

Le rôle de la justice dans le développement économique¹

Par *Stanislas MAKOROKA*²

Introduction

La soif de la jouissance des ressources naturelles par les populations évoque d'emblée, dans un pays qui sort de guerre civile, comme le Burundi, la problématique de la jouissance du dividende de la paix retrouvée comme certains aiment l'évoquer. Mais cela est également un défi pour tous les peuples qui aspirent encore au développement. Il s'agit d'un droit pour chaque peuple, africain à coup sûr.

"Les peuples ont la libre disposition de leurs richesses et de leurs ressources naturelles. Ce droit s'exerce dans l'intérêt exclusif des populations. En aucun cas, un peuple ne peut en être privé. En cas de spoliation, le peuple spolié a droit à la légitime récupération de ses biens ainsi qu'à une indemnisation adéquate", énonce la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, en son article 21, al.1 et 2³.

Il s'agit d'un principe directeur et d'une norme impérative dans la gestion des richesses économiques d'un État et des communautés, une règle qui s'impose à toutes les institutions étatiques bien évidemment, mais aussi à chaque opérateur économique agissant seul ou en groupe.

"Disposer des richesses, dans l'intérêt exclusif des populations"! Cela suppose sans nul doute la création d'un ordre politique et socio-économique de liberté et d'égalité, l'instauration d'un système de gouvernement fondé sur des valeurs de démocratie, de bonne gouvernance, de justice, de protection et de respect des droits fondamentaux individuels comme collectifs, en un mot un État de droit.

En rapport avec l'activité économique précisément, le Code de commerce du Burundi, par exemple, énonce après la constitution, le principe de la liberté de commerce et d'entreprise. Ce principe vaut à l'égard de toute personne habilitée par la loi et pour les activités non prohibées par elle.

Si on retient que la loi se trouve être la mesure de tout comportement humain, cela veut dire aussi que dans le jeu de leurs rapports, les acteurs économiques et leurs partenaires doivent trouver dans la loi et la légalité les balises et les modalités de leurs actions et comportement.

1 Cet article fait suite à une communication faite à Dar es Salaam, le 27 octobre 2014, lors de la 3ème Conférence Régionale sur le "*Cadre juridique pour une exploitation et utilisation des ressources naturelles du sous-sol au profit de la population*" organisée par la Fondation KAS et TGCL, à Dar es Salaam, Tanzanie.

2 Professeur à l'Université du Burundi, Arbitre du CEBAC.

3 *Sélection de documents-clé de l'Union Africaine relatifs aux droits de l'homme*, Pretoria University Law Press, PULP, 2006, p.25.

La loi est sans doute garante de la sécurité juridique. Mais bien au-delà, le monde économique est souvent confronté à des défis dont la réponse se mesure à l'opportunité des intérêts à préserver, les droits individuels de l'entrepreneur sinon de l'entreprise, les intérêts catégoriels des divers partenaires à l'intérieur comme à l'extérieur de l'entreprise, les équilibres sociaux et la jouissance par l'ensemble de la population des richesses créées. Il faut trouver un équilibre satisfaisant entre la légalité et l'opportunité de l'action, en matière économique.

La part du juge dans la régulation de ces rapports est incontournable dans la société. Le juge conjure la violence dans les rapports sociaux; il assure le respect et la protection des droits individuels; il imprime la stabilité des relations patrimoniales mais aussi économiques entre les divers acteurs.

Lorsque le juge est appelé, dans un procès ordinaire, à décider des droits des particuliers et à indiquer comment les rapports de toutes catégories, civils et même d'atteinte à l'ordre social sont affectés par la loi ou l'action des pouvoirs publics, ou, dans un procès de droit public, à départager les institutions sur leurs compétences respectives et en déduire les conséquences de leurs actes notamment sur les droits des usagers, il procède uniquement à une lecture intelligente du dispositif légal et se prononce sur les conséquences rationnelles du non-respect de la loi. Les faits, distingués du droit, sont suggérés par les parties litigantes.

Il convient, en revanche, de souligner que, pour leur part, les conflits d'ordre économique ne sont pas réductibles aux simples mésententes d'ordre patrimonial situées à la seule échelle individuelle. Les intérêts en jeu sont souvent collectifs et d'ordre sociétaire; ils mettent en jeu des partenaires à l'action économique comme titulaire du capital et des moyens de production, de la force de travail ou comme consommateurs, destinataires des produits et des services ou encore mettent en conflit les pouvoirs publics, supposés protéger l'intérêt général, et les pouvoirs privé de l'économie. La mission du juge dans un tel contexte mérite d'être repensée.

Suivant l'éminent professeur Claude Champaud, "le système économique attend du système judiciaire, l'insertion d'une analyse véritablement systémique dans certains dossiers, lorsque l'impact du jugement constitue une vague sur l'ensemble d'un secteur ou d'un marché ou d'une activité"⁴. Il ajoute: "confronté à une telle situation, le pouvoir judiciaire est appelé à jouer un rôle essentiel d'intermédiation entre un système législatif qui doit assurer un minimum de stabilité dans les rapports sociaux et un ensemble de comportements privés et publics guidés par un opportunisme économique de court terme"⁵.

La présente communication voudrait vérifier ce comportement du juge qui s'impose de plus en plus dans le règlement des litiges d'ordre économique dans les économies dites de marché, très attentives à la liberté de commerce et d'industrie et à la loyale concurrence.

4 Cl. CHAMPAUD, L'idée d'une magistrature économique, Bilan de deux décennies, *Revue "Justices"*, n° 1, Dalloz 1994, p.1.

5 Voir, *ibidem*.

La problématique du juge économique est déjà vieille en France⁶ et en Belgique⁷. Elle a contribué à une autre lecture des rapports socio-économiques dans les moments de crise du libéralisme économique et à la modification des rapports entre les pouvoirs publics et privés de l'économie. Sans renier en matière économique le jeu du libre marché et de la concurrence, des impératifs de rééquilibrage des rapports exacerbés par la spéculation et le jeu des intérêts égoïstes ont permis au juge, au prix d'une remise en cause de son rôle sociétal, d'offrir à l'ensemble des partenaires économiques la sécurité juridique et la protection des intérêts catégoriels bien compris et ainsi préserver l'essentiel d'un système économique de compétition, qui assure le développement⁸.

La question revêt une dimension existentielle lorsque l'exploitation des ressources naturelles se présente comme l'amorce du développement, pour que, spécifiquement, les populations tirent de l'exploitation le maximum des bénéfices.

En dépit des situations conflictuelles développées à l'occasion de l'exploitation des richesses économiques, la solution du bon juge, conscient et avisé, permet le retour à la stabilité sociale; elle offre à chaque membre de la communauté la participation à la richesse créée; elle est un facteur de sécurité pour les investissements. Ce dont tout le monde, y compris les populations, peut tirer profit.

Après avoir constaté le lien nécessaire entre la règle juridique et le système économique (A), la communication se focalise sur quelques nouveaux concepts et normes juridiques introduits (B) à la faveur de mutations intervenues dans le système économique, en l'occurrence, la transformation des modes de production et de la consommation des richesses. Dans le prolongement, elle pose la question de savoir si cette transformation entraîne ou non une modification du rôle du juge chargé d'arbitrer les conflits individuels ou collectifs et éventuellement une caractérisation spécifique de son intervention (C). Ce sera la première partie qui, intitulée "la règle de droit et le juge économique"(I), cherche à comprendre quelle devrait être l'attitude du juge face à la règle du litige.

Dans la seconde partie portant sur " la contribution de la justice économique au développement"(II), les concepts et normes épinglés seront mis en regard du fonctionnement du pouvoir judiciaire dans le règlement des conflits intervenus en matière de gestion des ressources naturelles dans les pays du champ d'analyse (A). Des leçons seront tirées en matière de vécu de l'état de droit et particulièrement de la gouvernance économique dans les pays

6 Colloque "Droit et commerce" sur "Les entreprises en difficultés" Houdan 1er et 2 mai 1976, Actes in n° spéc. *Rev. franc. de comptabilité*, n° 64, août-sept. 1976; "La situation des entreprises en difficulté, problème de droit économique perturbant le droit privé", rapport introductif par Cl. CHAMPAUD, p. 373; R. CONTIN, Les données et les critères du choix entre les différents types d'intervention, p. 416.

7 A. JACQUEMIN et B. REMICHE, "Le pouvoir judiciaire entre l'opportunité et la légalité" in *Les magistratures économiques et la crise*, Coll. CRISP, Trav. publiés sous la direction de A. JACQUEMIN et B. REMICHE Publ. CRISP, Bruxelles, 1984 *op. cit.*, p. 11 et s.

8 Voir, R. HENRION, Exposé de synthèse, in *Actes du colloque sur la magistrature économique*, sous la direction de A. JACQUEMIN et G. SCHRANS, Bruylant et Oyez, 1976, p. 13.

du champ (B) avant d'envisager quelques pistes (C) sur lesquelles pourrait cheminer le juge pour contribuer au développement économique de son pays.

A. La règle de droit et le juge économique

I. Du lien entre le système économique et la règle de droit

La reconnaissance du lien de la règle de droit avec le système économique semble une évidence, même pour le juriste classique qui dans sa compréhension de la norme se limite au comportement de l'homme en société et modèle sa conduite en vue de l'harmonie sociale. Certes, le droit se fonde sur des valeurs humaines et sociales éprouvées; cependant, les règles qu'il édicte ne trouvent souvent leur épanouissement que sous la contrainte sociale et si besoin l'intervention du juge.

En matière économique, les principes de liberté, d'autonomie de la volonté et de consensualisme comme armature du comportement humain dans la production et l'échange des biens, généreront un certain système économique et ses propres règles de fonctionnement. En corollaire, la règle de droit est bien appréhendée si elle fait l'objet d'une lecture qui met en évidence son lien avec le système économique ambiant.

Il est vrai que lorsque la règle de droit, comme à son habitude, fixe les contours de ce qui est permis et de ce qui est interdit, elle détermine le comportement et l'agir humain et aussi, dans le domaine économique, les modalités de l'action. L'acteur économique se détermine ensuite par rapport à ce qui est autorisé par la règle de droit. Mais, bien au-delà, on peut soutenir que si la règle de droit incarne une certaine conception de rapports sociaux, elle génère ou épouse un système économique donné⁹.

Ainsi l'autonomie de la volonté ne joue qu'un rôle strictement limité dans un régime d'économie planifié, où le contrat intervient avant tout comme un moyen, pour les organisations socialistes, d'accomplir les tâches découlant du plan alors qu'elle est un principe de base du jeu de l'économie de marché et de la concurrence. En revanche, la modification du système économique passe par l'altération de la règle de droit pour consolider ses assises. Puisque la règle de droit traduit une certaine approche de rapports sociaux, elle affecte nécessairement l'attitude de l'agent économique¹⁰.

Au demeurant est-il besoin de signaler que certaines règles juridiques se rattachent à l'activité économique en désignant l'opérateur économique comme sujet de droit, titulaire de droits et d'obligations en tant que commerçant, entreprise privée ou publique, entité territoriale ou étatique; elles comportent par essence une dimension économique. Il sied cependant de préciser la compréhension du juriste de ces rapports dans la mise en œuvre de la

9 G.FARJAT *Pour un droit économique* PUF, 2004, 201p.; M.-A. FRISON-ROCHE ET S. BONFILS, *Les grandes questions du droit économique*, PUF, coll. Quadrige, 2005, 448 p.

10 Voir B. FRYDMAN, "Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes" in *Le droit dans l'action économique*, publié sous la direction de Thierry KIRAT et de Evelyne SERVERIN, Paris, CNRS éditions, 2000.

règle de droit et de la recherche de l'équilibre social et de la jouissance par l'ensemble de la communauté des richesses produites.

II. Mutations économiques et nouveaux concepts juridiques

Souvent, avec sa culture légaliste, le juriste se contente volontiers, dans la recherche du contenu de la règle de droit, de démêler les constructions rationnelles de la norme telle qu'énoncée par le législateur, sans faire rapport à d'autres normes qui, puisées dans les sciences humaines et sociales de base notamment la sociologie, la politique, la culture et l'économie, participent à la construction de la société¹¹. Ce faisant, il crée une sorte d'étalement entre la règle juridique et ses véritables fondements. Il n'est pas gêné de raisonner en vase clos, à la recherche d'une dynamique propre de la science juridique.

Certes, le futur juriste est bien sensibilisé à l'intersection de la loi et de la morale, de la religion et de la philosophie mais c'est pour mieux indiquer la spécificité de la règle de droit. La réalité juridique serait construite suivant un schéma distingué de celui des autres sciences sociales. A peine, évalue-t-il ses résultats à l'aune de l'efficacité et de l'efficience de la construction de la société. Le rapport droit-société est occulté et rarement, on procède à l'analyse sociale, politique ou économique de la règle de droit.

Pourtant, pour le bon praticien, la confrontation de la règle avec la réalité sociale ou économique est une démarche permanente et il se trouve en difficulté lorsque sa loi est en déphasage avec les autres schémas de construction sociale, tellement la règle n'a pas de sens, si elle ne participe pas pleinement à la régulation sociale. Mais, en droit plus qu'en d'autres sciences sociales, les changements de société prennent du temps à s'imposer¹². La résistance pour mieux asseoir la sécurité; ce qui est illusoire!

On épingle souvent en droit privé, du moins dans le système romano germanique, la difficulté de l'adoption du concept de "l'entreprise" en complément de celui de "société"¹³, comme réalité d'organisation de l'activité économique, de la notion "d'intérêt social"¹⁴ à mettre en œuvre indépendamment de l'intérêt de l'associé, de la nécessité de la séparation de l'entreprise et de l'homme-dirigeant en cas de difficultés de l'entreprise¹⁵, du concept de

11 T. KIRAT et E. SERVERIN, Introduction. Dialogue entre droit et économie à propos des relations entre les règles juridiques et l'action, in *Le droit dans l'action économique*, Paris CNRS Éditions, 2000, pp.5 et s.

12 T. KIRAT, L. VIDAL, Le droit et l'économie: étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauche de perspectives renouvelées in *Annales de l'Institut André TUNC*, Paris I, 2005.

13 R. HOUIN, "Permanence de l'entreprise à travers la faillite", *Liber amicorum Baron Louis FREDERICQ, t.II*, éd. Gent, Story scientia, 1966, p.609-618.

14 R. CONTIN, "L'arrêt Fruehauf et l'évolution du droit des sociétés", *D.* 1968, chr. p. 45; J. SCHAPIRA, "L'intérêt social et le fonctionnement de la société anonyme", *Rev. trim. dr. com.*, 1971, n° 4.

15 *Aspects économiques de la faillite et du règlement judiciaire*, (étude des mécanismes), Rapport de l'inspection générale des finances, Paris, Sirey, 1970.

prévention des difficultés de l'entreprise, de sauvegarde de l'exploitation¹⁶, de gouvernance sociale, de responsabilité de l'entreprise, etc.

Il importe de relever que pour trouver sa place en société et assumer son véritable rôle, le juriste doit s'interroger sur la capacité de la loi à gérer opportunément la société. Le droit doit se mettre au service des autres sciences sociales pour réguler les comportements humains et les rapports sociaux, en vue d'une bonne organisation de la société.

Plus loin, on peut se demander s'il ne peut pas, dans certaines circonstances et moyennant une solide motivation, acquérir une sorte d'autonomie par rapport à la loi. Bien évidemment la loi est toujours la base de son raisonnement; mais peut-il s'autoriser une libre critique pour ne pas voir "dans un texte de loi une règle de droit parce que ce texte est la loi"¹⁷?

Cette attitude semble acceptable pour la doctrine mais plus difficile à avaliser en ce qui concerne le juge qui est juge des faits et non de la loi. En réalité, dans certains domaines, par la force des choses, actuellement envahis par le législateur, le dispositif légal se démêle difficilement des faits, par souci pour le législateur, dit-on, de réalisme juridique.

Dans cette approche, la loi n'est plus déduite des postulats théoriques mais induite de la réalité; elle n'est pas détachable des phénomènes sociaux, politiques, culturels et économiques. Ainsi la notion d'équilibre des intérêts parfois antagonistes, la notion d'imprévision, le risque assurable, la notion d'incertitude, la confiance, le raisonnable, le surmontable et l'insurmontable sont des concepts si instables qu'ils ne peuvent être correctement identifiés que lors de l'analyse des faits de l'espèce. Le regard du législateur est dès lors tourné vers le juge pour tester la compatibilité de son dispositif avec l'état de la société dont il aimerait fixer les contours d'évolution¹⁸. Est-ce violer la loi pour le juge que d'y souscrire?

III. Le juge économique, juge de l'opportunité

Lorsque le droit s'occupe de l'économie, il est intéressant de savoir si la loi applique ses concepts à l'activité économique, légifère pour les actes de commerce, adopte la norme de comportement du commerçant, intègre dans le commerce quelques règles de gestion du patrimoine. Dans ce cas, la règle de droit est de prise traditionnelle et le juge, en principe, ne lui cherche qu'une application rationnelle.

Alors que l'économiste porte un jugement de valeur sur les mérites du système économique, la règle de droit se contente, dans le meilleur des cas, d'organiser le système, sans doute en tenant compte de l'évolution des faits économiques. Dans cette optique, le droit

16 T. MONTERAN, *Projet de loi de sauvegarde des entreprises: le point de vue du praticien*, *Gaz. Pal.* 25-26 février 2005, p.2 etc.

17 T. KIRAT, L. VIDAL, *Le droit et l'économie: étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauche de perspectives renouvelées* in *Annales de l'Institut André TUNC*, Paris I, 2005; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3ème éd. T.1. Paris, éd. de Boccard, pp.174-175.

18 T. KIRAT, L. VIDAL, *Le droit et l'économie: étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauche de perspectives renouvelées*, *op.cit.*

considère les mutations économiques des sociétés dans le but de les organiser, pour édicter une loi en mesure de répondre aux défis de sociétés en mutation et édifier dans la mesure du possible un ordre juridique adapté. L'économie n'est alors que l'auxiliaire de la science juridique.

Les faits économiques recensés et décrits dans leur évolution motivent une meilleure application de la règle juridique, permettent de leur adapter la solution de conflit, mais suivant toujours la même rationalité imposée par cette règle¹⁹.

Il serait, en effet, suspect de concevoir la règle de droit comme un instrument d'une politique économique au risque de trahir le "texte" de la loi, en investissant le juge de la compétence de choix arbitraires ou contingents à la situation analysée.

La loi a pour mission de gérer les rapports sociaux entre particuliers ou entre la communauté et les individus; elle crée les droits subjectifs et les protège. Elle apporte la sécurité juridique pour tous et chacun. Elle serait mal venue de fixer les droits des uns et des autres suivant les contingences du moment, même si la gestion des situations doit favoriser le jeu des équilibres nécessaires à la sauvegarde des fondements du système socioéconomique.²⁰

Pour permettre au juge de franchir le pas de "l'opportunité", il sied de "formuler des lois sur le fonctionnement du système économique". La relation règle de droit et règle économique est alors inversée: "la norme juridique est envisagée de manière instrumentale, comme un outil qui doit être mobilisé au service d'objectifs définis en termes économiques, tels que la maximisation des richesses ou l'allocation optimale des ressources"²¹. Plus loin, il n'y a plus d'autonomie juridique; il n'y a plus d'autonomie politique. L'ordre juridique se doit de se soumettre à l'ordre économique.

A vrai dire, il faut concéder que souvent la règle juridique est énoncée comme un postulat et qu'elle découle davantage de l'intuition que de la démonstration alors qu'il y aurait intérêt à valider scientifiquement les mécanismes mis au point par elle à travers une analyse économique, une évaluation de l'efficacité de la règle et de la sauvegarde des équilibres nécessaires au bon fonctionnement de la société, par exemple l'obligation d'information dans certains contrats privés²², la question de l'équilibre financier dans les contrats publics²³,

19 Il s'agit" de moyen pour lesjuristes de tenir le plus grand compte de l'évolution des faits économiques tout en les faisant passer sous les fourches caudines du droit": C. JAMIN, *Economie du droit inDictionnaire de la culture juridique*, p. 579, à propos de l'ouvrage de G.RIPPERT sur *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 1947.

20 Selon Benoît FRYDMAN " L'ordre juridique dans son ensemble est placé sous la dépendance fonctionnelle du système économique"...." La réglementation juridique apparaît désormais comme un sous-ensemble inclus dans l'ensemble plus large des mécanismes de régulation du système économique" in *Le droit dans l'action économique*, Op.cit. pp 25-41, spéc. p.27.

21 *Ibidem*.

22 M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats – Essai d'une théorie*, Paris, L.G.D.J. 1992.

23 T. KIRAT, L. VIDAL, *Le droit et l'économie: étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauche de perspectives renouvelées*, op.cit. à sa note 92.

l'énoncé de la théorie de l'imprévision²⁴ dans les marchés publics et des concepts de la continuation d'exploitation²⁵ ainsi que la recherche de l'équilibre des intérêts catégoriels en droit de l'entreprise en difficultés²⁶. Il sied que la règle de droit soit appliquée ou mise en œuvre au bénéfice des rapports sociaux plus fonctionnels et équilibrés.

Il importe que la mise en application du droit soit induite de la réalité des rapports individuels ou collectifs et que son analyse s'intègre dans et s'harmonise avec les phénomènes économiques, sociaux, politiques et culturels structurant l'ensemble de la société.

Si, par conséquent, la loi pénètre dans la sphère des réalités économiques, s'approprie les techniques et méthodes économiques et en d'autres mots tente une approche économique, elle offre alors au juge un espace d'appréciation de la conformité de la loi à l'opportunité de l'action et du comportement du justiciable. Encore faut-il qu'il soit préparé à ce rôle et à cette nouvelle mission! Ce qui, en l'occurrence, découle, du moins en partie, de l'organisation et du fonctionnement des juridictions économiques. Dès lors, celles-ci rencontrent-elles, dans le domaine économique et relativement à la gestion des ressources naturelles notamment, le souci permanent de la règle de la libre disposition des richesses par l'ensemble des populations?

B. La contribution de la justice économique au développement

En vue de l'évaluation de l'apport du juge économique dans le développement économique, il sied d'abord d'indiquer de manière succincte le fonctionnement des juridictions économiques dans les pays considérés et relever leurs caractéristiques par rapport aux juridictions ordinaires (I), leurs atouts et faiblesses, ensuite (II), avant de suggérer, enfin, quelques pistes (III) de consolidation ou d'amélioration de fonctionnement du système, qui contribueraient à une meilleure disposition des richesses par l'ensemble de la population.

I. Le fonctionnement des juridictions économiques

Analyser en profondeur l'organisation, la compétence et le fonctionnement des juridictions économiques dans les pays de la sous-région semble, dans ces lignes, hors de portée, malgré une bonne information fournie par les participants à l'atelier²⁷, qui a contribué sensible-

24 H.CHARLES, Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français? in Mélanges en l'honneur de Gérard FARJAT, Paris, éd. Frison-Roche, 1999, p.117.

25 Y. CHAPUT, Une nouvelle architecture du droit français des procédures collectives, JCP 2005- I- p. 184.

26 D. MELEDO-BRIAND, "Nature du droit des entreprises en difficulté et systèmes de droit", Thèse Rennes, 1992 cité par Cl. CHAMPAUD, L'idée d'une magistrature économique.... *op.cit.*; Ph. ROUSSEL GALLE, Prévention, dynamique de l'anticipation: le mandat ad hoc et la conciliation après le décret du 28 décembre 2005, *Les Petites Affiches*, 26 juillet 2006, p.10, n°16.

27 Le lecteur intéressé peut lire le rapport de l'atelier consacré à la justice économique annexé. La plupart des informations relatives à ce point B résultent des échanges et discussions menés au cours des débats des participants.

ment à l'amélioration de notre connaissance de l'appareil judiciaire chargé, dans chaque pays, du règlement des litiges en matière économique. Il y a lieu de se contenter d'un simple aperçu des institutions et de leurs caractéristiques afin de se rendre compte de leur capacité à trouver et à promouvoir des solutions efficaces en matière de contentieux économique.

Au Burundi, en République Démocratique du Congo et au Rwanda, pays sous ancienne obédience belge, se sont progressivement installés des tribunaux de commerce depuis l'indépendance²⁸ alors qu'en période coloniale, toutes les affaires relevant du droit écrit étaient jugées sans distinction par les tribunaux civils. Cela fut considéré comme un progrès.

A l'heure actuelle, les matières économiques sont en général de la compétence des juridictions commerciales notamment les contestations relatives aux actes commerciaux y compris les effets de commerce, les contestations en matière de sociétés commerciales, de propriété industrielle, de fond de commerce, en matière de concurrence et d'opérations de bourse, de faillite et de concordat judiciaire.

Les actes posés en matière d'exploitation de richesses naturelles particulièrement l'exploitation minière sont, dans la plupart des cas, énumérés dans les actes réputés commerciaux par la loi ou encore sont exercés dans le cadre de sociétés commerciales. Le contentieux qui les concerne relève dès lors de la compétence ordinaire des juridictions commerciales. Toutefois, certaines juridictions spécialisées notamment les juridictions administratives peuvent être saisies de conflits miniers, en raison de la personnalité de l'une des parties aux conflits, en l'occurrence, l'État et ses démembrements qui sont justiciables dans certains pays de cette catégorie spécifique de juridictions.

En Uganda, en Tanzanie ou au Kenya, tous sous ancienne administration britannique, le contentieux minier relève en général de la compétence de la catégorie des hautes juridictions, alors que la distinction des ordres de juridictions²⁹ n'est pas, dans ces pays, la préoccupation de l'appareil judiciaire.

En rapport avec le contentieux économique, il convient également de relever que, dans certains pays, la corruption et les infractions connexes, attirent une particulière attention des services de la justice et qu'elles ressortissent d'un mécanisme spécial de répression et de prévention. Ainsi, au Burundi, en Uganda et au Kenya, ont été créées des juridictions pénales spéciales appuyées de parquets et d'une police pour mener une lutte efficace contre la corruption. Au Rwanda, des magistrats du parquet justifient de formations spécialisées en matière d'infractions économiques tandis que, en République Démocratique du Congo, les juridictions commerciales jugent également le volet pénal du contentieux économique ou commercial qui peut lui être déféré. Ce qui, dans tous ces cas, exige des connaissances spécifiques de la part du personnel opérant dans ces institutions judiciaires spécialisées.

28 Au Burundi, le tribunal de commerce existe depuis 1987, au Rwanda en 1999 et en Rd Congo depuis 2001.

29 Les juridictions commerciales ne se distinguent pas comme telles des juridictions de droit commun. Cependant au sein de juridictions ordinaires fonctionnent le cas échéant des chambres commerciales. Ce qui indique une certaine spécialisation des juges.

Dans cette optique, la composition des juridictions en matière économique fait appel aux juges de carrière qui, souvent, bénéficient de l'appui des juges consulaires, professionnels ou praticiens des milieux des affaires. Le caractère spécialisé des questions que les juridictions sont appelées à examiner exige certainement des compétences spéciales et diversifiées.

Il est enfin intéressant de constater, en Uganda, au Rwanda et, dans une moindre mesure, au Burundi, le fonctionnement des centres d'arbitrage appelés à connaître des litiges en matière économique. En Uganda, la saisine du Centre d'arbitrage et de médiation est même préalable à celle de la chambre commerciale de la Haute Cour³⁰.

La variété des institutions ainsi que la mixité des juges ou l'échevinage en matière de justice économique soulèvent des questions complexes et concrètes d'une certaine ampleur qui dépasse le contexte de cette communication; mais il est d'ores et déjà appréciable que la plupart des pays examinés souscrivent sans réserve à l'apport des professionnels et des personnalités du milieu des affaires dans l'élaboration de la justice économique.

II. Les atouts et les défis de la justice économique

Dire le droit face à un conflit individuel ou collectif et départager les litigants suivant une règle de jeu préétablie apporte la sécurité dans les rapports sociaux. L'approche est aussi valable dans le domaine des conflits d'ordre économique. C'est le rôle du juge et de ses auxiliaires, dont la démarche doit être initiée avec objectivité, de manière indépendante, en toute impartialité et dans l'unique respect de la loi.

Il est judicieux que cette tâche soit dévolue, en matière économique, à des juges spécialisés et avisés des règles juridiques de fonctionnement de l'activité économique et des comportements des opérateurs économiques.

A mesure que le système de production et de commercialisation des biens et des services se spécialise et devient plus complexe, on doit comprendre que le règlement des litiges exige une maîtrise suffisante de la réglementation si dense et variée qui prévaut dans ce secteur d'activités; d'autant que comme la recherche de la paix sociale, la paix économique passe aussi par l'obtention ou la sauvegarde de bons équilibres, l'appréciation de la valeur économique de la règle de droit restant encore un objectif à atteindre³¹.

30 Il existe un besoin urgent à réformer le système de résolution alternative des conflits (RAC) si on en croit la déclaration du président de l'alliance du secteur privé kényan (KEPSA), à l'occasion d'un forum organisé à Nairobi par la Communauté économique de l'Afrique de l'Est (EAC), le 25 septembre 2014: "Nos systèmes de justice devraient être réorganisés pour renforcer leur capacité à résoudre les conflits commerciaux. Les contentieux jugés par les tribunaux traditionnels durent longtemps et freinent les activités économiques...En tant que région, nous devons réformer le processus d'arbitrage dans nos tribunaux pour faire en sorte que les parties impliquées dans un conflit commercial obtienne rapidement justice. La confiance des investisseurs est renforcée si le système judiciaire est transparent et rapide".

31 Voir les développements de la 1ère partie A.

La dévolution des affaires économiques à des juridictions spécialisées relève sans doute de l'exigence de la bonne compréhension et application de la règle de droit; elle doit inciter à l'amélioration de la formation et de la professionnalisation des magistrats; mais les prestations des professionnels non magistrats aux côtés des magistrats de carrière constituent une valeur ajoutée à la motivation et au dispositif du jugement. Ce qui est de nature à améliorer la qualité de la justice; ce qui contribue d'une certaine manière à renforcer la confiance de l'homme d'affaires dans la justice à laquelle il aura participé.

Cette spécialisation sera d'autant efficace qu'un certain mouvement de modernisation et d'harmonisation de la règle de droit susceptible de propulser le développement économique semble se dessiner dans les États de la sous-région. Sans doute, la République Démocratique du Congo vient d'adhérer au mécanisme de l'OHADA³² au moment où les États de la Communauté de l'Afrique de l'Est harmonisent de leur côté leurs législations, sur toile de fond de la common law; mais la modernisation recherchée de part et d'autre ne peut que créer une certaine convergence du contenu de la règle de droit qui favorise l'investissement et conduise à la jouissance des richesses par les populations.

Les obstacles les plus tenaces, en revanche, tiennent à l'application concrète et qualitative de la règle ainsi produite³³. Le bon fonctionnement des institutions et la qualité des hommes chargés de mettre en œuvre la règle de droit risquent de se présenter comme des défis énormes à relever, à cet égard.

Les faiblesses de la justice moderne sont connues dans les pays sous champ d'analyse, même si elles ne sont pas de même importance ou de même degré. On stigmatise, de manière générale, une justice politisée ou instrumentalisée par le pouvoir politique, des juges et des magistrats inféodés au pouvoir économique, une justice de nanti ou du plus fort qui ne protège guère le pauvre ou le faible, une justice partielle et corrompue³⁴, etc.

En matière de justice économique, les défaillances institutionnelles et humaines sont encore plus perceptibles parce que, même peu développée, l'activité économique, dans ces pays, constitue, en grande partie, la chasse gardée de quelques opérateurs qui, nationaux ou investisseurs étrangers, se sont mis sous la protection du pouvoir politique en place. Or, celui-ci, peu ou mal organisé, n'a souvent de volonté que de s'approprier l'exploitation des richesses plutôt que d'en faire profiter à l'ensemble de la population.

32 La RD Congo a adhéré aux actes uniformes de l'Organisation de l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) au début de 2012 mais le Traité est entré en vigueur le 12 septembre 2012. Les tribunaux de commerce y ont été créés en 2001 par loi n° 002/2001 du 3 juillet 2001 (J.O. du 15 juillet 2001). Ils sont désormais opérationnels.

33 Cette application peut avoir lieu à bon compte puisque souvent il ne s'agit que d'adapter une règle déjà existante et mise en œuvre.

34 Lire pour le Burundi quatre études menées à diverses époques par l'auteur de ces lignes: *Etude relative au fonctionnement du système judiciaire burundais*, Bujumbura, FUPD, août 1996, 113 p.; *Diagnostic du système juridique et judiciaire du Burundi*, Consultance cadre Africa label group, 2008, 240 p.; *Besoins en formation des magistrats et du personnel de la justice*, PNUD et Ministère de la Justice, 2009, 130 p.; *Evaluation de l'application du dispositif sur les entreprises en difficulté au Burundi*, Rapport de 134 p., IFC international, juin 2013.

Pour que le service de la justice ne soit pas un obstacle à cette spoliation, il sera dépourvu de tous moyens d'action et le juge sera privé de toute stimulation au travail de qualité, tout en bénéficiant, le cas échéant, des faveurs à la mesure du degré de sa partialité. L'appropriation injuste des richesses sera achevée si elle bénéficie de la protection de l'appareil judiciaire.

Plus que les autres juridictions, le service de la justice économique est fragilisé par les interférences des pouvoirs politique et économique qui parfois même paralysent son action. Le taux de corruption des juges et des magistrats est fort élevé; il entrave sérieusement leur indépendance.

La corruption constitue le principal obstacle au bon fonctionnement de la justice. Elle est entretenue par une certaine structuration sociale. Malgré tout, elle découle également de la faiblesse morale et parfois intellectuelle du juge. Dans ces conditions, il semble très difficile pour l'entrepreneur, de faire confiance à la justice dans la quête de ses droits et de la sécurité de ses biens. L'activité économique s'en trouve d'autant entravée.

A vrai dire, nonobstant la corruption, rechercher la meilleure organisation du service de la justice ne constitue pas toujours une priorité pour les États, même en faveur des opérateurs économiques. Au contraire. Par rapport aux juridictions ordinaires, la justice économique se trouve dans la plupart des cas la moins nantie en infrastructures et en matériels d'équipements; elle connaît le moins la décentralisation territoriale en vue d'une plus étroite proximité avec le justiciable.

La pénurie du personnel et son manque de mobilité sont à l'origine de la lenteur dans le traitement des dossiers; le service ploie sous le poids du cumul des arriérés judiciaires. Dans un certain nombre de pays, obtenir une décision de justice est toujours possible; mais réaliser parfaitement son exécution relève de la gageure.

L'insuffisance numérique du personnel est aggravée par des lacunes importantes aussi bien dans la formation intellectuelle que dans la pratique professionnelle du juge, même si, dans certains pays, il peut bénéficier de stage avant d'entrer ou d'être titularisé dans ses fonctions.

En l'occurrence, peu de juges ou magistrats justifient de toutes les qualités intellectuelles et professionnelles requises pour œuvrer dans les juridictions commerciales spécialisées, quand on recense la diversité et la complexité des affaires dont la compétence est dévolue à ces juridictions.

Ainsi, dans le secteur de l'exploitation des richesses naturelles, chaque pays peut compter le nombre de juristes spécialisés notamment en droit de l'environnement, en droit minier, en droit forestier et de l'eau, en droit de la mer et en droit des hydrocarbures, en droit des sociétés et des groupes de sociétés, pour constater que des efforts doivent être encore consentis dans la formation du personnel de la justice économique.

Enfin, la lacune la plus importante de la justice économique touche à son inaccessibilité à l'égard du justiciable. On peut concéder que le coût du procès n'est peut-être pas le principal obstacle à l'accès à la justice, l'opérateur économique pouvant intégrer cet élément dans ses coûts de production.

Il importe toutefois de signaler, de la part du justiciable, l'ignorance ou la méconnaissance de la loi et de ses implications élémentaires dans l'activité économique, mais encore et surtout, ses multiples carences en matière de procédure pour initier avec succès une action en justice, sans l'aide et l'assistance d'un spécialiste de la loi. Or, souvent, la demande de justice suppose une information au moins élémentaire sur son droit ainsi que la possibilité de le faire valoir. Ce dont ne bénéficie pas toujours l'opérateur économique.

III. Amélioration de la justice économique, quelques pistes

Les lignes qui précèdent ont identifié des lacunes et défaillances qui constituent autant d'obstacles au bon fonctionnement de la justice économique; il convient, à présent, d'en chercher les remèdes pour que le secteur de l'exploitation des richesses naturelles puisse être protégé des spoliations et que la population puisse tirer un juste bénéfice de la richesse créée.

Pour permettre au juge de contribuer au développement économique de son pays et au bénéfice des populations, les pouvoirs publics doivent se préoccuper de la mise en œuvre efficace et de la bonne application de la loi dans ce secteur d'activités et éviter que celui-ci constitue un espace de non droit. Il est vrai que le problème peut se poser dès la négociation du contrat entre l'État et le futur concessionnaire; mais la question qui retient l'attention concerne surtout la valorisation des droits découlant de la loi et du contrat des parties lorsque leur gestion devient conflictuelle.

Le litige peut naître entre l'État et l'investisseur, entre les partenaires économiques, entre les populations et le bénéficiaire du titre d'exploitation, etc. Le juge doit dans ces circonstances dire le droit. Il ne peut pas se dérober, en excipant de son ignorance de la loi et ou de la carence des moyens mis à disposition.

C'est pourquoi, pour trancher avec intelligence, assurance et sagesse, les conflits naissant dans ce secteur, le juge doit avant tout bénéficier d'une formation intellectuelle et professionnelle solide et appropriée. Certes, en général, dans l'ensemble des pays, le juge a reçu une formation universitaire en droit ou un enseignement supérieur jugé équivalent; mais le type de conflit lui soumis requiert des connaissances plus approfondies et variées qui, souvent, n'ont pas été abordées dans le cursus académique. Le juriste généraliste doit améliorer substantiellement ses connaissances. D'où l'urgence de procéder au renforcement des capacités des juges et de leurs auxiliaires dans les domaines spécialisés en droit et pratiques des affaires.

Les Etats qui organisent des instituts de formation professionnelle des magistrats doivent élargir leurs modules de formation à des disciplines utiles à la compréhension notamment des règles de promotion et de gestion des investissements, de gestion des entreprises et de conduite des relations commerciales au niveau interne et international. Ce type de formation peut s'appuyer sur des enseignements de maîtrise appropriée dans les facultés de droit. De surcroît, il importe d'organiser régulièrement des formations continues pour

maintenir le niveau des connaissances des juges et magistrats à la hauteur des améliorations dictées par les nécessaires mutations économiques.

Cependant, la formation intellectuelle et professionnelle ne suffit pas. Pour accéder à la sagesse de ses jugements, le juge doit être protégé contre la corruption qui gangrène les relations socio-économiques dans les États observés. Or, l'éradication de ce phénomène ne peut être envisagée s'il n'y a pas une volonté politique pour l'impulser d'abord. Sur cette base, il peut être conçu ensuite une stratégie de lutte appropriée, au-delà de la simple création des institutions de prévention et de répression. Tant il est vrai que la création de l'environnement politique et l'éveil de la conscience sociale à cet égard paraissent incontournables!

La part du juge est également très importante dans la mesure où il doit être placé au cœur de cette stratégie de lutte contre la corruption. Il est la référence et le moteur de l'action puisqu'il est le recours ultime en cas de violation des droits du justiciable et en cas de corruption précisément.

Au juge de qualité et intègre, il faut encore accorder des moyens d'action suffisants. L'infrastructure et l'équipement mis à sa disposition méritent d'être améliorés en quantité et en qualité, ne fût-ce que pour être placés au niveau des besoins des autres juridictions de même rang.

Cependant, plus pressant est le rapprochement des juridictions commerciales des justiciables, en considérant qu'à chaque niveau de haute juridiction doit correspondre une instance appropriée de juridiction commerciale au lieu de faire juger les affaires par n'importe quelle juridiction. Il faut en réalité convenir que chaque zone économique importante devrait être pourvue d'une instance judiciaire commerciale, au premier degré (tribunal ou à défaut une chambre spécialisée). Conséquemment, au niveau de l'appel, le plaideur ne devrait pas être privé du bénéfice de l'examen de son affaire par une juridiction ou des juges également spécialisés.

Il semble donc que l'amélioration du climat des affaires tant prônée par les bailleurs de fonds et attendue par les populations pour jouir de leurs richesses dans les pays de la sous-région, passe sans doute par la mise en route des réformes adéquates de l'outil légal mais aussi et surtout par l'amélioration de la performance de la justice économique.

Conclusion

La 3ème conférence régionale organisée par la fondation Konrad Adenauer Stiftung (KAS) et le Tanzanian-German Centre for Eastern African legal Studies (TGCL) sur le "cadre juridique pour une exploitation et utilisation des ressources naturelles du sous-sol au profit de la population" a fourni une bonne occasion d'analyser la contribution du service de la justice au développement économique. Il s'agit d'un aspect de la régulation de l'activité économique qui ne focalise pas toujours l'attention de l'entrepreneur tant que ses droits n'ont pas été soumis à la contestation des partenaires, créant un conflit dont le règlement nécessite l'intervention du système ou de l'instance judiciaire compétente.

En effet, l'existence, en matière d'exploitation des ressources naturelles, d'un cadre légal suffisamment étoffé notamment des codes des investissements et des codes particuliers, ainsi des codes miniers, forestiers et de l'environnement, ne suffit pas à envisager la jouissance effective, par les populations, des richesses créées dans ce secteur d'activités. Dans le domaine de l'exploitation des ressources naturelles, comme dans toute autre activité économique, le particulier comme la collectivité a besoin d'une protection du juge dont la mission est de dire le droit chaque fois qu'une menace pèse sur sa personne ou sur ses biens.

Mais la règle de droit ne s'interprète ni ne s'applique de la même manière, en matière économique comme en n'importe quel autre domaine. Les développements qui précèdent ont démontré que le contentieux économique appelle une compréhension de la règle de droit, inclusive des autres règles de régulation de la vie sociale notamment celles relevant de l'ordre économique.

Mais au-delà, le juge trouve la solution la meilleure lorsque, au lieu de s'appuyer sur une simple norme, son analyse du conflit tient compte de la réalité concrète de l'ordre économique et du besoin conjoncturel de sauvegarder l'équilibre des pouvoirs de disposition des biens et des services mais aussi du droit de jouissance des richesses créées, par l'ensemble de la communauté.

C'est pourquoi, au lieu de se contenter de démêler les constructions rationnelles de la norme juridique, sans faire grand cas d'autres normes sociales ou de comportements individuels, le juge économique doit s'efforcer à une évaluation de l'efficacité de la règle et rechercher, dans l'application de la loi, des solutions susceptibles de sauvegarder les équilibres nécessaires au bon fonctionnement de la société. Pour cela il doit procéder à l'analyse économique de la règle de droit.

Le juge économique s'énonce par conséquent comme un juge de l'opportunité qui non seulement est capable d'intégrer avec efficacité la règle de droit dans la pratique des affaires mais aussi d'en faire une évaluation qui concorde avec une bonne régulation des mutations socio-économiques indispensables.

Cette importante mission peut être confiée qu'à des hommes préparés spécialement pour la réussir. Ils doivent être dotés de hautes qualités morales, en général, et protégés de la corruption particulièrement; ils doivent bénéficier de formation intellectuelle adéquate et être parfaitement initiés aux meilleures pratiques professionnelles dans le règlement des différends, en matière économique.

A cet égard, les facultés de droit des pays considérés ainsi que les instituts de formation professionnelle des juges et auxiliaires de justice sont interpellés pour organiser, les uns et les autres suivant leur spécificité, des programmes de formation adaptés et de niveau de la maîtrise en droit.

Ce besoin urgent de formation se retrouve partout dans les pays considérés aussi bien dans les anciennes possessions belges pratiquant la civil law que dans les États ayant hérité de la common law. Il serait au demeurant opportun d'organiser des programmes de formation communs ou en tout cas harmonisés, puisqu'il vient d'être perçu que la démarche du

juge économique se placerait à la convergence des deux systèmes juridiques, une problématique qui pourra faire l'objet d'une prochaine réflexion.