit d'influences personnelles, même lorsque ce n'est pas le cas [ABA-CEELI, JRI, 2004, p. 30]. Les seules décisions judiciaires qui sont présumées fondées en droit sont celles des cours suprêmes. Trois quarts des Bulgares estiment que les magistrats sont corrompus¹⁸⁵. D'après une enquête réalisée par le CSD en novembre 2005, 60% des personnes interrogées pensent que la quasi-totalité des magistrats sont corrompus. Une telle perception du public n'est évidemment pas un indicateur fiable du niveau réel de corruption dans la magistrature, mais elle a un effet d'autoréalisation. En effet, dans la mesure où une grande partie des justiciables est convaincue qu'il est nécessaire de faire jouer des relations personnelles ou de verser des bakchichs pour tirer son épingle du jeu face à la justice, les justiciables ont tendance à susciter ou accepter sans protestation de telles pratiques.

VV, avocat pénaliste très réputé, estime la proportion de magistrats intègres à une fourchette comprise entre 1/4 et 1/3 des effectifs, « *mais ce ne sont pas ceux-là qui donnent le ton dans l'appareil* ».

KK pense également que la corruption est répandue au sein du système judiciaire. Toutefois, cet avocat estime qu'elle n'est pas systématique et qu'une partie des juges demeurent honnêtes. En effet, pour influencer illégalement le cours d'un procès, « *il faut agir à un moment précis de la procédure et obtenir les faveurs de la bonne personne en employant une monnaie d'échange appropriée, ce qui est très difficile, d'autant que l'on a la quasi certitude que l'affaire ira jusqu'en cassation, donc qu'il faudra répéter l'opération plusieurs fois* ». L'existence d'une justice à trois niveaux est, certes, une cause de délais supplémentaires, mais aussi un garde-fou contre la corruption, car il est difficile d'acheter à la fois les juges du premier degré, d'appel et de cassation. D'autre part, l'existence de la jurisprudence empêche, dans une certaine mesure, que les juges ne déterminent leurs sentences en fonction des offres de pots-de-vin qui leur sont faites, car ils apparaissent alors comme des juristes incompetents. Les jugements aberrants rendent, plus que les décisions

¹⁸⁵ Dans une enquête de Coalition 2000 sur le paiement de pots-de-vin par les justiciables, 11% des personnes interrogées déclarent avoir versé un bakchich à un membre d'une profession judiciaire, ce qui est un nombre important dans la mesure où la plus grande partie des sondés n'ont jamais eu affaire aux tribunaux [USAID, JRI, 2002, p. 37].

discrétionnaires, la corruption flagrante, et risquent de porter préjudice à la carrière de leur auteur. Les parquets et les services d'instruction judiciaire fonctionnent, en revanche, de façon beaucoup plus opaque et se prêtent donc davantage à la corruption¹⁸⁶.

La réputation individuelle du magistrat est un facteur important dans l'offre de pots-de-vin : ceux qui sont connus pour les refuser ne s'en voient jamais proposer. Les avocats sont supposés connaître les habitudes et les préférences des magistrats du ressort en la matière. Les mieux placés pour jouer le rôle d'intermédiaires dans le versement de pots-de-vin sont les anciens magistrats ayant adopté la profession d'avocat sans changer de ressort judiciaire. Selon VV, donner bakchich à un magistrat ne permet pas automatiquement de gagner son procès. Il est fréquent que le magistrat corrompu ne tienne pas parole vis-à-vis de son corrupteur. Il empoche l'argent mais prend la décision juridique qui s'impose. D'autre part, il est courant que l'avocat demande à son client une somme d'argent destinée à payer un pot-de-vin, alors qu'il sait qu'il n'est pas nécessaire de corrompre le magistrat pour gagner l'affaire. L'avocat conserve la somme pour lui, et si, malgré tout, il perd le procès, il lui suffit de prétendre que la partie adverse a versé un bakchich supérieur. Les avocats ont, en somme, intérêt à entretenir l'idée selon laquelle les magistrats sont massivement corrompus, car leur position d'interface entre le client et le magistrat dans les transactions illégales est pour eux une source de revenu supplémentaire [USAID, 2002, p.61].

Le plus souvent, les influences extrajuridiques sur les magistrats passent par des pratiques d'échange social dans des réseaux familiaux et amicaux davantage que par des transferts monétaires. Si pot-de-vin il y a, il est, par exemple, versé à l'avocat marié au juge qui s'occupe de l'affaire. Les magistrats semblent moins intéressés par l'argent que par le souci de préserver leur capital social : la plupart des illégalismes professionnels sont motivés par le souci de faire ou rendre une faveur à un ami où à une connaissance. Leur intervention se limite souvent à accélérer l'affaire, aux dépens des autres dossiers, ou à faire part d'informations, d'opinions, de conseils qui, en principe, tombent sous le coup de l'obligation de réserve ou du secret professionnel.

En février 2004, le CSJ adopte une stratégie de lutte contre la corruption dans la justice, qui se dote d'une commission permanente à cet effet. Un agrément est signé avec le MJ afin de promouvoir les échanges d'informations et d'analyses concernant la corruption dans le système judiciaire. Le Conseil et le ministère prévoient de collaborer pour la réalisation de recherches et la collecte d'expertises dans le domaine de la lutte anticorruption. En mai 2004, le Groupe d'Etats contre la corruption adopte une première évaluation positive de la situation bulgare. Le nouveau Procureur général, Boris Veltchev, nommé en 2006, semble décidé à

¹⁸⁶ Les procureurs sont très souvent présentés comme les principaux bénéficiaires de la corruption systémique. Ils sont parfois décrits comme régnant sur le monde criminel en Bulgarie. Les rapporteurs de la Commission de Venise chargés d'évaluer la réforme de 1998 constatent que « *bien souvent, les criminels étaient remis en liberté peu de temps après avoir été arrêtés et leur affaire n'était jamais jugée... la corruption parmi les procureurs passait pour être largement répandue. Il n'y a toutefois pas eu de cas où la corruption a été prouvée.* » Quand des journaux ont publié des articles faisant état de rencontres entre des représentants du ministère public et des chefs du crime organisé, observent les mêmes experts, plusieurs dizaines de journalistes ont été poursuivis pour diffamation. Le ministère public est ainsi parvenu à faire taire la critique. Pour la Commission de Venise (juin 2003) il est indispensable de mettre en place un système efficace de surveillance des revenus des procureurs et de ceux des membres de leur famille. Pour l'ancien ministre de la Justice MT, on voit, en Bulgarie, « *des criminels mis en cause dans dix ou douze affaires qui se promènent librement dans la rue. Certaines instructions judiciaires sont enterrées sans motif valable, alors que d'autres traînent inexplicablement en longueur. De telles choses sont possibles parce que des procureurs protègent les groupes criminels. Tous les malfrats connaissent le tarif qu'il faut payer à la justice pour être blanchi* ». Pour VV, le ministère public joue aujourd'hui le même rôle dans les luttes entre intérêts particuliers que le parti communiste autrefois : ses responsables sont courtisés dans le but d'obtenir leur appui contre les adversaires.

prendre des mesures énergiques pour assainir le ministère public. Il a lancé des poursuites disciplinaires contre plusieurs hauts magistrats du parquet soupçonnés d'avoir des relations avec le milieu criminel. Il a, pour la première fois, autorisé les conseillers américains à procéder à un diagnostic du fonctionnement des parquets, ce qui est un signe incontestable d'ouverture et de volonté de changement. La réforme de la LPJ de mai 2006 rend obligatoire la distribution aléatoire des nouvelles affaires dans les tribunaux. Par ailleurs, les sanctions pénales encourues par les magistrats pour les cas de corruption ont été aggravées.

La politisation du système judiciaire

Dans leurs discours, tous les responsables politiques se prononcent en faveur d'un pouvoir judiciaire politiquement neutre et efficient. Mais dans la pratique, les forces politiques qui accèdent au pouvoir s'efforcent inmanquablement de placer l'appareil judiciaire sous leur coupe. La justice est, en effet, perçue comme une arme politique potentielle qui ne doit surtout pas tomber entre les mains des adversaires. Comme le dit NK, magistrat à la CSC et président de l'Association des juges de Bulgarie : *« Seuls les partis d'opposition défendent l'indépendance de la justice. Ce que veulent les partis au pouvoir, c'est assurer leur mainmise sur le pouvoir judiciaire. Cette règle n'a jamais connu d'exception. Les forces politiques majoritaires s'efforcent d'instrumentaliser la justice au service de leur intérêt à court terme, tandis que celles qui sont minoritaires vivent dans la crainte d'être victimes de machinations judiciaires »*. De même, pour DY, l'un des responsables de l'INJ : *« Ce qui intéresse, au premier chef, les détenteurs du pouvoir politique, c'est de placer des gens qui leur sont fidèles aux postes clés de l'appareil judiciaire. L'opportunisme politique prévaut sur le souci de renforcer l'institution et le clientélisme sur la volonté de promouvoir la professionnalisation »*. Pour VV, *« La Cour suprême administrative, le Procureur général et la Cour constitutionnelle ne sont pas des instances de régulation de la vie politique, mais des acteurs puissants de la scène politique qui prennent ouvertement part au jeu partisan... La relation entre pouvoir politique et pouvoir judiciaire est très ambiguë : elle est faite d'un mélange de subordination, dans la mesure où beaucoup de magistrats conservent une attitude de soumission aux dirigeants politiques en place, et de domination, car les hommes politiques savent que les magistrats peuvent leur porter des coups sérieux en faisant contre eux un usage arbitraire de leurs pouvoirs »*.

Le pouvoir politique dispose, pour asseoir son influence sur la justice, de plusieurs moyens : faire entrer au CSJ des juristes favorables à la coalition gouvernementale (voir section 3.1.1), élargir et renforcer les compétences du MJ en matière de gestion et de contrôle des juridictions et des magistrats, rationner les ressources allouées aux organes du pouvoir judiciaire par le biais du processus budgétaire.

Les hauts magistrats, en particulier les chefs des juridictions suprêmes et les membres du CSJ, dépendent des partis politiques pour leur nomination. Cependant, dans la mesure où ils ne peuvent pas effectuer plusieurs mandats consécutifs, ils ne sont pas préoccupés par leur réélection, ce qui peut favoriser leur prise de distance vis-à-vis des forces politiques auxquelles ils doivent leur position [VV]. NK, ancien membre du CSJ de 1999 à 2004, pense que les magistrats sont moins soumis à l'influence des partis politiques qu'à celle des intérêts économiques s'exprimant par le biais de certains hommes politiques.

Les experts internationaux font état de pressions politiques sur les magistrats. Des hauts fonctionnaires ou des élus locaux téléphonent directement au juge ou au président du tribunal pour s'informer de la manière dont la cour entend trancher un litige et pour suggérer telle ou telle décision. Des députés interviennent auprès du ministre de la Justice pour lui demander de peser sur le déroulement d'une affaire [ABA-CEELI, JRI, 2002, p. 34]. Les autorités

politiques ont l'habitude de commenter dans la presse les affaires judiciaires, de critiquer les décisions des magistrats et d'exprimer publiquement leur opinion sur le jugement qu'il convient de rendre. Quand les choix des magistrats ne répondent pas aux attentes des dirigeants politiques, ces derniers prennent l'opinion publique à partie et pointent ce qu'ils considèrent comme le laxisme et l'incompétence de magistrats désignés nommément. « *En Bulgarie, les magistrats subissent une très forte pression de la part de l'opinion publique engendrée par les appréciations arbitraires que portent les représentants du pouvoir exécutif sur le travail des juridictions. C'est ce qui explique que la société bulgare déteste les tribunaux, qu'elle se les représente comme des lieux de corruption, d'irresponsabilité et de stagnation* » [Peer review, 2004].

En toute logique, si l'on s'en réfère à la LPJ et aux différentes décisions de la CC, le CSJ était destiné à se substituer au MJ, devenant un organe doté de toutes les compétences administratives et décisionnelles, ainsi que de toutes les structures organisationnelles caractéristiques d'un ministère de la justice, tandis que le ministre devait se cantonner à une fonction de donneur d'avis [Commission de Venise, avis de H. Suchoka, juillet 2002]. Cependant, du fait de son insuffisante capacité administrative, le CSJ est, à de nombreux égards, placé sous la dépendance du MJ, certes dénué d'autorité formelle sur la magistrature et les juridictions, mais mieux pourvu en expertise et situé dans une meilleure position pour influencer le vote du budget de la justice par le parlement. L'incohérence entre la distribution des pouvoirs et la répartition des ressources alimente une tension récurrente entre l'ancien et le nouvel organe dirigeant de l'appareil judiciaire. Le dénuement du CSJ est, « *la porte ouverte à la poursuite des interventions politiques dans l'administration et la supervision de la justice* » [Commission de Venise, commentaire de M.J. Said Pullucino, juillet 2002].

Le gouvernement bulgare a tenté, à plusieurs reprises, d'augmenter son emprise sur la magistrature par le biais du renforcement du contrôle disciplinaire et de gestion exercé par le corps d'inspection du ministère de la Justice. Le prétexte invoqué est, chaque fois, l'amélioration de la qualité de la justice qui est supposée découler de la responsabilisation des magistrats¹⁸⁷. Le corps d'inspection exerce un contrôle technique sur l'ouverture, le traitement et la clôture des dossiers judiciaires, ainsi que sur l'organisation et le management administratif des juridictions. Il analyse les affaires closes et les actes des magistrats. Il a pour fonction de promouvoir une gestion uniforme des différents types d'affaires sur l'ensemble du territoire. A cette fin, il vérifie l'application des procédures, surveille la conformité des jugements à la jurisprudence, propose des améliorations de l'organisation du travail et informe le ministre des éventuels abus et erreurs constatés dans les juridictions. Il n'est pas autorisé à inspecter l'activité des juridictions suprêmes. L'inspecteur général, les inspecteurs et les réviseurs sont nommés par le MJ, sur les mêmes critères que les juges de rang équivalent, avec l'approbation du CSJ. Pour la nomination de l'inspecteur général, le ministre se réfère à

¹⁸⁷ Les propos tenus par un membre de la Commission parlementaire de la Sécurité nationale illustrent l'ambiguïté de cette volonté politique de s'attribuer un pouvoir de sanction de la compétence professionnelle et de l'assiduité des magistrats : « *Le pouvoir judiciaire est devenu incontrôlable. Ses membres ne rendent de comptes à personne [...] Il faut augmenter le rôle du ministre de l'Intérieur et diminuer l'autonomie administrative de la Justice. Le CSJ n'assume pas ses responsabilités. Il ne fait pas respecter la Loi sur le pouvoir judiciaire. Il ne sanctionne pas les juges incompétents ou paresseux. Nous ne souhaitons pas influencer les décisions des juridictions, mais nous voulons avoir la possibilité de punir les magistrats à partir du moment où il est prouvé qu'ils n'accomplissent pas correctement leurs tâches. Les magistrats sont incapables de travailler dans des conditions d'autonomie. Ils sont habitués à recevoir des directives du sommet dans les grandes affaires. Il faut garder les gens honnêtes qui sont vraiment dépolitisés, et renvoyer les personnes corrompues qui sont restées fidèles à l'ancien Parti communiste* ». Entretien avec un député UFD, membre de la Commission parlementaire de la Sécurité nationale, ancien vice-président de la Grande assemblée nationale, Sofia, avril 1998.

l'avis du CSJ. Le corps d'inspection ne dispose pas de pouvoir de décision direct sur les juridictions et les personnels soumis à évaluation, mais le ministre peut décider discrétionnairement quels renseignements sont transmis au CSJ. Ces informations sont susceptibles d'influer sur la nomination ou la promotion des magistrats ou de justifier des mesures disciplinaires. Il possède, en somme, d'une capacité de surveillance de l'efficacité judiciaire dont ne bénéficie pas le CSJ. La loi de 2002 portant modification de la LPJ prévoyait d'attribuer de nouvelles compétences au corps d'inspection dont la plus importante était le pouvoir d'inspecter les deux cours suprêmes, le parquet général et le Service national d'instruction. Tous les rapports d'inspection devaient être adressés au seul ministre de la Justice, qui devenait l'unique autorité à pouvoir saisir le CSJ des constatations d'irrégularités. La Cour constitutionnelle a considéré comme excessif cet accroissement des attributions du MJ et déclaré la disposition contraire à la Constitution.

La rétention par le MJ d'une grande partie des moyens d'administration des juridictions, ainsi que la capacité du pouvoir politique à rationner les ressources humaines et financières nécessaires au fonctionnement de l'appareil judiciaire, ont permis aux différents gouvernements qui se sont succédés, jusqu'en 1997, d'empêcher que le pouvoir judiciaire ne s'oppose aux détenteurs du pouvoir politique. Ainsi, durant l'année 1992, le cabinet UFD de Filip Dimitrov s'efforce d'exclure des administrations le plus grand nombre possible de cadres ayant appartenu au PCB, dont l'on présume qu'ils sont naturellement portés à soutenir le PSB. Comme la Constitution rend difficile la révocation des magistrats qui déplaisent au gouvernement, celui-ci emploie des moyens indirects pour les pousser à la démission, tels l'absence de revalorisation des salaires rognés par l'hyperinflation, les tracasseries administratives orchestrées à dessein par le MJ, mais aussi les campagnes de dénigrement dans les médias et la menace d'interdire l'accès au barreau aux magistrats révoqués¹⁸⁸. Cette stratégie se révèle efficace, puisque les magistrats abandonnent en masse la fonction publique pour des emplois mieux rémunérés et moins exposés aux pressions politiques dans le secteur privé. La même tactique est de nouveau employée à partir de 1994 par le gouvernement socialiste pour chasser les fonctionnaires supposés pro-UFD nommés dans l'appareil judiciaire depuis 1992.

Le principe de l'indépendance financière de la justice a été remis en cause à de nombreuses reprises par le pouvoir politique. Ces tentatives ont échouées grâce à l'intervention de la CC saisie par l'un des chefs de juridiction suprême. Ainsi, en 1992, le gouvernement a soumis au parlement une proposition de budget judiciaire modifié par ses

¹⁸⁸ D'après VV, qui a quitté le ministère public à cette époque, le gouvernement a laissé planer pendant plusieurs mois la menace de faire voter un amendement de la Loi sur les avocats interdisant aux personnes renvoyées de la magistrature de s'inscrire au barreau. Les organes dirigeants de la justice ont alors proposé à ceux dont ils voulaient se débarrasser de démissionner de leur poste, moyen en quoi la procédure de révocation leur serait épargnée et ils conserveraient la possibilité de se reconvertir comme avocats. Beaucoup des magistrats ainsi visés ont cédé à cette pression, bien que l'amendement n'ait jamais été soumis au vote des députés. Selon MT, ancien ministre socialiste de la Justice qui dit avoir été victime de cette « purge », plus d'un millier de magistrats réfractaires à l'influence de l'UFD ont ainsi été poussés à quitter l'appareil judiciaire. Cette stratégie de fausse décommunisation – puisque le choix des cibles des pressions n'était pas principalement lié à leur conduite sous le communisme [AA], mais obéissait à des considérations opportunistes [DY] - a permis à l'UFD et aux intérêts économiques qui lui sont liés d'asseoir pour plusieurs années leur mainmise sur les tribunaux. L'enjeu d'une telle manœuvre était, selon MT, le contrôle du processus de privatisation au profit des réseaux de l'UFD. Cependant, l'autonomisation du Procureur général, qui s'est mis à agir dans son propre intérêt, est venu contrarier les ambitions de l'UFD, d'où la « guerre des institutions » qui a opposé le gouvernement UFD d'Ivan Kostov au PG après 1997. Lorsque le PSB est revenu au pouvoir en 1994-1996, le système judiciaire constituait, selon VM, « une île bleue au milieu d'une mer rouge » et les socialistes n'ont pas été capables de changer cette situation – ce qui était l'objectif non affiché de la LPJ de 1994 - car ils se sont heurtés à la Cour constitutionnelle.

soins. Par la suite, la LPJ de 1994, puis les amendements de 1998, 2002 et 2004, ont chaque fois prévu de renforcer les compétences du MJ en matière de programmation et de contrôle budgétaire. Ces dispositions législatives ont toutes été annulées par la CC.

Le gouvernement dispose, de fait, du pouvoir de réviser à la baisse le budget préparé par le CSJ, car la majorité parlementaire tend à suivre les suggestions du ministère des Finances plutôt que les propositions soumises par le CSJ. La proposition gouvernementale est généralement inférieure d'un tiers à un demi au projet du CSJ. La capacité du CSJ d'influencer le processus budgétaire est limitée en raison de ses divisions internes, de son manque de savoir-faire en matière de programmation financière et d'argumentation de ses demandes, de sa méconnaissance des besoins réels des juridictions – estimés sur la seule base des demandes envoyées par les responsables administratifs, de sa stratégies consistant à formuler des exigences excessives et de sa coloration politique, qui peut être différente de celle du parlement. Les protestations du CSJ contre les coupes budgétaires proposées par les ministères de la Justice et des Finances ne sont pas prises au sérieux par le parlement.

Suite à la réforme constitutionnelle de 2006, la réalité du rapport de force entre pouvoir politique et pouvoir judiciaire a été enfin inscrite dans la loi : le MJ a désormais la responsabilité de préparer le budget du système judiciaire, qui est ensuite soumis au CSJ pour contrôle et approbation avant d'être présenté devant le parlement. Le CSJ a été doté d'une commission permanente du budget et des finances, ainsi que d'un service de contrôle financier.

Le rôle du MJ en matière de construction, de rénovation et d'entretien du parc immobilier de l'appareil judiciaire a également été dénoncé à de nombreuses reprises comme un empiètement de l'exécutif sur le pouvoir judiciaire [Yordanov, 2003, p. 67].

Un exemple de conflit entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique à propos du budget de la justice

En 2003, suite aux amendements de 2002 de la LPJ, le Conseil des ministres dépose devant le parlement sa propre proposition de budget judiciaire (139 millions de leva – 1 lev = 0,5 €) en ajoutant en annexe le projet de budget du CSJ, qui demandait le double, (260 millions de Leva). Les magistrats s'élèvent avec vigueur contre cette violation de la procédure budgétaire, ce qui conduit l'Assemblée nationale à adopter, en rétorsion, le budget proposé par le gouvernement alors que le ministère des Finances avait donné son accord pour une augmentation de 30 millions de leva par rapport à la proposition initiale du gouvernement. De plus, le budget de la CSC est réduit à 7 millions contre 12 millions en 2002 et 14 millions demandés par le CSJ. La CSC réplique en attaquant la Loi budgétaire de 2003 devant la Cour constitutionnelle au double motif de violation de la procédure budgétaire portant atteinte à l'indépendance de la justice et de l'insuffisance des moyens pour le fonctionnement d'un organe établi par la Constitution. L'arrêt de la CC donne, une fois de plus, raison au CSC [Yordanov, 2003, p. 82].

L'absence de leadership et les dissensions internes dans le pilotage des politiques de justice

Ni le MJ sans pouvoirs, ni le CSJ sans moyens ne sont capables de conduire une politique de réformes un tant soit peu ambitieuse, alors que l'appareil judiciaire est confronté, dès 1991, à de très graves problèmes. Le niveau de coopération entre ces deux structures est très faible : elles sont souvent décrites comme « fonctionnant en parallèle » [YS, KK]. Le CSJ est, de plus, en proie à des divisions internes. Les rivalités entre corps de magistrats paralysent son action dès lors qu'il s'agit de prendre des mesures susceptibles de favoriser l'une des trois branches au détriment des autres. Il existe une lutte permanente entre les juges et les

procureurs – les magistrats instructeurs apportant leur soutien à l'un ou l'autre camp selon leur intérêt – qui atteint son paroxysme au moment de l'élaboration du budget de la justice ou quand des réformes structurelles sont discutées¹⁸⁹. Ces conflits empêchent le CSJ de contribuer efficacement à la définition d'une politique de réformes cohérente et suivie dans le temps [Open Society Institute, 2002, p.68].

Plus généralement, le degré de confiance entre les divers acteurs judiciaires est faible et les conflits prennent rapidement des formes exacerbées : on préfère se renvoyer la responsabilité des dysfonctionnements du système que coopérer pour trouver des solutions aux problèmes, on rétrograde et on harcèle les membres des clientèles adverses dans l'espoir de les pousser à la démission, on s'insulte et on se diffame par médias interposés, on réclame des réformes institutionnelles conçues essentiellement pour affaiblir la position d'une personne à laquelle on s'oppose... Dans les situations de conflit interne, les protagonistes ont tendance à rechercher des alliés extérieurs, de préférence étrangers, pour soutenir leurs prises de position contre leurs adversaires. Pour le dire autrement, on ne lave pas son linge sale en famille, mais sur la place publique et en prenant à témoin les conseillers étrangers.

La difficulté des différents organes de l'Etat à collaborer entre eux entraîne des gaspillages de ressources : par exemple, la création de la force de sécurité du MJ résulte de l'incapacité des tribunaux à trouver un terrain d'entente satisfaisant avec la police pour l'accomplissement de tout un ensemble de tâches : convoyage des détenus, maintien de l'ordre lors des audiences, assistance aux agents d'exécution des jugements.

Si le CSJ parvient à coopérer avec le MJ pour préparer la réforme de 2002, c'est précisément parce que les juges exercent, à ce moment là, une domination écrasante au sein de ces deux organes : neuf des onze membres de la composante parlementaire du CSJ élue en 2002 sont des juges, tandis que le ministre de la Justice et ses principaux adjoints sont également d'anciens juges. De plus, le CSJ et le gouvernement ont, à ce moment, la même coloration politique [MT]. Par ailleurs, avec l'ouverture du processus d'adhésion, le MJ et le CSJ sont amenés à défendre des positions communes vis-à-vis des autorités européennes et à bénéficier conjointement de plusieurs programmes PHARE, ce qui favorise l'apaisement provisoire des tensions entre pouvoir politique et pouvoir judiciaire. Des groupes de travail rassemblant des représentants du MJ et du CSJ sont formés afin de concevoir les projets de modification de la législation, d'élaborer les règlements d'application des textes votés par le parlement et de définir les plans d'action. Le rapport régulier 2002 de la Commission européenne sur les progrès réalisés par la Bulgarie sur la voie de l'adhésion se félicite de ce développement de la coopération entre le MJ et le CSJ.

Le manque de concertation et déficit d'expertise au niveau de la préparation des réformes

Les réformes judiciaires ont été effectuées en l'absence de consensus politique, de vision globale des problèmes et de perspective à long terme. Dans l'ensemble, les gouvernements successifs ne se sont pas estimés tenus de poursuivre les orientations décidées par leurs prédécesseurs. Part conséquent, les mutations du système judiciaire se sont caractérisées par un manque de continuité, de gradualisme et de cohérence à tous les niveaux (tant procédural, qu'organisationnel, professionnel et technologique). Par exemple, les réformes des codes de procédure n'ont pas été couplées avec les réformes structurelles de l'appareil judiciaire. Un ancien président de l'Association des juges de Bulgarie dépeint les réformes - « *une trentaine*

¹⁸⁹ « *Les représentants des trois branches ne parviennent plus à s'entendre à partir du moment où les questions abordées s'éloignent de la routine. Dès qu'il faut imaginer une solution à un problème inédit, les négociations deviennent infiniment difficiles* » [KK].

en 10 ans », selon lui - comme un « *chamboulement permanent de l'organisation* », un « *remue ménage chaotique* » qui « *au bout du compte, n'a pas changé grand-chose à la façon dont la justice est rendue* ». Il pense que « *les transformations apportées aux structures bureaucratiques ont surtout été motivées par le souci de placer des personnes particulières dans le système* » [KK, DY fait le même diagnostic]. Pour BB, juge à la Cour suprême de cassation, « *une grande partie des changements législatifs n'ont jamais été mis en œuvre, car ils ont été décidés par le pouvoir politique sans l'accord des professionnels. Le gouvernement a l'habitude de prendre des mesures sans chercher à négocier un projet acceptable par l'ensemble des composantes du système judiciaire* ». Un tel contexte de réforme permanente n'incite pas les acteurs judiciaires à prendre au sérieux les nouvelles règles officielles, dont ils savent qu'elles ont toutes les chances d'être éphémères et que le pouvoir politique accorde peu d'importance à leur application. L'intensification des pressions internationales en faveur de la modernisation de la justice et l'accélération du processus d'intégration à l'Union européenne, à partir de la fin des années 1990, n'ont pas suffi à assurer la continuité des réformes : ainsi, plusieurs amendements adoptés en 2004 – concernant notamment le recrutement et la formation initiale des magistrats – constituent un net recul par rapport à des dispositions de la réforme de 2002 qui avaient été prises dans un souci de se conformer aux recommandations d'experts européens et américains.

La préparation des projets de réforme s'inscrit, en Bulgarie, dans une culture d'oralité et de référence à l'expérience personnelle, par opposition à une démarche qui consisterait à réaliser des rapports écrits et à consulter largement les acteurs institutionnels et sociaux concernés¹⁹⁰. Les changements sont préparés par un cercle restreint de dirigeants politiques (le ministre de la Justice, ses vice-ministres et principaux conseillers), de parlementaires bulgares issus des professions juridiques, d'experts étrangers et, quand les relations entre le MJ et le CSJ ne sont pas trop tendues, de membres du CSJ (certaines réformes ont toutefois été conçues sans que la haute magistrature soit consultée). Ces membres de l'élite juridique fondent leurs opinions essentiellement sur leurs expériences professionnelles passées, c'est-à-dire sur leurs perceptions subjectives des problèmes de la justice, qu'ils estiment fidèle à la réalité dans la mesure où ils ont connu, en tant que praticiens, le système judiciaire de l'intérieur. Mais ce savoir est, bien évidemment, partiel, daté et situé, limité aux facultés de droit et aux juridictions de la capitale et des principales métropoles régionales. Les lacunes des statistiques judiciaires produites par le MJ interdisent aux acteurs bulgares d'opposer à ces réformateurs des arguments rationnels, basés sur une connaissance plus objective de l'état des organes et des professions judiciaires. Il n'existe, en effet, pas de données fiables permettant une évaluation sérieuse des performances individuelles ou collectives et une comparaison incontestable entre les situations locales¹⁹¹. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que les implications budgétaires et en terme de ressources humaines des réformes ne soient pas suffisamment prises en considération par le législateur. La parole des experts locaux n'est pas reconnue par les autorités politiques comme ayant une légitimité scientifique. Si les acteurs de la société civile bulgare veulent que leurs doléances et leurs aspirations aient une chance d'être prises au sérieux par les responsables politiques, la meilleure stratégie consiste pour

¹⁹⁰ Selon le rapport USAID/Banque mondiale de 1999, et d'après nos interlocuteurs, les professionnels qui auront à mettre en œuvre et à appliquer les réformes ne sont pas invités à donner leur avis lors du processus d'élaboration législative. Les organisations représentatives ne sont pas systématiquement consultées. Les groupes d'intérêt ont des difficultés à se procurer des copies des projets de loi et à faire entendre leur point de vue lors des débats [USAID, 1999].

¹⁹¹ En 1998, une grande partie des données statistiques étaient encore traitées de façon manuelle. Un certain nombre de faits importants n'étaient pas comptabilisés : modalités et délais de traitement de certaines affaires, raisons des retards... Les recommandations faites par le service d'inspection du MJ dans les rapports transmis au CSJ ne rencontraient guère d'écho [USAID, 1999].

eux à passer par l'intermédiaire de conseillers européens ou américains, de manière à ce que leurs vues en matière de réformes passent pour, ou deviennent, des recommandations internationales.

D'une manière générale, les avis des organisations professionnelles bulgares ne sont guère sollicités ni écoutés. Selon KK, ancien président de l'Association des juges de Bulgarie, « *Les responsables politiques n'attachent pas de grande importance à l'opinion des professionnels et se moquent des prises de position de l'AJB. On nous demande de nous exprimer sur les réformes en cours de préparation, mais ce que nous disons n'est pas entendu, sauf exception* » [BB,GB et VA font exactement le même constat]. Les propos tenus par VG, ancien ministre de la Justice, illustrent bien cette attitude des dirigeants politiques : « *Les organisations professionnelles n'ont pas pour rôle de rechercher des solutions aux problèmes de la justice et d'initier des changements. C'est le travail du ministre de la Justice* ». Un autre ancien ministre, MT, pense, quant à lui, que « *De toute façon, les organisations professionnelles ne peuvent rien faire pour corriger les processus négatifs dans le système judiciaire* ».

La manière dont le programme de formation initiale des magistrats a été défini en 2004, suite à la création de l'Institut national de la justice (école de la magistrature bulgare) en 2004, illustre ce problème de déficit de capacités d'expertise et d'évaluation. Les besoins en formation ont été estimés sur la base d'une enquête d'opinion réalisée quatre ans plus tôt, en 2000, auprès de l'ensemble des magistrats. Une évaluation rigoureuse des besoins en formation aurait nécessité, selon des experts européens, de recourir à d'autres méthodes : analyse de données statistiques portant sur les délais, repérage des types de jugement posant problème (hétérogénéité des interprétations, plaintes des avocats...), étude des rapports d'évaluation des performances des magistrats et des juridictions, anticipation des besoins suite à des changements législatifs modifiant la pratique ou la procédure [diagnostic établi par des experts européens dans le cadre du programme EuropeAid/113343/D/SV/BG, *Technical assistance for the preparation of the recruitment and training strategy for the judiciary*, février 2005].

Le manque de moyens des institutions judiciaires

Selon l'art. 117/3 de la Constitution, le pouvoir judiciaire dispose d'un budget autonome. Celui-ci est préparé par le CSJ et présenté devant l'Assemblée nationale par l'intermédiaire du Conseil des ministres. Il est adopté comme partie autonome du budget de l'Etat. Il comprend tous les revenus de l'activité des organes judiciaires (taxes judiciaires) et les dépenses liées à leur fonctionnement¹⁹². La différence est couverte par une subvention de la part du budget républicain¹⁹³. Le gouvernement n'a pas le droit de modifier la proposition de budget soumise par le CSJ mais peut exprimer son avis, formuler ses propres propositions et ses propres objections. Après le vote du budget par le parlement, son exécution est contrôlée par le CSJ.

Une dotation budgétaire est affectée par le CSJ à chaque tribunal. Le Procureur général, le chef des organes d'instruction et les chefs de cour décident de la manière dont les fonds sont dépensés (en dehors des frais fixes tels les salaires). Les moyens sont distribués de façon inéquitable entre les différentes juridictions et les dépenses font l'objet d'un contrôle très

¹⁹² En janvier 2004, la Cour suprême administrative s'est opposée à une augmentation très importante des taxes judiciaires (accroissement de 2 à 40 fois des frais selon les types d'actes de procédure et création de 13 nouvelles taxes, introduction de tarifs différents pour les personnes physiques et morales) décidée par le gouvernement en juillet 2003, au motif qu'une telle hausse entraverait gravement l'accès à la justice.

¹⁹³ Si les revenus du pouvoir judiciaire sont supérieurs à ce qui était prévu, l'excédent reste à la disposition du CSJ.

lâche¹⁹⁴ [USAID, 1999]. La dotation et les effectifs obtenus par le tribunal dépendent des relations personnelles que son président entretient avec des membres du CSJ et de son habileté à faire remonter ses demandes davantage que sur une évaluation systématique et objective des besoins. Les moyens et les postes sont attribués en fonction des statistiques elles-mêmes peu fiables [*Open Society Institute*, 2002, p. 73]. L'aide internationale est également source de disparités¹⁹⁵. Depuis la modification de 2002 de la LPJ, c'est l'Assemblée nationale qui opère la répartition des moyens entre les organes du pouvoir judiciaire, qui sont énumérés en lignes séparées dans la loi sur le budget de l'Etat - le CSJ, la CSC, la CSA, le ministère public, les organes d'instruction, les tribunaux.

En 2000, les quatre cinquièmes du budget de la justice sont dépensés pour les salaires et les cotisations sociales des magistrats et des greffiers, ce qui laisse peu d'argent pour rémunérer les experts et les avocats commis d'office, ainsi que pour payer les frais de fonctionnement des services judiciaires et assurer un niveau d'équipement suffisant. L'Etat bulgare consent un effort sensible en faveur de la justice à partir de 2002. En 2004, le parlement octroie au pouvoir judiciaire un budget de 205 millions de leva (sur 292 demandés), soit une augmentation de 68% par rapport à 2002¹⁹⁶. La même année, les taxes judiciaires ont rapporté 56 millions de leva. Le budget de la justice représente 2,2 % du budget de l'Etat et 0,54% du PIB en 2004 (contre 0,3% durant les années 1990), alors que des pays membres de l'UE, il varie entre 2 et 4% du PIB selon les pays [ABA-CEELI, JRI, 2004, p. 18].

Jusqu'au début des années 2000, les magistrats se plaignent d'un manque criant de moyens : certains doivent se procurer à leurs propres frais leur matériel informatique et leur documentation juridique. Dans la plupart des tribunaux, les citoyens ont accès au bureau des magistrats, ce qui rend difficile leurs conditions de travail en dehors des audiences. Le manque de salles d'audience contraint les magistrats à tenir certaines d'entre elles dans leur bureau. Généralement, les bâtiments n'ont pas de bureau d'accueil d'où les justiciables puissent être orientés. Les différents organes de la justice utilisent des logiciels différents et non compatibles entre eux. Il n'existe pas non plus de système unifié pour le recueil des données statistiques. Plusieurs logiciels de gestion des dossiers judiciaires et de gestion administrative ont été développés par différents tribunaux de district, ce qui engendre un « cauchemar bureaucratique ». Les autorités judiciaires ne disposent pas d'informations précises concernant les moyens informatiques dont disposent les juridictions. Ces dernières sont autorisées à accepter les prêts et les dons de matériel de la part de « mécènes » privés. C'est ainsi que certains tribunaux ont reçu des ordinateurs fournis par des banques ou par des cabinets d'avocats qui présentent régulièrement des requêtes devant eux, ce qui pose un évident problème de conflit d'intérêt [USAID, 1999]. D'autre part, les magistrats dépendent toujours des autorités locales pour l'accès à certains avantages sociaux (logement...) ce qui fait planer un doute sur l'impartialité des juges administratifs dans les litiges opposant des personnes à ces autorités.

A partir de 2002, des efforts très importants sont faits par le gouvernement bulgare et les partenaires internationaux (USAID et PHARE) pour informatiser les juridictions : presque tous les juges ont reçu un ordinateur et une imprimante. Un système informatisé unique de gestion des dossiers est adopté par le CSJ, en octobre 2003, puis mis en place dans 17

¹⁹⁴ Par exemple, le chef de juridiction peut utiliser une partie de l'argent demandé pour l'entretien des bâtiments et l'achat de matériel bureautique.

¹⁹⁵ Les juridictions pilotes dans le cadre des projets de l'USAID ou de PHARE ont reçu une pléthore d'équipements informatiques, tandis que dans d'autres tribunaux, plusieurs magistrats doivent se partager un ordinateur obsolète.

¹⁹⁶ 122 millions de leva, soit la moitié du projet élaboré par le CSJ, ce qui représentait 0,3% du PIB. Ce budget était jugé très faible par la Commission européenne.

tribunaux, en juin 2004. Mais le CSJ a, depuis, changé d'avis et confié la réalisation du logiciel à un grand groupe de services informatiques européen.

1.2 - Les influences étrangères et la coopération internationale

En réponse à la volonté d'adhésion rapide manifestée, dès la chute du mur, par les pays en transition, la Commission européenne et les Etats membres mettent en place, au fil des ans, divers instruments de coopération internationale destinés à soutenir et à guider l'harmonisation du droit des pays candidats avec « l'acquis communautaire » : accords d'association avec l'Union européenne (signés avec la Bulgarie en avril 1993), programme PHARE, stratégies et pactes de pré-adhésion, partenariats pour l'adhésion... Jusqu'à la fin des années 1990, la convergence des systèmes judiciaires n'est pas tenue pour une dimension prioritaire du processus d'intégration européenne, car il n'existe dans ce domaine qu'un acquis intergouvernemental limité [Mitselégas, Monar, Rees, p.129]. Cependant, l'attention portée par les autorités européennes à la question de la « mise à niveau » des institutions judiciaires dans les pays candidats s'accroît considérablement après 1997. Les raisons de cette évolution sont l'émergence, en 1997, d'une politique européenne de justice et d'affaires intérieures (JAI), la définition, en 1998-1999, d'un acquis communautaire en la matière et la construction d'un « espace judiciaire européen » dans lequel les jugements et décisions rendus dans un pays membre doivent être respectés et exécutés dans l'ensemble de l'Union. Les négociations d'adhésion – entamées avec la Bulgarie au début de l'année 2000 – achoppent à de nombreuses reprises sur le chapitre JAI¹⁹⁷.

Cet essor de l'aide européenne coïncide avec – et alimente – le mouvement global de promotion tous azimuts du régime de *rule of law* par le biais du transfert d'institutions juridiques et judiciaires (voir première partie). Cette dynamique est portée par différents types d'acteurs internationaux : Banque mondiale, Banque européenne pour la reconstruction et le développement, agences et services administratifs de coopération bilatérale des pays centraux (la plus puissante est sans conteste l'*US Agency for International Development*, USAID), grandes fondations privées américaines (les plus actives en Bulgarie sont Soros et *American Bar Association Central European and Eurasian Law Initiative*, ABA-CEELI).

Bien que la Bulgarie s'engage résolument, à partir de 1997, dans la voie de l'adhésion à l'UE et bénéficie, de la part de la Commission et des Etats membres, d'une aide conséquente pour « mettre à niveau » son système judiciaire, se sont les conseillers américains qui exercent l'influence prépondérante sur les réformes de la justice. L'objet de la présente section est d'expliquer les raisons pour lesquelles la coopération américaine s'avère plus efficace que la coopération européenne, en dépit de la ressource que constitue, pour les conseillers européens, le processus d'adhésion.

1.2.1- Les objectifs de la coopération américaine

Les buts affichés par les programmes de l'USAID en Bulgarie

Selon l'USAID, le but des réformes judiciaires est le renforcement de la sécurité juridique : les litiges commerciaux nationaux et internationaux doivent être tranchés de façon équitable, prévisible et transparente, de manière à punir et dissuader la concurrence déloyale. Les réformes visent également à lutter contre la corruption dans les sphères publique et

¹⁹⁷ A ce moment, le processus d'harmonisation de la législation bulgare avec l'acquis communautaire, entamé dès la transition démocratique, est déjà très avancé, puisqu'en 2000, 67% des textes de loi sont en conformité avec le droit européen.

privée, ainsi qu'à empêcher le détournement des procédures et décisions judiciaires à des fins politiques.

Le *Commercial Law Reform Program* vise à renforcer la protection des droits économiques en Bulgarie afin de créer des conditions plus favorables aux activités des investisseurs et des marchands américains. Cet objectif de développement d'un environnement des affaires juridiquement propice au rayonnement commercial, industriel et financier américain est décliné de plusieurs façons : pressions en faveur de la réforme du système d'exécution des décisions de justice, de la création d'huissiers privés, de la simplification des procédures liées au registre du commerce ; envoi d'experts américains pour aider la commission parlementaire des affaires juridiques à améliorer le droit des sûretés ; promotion des modes alternatifs de résolution des litiges commerciaux.

Le *Judicial Development Project for Bulgaria* affirme vouloir aider la Bulgarie à se doter d'une justice indépendante afin de créer un contexte favorable à la réussite des réformes démocratiques et économiques. Son action se déploie dans deux directions : la réforme de la gestion des tribunaux et la formation des personnels judiciaires.

Ces deux programmes estiment que les procédures existantes ne sont pas utilisées au mieux par les magistrats : leur action a pour but de convaincre ceux-ci de changer leur pratique juridique.

En ce qui concerne la coopération technique dans le domaine de la justice pénale (qui a commencé en 1992), elle est motivée par le fait que le *US Department of Justice* considère la Bulgarie comme un lieu stratégique dans la lutte contre la criminalité organisée transnationale. L'aide américaine a pour but de « *créer la première ligne de défense des Etats-Unis dans les pays où la faiblesse du système judiciaire engendre une situation favorable au développement des activités criminelles* » [Entretien avec le représentant du *US Department of Justice* à l'ambassade des Etats-Unis à Sofia]. Il s'agit de combattre des activités criminelles de plus en plus sophistiquées qui menacent aussi bien la sécurité des investissements américains en Bulgarie que le territoire des Etats-Unis.

La présence américaine est aussi justifiée par la volonté d'aider la Bulgarie à remplir les critères d'adhésion à l'UE et de favoriser l'adoption des pratiques européennes. La coopération étasunienne ne se présente pas comme concurrente de l'assistance européenne, mais comme complémentaire. Il n'y a pas à proprement parler de lutte d'influence entre Américains et Européens en matière d'exportation de réformes judiciaires : les conseillers étasuniens soutiennent sans état d'âme le transfert de normes ou d'institutions européennes quand ils estiment que cela sert leur objectif général d'amélioration de la sécurité juridique et de l'efficacité judiciaire. Par exemple, l'USAID ne cherche pas à promouvoir en Bulgarie le modèle américain de recrutement et de formation des magistrats, mais appuie l'exportation du modèle français d'école nationale de la magistrature et de recrutement par concours.

La doctrine de coopération judiciaire internationale élaborée par l'USAID

La coopération américaine se distingue de l'europpéenne par sa capacité à se doter de buts plus clairement définis, aussi bien au niveau des principes généraux qu'elle entend promouvoir que des mesures concrètes dont elle encourage l'application. Les conseillers américains ont, à leur disposition, une abondante littérature technique qui décrit les objectifs, stratégies et « bonnes pratiques » de l'assistance technique judiciaire. Ils peuvent aisément mobiliser une riche expertise portant sur les méthodes de coopération et sur les conditions de leur efficacité, alors que leurs homologues européens ne maîtrisent, la plupart du temps, qu'un savoir relatif à la substance des projets d'aide technique auxquels ils participent.

L'analyse des guides techniques produits par l'USAID permet d'identifier les principales finalités de la coopération américaine. Bien que celle-ci prétende conduire une action purement technique, donc politiquement neutre, l'examen attentif des recommandations faites par l'USAID à ses propres experts internationaux révèle le caractère éminemment politique de l'intervention américaine, dans la mesure où elle vise à renforcer certains groupes de professionnels et certains organes du système judiciaire au détriment d'autres. Ainsi, les Américains jouent la base de l'appareil judiciaire contre son sommet, les conseils supérieurs de la magistrature contre les ministères de la justice, les magistrats contre les procureurs et les professeurs de droit, les nouvelles organisations professionnelles contre celles héritées du régime antérieur, les mécanismes collégiaux et démocratiques de décision contre l'autorité hiérarchique. Les juges sont présumés être le corps professionnel ayant le plus intérêt à collaborer avec les donateurs afin que les réformes soient effectivement mises en œuvre, à condition de favoriser l'ascension au sein de l'appareil judiciaire des jeunes juges les plus ouverts aux idées américaines, les plus impliqués dans les ONG locales liées à la coopération américaine et les plus déterminés à s'opposer à l'establishment judiciaire néo-communiste [Ole Hammerslev].

Le guide technique pour la promotion internationale de l'indépendance de la justice

On peut déceler, dans ce guide intitulé « *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality* » [USAID, 2002] la très grande méfiance des Américains vis-à-vis de la hiérarchie judiciaire. Pour les auteurs du guide, accroître l'indépendance de la justice, c'est diminuer la capacité des élites politiques, administratives et économiques à influencer le cours des affaires judiciaires, mais aussi réduire le pouvoir des magistrats des juridictions supérieures sur ceux des juridictions inférieures, c'est empêcher le gouvernement, mais également le parlement, de s'ingérer dans le fonctionnement de l'appareil judiciaire. Les Américains estiment que le contrôle hiérarchique, tel qu'il s'exerce dans les organisations judiciaires des pays en transition, tend à être abusif et arbitraire.

L'USAID est consciente que l'opposition des dirigeants de l'appareil judiciaire aux initiatives américaines est généralement très vive. Les magistrats les plus gradés ont, selon les Américains, tendance à penser que les changements ne vont pas dans le sens de leurs intérêts et risquent de leur enlever une partie de leur pouvoir. C'est pourquoi les donateurs et leurs partenaires locaux sont appelés à consacrer beaucoup d'attention et de ressources en vue de d'initier une mobilisation des magistrats de base en faveur des réformes. A cette fin, ils doivent rassembler une coalition d'acteurs tant internes (juridictions de province, greffiers, associations de juges créées après la transition) qu'externes (société civile, médias, partis politiques) au système judiciaire.

La promotion des réformes nécessite, selon l'USAID, d'orchestrer des campagnes de lobbying mûrement réfléchies et soigneusement planifiées. La coopération américaine ne doit pas, dans la mesure du possible, s'afficher comme telle, mais utiliser comme relais et façade une organisation de la société civile choisie en raison de sa capacité d'expertise et dont les membres peuvent se consacrer à plein temps, durant plusieurs années, à la défense de la cause des réformes et à l'accompagnement de leur mise en œuvre. Les opérateurs de programmes de coopération sont invités à « enrôler » quelques organes de presse afin que ceux-ci jouent le rôle d'avocat des réformes vis-à-vis de l'opinion publique et diffusent largement les résultats des enquêtes d'opinion commanditées par la coopération américaine afin de prouver au gouvernement et au public l'urgente nécessité d'opérer des changements. L'USAID recommande d'organiser des formations destinées aux journalistes pour « *développer leur compréhension du rôle de la justice et leur apprendre à présenter de manière non rébarbative les informations relatives aux réformes* ».

Pour inciter certains tribunaux à s'engager dans des programmes impliquant une collaboration intensive avec les opérateurs étasuniens, l'USAID distribue des fonds importants et des équipements à ses partenaires privilégiés (informatisation complète des « tribunaux modèles », moyens pour la réorganisation des locaux afin d'offrir de meilleures conditions de travail, financement de travaux de rénovation, missions aux Etats-Unis payées aux magistrats et greffiers les plus impliqués).

Pour l'USAID, le facteur le plus important pour accroître le degré d'indépendance de la justice est l'augmentation de la proportion de juges honnêtes et qualifiés au sein de la magistrature.

C'est pourquoi l'aide et les pressions américaines doivent viser au premier chef à transformer les modes de sélection, de nomination et de formation des magistrats : accès à la magistrature basé sur le mérite au moyen d'examens ou de concours, instauration de mécanismes de promotion et de contrôle disciplinaire favorisant le professionnalisme. L'USAID prône la diversification des critères d'évaluation des qualités professionnelles des individus : compétences juridiques (qualité des décisions) mais aussi ancienneté, intégrité, capacité de travail, esprit d'initiative, aptitude à conduire les audiences, les indicateurs de performance doivent être à la fois quantitatifs et qualitatifs... Le but de cette professionnalisation de la gestion des ressources humaines est d'empêcher la formation et la reproduction des « clans juridiques », c'est-à-dire des réseaux de juristes et de magistrats inféodés à une même faction politique. En matière de gestion de la progression dans la carrière, l'USAID recommande de minimiser l'importance de l'appréciation des supérieurs hiérarchiques car c'est à travers elle que s'exprime l'influence de la haute magistrature. Elle s'inquiète également de l'existence, dans certains PECO, d'une période probatoire après le recrutement dans la magistrature, durant laquelle les jeunes juges sont particulièrement exposés aux pressions indues émanant de leur hiérarchie. L'USAID regarde avec méfiance les réformes prévoyant l'allongement de ces périodes : sous prétexte de permettre à l'institution d'évaluer pendant une durée suffisante les performances des jeunes magistrats et d'écarter ceux qui font preuve d'insuffisance professionnelle, elles augmentent le temps durant lequel ils sont à la merci de leurs supérieurs, qui peuvent donc les manipuler en les menaçant de demander à ce que leur nomination ne soit pas confirmée. En ce qui concerne la durée des mandats pour les postes de direction, l'USAID est hostile aux mandats courts (moins de 5 ans), car les hauts magistrats qui approchent du terme de leur mandat sont davantage sensibles aux influences politiques.

En matière de codes de déontologie, le processus de fabrication est, selon l'USAID, aussi important que le produit final lui-même. Leur élaboration constitue, en effet, une occasion de débat public sur les problèmes de la justice et de réflexion interne au sein des corps professionnels sur la gamme des comportements acceptables. Un écueil doit néanmoins être évité : le code de déontologie ne doit pas être instrumentalisé par la hiérarchie pour engager des poursuites disciplinaires et prendre des sanctions contre les magistrats considérés comme insuffisamment obéissants.

La formation est également conçue comme un remède à la perméabilité de la justice aux influences extrajuridiques : un magistrat qualifié et compétent est jugé moins facilement manipulable. L'USAID soutient la création d'écoles sur le modèle français. Elle insiste sur la diffusion de la formation vers les régions périphériques et les juridictions de base. La formation fait figure de « cheval de Troie » de la coopération américaine, car elle permet de tisser un réseau de soutiens locaux et de donner à ceux-ci des armes intellectuelles pour promouvoir des buts américains.

La mauvaise qualité de l'enseignement universitaire du droit est vue comme un obstacle majeur à la professionnalisation du système judiciaire, car les candidats qui se présentent au concours d'entrée dans la magistrature sont de niveau médiocre et, d'autre part, l'enseignement dispensé dans les écoles et centres de formation de la magistrature ne permet pas de compenser les lacunes des facultés de droit.

L'accroissement du degré de transparence de toutes les activités judiciaires est présenté comme la manière la plus efficace de lutter contre les comportements non conformes au professionnalisme, au légalisme et à l'esprit de service public qui devrait, selon les Américains, orienter l'action des personnels d'une institution judiciaire moderne et démocratique. La transparence est censée inciter les magistrats à résister non seulement à la tentation de la corruption, mais surtout à la « pression culturelle », c'est-à-dire aux attentes sociales qui les incitent à accorder des faveurs à leur famille et à leurs amis. *« La transparence du processus de sélection est plus importante que la composition de l'instance en charge de la gestion des ressources humaines. Offrir au public la possibilité de vérifier la qualité des candidats, telle est probablement la clé du succès en matière de modernisation du système judiciaire. »*

Dans un même esprit de promotion de la transparence, l'USAID est favorable à l'ouverture des conseils supérieurs de la magistrature à des représentants de la société civile, des professeurs de droit et des avocats, ainsi qu'à des magistrats de base élus par leurs pairs, de manière à ne pas laisser le sommet de la hiérarchie judiciaire, le ministère de la Justice et les partis politiques profiter de l'opacité des processus décisionnels au sommet du pouvoir judiciaire pour piloter seuls les transformations. Cette internalisation du contrôle externe au sein des instances de direction administrative de l'appareil judiciaire est également souhaitable au niveau de la juridiction, par l'invitation de représentants d'institutions tierces dans les assemblées générales. L'USAID entend aussi promouvoir la publicité des débats au CSM, la divulgation d'informations biographiques sur ses membres, la séparation, en son sein, des instances de sélection et des instances de nomination, ainsi que des instances d'évaluation des qualités professionnelles et des instances de promotion ou de sanction disciplinaire, l'élection plutôt que la nomination des représentants des corps de magistrats.

D'autres mesures en faveur de la transparence sont défendues par l'USAID. Le développement des outils de production d'information statistique doit permettre à des « chiens de garde » extérieurs de mesurer les évolutions de l'appareil judiciaire et de lancer des alertes dans l'espace public quand un dysfonctionnement est constaté. Les justiciables doivent, en outre, pouvoir accéder aisément à un système de recueil de leurs plaintes et doléances concernant la conduite des magistrats ou le fonctionnement des juridictions. Ce système doit, en même temps, éviter le harcèlement des magistrats par les parties perdantes.

Un autre ressort important de lutte contre la culture patrimonialiste est l'amélioration du statut social des magistrats, de leur niveau de rémunération et de leurs conditions de travail : le sentiment de dignité professionnelle est présenté comme une condition nécessaire pour renforcer l'indépendance et l'honnêteté des magistrats, même si les Américains admettent que ce n'est pas une condition suffisante. Une action efficace contre les comportements liés au patrimonialisme nécessite, en effet, d'autres mesures : accroissement de la transparence, de la méritocratie, durcissement du contrôle disciplinaire, qualité du recrutement... Le statut social des magistrats conditionne également l'attractivité de la profession auprès des juristes les plus talentueux et qualifiés. Cet engagement de la coopération américaine en faveur de la hausse du niveau de vie des magistrats de base et des greffiers apparaît, en même temps, comme un moyen de s'attirer des sympathies et des soutiens au sein même des juridictions locales, des associations professionnelles et des syndicats.

Enfin, le recul des pratiques contraires à l'idéal américain implique une action en faveur de la modernisation des barreaux, dans la mesure où les pratiques irrégulières (d'un point de vue légal ou moral) engagent le plus souvent un magistrat et un avocat.

En ce qui concerne l'architecture institutionnelle du pouvoir judiciaire, l'USAID est favorable à la réduction du pouvoir des juridictions suprêmes et des hauts magistrats, notamment par le biais d'un amoindrissement de leur poids dans la préparation et l'exécution du budget. Le but est d'éviter que les magistrats faisant preuve d'un esprit d'indépendance vis-à-vis de leurs supérieurs hiérarchiques ne soient punis par une diminution des moyens qui leur sont alloués. Il convient, selon les Américains, de réduire la capacité du sommet de l'appareil judiciaire à infléchir à son avantage les processus de réforme.

L'USAID reconnaît qu'il n'existe pas de formule idéale en matière d'articulation entre la magistrature et le ministère de la Justice. L'indépendance de la justice n'est pas incompatible avec la dépendance des juridictions vis-à-vis du MJ pour les fonctions administratives et budgétaires. Les Américains sont toutefois favorables à l'imitation de leur propre modèle, caractérisé par l'existence du système judiciaire en tant que branche séparée du pouvoir d'Etat dotée de sa propre autonomie de gestion. Une telle configuration est supposée rendre plus difficiles les ingérences politiques dans le fonctionnement de la justice. Il convient cependant d'attribuer à l'organe responsable de la direction administrative du pouvoir judiciaire les moyens nécessaires à son bon fonctionnement : formation des hauts magistrats au management et à la programmation budgétaire, développement de compétences en contrôle de gestion, décharges de travail juridictionnel pour les magistrats investis de responsabilités administratives...

Pour l'USAID, la question de l'indépendance de la justice ne peut pas être dissociée de celles de son efficacité, de son efficacité et de sa légitimité.

Action de l'ABA-CEELI

Domaines d'intervention :

- Contributions à la **modernisation des barreaux** : rédaction du règlement du concours d'entrée, élaboration du code de déontologie des avocats, création de structures nationales et locales de formation juridique continue, partenariat avec 12 barreaux modèles.
- Participation au **développement des méthodes alternatives de règlement des litiges** : rédaction de la loi sur la médiation votée en décembre 2004 ; création et mise en ligne d'une liste nationale des médiateurs certifiés ; formation des avocats à la médiation ; mise en place d'un programme pilote de *court referred mediation* dans le tribunal d'arrondissement de Plovdiv et création de centres de médiation à Vratsa, Stara Zagora, Assenovgrad et Bourgas ; formation d'une Association nationale des médiateurs chargée de produire des normes professionnelles et des règles de déontologie.
- Promotion de la réforme de l'enseignement universitaire du droit : création de cliniques du droit dans les villes de Roussé, Sofia, Bourgas, Veliko Tarnovo, Varna ; organisation de rencontres nationales et élaboration de standards universitaires, de manuels et d'un site Internet relatifs aux cliniques du droit. Les Américains obtiennent du gouvernement bulgare, en août 2005, la reconnaissance officielle des cliniques en tant que méthode d'enseignement de la pratique juridique : pour un étudiant, participer aux activités de la clinique équivaut à réaliser un stage dans un cabinet d'avocat ou dans une juridiction. Cette formation en clinique du droit

demeure facultative. L'ABA-CEELI pousse les cliniques à nouer des relations avec les municipalités et les barreaux afin de trouver les moyens financiers nécessaires à leur fonctionnement. Elle estime que la durabilité et la viabilité des cliniques, qui restent extrêmement dépendantes de l'aide américaine, n'est pas du tout assurée.

- Diverses actions dans le domaine de la justice pénale : promotion de l'aide aux victimes, introduction du plaider coupable dans le CPP bulgare et formation des procureurs à son usage, diagnostic de l'état du ministère public (en 2006), placement de magistrats et policiers de liaison dans des parquets locaux bulgares (Blagoevgrad, Plovdiv) dans le but « *d'identifier les procureurs favorables à la réforme des parquets et de les faire monter dans la hiérarchie* », ainsi que d'exercer sur eux un « tutorat ».
- Actions en faveur d'un processus de fabrication des lois plus transparent et plus ouvert à la société civile, promotion du dialogue public/privé et associations/gouvernement, enquête auprès du monde associatif sur sa participation à la préparation des projets de loi.

La fondation Soros s'investit particulièrement dans la promotion des cliniques du droit dans les PECO : elle soutient des cliniques dans plus de 60 universités.

1.2.2 - Les stratégies de la coopération américaine

La méthode d'intervention

L'approche est séquentielle. Les phases successives des interventions sont : l'analyse des conditions locales et la définition des objectifs ; l'évaluation du degré de réceptivité des différents acteurs locaux aux conseils américains et de leurs dispositions au changement ; l'élaboration participative de la stratégie d'action impliquant un maximum d'acteurs ; l'accent doit être placé sur la formation des juges et des greffiers ; promotion de changements à petite échelle visant notamment à accroître la transparence (affichage des critères de recrutement et de promotion, diffusion des décisions de justice, accès plus ouvert aux dossiers, divulgation annuelle de leurs avoirs par les magistrats...) ; réforme de l'enseignement universitaire.

Proposer des visites à l'étranger à certains membres des organisations bénéficiaires constitue un moyen de provoquer une prise de distances vis-à-vis des manières de penser et d'agir habituelles, ce qui favorise l'émergence d'une réflexion critique sur les défauts du système et d'une prise de conscience de l'existence de solutions alternatives.

Une assistance technique orientée vers la base de l'appareil judiciaire et la diffusion horizontale des innovations

Les approches américaines se caractérisent par leur pragmatisme, leur adaptation au contexte, leur préférence pour les actions au niveau local.

Les Américains s'efforcent de rénover les traditions locales en transformant leur contenu et leur sens pour les rendre compatible avec leur idéal de système judiciaire moderne.

Par exemple, le *Judicial Development Project for Bulgaria* (JDP), une autre émanation de l'USAID, s'efforce actuellement d'instaurer un système de tutorat pour la formation sur le tas des « magistrats juniors » (la première fonction, occupée pour une durée de deux ans, par les nouveaux entrants dans la magistrature, qui ne bénéficient pas encore de l'irrévocabilité). Ce projet s'inscrit parfaitement dans la tradition bulgare, puisqu'il vise à réhabiliter, rationaliser, systématiser et rendre plus efficace le dispositif traditionnel d'apprentissage du métier qui

connaît de graves dysfonctionnements depuis le changement de régime. Néanmoins, les valeurs et les pratiques que les « juges tuteurs » doivent promouvoir sont précisément celles qui sont prônées par la coopération américaine. Les « juges tuteurs » doivent, selon l'USAID, être choisis pour leur « haut niveau de professionnalisme, d'honnêteté et de performance ». En pratique, ceux qui possèdent ces qualités sont ceux qui ont suivi la formation à l'exercice du tutorat proposée par le JDP. Ces magistrats éduqués et sélectionnés par les Américains sont présentés comme le modèle à suivre pour l'apprentissage des « conduites appropriées », notamment la « pensée critique » et la démarche orientée vers la « résolution de problèmes ». Ces « bonnes pratiques » sont décrites en détail dans les manuels, brochures et fiches techniques produits par le JDP et diffusés dans de nombreux tribunaux.

Les juges tuteurs doivent conseiller leurs collègues débutants sur la manière d'écrire un jugement, de lire et comprendre les textes, d'effectuer des recherches juridiques, de se comporter en accord avec le code de déontologie de conduire une audience, de diriger leurs équipes de greffiers et de gérer les flux d'affaires dans un souci de réduction des délais. Ils doivent apprendre aux magistrats juniors à tenir un raisonnement juridique et à apprécier leur marge de manœuvre en ce qui concerne l'interprétation de la loi.

Une telle démarche traduit la reconnaissance par les Américains de la mauvaise qualité de l'enseignement universitaire du droit : ils se rangent aux côtés des magistrats contre les professeurs de droit qui prétendent former des juristes possédant, à l'issue de leur cursus universitaire, toutes les compétences requises pour assumer les fonctions de juge ou de procureur. Elle manifeste aussi leur volonté d'infléchir la tradition de très grand formalisme juridique qui caractérise les PECO. « *Le juge ne doit pas suggérer, par la manière dont il se comporte durant l'audience, que le procès est une pure formalité et que les magistrats sont paresseux, mais faire en sorte que les justiciables aient le sentiment que le droit à une valeur, que l'équité est respectée et que la justice est impartiale* » [Mentor Judge Guide]. Le juge tuteur est formé pour employer des méthodes d'apprentissage telles que « l'écoute active, le *coaching*, le retour d'expérience, les stratégies de questionnement » : cette formation des cadres à l'exercice du tutorat a aussi pour but de faire évoluer les relations hiérarchiques dans les juridictions vers moins d'autoritarisme. L'idée selon laquelle le tuteur doit être évalué par le magistrat junior est, à cet égard, particulièrement subversive dans le contexte bulgare. D'autre part, à travers le tutorat, les Américains cherchent à promouvoir des techniques de gestion de l'activité juridictionnelle : regroupement des affaires du même type, spécialisation des magistrats dans un type de droit particulier, rationalisation du travail (fabrication de formulaires-types, jugements-types...), délégation aux greffiers d'un maximum de tâches, incitation des parties à communiquer et négocier en dehors des audiences, encouragement à recourir aux instruments d'arbitrage ou de conciliation, usage plus systématique des procédures rapides et des possibilités de prendre des décisions en dehors des audiences.

Les Américains s'efforcent de mettre à profit des mécanismes horizontaux de diffusion du changement différents de ceux, verticaux, que les Européens tentent d'actionner. La stratégie étasunienne consiste à s'investir fortement dans la réorganisation de quelques juridictions et dans la formation de quelques jeunes magistrats – désignés par eux comme exemplaires – puis à encourager, par diverses initiatives, la propagation horizontale des modèles ainsi constitués.

Depuis 2001, l'*East West Management Institute* (EWMI), créé pour mettre en œuvre le *Court Administration Program* et le *Court Improvement Plan* (CIP) de l'USAID, fournit une aide décentralisée à un réseau de 11 « tribunaux modèles » visant à expérimenter tout un ensemble d'innovations en matière d'organisation du travail : modification des procédures de gestion et de suivi des dossiers judiciaires tout au long des « chaînes » civile et pénale ;

conception et installation d'instruments informatiques destinés à faciliter cette gestion ; transformation de l'espace physique dans le tribunal ; changement des modes de gestion du personnel et d'exercice du pouvoir hiérarchique ; propositions d'amendements des règlements et standards fixés par le MJ et le CSJ. Par la suite, les tribunaux modèles ont été jumelés avec une vingtaine de « tribunaux partenaires » de manière à préparer la diffusion par les Bulgares eux-mêmes des innovations testées et des savoir-faire acquis au contact des Américains. Les « greffiers relais » désignés par les Américains pour être leurs correspondants au sein des « tribunaux modèles » et des « tribunaux partenaires » ont pour rôle de faire du prosélytisme auprès de leurs collègues en faveur des valeurs, attitudes et méthodes de travail exportées par l'USAID.

La recherche de complémentarité entre différents types d'action

L'influence américaine s'exerce à travers une gamme étendue de modalités d'intervention qui s'étaient mutuellement et sont complémentaires les unes avec les autres. Cette capacité à déployer de façon simultanée et coordonnée une pluralité d'initiatives de différentes natures – technologique, organisationnelle, professionnelle, juridique, diplomatique, médiatique, politique – constitue l'un des traits distinctifs les plus frappants de la stratégie américaine.

Les différentes organisations américaines présentes en Bulgarie agissent de façon très coordonnée sous l'égide du représentant du *US Department of Justice* au sein de l'ambassade américaine. Celui-ci veille à ce que les différentes réformes initiées par les Américains se complètent et s'appuient les unes sur les autres. Ainsi, l'objectif de faire reculer la corruption est décliné par de multiples actions à différents niveaux : apprentissage de la déontologie professionnelle dans les « cliniques du droit » créées grâce à l'aide américaine dans les universités bulgares ; cours d'éthique dispensés aux magistrats juniors au sein de l'Institut national de la justice et contrôle de leur comportement en juridiction par les « juges tuteurs » ; soutien aux organisations professionnelles de magistrats s'attelant à la rédaction d'un code de déontologie ; action diplomatique énergique de l'ambassadeur américain, qui n'hésite pas à critiquer vertement les autorités bulgares, quitte à provoquer un tollé ; sondages sur la perception de la corruption judiciaire par le public ; financement de l'installation de dispositifs technologiques permettant, entre autres fonctionnalités, de contrôler l'activité individuelle et collective dans les juridictions (système de gestion automatisé des dossiers rendant impossibles certaines manipulations, informatisation des salles d'audience permettant aux avocats de contrôler les retranscriptions opérées par le greffier, création de sites Internet des tribunaux où les décisions des juges sont mises en ligne, ce qui les oblige à les motiver davantage ; instruments de production de statistiques facilitant la détection des abus en même temps que l'évaluation des mérites personnels...).

L'utilisation des logiciels de type *Computerized Case Management System* (CMS) développés et diffusés par les Américains implique de mettre en place certains des changements d'organisation du travail prônés par l'USAID, en particulier au niveau de la gestion des dossiers en papier, de la répartition des affaires entrantes entre les juges du ressort, de l'évaluation des performances professionnelles. Le CMS est en même temps un instrument de gestion visant à réduire les délais et à éviter les vices de procédure (envoi des convocations, rappel des dates butoirs...) et un outil de lutte contre la corruption, car il automatise certains aspects « sensibles » de la manipulation et de la circulation du dossier qui offraient des prises à des malversations (vol ou altération de pièces...). Le CMS permet la consultation par voie électronique du dossier par les différentes parties à l'instance sans déplacement du dossier papier. Il limite ainsi le nombre de personnes ayant un accès physique aux pièces.

D'autre part, la formation des formateurs apparaît, pour l'USAID, comme le moyen de se constituer, dans de nombreuses juridictions, un réseau de magistrats et de greffiers capables de servir de relais pour la diffusion de ses initiatives. La mobilisation de ce réseau est entretenue par diverses actions : organisation de réunions d'échange d'expérience, séminaires d'information sur les innovations, les relais de l'USAID sont invités à représenter leur ressort dans de grandes manifestations nationales. Ainsi, deux greffiers relais de l'EWMI ont été choisis dans chaque « tribunal partenaire » : ils sont chargés de communiquer au JDP, avec l'accord du chef de juridiction, des informations relatives aux activités, enjeux et événements locaux, ainsi que de coordonner dans le ressort les actions impulsées par le JDP.

Nous avons observé d'autres exemples d'instruments de rationalisation de l'activité juridictionnelle susceptibles de changer la culture administrative dans le système judiciaire. Des initiatives telles que l'élaboration de « fiches de poste » décrivant le rôle et les fonctions des différents employés administratifs de la juridiction et, d'autre part, la création de procédures pour informer largement les candidats potentiels de l'existence de postes vacants, ont officiellement pour but de faciliter le choix d'une personne qualifiée répondant aux exigences particulières d'un poste à pourvoir. Mais ces outils de gestion des ressources humaines participent, en même temps, des efforts américains pour promouvoir la formalisation, la transparence et la professionnalisation du recrutement contre les pratiques traditionnelles de népotisme, piston et copinage. L'aide à l'instauration de systèmes de recueil des suggestions, doléances et plaintes des justiciables vise à modifier l'attitude des personnels judiciaires vis-à-vis des justiciables, ainsi qu'à faire évoluer le fonctionnement des juridictions dans le sens d'une meilleure prise en considération des besoins et demandes des usagers.

Le paternalisme américain

En même temps, la coopération américaine se distingue par son caractère extrêmement intrusif.

L'objectif de réduction des délais et des stocks d'affaires en attente exige, selon les Américains, l'examen minutieux des pratiques mises en œuvre dans les juridictions en matière d'usage des procédures, de gestion des flux de dossiers, de répartition des tâches entre les différentes catégories de personnel. « *Toutes les étapes et les dimensions des processus de travail doivent être soumis à examen.* » [USAID, CIP]. Le savoir ainsi accumulé permet aux conseillers américains de faire autorité sur d'autres questions, politiquement beaucoup plus sensibles, comme la corruption. Les Américains revendiquent le droit d'intervenir en profondeur au nom de l'efficacité de leur démarche d'ingénierie de l'organisation du travail.

Dans le même ordre d'idées, l'USAID recommande aux opérateurs de programmes de coopération et à leurs partenaires locaux de procéder à une analyse approfondie du budget de la justice et de la façon dont il est utilisé, ainsi que du fonctionnement administratif des ressorts judiciaires, avant d'apporter leur appui aux demandes d'accroissement des moyens émanant de la magistrature. En effet, les ressources disponibles sont souvent, selon l'USAID, mal utilisées et réparties au détriment des juridictions de bas, tandis que les hautes juridictions bénéficient de conditions très favorables. L'interventionnisme américain est, dans ce cas, justifié par l'impératif d'amélioration de la répartition des moyens entre les différents organes et unités de l'appareil judiciaire.

Le plan de modernisation de l'administration des juridictions bulgares conçu par l'EWMI – le *Court Improvement Plan* (CIP) – fournit une illustration saisissante de la façon dont le souci américain de proposer des solutions concrètes et immédiatement applicables, ciblant

davantage les pratiques quotidiennes des professionnels que les normes ou les principes institutionnels, conduit la coopération américaine à exercer ce qu'il faut bien appeler un paternalisme sur les juridictions partenaires.

Le CIP est un guide d'action structuré à l'intention de la direction des tribunaux, qui présente l'inventaire des changements d'organisation à opérer et propose une démarche concrète pour les mettre en œuvre. L'objectif affiché est de combattre la corruption et d'accroître l'efficacité de l'activité juridictionnelle en rendant les processus de travail plus transparents.

Le CIP cherche à s'appuyer sur la démocratisation des processus de décision dans les juridictions. Il s'agit d'accroître le poids des collectifs de travail face à la direction du ressort, de susciter des décloisonnements et des alliances entre greffiers et juges de grade inférieur. L'accroissement du pouvoir de la base doit s'opérer par le biais du renforcement de l'assemblée générale du ressort, ainsi que par une association plus étroite des greffiers aux décisions concernant l'organisation du travail et la gestion des dossiers. Des recommandations extrêmement détaillées sont faites concernant la manière d'organiser les assemblées générales, allant jusqu'à en préciser l'ordre du jour. Ces suggestions portent sur : la diffusion préalable de l'ordre du jour, la possibilité qui doit être laissée aux juges d'y inscrire un sujet, la conduite des débats (prise de notes pendant l'assemblée et diffusion d'un compte rendu). Les Américains énumèrent les sujets qui peuvent être abordés : gestion des dossiers et réduction des délais, questions déontologiques, relations avec le barreau local, les autres juridictions, l'Association des juges, le CSJ, l'environnement politico-administratif local, amélioration de l'accueil des usagers, rapports entre magistrats et greffiers et répartition des tâches. L'EWMI estime souhaitable qu'au moins trois assemblées générales soient convoquées chaque année. Il convient, selon lui, que des avocats soient conviés à observer les AG du tribunal et, réciproquement, que des juges assistent aux réunions du conseil du barreau du ressort. Trois réunions annuelles entre le tribunal et le barreau doivent être organisées afin de traiter des questions telles que l'aide juridictionnelle, les commissions d'office, la manière d'appliquer les nouveaux textes. EWMI prône en outre de convoquer des assemblées du personnel administratif de la juridiction, ainsi que des réunions entre représentants des différents tribunaux d'arrondissement d'une même région (afin de favoriser la circulation des innovations techniques et organisationnelles). Conférer un rôle accru à ces différentes assemblées dans la définition des politiques locales de justice revient, bien évidemment, à réduire le pouvoir des chefs du ressort (président du tribunal et procureur). A cet égard, l'EWMI propose aux magistrats ayant des fonctions d'encadrement des formations portant sur les méthodes de direction, l'animation et la supervision d'équipe, la planification stratégique : il s'agit de faire adhérer les dirigeants locaux à ces modes de management plus participatifs. De même, l'une des raisons de l'appui apporté aux associations de magistrats est l'espoir qu'elles revendiqueront une gestion plus collégiale des juridictions et qu'elles participeront à la diffusion de méthodes de direction moins autoritaires.

EWMI propose une maquette de site Internet pour les tribunaux bulgares et se prononce sur le contenu souhaitable (boîte à suggestions et doléances, affichage des postes vacants, publication des jugements...). Les Américains incitent les responsables administratifs des juridictions à produire des rapports d'activité bimensuels et semestriels étayés par des statistiques, à des fins de répartition équitable des charges de travail, de programmation budgétaire et de gestion prévisionnelle. Le CMS est prévu pour générer automatiquement les données indispensables à la confection de ce rapport.

Le *Court Improvement Plan* place l'accent sur l'accueil des justiciables : il explique comment mettre en place des bureaux d'information et d'orientation où les justiciables sont

renseignés par des greffiers polyvalents ; il propose des solutions pour faciliter l'accès aux dossiers judiciaires ; il insiste sur la nécessité d'afficher les frais de justice et d'inciter les greffiers à porter des badges nominatifs ; il conseille d'afficher publiquement que la politique de la juridiction est de refuser les pots-de-vin et que toute tentative de corruption doit être signalée au chef de juridiction ; il édite des brochures d'information et des posters à l'intention des usagers des tribunaux, qui sont disponibles dans les lieux d'attente ; il forme les greffiers aux relations avec les justiciables ; il a créé des groupes de travail pour élaborer des formulaires-types, il a conduit des enquêtes par sondage auprès des usagers sur leur perception du tribunal, leurs motifs de mécontentement et leurs attentes.

Le plan de modernisation de l'USAID a été approuvé en 2006 par le CSJ et diffusé dans tous les tribunaux.

La multiplication des contrôles sur l'activité juridictionnelle

Le développement du contrôle réciproque au sein des organisations est conçu comme le moyen le plus efficace pour dissuader les magistrats et les greffiers de s'adonner à la corruption.

L'un des chevaux de bataille de l'USAID est la création de bureaux d'accueil des justiciables où les greffiers sont moins tentés d'extorquer des pots-de-vin dans la mesure où ils travaillent les uns sous le regard des autres. « *Le bureau d'accueil doit servir de point de contact unique entre le public et la juridiction. Un seul greffier, y travaille sous la surveillance de plusieurs collègues installés dans le même espace de travail. Il renseigne les visiteurs qui se présentent au guichet et leur délivre tout un ensemble d'informations et de services que ceux-ci devaient, auparavant, aller chercher dans différents bureaux de la juridiction auprès de différents employés... Les greffiers doivent tourner à ce poste afin d'éviter que ne se nouent des relations personnalisées avec certains justiciables.* » [USAID, EWMI, CIP].

Les Américains s'efforcent, en outre, de promouvoir différentes formes de contrôle externe de l'activité juridictionnelle – par les associations de défense des droits de l'Homme, les organisations professionnelles, les *think tanks*, les scientifiques, les barreaux, les médias, les justiciables – et incitent la justice à accroître sa communication publique (publicisation des débats du CSJ, création de services de relations publiques dans les grands tribunaux...).

Les donateurs incitent à la création de relations partenariales entre acteurs locaux. Par exemple, l'USAID appelle le Conseil supérieur du Barreau à impulser une action coordonnée avec les autres associations de juristes pour transformer les études de droit. Le CSB est exhorté à promouvoir les méthodes interactives d'enseignement, faire du lobbying pour le développement des enseignements pratiques, faire en sorte qu'un représentant du barreau participe à l'Agence nationale d'accréditation et d'évaluation des établissements d'enseignement supérieur, encourager la coopération entre les facultés de droit et les barreaux locaux, améliorer l'organisation des stages et organiser des échanges entre étudiants et praticiens. [ABA-CEELI, LPRI, 2004, p.21].

L'une des stratégies des américains pour faire évoluer la justice bulgare est de la mettre en concurrence avec d'autres systèmes de résolution des litiges.

Les stratégies européennes

Les Européens, contrairement aux Américains, misent sur la diffusion verticale et hiérarchique des innovations. Leur coopération est orientée vers les élites judiciaires plutôt que vers la base. Les experts européens sont en concurrence les uns avec les autres, du fait de

la multiplicité des modèles existant dans les Etats membres et du système communautaire d'appel d'offre pour l'opérationnalisation des programmes de coopération. Ils interviennent de manière non coordonnée, sans continuité, ce qui laisse le champ libre à la coopération américaine pour se donner vocation – sans que les conseillers européens y trouvent rien à redire – à mettre en cohérence les efforts internationaux en vue de transformer la justice bulgare.

1.2.3 - La capacité des Américains à imposer leur vision des réformes

La coopération américaine a su se doter d'objectifs clairs, d'une stratégie cohérente combinant une pluralité d'angles d'attaque et de modalités d'intervention. Elle dispose, pour parvenir à ses fins, de moyens d'action considérables. A eux seuls, ces éléments suffiraient à expliquer la portée supérieure de l'action des Américains par rapport à celle des Européens. Pourtant, le ressort le plus efficace de l'influence américaine se situe ailleurs. On ne peut, en effet, qu'être frappé par la capacité des organisations de coopération étasuniennes à imposer leur définition des problèmes, au moyen de la production de données et d'analyses qui deviennent la référence pour tous les autres acteurs aussi bien nationaux qu'internationaux.

Les « tribunaux modèles » dans lesquels l'USAID expérimente diverses innovations organisationnelles constituent un observatoire privilégié de la justice bulgare [USAID, 2004a, p.42]. Les conseillers américains disposent, grâce aux collaborations ainsi nouées, d'un important capital de connaissances sur le fonctionnement réel du système judiciaire. Ce savoir est mis en valeur à travers une série de rapports d'évaluation des progrès accomplis par la justice bulgare, les *Judicial Reform Index* (JRI) et *Legal Profession Reform Index* (LPRI). Ces documents, que chacun peut consulter sur le site Internet de l'USAID, confèrent aux Américains une forte capacité d'influence sur les autorités bulgares, qui ne disposent pas, pour leur part, d'instruments équivalents d'observation et d'analyse de la situation dans les institutions du pays. « *Il n'existe pas en Bulgarie de mécanisme pour évaluer les besoins en matière de réforme, fixer les priorités et déterminer la teneur des mesures à prendre en pratique. L'Etat dispose de peu d'informations objectives sur le fonctionnement du système judiciaire et d'aucune capacité d'analyse de ces informations.* » [rapport pour l'*Open Society Institute* écrit par Yonko Grozev et Alexandar Arabadjiev en 2002].

La coopération américaine met en œuvre des méthodes de sciences sociales pour évaluer les problèmes et les besoins : réflexion en petits groupes composés de membres des différentes professions concernées (magistrats, avocats, universitaires, fonctionnaires du MJ, usagers ...), sondages dans les juridictions, etc. Les conseillers américains mettent en avant, en toutes occasions, le caractère politiquement neutre et scientifiquement fondé de leurs propositions.

Parce qu'ils ont la plus grande capacité à produire des données et des interprétations apparemment objectives sur l'état de la justice bulgare et sur les problèmes rencontrés par les usagers d'outils juridiques, les experts américains parviennent à imposer leur conception des réformes nécessaires. Ce sont les rapports américains qui servent aux autorités bulgares et aux experts européens à établir leurs évaluations des problèmes justifiant une réforme et, bien souvent, ces derniers ne font que reprendre à leur compte les suggestions de solutions américaines qui passent alors pour européennes.

L'USAID ne doute pas de la capacité de ses experts à développer une compréhension de la situation dans le champ judiciaire local plus approfondie que celle des acteurs locaux eux-mêmes. Seul un cercle étroit de réformateurs locaux dispose de moyens cognitifs adéquats pour tirer partie des données et des analyses construites par les spécialistes américains. Les

analyses systémiques et organisationnelles produites par les experts américains ne rencontrent que peu d'écho auprès d'acteurs qui ont l'habitude de raisonner à partir de leur expérience personnelle, d'échanges de vues avec des membres de leur réseau, de rumeurs et qui sont, bien souvent, convaincus que les pratiques informelles priment sur les règles institutionnelles. Beaucoup d'oppositions aux réformes sont provoquées par l'incompréhension des tenants et des aboutissants des initiatives américaines, d'où la nécessité, selon l'USAID, de mener une action pédagogique.

Qui plus est, les Américains déploient d'habiles stratégies de lobbying politique pour pousser le parlement, le gouvernement et le CSJ à s'engager en faveur de la généralisation des innovations expérimentées dans les ressorts investis par la coopération étasunienne. L'USAID noue des alliances avec les organisations les plus influentes de la société civile ayant un intérêt aux réformes judiciaires : chambres de commerce, organisations patronales, associations d'investisseurs étrangers. Elle s'appuie ensuite sur ces relais pour transmettre aux décideurs des programmes de réforme « clé en main » présentés comme « ce qu'attend la société et les élites bulgares ». Cette stratégie de constitution de groupes de pression assure aux conseillers américains une place éminente au moment de l'élaboration des textes.

Ainsi, l'USAID s'est rangée aux côtés des organisations patronales qui demandaient que la gestion du registre du commerce soit retirée aux tribunaux régionaux pour être confiée à une instance administrative, mais est elle-même en grande partie à l'origine de cette réforme puisque ce sont les conseillers américains qui ont orchestré la prise de position et le lobbying du patronat bulgare sur ce thème. Les experts étasuniens étaient omniprésents dans les arènes et forums où cette question était débattue : ils informaient leurs partenaires bulgares des « meilleures pratiques » ayant cours dans les autres pays, ils proposaient des programmes de mise en œuvre, des plans de financement, ils assuraient une assistance à la rédaction des textes.

1.2.4 - Limites et effets pervers de l'influence américaine

Les Américains déploient, on l'a constaté, des dispositifs d'aide aux réformes beaucoup plus efficaces que ceux des Européens. Peut-on affirmer, pour autant, que la coopération américaine parvient à transformer en profondeur la façon dont la justice est administrée et rendue en Bulgarie. Rien n'est moins certain.

L'examen des rapports d'activité de l'USAID portant sur le travail accompli avec les tribunaux modèles suggère des résultats très en dessous des ambitions affichées. Tous les documents sont quasiment identiques : c'est le même rapport type qui a servi de modèle pour chacun des documents finaux et seules de très légères variations ont été introduites (la description des problèmes spécifiques rencontrés au niveau local est la même pour tous les ressorts !). Cette vacuité des rapports d'activité peut s'expliquer par la faible mobilisation des partenaires bulgares en faveur des changements que EWMI s'efforce d'introduire : le degré d'engagement est trop faible pour avoir suscité des réflexions et des adaptations originales au niveau local méritant d'être mises en valeur dans le rapport. On peut également déceler, en étudiant attentivement les données statistiques mentionnées dans les rapports, que les changements impulsés par les Américains ont des effets très variables sur la production juridictionnelle. Dans la majorité des cas, l'impact est nul : la juridiction était déjà beaucoup plus performante que la moyenne avant de participer au CIP et elle reste parmi les plus efficaces du pays (en terme de respect des délais et de rapidité du traitement des affaires). Dans plusieurs cas, les innovations introduites par les Américains provoquent une baisse momentanée de la productivité, suivie d'un rétablissement ou d'une hausse plus ou moins

importante. Enfin, dans un petit nombre de cas, les performances de la juridiction ne cessent de décliner.

Les résultats affichés sont, principalement, la mise en place effective du CMS dans une poignée de juridictions (moins de la moitié des tribunaux modèles) ; l'introduction des nouvelles technologies de l'information et de la communication dans les juridictions (informatisation et Internet) ; le changement des dispositifs de classement, d'indexation, de circulation et d'archivage des dossiers ; l'instauration de procédures de recrutement sélectives et équitables pour le personnel administratif (nous n'avons pas réussi à déterminer avec certitude si elles sont réellement appliquées) ; la mise à disposition du public d'une information plus abondante et élargissement des horaires d'accueil. Le bilan apparaît maigre au regard de l'étendue des problèmes du système judiciaire tels qu'ils sont diagnostiqués par EWMI dans ces mêmes rapports : manque de ressources humaines et financières, système de gestion des dossiers obsolète et inadapté, manque de qualification des greffiers et des magistrats, répartition inefficace des tâches entre les différentes catégories de personnel, conditions d'accueil du public très insatisfaisantes.

L'USAID a fait réaliser en 2005 une étude d'impact des innovations introduites dans un réseau de 32 tribunaux modèles et partenaires, par comparaison avec les tribunaux n'ayant pas reçu son assistance. L'enquête révèle une différence de 15% du niveau de satisfaction des usagers concernant la qualité des procédures, l'accès au dossier, la rapidité de traitement des affaires, la convocation des témoins. Il faut toutefois rappeler que les tribunaux choisis pour participer au programme de modernisation américain comptaient déjà parmi les plus efficaces du pays : il n'est donc pas du tout évident que ce résultat soit lié aux initiatives américaines.

D'autre part, la vision des conseillers américains n'échappe pas à un certain ethnocentrisme qui les a conduit à sous-estimer certains problèmes et à ne pas soutenir certains types de changements. Ainsi, les diagnostics américains ne pointent pas les sources de dysfonctionnements qui correspondent à des aspects consensuels de leur propre système judiciaire. Par exemple, l'oralité de la procédure, dont on a vu qu'elle est en grande partie responsable de la lenteur des procès, n'est jamais remise en cause. Les Américains tiennent un discours très critique vis-à-vis des procédures écrites, qui donnent la possibilité aux juges et aux greffiers de perdre intentionnellement ou de falsifier des pièces de dossier dans le but d'empêcher la poursuite du procès ou d'en modifier l'issue. La coopération américaine prône les procédures orales, contradictoires et publiques. Elle est hostile à l'inclusion des témoignages, déclarations et expertises sous forme écrite dans le dossier, surtout quand l'échange de pièces entre les parties n'est pas obligatoire. L'oralité de la procédure est supposée contraindre le juge à mieux argumenter ses décisions.

On peut, enfin, se demander si la stratégie américaine consistant à s'allier avec les magistrats de base pour vaincre les résistances de la hiérarchie n'aboutit pas, au bout du compte, à exacerber l'hostilité aux réformes du sommet de l'appareil judiciaire. La haute magistrature inquiète des initiatives américaines trouve un soutien de poids auprès des professeurs de droit et de certains juristes reconvertis dans la politique, qui partagent un fort attachement à la préservation de la tradition juridique nationale. Dans le cas de la Bulgarie, cette opposition peut s'appuyer sur une Cour constitutionnelle beaucoup moins sensible aux pressions internationales que le parlement et le gouvernement. Dans le même temps, les conseillers américains ne trouvent pas le soutien escompté tant à l'intérieur du système judiciaire qu'à l'extérieur, en raison de la faiblesse des organisations professionnelles de juristes et, plus largement, du caractère embryonnaire de la société civile. Les communautés d'experts locaux sont de tailles très réduites. En somme, les américains s'allient avec les acteurs locaux les plus faibles, voire créent ces acteurs de toutes pièces, puis s'efforcent de les

renforcer au détriment d'acteurs puissants. Bien évidemment, ces derniers ne restent pas sans réagir et déploient des stratégies visant à préserver le *statu quo* tout en évitant de s'opposer frontalement aux acteurs internationaux.

Ces stratégies d'opposition indirecte ou passive aux réformes ont toutes les chances d'être efficaces dans la mesure où les donateurs ont une capacité limitée à contrôler et à sanctionner la mise en œuvre effective des transformations impulsées par eux. Il suffit alors aux dirigeants exposés aux pressions étrangères de faire montre d'un activisme réformateur de façade. Les réformes à répétition ont pour effet de neutraliser les critiques extérieures tout en satisfaisant les exigences de changement exprimées par les acteurs internationaux : chaque transformation est trop récente pour que son impact puisse être évalué. Le bénéfice du doute est laissé aux autorités bulgares ou roumaines pendant quelques mois. Et quand les transformations effectives vont trop loin au goût des fractions conservatrices de la magistrature, celles-ci conservent la capacité de contraindre le pouvoir politique à revenir sur certains gages donnés aux prescripteurs étrangers. Ainsi, les réformes de 2004 en Bulgarie constituent un retour en arrière par rapport à plusieurs changements voulus par les Américains : allongement de 3 à 5 ans de la période probatoire, création d'un mandat à durée limitée pour les chefs de juridiction, élargissement des possibilités de recrutement sans passer par le concours. Hypothèse : la haute magistrature bulgare s'appuie sur les Européens, qui ont une moindre connaissance des travers du système judiciaire bulgare, pour revenir sur les changements qui, à l'usage, se sont révélés contraires à ses intérêts.

La promotion de la transparence des activités administratives et juridictionnelles en tant que moyen de lutter contre la corruption, l'indolence et l'irresponsabilité implique que ces attitudes suscitent une forte réprobation dans la société bulgare, ce qui n'est pas évident.

Certains acteurs domestiques parviennent à instrumentaliser à leur profit l'influence étrangère. Les responsables du Centre de formation des magistrats (CFM), en Bulgarie, s'appuient sur leurs partenaires étrangers pour ne pas être mis hors-jeu en dépit des réformes de la formation, préserver leur autonomie vis-à-vis du MJ et faire en sorte que l'Etat bulgare prenne le relais des donateurs étrangers (et dégage des fonds suffisants) pour le financement de l'école de la magistrature. Ainsi, tous les rapports d'experts internationaux publiés à l'occasion de la réforme de 2002 – y compris les recommandations de la Commission européenne – soulignent l'acquis important que représente le CFM pour le système judiciaire bulgare et insistent sur la nécessité d'une forte continuité entre le Centre et le futur Institut national de la justice appelé à le remplacer. Cette pression étrangère permet aux cadres du CFM de conserver leur place en dépit du changement de gouvernement en 2001 et des conflits qui entourent la restructuration de la formation initiale des magistrats.

Les acteurs internationaux sont instrumentalisés dans les luttes entre corps de magistrats et dans les oppositions entre MJ et CSJ. Un rapport de mission d'une délégation d'experts néerlandais dans le cadre d'un programme PHARE consacré au « renforcement de l'Etat de droit » (avril 2002) tient pour anormal que les juges doivent partager le pouvoir de décision au sein du CSJ avec les procureurs et les magistrats instructeurs. Ce mélange des genres est décrit comme une menace contre l'indépendance de la seule magistrature « pur-sang », c'est-à-dire les juges, et comme une source de conflit d'intérêts. Par ailleurs, le pouvoir du Procureur général sur son appareil est présenté comme excessif et « l'opacité complète » du ministère public est fustigée. Le rapport s'inquiète également des « pouvoirs administratifs étendus qui sont, de fait, entre les mains du MJ » et qui dérogent au principe d'autogouvernement de la justice (référence est faite au pouvoir de collecte d'information sur l'activité quotidienne des juridictions). Les experts préconisent un CSJ dominé par les juges.

Les conseillers américains ont pris très clairement le parti du CSJ dans la lutte qui l'oppose au MJ. Le MJ n'est jamais évoqué comme partenaire dans les brochures de l'USAID, tandis que le CSJ est décrit comme « l'organe clé » pour la mise en place de structures de management efficaces dans l'appareil judiciaire et pour l'amélioration de la qualité de la justice. Les Américains soutiennent que toute extension des attributions du MJ au détriment du CSJ aurait pour conséquence de diminuer l'indépendance de la justice, ce qui ne pourrait que ralentir le processus de professionnalisation des magistrats.

1.3 - Les mutations des professions juridiques

Les professions juridiques incluent l'ensemble des personnes ayant obtenu la qualification juridique et qui poursuivent les carrières de juge, procureur, magistrat d'instruction, juge de l'exécution, juge de l'enregistrement, avocat, conseiller juridique (au service d'une entreprise, d'une banque, d'un cabinet d'audit ou de consultance, d'une administration...), notaire, huissier.

Il existe une très forte segmentation entre les professions juridiques. Les unes ne s'ingèrent pas dans les affaires des autres. Ainsi, les praticiens estiment généralement que le niveau de compétence des jeunes collaborateurs recrutés à la sortie des facultés de droit est très faible, mais ils ne critiquent pas de manière frontale le travail des professeurs de droit.

Les professions juridiques privées - notaires, avocats et conseillers juridiques - sont en concurrence les unes avec les autres pour accroître leur part du marché du conseil juridique aux entreprises.

1.3.1 - L'enseignement du droit

Les études juridiques constituaient une filière prestigieuse à l'époque du communisme. Elles étaient réservées aux enfants des familles influentes de la nomenklatura et permettaient d'accéder à des fonctions très prisées, notamment dans la diplomatie, le commerce international, la sécurité d'Etat ou le ministère public. L'un des principaux défis auquel sont confrontés les systèmes judiciaires des PECO, au sortir du communisme, est la nécessité d'impulser une transformation rapide des manières de travailler des professionnels du droit. Cependant, très peu d'enseignants sont capables de dispenser une formation permettant l'apprentissage de pratiques professionnelles conformes aux standards européens. Tous les professeurs de droit ont été formés et ont fait carrière dans l'ancien système [Topaloff, 2003, p. 11].

Aujourd'hui, le cursus universitaire qui prépare à l'accès aux professions juridiques est défini par l'Etat. La loi fixe le nombre d'heures de chaque matière que les étudiants doivent suivre au cours du cycle de cinq ans qui les amène à la « capacité juridique » (c'est-à-dire le certificat d'aptitude à exercer les professions juridiques). Les exigences formelles à l'égard des étudiants sont aussi strictes que dans les autres pays européens. Cependant, il n'existe pas de réglementation précise du contenu des cours obligatoires. Il n'y a pas de définition officielle des connaissances qui doivent être acquises par les étudiants. Dans les Etats membres de l'UE, les diplômes en droit sont des grades universitaires et n'ouvrent pas l'accès aux professions juridiques. L'entrée dans les corps professionnels est filtrée par des examens ou des concours et nécessite d'effectuer une formation supplémentaire. En Bulgarie, le stage judiciaire (ramené de 12 à 3 mois en 2002), qui fait partie des études de droit (dernière année) et l'obtention de la capacité juridique permettent de s'inscrire dans un barreau (jusqu'en 2004, création de l'examen d'entrée au barreau), d'ouvrir une étude de notaire (depuis 1998) ou d'être recruté comme magistrat junior dans une juridiction (jusqu'en 2002, création du concours de la magistrature). Pourtant, le stage judiciaire n'a guère de valeur pédagogique, ainsi que nous le verrons ci-après.

L'enseignement du droit est très théorique et ne prépare pas les étudiants au travail de praticien. Les facultés ne dispensent pas de cours obligatoires portant sur les différents métiers juridiques et leurs rôles dans la société. La principale compétence exigée des étudiants

est la mémorisation du cours, non la capacité d'analyser une situation d'un point de vue juridique, ni la compréhension des logiques sous-jacentes et des subtilités de la législation. Il y a très peu de formation à la rédaction d'argumentations juridiques. Les facultés de droit n'ont pas exploité la possibilité qu'elles ont de proposer des cours optionnels pour développer la préparation à la pratique professionnelle, pour offrir des enseignements spécialisés portant sur l'exercice d'une profession particulière (juge, procureur, avocat...). Les étudiants en droit n'apprennent que le droit : ils n'ont pas de formation en culture générale, économie, management... qui leur permettrait de comprendre le sens des règles juridiques dans une perspective de régulation des activités économiques ou sociales.

Il n'y a pas eu de renouvellement des méthodes d'enseignement. La pédagogie traditionnelle n'est pas remise en cause, sauf dans les quelques « cliniques du droit » créées avec l'aide des Américains, qui sont souvent très mal acceptées par les professeurs. Les organisations professionnelles et les centres de formation spécialisés comme l'INJ (école de la magistrature) s'impliquent très peu dans l'élaboration de la teneur des cours. Il est fréquent qu'un enseignant professe sa matière sept heures d'affilée devant les mêmes étudiants afin de pouvoir effectuer son service dans plusieurs universités la même semaine. Ces cours marathon, qui consistent généralement en la simple lecture à haute voix d'un manuel rédigé par l'enseignant, ne permettent pas aux étudiants d'assimiler convenablement les connaissances. *« Cette pratique courante doit être considérée comme absolument inacceptable... s'entendre réciter un ouvrage disponible dans le commerce est une scandaleuse perte de temps pour les étudiants et un gaspillage de ressources pour le système d'enseignement supérieur »* [rapport réalisé par deux experts européens en 2004 dans le cadre d'un projet du *British Council* sur la formation des magistrats, pour le compte de la Banque mondiale]. Ce système génère un fort absentéisme, mais il est valorisé et défendu par les professeurs au motif qu'il s'agit d'une tradition bulgare. L'absence d'interaction entre les étudiants et les enseignants caractérise également les travaux dirigés : l'enseignant ne propose ni exercices pratiques, ni sujets de discussion, ni lectures complémentaires, mais se contente de faire un cours magistral. Les facultés ne proposent pas d'activités en dehors des cours et des séminaires : visites de tribunaux ou de cabinets d'avocats, rencontres avec les professionnels, aide à la recherche d'emploi... Les étudiants doivent effectuer, en tout et pour tout, deux semaines de stage professionnel pendant les 4 premières années du cursus. La qualité des cours n'est pas vérifiée. Par exemple, les cours de droit financier des étudiants à l'Université de Sofia ne sont pas actualisés régulièrement et les professeurs sont fréquemment absents en raison de l'activité professionnelle qu'ils mènent dans le secteur privé. Ils s'estiment insuffisamment rémunérés pour mettre à jour le contenu de leur enseignement [KK].

Les examens se déroulent la plupart du temps de façon orale, en face-à-face avec un seul examinateur dont l'étudiant n'a aucun moyen de contester la décision. Les évaluations écrites ne sont pas anonymes. Il n'y a pas de contrôle extérieur sur le déroulement des examens. Un tel système facilite les pratiques de corruption et participe, ainsi, à créer des dispositions favorables à la malhonnêteté et au mépris du droit chez les futurs professionnels du droit [USAID, 2002, p.62]. Le processus de délivrance des diplômes est hautement subjectif.

Il y a 10 facultés de droit en Bulgarie en 2003. Les établissements privés sont peu surveillés par l'Etat. Certaines facultés sont considérées comme étant de mauvaise qualité mais continuent néanmoins à délivrer des diplômes. Ces facultés manquent de ressources. Par exemple, celle de Plovdiv dispose de 3 ordinateurs en tout et pour tout, la bibliothèque de droit n'a pas les moyens de faire l'acquisition d'ouvrages récents, l'administration manque cruellement de personnel, les services offerts aux étudiants sont réduits au strict minimum. Il n'y a pas suffisamment de professeurs qualifiés pour enseigner la théorie juridique ni de

praticiens pour former à la pratique. VV juge que le nombre de diplômés des facultés est beaucoup trop important au regard de la taille des marchés professionnels. 2 ou 3 facultés suffiraient, selon lui, à répondre aux besoins tout en préservant la valeur à la formation et au diplôme. Plusieurs petites facultés sont connues pour « *vendre des diplômes de droit à des criminels et à des mannequins* », si bien que « *la restauration du prestige des professions juridiques passe obligatoirement par la suppression de ces établissements qui délivrent une caricature d'enseignement* » [VV].

Le niveau des étudiants admis en première année de faculté de droit est très variable selon les régions. Les exigences, les critères et les méthodes de sélection des différents établissements sont très hétérogènes et ne prennent pas en considération les aptitudes et les compétences nécessaires pour l'accomplissement des tâches qui seront celles des futurs professionnels. Les étudiants sont très peu critiques de leurs conditions d'apprentissage car ils n'ont aucun point de comparaison : les échanges avec les pays membres de l'UE sont très peu développés.

Les procédures de recrutement et de promotion des professeurs se déroulent de façon opaque. Leurs obligations professionnelles ne sont pas réglementées au niveau national. Leurs mérites professionnels ne sont pas contrôlés avec assez de rigueur par le ministère de l'Enseignement supérieur. Les inspecteurs de l'agence d'évaluation et d'accréditation des universités n'ont pas la possibilité d'observer directement le travail des professeurs. Les enseignants ne prennent pas d'initiatives pour transformer le fonctionnement des facultés : la faiblesse des salaires les incite à cumuler des postes dans deux ou trois universités. Ils n'ont donc pas le temps ni l'énergie nécessaires pour prendre une part active à l'évolution des établissements où ils enseignent. Ils n'ont que de vagues notions des méthodes de management d'un établissement d'enseignement supérieur moderne.

Pour toutes ces raisons, les grands cabinets d'avocats préfèrent recruter des étudiants formés à l'étranger, ou des apprentis qu'ils ont sélectionnés eux-mêmes et qu'ils ont formés pendant plusieurs années.

Les professeurs de droit ont fait une entrée massive dans les cercles gouvernementaux après le retour de l'ancien roi Siméon II et son élection au poste de premier ministre : « *Siméon est allé chercher nombre de ses soutiens dans les facultés de droit. Les poids lourds juridiques de l'UFD sont des avocats, ceux du PSB et du MNS des universitaires* » [DY]. Il s'agit d'un milieu extrêmement conservateur.

1.3.2 – Les magistrats

Jusqu'au début des années 2000, les diagnostics internationaux sur l'état de la justice bulgare expliquent la lenteur des réformes par le faible nombre de magistrats à la fois compétents et intéressés au changement, en raison notamment de l'attraction exercée par les professions juridiques libérales et de la dépendance de la grande majorité d'entre eux vis-à-vis des sources de revenus illégaux pour leur subsistance quotidienne. La magistrature est décrite comme largement démotivée, mal formée, peu au fait de la législation, peu soucieuse de traiter les affaires avec rigueur et professionnalisme [USAID, 1999].

La moitié des juges interrogés en 2001, dans le cadre de l'enquête « Développement de la justice en Bulgarie » conduite en mai et juin 2002 par la Société de droit européen, reconnaissent que la qualité des prestations réalisées par l'appareil judiciaire est faible ou moyenne. Les deux tiers portent la même appréciation sur la qualité des décisions judiciaires et de la façon dont elles sont motivées par ceux qui les rendent. Le contrôle exercé par les institutions judiciaires sur la conduite des magistrats est jugé peu efficace par les quatre

cinquièmes des personnes interrogées. Une majorité d'entre elles pensent que, d'une manière générale, les magistrats manquent de motivation, d'impartialité, d'indépendance, d'honnêteté, de bonne foi et de sens de la responsabilité. Les juges sont très critiques sur la qualité du travail des procureurs (1/2 l'évaluent comme moyenne et 1/5 comme basse), et plus encore sur l'action des magistrats d'instruction (1/2 la jugent basse). 94% des juges interrogés estiment que les membres du parquet ne se conduisent pas conformément à la déontologie professionnelle.

Le statut social

Jusqu'à la fin des années 1990, les salaires versés aux magistrats sont très peu attractifs (1 à 2 fois le revenu moyen), si bien qu'une proportion importante d'entre eux quitte la magistrature pour le secteur privé chaque année. Une grande partie des avocats parvient à gagner autant en une journée qu'un magistrat en un mois. Dans les grandes villes, le salaire versé par la juridiction ne suffit pas à payer un loyer ordinaire, ce qui rend les magistrats dépendants de revenus supplémentaires pour financer leurs autres dépenses de base. Les pots-de-vin sont décrits comme une pratique généralisée [USAID, 1999].

La réforme de 1998 détermine, pour la première fois par voie législative, les rémunérations des magistrats : le salaire des juges de base est fixé au double de la rémunération moyenne des agents de l'Etat. Les magistrats sont obligatoirement assurés à la charge du budget du pouvoir judiciaire et bénéficient d'un droit à la retraite. Par la suite, les salaires des magistrats sont encore augmentés à plusieurs reprises.

En 2002 un juge auxiliaire touche 520 leva (260 €), un juge au tribunal d'arrondissement 570, tandis que les plus hauts magistrats reçoivent un salaire équivalent à celui d'un ministre (1000 à 1300 leva), un haut fonctionnaire du MJ est payé 450 leva. Le salaire moyen des juges se monte à 894 leva, celui des procureurs à 957 leva et celui des magistrats d'instruction à 896 leva. La même année, le salaire moyen dans le secteur public se monte à 250 leva (260 leva tous secteurs confondus). En 2003, les salaires moyens des magistrats des trois branches du pouvoir judiciaire atteignent respectivement 1042, 1129 et 1098 [Peer review, 2004].

Ces salaires, quoique élevés par rapport aux critères de la fonction publique, restent peu attractifs et sont conçus comme des salaires d'appoint, ce que traduit le haut degré de féminisation de la magistrature. En 2004, les deux tiers des 2000 juges sont des femmes (les trois quarts dans les hautes juridictions) et 40% des 153 présidents de tribunaux sont des présidentes. La carrière judiciaire ne draine pas les meilleurs étudiants en droit. Il demeure courant que les jeunes magistrats restent quelques années dans les organes judiciaires, le temps de se constituer un réseau et de s'assurer une future clientèle, puis quittent la justice pour devenir praticien privé [ABA-CEELI, JRI, 2002, p. 24]. Cependant, le surnombre d'avocats, qui a entraîné la baisse du revenu de beaucoup d'entre eux, a permis de stopper en grande partie l'hémorragie des magistrats vers le secteur privé

Le statut juridique : immunité et irrévocabilité

La tendance des magistrats à adopter des attitudes de type patrimonialiste est favorisée par le fait que les magistrats n'ont à rendre de comptes à personne en dehors de leur propre hiérarchie.

Les juges, les procureurs et les membres des organes d'instruction jouissent de la même inviolabilité que les députés : aucune poursuite ne peut être intentée contre eux devant une cour pénale. Leur immunité ne peut, jusqu'en 2004, être levée qu'en cas de crime grave – c'est-à-dire dont le coupable encourt une peine supérieure à 5 ans de prison – sur demande du

Procureur général et après un vote à la majorité des deux tiers des membres du Conseil supérieur de la justice. Les juges sont également protégés contre toute mise en cause de leur responsabilité civile pour les dommages qu'ils ont causés à autrui dans l'exercice de leurs fonctions, sauf si le préjudice constitue un crime. Cette immunité rend pratiquement impossible l'engagement d'enquêtes et de poursuites contre un magistrat sauf si celui-ci est manifestement coupable d'un méfait sérieux, ce qui ne couvre pas les pratiques de corruption, favoritisme, abus de pouvoir, etc. Elle place la magistrature au dessus des lois : « *A cause de ces dispositions sur l'immunité, il est difficile de connaître l'étendue potentielle de la corruption ou de l'activité criminelle dans la branche judiciaire* » [Commission européennes, rapport 2001 sur les progrès de la Bulgarie vers l'adhésion].

L'immunité d'un magistrat a été levée 4 fois entre 1991 et 2001 [ABA-CEELI, JRI, 2002, 29], alors que de très nombreux observateurs dénoncent l'existence d'activités criminelles à l'intérieur même de l'appareil judiciaire, notamment au sein du ministère public. Quant au Procureur général, il est complètement intouchable, puisqu'il est le seul à pouvoir demander la levée de sa propre immunité¹⁹⁸. Cette immunité quasi absolue des magistrats fait de la Bulgarie une exception en Europe de l'Est : dans les autres pays post-communistes, les magistrats sont pénalement responsables de leurs actes à quelques limitations près [USAID, 2002, p.60].

Avant la réforme de 2004, tout magistrat devient irrévocable lorsqu'il atteint trois ans d'ancienneté¹⁹⁹, après quoi son éventuelle révocation est soumise aux conditions suivantes : le départ à la retraite, la démission, la condamnation à une peine de prison pour un crime prémédité et l'incapacité effective et durable d'exercer sa fonction. En pratique, cette irrévocabilité fait obstacle à la sanction disciplinaire des magistrats pour faute professionnelle. Elle empêche la hiérarchie de faire muter ou révoquer les magistrats gênants, incompetents, indolents.

A partir de la fin des années 1990, l'immunité et l'irrévocabilité dont jouissent les magistrats sont perçues comme l'une des causes majeures de la crise de la justice. Ce système, qui apparaissait, au sortir du communisme, comme une indispensable garantie d'indépendance et comme un standard de l'Etat de droit, est désormais dénoncé comme une puissante incitation à l'irresponsabilité et à la corruption, dans la mesure où il confère une quasi impunité à ceux qui abusent de leurs pouvoirs ou qui s'acquittent de leurs tâches avec négligence [Melone, 1996, p. 237]. Comme le relève la Commission de Venise à propos de la Bulgarie, les magistrats ont effectivement besoin d'être protégés contre les poursuites civiles pour des actes accomplis de bonne foi dans le cadre de leurs fonctions, mais ne doivent pas jouir d'une immunité générale qui les protégerait contre toute poursuite pour des actes criminels qu'ils auraient commis [Commission de Venise, Conclusions adoptées lors de la 55^e session plénière, 13-14 juin 2003]. Pourtant, s'il existe un large consensus politique autour de l'idée selon laquelle l'immunité de type parlementaire des magistrats doit être remplacée par une immunité fonctionnelle, aucune force politique ne se risque à proposer la réforme constitutionnelle nécessaire. La magistrature s'oppose avec vigueur à toute modification de son statut, qu'elle présente comme la principale garantie d'indépendance de la justice, en s'appuyant sur la Cour constitutionnelle [KK]. Les juges craignent de devenir la proie des

¹⁹⁸ En janvier 2003, le PG Nikola Filtchev refuse de démissionner malgré un vote de la majorité des membres du CSJ en faveur de son départ, qui l'accusent d'être responsable du retard pris par la réforme judiciaire, d'exercer des pressions sur les hommes politiques, les journalistes et les juges, de couvrir les crimes commis par son frère et d'être mêlé au meurtre d'un procureur du parquet auprès de la CSA, en décembre 2002.

¹⁹⁹ Une telle période d'essai existe dans plusieurs anciens pays socialistes (Hongrie, Slovaquie, Russie, Ukraine...) avec une durée variant de 3 à 5 ans.

procureurs en cas de suppression de leur immunité pénale, car ils savent que certains parquets n'hésitent pas à lancer des accusations inventées de toutes pièces contre les personnes sur lesquelles ils veulent exercer des pressions (cela dit, dans les faits, l'immunité n'empêche pas les procureurs de menacer des proches des juges) [VV].

Les amendements de 2002 de la LPJ donnent la possibilité à 1/5 des membres du CSJ de demander la levée de l'immunité de tous les magistrats, y compris le Procureur général. Cette disposition est annulée par la Cour constitutionnelle au motif que la levée de l'immunité fait partie de la procédure pénale, donc relève de la compétence exclusive du ministère public.

La réforme constitutionnelle de mars 2004 remplace l'immunité quasi illimitée par une immunité fonctionnelle : le magistrat peut désormais être poursuivi pour les actes répréhensibles qu'il commet en dehors de sa fonction officielle, à l'instar de tous les autres citoyens bulgares. Quant aux délits qu'il perpète volontairement dans le cadre de son activité professionnelle, sa responsabilité civile et pénale peut être mise en cause après levée de son immunité par le CSJ. Celui-ci a la possibilité de suspendre le magistrat pendant la durée de l'enquête. [ABA-CEELI, JRI, 2004, p. 25]. Le vote de levée de l'immunité peut être demandé par un cinquième des membres du CSJ (et non plus seulement par le Procureur général) et se déroule à scrutin secret²⁰⁰. L'immunité ne protège pas le magistrat contre l'ouverture d'une enquête préliminaire mais s'applique seulement à sa mise en accusation et à son arrestation. L'autorité compétente pour apprécier le caractère fonctionnel des faits, de même que la définition du lien fonctionnel (à l'occasion des fonctions ou dans l'exercice des fonctions), ne sont pas clairement définies. D'autre part, l'irrévocabilité n'intervient qu'après cinq ans de période d'essai au lieu de trois, après une évaluation positive des qualités professionnelles du magistrat. Un nouveau motif de révocation d'un magistrat fait son apparition : quand celui-ci faillit systématiquement à l'exercice de ses responsabilités officielles (manquements graves, négligences répétées) ou exerce des activités portant atteinte au prestige du pouvoir judiciaire [Article 129 (3) de la Constitution]. Il n'est pas précisé si cette disposition porte sur les aspects professionnels ou sur les aspects sociaux de la vie du magistrat concerné. Les comportements visés ne sont pas indiqués de façon précise, ce qui ouvre la possibilité de révocation ou de sanction disciplinaire pour motif politique ou en rétorsion d'une décision ayant déplu à la hiérarchie. Enfin, la réforme de 2006 introduit des règles de révocation s'appliquant aux chefs des juridictions suprêmes : ils peuvent être renvoyés par le Président de la République sur demande du CSJ ou du quart des députés. Le Chef de l'Etat dispose du droit d'initier contre eux une procédure visant à les démettre de leur fonction. Dans ce cas, la révocation intervient après un vote de l'Assemblée nationale à la majorité des deux tiers. Les chefs des juridictions suprêmes sont désormais obligés de produire chaque année un rapport d'activité soumis au parlement.

Le contrôle disciplinaire

Les effets d'incitation à la patrimonialisation des fonctions judiciaires découlant de l'immunité ont été renforcés par l'absence de contrôle disciplinaire effectif au sein de l'appareil judiciaire. Le choix de maintenir le corps d'inspection au sein du MJ quand bien même la Constitution confie le pouvoir disciplinaire au CSJ aboutit à l'absence de surveillance effective des pratiques professionnelles des magistrats.

²⁰⁰ La Commission de Venise recommandait la constitution d'un comité d'experts chargé d'examiner les affaires et de rendre un avis au CSJ avant que celui-ci ne vote sur la question, et de veiller à ce que quiconque propose la levée d'une immunité n'ait pas le droit de vote sur la question [Commission de Venise, Avis sur les amendements constitutionnels réformant le système judiciaire en Bulgarie, adopté lors de la 56^e session plénière, 17-18 octobre 2003].

Selon la LPJ de 1994, les magistrats sont responsables sur le plan disciplinaire des manquements, négligences ou retards injustifiés dans l'accomplissement de leurs charges professionnelles, ainsi que d'actions qui porteraient atteinte au prestige du pouvoir judiciaire.

Jusqu'au début des années 2000, il n'existe pas de code de déontologie à l'intention des magistrats et des employés des juridictions. L'Association des juges de Bulgarie a élaboré en 1998 un guide de conduite à l'intention de ses membres, mais l'application de ces normes se fait sur une base purement volontaire. En 1999, ni l'organisation des procureurs, ni celle des magistrats instructeurs n'avaient pris d'initiative en matière d'éthique professionnelle. Les premiers cours d'éthique ont été dispensés par le Centre de formation des magistrats à partir de 2000. La création de codes de déontologie est vue avec méfiance par une partie des magistrats, qui dénoncent dans ces initiatives une tentative supplémentaire de limiter leur autonomie. La réforme de 2002 de la LPJ ajoute la violation des codes d'éthique à la liste des manquements professionnels passibles de poursuites disciplinaires.

Le principal responsable du maintien de la discipline professionnelle est le chef de juridiction : il peut enquêter lui-même sur d'éventuelles infractions disciplinaires dans son ressort et infliger des sanctions administratives à ceux qu'il estime fautifs, ou il peut décider de ne rien faire, selon son bon vouloir. La procédure disciplinaire est ouverte quand le chef de juridiction envoie une plainte écrite au CSJ accompagnée d'une lettre de réponse de la personne accusée. Les problèmes sont très rarement signalés au CSJ par les chefs de juridiction, qui préfèrent, bien évidemment, ne pas faire de vagues, ne pas ternir la réputation de leur ressort, ne pas paraître incapables de contrôler les agissements des personnels placés sous leur autorité et ne pas attirer l'attention sur leurs propres malversations. Ni le CSJ, ni le MJ n'exercent de réel suivi de l'action disciplinaire des chefs de juridiction ni des mesures prises par ceux-ci pour corriger les problèmes repérés à l'occasion des inspections. La loi n'énumère pas dans le détail les conduites répréhensibles et passe sous silence la manière dont les sanctions doivent être appliquées²⁰¹. Il n'y a pas de directives ni de standards émis par les organes centraux en la matière. Une procédure disciplinaire peut être entamée, depuis 1998, sur proposition du ministre de la Justice, par exemple lorsque le service d'inspection du ministère a constaté une infraction lors de l'ouverture ou du traitement d'un dossier. Elle peut aussi être initiée par les membres du CSJ ou le chef de l'une des trois juridictions suprêmes. L'affaire est examinée par une commission disciplinaire composée de cinq membres du CSJ. La personne qui propose la sanction disciplinaire peut toujours retirer sa demande, ce qui met fin à la procédure engagée. Les décisions du CSJ étant des décisions administratives, elles sont susceptibles d'un nouvel examen par la CSA pour des raisons de procédure mais pas pour des raisons de fond. Il n'y a pas de droit d'accès du public aux informations concernant les procédures disciplinaires.

Bien que dotée de l'autorité disciplinaire, le CSJ ne dispose pas d'un service administratif spécialisé ni d'un groupe d'experts chargé de détecter les infractions et de réaliser les enquêtes. Le corps d'inspection du MJ dispose quant à lui des ressources humaines nécessaires (du moins en principe²⁰²), mais dans la mesure où il n'est pas formellement

²⁰¹ Ce travers de la législation est apparu de manière flagrante lorsque le CSJ a entamé des poursuites disciplinaires contre deux procureurs du parquet de Sofia et décidé leur rétrogradation temporaire. En guise de punition, le Procureur général s'est contenté d'affecter les deux magistrats fautifs à son bureau, et le Conseil n'a eu aucun moyen légal d'annuler, ni même de contester cette décision. En somme, « *le pouvoir discrétionnaire du Procureur général rend nulles et non avenues les dispositions en matière disciplinaire contenues dans la loi* » [Kalaydjieva, 1999, p. 81].

²⁰² Il y avait en 1997, selon un diagnostic réalisé par des experts de l'ABA-CEELI, de nombreuses vacances de poste au sein du corps d'inspection. En principe, chaque juridiction doit être inspectée deux fois par ans, mais cette année là, seulement 5 tribunaux de district et 2 tribunaux régionaux avaient été évalués.

mandaté pour effectuer cette activité de contrôle disciplinaire, il en résulte qu'aucun dispositif organisationnel n'est, au sein du système judiciaire, spécifiquement chargé de remplir cette fonction. Quand un magistrat voit son travail critiqué par le service d'inspection, il a beau jeu de dénoncer l'atteinte portée par le MJ à son indépendance et d'en appeler à la protection du CSJ. Le Conseil ne prend généralement aucune mesure concrète en réponse aux problèmes signalés par le MJ²⁰³. Ce manque de surveillance sur le travail des magistrats a entraîné de graves dysfonctionnements, tels des procès reportés sans raison pendant plusieurs années et sur lesquels plus aucun magistrat ne travaille, des jugements non motivés, etc. La plupart des experts internationaux qui se sont penchés sur les dysfonctionnements de la justice bulgare ont préconisé le rattachement du corps d'inspection au CSJ. Les amendements de la LPJ de mai 2006 ont modifié le rôle de l'organe d'inspection.

La sanction disciplinaire n'apparaît donc pas comme la vérification et la punition d'une défaillance professionnelle objective dont le corps judiciaire devrait se saisir, mais comme une arme de plus dans l'arsenal du chef de juridiction pour soumettre ses subordonnés. Ce pouvoir est d'autant plus fort que tous les magistrats sont passibles de poursuites disciplinaires, car de nombreux actes procéduraux doivent obligatoirement être accomplis dans un délai limité, qui est fréquemment dépassé. Ces délais, qui ont pour but d'accélérer le traitement des affaires, sont dénués d'efficacité dans la pratique mais constituent un moyen de pression sur les juges de la part de leur hiérarchie et du MJ [DY]. Les amendements à la LPJ de 2006 ont renforcé encore le pouvoir disciplinaire du chef de ressort en lui conférant le droit de prononcer directement des sanctions administratives mineures contre ses subordonnés pour des infractions légères à la discipline.

Le pouvoir de proposition en matière d'ouverture de procédure disciplinaire conféré au MJ par la réforme de 1998 constitue une tentative de réduire la puissance des chefs de juridiction et de permettre l'utilisation des observations réalisées par l'inspection à des fins disciplinaires [*Open Society Institute*, 2002, p. 64]. Un certain nombre de dispositions de la loi de 1998 relatives au contrôle disciplinaire ont été contestées avec succès devant la Cour constitutionnelle : une proposition d'imposer des sanctions disciplinaires aux juges pour « violation de serment professionnel », jugée d'une imprécision inacceptable ; une proposition d'étendre aux chefs des juridictions suprêmes et au ministre de la Justice le droit de demander au CSJ de lever l'immunité d'un magistrat et de le destituer (la CC a considéré que seul le Procureur général pouvait faire une telle proposition), le droit pour le CSJ de nommer un procureur dans des affaires impliquant des mesures disciplinaires contre des membres du pouvoir judiciaire [Commission de Venise, Avis sur la réforme du système judiciaire en Bulgarie, adopté lors de la 38^e session plénière, 22-23 mars 1999]. L'opposition politique craint, à cette époque, que la manière dont les modifications des procédures disciplinaires seront appliquées ne conduise à un renvoi massif des juges en place et à une prise de contrôle total du pouvoir judiciaire par la coalition au pouvoir. La Commission de Venise propose de confier le pouvoir de proposer l'engagement de poursuites disciplinaires non au MJ, mais au service d'inspection, dont les membres sont choisis avec l'accord du CSJ.

Lorsqu'un justiciable s'estime en droit de se plaindre de la conduite d'un magistrat, il peut s'adresser soit au responsable administratif du ressort concerné, soit au chef de la juridiction de rang supérieur, soit au corps d'inspection du MJ, soit au CSJ, soit à l'ombudsman. Si l'une de ces autorités juge que la plainte est fondée, elle peut proposer au CSJ l'ouverture de poursuites disciplinaires contre le magistrat présumé fautif. Dans la plupart des cas, l'instance interpellée se contente de signaler le grief au chef du ressort du magistrat mis en cause, qui décide s'il convient ou non de prendre la plainte au sérieux et s'il doit mener sa propre

²⁰³ Entretien avec un responsable du corps d'inspection, Sofia, avril 1998.

enquête. Les suites données au problème signalé dépendent donc très largement de sa politique personnelle en la matière. Le CSJ s'est doté en 1998 d'une commission spécialisée dans le traitement des plaintes. Elle en reçoit une cinquantaine par mois et est censée donner une réponse au plaignant dans les 30 jours. 3917 plaintes ont été adressées à cette commission entre 1998 et 2003, dont 3537 ont été jugées recevables [ABA-CEELI, JRI, 2004, p. 34]. L'immunité de 7 magistrats a été levée entre 1998 et 2003, dont 6 magistrats d'instruction. Le corps de magistrats le plus mal représentés au CSJ semble donc servir de bouc émissaire pour les abus commis par la magistrature. 125 procédures disciplinaires ont été ouvertes, débouchant sur 7 mutations, 6 rétrogradations et 67 sanctions plus légères. Les décisions du CSJ sont presque toujours confirmées par la CSA [Peer review, 2004]. Malgré la réforme des procédures disciplinaires en 2004 et l'affichage, par le CSJ, d'une politique de fermeté dans l'action disciplinaire, le nombre de sanctions reste, toutes choses égales par ailleurs, très inférieur en Bulgarie à celui des pays occidentaux. Le nombre, inhabituellement élevé, de 15 procédures traitées en 2005 (aboutissant à 5 sanctions, dont 3 révocations) apparaît comme la conséquence, moins de cette apparente volonté de fermeté, que de la nomination, suite à la réforme constitutionnelle de 2004, de nouveaux chefs de juridiction soucieux d'imposer leur autorité dans leur ressort et d'écarter leurs opposants internes. La principale préoccupation du CSJ, du MJ et de la hiérarchie continue d'être, comme auparavant, « la protection des collègues » [ABA-CEELI, JRI, 2006, p.3]. Les conseillers étrangers réclament que le système de traitement des plaintes des justiciables soit profondément remanié et qu'une procédure standard et uniforme soit instaurée.

Les amendements de 2004 de la LPJ instaurent différentes procédures de sanction des infractions disciplinaires selon leur gravité (remarque, réprimande, rétrogradation en rang ou fonction pour une période de 6 mois à 3 ans, révocation). Ont été supprimés la mutation d'office, la privation d'avancement et la diminution de salaire. La Commission des propositions et attestations donne un avis sur les propositions de sanctions disciplinaires.

La sélection clientéliste des magistrats avant 2002

Le recrutement et la gestion des carrières obéissent, jusqu'aux réformes postérieures à 2002, à la même logique que le contrôle disciplinaire.

Le recrutement des procureurs, des juges et des magistrats d'instruction est opéré parmi les citoyens bulgares diplômés en droit, à l'issue du stage permettant l'acquisition de la capacité juridique. Les candidats à l'entrée dans la magistrature passent donc trois examens d'Etat : le concours de sélection à l'entrée de l'université, l'examen diplômant à la sortie de l'université, l'examen de capacité juridique. Les nominations sont proposées au Conseil supérieur de la justice par les chefs de juridiction au niveau du district ou, depuis 1998, par le ministre de la Justice.

Il est possible d'accéder directement à n'importe quel poste dans la magistrature à condition de pouvoir justifier d'un certain nombre d'années d'ancienneté dans un métier juridique : 2 pour les tribunaux d'arrondissement, 5 pour les tribunaux de district, 8 pour les cours d'appel, les parquets de même niveau et les chefs de juridiction régionale, 12 pour les juridictions suprêmes et les chefs des juridictions d'appel. Dans le cas des juridictions du deuxième et du troisième degré, cette possibilité de recrutement direct est, jusqu'en 2004, limitée par l'exigence de quelques années de pratique en tant que magistrat. Les qualifications requises pour être nommé dans des fonctions judiciaires ont été assouplies par la loi de 1998, puisque les professions reconnues comme correspondant à des « états de service » judiciaires ont été étendues de manière à inclure certains agents de l'Etat non titulaires de la capacité juridique (fonctionnaires du MJ...). Un ancien magistrat qui a été écarté du système peut donc

y revenir – y compris en tant que chef de juridiction - s'il répond à certaines conditions d'expérience professionnelle, ce qui est conforme à la logique de système des dépouilles qui prévaut dans la fonction publique bulgare.

Le recrutement des magistrats est opéré par le CSJ, sur proposition des chefs de juridiction, qui décident des places ouvertes et choisissent à leur guise, parmi les candidats répondant aux conditions, les personnes qu'ils souhaitent voir occuper ces postes. Les places vacantes ne font pas l'objet d'une large publicité. Il n'existe pas de documents accessibles au public expliquant le contenu des différents postes proposés et les compétences requises. Jusqu'en 2004, les chefs des cours régionales sont responsables de la gestion des ressources humaines des tribunaux d'arrondissement. C'est donc au niveau du district que se joue la grande majorité des sélections. Les présidents transmettent leurs propositions au CSJ accompagnées d'un avis qui retrace le parcours professionnel du candidat. Le CSJ n'a pas les moyens de vérifier le curriculum vitae, les aptitudes professionnelles ni la personnalité des candidats et, par conséquent, fonctionne comme un organe d'enregistrement des propositions faites par les chefs de juridiction et, plus rarement, par le MJ (depuis 1998). Les organisations professionnelles n'ont pas leur mot à dire dans le mécanisme de sélection [USAID, 1999]. Il n'y a pas d'interdiction générale de travailler entre parents dans un même ressort judiciaire mais seulement des cas de récusation.

Il n'existe pas de politique nationale de gestion prévisionnelle des effectifs ni de critères uniformes de sélection à l'échelle du corps. Certaines juridictions (Sofia, Plovdiv, au total 7 cours régionales sur 27) ont mis en place, à leur propre initiative, des concours d'admission pour les candidats aux postes de juge junior²⁰⁴. Dans les autres ressorts, les propositions de nominations sont faites à l'entière discrétion du président [Yordanov, p. 111]. Dans tous les cas, les procédures se caractérisent par leur opacité.

L'accès à la profession de magistrat obéit donc à une logique essentiellement locale et clientéliste (et souvent népotiste), puisqu'il est indispensable de connaître personnellement le chef de juridiction et d'avoir son soutien pour être recruté [*Open Society Institute*, 2002, p. 59]. Ces pratiques ont pour conséquence d'entretenir les disparités géographiques au niveau de l'application du droit, de maintenir les ressorts les moins attractifs dans une situation de sous-effectif chronique²⁰⁵, de ralentir le changement des mentalités et la diffusion des nouvelles normes de conduite, d'augmenter les risques de corruption. Un diagnostic établi par des experts européens donne l'exemple d'une juridiction où cinq magistrats ont été recrutés dans une même administration locale et s'interroge sur l'impartialité de cette cour dans les litiges qui opposent les citoyens à cette administration [Peer review, 2004].

VV, avocat pénaliste de renom et ancien procureur, dresse un constat sans appel des mécanismes de recrutement dans l'appareil judiciaire : « *Les nominations dans la magistrature dépendent de l'insertion des candidats dans les réseaux de patronage. Le CSJ est un lieu de marchandage où les représentants des différentes clientèles négocient entre eux pour placer leurs favoris respectifs à des postes plus ou moins stratégiques, partout sur le territoire. Trois facteurs interviennent dans les décisions de nomination : la famille, la politique et les affaires. L'un ou l'autre de ces paramètres peut prévaloir, selon le cas, si bien qu'il est impossible de déterminer lequel est le plus important des trois. Les enjeux économiques d'une nomination impliquent souvent des liens avec des organisations criminelles. Ce qui, en revanche, est tout à fait clair, c'est que les qualités professionnelles du*

²⁰⁴ Le CSJ n'était pas informé des résultats du concours, mais recevait seulement les propositions de nomination.

²⁰⁵ Le programme de réformes élaboré par le CSD en 2000 suggère des incitations matérielles à l'installation dans les zones où les candidatures sont insuffisantes.

candidat pèsent peu dans le choix du CSJ. La compétence juridique est un critère marginal, dont l'importance a encore diminué après la réforme de 2004 ».

Pour être nommés au premier grade dans les tribunaux d'arrondissement, les candidats doivent avoir au moins deux ans d'expérience professionnelle dans un métier juridique (en principe juge ou procureur junior). Toutefois, la nomination peut intervenir lorsque la condition d'ancienneté n'est pas remplie par le candidat, notamment en cas de manque d'effectif dans la juridiction. Dans les ressorts les plus pauvres, il n'y a pas ou très peu de candidats pour les postes vacants, de sorte que sont recrutés des personnes qui remplissent les conditions minimales et dont la durée d'apprentissage en tant que juge junior est réduite ou supprimée.

Les espoirs déçus de l'introduction du recrutement par concours

Suite aux pressions conjuguées exercées par les Américains et les Européens, les amendements de 2002 introduisent d'importants changements dans les procédures de sélection, de nomination et de promotion des magistrats. Le concours est déclaré seule voie d'accès à la magistrature jusqu'au niveau de la cour d'appel. Deux concours sont prévus, l'un pour les postes de juge et de procureur junior, et l'autre en cas de nomination directe à tout autre poste dans la magistrature. Ce deuxième type de concours n'est pas mis en œuvre, faute de règlement d'application. Les candidats internes ayant reçu la formation de l'Institut National de la Justice (INJ) – la nouvelle école de la magistrature créée par cette même loi – doivent toujours avoir la priorité sur les candidats externes, ce qui revient, en pratique, à fermer l'appareil judiciaire aux postulants extérieurs. Une formation obligatoire et probatoire d'un an à l'INJ est prévue pour les lauréats du concours principal. Seuls ceux qui terminent cette formation avec succès peuvent être proposés au CSJ pour nomination (le MJ peut donner son avis sur la qualité de ces postulants). Une formation est également prévue pour ceux qui réussissent le concours d'accès direct à des postes plus élevés dans la magistrature, qui n'est organisé qu'en l'absence de candidat interne.

L'organisation du concours est centralisée, mais les candidats à l'entrée dans la magistrature continuent de postuler pour l'obtention d'un poste particulier, dans la juridiction de leur choix, et c'est le mieux classé au concours souhaitant accéder à cette place particulière qui est sélectionné (en d'autres termes, un classement des candidats est établi pour chaque poste vacant). Le concours est donc très sélectif dans les grandes villes, où il y a plusieurs dizaines de candidats pour un poste et très peu dans les petites villes, où il n'y a presque pas de compétition. Ce système ne favorise pas la mobilité vers la province des meilleurs diplômés en droit, presque tous formés dans les universités de Sofia et de Plovdiv, et permet le recrutement des candidats très médiocres dans les juridictions de leur région d'origine.

Cependant, les chefs de juridiction refusent de perdre la maîtrise du recrutement, qui constitue pour eux une ressource essentielle d'un double point de vue. Elle leur permet d'avoir des subordonnés qui sont aussi des parents ou des obligés pouvant aisément être enrôlés dans des combines liées à la gestion patrimoniale de la juridiction. Elle leur confère, d'autre part, une monnaie d'échange utilisée pour nouer ou entretenir des alliances avec d'autres clans ou familles de l'élite locale : recruter le fils ou la fille d'un notable local, c'est avoir l'assurance de bénéficier de nombreux services en retour. Il n'est donc pas étonnant que la réforme de 2004 revienne sur les acquis de 2002.

Le système de recrutement est à nouveau transformé par un amendement de 2003. La nomination des magistrats juniors a lieu à l'issue du concours et non après la réussite de la

formation (dont le caractère probatoire se trouve donc supprimé²⁰⁶). Le principe du recrutement par concours est limité à l'entrée au niveau le plus bas de la magistrature : les juristes extérieurs qui accèdent directement à des postes de magistrats autres que juniors n'ont pas à passer un concours ni à suivre une formation. Leurs qualités juridiques, psychologiques et morales ne sont évaluées de façon rigoureuse à aucun moment. Par conséquent, l'on revient au système de nomination sur proposition du chef de juridiction, même lorsqu'il existe des candidats internes pour les postes vacants. Deux autres modifications contribuent à la restauration, et même à l'élargissement, de l'ancien système de recrutement contrôlé par les chefs de juridiction, sous prétexte qu'il y a urgence à pourvoir un grand nombre de postes vacants : la condition d'expérience dans l'un des corps judiciaires est supprimée dans le calcul de l'expérience requise pour une nomination directe ; les chefs des tribunaux d'arrondissement obtiennent le pouvoir de proposer des candidats aux postes vacants dans leur ressort (ils s'autonomisent ainsi des chefs des juridictions régionales).

Les conséquences de ce retour en arrière peuvent être importantes pour l'avenir du concours. Auparavant, le président du tribunal de district exerçait un contrôle sur les nominations dans les tribunaux d'arrondissement puisque c'était lui qui transmettait les propositions au CSJ. C'est aussi dans sa juridiction qu'exerçaient les juges juniors dont il pouvait assurer l'avenir professionnel en les plaçant dans les cours d'arrondissement qui dépendaient de lui. Désormais, le chef du tribunal d'arrondissement peut proposer directement la nomination de juristes extérieurs, qu'il y ait ou non des juges juniors du tribunal régional susceptibles d'occuper le poste, et donc pourvoir immédiatement le poste avec une personne opérationnelle (qui doit juste suivre un stage de remise à niveau de quelques jours). Il y a donc peu de chances qu'il demande l'ouverture d'un concours pour le recrutement d'un jeune juriste qui devra suivre 6 mois de formation et exercer un an et demi la fonction de junior dans le tribunal de district. Même si la loi prévoit la possibilité de nommer le junior aux fonctions d'arrondissement avant l'achèvement de son mandat, il reste toujours un délai lié à l'organisation du concours (qui peut prendre plusieurs mois) et à la formation initiale. Cette réforme hypothèque le recrutement par concours et compromet la rotation des magistrats juniors. Elle rétablit le système des recommandations, qu'elle élargit au niveau de l'arrondissement, et facilite le recrutement de personnes extérieures à tous les niveaux de la hiérarchie, sans sélection transparente et objective, si ce n'est au niveau de la Commission des propositions et des attestations du CSJ. Elle favorise, dans les faits, les recrutements clientélistes et permet à des candidats ayant échoué au concours d'entrer tout de même dans la magistrature [ABA-CEELI, JRI, 2004, p.9].

Le concours est organisé par le CSJ. L'épreuve se compose d'un cas pratique écrit et d'un entretien devant 5 personnes, dont l'une au moins est professeur de droit. L'entretien porte sur la totalité du droit et ne vérifie que les connaissances théoriques. La personnalité du candidat, sa motivation et sa moralité ne sont pas soumises à examen [*ibid.*, p. 8]. Le programme du concours n'est pas fixé de façon suffisamment précise. Les critères d'évaluation ne prennent pas en considération la qualité du raisonnement suivi par le candidat et sa capacité à argumenter, mais seulement la justesse de ses conclusions. La commission de concours présente ensuite les lauréats au CSJ, qui les nomme juges juniors au sein des cours régionales qu'ils ont demandées. Le caractère véritablement équitable du concours a été mis en cause par

²⁰⁶ Dans la mesure où les magistrats juniors sont nommés avant d'entreprendre la formation, l'échec d'un auditeur à l'INJ poserait nécessairement problème s'il devait se traduire par son renvoi de la magistrature, car son poste redeviendrait aussitôt vacant et il faudrait organiser un nouveau concours, ce qui impliquerait un long délai d'attente pénalisant le fonctionnement de sa juridiction.

plusieurs de nos interlocuteurs, y compris des examinateurs²⁰⁷. La régularité du concours peut être contestée devant le CSJ par les candidats malheureux, qui peuvent ensuite faire appel de la décision du CSJ devant la CSA. Ce droit est largement utilisé et empêche le poste vacant de recevoir une affectation jusqu'à la fin de la procédure. Si l'auteur du recours obtient gain de cause, un nouveau concours doit être organisé pour le poste concerné, où de nouveaux candidats peuvent se présenter. Par conséquent, les postes vacants dans les tribunaux de base peuvent le rester très longtemps, ce qui a, bien évidemment, des répercussions sur la charge de travail des autres magistrats du ressort et accroît la tentation, pour le chef de juridiction en butte au mécontentement de ses subordonnés, de procéder à un recrutement direct, d'autant que les jeunes magistrats accomplissent les tâches ingrates dont les magistrats de plein exercice ne veulent pas se charger [diagnostic établi par des experts européens dans le cadre du programme EuropeAid/113343/D/SV/BG, *Technical assistance for the preparation of the recruitment and training strategy for the judiciary*, février 2005]. Il y avait, au concours de 2005, un millier de candidats pour 29 places de juge junior ouvertes [ABA-CEELI, JRI, 2006, p.119].

Avant leur entrée en fonction, les jeunes magistrats doivent suivre une formation obligatoire (décision du CSJ de décembre 2003) de six mois au sein de l'INJ. Après 18 mois d'exercice de la fonction de junior, les magistrats sont, en principe, nommés dans un tribunal d'arrondissement²⁰⁸. Les critères d'évaluation de la qualité du travail réalisé en tant que magistrat junior ne sont pas précisés. Les tâches confiées à ces apprentis sont très variables en complexité. Certains effectuent le travail d'un magistrat titulaire alors que d'autres sont cantonnés à un rôle de stagiaire. Les magistrats débutants doivent à nouveau être évalués après trois années de pratique, avant de recevoir le statut de magistrat inamovible et irrévocable. Si l'évaluation est négative, c'est, depuis 2004, un cas de révocation du magistrat.

L'instauration d'un concours implique de prévoir, plusieurs années à l'avance, les besoins en ressources humaines, de planifier l'ouverture des nouveaux postes, ainsi que de diffuser dans tout le pays l'information concernant les places vacantes, ce qui n'est pas fait.

La « contre-réforme » de 2004 a suscité des remous dans la magistrature. En 2005, l'Association des juges de Bulgarie a protesté contre la nomination directe dans un tribunal d'arrondissement du fils d'un membre du CSJ, suivie, un an plus tard, de sa promotion dans un tribunal régional. Une pétition contre le système d'accès direct à la magistrature, signée par 92 juges, a été diffusée dans les médias. Au printemps 2006, un scandale a éclaté suite à la nomination directe de 80 magistrats. Les amendements de mai 2006 de la LPJ rendent de nouveau obligatoire le concours pour toute première nomination dans la magistrature.

La formation initiale des magistrats

En Bulgarie, la formation initiale des magistrats est traditionnellement calquée sur le modèle allemand. Jusqu'à la fin des années 1990, elle se déroule essentiellement sur le tas, en

²⁰⁷ VV constate qu'une grande partie de ceux qui réussissent le concours à Sofia appartiennent à des familles de l'élite juridique. Il voit dans cette épreuve un mécanisme de cooptation où l'anonymat n'est pas respecté, y compris au niveau des épreuves écrites. D'anciens membres du jury du concours, interrogés par nous à l'occasion d'une mission de coopération à Sofia, en 2005, nous ont tenu un discours semblable. Ils ont argué qu'il est très facile pour les correcteurs de reconnaître les auteurs des copies soi-disant « anonymes » grâce à leur écriture. Le fait que les experts étrangers puissent croire qu'il existe, en Bulgarie, des gens prêts à jouer honnêtement ce type de jeu est considéré par eux comme une preuve de leur naïveté et de leur méconnaissance des conditions locales.

²⁰⁸ La proposition de nomination est faite au CSJ par le chef de la juridiction. Rien ne l'oblige à effectuer cette démarche.

deux étapes. Tous les étudiants en droit, quel que soit le métier auquel ils se destinent, effectuent le stage judiciaire. Ils sont nommés par le MJ dans un tribunal de district pour une durée d'un an. Ils sont rémunérés par l'Etat bien que seulement une petite partie d'entre eux rentrent dans la magistrature à l'issue de leurs études. Au cours du stage, ils passent par toutes les instances et services du ressort – y compris le parquet et le barreau – afin d'acquérir une connaissance pratique de leur fonctionnement. A l'issue du stage, ils se présentent à un examen devant une commission composée de représentants du MJ, de la magistrature et du barreau. Ceux qui réussissent l'examen obtiennent le certificat de capacité juridique, c'est-à-dire le droit d'exercer les professions de magistrat, avocat, juge de l'exécution et juge de l'enregistrement (puis notaire et huissier quand ces professions sont créées). Les magistrats ne reçoivent donc pas de formation initiale distincte de celle des autres professions juridiques.

Ce système, conçu à une époque où les facultés de droit produisaient quelques centaines de diplômés par an, devient inefficace à partir du moment où les universités privées, souvent de piètre qualité, se multiplient et les étudiants affluent par milliers dans les cursus juridiques. L'explosion du nombre de stagiaires se conjugue avec la surcharge de travail des magistrats, qui ont très peu de temps à consacrer à leur rôle de formateur, pour réduire le stage pratique à une simple formalité sans valeur pédagogique²⁰⁹. Les liens sont très peu développés entre les facultés de droit, les organisateurs des stages judiciaires du MJ et les juridictions qui accueillent les stagiaires. Les magistrats ne reçoivent pas d'incitation financière pour consacrer une partie de leur temps au suivi et à la formation des stagiaires. La plupart des étudiants se contentent de faire signer les documents attestant leur participation au stage et ne mettent jamais les pieds dans les services dont ils sont censés apprendre le fonctionnement. L'examen terminal, un oral de 15 minutes, est réussi par la quasi-totalité des stagiaires. Il ne porte pas sur ce qui a été appris durant le stage ni sur les pratiques professionnelles, mais sur le droit [ABA-CEELI, JRI, 2002]. Son déroulement honnête et la pertinence du contenu de cet examen sont mis en question par tous les diagnostics internationaux.

De ce fait, les magistrats débutent leur carrière sans posséder les savoir-faire requis ni avoir intériorisé les valeurs et les règles de conduites typiques d'une magistrature moderne. La durée du stage judiciaire a été réduite à 3 mois non rémunérés par la loi de 2002, ce qui a été vu par les experts européens comme une réduction supplémentaire de la formation pratique des étudiants de droit (ils demandent le rétablissement du stage de 12 mois).

Par la suite, les jeunes magistrats recrutés dans une juridiction sont nommés pour un mandat de deux ans avec un statut de juge, de procureur ou d'instructeur junior ne bénéficiant pas du statut d'irrévocabilité. Les juges juniors à la cour régionale peuvent participer à l'examen des affaires uniquement en formation de trois juges. Le soin apporté à la formation sur le tas des magistrats juniors est très variable selon les ressorts. C'est le premier poste dans la magistrature, mais il n'est pas obligatoire en début de carrière. En raison du grand nombre de postes vacants, beaucoup de juges sont nommés dans les tribunaux d'arrondissement sans avoir été juge junior.

²⁰⁹ Le système de formation sur le tas au contact des magistrats plus expérimentés semblait donner satisfaction avant la chute du régime communiste. Les conditions de cet apprentissage sont ainsi décrites par un ancien procureur devenu avocat : « *Les personnes qui travaillaient dans le système judiciaire faisaient de réels efforts pour intégrer les jeunes collègues et leur permettre d'assimiler graduellement tout un ensemble de savoir faire. Par exemple, dans mon parquet, on organisait chaque mois une discussion collective d'évaluation du travail réalisé par les procureurs juniors. On y commentait les fautes, erreurs et lacunes qu'on avait constaté dans leur pratique professionnelle. Ces discussions faisaient partie d'un système de formation continue bien organisé... Les procureurs en début de carrière étaient obligatoirement affectés en province pendant deux ou trois ans, dans les parquets où les conditions de travail étaient les plus favorables pour apprendre les ficelles du métier.* » [VV].

Du Centre de formation des magistrats à l'Institut national de la Justice

Suite aux recommandations, incitations et pressions américaines et européennes en faveur de la création d'écoles spécialisées ayant pour mission de délivrer une formation initiale spécifique à chacune des professions juridiques, un Centre de formation des magistrats (CFM) est créé, le 16 avril 1999, par le ministère de la Justice, l'Association des juges de Bulgarie et l'Alliance pour les interactions juridiques (une organisation professionnelle de juristes). Les ressources matérielles consacrées à cette initiative proviennent essentiellement de l'aide internationale octroyée par une pluralité de partenaires de différentes nationalités, au premier chef des organisations étasuniennes - USAID , ABA-CEELI, fondation pour une société ouverte (Soros) – et le programme PHARE. Le centre reçoit aussi le soutien d'organismes publics et privés néerlandais, français, britanniques, hongrois, espagnols, roumains... Le CFM est essentiellement une émanation des juges, qui monopolisent ses instances de direction et de programmation pédagogique. BB insiste sur le caractère militant, idéaliste et associatif de cette initiative, qui répond au sentiment d'abandon par l'Etat éprouvé par de nombreux magistrats. La contribution du gouvernement bulgare au fonctionnement du CFM se limite, de fait, à prêter quelques pièces inadaptées d'un bâtiment officiel.

Le CFM dispense un enseignement orienté vers la pratique destiné uniquement aux juges dans un premier temps. Les magistrats du siège en début de carrière peuvent suivre plusieurs modules de formation d'une semaine, consacrés à l'organisation judiciaire, la gestion des juridictions, l'éthique professionnelle, le traitement des dossiers, la manière de mener une audience. Cette formation n'est pas statutairement obligatoire, mais un accord informel est passé entre le Centre et la plupart des chefs de juridiction. D'autre part, un programme de séminaires et de conférences est proposé à tous les juges qui souhaitent s'initier à des matières juridiques mal connues en Bulgarie telles que le droit international, la coopération judiciaire avec les pays étrangers, l'acquis communautaire et les institutions européennes, les droits de l'Homme, les amendements récents et la jurisprudences concernant le droit des sociétés, les faillites, les impôts, les marchés financiers, la sécurité sociale²¹⁰.

Toutefois, les quelques semaines de formation dispensées par le Centre apparaissent insuffisantes. Beaucoup d'experts européens préconisent la remise en question du statut de juge junior et de la formation initiale des magistrats pendant plusieurs mois dans une école de la magistrature inspirée du modèle français, qui pourrait être le CFM transformé en établissement public.

La loi de 2002 transforme le CFM en Institut national de la justice (INJ), une école publique de la magistrature administrée conjointement par le CSJ (4 représentants au conseil de gestion) et le MJ (3). Le CFM s'inquiétait que son absorption par le ministère de la Justice n'entraîne la fin de son indépendance et la baisse de la qualité de ses prestations. Il y a eu un conflit portant sur la composition de son conseil de gestion, qui a été tranché en faveur du CSJ grâce au soutien des partenaires internationaux du CFM. Outre la crainte d'être « pris en main » par le pouvoir politique, le CFM avait également peur que le gouvernement bulgare ne fasse pas, dans la durée, l'effort budgétaire nécessaire pour prendre le relais de l'aide étrangère. Enfin, le CFM appréhendait la « bureaucratisation » de la formation professionnelle, avec pour conséquence la démobilisation des magistrats qui s'y impliquaient bénévolement [BB]. Avec l'étatisation du CFM, l'Association des juges de Bulgarie voyait disparaître son pôle d'action collective le plus dynamique et sa principale vitrine tant à l'égard de sa base que de ses soutiens étrangers.

²¹⁰ Selon la brochure du Centre de formation des magistrats éditée en 2001.

L'article 163 de la loi de 2002 fait de la formation à l'Institut une condition préalable à la nomination dans les corps judiciaires. La durée de la formation initiale est d'abord fixée à un an. Mais l'année suivante, la durée de la formation est ramenée à 6 mois et celle-ci perd son caractère probatoire, suite à la protestation des professeurs de droit et des présidents des tribunaux. Les experts européens considèrent pourtant que cette durée est insuffisante. La nomination des magistrats juniors a lieu à l'issue du concours et avant la formation, de sorte que la réussite aux examens de l'INJ ne détermine pas automatiquement leur entrée dans la magistrature. Les notes des auditeurs sont communiquées au CSJ, qui peut éventuellement sanctionner des résultats insuffisants au moment des nominations suivantes.

L'un des objectifs de l'INJ est de créer des relations de solidarité entre les magistrats des différentes branches du pouvoir judiciaire en leur offrant une formation commune. Toutefois, le ministère public semble plutôt méfiant à l'égard de l'INJ : le Procureur général craint probablement que la professionnalisation des procureurs ne renforce les oppositions internes à son encontre et ne vienne gripper les mécanismes de corruption fonctionnant à son profit et à celui de ses proches collaborateurs [diagnostic établi par des experts européens dans le cadre du programme EuropeAid/113343/D/SV/BG, *Technical assistance for the preparation of the recruitment and training strategy for the judiciary*, février 2005]. S'agissant des magistrats d'instruction, ils ne sont pas inclus dans le nouveau système de formation initiale en raison des incertitudes quant à leur statut futur.

La formation de la première promotion de juges juniors recrutés par concours a commencé en 2005. Le programme d'enseignement a été mis au point avec l'aide d'experts français au cours d'un jumelage PHARE. Les cours traitent du droit bulgare substantiel et procédural, du droit européen, de l'administration des juridictions, de la déontologie professionnelle et de l'usage des technologies. La formation est essentiellement pratique et comporte de nombreux stages en juridiction. Elle est trop courte pour permettre aux auditeurs de combler leurs lacunes en droit²¹¹. La formation à l'INJ est complétée par le programme de tutorat mis en place par l'USAID dans les juridictions accueillant des magistrats juniors.

L'équipe pédagogique permanente de l'INJ est très réduite. Elle se compose d'une poignée de magistrats dont le statut de formateur à temps plein est encore juridiquement incertain et qui s'inquiètent pour la suite de leur carrière dans la magistrature. Tous les enseignants de l'INJ ne semblent pas être là par choix ou par vocation : l'un des formateurs permanents occupe cette place suite à un conflit avec le Procureur général. Par ailleurs, en raison de l'absence de politique de formation des formateurs, il existe, dans le système judiciaire, trop peu de magistrats aptes à mettre en œuvre les méthodes sophistiquées d'enseignement prévues au programme pédagogique de l'INJ : discussions structurées, jeux de rôle, simulations, outils informatiques d'apprentissage. Les magistrats juniors sont recrutés tout au long de l'année et sans gestion prévisionnelle des effectifs, ce qui rend difficile l'organisation de leur formation à l'INJ.

L'INJ est aussi appelé à former les auxiliaires de justice - juges de l'exécution, agents de l'enregistrement, employés administratifs des juridictions, fonctionnaires du MJ - mais aucun cursus n'a encore été mise en place à cet effet.

²¹¹ Pour remédier à ce problème, les experts américains proposent de spécialiser la formation des magistrats par type de droit – civil, pénal, administratif, commercial - plutôt que d'offrir le même enseignement à tous les juges [ABA-CEELI, JRI, 2006, p.17].

La formation continue

La formation continue n'est pas obligatoire et le fait de participer à des stages a peu d'effet sur l'avancement. Le corps d'inspection du MJ est formellement responsable de la formation continue mais y consacre très peu de moyens. Cette tâche a été déléguée au CFM, qui fonctionne essentiellement grâce à des financements internationaux et dont presque tous les enseignements sont destinés aux juges. Le CFM n'entretient aucun contact avec l'inspection [ABA-CEELI, JRI, 2002]. Des formations sont dispensées par des organisations professionnelles, de manière irrégulière. Il n'y a pas d'offre de formation continue destinée aux magistrats au sein des facultés de droit. La pauvreté de la production d'ouvrages de droit, la rareté des actualisations des textes de doctrine rendent difficile l'autoformation.

L'INJ propose des stages de formation continue portant sur les évolutions récentes de la législation (notamment économique), le droit international et européen, la conduite du procès contradictoire. Il invite les magistrats à donner leur avis dans le cadre de la préparation de certains projets de loi.

L'engouement des magistrats pour la formation continue apparaît faible, mais cette attitude pourrait évoluer car la formation est de plus en plus prise en considération pour déterminer les promotions. Les magistrats dépendent de l'autorisation de leur chef de juridiction pour assister à des programmes de formation.

Le déroulement de la carrière

La voie normale d'entrée dans la magistrature est, en résumé, cinq ans d'études de droit, dont un an de stage judiciaire (3 mois après 2002) qui mène à l'obtention de la capacité juridique et, éventuellement, au recrutement par un chef de juridiction régionale. Suivent deux années en tant que magistrat junior, la nomination à un poste de magistrat dans un tribunal d'arrondissement et, enfin, l'acquisition de l'irrévocabilité un an plus tard (après trois ans et une évaluation, depuis 2002).

La pratique générale est la promotion sur place. Les mutations d'un magistrat dans un autre ressort sont rares, mêmes liées à une promotion en fonction ou en grade. Plusieurs obstacles s'opposent à la rotation des cadres sur le territoire de tout le pays : le faible niveau de rémunération des magistrats avant 2002, les différences de développement entre les régions, le manque de logements de fonction, le chômage très élevé, qui rend problématique la mobilité des conjoints, l'absence de tradition de mobilité des fonctionnaires, le refus de s'éloigner des réseaux sociaux d'échanges de services patiemment tissés et soigneusement entretenus dans la ville où l'on habite. C'est pourquoi la carrière des magistrats continue de se dérouler au niveau régional. Ce manque de mobilité a pour conséquence la difficulté de pourvoir les postes vacants dans les districts éloignés de la capitale et de quelques grandes villes de province.

Le chef de juridiction est, dans la pratique, seul juge des performances des magistrats de son ressort et décide des promotions selon ses propres critères, qui varient d'un endroit à l'autre : ancienneté, mérite professionnel, soumission au chef du ressort, relations personnelles ou familiales avec des dirigeants de l'appareil judiciaire, appartenance à une famille de l'élite locale, affiliation à une clientèle politique... Le président peut vérifier la qualité des jugements rendus par ses subordonnés et demander l'opinion des collègues à propos d'un juge qui souhaite être promu [*Open Society Institute*, 2002, p. 62]. Les principaux motifs de promotion au niveau local semblent être l'ancienneté et les connexions familiales [ABA-CEELI, JRI, 2002, p. 28], mais l'accès aux échelons les plus élevés de la hiérarchie est conditionné par la proximité avec de puissants patrons politiques. Les décisions du CSJ en

matière de nomination sont opaques, les raisons du choix de telle ou telle personne pour occuper un poste important sont rarement données.

Depuis la fin des années 1990, on assiste à une diversification des intervenants dans la gestion des carrières des magistrats. A partir de 1998, le MJ est autorisé à donner son avis au CSJ concernant les demandes d'avancement et, depuis 2002, des promotions peuvent également être proposées par un cinquième des membres du CSJ. Quant au chef de juridiction, il doit dorénavant nommer une commission chargée d'évaluer les demandes d'avancement, qui est composée de magistrats de son ressort choisis à sa discrétion. Les magistrats peuvent demander leur propre promotion.

La réforme de 2002 impose au CSJ de fixer des critères clairs et uniformes de sélection et d'avancement. Elle instaure une Commission des propositions et des attestations au sein du Conseil²¹², dont la mission consiste à examiner le dossier qui accompagne les propositions d'avancement. Cette commission émet une recommandation motivée qui est soumise à l'assemblée plénière du CSJ. La procédure d'évaluation professionnelle par le CSJ est déclenchée par les demandes de promotion. Par conséquent, le sommet de l'appareil judiciaire n'est pas informé des performances des magistrats qui ne sollicitent pas leur avancement. Ceux-ci dépendent du seul chef de juridiction pour le contrôle et le suivi de leur activité²¹³. Une évaluation négative équivaut à une proposition de révocation pour cause de manque des qualités nécessaires à l'exercice des fonctions professionnelles.

D'après les amendements de 2002 et un règlement provisoire de 2005, les décisions du CSJ en matière de nominations doivent être basées sur l'avis du chef de juridiction, les types et la complexité des affaires que le magistrat a eu à traiter, son respect des délais, le nombre de décisions qu'il a rendu et la proportion de jugements annulés ou cassés, son respect de la déontologie et de la discipline, sa motivation personnelle, sa capacité à travailler en équipe, sa réputation auprès des collègues et du public, sa capacité à éviter les renvois et les reports d'audience, la qualité des attendus de ses décisions. Le caractère provisoire de ces critères constitue un prétexte pour ne pas les appliquer, dans l'attente d'un règlement définitif qui tarde à venir. Par ailleurs, la Commission de Venise les juge trop vagues et se prêtant à une interprétation subjective [Avis sur le projet de loi portant amendement de la loi sur le système judiciaire de la Bulgarie adopté par la Commission à sa 51^e réunion plénière, 5-6 juillet 2002]. Il n'y a pas de critères d'évaluation spécifiques pour les différentes catégories de magistrats, mesurant les aspects singuliers de la fonction occupée²¹⁴. Dans la pratique, la décision du CSJ continue de reposer sur l'avis émis par la personne qui propose le candidat et sur l'appréciation communiquée par le chef de juridiction. Au sein du ministère public, la politique de sélection, de nomination et de promotion des magistrats reste complètement

²¹² Cette innovation avait été demandée par l'AJB.

²¹³ C'est pourquoi les experts européens prônent que le travail des magistrats soit évalué automatiquement tous les deux ans et recommandent la mise en place de comités d'évaluation collégiaux dans les juridictions, fonctionnant selon des procédures précises [EuropeAid/113343/D/SV/BG, *Technical assistance for the preparation of the recruitment and training strategy for the judiciary*, février 2005].

²¹⁴ Les mêmes experts européens proposent une liste plus précise des capacités et compétences que doivent posséder les magistrats : analyser juridiquement une situation, interpréter correctement la loi, repérer et hiérarchiser les informations essentielles dans un texte ou un témoignage, obtenir des parties les éléments manquants, s'exprimer clairement à l'oral et à l'écrit, savoir argumenter, expliquer et persuader, prendre rapidement des décisions pertinentes et les formuler sous forme de sentences orales durant les audiences, faire preuve d'autorité et de dignité face au public, gérer avec efficacité le déroulement des audiences, faire preuve d'indépendance, de neutralité, d'impartialité, d'intégrité et de loyauté à l'égard des collègues, diriger une équipe et gérer des tâches administratives, être flexible, ouvert d'esprit et capable de s'adapter, avoir une solide culture générale pour être apte à comprendre les motivations des justiciables, etc. [*ibid.*].

opaque²¹⁵. Le système de recrutement direct décrit plus haut est utilisé pour promouvoir des magistrats sans qu'ils aient à subir d'évaluation [ABA-CEELI, JRI, 2006, p. 42].

Le fait de « faire du chiffre » s'impose désormais comme un paramètre important dans l'évaluation des mérites individuels des magistrats [ABA-CEELI, JRI, 2004, p. 22]. De ce fait, la façon dont le président distribue aux juges de son tribunal les nouvelles affaires plus ou moins longues à traiter constitue un ressort important de son pouvoir. Il existe des moyens de gonfler artificiellement le nombre d'affaires traitées par un juge auquel le chef de ressort veut faire gravir rapidement les échelons de la hiérarchie [*ibid.*, p. 24]. Le critère du nombre de décisions infirmées ou cassées est critiquable dans la mesure où beaucoup d'affaires sont traitées de façon collégiale, les recours contre les jugements en première instance sont fréquents et le système d'admission des preuves peut modifier les éléments fondant la décision en deuxième instance. Le degré de qualification et la participation à des stages de formation n'apparaissent pas comme des critères de promotion jusqu'en 2004.

La gestion des carrières conserve, en somme, un caractère rudimentaire, personnalisé, localiste et clientéliste. En dépit de la création de la Commission des propositions et des attestations, censée promouvoir des mécanismes d'évaluation et de promotion impersonnels, équitables, objectifs et uniformes, les magistrats interrogés estiment que les pratiques n'ont pas évolué dans ce domaine. La hiérarchie judiciaire apparaît, dans l'ensemble, réfractaire au développement de techniques sophistiquées d'évaluation professionnelle. Ces procédés visent, en effet, à limiter le pouvoir discrétionnaire des chefs en la matière, ce qui revient à affaiblir l'emprise qu'ils exercent sur leurs subordonnés.

Le chef de juridiction tout puissant

Après la réforme de 2002, les propositions de nomination des présidents des tribunaux sont faites par le chef de la juridiction supérieure, l'assemblée générale des juges, 1/5 du CSJ ou le MJ.

Malgré les réformes, toutes les conditions demeurent réunies pour que les chefs de juridiction puissent mettre à profit leur pouvoir afin d'influencer les décisions de magistrats du ressort. Leur mandat n'est, jusqu'en 2004, pas limité dans le temps et ils détiennent, de fait, le pouvoir de recruter, promouvoir et sanctionner leurs subordonnés, ainsi que de déterminer leur charge de travail. Ils peuvent assigner les affaires de leur choix aux magistrats les plus obéissants²¹⁶. Leur action est très peu contrôlée par leur hiérarchie. Certains juges pouvaient, ainsi, rester président de tribunal pendant une vingtaine d'années, ce qui leur donnait le temps de proposer pratiquement tous les magistrats nommés dans leur juridiction. Le motif officiel avancé en 2004 pour justifier la limitation à 5 ans - renouvelables une seule fois²¹⁷ - du mandat de président de tribunal est la limitation du pouvoir de la hiérarchie. Mais cette réforme a surtout donné un prétexte au nouveau CSJ pour remplacer, au nom de la

²¹⁵ Le dirigeant d'une association de procureurs opposée au Procureur général a décrit la gestion des promotions au sein du ministère public comme étant fondée uniquement sur les relations personnelles avec le Procureur général. Il a parlé de procureurs qui se sont suicidés à cause des pressions exercées sur eux par leurs supérieurs hiérarchiques, des cas de meurtres non élucidés de magistrats qui ont refusé d'entrer dans des combines ou qui ont publiquement dénoncé des abus, la mutation dans les arrondissements les plus reculés de ceux qui suscitent le mécontentement du parquet général, les liens entretenus par des personnes proches du Procureur général avec le crime organisé (en particulier, le frère du PG s'est trouvé mêlé à une affaire de trafic international d'objets d'art), le harcèlement dont sont victimes les journalistes qui se risquent à enquêter sur le fonctionnement du ministère public [VM].

²¹⁶ Dans les cours d'appel, au civil, le président peut dessaisir le magistrat rapporteur sans avoir à se justifier, et même modifier la formation de trois juges.

²¹⁷ Tous les responsables en fonction au 30 septembre 2003 peuvent être nommés pour un seul mandat.

professionnalisation des fonctions de direction, la plupart des chefs de juridictions conformément à la logique de système des dépouilles clientéliste qui caractérise toute la fonction publique bulgare²¹⁸. La nomination des dirigeants des ressorts judiciaires constitue, il est vrai, un enjeu considérable dans les luttes entre réseaux de notables locaux : « *Il est essentiel de compter le président du tribunal parmi ses amis, car toutes les nouvelles affaires passent entre ses mains et c'est lui qui détermine quel magistrat traitera le litige. Celui qui tient le président n'a pas besoin de verser des pots-de-vin aux autres juges* » [VV]. La foire d'empoigne au CSJ pour le remplacement des chefs de juridiction a duré plusieurs mois, durant lesquels la mise en œuvre des réformes judiciaires a été mise entre parenthèses [Peer review, 2004].

Les amendements de 2004 posent le principe, largement fictif, selon lequel le chef de cour doit être un *primus inter pares*. Ses fonctions administratives sont distinguées de ses fonctions juridictionnelles. Après l'expiration de son mandat, il continue d'exercer ses fonctions de magistrat. En d'autres termes, être président n'est plus un grade. Dans la réalité, « *la peur du supérieur hiérarchique reste une constante de la vie des juridictions, plus particulièrement en province, où les mentalités évoluent très lentement. Il s'agit d'une survivance du passé communiste, qui est continuellement réalimentée par les pratiques autoritaires des chefs actuels. Cette peur est ressentie par tous, même si on n'en parle pas aux personnes extérieures* » [VM].

Le chef de juridiction assure une permanence d'accueil du public une fois par semaine. Ce jour là, les parties et les avocats peuvent le rencontrer personnellement pour discuter des affaires qui les concernent, se plaindre des décisions du juge en charge du dossier, solliciter des conseils et formuler des demandes. La justification de cette pratique traditionnelle est le souci d'inclure le justiciable dans le processus judiciaire et de lui donner la possibilité de faire valoir ses critiques. Si, d'un côté, elle permet au chef du ressort de connaître certains dysfonctionnements, elle favorise, d'un autre côté, leur ingérence dans le travail des magistrats placés sous leur autorité [ABA-CEELI, JRI, 2004, p. 33].

Malgré l'étendue de leurs pouvoirs et de leurs responsabilités, aucune formation n'est officiellement prévue pour préparer les chefs de juridiction à exercer leurs fonctions administratives²¹⁹.

Les associations de magistrats

L'Association des juges de Bulgarie (AJB), créée en 1997 en grande partie grâce à l'aide américaine, est, jusqu'au début des années 2000, la seule organisation professionnelle indépendante de magistrats. La coopération américaine (ABA-CEELI, USAID) constitue sa principale source de financement. Elle a inspiré son organisation, son mode de

²¹⁸ Les chefs de juridiction interrogés ont exprimé leur hostilité à cette réforme : « *Un dirigeant qui remplit ses fonctions avec compétence ne devrait pas être obligé de les quitter quand son mandat arrive à expiration. Cette réforme incitera les anciens chefs à quitter la justice, voire à émigrer.* » [VG], « *Ce système revient à supprimer l'irrévocabilité pour les chefs de juridiction. C'est la porte ouverte à encore plus de clientélisme et de politisation dans la justice.* » [YS]. Pour VV, l'introduction du mandat de 5 ans a accru l'influence des forces politiques sur le système judiciaire, puisque le CSJ, lui-même politisé, a désormais la possibilité de changer les présidents des tribunaux plus régulièrement : « *Peu importe leur performance en matière de gestion, ce que l'on regarde prioritairement, en haut lieu, c'est leur disposition à suivre les consignes des dirigeants des partis et leur soumission au Procureur général... Avec le nouveau système, la nomination de présidents relativement honnêtes est devenue improbable. Les juges qui veulent devenir chef de cour sont incités à faire une surenchère de gestes de bonne volonté pour rentrer dans les bonnes grâces du parquet et plaire aux hommes forts de la scène politique locale* ».

²¹⁹ A partir de 2001, l'USAID organise des formations au management pour les présidents de tribunaux.

fonctionnement et ses projets. Elle lui fournit, par exemple, des conseils et un appui logistique pour l'organisation, chaque année depuis 2004, de la Conférence nationale de la justice, ainsi que pour ses campagnes de communication. Elle permet aux « jeunes juges idéalistes de Sofia parlant des langues étrangères » qui constituent la base militante de l'Association de suivre des stages aux Etats-Unis pour y observer le rôle des organisations professionnelles [Ole Hammerslev].

L'AJB a cherché, avec un succès variable, à faire entendre la position et « l'expertise » de ses adhérents lors de la préparation des différents projets de réforme de la justice. Elle a défendu de nombreuses propositions dont certaines ont été adoptées. Elle essaie de jouer un rôle d'alerte auprès de la CSC et du CSJ, ainsi qu'en direction de la société civile. Elle s'efforce de défendre les juges attaqués par les médias. Toutefois, elle ne se pense pas comme un contre-pouvoir vis-à-vis des instances dirigeantes officielles du pouvoir judiciaire et n'est pas perçue comme capable de défendre les intérêts de ses membres contre la hiérarchie judiciaire [GB]. Elle n'a pas d'action ayant pour but l'augmentation des salaires, l'amélioration des conditions de travail, l'accroissement des moyens de la justice ou encore le développement des relations avec le barreau [ABA-CEELI, JRI, 2006, p.48]. Elle a apporté une contribution décisive à l'amélioration de la formation professionnelle des juges avec la création du CFM en 1999. Elle aussi a obtenu la fourniture de robes aux juges. Elle a écrit deux codes de déontologie et organisé de nombreux débats publics sur les problèmes du système judiciaire et les difficultés de mise en œuvre des textes dans différents domaines du droit [KK]. Un journal des juges a été lancé en 2001, qui informe ses lecteurs sur les nouveaux textes de loi et sur la façon de les appliquer.

L'AJB n'est pas parvenue à s'imposer comme un acteur important de la vie professionnelle une fois retombé l'élan de mobilisation qui a marqué ses premières années d'existence. Elle rassemblait environ 500 membres en 2002 et 774 en 2006, soit 41% des juges, en majorité de Sofia. Toutefois, son audience dans la profession semble assez faible. La plupart des juges se sentent déconnectés de son action et la connaissent mal. L'Association est peu active en dehors de Sofia, en dépit de l'existence d'une dizaine de bureaux régionaux. Elle n'essaie guère de mobiliser les juges provinciaux, de recueillir leurs opinions et de les informer de ses initiatives. [CSD, JRI, 2000]. Elle se heurte au repli sur soi, au désintérêt et à la méfiance vis-à-vis de l'action collective d'une grande partie des magistrats [KK]. L'audience de l'AJB résulte surtout de l'engagement personnel et de l'habileté politique de ses dirigeants, dont certains sont politiquement marqués (ainsi, Nelly Koutskova, la présidente élue en 2003, est proche de l'Union des forces démocratiques). Comme c'est le cas dans beaucoup d'associations professionnelles, ses membres ordinaires s'investissent peu dans la défense des intérêts du groupe professionnel. L'association continue de dépendre des donateurs étrangers pour la plupart de ses activités. Sa pérennité est, par conséquent, loin d'être assurée.

Les leaders des organisations professionnelles de magistrats ne sont pas considérés comme neutres politiquement, mais comme des porte-parole de courants politiques au sein de la magistrature. Le conflit opposant plusieurs associations de procureurs au sein du ministère public est vu comme la manifestation de luttes de clans défendant des intérêts politico-économiques différents, dont le plus puissant est favorable au Procureur général et les autres sont opposés à lui [VM, MT]²²⁰.

²²⁰ VM, président de l'une de ces associations, dénonce la soumission au Procureur général du « syndicat officiel », l'Association des procureurs, créée en 1992, décrite comme la « *courroie de transmission de l'Etat au sein du ministère public, dont le rôle est de promouvoir la ligne politique défendue par le PG et, à travers lui, de la force politique qui l'a nommé* ». L'Association nationale des procureurs de Bulgarie fondée par VM en 2002

1.3.3 – Les avocats

En janvier 2004, on dénombre 11 283 avocats dont près de 4 500 sont enregistrés au barreau de Sofia. Les effectifs de la profession ont augmenté d'environ un millier par an depuis la chute du communisme.

Histoire des avocats

Les avocats sont établis en tant que profession indépendante par une loi de 1925 autorisant le barreau à s'organiser et à se gérer de manière autonome. Auparavant, depuis 1883, les avocats étaient définis comme des auxiliaires de l'administration de la justice. Ils étaient rattachés aux tribunaux de district – qui pouvaient les admettre, les renvoyer et exerçaient sur eux un contrôle disciplinaire – et étaient soumis à l'autorité du MJ. Les avocats avaient l'obligation de s'affilier à des entités juridiques appelées collèges d'avocats, dont l'organe dirigeant était le Conseil du barreau doté de pouvoirs exécutifs, disciplinaires et de gestion. La loi de 1925 confère au Conseil suprême du barreau (CSB) l'autorité sur l'ensemble de la profession. Il est responsable de la réglementation de la période d'apprentissage (2 ans), de la gestion et de la publication des listes d'avocats, de la supervision des élections et du fonctionnement des collèges d'avocats, de la lutte contre l'exercice illégal de la profession. Le CSB constituait l'autorité disciplinaire suprême et révisait en appel les sanctions disciplinaires prononcées par les barreaux locaux. Les avocats ont mauvaise presse dans la société bulgare : la conception qui domine est celle d'une justice peu formaliste, qui doit être rapide et bon marché, dans laquelle les justiciables assurent eux-mêmes leur défense.

La loi de 1925 est abrogée en 1947, après l'arrivée des communistes au pouvoir. La nouvelle législation maintient les collèges d'avocats mais limite étroitement leur indépendance. Ils ne sont pas au service de leurs clients, mais ont le devoir de coopérer avec les magistrats pour établir la vérité et faire respecter la loi. Les avocats sont obligatoirement affectés à des collectifs qui ont le monopole de la pratique juridique sur un territoire donné. Les justiciables sont clients du collectif et non d'un avocat particulier. Les frais sont fixés par le collectif sur la base d'une grille établie par le MJ. Ils sont payés au collectif, qui en restitue une partie à l'avocat chargé de suivre l'affaire, sous forme de salaire mensuel. L'admission d'un avocat dans un collège peut être refusée pour motif politique [Dobtchev, 2004]. L'avocat n'a pas la possibilité de négocier directement ses honoraires avec le client. Des poursuites disciplinaires peuvent être engagées contre un avocat non seulement par le Conseil du barreau, mais aussi par le tribunal. La procédure est menée par une Cour disciplinaire composée d'avocats et de juges. Le CSB cesse d'être l'instance d'appel des décisions en matière disciplinaire : cette compétence est confiée à une Cour disciplinaire suprême composée de trois avocats et de trois juges.

Le gouvernement affermit son contrôle sur la profession, en 1952, en décrétant l'abolition du CSB et en transférant la gestion et le contrôle des avocats au MJ. Les collèges d'avocats, les conseils du barreau et les collectifs, qui prennent le nom de bureaux de consultation juridiques, passent sous la tutelle du MJ. Les bureaux de consultation juridique sont dirigés par un secrétaire élu par l'assemblée générale des avocats du bureau. Le secrétaire est responsable des relations avec la clientèle, de la répartition du travail entre les collaborateurs

comporte 13 membres. VM se plaint d'avoir été mis au banc du ministère public depuis qu'il a déclaré son opposition à l'Association des procureurs et prétend que l'étude notariale de sa femme a été dynamitée dans le but de l'intimider. Les autres membres de son organisation subissent également, selon lui, des rétorsions. « *La crainte des chefs est une réalité quotidienne dans le système judiciaire* », a-t-il affirmé, « *c'est ce climat de peur qu'il faut changer en premier lieu, en instaurant un fonctionnement plus professionnel des parquets* ».

et de la supervision de leur activité. En 1976, un nouveau décret instaure le Conseil central du barreau, au sein duquel siègent des représentants des collèges locaux, du MJ et de la cour suprême. Le MJ conserve ses prérogatives en matière de gestion et de supervision des barreaux, dont il peut amender ou annuler les décisions à sa guise. Un Conseil de contrôle est instauré afin de vérifier les comptes des collèges. Le statut d'avocat junior est créé : il s'agit d'un jeune diplômé en droit ayant obtenu la capacité juridique. Il exerce, pendant deux ans, des compétences limitées et ne peut représenter seul son client qu'en première instance.

La Constitution bulgare de 1991 rétablit le principe selon lequel le barreau est « libre, indépendant et s'autogouverne ». Celui-ci est intégré dans le pouvoir judiciaire. Une nouvelle loi sur les avocats, très inspirée de celle de 1925, restaure le CSB. Le MJ perd tout pouvoir sur la profession [ABA-CEELI, LPRI, 2004, p. 3].

L'organisation de la profession

La loi sur le barreau du 12 septembre 1991 reprend, en grande partie, celle de 1925. Elle est amendée en 1992, 1996 (suite à la création du notariat privé), 2000 (réglementation de la participation des avocats étrangers à la résolution des litiges sur le territoire bulgare) et surtout 2004. La loi exige que les avocats soient admis au sein d'un Collège des avocats. Celui-ci regroupe tous les avocats d'un même district sous l'autorité d'un Conseil du barreau élu en assemblée générale. Les conditions pour être admis dans un collège sont les mêmes que pour être recruté dans un tribunal d'arrondissement (citoyenneté bulgare, capacité juridique, deux ans d'expérience en tant que junior...). L'ensemble de la profession est chapeauté par une Assemblée générale nationale des avocats qui désigne le Conseil suprême du barreau, le Conseil suprême de contrôle et une Cour suprême de discipline. Les avocats doivent obligatoirement s'affilier à un barreau et se soumettre aux directives et aux règlements édictés par celui-ci.

La mission de l'avocat est de fournir des conseils au client sous forme écrite ou orale, de préparer des documents, de défendre le client devant les juridictions et les administrations. Seuls les avocats ayant plus de cinq ans d'ancienneté peuvent apparaître devant la Cour suprême de cassation. Les archives des avocats sont protégées contre les perquisitions et les saisies. Ils ont le droit de visiter les personnes en garde à vue ou sous main de justice. Leurs conversations avec ces personnes ne peuvent pas être enregistrées. Les avocats n'ont pas le droit de recourir à des intermédiaires pour attirer des clients ni de faire de la publicité. La loi de 1991 définit les devoirs de la profession en matière de commission d'office [Dobtchev, 2004, p. LV-LVI].

Le Conseil du barreau fixe le montant de la cotisation mensuelle que doivent obligatoirement verser les membres du Collège d'avocats, il organise et met en œuvre l'examen d'entrée au barreau (le premier a été organisé en décembre 2004), gère le registre des avocats, est responsable du respect des normes professionnelles, contrôle l'activité des avocats du Collège, enquête sur les plaintes relatives au comportement des avocats et sanctionne les contrevenants aux règles disciplinaires, résout les différends entre les avocats, est responsable de l'amélioration des compétences professionnelles, veille à ce que les juristes non inscrits en tant qu'avocat ne délivrent pas de prestations réservées à la profession, enregistre les partenariats entre avocats. Le Conseil de discipline juge en première instance les affaires disciplinaires qui lui sont déferées par le Conseil du barreau et peut infliger des sanctions qui vont du blâme à l'interdiction d'exercer la profession pendant 5 ans. Le Conseil de contrôle surveille la gestion des finances du barreau [ABA-CEELI, LPRI, 2004, p. 4].

Le CSB a pour mission de superviser, réguler et protéger les intérêts de la profession : il a compétence pour adopter le code de déontologie et les autres règlements professionnels, traite

le contentieux électoral et les plaintes contre les décisions des Conseils locaux, tient un registre national des avocats, organise un centre de formation pour les avocats et définit les programmes des stages de formation initiale et continue, émet des avis et des propositions concernant la législation en vigueur ou en projet, représente les intérêts de la profession auprès du pouvoir politique, du pouvoir judiciaire et du public. Le Conseil suprême de discipline juge en appel les affaires disciplinaires traitées par les conseils locaux et mène en première instance les poursuites contre les responsables locaux et nationaux des barreaux (dans ce cas, et dans ce cas seulement, l'instance d'appel est la CSC).

Outre les barreaux, il existe d'autres associations volontaires de juristes où prennent part des avocats : l'Union des juristes bulgares²²¹, la Fondation des juristes bulgares pour les droits de l'homme, le Comité Helsinki de Bulgarie. Les associations engagées dans la défense de causes particulières (droits de l'homme, promotion des femmes) sont très dépendantes des financements internationaux.

Il existe différentes formes d'association entre les avocats (associations de droit civil, associations d'avocats, contrats d'embauche d'un avocat salarié). La loi de 1991 sur les avocats, contrairement à celle de 2004, ne régulaient pas ces entités (organisation, propriété, mode de fonctionnement, relations entre les membres et responsabilités). Les avocats ne peuvent pas s'organiser en société commerciale. Le modèle du praticien libéral exerçant seul constituait, jusque récemment, le cas de très loin le plus répandu. La tendance actuelle est la spécialisation, notamment pour les avocats travaillant au service des entreprises dans le contexte d'ouverture et de décollage de l'économie bulgare, ainsi qu'au regroupement dépassant le simple partage de locaux [*ibid.*, p. 27].

Le CSB a joué un rôle très actif dans l'élaboration de la loi sur les avocats et a une action de lobbying en faveur des intérêts professionnels des avocats. Il a limité l'impact sur les avocats de la loi anti-blanchiment. Il a obtenu que les avocats aient un meilleur droit d'accès aux documents classés confidentiels par les administrations. Il a tenté de supprimer les limitations de consultation des dossiers judiciaires. Il est à l'origine de la création d'une caisse d'assurances sociales séparée. Il a persuadé la CSA d'abroger la décision du MJ d'augmenter les taxes judiciaires [*ibid.*, p. 44]. Le lobbying du CSB a abouti au transfert de la désignation des avocats commis d'office (défenseurs publics) aux barreaux. Des aides financières (prêts sans intérêts) ont été allouées à des barreaux locaux ou à des avocats individuels victimes de graves problèmes de santé. Des relations étroites ont été maintenues avec des organisations étrangères et des représentants sont régulièrement envoyés dans les congrès internationaux. En revanche, peu a été fait en matière d'amélioration de la qualité des prestations : le projet de centre de formation, aujourd'hui en voie de création, a stagné pendant plusieurs années. Le CSB a mis en place une très bonne bibliothèque juridique et publie un bulletin mensuel (Revue des avocats). Il n'y a pas de groupes de travail spécialisés sur les différents domaines du droit pour proposer des changements [*ibid.*, p. 47]. Comme l'Union des juges, le CSB ne s'implique guère dans l'élaboration de la législation dès lors que celle-ci ne concerne pas directement la profession d'avocat ou le système judiciaire.

Les barreaux locaux sont peu actifs. Six collèges d'avocats bénéficient d'un programme de l'ABA-CEELI pour devenir des barreaux modèles. Une étude dans le cadre de cette

²²¹ MM estime que l'Union des juristes, dont il est l'un des responsables, n'a guère d'influence sur les praticiens. Seule l'Union des juges a, selon lui, acquis une certaine autorité au sein du système juridique. L'Union des juristes joue le rôle d'importateur de techniques étrangères dans le cadre de projets d'assistance technique juridique (introduction de méthodes américaines en matière de retranscription des procès). Elle a réfléchi à l'harmonisation et à l'amélioration des documents et formulaires utilisés dans diverses procédures. Elle édite le journal professionnel « Tribune juridique ».

coopération bulgare-américaine a montré que les barreaux locaux organisent des réunions avec les chefs de juridiction pour promouvoir les droits et les intérêts des avocats. Une partie d'entre eux a des relations avec la faculté de droit. Aucun n'organise d'action d'information du public sur les droits ni sur le rôle des avocats dans leur défense. Aucun n'a de politique de promotion de la qualité des prestations professionnelles. Seulement la moitié entretient une bibliothèque juridique. Tous ont un abonnement aux banques de données électroniques, qui sont rendues consultables par tous les membres [*ibid.*, p. 45].

Seuls la Fondation des juristes bulgares pour les droits de l'homme et le Comité Helsinki de Bulgarie entreprennent des actions d'information sur les droits de l'Homme, mais leur audience est faible.

Les problèmes rencontrés par les avocats dans l'exercice de leur profession

La liberté des avocats est respectée par l'Etat. Ils sont rarement en butte à des intimidations, des pressions ou des ingérences des autorités publiques. Ils ont le sentiment de jouir d'une immunité pratique pour les déclarations qu'ils font de bonne foi dans le cadre de leurs activités professionnelles, même si la législation permet, en théorie, de les poursuivre en diffamation pour des propos tenus lors d'une plaidoirie. La loi sur les avocats dispose qu'un avocat doit être traité avec la même considération qu'un magistrat par les organes du pouvoir judiciaire et de l'Etat, à tous les stades des procédures. Les administrations publiques doivent coopérer avec les avocats comme elles le feraient avec un magistrat, en particulier en ce qui concerne l'accès aux documents administratifs.

Les principales difficultés qu'ils rencontrent dans l'exercice de leur profession sont l'accès à leurs clients placés en détention et la possibilité de communiquer avec eux en toute confidentialité, dans un lieu approprié. Ils rencontrent également des obstacles pratiques pour accéder aux dossiers judiciaires de leurs clients dans les tribunaux.

Il existe des contradictions entre les différents textes (loi sur les avocats, règlements des commissariats de police et des prisons...) qui réglementent les contacts entre les avocats et les personnes détenues. Par exemple, le règlement du ministère de l'Intérieur indique que les personnes placées en garde-à-vue peuvent recevoir la visite de leur avocat à tout moment, mais précise, dans un autre passage, que les visites doivent être autorisées par l'officier responsable du commissariat avec le consentement de l'officier en charge de la personne en garde-à-vue. La police a pour habitude d'empêcher les avocats de rencontrer le détenu pendant les premières 24 heures de la garde-à-vue et ne met pas à leur disposition de pièce permettant d'avoir une discussion confidentielle [*ibid.*, p. 13-14]. La correspondance entre les avocats et leurs clients en prison continue d'être contrôlée par le personnel pénitentiaire, conformément à un ancien règlement du MJ abrogé par la CSA en 2000.

En ce qui concerne l'accès aux dossiers judiciaires, le fait que ceux-ci soient consultables uniquement par les parties et leurs représentants empêche les avocats de prendre connaissance du dossier d'une personne avant de décider d'assurer sa défense ou non. L'avocat doit présenter le contrat qui le lie à son client pour avoir communication du dossier. D'autre part, certains rôles des tribunaux peuvent être mal tenus. Le dossier peut être indisponible au moment où l'avocat veut le consulter (souvent la veille de l'audience), car il a été emporté par le juge ou le procureur qui travaille à son domicile. Les horaires durant lesquels la consultation des dossiers est possible sont trop restreints, ce qui provoque un engorgement des greffes par les avocats en quête de documents. Certains greffiers exigent de vérifier le document attestant le lien entre l'avocat et son client ou demandent que la partie soit présente pour autoriser l'accès à son dossier, alors que d'autres sont moins regardants, voire accordent

un traitement de faveur à certains avocats. La plupart des tribunaux n'ont pas de salle de consultation digne de ce nom pour les avocats²²².

Du fait de l'augmentation de leur nombre et de la faible croissance de la demande de services juridiques, les avocats se livrent une concurrence de plus en plus acharnée pour attirer les clients solvables. Leur rémunération moyenne n'a cessé de diminuer depuis la fin des années 1990. Cette situation les incite à prolonger inutilement les procédures afin de percevoir des honoraires supplémentaires et, d'une manière générale, dissuade la profession de se mobiliser en faveur de l'amélioration de l'efficacité du système judiciaire. Seuls les avocats d'affaires travaillant pour le compte d'entreprises étrangères continuent d'avoir des revenus importants, mais ils ne constituent qu'une petite minorité de la profession. Des tarifs minimum sont fixés par la CSB (64 dollars pour un divorce, 10 à 266 dollars pour écrire un contrat portant sur un montant inférieur à 64 000 dollars ...). Ces tarifs sont ceux qui sont appliqués par la cour quand elle condamne le perdant du procès à rembourser les frais du gagnant. Dans les régions rurales, les justiciables ont tendance à assurer eux-mêmes leur représentation juridique, en particulier quand il s'agit d'affaires simples et routinières, si bien que les avocats ont du mal à trouver suffisamment de clients. La population d'avocats est très concentrée à Sofia et à Varna.

La faible qualité des services fournis par les avocats et leur rôle dans la corruption du système judiciaire

La plupart des juristes interrogés constatent une dégradation de la qualité des services produits par les avocats, leur tendance à abuser systématiquement des possibilités offertes par les codes de procédure pour rallonger la durée des affaires, la concurrence déloyale qu'ils se livrent entre eux pour attirer des clients.

Le barreau bulgare est confronté à l'afflux de jeunes juristes mal formés par les facultés de droit. Le CSB n'a rien entrepris de concret en faveur de l'amélioration des études de droit. Il considère que son rôle se limite à l'organisation du nouvel examen d'entrée au barreau²²³ visant à écarter les candidats n'ayant pas reçu de formation suffisante, ce qui peut indirectement conduire les facultés de droit à prendre des mesures pour s'adapter. Il n'existe pas, jusqu'en 2006, de système de formation initiale géré par la profession²²⁴ et les exigences en matière de formation continue sont très faibles. Les grands cabinets d'avocat se plaignent de devoir investir des ressources considérables pour mettre à niveau les jeunes juristes qu'ils recrutent en tant qu'avocats juniors²²⁵. Il n'y a pas d'évaluation de la qualité du travail accompli par les avocats juniors pendant leurs deux années de formation sur le tas. Ils passent automatiquement du statut d'avocat junior à celui d'avocat de plein exercice. La formation continue est financée conjointement par les stagiaires, le CSB et l'ABA-CEELI. Elle n'est pas systématique ni obligatoire. Seul le barreau de Sofia a une politique volontariste et quelque peu ambitieuse en la matière, mais le nombre de participants aux stages proposés est limité. Il existe des prestataires privés de formation juridique, dont les tarifs sont trop élevés pour les

²²² Un des objectifs de l'informatisation de la gestion des dossiers est de permettre aux avocats de les consulter par voie électronique, depuis leur cabinet, grâce à un mot de passe.

²²³ Il est obligatoire pour les candidats ayant moins de cinq ans d'ancienneté dans un métier juridique.

²²⁴ En décembre 2005, un décret sur la qualification et la formation des avocats met en place la structure, l'organisation et les moyens financiers du nouveau Centre de formation initiale et oblige les avocats à suivre chaque année un nombre minimum d'heures de formation continue. Le Centre débute ses activités en mars 2006.

²²⁵ Un avocat ayant moins de deux ans d'expérience professionnelle a le statut d'avocat junior et est soumis à certaines restrictions pour défendre des clients devant les cours régionales et d'appel. Un avocat ayant moins de cinq ans d'ancienneté n'a pas le droit de plaider devant les cours suprêmes.

avocats en début de carrière. L'Union des juristes propose aussi occasionnellement des formations [ABA-CEELI, LPRI, 2004, p. 29].

La rareté des recours à la justice dans le cas de conflits commerciaux est un obstacle à la spécialisation des avocats dans une branche particulière du droit économique, faute d'un volume d'affaires suffisant. Certains grands cabinets d'avocats ont renoncé à offrir des prestations dans le domaine du contentieux judiciaire parce que cette activité est considérée comme trop risquée et peu rentable [USAID, CLIRA, 2002, p.23].

Les avocats dénués de compétences juridiques utilisent d'autres stratégies que l'excellence professionnelle pour se constituer une clientèle et défendre les intérêts de celle-ci. Ils développent des relations de collusion avec certains magistrats, ce qui leur permet d'obtenir des résultats sans avoir à lutter sur le terrain du droit [VV, ABA-CEELI, LPRI, 2004, p. 6]. Un nouvel examen d'accès au barreau est actuellement en voie de création qui devrait fixer des standards minimaux de compétence. Le CSB a pour projet de créer un centre de formation et d'élaborer un nouveau code de déontologie (l'ancien se caractérisait par son laxisme).

Il existe un consensus autour de l'idée selon laquelle les avocats bulgares ont un faible degré d'adhésion aux normes déontologiques et s'engagent fréquemment dans des pratiques condamnables. La réputation d'efficacité à corrompre les juges est plus importante aux yeux des clients que les qualités de juriste [*ibid.*, p. 32]. Ainsi, ES, avocat d'affaires indépendant, fait l'apologie du juriste inventif, capable de trouver « *la solution juridique qui convient pour rendre n'importe quelle affaire présentable du point de vue du droit* ». Il apprend à des clients étrangers les règles du jeu de l'activité économique en Bulgarie. Il les initie moins aux règles juridiques, qu'il considère avant tout comme un enrobage, qu'aux règles informelles, implicites, celles qui ne sont nulle part clairement énoncées, mais qui sont pourtant au cœur de la vie économique du pays. Pour lui, il est très risqué de se lancer dans des échanges commerciaux avec des partenaires bulgares si l'on n'a pas passé plusieurs mois dans le pays à observer les manières de faire. MM et GV parlent de clients qui ont changé d'avocat pour en choisir un dont l'épouse est juge à la Cour suprême de cassation. Les avocats qui ont des relations personnelles avec des hauts magistrats sont capables, selon eux, de garantir à 100% la victoire de leur client. Pour MM, la compétence professionnelle n'est pas le principal critère utilisé par les justiciables pour choisir un avocat. Les personnes cherchent avant tout à être représentées par un membre de leur famille, un proche, une connaissance appartenant au même réseau.

Les grands cabinets d'avocats vont chercher des étudiants en droit dans les universités, en leur proposant des stages, ensuite ils les rémunèrent pour les inciter à devenir magistrats : ils fabriquent des juges qui leur sont favorables, la question étant la nature et les limites des faveurs qu'il est possible de demander à ces juges par la suite [MM, VV].

Les motifs de sanction d'après la loi de 1991 sont les erreurs, omissions et délais excessifs portant préjudice aux intérêts du client ou au prestige de la profession et constituant une entorse à la déontologie, à la morale et à la solidarité professionnelles (ainsi que la fraude fiscale). Des poursuites disciplinaires peuvent être initiées suite à la plainte émanant d'un client, d'un organe de la justice ou de l'administration, d'un signalement provenant d'un confrère [Dobtchev, 2004]. Il n'existe pas de statistiques sur les procédures et les sanctions disciplinaires. Il est impossible de déterminer avec certitude quelles infractions aux règles déontologiques sont les plus fréquentes et quelle est la proportion d'actions disciplinaires débouchant sur une sanction. La grande majorité des procédures concernent le non paiement des cotisations au barreau. Le sentiment qui prévaut est le laxisme des barreaux en matière de contrôle de la discipline professionnelle. Les procédures disciplinaires sont utilisées pour protéger les avocats et assurer la rentrée des cotisations plutôt que pour défendre les clients.

Depuis 2004, les clients peuvent demander des dommages et intérêts à leur avocat pour toute violation délibérée de leurs obligations telles que définies par la loi sur les avocats, le code de déontologie et le règlement du CSB.

L'accès à la représentation juridique

Les citoyens et les personnes morales ont droit à une défense à toutes les étapes des procédures judiciaires. Devant les institutions de l'Etat, les citoyens peuvent se présenter avec un avocat.

La pléthore d'avocats ne se traduit pas par un accès plus aisé de l'ensemble de la population à la représentation juridique. Les justiciables défavorisés doivent généralement se passer de l'assistance d'un juriste compétent, en particulier dans les litiges civils et administratifs, pour lesquels la présence d'un avocat n'est généralement pas obligatoire. Les parties ont la possibilité de se faire assister par des conseillers juridiques qui ne sont pas des avocats, donc pas soumis à la réglementation et au contrôle disciplinaire du barreau.

Les avocats commis d'office au titre de l'aide judiciaire sont désignés par les barreaux sur demande de la cour. Dans le cadre du procès pénal, l'avocat est désigné par la cour, le procureur, l'instructeur ou l'officier de police selon le stade de la procédure. Ces acteurs préfèrent travailler avec des avocats de piètre qualité [ABA-CEELI, LPRI, 2004, p. 34].

La manière dont fonctionnent les commissions d'office est fortement critiquée. Le juge a formellement le droit de choisir l'avocat, mais, pour mettre fin à certaines dérives (cas de corruption, avocats faisant le pied de grue devant la salle d'audience dans l'espoir d'être désignés²²⁶), le CSB s'efforce de faire en sorte que cette responsabilité lui soit systématiquement transférée. Pourtant, le barreau met parfois longtemps à transmettre le nom de l'avocat qui doit être désigné [*ibid.*, p. 39]. Les avocats qui ont besoin des commissions d'office pour compléter leur revenu ont tendance à ménager la susceptibilité des magistrats au détriment de leur client, afin de ne pas compromettre leurs chances d'être choisis dans le futur. De nombreux avocats cherchent à figurer sur des listes de « conseils préférés » auxquels les ministères où les ambassades font appel lorsqu'il faut monter des dossiers d'investissement étranger [*ibid.*, p. 10].

La lettre de la cour demandant au barreau la désignation d'un avocat commis d'office peut spécifier un tarif en dessous du minimum. Fréquemment, les tribunaux payent ces honoraires avec beaucoup de retard, à la fin de l'année fiscale, et versent des sommes inférieures à ce qui avait été promis au départ. Les avocats commis d'office sont victimes d'une injonction contradictoire : ils doivent accepter les commissions d'office mais, en même temps, il leur est interdit de travailler en dessous du tarif minimum [*ibid.*, p. 28].

Le système de défense d'office semble particulièrement inefficace : la plupart des mineurs accusés de délits qui ont été interrogés dans le cadre d'un programme PHARE en 2001 ont déclaré ne pas connaître l'avocat qui a assuré leur défense d'office et ne jamais l'avoir rencontré en dehors des actions procédurales, c'est-à-dire en dehors du bureau de l'instructeur ou de la salle d'audience. Certains accumulent les mois de détention provisoire, car leur avocat ne se présente pas à l'audience, ce qui oblige le juge à remettre à plus tard le jugement de l'affaire. Il est vrai que ces mineurs constituent un public particulièrement difficile, puisqu'il s'agit de tsiganes illettrés, ne parlant pas le bulgare [Yordanov, p. 98].

²²⁶ Ces avocats espèrent être choisis, par exemple, pour représenter les défendeurs civils qui n'ont pas pu être joints à leur dernière adresse connue.

Très peu d'avocats acceptent de travailler gratuitement en faveur des personnes démunies, même s'ils en ont légalement la possibilité. La loi sur les avocats de 2004 a introduit le principe américain du paiement conditionnel des frais en matière civile : la partie perdante peut être contrainte de payer les frais de l'avocat qui défend gratuitement un justiciable pauvre. Le système d'honoraires minimaux dissuade toutefois ce genre d'arrangement entre l'avocat et son client [ABA-CEELI, LPRI, 2004, p. 38].

Les violations de procédure sont courantes au niveau de la désignation des avocats commis d'office. Les pratiques de corruption sont fréquentes en la matière. Les mécanismes de contrôle qui existent ne sont pas appliqués, ce qui favorise le comportement irresponsable des professionnels. Une proportion très importante des personnes mises en cause (entre la moitié et le quart) qui ont droit à un avocat commis d'office n'ont pas la possibilité d'exercer ce droit (mineurs, handicapés mentaux, accusés encourant une peine supérieure à dix ans d'emprisonnement, prévenus ne parlant pas le bulgare ; cas où l'accusé n'a pas les moyens de payer un avocat, souhaite en avoir un, et où la présence de cet avocat apparaît effectivement nécessaire au bon déroulement du procès). L'exclusion du bénéfice de l'assistance d'un avocat est particulièrement forte au niveau de l'enquête préliminaire. 50% des ayants droit au niveau de la phase préliminaire et 30% au stade du procès ne disposent pas de représentation juridique. Le niveau d'insatisfaction à l'égard des prestations fournies par les avocats commis d'office est très élevé (56% le jugent mauvais au niveau de l'enquête préliminaire et 40% au niveau du procès, contre 26% et 23% pour les avocats payés par le client). Lorsque la personne mise en cause est défendue par un avocat, le dossier est renvoyé par le procureur pour un complément d'enquête dans 32% des cas (6% de renvoi par le juge rapporteur) et dans 18% seulement quand le suspect n'est pas assisté (2%) [BHC, 2004, p. 20]. Les avocats payés par le client obtiennent un non lieu deux fois plus souvent que les avocats commis d'office, font des objections des commentaires ou des requêtes concernant les conclusions de l'enquête trois fois plus souvent [*ibid.*, p.24].

Le *Bulgarian Helsinki Committee* s'est livré en 2003 à un examen juridique a posteriori des dossiers dans lesquels un avocat représentait l'accusé, qui démontre la mauvaise qualité des prestations fournies par les avocats au pénal. Cette étude montre que dans 15% des cas, il y avait suffisamment d'éléments à décharge pour demander l'acquittement. Pourtant, une telle demande n'a été formulée que dans 14% de ces affaires. De même, dans 29% des dossiers, il apparaissait possible de demander une requalification plus favorable des faits mentionnés dans l'acte d'accusation. Cette possibilité n'a été saisie que dans 19% de ces affaires. Dans la moitié des affaires, l'avocat pouvait faire valoir l'existence de circonstances atténuantes l'autorisant à plaider une peine plus légère que celle envisagée par le procureur, ce qui n'a été fait que dans 27% de ces affaires [*ibid.*, p. 21].

1.3.4 - Les notaires

Sous le régime communiste, les notaires jouent un rôle important dans les petites transactions juridiques entre particuliers et dans les successions. A cette époque et jusqu'en 1998, les notaires (dits « juges de l'enregistrement ») sont des fonctionnaires d'Etat rattachés à l'appareil judiciaire. Leur nombre est très réduit : il y en a 8 à Sofia pour plus d'un million d'habitants, si bien qu'il faut plusieurs mois d'attente pour faire certifier un acte de vente. Chaque tribunal d'arrondissement dispose d'un bureau du notariat, qui tient les registres fonciers et les registres de la propriété immobilière. Ces bureaux sont supprimés, en septembre 1998, et remplacés par des études de notaires privés, suite à la loi sur les notaires promulguée en 1996. L'ancien système de notariat public rattachés aux tribunaux a laissé de très mauvais souvenirs : locaux vétustes, équipements obsolètes, files d'attentes

interminables, bagarres entre les avocats excédés d'attendre, longs délais pour obtenir des rendez-vous dont certains étaient annulés sans préavis, pratique des pots-de-vin pour obtenir de faux titres de propriété. L'effectif de la profession a beaucoup augmenté suite à la privatisation (il y avait 444 notaires inscrits à la Chambre des notaires en 1998), mais leur répartition sur le territoire bulgare reste très déséquilibrée. Dans certains arrondissements, des juges sont contraints d'assumer les fonctions notariales en l'absence de notaires.

Les notaires ont essentiellement pour fonction de certifier par écrit l'existence de droits (de propriété) et l'authenticité d'actes juridiques (successoraux, mutations de propriété) établis par devant eux. A ce titre, ils ont joué un rôle très important dans des processus tels que la restitution des droits de propriété sur les terres agricoles, ou encore la privatisation des biens fonciers et immobiliers. Aujourd'hui, de nombreux notaires remplissent également des fonctions de conseiller juridique et d'avocat d'affaire au service de leur clientèle d'entrepreneurs, ce qui peut les amener à négliger leur clientèle de particuliers n'ayant pas des revenus importants. Il existe, de ce fait, un conflit d'intérêts et une concurrence directe entre cette profession et celle d'avocat : certains clients choisissent de consulter en priorité un notaire, d'autres un avocat.

La privatisation du notariat est généralement perçue comme ayant grandement contribué à l'amélioration des prestations juridiques et de la qualité des services rendus aux clients, malgré des difficultés initiales liées à l'apprentissage organisationnel qu'impliquait la mise en place d'études. La privatisation a créé une dépendance mutuelle et une convergence d'intérêts entre les notaires et leurs clients, ce qui n'était pas le cas jusqu'à la fin des années 1990 [GV, IB, KK]. En outre, les notaires, qui sont en concurrence entre eux pour attirer les clients, se surveillent les uns les autres : dénoncer la malhonnêteté du confrère semble être devenu un argument courant pour mettre en valeur sa propre intégrité et sa conscience professionnelle auprès de ses propres clients [GV, KK]. KK décrit la création des notaires privés comme la principale réforme du système judiciaire.

D'après la plupart des personnes interrogées, l'honnêteté et le professionnalisme des notaires se sont considérablement améliorés en quelques années. GV pense qu'il est devenu très difficile de trouver un notaire acceptant d'établir ou de certifier de faux documents. Il lui semble que la profession parvient à s'autodiscipliner. Pour II, au contraire, la Chambre des notaires n'a pas d'autorité suffisante pour exclure de la profession les notaires véreux. Ce juriste de banque rappelle que des notaires se sont rendus complices des fraudes permettant à des locataires d'hypothéquer l'appartement occupé par eux grâce à une fausse procuration du propriétaire. IB évoque, quant à lui, le cas de notaires qui s'approprient le montant d'une taxe locale sur les transactions immobilières en fabriquant un faux récépissé du trésor public. Pour éviter ce type de malversations, son entreprise contrôle systématiquement l'authenticité de ce genre de document.

La création du notariat constitue un exemple de réforme réussie : ils jouissent d'un prestige élevé et l'on fait de plus en plus souvent appel à eux pour effectuer des prestations qu'on demandait auparavant aux avocats, notamment la préparation des documents juridiques dans le cadre de transactions commerciales ou financières. Le système de paiement à l'acte selon une grille tarifaire fixée par l'Etat incite les notaires à se distinguer par la qualité et la rapidité des services fournis [USAID, CLIRA, 2002]. De nombreux avocats se sont reconvertis en notaires dans l'espoir de se constituer une clientèle plus stable.

1.3.5 - Autres professions

Les conseillers juridiques

Le statut de conseiller ou consultant juridique n'est pas réglementé en Bulgarie. Il n'existe pas de contrôle du niveau de compétences en droit. Il suffit de remplir cette fonction pour le compte d'une entreprise pour pouvoir se présenter comme tel [MM]. L'organisation européenne des conseillers juridiques aide actuellement à l'élaboration d'un projet de loi sur la profession, mais celui-ci n'a pas été inscrit à l'ordre du jour de l'Assemblée nationale. Selon II, si la loi portant sur le statut des conseillers juridiques n'a pas encore été adoptée, c'est en raison de la résistance opposée par les avocats élus à l'Assemblée nationale, qui essaient d'empêcher l'institutionnalisation d'une profession susceptible de les priver d'une partie de leur clientèle (ce que les notaires ont déjà fait).

Le personnel administratif des juridictions

Le tableau qui est brossé par l'USAID de la situation du personnel administratif des juridictions à la fin des années 1990 est très sombre : son niveau de qualification est présenté comme très faible. Il est très mal payé et travaille dans des conditions particulièrement pénibles. Les greffiers n'ont aucun des attributs d'un corps professionnel : ni critères clairement définis concernant les qualifications requises, les missions, les procédures de recrutement et de promotion, ni formation spécifique, ni organisation représentative, ni normes de travail définies au niveau national, ni contrôle disciplinaire centralisé, ni système uniforme d'évaluation professionnelle. Ils n'ont pas le statut de fonctionnaire tel que le définit la loi sur la fonction publique. Ils opèrent, dans la plupart des juridictions, une gestion manuelle de la circulation des dossiers qui ne facilite pas le respect des délais obligatoires (pour les convocations, la rédaction des protocoles, le rendu des jugements...). Leur attitude à l'égard des avocats et des plaignants est très critiquée. On leur reproche d'accepter couramment de petites sommes d'argent pour égarer des dossiers, faire en sorte qu'une affaire soit examinée plus rapidement, changer les dates des audiences, modifier le nom du magistrat rapporteur de l'affaire en changeant les étiquettes sur les dossiers, laisser un avocat accéder à un dossier... Ils ne sont pas en mesure d'apporter un appui efficace aux magistrats, qui sont, de ce fait, contraints de consacrer un temps excessif aux tâches administratives et aux travaux de bureau [USAID, 1999].

A partir du début des années 2000, la coopération internationale fait de l'amélioration du professionnalisme des greffiers l'une de ses priorités. Les diagnostics les plus récents relèvent une amélioration notable de la qualité du travail accompli par les greffiers, leur meilleure intégration dans l'organisation de l'activité juridictionnelle [ABA-CEELI, JRI, 2006, p.62]. Le principe d'un concours de recrutement des greffiers est posé par la réforme de 2002, mais celui-ci n'a pas encore été mis en place, si bien que la sélection des candidats continue de dépendre des procédures mises en place par les chefs de juridiction, qui varient d'un ressort à l'autre : entretien en face-à-face avec le seul chef ou avec un petit comité ad hoc, délégation de cette tâche au responsable administratif, organisation d'un concours local... Les pratiques de favoritisme sont très répandues et la diffusion de l'information au sujet des places vacantes est souvent confidentielle. Certaines juridictions ont néanmoins instauré des procédures équitables et transparentes, généralement à l'initiative des conseillers américains [diagnostic établi par des experts européens dans le cadre du programme EuropeAid/113343/D/SV/BG, *Technical assistance for the preparation of the recruitment and training strategy for the judiciary*, février 2005].

L'association nationale des greffiers (ANG) a été créée en 2001 avec pour objectif d'augmenter la qualité du service public, d'accroître la qualification des employés des juridictions et d'améliorer leurs conditions de travail. 2477 des 4319 greffiers en sont membres. L'association a rédigé un code de déontologie qui précise, par exemple, la conduite à tenir lorsqu'un pot-de-vin est proposé. L'ANG organise des stages de formation continue.

SECTION 2 – LES RÉFORMES DU SYSTÈME JUDICIAIRE ROUMAIN

Ramona Coman et Thierry Delpuech

2.1 – Les transformations du design institutionnel de la justice en Roumanie

Les bases du système judiciaire roumain contemporain sont jetées au milieu du XIXe siècle, au moment de l'unification des deux principautés, la Moldavie et la Valachie, sous le règne d'Alexandru Ioan Cuza. La première loi sur l'organisation de la justice est adoptée en 1865. Elle instaure un appareil judiciaire calqué sur le modèle français, dans lequel le ministère de la Justice occupe une place prééminente. Mais les juridictions ne peuvent pas fonctionner correctement en raison du manque de personnel qualifié et de ressources financières. C'est pourquoi les litiges civils continuent d'être réglés par les sous-préfets et les policiers, sauf dans quelques grandes villes – Bucarest, Iasi – dotées de tribunaux opérationnels. La loi sur l'organisation judiciaire est modifiée à plusieurs reprises, en 1879, 1894, 1896 et 1907 [Les, 2004, p. 74]. La science juridique roumaine connaît un essor important pendant la période de l'Entre-deux-guerres, avec le développement de la jurisprudence en matière civile et commerciale, ainsi que la publication des premiers travaux universitaires dans le domaine du droit.

Le pouvoir communiste met en place une architecture et des procédures judiciaires de type soviétique, mais conserve en l'état des pans entiers du droit substantiel forgé antérieurement à la conquête par l'URSS. L'organisation territoriale de la justice est la même qu'en Bulgarie : il existe des juridictions d'arrondissement (recouvrant une ou plusieurs municipalités), les *judecatorii*, des tribunaux départementaux et un Tribunal suprême, qui a pour mission de veiller à l'application uniforme de la législation sur tout le territoire du pays.

2.1.1 – L'immobilisme de la justice après la sortie du régime communiste

Au début des années 1990, la transformation de l'appareil judiciaire n'est pas considérée comme un enjeu politique important ni par l'opinion publique, ni par les élites politiques, ni par les magistrats eux-mêmes. Cette question occupe une place mineure sur l'agenda politique.

La nouvelle Constitution roumaine est approuvée par référendum en décembre 1991. Contrairement à la Constitution bulgare, elle ne définit pas la justice comme un pouvoir qui doit être « séparé » du gouvernement et du parlement, mais comme une simple « autorité », dans le cadre d'un système d'institutions politiques inspiré de la cinquième république française, donc caractérisé par la prédominance de l'exécutif sur le législatif et le judiciaire. La Roumanie opte pour des réformes graduelles dans le domaine judiciaire comme dans les autres secteurs de l'Etat.

La Constitution roumaine de 1991 affirme les principes d'indépendance et d'inamovibilité des juges (art. 123 et 124) et instaure un Conseil supérieur de la magistrature (CSM, art. 124) chargé de gérer les promotions, mutations et sanctions disciplinaires des magistrats. Le ministère de la Justice conserve l'essentiel du pouvoir en matière d'administration de la justice. Comme en Bulgarie, le président de la Cour suprême de justice (CSJ) a la capacité de saisir la Cour constitutionnelle pour un contrôle de la constitutionnalité des lois adoptées par le Parlement, soit a priori avant leur promulgation, soit a posteriori dans le cadre d'une procédure d'exception d'inconstitutionnalité soulevée par un tribunal. Cependant, la haute magistrature roumaine, contrairement à la bulgare, n'a pas exploité cette possibilité pour entraver les réformes initiées par le gouvernement, la Cour constitutionnelle étant davantage soumise au pouvoir politique en Roumanie qu'en Bulgarie.

La première loi sur l'organisation judiciaire est adoptée en 1992. Elle précise, dans ses 160 articles, la structure et les fonctions du CSM et des différents organes de la justice (tribunaux et ministère public). Elle en établit les règles de fonctionnement et d'administration. Elle définit les conditions d'accès à la magistrature et les principes qui doivent guider le déroulement des carrières. Elle porte création de l'école des magistrats, l'Institut national de la magistrature (INM).

Suite à la défaite des anciens communistes aux élections de 1996 et à l'accession au pouvoir de la Convention démocratique, le nouveau ministre de la Justice, le libéral Valeriu Stoica, initie un train de réformes. Les objectifs affichés sont la modernisation des codes de procédure, tant civil que pénal, afin de diminuer la durée des procès et de réduire l'encombrement des tribunaux, la réorganisation du ministère public, l'augmentation de la rémunération des magistrats, qui doivent aussi bénéficier d'un nouveau système de sélection et de promotion, la consolidation de l'Institut national de la magistrature, la délimitation plus claire des champs de compétences des juridictions et du ministère de la Justice [VS]. Les mesures adoptées sont le fruit d'une négociation entre le ministère, des représentants de la magistrature (encore peu actifs à cette époque), diverses organisations de la société civile, des experts étrangers et les donateurs internationaux. Cette collaboration a été jugée, dans l'ensemble, satisfaisante par tous les partenaires, mais les associations de défense des droits de l'Homme et les organisations professionnelles de magistrats ont, au final, été déçues par les amendements adoptés en 1997. Ceux-ci ont pour conséquence de renforcer l'emprise du ministère sur le fonctionnement des juridictions et sur les carrières des magistrats, tandis que la CSM fait figure, au mieux, d'instance consultative et, au pire, de chambre d'enregistrement des décisions du ministre. Ce dernier peut, en outre, continuer à donner des instructions aux parquets, par l'intermédiaire du Procureur général. Après les amendements de 1997, Valeriu Stoica continue de mener des consultations en vue de préparer une « réforme globale » du système judiciaire, mais l'apparition de divisions au sein de la coalition au pouvoir provoque l'échec de son projet quand celui-ci est soumis au parlement en 1999-2000, dans une conjoncture politique rendue défavorable par la proximité des élections présidentielles et législatives de 2000.

Le Parti social-démocrate (PSD, héritier du parti communiste), qui sort vainqueur de ces élections, abandonne l'idée d'une réforme globale du système judiciaire. Le PSD, qui se scandalisait de la mainmise du ministère de la Justice sur les tribunaux et les parquets quant il était dans l'opposition, s'accommode très bien, une fois arrivé au pouvoir, du système instauré par Valeriu Stoica, qui facilite la prise de contrôle de l'appareil judiciaire par le PSD. Le nouveau ministre de la Justice, Rodica Stanoiu s'appuie sur les éléments les plus conservateurs de la haute magistrature, qui ont gravi les échelons de la hiérarchie judiciaire sous le communisme, pour marginaliser les jeunes magistrats anticomunistes promus dans le système par le gouvernement précédent. Le PSD estime, au début de la législature, qu'il lui

suffit d'apporter quelques modifications de faible envergure au système judiciaire. Ainsi, est adoptée une version révisée du Code de procédure civile, entrée en vigueur en 2001, qui oblige les juges à motiver systématiquement par écrit leurs sentences (auparavant, un jugement écrit n'était rendu, à l'issue des procès civils et commerciaux, que si l'une des parties faisait appel), confère de nouvelles attributions à la CSJ (appels de jugements de grande importance commerciale) et étend le pouvoir octroyé au parquet d'interjeter des appels extraordinaires contre les décisions de justice « manifestement non fondées ».

2.1.2 – *Le processus d'adhésion, catalyseur des réformes judiciaires*

Il faut attendre le démarrage des négociations d'adhésion à l'Union européenne pour que la réforme de la justice soit inscrite parmi les thèmes prioritaires de l'agenda politique roumain.

En 1997, dans son rapport sur la demande d'adhésion de la Roumanie à l'Union européenne, la Commission européenne estime que « le fonctionnement de la justice n'est pas satisfaisant », mais que « l'indépendance de la justice roumaine vis-à-vis des autres pouvoirs s'est progressivement affirmée »²²⁷. En 1998, dans son rapport régulier sur les progrès réalisés par la Roumanie sur la voie de l'adhésion, elle considère que le fonctionnement du système judiciaire peut être encore amélioré. Elle déplore notamment la mauvaise application des procédures judiciaires, l'accumulation des affaires non traitées dans les tribunaux, le délai excessif pour obtenir un jugement, le manque d'uniformité des décisions. Elle attire également l'attention sur les faiblesses administratives du système, qui favorisent la corruption et les ingérences politiques [p.9]. A partir du début des années 2000, le manque d'indépendance de la justice roumaine vis-à-vis du pouvoir politique devient une critique récurrente des institutions communautaires. Ainsi, dans son rapport régulier de 2001, la Commission observe : « *Au cours du premier semestre de 2001, un certain nombre de présidents et vice-présidents de tribunaux ont été mutés (c'est-à-dire rétrogradés) sans motif clairement exprimé. Les décisions relatives aux mutations et révocations des juges sont du ressort du Conseil supérieur de la magistrature, mais ce dernier est fortement soumis à l'influence du ministère de la Justice... Bien que l'intervention de l'exécutif dans les affaires judiciaires ne soit pas un phénomène nouveau en Roumanie, ces incidents soulignent la nécessité d'efforts supplémentaires pour garantir l'indépendance du pouvoir judiciaire dans le pays* » [p.21].

En 2000 la Roumanie entame les négociations d'adhésion à l'Union européenne. Ce pays est désigné comme l'un des « mauvais élèves » et des « retardataires » parmi les pays candidats en ce qui concerne les réformes judiciaires.

A partir de 2002, le renforcement des garanties d'indépendance de la justice devient une revendication des magistrats réformistes, dont beaucoup militent au sein de l'Association roumaine des magistrats (ARM), ainsi que de plusieurs organisations de la société civile bucarestoises fortement liées aux donateurs internationaux, telles que la Fondation pour une société ouverte, le Centre des ressources juridiques, la Société académique roumaine, l'association Pro-Democratia, *Transparency International Romania*, la branche roumaine du Comité international de Helsinki (APADOR-HC). Ces partisans de la refonte du système judiciaire multiplient les contacts avec les représentants de l'Union européenne et les ambassades des pays occidentaux à Bucarest, dénonçant le mauvais fonctionnement de la justice, l'excessive centralisation de son administration, les conditions de travail déplorables,

²²⁷ Commission européenne, *Agenda 2000 – Avis de la Commission sur la demande de la Roumanie d'adhésion à l'Union européenne*, DOC97/18, Bruxelles, juillet 1997, p. 16.

les pressions politiques subies au quotidien par les magistrats, la gestion opaque, clientéliste et politisée des carrières, les oukases du ministre et le climat de peur qu'il entretient par l'intermédiaire de son service d'inspection, la volonté du gouvernement de préserver le statu quo. Ils demandent le renforcement des pouvoirs et des moyens du CSM, une autonomie plus grande des juridictions et de l'INM vis-à-vis du MJ, l'institutionnalisation de la participation des associations de magistrats à la conduite des politiques de justice, une gestion des ressources humaines et financières plus transparente et plus professionnelle, la gestion séparée du corps des juges et de celui des procureurs, l'amélioration de la formation initiale et continue [Open Society Institute, 2002, p.185, ABA-CEELI, *Report on the Roundtable...*, 2002]. La magistrature roumaine, joue, en somme, un rôle de plus en plus actif dans la promotion des réformes – alors qu'auparavant les conseillers étrangers étaient les principaux *agenda setters* en la matière – et profite du contexte des négociations d'adhésion pour avancer de nouvelles revendications et propositions : accroissement des garanties d'indépendance des magistrats, remplacement du MJ par le CSM en tant que principale autorité en matière d'administration et de finances de la justice²²⁸, gestion séparée du corps des juges et de celui des procureurs, reconnaissance du président de la CSJ comme le représentant du pouvoir judiciaire²²⁹.

Concomitamment, les médias adoptent un ton de plus en plus critique concernant la corruption judiciaire, les accointances entre magistrats et dirigeants politico administratifs locaux, les nominations politiques aux postes de responsabilité dans l'appareil judiciaire. Les sondages d'opinion indiquent une forte dégradation de la confiance de la population dans la justice. En 2003, dans une enquête réalisée à la demande du ministère de la Justice auprès de la totalité des juges, 52% des 3000 répondants se plaignent des interférences politiques dans leur travail, qui peuvent être de diverses natures : prises de position des journalistes ou des hommes politiques dans les médias, consignes données directement aux magistrats par les détenteurs du pouvoir ou transmises par l'intermédiaire de la hiérarchie. 81% considèrent les garanties juridiques d'indépendance comme peu ou pas efficaces [Lord, Wittrup, 2005, p.81].

Face à cette double pression externe et interne, le gouvernement social-démocrate, soucieux de finaliser les négociations d'adhésion avant la fin de son mandat, en 2004, se résout à lancer une réforme de grande ampleur. Un projet de loi est soumis au parlement en 2003. Il a été élaboré par un cercle étroit de proches du ministre, sans concertation avec les professions judiciaires, le milieu associatif et les organisations internationales. Les objectifs de cette réforme sont, selon le ministre, la consolidation du statut des magistrats, la suppression des pouvoirs du MJ en matière de nominations et de promotions des magistrats au profit du CSM, le renforcement de cet organe. Ce projet, jugé insuffisant, est très mal accueilli par les associations de juristes réformistes, qui se fédèrent au sein de l'Alliance pour une justice européenne afin de mobiliser l'opinion publique contre la politique de justice du gouvernement. Les opposants critiquent notamment le maintien, au sein du MJ, de services d'inspection, ainsi que l'exercice conjoint par le MJ et le CSM des fonctions de contrôle et de

²²⁸ Les juristes les plus radicaux, comme la représentante de la branche roumaine du *Helsinki Committee*, Monica Macovei (future ministre de la Justice en 2004), souhaitent donner tout le pouvoirs à un CSM complètement affranchi de l'exécutif, comme c'est déjà le cas en Bulgarie depuis 1994 [ABA-CEELI, *Report on the Roundtable...*, 2002, p.9]. Certaines associations locales de magistrats soutiennent la même position : « *Il est nécessaire que le CSM devienne le seul organe chargé de gouverner et de coordonner l'activité des tribunaux selon des procédures qui doivent être absolument transparentes. Toutes les attributions relatives au budget et à la gestion des ressources humaines, ainsi que le personnel indispensable à leur exercice, doivent lui être transférés au CSM* » [Comments by Judge Vasiliu, Brasov Judge Association, may 2002].

²²⁹ Lettre ouverte rédigée par l'Association roumaine des magistrats, le Centre des ressources juridiques, *Transparency International Romania*, l'association Pro Democratia, l'Institut pour les politiques publiques, l'Agence de monitoring de la Presse Academia Catavencu, la Société académique roumaine, le 11 février 2004.

sanction disciplinaires. Le débat public qui émerge alors tend à se focaliser sur la seule question de l'indépendance judiciaire et évite d'aborder de front tout un ensemble de problèmes épineux : organisation inadaptée de l'appareil judiciaire, inefficience des juridictions, manque de professionnalisme des magistrats et des greffiers, conditions de travail inadéquates...

Les lois proposées par la MJ sont adoptées par le Sénat, mais les objections des adversaires de la réforme sont reprises dans un rapport du Parlement européen sur la situation de la démocratie et de l'Etat de droit en Roumanie, ce qui conduit le ministre Rodica Stanoiu à démissionner et à retirer son projet avant son examen par la Chambre des députés. Le nouveau ministre, Cristian Diaconescu, membre du Parti social-démocrate, a pour mission de parvenir à un consensus sur les réformes avant la fin de la législature, afin de pouvoir clôturer les négociations d'adhésion. Une concertation est, cette fois, entamée avec les différents acteurs sociaux concernés par la transformation du système judiciaire, en particulier l'Association roumaine des magistrats et l'Alliance pour une justice européenne, mais le délai alloué à la discussion s'avère trop court pour parvenir à un plein accord sur le contenu de la réforme. Un train de mesures est adopté, en 2003, en signe de bonne volonté à l'égard de l'Union européenne, mais les participants à ce processus politique s'entendent pour poursuivre la réforme après la finalisation des négociations d'adhésion.

Après les élections législatives et présidentielles de 2004, Monica Macovei, avocate, ex-présidente de l'Association pour la défense des droits de l'Homme du Comité de Heisinki (APADOR-HC), est nommée ministre de la Justice. Sans couleur politique, elle a fait partie des représentants de la société civile qui ont participé à l'élaboration des lois de réforme entre 1996 et 2000. Plus ouverte à la concertation avec la société civile que ces prédécesseurs, ses relations avec les partis politiques et les organisations professionnelles de magistrats sont, en revanche, orageuses, notamment du fait de sa volonté d'intensifier le combat contre la corruption. Elle parvient néanmoins à venir à bout de ces oppositions grâce au soutien qu'elle reçoit de la Commission européenne. Ses projets de loi sur l'indépendance de la justice – sur le CSM, sur l'organisation du système judiciaire et sur le statut des magistrats – sont amplement débattus au cours de séances du CSM, auxquelles des représentants des associations de magistrats sont invités à participer. Ces trois textes, adoptés en juin 2004, puis révisés en 2005, semblent résoudre le problème de l'excessive influence du MJ sur l'activité juridictionnelle : un sondage réalisé par *Transparency International Romania*, en 2005, révèle que les quatre cinquièmes des magistrats sont satisfaits des dispositions législatives adoptées en 2004 et sont désormais convaincus que le système judiciaire est indépendant²³⁰.

Les négociations d'adhésion de la Roumanie sont conclues en décembre 2004, le chapitre relatif à la justice et aux affaires intérieures étant le dernier à être fermé après deux ans et sept mois de tractations particulièrement difficiles. La Roumanie doit s'engager à mener à terme plusieurs réformes touchant à la justice avant la date de l'adhésion, fixée au 1^{er} janvier 2007, selon un plan d'action négocié avec la Commission européenne.

En juillet 2005, les partis de l'opposition parlementaire et la HCCJ ont contesté devant la Cour constitutionnelle certaines dispositions contenues dans les lois sur l'indépendance de la justice, parmi lesquelles celles relatives à la sélection des candidats pour des positions clés dans la magistrature et à l'obligation de passer un concours pour y accéder, l'abaissement de l'âge de la retraite pour les hauts magistrats de 68 à 65 ans, l'obligation faite au CSM de

²³⁰ Transparency International Romania, communiqué de presse « La perception des magistrats sur l'indépendance de la justice », 10 octobre 2005. Les magistrats continuent de se plaindre des pressions exercées sur eux par médias interposés, les procureurs souhaitent s'affranchir de la tutelle hiérarchique du MJ, les magistrats de base déplorent les interférences des chefs de juridiction dans les affaires qu'ils traitent.

rendre compte de son activité au Parlement, le renforcement du contrôle du MJ sur le ministère public.

Les débats actuels portent sur la nécessité de faire évoluer d'autres aspects du système judiciaire que la seule magistrature : l'organisation du MJ et celle du ministère public, l'Avocat du peuple, la Cour constitutionnelle, les barreaux, les professeurs de droit, les parlementaires qui siègent dans les commissions juridiques, les conseillers juridiques, le personnel auxiliaire, etc. Petit à petit, les avocats commencent à exprimer, eux aussi, des revendications et à proposer de nouvelles réformes. Les problèmes d'efficacité et de professionnalisation de l'activité juridictionnelle, longtemps occultés par la question de l'indépendance – et rendus supportables par l'augmentation très forte des effectifs – occupent désormais le devant du tableau. Avec , ces nouvelles interrogations et controverses, émerge le thème du déficit de connaissances concernant le fonctionnement réel des tribunaux et des parquets, qui n'ont pas fait l'objet, autant qu'en Bulgarie, de diagnostics approfondis. La lutte contre la corruption et les conflits d'intérêts se situe désormais au cœur des préoccupations, ainsi que le développement de l'assistance judiciaire. En décembre 2006, la Commission européenne a menacé d'activer la clause de sauvegarde si le fonctionnement de l'Agence nationale d'intégrité, créée pour combattre la corruption, n'est pas amélioré.

2.2 – Organisation et fonctionnement du système judiciaire

2.2.1 – Le Conseil supérieur de la magistrature (CSM)

Le CSM est une institution ancienne dans le système judiciaire roumain. Il a été créé en 1909. A la demande du ministre de la Justice, il donnait son avis sur les promotions des magistrats et jugeait les infractions disciplinaires commises par ceux-ci. Ses membres étaient élus à bulletins secrets par les assemblées générales des tribunaux. Il a été supprimé en 1952 par le pouvoir communiste.

La Constitution de 1991 restaure le Conseil supérieur de la magistrature. Celui-ci est élu pour une période de 4 ans par la Chambre des députés et le Sénat rassemblés en séance commune (art. 132)²³¹. Selon l'article 133, le CSM propose au Président de la Roumanie la nomination des juges et des procureurs. La loi sur l'organisation judiciaire de 1992 reprend les dispositions constitutionnelles et détaille certaines d'entre elles, mais elle ne les élargit pas. Elle prévoit que le CSM est composé de 15 membres qui appartiennent tous à la haute magistrature et sont en majorité bucarestois, dont 4 sont juges à la Cour suprême de justice, 3 sont procureurs auprès de cette même haute juridiction, 6 sont juges d'appel et 2 sont procureurs auprès de la Cour d'appel de Bucarest (art. 87). Pour chaque place au CSM, une liste de trois magistrats sélectionnés par leurs pairs doit être proposée au Parlement, qui élit le candidat de son choix. Ce processus d'élection du CSM est largement dominé par les chefs de juridiction : dans la très grande majorité des cas, le président de la cour d'appel se fait lui-même élire par l'assemblée général des magistrats du ressort²³². Le CSM est chargé de

²³¹ Le premier CSM a fonctionné en 1993-1994, le deuxième durant la période 1994-1997, le troisième en 1998-2003, le quatrième a été désigné le 7 mai 2003.

²³² *Comments by Judge Ion Apostu, President of the Union of Judges on the Judicial Reform Index for Romania, prepared by ABA-CEELI, 2002.* Comme le dit un représentant d'une association locale de magistrats: les présidents et vice-présidents des cours d'appel font élire certains d'entre eux au CSM, qui désigne à son tour les présidents des cours d'appel, en conséquence de quoi, la voix des juridictions de base ne peut pas se faire

proposer au Président de la République, sur la recommandation du ministre de la Justice, la nomination de tous les magistrats, y compris le président de la Cour suprême. Il décide des promotions, sur proposition du ministre de la Justice, et agit en tant qu'instance disciplinaire pour les juges (mais pas pour les procureurs). Les travaux du CSM sont présidés par le ministre de la Justice qui n'a pas le droit de vote, sauf quand le Conseil siège en tant qu'autorité disciplinaire (il est alors présidé par le chef de la Cour suprême).

A l'instar du CSJ bulgare, le CSM roumain ne dispose pas des moyens humains et matériels indispensables pour assurer son bon fonctionnement, si bien qu'il est placé dans la dépendance du ministère de la Justice. Les décisions y sont prises à mains levées, ce qui a pour effet d'accroître l'influence qu'y exerce le ministre de la Justice [DL], qui contrôle, de plus, son ordre du jour. Comme en Bulgarie, ses membres continuent d'exercer d'autres fonctions et ne peuvent donc pas s'investir suffisamment dans ses activités. Son crédit auprès des magistrats est faible. Le CSM a le droit de s'exprimer, exclusivement à la demande du ministre, sur les questions administratives, budgétaires, d'organisation ou d'investissement, ainsi que sur les projets de loi élaborés par le MJ. Son avis est purement consultatif et est rarement pris en considération. Il a donc très peu d'influence sur la conduite des politiques de justice.

En 2002, une ordonnance d'urgence modifie une première fois la composition du CSM en y ajoutant deux magistrats supplémentaires et en renforçant la représentation des juridictions de base : 3 juges de la Cour suprême, 6 des cours d'appel, 2 des tribunaux, 2 membres du Bureau du Procureur général, 3 des parquets d'appel et 1 procureur départemental. La Parliament doit désormais recevoir un seul nom de candidat pour chaque place au CSM, qu'il peut accepter ou refuser. Malgré les strapontins offerts aux magistrats de base dans la nouvelle mouture du CSM, celui-ci est de plus en plus critiqué par les associations de magistrats, qui lui reprochent d'être à la fois la chose du ministre et celle de la haute hiérarchie judiciaire marquée par l'ancien système.

En 2003, suite à la révision de la Constitution, le Conseil Supérieur de la Magistrature devient le « garant de l'indépendance de la justice » (art. 133). Sa composition est désormais fixée par la Constitution. Le nombre de ses membres est porté à 19, parmi lesquels 9 juges et 5 procureurs sont élus par des assemblées générales des magistrats. Ces 14 magistrats doivent avoir une ancienneté d'au moins 6 ans. Ce choix est validé par le Sénat de la Roumanie qui désigne, en outre, 2 représentants de la société civile. Ces derniers doivent être des juristes jouissant d'une haute réputation professionnelle et morale et n'appartenant pas à un parti politique. Ils participent seulement aux sessions plénières du CSM. Des candidats peuvent être proposés par les syndicats de magistrats, les professeurs des facultés de droit, les associations et fondations militant pour le respect des droits de l'Homme, les organisations syndicales et patronales représentatives au niveau national. Enfin, le ministre de la Justice, le président de la Haute cour de cassation et de justice (HCCJ, elle succède en 2003 à la Cour suprême de justice) et le Procureur général auprès de la HCCJ sont membres de droit du CSM²³³. Le président du CSM est élu parmi les 14 magistrats choisis par leurs pairs, pour une durée d'un an non renouvelable. La durée du mandat du CSM est désormais de 6 ans et les travaux du Conseil sont présidés par le Président de la Roumanie.

L'organisation, le fonctionnement et les attributions du CSM sont stipulés par la loi 317/2004 modifiée par la loi 247/2005. La mission principale du CSM est de « défendre le corps des magistrats contre tout acte qui pourrait porter atteinte à l'indépendance et

entendre au CSM. « *Le CSM n'est pas l'organe représentatif de toute la magistrature* » [Comments by Judge Aurel Dublea, Iasi Judges Association, 2002].

²³³ Ils n'ont pas le droit de vote quand le CSM statue sur une affaire disciplinaire.

l'impartialité des juges dans l'acte de justice ». Le pouvoir de décision en matière de recrutement, formation, nomination, carrière, évaluation professionnelle et sanction disciplinaire des magistrats qui, auparavant, appartenait de fait au ministère de la Justice, est dévolu au seul CSM, dont l'activité est désormais permanente. Le président et le vice président du Conseil ne peuvent plus occuper d'autres fonctions au sein de l'appareil judiciaire (cette disposition ne s'applique pas aux autres membres du CSM). Dans le même temps où le CSM, dorénavant affranchi de la tutelle du MJ, doit apprendre à exercer efficacement ses nouvelles responsabilités avec des moyens limités²³⁴, il devient une cible de choix pour les attaques combinées du ministre de la Justice, du gouvernement et du Président de la République, tentés de s'exonérer à bon compte des critiques formulées par l'Union européenne qui s'inquiète des dysfonctionnements persistants de la justice roumaine : faible confiance des citoyens, gestion inefficace des juridictions, contrôle disciplinaire insuffisamment dissuasif²³⁵, insécurité juridique liée à l'existence jurisprudence locales disparates. Ces difficultés ont suscité une certaine méfiance des magistrats réformistes, de la presse et de certains experts internationaux²³⁶ à l'égard du CSM, accusé de représenter le courant conservateur (néo-communiste) de la magistrature et de retarder la mise en œuvre effective des réformes. La qualité morale de ses membres est fréquemment mise en cause, surtout depuis que la collaboration de certains d'entre eux avec l'ancienne police politique du régime communiste, la *Securitate*, a été dévoilée au grand public, sans que les magistrats incriminés ne démissionnent pour autant²³⁷. Le MJ commence, dès 2005, à multiplier les projets d'amendements législatifs pour tenter de regagner une partie du pouvoir perdu sur la magistrature.

La Commission européenne estime qu'il y a lieu « de renforcer encore le rôle que joue le CSM en ce qui concerne la modernisation de la gestion des tribunaux et du ministère public, l'application des procédures disciplinaires, la vérification de la qualité des jugements prononcés et le contrôle du plein respect des critères objectifs régissant le recrutement des magistrats » [Rapport régulier de la Commission, 2006, p. 8].

2.2.2 – *Le ministère de la Justice*

D'après la loi de 1992 sur l'organisation judiciaire, le ministère de la Justice est responsable de la bonne organisation de la justice et de son fonctionnement comme service

²³⁴ Une des premières décisions du CSM, aussitôt qu'il a été doté d'un budget indépendant, a été l'achat de 14 voitures de fonction pour ses membres.

²³⁵ Par exemple, en janvier 2006, Monica Macovei reproche au CSM sa complaisance à l'égard des magistrats accusés de corruption ou de faute professionnelle, qui sont, selon elle, systématiquement blanchis. En octobre 2005, elle accuse le ministère public d'être passif face à la délinquance des élites et d'abandonner trop fréquemment les poursuites dans les affaires sensibles. En septembre 2005, elle dénonce la corruption de la HCCJ à la télévision et regrette que les augmentations de salaire des magistrats ne les amènent pas à faire preuve de davantage d'honnêteté et d'équité (à cet égard, en 2006, ils seront rendus redevables sur leurs deniers personnels de leurs fautes professionnelles commises intentionnellement, ce qui sera à l'origine d'un conflit social). Au cours des mois précédents, la Commission européenne s'était plainte du nombre insuffisant de condamnations pour corruption parmi les élites roumaines, menaçant de repousser la date de l'adhésion si des progrès significatifs n'étaient pas enregistrés dans ce domaine. D'où, la tentation, pour le gouvernement roumain, de faire tomber des têtes dans la justice désormais séparée, donc bouc émissaire idéal.

²³⁶ Le conseiller préadhésion Dieter Schlaffen, responsable du jumelage PHARE consacré au renforcement du système judiciaire, a publiquement dénoncé, à l'issue du programme de coopération, le manque d'autorité du CSM et la méfiance du public à son égard, sous entendant que ce faible crédit est dû à des lacunes objectives dont il a été lui-même témoin.

²³⁷ Par ailleurs, les membres du CSM mettent beaucoup de mauvaise volonté à déclarer leurs revenus et leur patrimoine.

public. Il établit le budget annuel des tribunaux et des parquets. Il décide des investissements immobiliers (constructions, rénovations) et en matière d'équipements²³⁸. Le MJ exerce une supervision étroite – voire tatillonne – sur la gestion administrative et financière des juridictions qui, il est vrai, manque souvent de rigueur et de professionnalisme. Les chefs de ressort sont obligés d'obéir aux consignes envoyées par le ministère et ne peuvent pas prendre de décisions importantes, concernant l'utilisation des ressources qui leur ont été allouées, sans en référer en haut lieu. Leur marge de manœuvre se limite à gérer le fonctionnement quotidien, les dépenses courantes. En revanche, la Cour suprême dispose d'une plus large autonomie administrative et budgétaire : elle élabore elle-même son propre budget et le transmet au ministère des Finances. Ce mode de gestion administrative très rigide et centralisé a pour effet de brider les initiatives locales, alors même que le MJ ne cherche guère à développer des indicateurs et des standards nationaux visant à rationaliser et à moderniser le fonctionnement des juridictions (normes de répartition des ressources en fonction des volumes d'activité mesurés, normes d'équipement et d'aménagement des tribunaux...) [*Open Society Institute*, 2002, p.181].

Comme en Bulgarie, l'appareil statistique du MJ n'est pas suffisamment précis ni fiable pour permettre une gestion rationnelle et prévisionnelle des différentes ressources. Par exemple, il n'y a pas de système de mesure des charges de travail tenant compte de la complexité des types de dossiers, ce qui a des conséquences sur la possibilité d'une distribution équitable des affaires entre les magistrats d'un même ressort, sur l'évaluation des performances, tant des individus que des juridictions, ainsi que sur la répartition des effectifs sur le territoire [ABA-CEELI, JRI for Romania, 2002, p.16].

Le service des relations publiques du MJ recueille, jusqu'aux réformes de 2004-2005, les plaintes des justiciables qui estiment avoir été indûment lésés par des actes accomplis par des magistrats, des greffiers ou des agents d'exécution. Selon les statistiques du MJ, le nombre de plaintes adressées à ce service a enregistré une forte augmentation ces dernières années : 14 000 en 1998, 18 000 en 1999, près de 30 000 en 2001 : elles concernent essentiellement des délais excessifs, l'absence d'exécution de décisions et des allégations de manquements à la déontologie de la part de membres du personnel judiciaire. Beaucoup de ces griefs émanent de justiciables impliqués dans des litiges liés au processus de restitution des propriétés confisquées par le pouvoir communiste – inépuisable pomme de discorde dans la société roumaine contemporaine – ou sont provoqués par des violences policières dans le cadre d'enquêtes judiciaires. Les plaintes sont filtrées par des fonctionnaires du ministère (une partie d'entre elles s'apparentent plutôt à des demandes de conseils juridiques, selon le MJ). Celles qui sont jugées recevables sont renvoyées vers le chef de la juridiction concernée (les plaignants peuvent s'adresser directement à lui) ou, dans 1/3 des cas, sont transmises au corps d'inspection [ABA-CEELI, JRI for Romania, 2002, p.28]. La gestion des plaintes a été transférée au CSM en 2004, qui en a reçu 19 600 en 2005.

Le pouvoir que détient le ministère de contrôler et de réglementer l'activité des juridictions, ainsi que d'infléchir la carrière des magistrats, fait l'objet de critiques de plus en plus appuyées à partir de la fin des années 1990. Le MJ est accusé d'utiliser son service d'inspection pour infléchir les décisions des juges sous couvert de vérifier la régularité de leurs pratiques ou d'évaluer leurs performances professionnelles.

Les attributions du MJ ont été réduites suite à la révision de 2003 de la Constitution et de l'adoption des lois sur l'indépendance de la justice en 2004-2005. Le ministère a, notamment,

²³⁸ Le projet de budget du MJ est ensuite corrigé (à la baisse) par le ministère des Finances avant d'être approuvé par le gouvernement puis soumis au Parlement au moment du vote des lois de finance.

perdu le pouvoir de contrôle sur l'activité des juridictions et des magistrats qu'il exerçait par le biais de son service d'inspection. Il a désormais pour rôle de contrôler l'application de la loi dans le pays et de concevoir et animer la mise en œuvre des politiques de réformes juridiques et judiciaires, dans le respect du principe de séparation des pouvoirs.

2.2.3 – Les juridictions

Les tribunaux

L'appareil judiciaire roumain comporte quatre niveaux de juridictions : les *judicatorii*, les tribunaux départementaux (*tribunale*), les cours d'appel et la Haute Cour de cassation et de justice (HCCJ, ex-CSJ). Les tribunaux sont dirigés par un président, responsable de la gestion administrative et par un collège de direction.

Les *judicatorii* sont des annexes des tribunaux. La loi fixe leur nombre à 188, mais 11 ne fonctionnent pas. Les petites affaires civiles et pénales y sont tranchées par un juge unique (divorces, séparations de biens, litiges entre propriétaires et locataires...).

Les 41 tribunaux départementaux, auxquels s'ajoute le tribunal de la ville de Bucarest, sont des personnes juridiques à la charge du budget de la justice. Leur siège se situe dans le chef-lieu du département. Ils sont organisés en chambres civile, pénale, commerciale et administrative. Ils se prononcent en appel sur les sentences des juges d'arrondissement (formations de 2 ou 3 juges) et en première instance sur les litiges commerciaux et administratifs, ainsi que sur les affaires civiles et pénales plus importantes (juge unique). Les affaires de faillite sont traitées par des juges spécialisés de la chambre commerciale, appelés *sindics*. La loi de 2004 a prévu de créer, d'ici 2008, en extension de tous les tribunaux départementaux, des cours spécialisées (4 dans chaque département en remplacement des chambres correspondantes) : pour les affaires familiales et les mineurs, du travail et des assurances sociales, commerciales et de la propriété intellectuelle, pour le contentieux administratif et fiscal²³⁹. 4 instances de ce type fonctionnent actuellement : une pour les affaires familiales et les mineurs à Brasov et trois tribunaux de commerce à Cluj, Mures et Arges.

Les cours d'appel, au nombre de 15, ont été créées en 1993. Elles sont dotées de personnalité juridique. Les juges d'appel siègent, la plupart du temps, en collèges de trois. Ils tranchent, en première instance, les affaires civiles et pénales les plus graves et examinent, en appel ou en cassation, les décisions prononcées par les juges départementaux. Ils se prononcent, en dernier ressort, sur les faillites. Chaque cour d'appel englobe plusieurs tribunaux (généralement 2 ou 3, 6 au maximum) et tribunaux spécialisés. Elle se compose de chambres civile, pénale, commerciale, des affaires familiales et pour les mineurs, administrative et fiscale.

La Haute cour de cassation et de justice est à la fois une instance du troisième, du deuxième et du premier degré (pour les crimes graves commis par des hautes personnalités de l'Etat). Elle est chargée d'assurer la cohérence de l'interprétation et de l'application du droit sur le territoire roumain. Elle comporte des chambres civile, pénale, commerciale et de la propriété intellectuelle, du contentieux administratif et fiscal. Elle siège, selon le cas, en formation de 5 juges, de 9 juges ou en formation plénière. Les magistrats de la HCCJ sont,

²³⁹ Ces tribunaux spécialisés ne sont pas une nouveauté dans le droit roumain. Il existait, avant la deuxième guerre mondiale, des cours administratives, des tribunaux pour les mineurs et des tribunaux du travail [Les, 2004, p. 75].

depuis 2004, nommés à vie (leur mandat était, auparavant, de 6 ans). Elle est, jusqu'aux réformes de 2004-2005, le seul organe de l'appareil judiciaire à avoir un budget autonome et à ne pas dépendre du MJ pour son administration.

Le ministère public

En Roumanie, les réformes de la justice ont visé avant tout les tribunaux. La question du rôle et du statut du ministère public a été moins débattue.

La Constitution ne contient pas de dispositions extensives relatives à l'organisation du ministère public. Les deux articles qui lui sont consacré (art. 131 et 132) sont inclus dans le titre sur l'autorité judiciaire : il dispose donc, en théorie, de la même indépendance que les autres organes de l'autorité judiciaire. Mais, en même temps, il est, d'un point de vue institutionnel, subordonné au ministre de la Justice. Le ministère public est dirigé par le Procureur général auprès de la CSJ/HCCJ. Un bureau du procureur est attaché à chaque cour d'appel et tribunal. Comme en Bulgarie, l'organisation du ministère public a peu évolué depuis la fin du régime communiste et celui-ci a conservé en partie les pouvoirs étendus liés à son ancienne mission de « contrôle de la légalité » dans tous les domaines de la vie sociale. Par exemple, le Procureur général dispose toujours de la capacité d'introduire devant la CSJ/HCCJ un recours en annulation de tous les jugements définitifs en matière civile et pénale ; il continue de décider des détentions préventives (sous le contrôle du tribunal) ; il participe obligatoirement à certaines affaires civiles (jusqu'en 2005). Chaque procureur est subordonné au procureur de rang supérieur et tous les procureurs obéissent au Procureur général. Le procureur saisi d'une affaire peut recevoir des instructions de sa hiérarchie. Son supérieur peut annuler ses ordonnances et lui retirer le dossier. Il n'y a pas, dans le système pénal roumain, de magistrat d'instruction.

Le Procureur général de la Roumanie est nommé par le Président de la République, sur proposition du CSM, sur la recommandation du ministre de la Justice, parmi les procureurs ayant une ancienneté de 10 ans dans la fonction de juge ou de procureur, pour une période de 5 ans non renouvelable.

Le fonctionnement des juridictions

En règle générale, les affaires font l'objet d'un jugement sur le fond en première instance et bénéficient de deux degrés d'appel: l'appel sur les faits et l'appel sur la loi. L'organisation et les procédures des instances roumaines ressemblent beaucoup à celles qui ont cours en Bulgarie.

Le volume du contentieux a progressé dans des proportions importantes depuis 1989, notamment en raison des litiges liés au processus de restitution de la propriété immobilière et foncière (environ 60% des procès civils à la fin des années 1990) : le nombre de requêtes civiles déposées dans les *judicatorii* est passé de 493 000, en 1990, à 971 000, en 2000, de 72 000 à 341 000 dans les tribunaux et de 64 000 (en 1996) à 111 000 dans les cours d'appel. En ce qui concerne les affaires pénales nouvelles, elles ont grimpées de 80 000 à 240 000 dans les *judicatorii*, de 23 000 à 85 000 dans les tribunaux et de 13 000 (en 1996) à 27 000 dans les cours d'appel. La population roumaine a, en comparaison avec celle de pays comme la France ou l'Allemagne, très abondamment recours aux tribunaux. Face à cette inflation du contentieux, la croissance des effectifs et des moyens « traditionnels » - augmentation des salaires, rénovation des locaux... - a été privilégiée sur la réorganisation des juridictions et la

modernisation des équipements et des méthodes de travail²⁴⁰. Le triplement des effectifs des juges a permis à l'appareil judiciaire roumain de tenir le choc, bien que la productivité du travail soit restée faible : en 2000, 87% des affaires civiles et 89% des affaires pénales traitées par les *judicatorii* sont résolues dans un délai inférieur à 6 mois en première instance, et le nombre de procès dont la durée dépasse un an n'excède pas 4% au civil et 2% au pénal [ABA-CEELI, JRI for Romania, 2002, p.32-33].

Le délai nécessaire pour obtenir un jugement définitif et exécutoire est cependant très long, car le recours en appel ou en cassation est suspensif de l'exécution de la sentence contestée. La lenteur imputée à la justice roumaine tient donc moins à la surcharge des tribunaux qu'aux procédures de recours en vigueur, qui permettent à la partie perdante de gagner du temps. Afin d'accélérer la résolution de certains types d'affaires simples, la réforme du code de procédure civile de 2001 a réintroduit le système à deux instances pour ces litiges.

Le principal motif d'insatisfaction pour les justiciables – du moins pour ceux qui ont gagné leur procès – est, comme en Bulgarie, la difficulté d'obtenir l'application du jugement définitif et la lenteur du processus, qui peut prendre plusieurs années. L'exécution des jugements a été privatisée plus tôt qu'en Bulgarie, en 2000. Les huissiers privés font leur apparition en mai 2001, mais leurs tarifs très élevés empêchent une grande partie des justiciables d'avoir recours à eux. Par conséquent, la proportion de décisions inexécutées reste très importante, à tel point que la création d'huissiers publics est envisagée.

Il existe, par ailleurs, plusieurs voies d'appel extraordinaire de jugements définitifs devant la Cour suprême, dans lesquelles le Procureur général joue un rôle de filtre. La procédure de « nullification », en particulier, est très critiquée par les associations de promotion de l'Etat de droit et les conseillers étrangers : elle permet au PG de demander la révision d'un procès civil ou pénal quand il estime qu'il y a eu interprétation manifestement incorrecte des faits ou de la loi. Le PG peut suspendre l'exécution de la sentence avant d'introduire la demande de « nullification » devant la CSJ. Le Bureau du PG a reçu 13 000 requêtes civiles de ce type en 2001, dont beaucoup étaient fondées²⁴¹, ce qui montre que le problème de la mauvaise qualité des décisions – rendues à la chaîne au cours d'audiences marathons (un juge de cassation examine 70-80 affaires par jour et prononce 40-50 arrêts, les contradictions sont nombreuses au sein même de la jurisprudence de la CSJ) – n'épargne pas les cours d'appel et la CSJ. Le MJ reconnaît l'existence d'un niveau élevé de corruption dans les tribunaux et l'influence qu'y exercent certains groupes d'intérêts économiques²⁴², ce qui est contesté par les associations de magistrat.

Le budget de la justice, qui représentait 0,55% de la dépense publique roumaine en 1995, est passé à 1,5 % en 2000 selon l'ABA-CEELI [JRI for Romania, 2002, p.16]. Le MJ avance, pour sa part, le chiffre de 2,4% du budget de l'Etat en 2000 et 2,7% en 2002²⁴³.

Les chefs de juridiction jouissent, comme en Bulgarie, d'un pouvoir considérable, toutefois tempéré par le contrôle exercé sur eux par le MJ. Comme leurs homologues bulgares, ils notent leurs subordonnés et les recommandent pour des promotions, déterminent leur charge de travail et les affaires qui leur sont confiées, décident des ressources qui leur sont allouées et de la chambre où ils sont affectés, signalent leurs manquements... Sous

²⁴⁰ La justice bulgare a, dans une certaine mesure, opté pour la solution inverse, en s'ouvrant davantage à la coopération internationale. Elle a bénéficié ainsi d'un apport plus important de ressources et de savoir-faire, mais elle s'est davantage trouvée, en contrepartie, sous le feu de la critique des experts étrangers.

²⁴¹ Selon le Procureur général Tanase Joita [ABA-CEELI, Report on the Roundtable..., 2002, p.4].

²⁴² Ministry of Justice of Romania, *Comments on the Judicial Reform Index prepared by the American Bar Association (ABA-CEELI) in February 2002*, p.30.

²⁴³ *Ibid.*, p.11.

prétexte de soulager les juges surchargés de travail, ils ont la possibilité de participer à toute affaire ou à toute audience traitée dans leur juridiction, à n'importe quel moment²⁴⁴.

Les chefs de juridiction sont nommés par le CSM, pour 4 ans renouvelables, sur proposition du ministre de la Justice. Habituellement, ce dernier ne suggère qu'un seul nom pour chaque poste et il est extrêmement rare que le CSM refuse ce « candidat unique ». Les magistrats du ressort n'ont pas leur mot à dire. La compétence en matière de gestion administrative et budgétaire apparaît comme un critère de choix tout à fait secondaire²⁴⁵ par rapports aux accointances politiques. Il n'est pas rare que les préfets ou les dirigeants locaux du parti au pouvoir interviennent dans la nomination des chefs de ressort en suggérant officieusement des noms au ministre²⁴⁶. Chaque changement de gouvernement entraîne une valse des chefs de juridiction (par exemple, plus de 80 ont été remplacés après les élections de 1996). L'alignement du mandat des chefs de juridiction sur la durée de la législature est un facteur aggravant de cette politisation. Comme en Bulgarie, les cadres dirigeants consacrent l'essentiel de leur temps à leurs devoirs administratifs : répartition des nouvelles affaires entre les juges du ressort, réunions et briefings quotidiens, organisation et contrôle de l'activité du personnel de la juridiction, vérification des dossiers avant leur transmission à l'instance d'appel, réponse aux plaintes émanant du barreau ou des justiciables et aux demandes, aussi diverses qu'urgentes, communiquées par le ministère ou d'autres juridictions, supervision des travaux de rénovation des locaux, etc. [Zimmer, St. Vrain, 1999, p.12-13].

Les juridictions roumaines connaissent les mêmes difficultés que les bulgares : magistrats surchargés de tâches administratives²⁴⁷, surpeuplement et vétusté des locaux dans certains ressorts (notamment à Bucarest), manque de moyens matériels, système manuel de gestion des dossiers peu fiable et obsolète, répartition des affaires à la discrétion du président en fonction de considérations peu avouables, qualification insuffisante des greffiers et des personnels administratifs, mauvaises conditions d'accueil, d'information et d'orientation du public, relations tendues avec les médias, problèmes d'insécurité à l'intérieur des tribunaux et protection insuffisante des magistrats contre les menaces physiques (les pratiques d'intimidation semblent relativement répandues dès lors que des intérêts économiques importants sont en jeu).

Au début des années 2000, il n'y a, dans la majorité des tribunaux, qu'un ou deux ordinateurs pour tout le personnel et l'accès à la documentation juridique est problématique. A partir de 2000, le MJ fait des efforts importants pour réhabiliter et renouveler le parc immobilier de la justice. Depuis 2002, l'équipement informatique – ordinateurs, réseaux et logiciels spécialisés – est développé avec l'aide des donateurs internationaux (Banque mondiale et Union européenne), ainsi que les investissements destinés à améliorer l'accueil du public et la sécurité. Enfin, des initiatives de modernisation des pratiques de management et d'amélioration de l'efficacité de l'organisation du travail sont en cours depuis 2005.

²⁴⁴ *Comments by Judge Ion Apostu, President of the Union of Judges on the Judicial Reform Index for Romania, prepared by ABA-CEELI, 2002.*

²⁴⁵ La loi ne précise pas les compétences requises pour devenir chef de juridiction. Les candidats doivent passer un teste psychologique qui met l'accent sur les aptitudes au management. Après les réformes de 2004-2005, ils doivent passer un concours organisé par l'INM, qui met en évidence le manque cruel de compétences manageriales dans la magistrature roumaine.

²⁴⁶ Viorica Costiniu, juge d'appel et présidente de la ARM [ABA-CEELI, *Report on the Roundtable...*, 2002, p.6].

²⁴⁷ Ils doivent vérifier eux-mêmes que le dossier est convenablement constitué et comporte les signatures, copies certifiées conformes et tampons requis. Ils doivent aussi conseiller les parties qui n'ont pas d'avocat. Ils peuvent avoir à accomplir certaines tâches notariales et interviennent dans le processus d'enregistrement des sociétés commerciales.

Les procès roumains pâtiennent des mêmes travers que les procès bulgares : audiences reportées à cause de l'absence d'avocats, de parties, d'experts ou de témoins, en dépit des menaces d'amende de plus en plus lourdes et de la création, en 2001, d'un mandat d'amener devant le tribunal (peu opérant du fait du manque de coopération de la police) ; manque de fiabilité des comptes-rendus des débats ; personnalisation des relations entre juges et avocats propice au favoritisme et à la corruption...

2.3 – Les mutations des professions judiciaires

2.3.1 – La magistrature

La magistrature roumaine n'a pas connu d'épuration de grande ampleur. Le nouveau pouvoir politique a permis aux cadres nommés sous le régime précédent de poursuivre leur carrière dans l'appareil judiciaire grâce à une législation favorisant l'ancienneté pour l'accès à la haute magistrature.

Le nombre de juges a presque été triplé entre 1990 et 2004, passant de 1500 à près de 4500²⁴⁸ (2234 juges d'arrondissement, 1361 juges départementaux, 708 juges d'appel, 121 juges de cassation), ce qui représente un effectif élevé si on le compare, toutes choses égales pas ailleurs, à celui d'autres pays ayant un système juridique similaire (France, Italie). Ceux-ci sont assistés par environ 5000 greffiers²⁴⁹ (leur nombre a doublé depuis 2000) et un effectif équivalent d'employés administratifs et techniques [Lord, Wittrup, 2005], soit un total d'environ 11 000 agents auxiliaires en 2002²⁵⁰. La magistrature roumaine est, comme la bulgare, féminisée aux deux tiers, et les femmes y occupent la majorité des positions de direction (254 sur 314 en 2002, selon le MJ, dont 7 présidences de cour d'appel sur 15). La très forte croissance numérique de la magistrature a entraîné, mécaniquement, son rajeunissement.

Le sondage réalisé dans les tribunaux, en 2003, pour le MJ, révèle que 44% des juges disposent d'un ordinateur et que, parmi ceux-ci, seulement 41% l'utilisent effectivement. L'efficacité des juridictions est très variable selon les départements [ABA-CEELI, JRI for Romania, 2002, p.84]. Deux tiers des répondants à la même enquête considèrent qu'ils travaillent dans des conditions bonnes (38%) ou convenables (30%) et une grande majorité se déclare satisfait de leur statut social (logement, revenu...). Les salaires des magistrats roumains sont approximativement deux fois plus élevés que ceux de leurs homologues bulgares (480 dollars par mois pour un juge de base, 976 pour un membre de la Cour suprême en 2000) [*ibid.*, p.17]. La profession apparaît hautement attractive pour les jeunes diplômés en droit : 3843 d'entre eux ont passé le concours d'entrée à l'INM, en 2000, pour 146 places et 2859 pour 180 places en 2005. Les départs de la magistrature vers les professions juridiques privées sont relativement peu nombreux. Le principal motif d'insatisfaction des magistrats est, en fait, la mauvaise qualité de la législation, jugée par presque tous peu claire, incohérente, labile.

²⁴⁸ 1500 en 1990, 2800 en 1995, 3500 en 2000.

²⁴⁹ Pour devenir greffier, il faut passer un examen de niveau fin d'études secondaires et avoir un casier judiciaire vierge. Un Centre de formation des greffiers a été ouvert en 2000, avec des moyens très limités. Il propose une formation de 6 à 9 mois à une quarantaine d'élèves. Celle-ci n'est pas obligatoire et les chefs de juridiction restent libres d'opérer un recrutement direct quand ils veulent pourvoir rapidement un poste vacant.

²⁵⁰ Ministry of Justice of Romania, *Comments on the Judicial Reform Index prepared by the American Bar Association (ABA-CEELI) in February 2002*, p.28.

Le statut

Avant la création de la HCCJ, les magistrats de la CSJ sont nommés pour un mandat renouvelable de 6 ans²⁵¹. Les considérations politiques jouent un rôle important dans le choix des membres de la Cour suprême, dont beaucoup ne sont pas reconduits à leur poste suite à un changement de gouvernement [*ibid.*, p.20]. Tous les autres magistrats sont irrévocables et inamovibles, sauf en cas de faute disciplinaire grave. Ils peuvent être poursuivis pour les infractions pénales qu'ils commettent dans ou en dehors de l'exercice de leurs fonctions, à la demande du Procureur général, mais avec la permission du ministre de la Justice. Ce dernier dispose ainsi d'un moyen de pression supplémentaire sur les magistrats, qui a été utilisé à plusieurs reprises à des fins politiques [*ibid.*, p.22].

Le CSM statue uniquement sur les fautes disciplinaires des juges (et non sur leurs crimes ou délits). Il examine une dizaine de cas chaque année. Ses décisions en la matière peuvent être contestées devant la Cour suprême. Très souvent les décisions du CSM sont contestées par les magistrats.

Les investigations préliminaires de possibles infractions disciplinaires sont menées par le service d'inspection du MJ (jusqu'à sa suppression en 2004). Celui-ci intervient en cas de soupçons ou de plaintes concernant des fautes de gestion, des délais excessifs, des irrégularités procédurales... Le ministre de la Justice peut ordonner une enquête sur un magistrat particulier ou faire procéder à l'évaluation complète du fonctionnement d'une juridiction, voire à plusieurs inspections successives, ce qui est un moyen de pousser à la démission le chef du ressort. Les inspecteurs peuvent se prononcer sur la façon dont les magistrats faisant l'objet d'une enquête ont appliqué la loi et ont rédigé leurs sentences dans des affaires particulières [*ibid.*, p.23]. Les conclusions des inspecteurs sont transmises au ministre, qui décide s'il y a lieu de saisir ou non le CSM. Si le MJ décide de poursuivre l'action disciplinaire, le CSM peut faire procéder à sa propre enquête en s'appuyant sur les juges superviseurs, qui ne dépendent pas directement du ministère, mais des cours d'appel. Selon le MJ, le CSM décide de ne pas sanctionner le magistrat mis en cause dans environ un quart des cas (ce qui attesterait de son haut degré d'indépendance vis-à-vis du ministère)²⁵².

Comme en Bulgarie, les magistrats ne peuvent pas exercer parallèlement une autre profession. Ils ont néanmoins le droit d'enseigner dans les facultés de droit et de toucher des droits d'auteur pour les ouvrages qu'ils publient.

Un code de conduite des juges a été élaboré et adopté par le CSM en 2001, puis promulgué par le MJ, mais les prescriptions qu'ils contient ne peuvent pas être utilisées pour mettre en cause la responsabilité disciplinaire des magistrats et il n'existe pas d'instance ayant pour mission de le faire appliquer. Les juges doivent déclarer leur patrimoine depuis 1996, mais, dans les faits, celui-ci n'est jamais contrôlé.

Le recrutement

Jusqu'en 2004, le processus de sélection des magistrats et leur formation sont contrôlés par le MJ.

Les candidats à l'entrée dans la magistrature doivent avoir une maîtrise de droit et un casier judiciaire vierge. Ils doivent répondre à un ensemble de critères médicaux et

²⁵¹ Ceux qui étaient magistrats avant d'entrer à la Cour suprême sont assurés de retrouver leur ancien poste – généralement dans une cour d'appel – s'ils n'obtiennent pas un nouveau mandat.

²⁵² Ministry of Justice of Romania, *Comments on the Judicial Reform Index prepared by the American Bar Association (ABA-CEELI) in February 2002*, p.19.

psychologiques. A partir de 2000, ils doivent passer un concours écrit d'entrée à l'INM, accomplir une formation de 2 ans dans cette école, puis passer un examen de qualification organisé conjointement par le MJ et l'INM, afin de pouvoir être nommés à un premier poste dans l'un des *judicatorii* par le Président de la République, sur recommandation du CSM. Jusqu'au passage de l'INM sous la tutelle du CSM, avec la réforme de 2004-2005, l'admission à l'INM est décidée par une commission dont les membres sont désignés par le MJ (3 enseignants de l'INM et 3 magistrats en exercice). Il y a une vingtaine de candidats pour une place²⁵³.

Parallèlement à ce système de sélection, les juristes ayant déjà une expérience professionnelle peuvent, à l'instar de leurs confrères bulgares, entrer directement dans la magistrature. Divers professionnels du droit – avocats, notaires, conseillers juridiques privés, professeurs de droit et chercheurs à l'Académie des sciences, experts de la police scientifique, membres des services juridiques des administrations... – peuvent, à partir de 5 ans d'ancienneté, être nommés dans un tribunal départemental après avoir réussi un examen organisé par le MJ. Ils ne reçoivent pas de formation à l'INM. Certaines catégories de juristes ayant occupé des responsabilités politiques au niveau national ou dans la haute fonction publique d'Etat – docteurs en droit, sénateurs, députés, ombudsmans, membres de la Cour des comptes, de la Cour constitutionnelle ou du Conseil de législation, experts juridiques du Parlement, du gouvernement, de la présidence de la République... – et ayant plus de 10 ans d'ancienneté, sont mêmes dispensées d'examen d'entrée et peuvent être directement nommés dans des tribunaux de rang supérieur, en récompense de leurs bons et loyaux services (après un entretien avec un responsable au niveau de la cour d'appel et avec l'accord du chef du ressort concerné)²⁵⁴. Chaque année, plusieurs dizaines de personnes font leur entrée dans la magistrature en empruntant ces voies d'accès propices au clientélisme. Les associations de magistrats et les experts internationaux se plaignent que le CSM fait preuve d'une excessive complaisance à l'égard de ces candidats, dont certains sont pistonnés par de puissants patrons politiques, et n'examine pas leurs aptitudes avec le soin requis [ABA-CEELI, JRI for Romania, 2002, p.7-8]²⁵⁵. Le MJ répond à ces critiques en invoquant la difficulté de trouver des diplômés de l'INM qui acceptent de prendre des postes dans les ressorts les plus reculés²⁵⁶. Les noms des personnes proposées pour une nomination directe ne sont pas rendus publics avant que le CSM ne prenne sa décision, à l'issue d'une délibération secrète, ce qui empêche tout contrôle extérieur sur ce processus.

La réforme de 2004 a réaffirmé le principe selon lequel l'entrée dans la magistrature se fait, en règle générale, par le passage d'un concours organisé par le CSM, par le biais de l'Institut national de la magistrature. Mais les amendements des lois sur l'indépendance de la justice ont conservé la possibilité d'un recrutement parallèle, sans vérification des aptitudes professionnelles des candidats. Comme dans le cas de la Bulgarie, le CSM semble faire un large usage de ce recrutement direct au détriment du concours. Le durcissement des mécanismes de sélection et de promotion a néanmoins eu pour conséquence une augmentation très importante du nombre de postes vacants : 500 juges et 600 procureurs en 2004, 600 et

²⁵³ L'examen comporte un QCM, un test de logique, un écrit, un oral.

²⁵⁴ En 2006, le MJ a proposé un amendement qui prévoit, pour les bénéficiaire de ce système de recrutement direct, une formation obligatoire validée par un examen final et un entretien avec la CSM.

²⁵⁵ Beaucoup de magistrats revendiquent une définition plus claire et une fermeture plus étanche des frontières de leur profession, se plaignant que la législation roumaine de 1992 revient à faire de tout juriste d'Etat un haut magistrat en puissance (puisque ses années de carrière comptent comme des années d'ancienneté dans la magistrature) [*Comments by Judge Nicoleta Stefanoi, Iasi Magistrates' Association, 1992 ; Comments by Judge Vasiliu, Brasov Judge Association, may 2002*].

²⁵⁶ Ministry of Justice of Romania, *Comments on the Judicial Reform Index prepared by the American Bar Association (ABA-CEELI) in February 2002*, p.3.

700 en 2005. Plusieurs dizaines de postes d'encadrement dans l'appareil judiciaire – 240 en 2004, 70 en 2005 – sont également vacants, en raison du manque de volontaires pour occuper ces positions à la fois trop exigeantes et trop exposées.

La gestion approximative du déroulement des concours (bibliographie non publiée ou changée au dernier moment, irrégularités dans le déroulement des épreuves) est à l'origine de plusieurs scandales publics.

La formation

Comme en Bulgarie, les facultés de droit roumaines ne préparent pas les étudiants aux aspects pratiques de l'exercice des métiers juridiques.

La première promotion de l'Institut national de la magistrature (INM) sort en 1992. La formation est alors facultative : le passage par l'INM dépend de la bonne volonté des jeunes magistrats (qui fait souvent défaut) et, surtout, de celle de leurs chefs de ressort, qui acceptent plus ou moins bien que leurs jeunes collègues s'absentent plusieurs mois pour aller à l'INM. A partir de 1997, la formation dans cette école (9 mois) devient obligatoire pour les jeunes diplômés en droit qui souhaitent entrer directement dans la magistrature. La durée du cursus est portée à 2 ans en 2000. Jusqu'en 2004, l'INM est placé sous la tutelle du MJ. Il dépend fortement des financements et des moyens humains fournis par les donateurs internationaux (les fonds européens alimentent les deux tiers de son budget en 2006), y compris au niveau des prestations pédagogiques, en particulier dans le domaine de la formation continue.

L'enseignement dispensé par l'INM est essentiellement consacré à l'apprentissage du droit substantiel et des procédures. Il est centré sur l'étude de dossiers judiciaires. Il comporte des cours portant sur la déontologie, la psychologie, l'usage des outils informatiques, les langues étrangères. Il n'accorde pas, selon les experts américains, une place suffisante à des matières telles que la culture générale, le rôle de la justice dans une société démocratique, le management des juridictions, la rédaction des décisions judiciaires, le savoir-être spécifique au métier de magistrat. Ces deux dernières lacunes sont en passe d'être corrigées, depuis une réforme de la pédagogie de l'INM commencée en 2002. La première année de la formation se déroule à l'Institut, le reste du temps étant consacré à des stages en juridiction. L'INM est très peu ouvert aux autres acteurs du système judiciaire que les magistrats [*Open Society Institute*, 2002, p.179].

Tous les magistrats doivent suivre un stage de formation continue au minimum tous les cinq ans. Toutefois, le respect de cette obligation n'est pas suffisamment contrôlé et la formation permanente n'est pas considérée comme une priorité par la hiérarchie judiciaire, ce qui a pour conséquence la faible audience et la faible efficacité des enseignements proposés par l'INM, le MJ, les tribunaux, les organisations professionnelles de magistrats ou autres [*ibid.*]. Quel que soit le cadre où elle se déroule, la formation continue est, dans une très large mesure, alimentée par la coopération internationale. L'adoption de nouvelles lois ou de nouveaux codes ne donne pas lieu à des programmes de formation organisés de façon systématique à l'échelle nationale, ce qui explique en partie le manque d'uniformité dans l'application du droit par les juges.

La carrière

Jusqu'à la réforme de 2004-2005, le ministre de la Justice joue le rôle de *gatekeeper* pour les nominations et les promotions de magistrats, dans la mesure où il est le seul à pouvoir proposer des candidats au CSM. Ce dernier n'a pas la possibilité d'examiner un dossier de demande d'avancement qui ne lui a pas été transmis par le MJ. Pour être éligible à une

promotion, les juges doivent avoir l'ancienneté requise – 4 ans pour devenir juge départemental, 6 ans pour être nommé dans une cour d'appel, 12 pour entrer à la cour suprême – et avoir fait la preuve de leur mérite, qui est évalué par leur chef de ressort²⁵⁷ et par le président de la cour d'appel dont ils dépendent (qui peut s'appuyer sur ses juges superviseurs). Il revient à ce dernier d'autoriser ou non le candidat à la promotion de se présenter à l'examen de passage à la fonction supérieure. Celui-ci est administré par le MJ (puis, après 2004, par le CSM). Les candidats doivent rédiger un mémoire (sur la base d'une dizaine de jugements, qu'ils sélectionnent eux-mêmes parmi ceux qu'ils ont rendus) et passer un entretien oral devant une commission à laquelle participent des magistrats et des professeurs de droit.

Les performances professionnelles des magistrats sont évaluées chaque année par leur chef de juridiction, et celles des présidents et vice-présidents des cours d'appel par une commission nommée par le ministre de la Justice (jusqu'en 2004). Le critère qui est privilégié est le nombre d'affaires traitées, ce qui a pour effet d'inciter les magistrats à faire de l'abatage et à rallonger démesurément leurs horaires de travail, au détriment de la qualité des décisions, ce qui explique en partie la proportion très élevée de jugements annulés par l'instance d'appel [Zimmer, St. Vrain, 1999, p.86]. Ce type de comportement encore renforcé par l'existence de primes au rendement dans le plupart des tribunaux. Au civil, en 2005, environ 30% des décisions de la première instance sont annulées et 20% des décisions de la deuxième instance sont cassées, selon le MJ. Une procédure de recours est prévue en cas de contestation des résultats de cette évaluation, qui donne, avant 2004, le dernier mot au MJ. Un magistrat peut être révoqué pour insuffisance professionnelle, sans que les critères employés pour vérifier ses éventuelles carences ni les instances habilitées à émettre une telle appréciation ne soient clairement définis [Open Society Institute, 2002, p.177].

Les services d'inspection judiciaire jouent un grand rôle dans le processus d'évaluation professionnelle. Il existe, jusqu'en 2004, deux catégories d'inspecteurs : les juges superviseurs, qui sont nommés par le CSM et dépendent des cours d'appel, et les inspecteurs généraux du MJ. Les juges superviseurs contrôlent la manière dont les magistrats et les greffiers se comportent vis-à-vis des avocats et du public, vérifient que les juges préparent correctement leurs dossiers et rédigent convenablement leurs décisions, contrôlent la gestion administrative des juridictions. Ils ne doivent pas, en principe, intervenir dans les affaires pendantes.

Les organisations professionnelles

Comme en Bulgarie, l'intensité et la qualité des relations entre les associations professionnelles et les dirigeants politiques ont été variables selon les gouvernements, les néo-communistes s'avérant les moins ouverts à la négociation. D'une manière générale, le pouvoir politique manque de savoir-faire pour organiser la concertation avec les représentants des professions et de la société civile : une personne interviewée décrit une séance de préparation de la réforme de 2004 avant laquelle tous les participants avaient reçu des versions différentes du projet.

L'Association roumaine des magistrats (ARM), créée en 1993, se donne pour but de promouvoir les intérêts et l'image des magistrats, ainsi que l'indépendance de la justice. Elle

²⁵⁷ Comme dans le cas de la Bulgarie, être bien noté par son président et être recommandé par lui apparaît comme une condition absolument essentielle pour être promu dans une cour de rang supérieur. « *La carrière des juges est suspendue aux appréciations discrétionnaires que leurs présidents font sur eux* » [Comments by Judge Ion Apostu, President of the Union of Judges on the Judicial Reform Index for Romania, prepared by ABA-CEELI, 2002].

milite pour la consolidation de l'Etat de droit en Roumanie et pour la défense des valeurs fondamentales de la démocratie. Elle affiche 3000 adhérents – juges et procureurs – et prétend être présente dans presque tous les départements, mais le nombre de ses membres qui ont été effectivement actifs dans le processus d'élaboration des lois se réduit à quelques dizaines. Les plus engagés ont publié leurs réflexions sur des sites et des forums destinés à faciliter les contacts entre les magistrats des différents ressorts du pays. Son président est souvent interviewé par les médias et rencontre régulièrement des responsables politiques, qui trouvent avantage à ne pas contester sa représentativité. Les principaux chevaux de bataille de l'Association sont la formation, la transparence, l'évaluation professionnelle, le rôle du procureur et à son statut au sein du système judiciaire. L'ARM a participé à plusieurs groupes de travail chargés de préparer les réformes des années 2000, ainsi qu'aux commissions mises en place par le CSM pour assurer le suivi de la mise en œuvre de la nouvelle législation. L'ARM ne s'est pas investie dans tout un ensemble d'activités typiques des organisations professionnelles occidentales : publication d'une revue professionnelle, mise en place de programmes de formation, action syndicale en faveur de ses adhérents, campagnes d'information en faveur de l'accès au droit... [ABA-CEELI, JRI for Romania, 2002, p.24]. Elle a tenté, en 2004, de procéder à un diagnostic de l'état du système judiciaire roumain. Elle est indépendante des donateurs étrangers. Elle est membre de l'Association européenne des juges et de l'Association internationale des juges.

Une autre association de magistrats, l'Union des juges, rassemble plusieurs organisations locales de juges. Elle a été créée au milieu des années 1990 avec l'assistance de l'ABA-CEELI. Elle revendique 500 membres et déploie ses activités essentiellement dans le domaine de la formation. Elle est affiliée au MEDEL.

Les deux organisations de magistrats reprochent au MJ d'entraver le déroulement de leurs activités et de tenter de jouer l'une contre l'autre.

En 2004 se constitue une coalition ad hoc, l'Alliance pour une justice européenne, composée de l'AMR et de 8 ONG, parmi lesquelles le Centre des ressources juridiques, *Transparency International Romania*, l'association Pro Democratia, l'Institut pour les politiques publiques, la Société académique roumaine. Son existence est éphémère. Elle a toutefois réussi à susciter un véritable débat public sur la question de l'indépendance de la justice et à alerter la Commission européenne et les autres acteurs internationaux sur les lacunes des projets gouvernementaux. Elle a rédigé des études comparatives sur la situation de la justice dans d'autres pays.

En 2005 une nouvelle association, la Société pour la justice (SoJust), est créée. Elle a vu le jour suite à des discussions entre des professionnels du droit et des universitaires, sur un forum Internet consacré aux transformations du système judiciaire. SoJust, qui se présente comme un centre d'expertise indépendante, s'est donnée pour tâche de surveiller la mise en œuvre des réformes, l'action des organes dirigeants de la justice (CSM, HCCJ, MJ) et les relations entre la justice et les médias. En 2006, SoJust a publié un rapport sur le système judiciaire en Roumanie qui comprend des chapitres consacrés au CSM, au ministère de la Justice, à la profession d'avocat, au respect des droits de l'homme, aux relations entre les professions juridiques, au fonctionnement des tribunaux, à la Cour constitutionnelle et à l'Avocat du peuple, à l'Institut national de la magistrature et à l'enseignement du droit. Les positions prises dans ce rapport sont extrêmement critiques.

2.3.2 – *Les avocats*

La loi sur l'organisation et l'exercice de la profession d'avocat, qui affirme le principe de l'autonomie des barreaux, est adoptée le 28 février 1990. La profession s'organise au début des années 1990, avec la création du Congrès des avocats de Roumanie, des conseils du barreau locaux, du Conseil de l'Union nationale des barreaux de Roumanie, de l'Assemblée générale du barreau... Les avocats se sont très peu impliqués dans la réforme de la justice, dans la mesure où les principaux changements ont visé les magistrats. Ils n'ont guère intérêt à soutenir les mesures susceptibles d'améliorer le fonctionnement des tribunaux, car les dysfonctionnements du système sont, pour eux, une source de profits. Comme en Bulgarie, le nombre d'avocats (et, incidemment, celui des facultés de droit), a connu une progression considérable, favorisée par l'existence de conditions d'accès au barreau particulièrement laxistes. En 2006, 7190 avocats sont enregistrés au Barreau de Bucarest, dont 80% ont moins de 35 ans.

Une spécificité roumaine est l'existence d'un barreau « parallèle », le Barreau constitutionnel roumain, qui s'oppose au barreau « officiel », dénoncé pour son inefficience et parce qu'il favorise les « anciens avocats ». Ce barreau « dissident » regroupe 2000 avocats qui n'ont pas eu la possibilité d'entrer dans les structures traditionnelles.

En 2006, le barreau de Bucarest a lancé une initiative pour la restructuration du système judiciaire roumain, qui propose de transposer en Roumanie le modèle américain d'organisation des professions judiciaires, dans lequel le barreau détient un pouvoir considérable (les procureurs deviendraient des *public attorneys* apparentés aux avocats, les juges seraient choisis parmi les avocats ayant plus de 7 ans d'expérience, les avocats auraient deux sièges au CSM...).

BIBLIOGRAPHIE GÉNÉRALE

ABA-CEELI, *Judicial Reform Index for Bulgaria*, American Bar Association, Washington DC, 2002, 2004 et 2006

ABA-CEELI, *Judicial Reform Index for Romania*, American Bar Association, Washington DC, may 2002

ABA-CEELI, *Report on the Roundtable Discussion on the ABA-CEELI Judicial Reform Index for Romania*, Bucarest, 7 juin 2002

ABA-CEELI, *The Legal Profession Reform Index for Bulgaria*, American Bar Association, Washington DC, 2004 et 2006

Andreff W. (1993) *La Crise des économies socialistes : la rupture d'un système*, Presse universitaire de Grenoble.

Ashwin Sarah, "The Regulation of the Employment Relationship in Russia: The Soviet Legacy", in Galligan Denis J., Kurkchiyan Marina, *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.93-111

Åslund Anders, *How Russia Became a Market Economy*, Wasghinton, DC: The Brookings Institution, 1995

Barth J. R., Caprio Jr. G. et Levine, R. (2001) *Financial Regulation And Performance: Cross-Country Evidence*, Working Papers Central Bank of Chile 118, Central Bank of Chile (<http://www.bcentral.cl/esp/estpub/estudios/dtbc/pdf/dtbc118.pdf>)

Berleman M. (2002) *Forecasting inflation via electronic markets results from a prototype experiment*, BNB discussion paper, DP/20/2002, février

Bernstein Lisa, "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relationship in the Diamond Industry", in *Journal of Legal Studies*, vol.21, n°1, 1992, p.115-157

Blankenburg Erhard, « La justice et sa place au sein du pouvoir politique dans l'Allemagne des années 1990 », in Philippe Robert, Amedeo Cottino (sous la dir.), *Les mutations en justice. Comparaisons européennes*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 13-42

Boot A.W.A, Greenbaum S.I. et Thakor A.V. (1993) "Reputation and Discretion in Financial Contracting", *American Economic Review*, vol. 83(5), pp. 1165-83

Borish Michael, Ding Wei, Noël Michel, *On the Road to EU Accession, Financial Sector Development in Central Europe*, World Bank Discussion Paper, Washington : World Bank, Sept. 1996

Borish Michael, Long Millard, Noël Michel, *Restructuring Banks and Enterprises: Recent Lessons from Transition Countries*, World Bank Discussion Papers, Washington : World Bank, January 1995

Calomiris C., et Gorton G. (1991) "The Origins of Bank Panics: Models, Facts, and Bank Regulation", in R. Glenn Hubbard, ed., *Financial Markets and Financial Crises*, Chicago, University of Chicago Press

Carp Radu, « Un principiu constitutional in dezbatere : inamovibilitatea judecatorilor in dreptul romanesc si comparat/Un principe constitutionnel en débat : l'inamovibilité des juges dans le droit roumain et comparé », in *Revista de drept public/Revue de droit public*, n° 3, 2005, pp. 49-65

Center for Economic Development, “Economic Impact of the Registered Pledges System in Bulgaria”, *Regional Symposium on Registered Pledge Systems in Five Countries* on June 4, 2002 in Gdansk, Poland, Sofia : CED, sept.2002

Center for the Study of Democracy, *Anti-Corruption Action Plan for Bulgaria*, CSD, Coalition 2000, Sofia, 1998

Center for the Study of Democracy, *Judicial Anti-Corruption Program*, CSD, Sofia, 2003

Center for the Study of Democracy, *Judiciary and Corruption*, CSD Coalition 2000, Sofia, 2000.

Center for the Study of Democracy, *Program for Judicial Reform in Bulgaria*, CSD Judicial Reform Initiative, Sofia, 2000

Clement Cynthia, Murrell Peter, “Assessing the Value of Law in Transition Economies: An Introduction”, in Murrell Peter (ed.), *Assessing the Value of Law in Transition Economies*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2001, p. 1-19

Cuming Ronald, *The Legal Environment for Secured Financing in Bulgaria*, World Bank Report, Washington, june 2001

Dahan Frederique, “Hope and Bitterness in the Reform of Russian Bankruptcy Law”, Shterin Marat, “Legislating on Religion in the Face of Uncertainty”, in Galligan Denis J., Kurkchiyan Marina, *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.135-150

Deakin Simon, Lane Christel, Wilkinson Frank, “Contract Law, Trust Relations, and Incentives for Cooperation: A Comparative Study”, in Deakin Simon, Michie Jonathan, *Contrats, Cooperation and Competition*, Oxford: Oxford University Press, 1996

Delpuech Thierry, « La coopération internationale au prisme du courant de recherche 'droit et développement' », *Droit et Société*, n°62, 2006, p.119-175

Delpuech Thierry, *Police, justice et pouvoirs dans les pays d'Europe centrale et orientale en mutations démocratiques : le cas bulgare (1989-1998)*, thèse en science politique, Université Pierre Mendès-France, Grenoble, 2001

Diamond D. (1984): “Financial Intermediation and Delegated Monitoring”, *Review of Economic Studies*, Vol. 51 (3), pp. 393-414

Diamond,D.W. et Dybvig, P.H. (1983) “Bank Runs, Deposit Insurance, and Liquidity”, *Journal of Political Economy*, 91, pp.401–419

Dobtchev Petko, *Balgarskata advokatura, normativni aktove 1878-2000 (Le barreau bulgare, textes normatifs 1878-2000)*, Sofia : Cibi

Douglas W. D. et Rajan, R.G. (2001) “Liquidity Risk, Liquidity Creation, and Financial Fragility: A Theory of Banking”, *Journal of Political Economy*, vol. 109(2), pp. 287-327

Dupré Catherine, *Importing the Law in Post-Communist Transitions. The Hungarian Constitutional Court and the Right to Human Dignity*, Hart Publishing, Oxford, 2003

Duxbury N., “Signalling and Social Norms”, in *Oxford Journal of Legal Studies*, vol.21, 2001, p. 716-736

Edelman L., “Legal Environments and Organizational Governance: The Expansion of Due Process in the American Workplace”, in *American Journal of Sociology*, vol.95, n°6, 1990

Fafchamps Marcel, "The Enforcement of Commercial Contracts in Ghana", in *World Development*, vol.24, n°3, p.427-448

Fafchamps Marcel, "Trade Credit in Zimbabwean Manufacturing", in *World Development*, vol.25, n°5, p.795-815

Fafchamps Marcel, Minten Bart, "Relationships and Traders in Madagascar", *Journal of Development Studies*, vol 35, n°6, p.1-35

Felstiner William, Abel Richard, Sarat Austin, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming", in *Law and Society Review*, vol.15, n°3/4, 1980-1981, p. 631-654

Fitoussi J.-P. (Ed.) (1990) *A l'Est, en Europe des économies en transition*, Paris, OFCE-Presses de Sciences Po

Frison-Roche François, « L'ambiguïté de la construction de la démocratie constitutionnelle en Bulgarie », in Milacic S. (sous la dir.) *La démocratie constitutionnelle en Europe centrale et orientale. Bilans et perspectives*, Bruxelles : Bruylant, 1996, p.411-459

Frye Timothy, "Contracting in the Shadow of the State: Private Arbitration Commissions in Russia", in Pistor Katarina, Sachs Jeffrey D. (eds.) *The Rule of Law and Economic Reform in Russia*, Boulder, Colorado: Westview Press, 1997, p.123-138

Frye Timothy, "Keeping Shop: The Value of the Rule of Law in Warsaw and Moscow", in Galligan Denis J., Kurkchiyan Marina, *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.229-248

Frye Timothy, *Brokers and Bureaucrats: Building Market Institutions in Russia*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 2000

Galligan Denis J., "Legal Failure: Law and Social Norms in Post-Communist Europe", in Galligan Denis J., Kurkchiyan Marina, *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.1-23

Gancheva Yordanka, *Rules, Regulations and Transaction Costs in Transition Bulgaria*, Sofia : Institute for Market Economics, sept.1999-august 2000

Gray Cheryl W., Hendley Kathryn, "Developing Commercial Law in Transition Economies: Examples from Hungary and Russia", in Pistor Katarina, Sachs Jeffrey D. (eds.) *The Rule of Law and Economic Reform in Russia*, Boulder, Colorado: Westview Press, 1997, p. 139-164

Greif Avner, Kandel Eugene, "Contract Enforcement Institutions: Historical Perspective and Current Status in Russia", in Lazar Edward P., *Economic transition in Eastern Europe*, Stanford: Hoover Press, 1995, p.291-320

Groessl I. et Levratto N. (2005) : "The merits and limits of private ownership for the performance of bank credit market"; communication à la 8^{ème} conférence *Countries in transition: experience and challenges of European union membership*, Sofia university "St. Kliment Ohridski", 17 et 18 novembre

Grossman G., "The Second Economy in the USSR", in *Problems of Communism*, vol.26, n°5, 1977, p.25-40

Guarnieri Carlo, Magalhaes Pedro C., "Democratic Consolidation, Judicial Reform, and the Judicialization of Politics in Southern Europe", in Richard Gunther, Nikiforos Diamandouros, Gianfranco Pasquino (eds), *The Changing Role of the State*, Baltimore, Johns Hopkins University Press (forthcoming)

- Hay Jonathon, Shleifer Andrei, "Private Enforcement of Public Law: A Theory of Legal Reform", in *American Economic Review*, vol.82, n°2, 1998, p.398-403
- Hendley Kathryn, "Beyond the Tip of the Iceberg: Business Disputes in Russia", in Murrell Peter (ed.), *Assessing the Value of Law in Transition Economies*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2001, p. 20-55
- Hendley Kathryn, "Business Litigation in the Transition: A Portrait of Debt Collection in Russia", in *Law & Society Review*, vol.38, n°2, 2004, p. 305-348
- Hendley Kathryn, "Rewriting the Rules of the Game in Russia: The Neglected Issue of the Demand for Law," in *East European Constitutional Review*, vol. 8, n°4, 1999, p. 89-95
- Hendley Kathryn, Ickes Barry W., Murrell Peter & Ryterman Randi, "Observations on the Use of Law by Russian Enterprises", in *Post-Soviet Affairs* vol. 13, n°1, 1997, p.19-41
- Hendley Kathryn, Murrell Peter, Ryterman Randi, "Agents of Change or Unchanging Agents ? The Role of Lawyers within Russian Industrial Enterprises", in *Law and Social Inquiry*, summer 2001, p.685-715
- Hendley Kathryn, Murrell Peter, Ryterman Randi, "Do 'Repeat Players' Behave Differently in Russia? An Evaluation of Contractual and Litigation Behavior of Russian Enterprises", in *Law & Society Review*, vol.33, n°4, 1999, p. 833-867
- Hendley Kathryn, Murrell Peter, Ryterman Randi, "Law Works in Russia: The Role of Law in Interenterprise Transactions", in Murrell Peter (ed.), *Assessing the Value of Law in Transition Economies*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2001, p. 56-93
- Hendley Kathryn, Murrell Peter, Ryterman Randi, "Law, Relationships and Private Enforcement: Transactional Strategies of Russian Enterprises", in *Europe-Asia Studies*, vol. 52, n° 4, 2000, p. 627-656
- Hendley Kathryn, *Trying to Make Law Matter – Legal Reform and Labor Law in the Soviet Union*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 1996
- Iorio Alex, Mikhlin Galina, *Bulgaria : Legal and Judicial Reform, Judicial Assessment*, World Bank, Legal Department Europe and Central Asia Region, Washington DC, 1999
- Johnson Simon, McMillan John, Woodruff Christopher, "Contract Enforcement in Transition", *CEPR Discussion Paper 2081*, London: CEPR, 1999
- Kalaydjieva Zdravka, "The Procuracy and Its Problems : Bulgaria", in *East European Constitutional Review*, vol.8, 1999, n°1-2, pp.79-85
- Kanev Krassimir, Mitrev Georgi, *Access to Justice Country Report : Bulgaria*, Project on Promoting Access to Justice in Central and Eastern Europe, Sofia : Bulgarian Helsinki Committee, 2004
- Katsenelinboigen A., "Coloured Market in the Soviet Union", in *Soviet Studies*, vol.29, n°1, 1977, p.62-85
- Koford K. et Tschoegl A.E. (1997) *Problems of Bank Lending in Bulgaria: Information Asymmetry and Institutional Learning*, The Wharton School, University of Pennsylvania, Financial Institutions Center, Working Paper No. 97-41
- Koford K., Miller J., "Contracts in Bulgaria: How Firms Copes When Property Rights Are Incomplete", *IRIS Working Paper n°166*, College Park, MD: The IRIS Center, 1995
- Koleva Petia, *Système productif et système financier en Bulgarie*, Paris : L'Harmattan, 2004

Kurkchian Marina, "The Illegitimacy of Law in Post-Soviet Societies", in Galligan Denis J., Kurkchian Marina, *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.25-46

Lavigne M. (Ed.) (1994) *Capitalisme à l'Est, un accouchement difficile*, Paris, Economica

Ledeneva A. V., *Russia's Economy of Favour: Blat, Networking and Informal Exchanges*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998

Lee Young, Meagher Patrick, "Misgovernance or Misperception? Law and Finance in Central Asia", in Murrell Peter (ed.), *Assessing the Value of Law in Transition Economies*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, 2001, p. 133-179

Les Ioan, *Organizarea sistemului judiciar romanesc. Noile reglementari*, Bucuresti, Editura All Back, 2004

Levine, R. (2004) *The Corporate Governance of Banks: A Concise Discussion of Concepts and Evidence*, Policy Research Working Paper Series 3404, The World Bank

Levratto N. et Paulet E. (2005) « Les indicateurs de performance par la création de valeur dérivent-ils d'une lecture idéologique de l'entreprise ? », communication au colloque « Gouvernance d'entreprise », HEC Montréal, Faculté Waroqué (Université de Mons), Mons, mai (http://ideas.repec.org/p/hal/papers/halshs-00004633_v1.html)

Lord Terry R., Wittrup Jesper, *Study on Romanian Court Rationalization*, mars 2005

Masten Scott E., *Case Studies in Contracting and Organization*, New York, Oxford: Oxford University Press, 1996

McMillan John, Woodruff Christopher, "Interfirm Relationships and Informal Credit in Vietnam", in *Quarterly Journal of Economics*, vol.114, n°6, 1999, p. 1285-1320

Melone Albert, "The Struggle for Judicial Independence and the Transition Towards Democracy in Bulgaria", *Communist and Post-communist Studies*, Vol. 29, n° 2, 1996, p.231-243

Mihov I. (1999): *The Economic Transition in Bulgaria 1989-1999*, ISEAD Working Paper, Septembre

Miller J. et S. Petranov (2001) *The Financial System in the Bulgarian Economy*, Bulgarian National Bank Discussion Paper, DP/19/2001

Nenovsky N., Peev E. et yalamov T. (2003) « La liaison banque-entreprises sous le régime de *currency board* : étude empirique pour la Bulgarie », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. 34, N° 2, pp. 53-81

North D.C. et R.P. Thomas (1970) "An economic theory of the growth of the western world", *The Economic History Review*, vol. XXIII, n°1, 1970.

Open Society Institute, *Judicial Capacity in Bulgaria, Monitoring the Accession Process*, Sofia : OSI, 2002

Open Society Institute, *Judicial Capacity in Romania, Monitoring the Accession Process: Judicial Capacity*, Bucarest : OSI, 2002

Parvulescu Sorana, Demsoorean Ana, Vetrici-Soimu Bogdan, *Evaluating EU Democratic Rule of Law Promotion*, Institute for the Study of Humanities and Social Sciences, University of Florence and Center on Democracy, Development and the Rule of Law, University of Stanford, 2003

[Peer Review] Savolainen Jukka and alii, *Bulgaria : First Monitoring Mission after Closure of Accession Negotiations under Chapter 24 in the Fields of Justice & Home Affairs*, European Commission, 20 July 2004

Peev E. (2002) *The political economy of corporate governance change in Bulgaria : Washington consensus, primitive accumulation of capital and catching up in the 1990*, Center for Economic Institutions, Working paper N° 2002-1

Peev Evgeni, *The Political Economy of Corporate Governance Change in Bulgaria : Washington Consensus, Primitive Accumulation of Capital and Catching-Up in the 1990*, Tokyo : Institute of Economic Research, 2002

Pissarides Francesca, *Financial Structures to Promote Private Sector Development in South-Eastern Europe*, London : European Bank for Reconstruction and Development, June 2001

Pistor Katarina, "Law as a Determinant for Equity Market Development: The Experience of Transition Economies", in Galligan Denis J., Kurkchiyan Marina, *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.249-287

Pistor Katarina, "Supply and Demand for Law in Russia", in *East European Constitutional Review*, vol. 8, n°4, 1999

Pistor Katarina, Sachs Jeffrey D., "Introduction: Progress, Pitfalls, Scenarios, and Lost Opportunities", in Pistor Katarina, Sachs Jeffrey D. (eds.) *The Rule of Law and Economic Reform in Russia*, Boulder, Colorado: Westview Press, 1997, p. 1-21

Pistor Katharina, *Patterns of Legal Change : Shareholder and Creditor Rights in Transition Economies*, Working paper N°49, London : European Bank for Reconstruction and Development, May 2000

Pistor Katharina, Raiser Martin, Gelfer Stanislav, "Law and Finance in Transition economies", in *Economics of Transition*, London : European Bank for Reconstruction and Development, 2000, p.325-368

Pohl Gerhard and alii, *Privatization and Restructuring in Central and Eastern Europe : Evidence and Policy Options*, Washington : The World Bank, 1997

Prohaska Maria, Tchipev Plamen, *Establishing Corporate Governance in an Emerging Market : Bulgaria*, Sofia : Center for the Study of Democracy, 2000

Prowse S. D. (1997) "The economics of private placements : middle-market corporate finance, life insurance companies, and a credit crunch", *Economic and Financial Policy Review*, Federal Reserve Bank of Dallas, issue Q III, pp. 12-24

Racheeva V., « La vérité sur le pouvoir judiciaire », in *La nouvelle alternative*, n°32, 1994

Ragaru Nadège, « La corruption en Bulgarie : construction et usages d'un 'problème social' », in Favarel-Garrigues Gilles (dir.), *Criminalité, police et gouvernement : trajectoires post-communistes*, L'Harmattan, coll. Logiques politiques, Paris, 2003, p.41-82

Ragaru Nadège, « Uslugi : The Role of Political Favors and Connections in Post-Communist Bulgaria », in Keridis Dimitris, Elias-Bursac Ellen, Yatromanolakis Nicholas (eds.), *New Approaches to South-East European Studies*, Brassey's, IFPA-Kokkalis Series on Southeast European Policy, Herndon, 2003, p.207-234.

Ragaru Nadège, « 'Rendre service' : politique et solidarités privées en Bulgarie post-communiste », *Cahiers d'études sur la Méditerranée orientale et le monde turco-iranien*, 31, janvier-juin 2001, p.9-56

- Rajan R. (1998) “The Past and Future of commercial Banking Viewed through an Incomplete Contract Lens”, *Journal of Money, Credit, and Banking*, Vol. 30, No. 3
- Rajan R. G. (1998) “The Past and Future of Commercial Banking Viewed through an Incomplete Contract Lens”, *Journal of Money, Credit and Banking*, vol. 30(3), pp. 524-50
- Rozenov Rossen, “Investment and Savings in the Bulgarian Economy : the Contribution of the Informal Sector”, in *Review of the Bulgarian Economy*, Sofia : Institute for Market Economics, 1996, p.1-17
- Sajo Andras, “On Old and New Battles : Obstacles to the Rule of Law in Eastern Europe”, in *Journal of Law and Society*, Volume 22, 1995, p.97-105
- Sapienza P. (2002) “The Effects of Banking Mergers on Loan Contracts”, *Journal of Finance*, vol. 57(1), pp. 329-367
- Schmidt R.H., Hackethal A. et Tyrell M. (2001): *The Convergence of Financial Systems in Europe*, Working Paper, Johann Wolfgang Goethe Universität, n° 75
- Schonfelder B. (2005) “Bulgaria's long march towards meaningful credit contracts”, *Post Communist economies*, Vol. 17, N° 2, pp. 174-200
- Scott Richard W., *Institutions and Organizations*, Thousand Oaks, Calif.: Sage, 1995
- Sgard, J. (2000) « Bulgarie, les leçons d'une transition indisciplinée », *Problèmes économiques*, juillet, n° 2673
- Shterin Marat, “Legislating on Religion in the Face of Uncertainty”, in Galligan Denis J., Kurkchiyan Marina, *Law and Informal Practices – The Post-Communist Experience*, Oxford: Oxford University Press, 2003, p.113-133
- Smilov Daniel, « EU Enlargement and the Constitutional Principle of Judicial Independence », texte présenté au colloque *Implications of Enlargement for the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-communist Legal Orders*, Florence, European University Institute, novembre 2003
- Smithey Shannon Ishiyama, Ishiyama John, “Judicious Choices : Designing Courts in Post-Communist Politics”, *Communist and Post-Communist Studies*, vol. 33, 2000, p. 163–182
- Smithey Shannon Ishiyama, Ishiyama John, “The Exercise of Judicial Power in Post-Communist Politics”, *Law and Society Review* vol. 36, no. 4, 2002, p. 719-741
- Solomon P. H. (ed.), *Reforming Justice in Russia, 1864-1996: Power, Culture, and the Limits of Legal Order*, Armonk, NY: M.E. Sharpe, 1997
- Tanev Dimitar, *Le notaire en Bulgarie*, Sofia : Chambre des notaires, 2004
- Tinawi Emad, Hamilton Booz, *Commercial Legal and Institutional Reform Assessments for Europe and Eurasia, Diagnostic Assessment Report for the Republic of Bulgaria*, Sofia : Embassy of the United States of America, US-Agency for International Development, March 2002
- Toharia José J., “Judicial Independence in an Authoritarian Regime: the Case of Contemporary Spain”, in *Law & Society Review*, vol. 9, n° 3, 1975
- Topaloff Liubomir, *Institutional Design and Perspectives for EU Membership : Bulgarian Judicial System and EU Requirements*, Northeastern University, Department of Political Science and International Affairs, December 2003

- Ulgenerk Esen, Zlaoui Leila, *From Transition to Accession : Developing Stable and Competitive Financial Markets in Bulgaria*, Washington : The World Bank, 2002
- USAID EWMI, *Mentor Judge Guide*, Judicial Development Project for Bulgaria, Sofia : USAID, 2004
- USAID, *First National Conference for Judges « Preparing for European Union Membership : Practical Tips, Tools and Advice from Member States »*, Sofia : USAID, June 2004
- USAID, *Guidance for Promoting Judicial Independence and Impartiality*, The USAID Office for Democracy and Governance Technical Publications, Washington DC, 2002
- USAID, *Judicial Strengthening Initiative for Bulgaria*, Sofia: East-West Management Institute, 2005
- USAID, *Legal and Judicial Reform*, Sofia : USAID, March 1999
- Vincelette Gallina, “Bulgarian Banking Sector Development, Post-1989”, in *Southeast European Politics*, p.4-23, May 2001
- Vitosha Research, *The Hidden Economy in Bulgaria – Business*, Sofia :VR, November 2003
- Vitosha Research, *The Hidden Economy in Bulgaria – General Population*, Sofia :VR, March 2004
- Wedel Janine R., *Collision and Collusion: The Strange Case of Western Aid to Eastern Europe*, New York: Palgrave, 2001
- Williamson J. (1997) *The Washington Consensus Revisited. In: Economic and Social Development into the XXI century*, Emmerij Louis (ed.) Washington, DC: Inter-American Development Bank
- Yordanov Dragomir, *Qualité et justice en Bulgarie*, Société de droit européen, Sofia. 2003
- Zimmer Markus B., St. Vrain Robert D., *Administrative and Management Reform in the Romanian Courts – Implementation Plan*, ABA-CEELI, 1999

ANNEXE 1 – LISTE DES PERSONNES INTERVIEWEES

Roumanie : Entretiens menés en 2005-2006

Margarita Vassileva

Justice

1. BG, avocat (depuis 22 ans) au barreau de Bucarest
2. BA, avocat, barreau de Bucarest
3. Couple de jeunes avocats, barreau de Bucarest
4. Juge à la chambre arbitrage à la Chambre de d'Industrie et de Commerce (CIC) de Bucarest
5. CROHN Madeleine, juriste, directrice de ABA-CEELI, Bucarest
6. DA, avocat (depuis 11 ans au barreau de Bucarest)
7. Deux avocats d'une la Société de récupération de créances, Bucarest
8. LECLAIR Marie, conseillère technique française au ministère de la Justice roumain
9. MC, avocat, ancien fonctionnaire du ministère de la Justice
10. MA, avocat, barreau de Bucarest
11. NR, avocat, barreau de Bucarest
12. PARVU Ion, conseiller juridique à la CIC de Bucarest
13. PA, avocat, barreau de Bucarest
14. PR, avocat au barreau de Bucarest et professeur de droit à l'Université de Bucarest
15. SA, avocat au barreau de Bucarest
16. SI, avocat au barreau de Brasov ; professeur de droit à l'Université de Brasov
17. STEFAN Laura, responsable du service des relations internationales du ministère de la Justice
18. Juge de l'exécution, Bucarest
19. TI, avocat au barreau de Brasov

Affaires

20. AB, entreprise de création de vêtements, Brasov
21. BOIN Philippe, directeur de la mission économique, Ambassade de France
22. BA, CIC de Bucarest
23. CD, entreprise de luminaires, Bucarest
24. DC, entreprise de commerce de matériels médical, Bucarest
25. DIMITRACHE Bogdan, Agence nationale des PME, Bucarest

26. F, CIC de Brasov
27. GG, entreprise de commerce de matériel de réfrigération, Bucarest
28. HS, entreprise de création de vêtements, Brasov
29. HM, entreprise de commerce de matériel pour l'industrie, Brasov
30. OA, entreprise d'édition, Brasov
31. PP, CIC de Brasov
32. PC, restaurateur, Bucarest
33. PL, imprimerie, Brasov
34. TM, entreprise de sylviculture, Brasov

Banque et finance

35. AN, fonctionnaire au ministère des Finances
36. BA, entreprise de récupération de créances, Bucarest
37. CT, INGB, Bucarest
38. CS, INGB, Brasov
39. DV, bureau de change, Bucarest
40. GE, Eximbank, Bucarest
41. MACOVEI Vlad, journaliste responsable de la section économie-finance « Cotidianul », Bucarest
42. MR, BCR, Bucarest
43. NADALIN Gisèle, responsable de la coopération internationale, ministère des Finances
44. PC, Banque HVB, Bucarest
45. TB, fonctionnaire au ministère des Finances

Ramona Coman

46. BABOI STROE Adrian, Institut des politiques publiques (IPP), membre de l'Alliance pour une justice européenne en Roumanie
47. BEJINARU Florica, juge, membre du Conseil Supérieur de la magistrature
48. BOLCAS Lucian Augustin, Vice président de la Chambre des Députés, Parti de la Grande Roumanie
49. BOSTAN Dana, Ministère de la Justice, Directeur des Programmes PHARE
50. CRANGARIU Eugenia, avocat, membre de l'association APADOR-CH
51. CODESCU Ion, Directeur de la direction « intégration européenne », Ministère de la justice
52. DANILET Cristi, juge au Tribunal de Cluj, conseiller du ministre de la Justice, Secrétaire général l'Association des magistrats de Roumanie, membre de l'Alliance pour une justice européenne en Roumanie

53. DINESCU Valentin, Sénateur, Commission juridique, Parti de la Grande Roumanie
54. DOBRE Traian, député, Parti National Libéral
55. EKSTEIN Kovacs Péter, Président de la Commission juridique du Sénat
56. IORGULESCU Georgiana, Directeur exécutif du Centre des ressources juridiques, membre de l'Alliance pour une justice européenne en Roumanie
57. IORDACHE Florin, député PSD
58. LICU Bogdan, Procureur, membre du Conseil Supérieur de la Magistrature
59. LUPASCU Dan, juge, président du Tribunal du Bucarest, membre du CSM
60. PARVULESCU Cristian, directeur de l'Association Pro-Democratia
61. RAUT Emanuel, SAR, membre de l'Alliance pour une justice européenne en Roumanie
62. SANDOR Tamas, Député, Union démocratique des hongrois de Roumanie
63. STOICA Valeriu, ancien Ministre de la Justice (1996-2000), député et sénateur, avocat, membre de l'Union des Barreaux de Roumanie
64. TANASESCU Simona, Délégation de la Commission européenne à Bucarest
65. TOMA Mircea, l'Agence de monitoring de la Presse, Academia Catavencu, membre de l'Alliance pour une justice européenne en Roumanie
66. VRABIE Codru, TI-RO, membre de l'Alliance pour une justice européenne en Roumanie
67. WEBER Renate, présidente de la Fondation pour une société ouverte, membre de l'Alliance pour une justice européenne en Roumanie

Bulgarie : Entretiens menés en 2004-2006

Margarita Vassileva

Justice

1. ARABADJIEV Aleksandar, député, juge à la CSA, Sofia
2. Juge commercial, cour d'appel de Varna
3. BELOZELKOV Borislav, juge à la Cour suprême de cassation, Sofia
4. Expert, ministère de la Justice, Sofia
5. Notaire, Sofia
6. GOTSEV Vassil, avocat, juge à la Cour Constitutionnelle, ancien ministre de la Justice, Sofia
7. GUEORGUIEV Roumène, directeur du Service national d'instruction, Sofia
8. HM, avocat au barreau de Sofia
9. IL, avocat au barreau de Sofia

10. II, avocat, conseiller juridique, professeur de droit, Sofia
11. Juge de l'exécution, Sofia
12. KZ, avocat au barreau de Sofia
13. KV, avocat au barreau de Plovdiv
14. Juge au Tribunal regional de Sofia
15. KK, avocat d'affaire au barreau de Sofia
16. MM, avocat d'affaires au barreau de Sofia
17. MIKOV Vassil, procureur auprès de la Cour d'appel de Varna
18. Juge de l'exécution, Provadia
19. PD, huissier, Varna
20. SE, cabinet d'avocats d'affaires, Sofia
21. SS, avocat au barreau de Slivnitsa
22. STOILOV Yanaki, professeur de droit, député, Sofia
23. SY, syndic de faillites, Varna
24. TCHERVENYAKOV Mladen, avocat, ancien ministre de la Justice, Sofia
25. BOIADJIEV Grigorii, expert juridique de l'UFD, Sofia
26. ZS, avocat au barreau de Provadia

Affaires

27. BI, société privée de construction, Sofia
28. DI, petit commerce privé, Slivnitsa
29. DT, société commerciale d'importation de produits indiens, Plovdiv
30. G1, société commerciale, Plovdiv
31. G2, société commerciale, Plovdiv
32. ID, société privée d'édition, Sofia
33. KEREMEDTCHIEV Milen, vice-ministre de l'économie (gouvernement Simeon II), Sofia
34. LV, agence de voyage, filiale d'Aeroflot, Plovdiv
35. LK, boulangerie privée, Slivnitsa
36. MM, propriétaire et gérant de librairie, Slivnitsa
37. NN, société commerciale d'importation de produits chinois, Plovdiv
38. PE, restauration, Plovdiv
39. VV, société d'import-export avec la Russie, Plovdiv
40. VN, firme de textile, Haskovo
41. ZA, société de traduction spécialisée, Plovdiv

Banque et finance

42. DI, particulier, débitrice, Sofia
43. DD, ancien directeur d'UBB, filiale de Slivnitsa
44. HD, direction juridique de SG-Expressbank, Varna
45. IP, UBB, risque du crédit, Sofia
46. JILOV Krassimir, directeur de SG-Expressbank, Sofia
47. KH, employé d'une société d'analyse financière, Sofia
48. MJ, juriste dans une société d'analyse financière, Sofia
49. PAZARDJIEV Martin, journaliste spécialisé, hebdomadaire « Kapital », Sofia
50. RV, BulBank, Département des mauvais crédits, Plovdiv
51. STOEV Marin, directeur de la Banque centrale coopérative, Varna
52. TIMNEV Tihomir, BNB, département du contrôle bancaire, Sofia
53. VM, courtier en bourse, créancier, Sofia
54. VG, homme d'affaires, créancier, Sofia
55. VM, retraité, créancier, Sofia
56. VT, directeur d'une société de prêt sur gages, Sofia

Nadine Levratto

57. ALEXIEV Zhivko, banking consultant, BANNOCK Consulting
58. CHOBANOV Peter, Chief expert – Analysis division, Bulgarian National Bank
59. IGNATIEV Petar, Risk management department, United Bulgarian Bank
60. ILIEVA Cornelia, Senior expert, SME development division, Bulgarian SMEs Promotion Agency
61. KOSTOV Dimitar, Deputy Governor – Banking department, Bulgarian National Bank
62. MIHAYLOVA Stanislava, Team leader International lending programs SMEs, United Bulgarian Bank
63. MINTCHEVA Boriana, Head of Department, International cooperation and projects implementation, Bulgarian SMEs Promotion Agency
64. NENOVSKY Nikolai, Professor of economics, University of National and World economy, Sofia. Expert at the Bulgarian National Bank.
65. PEICHEVA Violetta, Head of Monetary and Banking Statistics division, Bulgarian National Bank
66. STATTEV Statty, Professor of economics, Vice rector, University of National and World Economy, Sofia

Thierry Delpuech

67. Conseiller financier de la banque BNP-Paris à Sofia

68. DELAHAYE Stéphane, directeur général d'Euro-RCSG Bulgarie (PME dans le secteur du marketing et de la publicité)
69. Chef d'une petite entreprise de logistique à Sofia
70. Chef d'une PME dans le secteur du bâtiment à Sofia
71. Chef d'un cabinet d'experts comptables à Sofia, professeur à l'IFAG (Institut francophone d'administration et de gestion)
72. Cadre dans la banque Société générale – Expressbank à Sofia
73. Responsable financier de Danone Bulgarie
74. Cadre commercial dans Schneider Electric Bulgarie
75. LAZAROVA KALINA et POPOV KATALIN, responsables d'un projet de l'USAID concernant la réforme du droit commercial
76. PO, avocat dans le plus gros cabinet d'avocats d'affaire à Sofia
77. PRIME LOIC, directeur adjoint de la banque BNP-Paris à Sofia
78. Responsable d'un projet PHARE dans le domaine de la formation des magistrats
79. Responsable du contentieux de Danone Bulgarie
80. Responsable du contentieux de la banque BNP-Parisbas à Sofia
81. Chef d'une PME dans le secteur du textile à Sofia
82. VV, avocat dans un gros cabinet d'avocats pénalistes à Sofia
83. YORDANOV Dragomir, directeur adjoint de l'Institut de la justice, Sofia

ANNEXE 2 – GUIDES D'ENTRETIENS

Questionnaire sur les activités des avocats/conseils juridiques

- 1- Pourriez-vous retracer l'histoire de votre cabinet : sa création, ses associés, les principales étapes de son développement, les types de prestations juridiques qu'il fournit et leur évolution, les caractéristiques de sa clientèle et son évolution, son personnel et sa spécialisation.
Quelles ont été et les principaux problèmes qu'il a fallu surmonter au cours du développement du cabinet, quelles solutions avez-vous trouvées ?
- 2- Quelles ont été, selon vous, les principales étapes de l'évolution du marché des services juridiques depuis 1989. Quelles sont les changements législatifs et réglementaires qui ont le plus affecté votre activité ? Quelles actions avez-vous entreprises pour améliorer le cadre juridique de votre activité (notamment avez-vous participé à des organisations de professionnels du droit) ? Pourriez-vous me parler de la place et du rôle de ces organisations ?
- 3- Pour quels types de services juridiques et de litiges les entreprises recourent-elles aux avocats/conseils juridiques ? Quelle a été l'évolution des rapports entre entreprises et avocats/conseils juridiques depuis 1989 ?
- 4- Quels types de litiges peuvent être efficacement résolus au moyen d'un procès ? Dans quels cas vaut-il mieux rechercher un règlement amiable ? Qu'en est-il du contentieux du crédit (entre entreprises, entre banques et entreprises, entre entreprises ou banques et particuliers, entre entreprises ou banques et administrations...) ? Comment les conciliations s'opèrent-elles ? (pourriez-vous me donner, de manière anonyme, des exemples concrets) Comment l'exécution de l'arbitrage est-elle garantie ?
- 5- La législation du crédit est-elle adaptée ? Quels sont les problèmes qui se posent ? Quelles améliorations ont été apportées au fil du temps ?
- 6- Que pensez-vous du fonctionnement des tribunaux, des procédures judiciaires, de la capacité des magistrats à la mettre en œuvre la législation du crédit ?
- 7- De quels outils concrets les parties disposent-elles pour faire exécuter les décisions des tribunaux ? Les solutions préconisées par le juge sont-elles effectivement mises en application ou sont-elles contournées ? Quelles sont les stratégies mises en œuvre pour échapper à la décision judiciaire, avec quel succès ? Quel usage est fait des voies de recours pour contester les jugements ?
- 8- Certains magistrats se spécialisent-ils dans le contentieux du crédit ? Jusqu'à quel point les juges connaissent-ils la réalité des pratiques économiques ? Ont-ils conscience de la portée économique, politique et sociale de leurs décisions ? Dans les faits, les magistrats parviennent-ils à assimiler et à appliquer les nouvelles lois ? Quelle est l'influence des avocats sur la décision du magistrat ? Quel est le degré de neutralité des magistrats (pressions extérieures, engagement politique) ?

Questionnaire sur les activités des banques

- 1- Pourriez-vous retracer l'histoire de votre banque : sa création, ses actionnaires, les principales étapes de son développement, les types de services qu'elle fournit et leur évolution, les caractéristiques de sa clientèle et son évolution, son personnel. Quelles ont été et les principaux problèmes qu'il a fallu surmonter au cours du développement de la banque, quelles solutions avez-vous trouvées ?
- 2- Quelles ont été, selon vous, les principales étapes de l'évolution du marché bancaire en Bulgarie depuis 1989. Quelles sont les changements législatifs et réglementaires qui ont le plus affecté votre activité ? Quelles actions avez-vous entreprises pour améliorer le cadre juridique de l'activité bancaire (notamment avez-vous participé à des organisations de professionnels de la banque) ? Pourriez-vous me parler des associations de banquiers ?
- 3- Pourriez-vous me parler de la place des juristes à l'intérieur de votre banque ? Y a-t-il des juristes parmi les dirigeants ? Dans quelles divisions de votre organisation trouve-t-on des juristes ? Quelles sont leurs missions ? Quelles tâches confiez-vous à des juristes extérieurs à votre banque : consultants, avocats ? Avez-vous toujours été satisfaits des services rendus par ces juristes ? Quels problèmes se sont posés ?
- 4- La négociation des contrats de prêt : Tous les prêts sont-ils constatés par un écrit ? Quelles sont les caractéristiques des documents contractuels utilisés ? Quels points du contrat sont sujets à négociation ? Quelles formalités usuelles précèdent la conclusion d'un contrat ? Dans quelle mesure les pratiques contractuelles sont-elles encadrées par des instruments informatiques, des procédés de gestion, des règlements internes, des contrats-type, des formulaires normalisés ? Quels sont les risques dont le créancier essaie de se prémunir ? Par quels moyens ? Quelles sanctions sont prévues à l'encontre du débiteur lorsqu'il manque à ses obligations ? Le refus ou l'impossibilité de respecter le contre de crédit est-il courant ?
- 5- Quelles sont les garanties demandées au débiteur ? Quelles sont les contraintes et les incertitudes qui pèsent sur les banquiers quant à ces garanties (état des registres de titres de propriété, droit des hypothèques, difficulté d'évaluer la valeur présente et future du bien gagé...) ? Les banques restent-elles seules porteuses du risque de défaillance ou ont-elles la possibilité juridique de faire jouer des garanties externes (droit des cautions) ? Peuvent-elles faire couvrir les aléas par des sociétés d'assurance ? Ont-elles la possibilité d'obtenir le refinancement de leurs créances par le banquier principal ? En fonction de quels critères les banques trient-elles la qualité des emprunteurs ?
- 6- Quand l'un de vos débiteurs ne peut pas ou ne veut pas vous rembourser, comment procédez-vous (selon le type de client) ? Dans quelles conditions décidez-vous de saisir les tribunaux ? Avez-vous recours à d'autres formes d'arbitrages, de conciliations, d'accords amiables ?
- 7- Que pensez-vous de la manière dont les juges tranchent les litiges entre créanciers et débiteurs ? Font-ils une application convenable de la législation ? Connaissent-ils suffisamment la réalité de l'activité bancaire pour prendre de bonnes décisions ? Y a-t-il des problèmes au niveau de l'exécution des jugements ?

Questionnaire sur les activités des firmes

- 1- Pourriez-vous retracer l'histoire de votre entreprise : sa création, ses actionnaires, les principales étapes de son développement, les types de biens ou/et de services qu'elle produit et leur évolution, les caractéristiques de sa clientèle et son évolution, ses partenaires industriels, commerciaux et financiers, son personnel.
Quelles ont été et les principaux problèmes qu'il a fallu surmonter au cours du développement de la banque, quelles solutions avez-vous trouvées ?
- 2- Quelles ont été, selon vous, les principales étapes de l'évolution de votre marché en Bulgarie depuis 1989. Quelles sont les changements législatifs et réglementaires qui ont le plus affecté votre activité ? Quelles actions avez-vous entreprises pour améliorer le cadre juridique de votre activité (notamment avez-vous participé à des organisations de professionnels dans votre secteur) ? Pourriez-vous me parler de la place et du rôle de ces organisations ?
- 3- Pourriez-vous me parler de la place des juristes à l'intérieur de votre entreprise ? Y a-t-il des juristes parmi les dirigeants ? Dans quelles divisions de votre organisation trouve-t-on des juristes ? Quelles sont leurs missions ? Quelles tâches confiez-vous à des juristes extérieurs à votre entreprises : consultants, avocats ? Avez-vous toujours été satisfaits des services rendus par ces juristes ? Quels problèmes se sont posés ?
- 4- Quand votre entreprise a besoin de plus d'argent qu'elle n'en a en réserve, comment faites-vous ? Quand vous souhaitez faire un investissement important, comment vous y prenez vous ? Pourriez-vous me raconter quelques cas représentatifs (de manière anonyme) ? Pouvez-vous me parler de vos relations avec les banques ?
- 5- Si une personne qui vous doit de l'argent ne peut pas ou ne veut pas vous rembourser, comment procédez vous ? A qui faites-vous appel ?
- 6- Vous est-il arrivé de faire un procès ? Pouvez-vous me raconter comment cela s'est passé ? Quelle est votre opinion de la justice bulgare ? Avez-vous eu recours à d'autres formes d'arbitrages, de conciliations, d'accords amiables ?

ANNEXE 3 – LISTE DES DOCUMENTS EN BULGARE

БЕНЧМАРК, Финансовият сектор в България [Le secteur financier en Bulgarie], 8 с.; София: БМ, ноември 2003.

БОБАТИНОВ Марио, Договорът за банков кредит [Le contrat de crédit bancaire], 304 с.; София: Труд и право, 2003.

ВЕСТЕНБЕРГ Ханс, ВИЪРС Мариета, Подобряване на системата за подбор, назначаване и атестация на магистрати [Amélioration du système de sélection, nomination et attestation des magistrats], 12 с.; София: Делегация на ЕС, 1.02.2005.

ВИТОША РИСЪРЧ, Бизнес и регулативни режими : Проблеми за бизнеса, произтичащи от прилаганите регулативни режими (Анализ на резултатите от социологическо изследване на бизнеса в България) [Entrepreneuriat et régimes de régulation : problèmes dans le monde des affaires, analyse de recherche sociologique], 96 с.; София: ВР, юни 2004.

ДОБЧЕВ Петко, Българската адвокатура 1878-2000 [Le barreau en Bulgarie 1878-2000], 631 с.; София: Сиби, 2003.

ДОБЧЕВ Петко, Българската адвокатура, нормативни актове 1878-2000 [Le barreau bulgare, actes normatifs 1878-2000], 368 с.; София: Сиби, 2003.

ЗАГОРСКИ Светослав, “Как да спестим лихви”, 168 часа, 27 май-2 юни 2005.

ИГНАТИЕВ Петър, Банковата криза в България [La crise bancaire en Bulgarie], 158 с.; София: Сиела, 2005.

КАЛАЙДЖИЕВ Ангел, Облигационно право [Le droit des obligations], 644 с.; София: Сиби, 2002.

КАЛАЙДЖИЕВА Здравка, ЕКИМДЖИЕВ Михаил, Водене на стратегически дела и дела в обществен интерес в България [Le déroulement de procès stratégiques et de procès d'intérêt général en Bulgarie], 96 с.; София: Фондация Български адвокати за правата на човека, 2005.

КЛАРК Робърт, Анализ на пропуските и потребностите : съдебни служители [Analyse des besoins et des lacunes chez les fonctionnaires de la justice], 6 с.; София: Делегация на ЕС, 1.02.2005.

КЛАРК Робърт, БИЙН Алън, Оценка на нуждите от обучение на съдебните служители в България [Evaluation des besoins de formation pour les fonctionnaires de la justice en Bulgarie], 18 с.; София: Делегация на ЕС, 1.02.2005.

КЛАРК Робърт, Стратегия за обучение на съдебни служители [Stratégie de formation des professionnels de la justice], 19 с.; София: Делегация на ЕС, 1.02.2005.

МАНДАДЖИЕВА Жюлиета и др., Регистрационен документ за първично публично предлагане на акции на акционерно дружество със специална инвестиционна цел секюризация на недвижими имоти [Enregistrement de la première mise en vente d'actions ayant pour objectif d'investissement la sécurisation des biens fonciers], 165 с.; София: БМ, август 2004.

ПЕЙДЖ Алън, БЕЙКЪР Джон, Оценка на нуждите от обучение на магистрати в България [Evaluation des besoins de formation des magistrats en Bulgarie], 28 с.; София: Делегация на ЕС, 1.02.2005.

ПЕЙДЖ Алън, БЕЙКЪР Джон, Стратегия за обучение на магистрати [Stratégie de formation des magistrats], 38 с.; София: Делегация на ЕС, 1.02.2005.

ТОДОРОВА Антоанета, съст., Закон за задълженията и договорите [Loi sur les obligations et les contrats], 56 с.; София: Виа, 2005.

ЦЕНТЪР ЗА ИЗСЛЕДВАНЕ НА ДЕМОКРАЦИЯТА, Публична дискусия по проектозакона за промени в закона за съдебната власт [Débat public concernant le projet de loi sur la justice], 21 с.; София: ЦИД, 31 януари 2002.

ШАРЕТ дьо Патрис, СТЕЙНДЕЙК Елизабет, Анализ на пропуските и потребностите [Système judiciaire : analyse des faiblesses et des besoins], 11 с.; София: Делегация на ЕС, 1.02.2005.

Table des matières

Introduction générale - synthèse.....	2
PARTIE 1	13
La coopération internationale dans les domaines du droit et de la justice au prisme du courant de recherche « droit et développement » Bilan et controverses des travaux sociologiques consacrés aux mouvements contemporains d'import-export de réformes juridiques et judiciaires.....	13
Introduction.....	13
Section 1 - Histoire des réflexions sur l'aide au développement par le transfert d'institutions judiciaires et juridiques	16
1.1 – Le mouvement droit et développement	16
1.1.1 – Un héritage colonial peu favorable à la diffusion des principes et des institutions américaines.....	17
1.1.2 – Law and development studies et théorie de la modernisation	19
1.1.3 – L'idéologie juriste-libérale des « missionnaires du droit » étasuniens	21
1.2 – Le rejet des approches inspirées de la théorie du développement.....	23
1.2.1 – L'ATJ vue comme une forme inefficace de néo-impérialisme.....	23
1.2.2 – Le MDD passé au crible de la théorie de la dépendance	25
1.2.3 – Les tentatives récentes de réhabilitation du MDD	29
1.3 – Le mouvement de promotion de la <i>rule of law</i>	30
1.3.1 – Le désintérêt pour les réformes du système juridique durant les années quatre-vingt.....	30
1.3.2 – La nouvelle vague de coopération juridique et judiciaire des années quatre-vingt-dix	31
1.3.3 – La « deuxième génération » de prescriptions globales : un discours réformiste à visage humain	34
Section 2 - Une sociologie critique des transferts internationaux d'institutions juridiques.....	35
2.1 – La controverse actuelle sur les relations entre droit et développement : la critique sociologique de l'économisme du MRL	36
2.1.1 – Le juridisme néolibéral du MRL : une pensée dérivée des Law and economics studies	36
2.1.2 – La Banque mondiale, acteur clé de la définition d'une nouvelle orthodoxie de la <i>rule of law</i>	37
2.1.3 – Contre les théories économistes, la réaffirmation, par les Law and development studies, du caractère intrinsèquement politique du droit.....	40
2.2 - Les interprétations sociologiques de l'inefficacité de l'assistance technique	43
2.2.1 – L'ATJ fourvoyée par une vision technocratique des relations entre droit et développement	44
2.2.2 – Les effets négatifs de l'ATJ sur les sociétés récipiendaires.....	47
2.2.3 – L'ATJ handicapée par des modes de réflexion et d'intervention inadéquats	49
2.2.4 – Les réponses de l'ATJ aux critiques : conditionnalité, évaluation et mobilisation de soutiens locaux.....	52
Conclusion – Apports et paradoxes des Law and development studies :.....	54
Bibliographie	56

PARTIE 2	63
Les pratiques de contractualisation et de résolution des conflits en matière de crédit comme révélateur de la place du droit dans le changement des activités économiques en Bulgarie	63
Introduction.....	63
Section 1 - La controverse autour de la place – marginale ou significative – du système juridique dans la régulation des économies en transition	65
1.1 - La thèse de la faillite de la légalité en Europe orientale et dans l'ex-URSS	65
1.1.1 - La délégitimation du droit sous le régime communiste.....	66
1.1.2 - La persistance du mépris de la légalité en dépit de la démocratisation	68
1.1.3 - Les causes d'ineffectivité des institutions juridiques et judiciaires.....	69
1.2. - La thèse selon laquelle le droit et la justice « comptent » dans les sociétés du post-communisme	72
1.2.1 - Les facteurs endogènes entraînant la juridicisation des pratiques dans les entreprises	73
1.2.2 - La capacité des firmes à mobiliser l'expertise juridique	75
1.2.3 - Les processus de juridicisation des pratiques liés aux changements dans l'environnement de l'entreprise	77
Section 2 – Le système bancaire en Bulgarie	78
2.1 - Organisation du système bancaire	79
2.1.1 – La Banque Nationale de la Bulgarie (BNB)	79
2.1.2 – Les banques commerciales	89
2.1.3 – Les banques étrangères.....	92
2.2 – Gouvernance et performances du système bancaire.....	93
2.2.1 – Propriété privée sur le marché du crédit bancaire.....	93
2.2.2 – Privatisation et performances bancaires en Bulgarie	96
2.2.3 – Les leçons de la crise où l'instauration de mécanismes externes de contrôle	99
Section 2 - La place du droit dans les pratiques de crédit en Bulgarie	104
2.1 – Les modes de contractualisation des échanges commerciaux et financiers	104
2.1.1 - Le débat scientifique sur l'importance du droit dans la régulation des échanges financiers et commerciaux.....	104
2.1.2 - Types de contractualisation et de stratégies de résolution des conflits.....	104
2.1.3 - L'évolution du crédit bancaire en Bulgarie	108
2.1.4 - Les formes non bancaires de prêt.....	116
2.2 - Quels effets de la qualité du droit commercial et de sa mise en œuvre sur la normalisation des pratiques en matière de crédit.....	119
2.2.1 - Les réformes du droit commercial.....	119
2.2.2 - Le droit du crédit.....	120
2.2.3 - Le fonctionnement de la justice commerciale	126
2.2.4 - L'exécution des décisions de justice	135
2.2.5 - Les modes alternatifs à la justice de résolution des litiges commerciaux	141
2.2.6 - L'aide juridique.....	142

PARTIE 3.....	144
LA PORTEE LIMITEE DES REFORMES JUDICIAIRES EN BULGARIE ET ROUMANIE.....	144
Introduction.....	144
Section 1 – Les réformes du système judiciaire bulgare.....	147
1.1 - Les transformations des institutions judiciaires après 1989.....	147
1.1.1 - La sortie du régime communiste, 1991-1997.....	147
1.1.2 - L'accélération des réformes dans le contexte du processus d'adhésion à l'UE, 1998-2006 ...	158
1.1.3 - Considérations générales sur la sociologie du système judiciaire et de ses réformes	163
1.2 - Les influences étrangères et la coopération internationale.....	177
1.2.1- Les objectifs de la coopération américaine	177
1.2.2 - Les stratégies de la coopération américaine	183
1.2.3 - La capacité des Américains à imposer leur vision des réformes	189
1.2.4 - Limites et effets pervers de l'influence américaine.....	190
1.3 - Les mutations des professions juridiques.....	194
1.3.1 - L'enseignement du droit.....	194
1.3.2 – Les magistrats.....	196
1.3.3 – Les avocats	215
1.3.4 - Les notaires	222
1.3.5 - Autres professions.....	224
Section 2 – Les réformes du système judiciaire roumain.....	225
2.1 – Les transformations du design institutionnel de la justice en Roumanie.....	225
2.1.1 – L'immobilisme de la justice après la sortie du régime communiste.....	225
2.1.2 – Le processus d'adhésion, catalyseur des réformes judiciaires.....	227
2.2 – Organisation et fonctionnement du système judiciaire	230
2.2.1 – Le Conseil supérieur de la magistrature (CSM)	230
2.2.2 – Le ministère de la Justice.....	232
2.2.3 – Les juridictions	234
2.3 – Les mutations des professions judiciaires.....	238
2.3.1 – La magistrature.....	238
2.3.2 – Les avocats	244
Bibliographie générale	245
Annexe 1 – Liste des personnes interviewées.....	253
Roumanie : Entretiens menés en 2005-2006.....	253
Margarita Vassileva.....	253
Ramona Coman	254
Bulgarie : Entretiens menés en 2004-2006.....	255
Margarita Vassileva.....	255
Nadine Levratto.....	257
Thierry Delpuech.....	257
Annexe 2 – Guides d'entretiens.....	259
Questionnaire sur les activités des avocats/conseils juridiques.....	259
Questionnaire sur les activités des banques.....	260
Questionnaire sur les activités des firmes	261
Annexe 3 – Liste des documents en bulgare	262

RESUME

La recherche ici présentée traite de la façon dont la fabrication et la mise en application du droit dans deux pays post-communistes en voie d'intégration à l'Union européenne – la Bulgarie et la Roumanie - peuvent aboutir, ou ne pas aboutir, à l'établissement de l'autorité des nouveaux cadres juridiques et institutionnels, ainsi qu'au développement de normes, valeurs et pratiques sociales jugées indispensables à la compétitivité économique dans le contexte de l'intégration européenne et de la globalisation. L'on s'interroge notamment sur la manière dont les mécanismes informels de maintien des règles s'articulent avec les institutions juridiques et judiciaires, ainsi que sur les canaux et les modalités par lesquels s'exerce l'apprentissage de concepts et de techniques juridiques couramment employés dans le monde des affaires aux échelles européenne et internationale. La recherche se focalise sur les problèmes et les conflits liés au prêt d'argent pour examiner les multiples voies de leur résolution.

La première partie du rapport esquisse un panorama des réflexions et des débats qui ont été menés, depuis les années soixante, dans un courant particulier de la sociologie du droit anglo-saxonne : les *Law and development studies*. Cette école de pensée est étroitement liée aux pratiques contemporaines d'import-export de réformes juridiques et judiciaires orchestrées par les pays du centre dans le cadre de leurs politiques d'aide au pays en développement ou en transition. Elle s'interroge sur la capacité du droit à susciter et à canaliser des processus de modernisation dans les sociétés périphériques, sur les conceptions et les modes d'intervention des conseillers juridiques étrangers (souvent décrits comme technocratiques, mécanistes, positivistes), ainsi que sur la pertinence, les conditions d'efficacité et les effets négatifs des activités d'assistance technique juridique.

La deuxième partie met en évidence l'existence d'un processus de formalisation et de juridicisation des pratiques de crédit en Bulgarie qui ne doit rien aux réformes de la justice. Le ressort principal du recul des mécanismes informels de régulation des relations entre créanciers et débiteurs n'est pas l'amélioration de la capacité de l'Etat à sanctionner l'inexécution des contrats, mais la rationalisation, la technicisation et la dépersonnalisation de la manière dont les banques bulgares – dorénavant étroitement contrôlées par la banque centrale et par leurs actionnaires occidentaux – gèrent leurs relations avec les emprunteurs. Les principales interprétations sociologiques du rôle du droit dans le changement des économies en transition sont présentées et discutées dans cette partie.

La troisième partie est consacrée à l'élaboration, à la mise en oeuvre et aux résultats des réformes juridiques et judiciaires, notamment dans le domaine commercial, qui se sont succédées, depuis 1989 dans les pays étudiés. Ces réformes visent en partie à répondre à des inquiétudes et des pressions émanant de l'environnement international de la Bulgarie et de la Roumanie (les acteurs internationaux qui, tels les Etats-Unis, l'UE ou la Banque Mondiale, oeuvrent à la diffusion de standards et de "bonnes pratiques" jouent, à cet égard, un rôle essentiel). Les contraintes internationales fortes qui pèsent sur les acteurs locaux - eux-mêmes divisés - conduisent ceux-ci à rechercher des compromis entre l'adhésion partielle à ces prescriptions étrangères - elles-mêmes hétérogènes et changeantes - et la préservation de tout un ensemble de caractéristiques du système judiciaire allant à l'encontre de ces prescriptions, en particulier le maintien d'un niveau élevé de politisation de l'appareil judiciaire et la conservation par les chefs de juridiction de leurs pouvoirs très étendus permettant la gestion patrimonialiste et clientéliste des ressorts. Cette partie examine les transformations des cadres institutionnels, organisationnels et professionnels de la justice civile et explique les conflits et les résistances suscités par les réformes.