

PN 128709

AGENCY FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT PPC/CDIE/DI REPORT PROCESSING FORM

930 A

ENTER INFORMATION ONLY IF NOT INCLUDED ON COVER OR TITLE PAGE OF DOCUMENT

1. Project/ Subproject Number

936-5459

2. Contract/Grant Number

DAN-1190-A-00-4092-00

3. Publication Date

4. Document Title/Translated Title

Fondations Juridique du Marchés Conséquences pour l'Afrique/
Legal Foundations of the Market: Implications for Africa

5. Author(s)

1.
2.
3.

6. Contributing Organization(s)

Institut du Sahel (INSAH), Bamako, Mali
Department of Agricultural Economics, Michigan State University

7. Pagination

25 p.

8. Report Number

MSU Staff Paper No. 92-28

9. Sponsoring A.I.D. Office

AFR/Office for Sahel West Africa G/EG/EID/RAD USAID/Bamako

10. Abstract (optional - 250 word limit)

11. Subject Keywords (optional)

1. Africa 4.
2. market 5.
3. institutions 6.

12. Supplementary Notes

Invited Paper for the Regional Workshop of PRISAS on "The Institutional and Legal Environment of Agricultural Input and Product Markets in the Sahel, Bamako, March 1992.
Available also in English.

13. Submitting Official

Michael T. Weber, Project Director

14. Telephone Number

517-353 8639

15. Today's Date

September 7, 1994

-----DO NOT write below this line-----

16. DOCID

17. Document Disposition

DOCRD [] INV [] DUPLICATE []

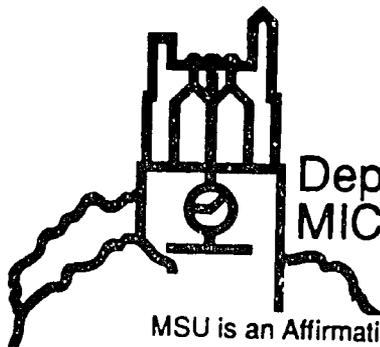
Staff Paper

**FONDATIONS JURIDIQUES DU MARCHÉ:
CONSÉQUENCES POUR L'AFRIQUE**

A. Allan Schmid

Staff Paper 92-28

April 1992



Department of Agricultural Economics
MICHIGAN STATE UNIVERSITY
East Lansing , Michigan

MSU is an Affirmative Action/Equal Opportunity Institution

FONDATEIONS JURIDIQUES DU MARCHÉ:

CONSÉQUENCES POUR L'AFRIQUE*/

A. Allan Schmid

Michigan State University

Document préparé à l'intention de l'Atelier Regional PRISAS Environment
Institutionnel et Juridique des Marchés des Intrants et des Produits
Agricoles au Sahel, qui se déroulera à Bamako, Mali, le 23 Mars 1992

Les systèmes économiques des pays d'Afrique sont en pleine mutation. Certains de ces pays vendent les entreprises publiques, légalisent et libéralisent les échanges entre pays, abolissent les contrôles de prix et réduisent les dépenses publiques (Staatz 1989, van de Walle 1989, Steffen 1990). Tel semble être l'ordre du jour suggéré non seulement par les médias mais également par bon nombre d'économistes. Parmi ces derniers, la seule question qui se pose concerne la rapidité avec laquelle cette évolution procédera, nonobstant de nombreux arguments politiques. L'attention se concentre sur des éléments tels que le contrôle des changes et les droits de douane (Claassen 1992). Ces obstacles aux échanges et ces choix macroéconomiques sont au tout premier plan des préoccupations, mais le marché comprend également une fondation institutionnelle microéconomique dont il faut se préoccuper. Il existe un grand nombre de différentes catégories de marchés disponibles, en fonction des règlements détaillés applicables, et plusieurs questions se posent. Quelle catégorie de marché ces pays souhaitent-ils? Ou bien est-il possible pour les gouvernements de s'abstenir totalement d'intervenir et de laisser se créer spontanément le meilleur de tous les mondes possibles?

Pour aider les décideurs des pays d'Afrique à répondre à ces questions, il convient d'examiner plusieurs théories institutionnelles, l'évolution qui s'est produite dans le temps ainsi que quelques commentaires d'experts. Examinons tout d'abord les théories. L'interdépendance économique entraîne des différends qu'il est indispensable de résoudre. L'ordre et la prévisibilité ne sont pas des phénomènes spontanés mais plutôt le produit novateur d'un choix collectif. La liberté n'est pas un élément préexistant dans la nature mais plutôt le produit du choix que l'homme fait des institutions (Polanyi 1944, Ch. 21). Du fait qu'il est indispensable de résoudre les conflits d'intérêt, la législation constitue un instrument permettant de définir ce qu'est la croissance économique et d'identifier ceux dont les préférences l'emportent (Samuels 1989).

Quelles sont les idées extraites des principes économiques institutionnels qui peuvent être utilisées pour aider à comprendre les options qui se présentent aux réformateurs africains en matière de politique économique? Tout d'abord, la théorie suggère que la transaction constitue l'unité d'analyse. Deuxièmement, il existe un ensemble de caractéristiques afférentes aux biens, qui créent différentes formes d'interdépendance qui sont alors canalisées par les institutions pour générer une performance

*/ Ce document a été traduit de l'anglais par Lillian King.

prévisible. Parmi ces caractéristiques figurent l'incompatibilité, les coûts d'exclusion, les économies d'échelle, les coûts de transaction, et autres. Ces diverses variables de situation apparaîtront implicitement dans l'analyse ci-après. Pour détails théoriques, se reporter à Schmid (1987 et 1981).

Les opinions divergent davantage s'agissant de savoir s'il existe dans toute économie des aspects caractérisant véritablement le pouvoir ou si de tels aspects peuvent être inclus dans les efforts d'efficacité qui entraîneront les avantages potentiels ou effectifs pour chacun. Certains institutionnalistes, par exemple Allan Gruchy (1987) se sont vigoureusement employés à promouvoir la planification collective même dans les économies de marché. Les "nouveaux économistes institutionnels", par exemple Oliver Williamson (1985), prônent, quant à eux, l'intervention du secteur privé dans la conduite des affaires publiques (voir également Nabli and Nugent 1989). Selon eux, si les autorités publiques laissent la voie libre, des négociations s'organiseront systématiquement qui déboucheront sur un accord concernant les institutions capables de parvenir à un niveau d'efficacité et de maximiser les résultats conjoints. Selon Williamson, notre méfiance à l'égard des monopoles et les contrats autres que les contrats types ne se justifient pas étant donné que de tels arrangements améliorent dans bien des cas l'efficacité. Les parties à un marché choisiront le bon dosage de hiérarchie (entreprises intégrées) et de marché pour minimiser les coûts de transaction. A cela, William Dugger (1990) a objecté que Williamson avait écarté de ses observations les conflits de pouvoir et le comportement prédateur, deux thèmes que les économistes institutionnels ont mis en lumière (Gambas 1973).

L'historien économique Douglas North (1990) a également souligné que la voie du développement est pavée d'institutions qui réduisent les coûts de transaction et permettent de maximiser les bénéfices découlant des échanges. Ce raisonnement va au-delà d'une attitude dans laquelle le Gouvernement laisse la voie libre, puisqu'il exige le respect du contrat, ce qui accroît les risques de conflit entre les possibilités de l'un et celles des autres. Dans cette situation, il est indispensable que le Gouvernement ne touche pas à la propriété privée. Si l'Angleterre a connu la réussite économique avant l'Espagne, c'est en raison des taxations arbitraires et des confiscations auxquelles se sont livrés les rois d'Espagne tandis que les barons anglais tenaient leur roi à distance (North et Weingast 1989). Toutefois, comme on le souligne ci-après, le premier gouvernement américain se livrait à bon nombre de confiscations judiciaires qui ont permis d'obtenir une certaine forme de croissance. Il est difficile de parvenir au bon dosage de continuité et de changement.

La coordination et la combinaison d'activités spécialisées exigent surtout que le Gouvernement joue un rôle passif, selon Williamson et North. Dans les cas où il est possible de rédiger des contrats couvrant les éventualités pertinentes, le Gouvernement n'est tenu que de veiller à la réalisation des promesses privées. Dans les cas où il n'est pas possible de mener un contrat à bon terme pour des raisons d'incertitude, le Gouvernement devra s'écarter pour laisser la place à une hiérarchie privée "douce". Dans un monde aussi harmonieux, il ne saurait y avoir qu'une maximisation conjointe des profits. Certains reconnaissent parfois l'existence possible de négociations

stratégiques relatives à la division de ces profits conjoints, mais nombreux sont ceux qui laissent totalement de côté le problème.

Passons à présent à des commentaires d'économistes contemporains. L'Agence des Etats-Unis pour le développement international accorde un grand crédit à Hernando De Soto (1989) qui a illustré de façon spectaculaire les effets négatifs des règlements gouvernementaux. Il a prétendu créer une nouvelle entreprise au Pérou et a tenu les comptes détaillés du temps et des ressources gaspillés pour obtenir toutes les autorisations nécessaires. Dans ce pays, toutes les possibilités d'affaires sont considérées comme un don de l'administration qui ne peut être obtenu qu'après avoir payé tribut aux administrateurs. Pour éviter de tels coûts, un grand nombre d'entreprises fonctionnent dans le secteur non structuré et dans l'économie parallèle. Ce que l'on sait moins, c'est que le fait d'opérer en dehors des lois s'accompagne d'un gros inconvénient. Lorsqu'un homme d'affaires agissant ainsi a besoin de faire appel à l'Etat pour obtenir que les contrats passés soient respectés, celui-ci n'est pas disponible. Le secteur non structuré fonctionne sans heurt lorsque les parties se connaissent bien ou lorsqu'il s'agit de traiter les affaires entre parents et alliés. Mais, comme le souligne également North, il est impossible dans ce cas de prendre avantage des économies d'échelle, lesquelles exigent des échanges impersonnels à distance, élément qui avait également été mentionné en détail par Commons (1924).

Les études sur le rôle des dispositions juridiques en matière de développement font également état d'un autre élément majeur qui facilite la mise en commun de capitaux. Cette idée sert de fondement aux règlements concernant la constitution de sociétés et la création d'instruments de crédit et d'instruments monétaires et négociables (Galbraith 1975; Samuels et Miller 1987).

Le rôle de l'Etat dépasse-t-il l'application des contrats et la définition des biens qui devraient être fournis par le secteur public? Selon les institutionnalistes, le coût est un facteur choisi et non pas trouvé. Toutes les fois que la "croissance" entraîne des coûts pour d'autres agents de l'économie, l'agent de la croissance doit-il verser des compensations à ces derniers ou ces derniers doivent-ils, s'ils en sont capables, payer pour éviter de tels effets? L'identification du coût d'une mesure prise et de l'agent qui assume ce coût est fonction des droits. Les règlements concernant la responsabilité ou la négligence peuvent se substituer aux impôts. Les gouvernements pauvres en capitaux devraient prendre note. Enfin, selon des historiens de la jurisprudence, tels que Willard Hurst et Morton Horwitz, le droit américain semble exprimer une préférence à l'égard de ceux qui agissent de préférence à ceux qui regardent agir, ce qui se traduit dans bien des cas par la préférence accordée aux intérêts du secteur industriel plutôt qu'à ceux du secteur agricole. La loi a privilégié les gens d'action plutôt que ceux qui recouvrent la rente¹. Mais les voleurs et les joueurs sont eux aussi des gens d'action et il semble donc nécessaire d'opérer une certaine sélection. On pénètre ainsi dans le monde de la politique, de l'éthique et des jeux d'influence. Certains choix parmi les intérêts concurrentiels semblent nécessaires.

En résumé, les études réalisées ont permis d'identifier plusieurs rôles que l'Etat peut jouer dans le développement :

1. Laisser la voie libre au secteur privé.
2. Réduire les coûts de transaction de façon à dégager des profits à l'occasion d'échanges. Des entreprises intégrées (hiérarchies) peuvent être souhaitables. La prévisibilité des possibilités s'offrant à chacun est essentielle.
3. Faciliter la mise en commun de capitaux.
4. Réduire les coûts assumés par les agents du développement.
5. Favoriser les agents du développement par rapport à ceux qui recouvrent la rente.

Parmi les options qui se présentent aujourd'hui aux anciens pays socialistes figure le choix d'institutions représentant le pouvoir ou d'institutions représentant l'efficacité. Une autre option sera le choix entre Efficacité No 1 et Efficacité No 2. Nous allons expliquer la différence, mais tout d'abord voici quelques commentaires.

Prenons le Mali comme exemple d'un pays africain passant d'un régime socialiste à un régime capitaliste. Le Mali a démantelé son monopole du commerce des céréales (Staatz 1989, van de Walle 1989). L'ancien organisme public chargé du commerce n'a plus aujourd'hui pour responsabilité que d'assurer la maintien d'un stock alimentaire d'urgence et d'établir un système de collecte d'informations sur les prix. En 1990, des négociants privés auxquels il était demandé s'il existait, selon eux, des possibilités qu'ils n'étaient pas à même de saisir, ont tous cité le besoin d'avoir accès à plus de crédit (cette question est examinée plus loin). Plusieurs d'entre eux se sont plaints du fait que les appels d'offre publics pour la fourniture d'entrepôts de stockage d'urgence portaient sur des lots dépassant leurs possibilités du fait des capitaux limités qu'ils possèdent. Il leur a été demandé pourquoi ils ne s'associaient pas à d'autres négociants pour soumissionner, chacun d'eux s'engageant pour un pourcentage du total. Il ressort de leurs réponses qu'ils n'ont pas suffisamment confiance les uns envers les autres pour constituer ce type de coentreprise. La véritable raison de cette attitude peut échapper à ceux qui ne sont pas de la partie, mais il semble que ce type d'initiative se prête à l'intervention de l'Etat s'agissant de faire appliquer de tels contrats. S'il s'agissait de réunir dans l'affaire des membres de la famille, ces mêmes négociants n'auraient eu aucune difficulté à faire confiance à ces derniers et à des associés de longue date. Mais il en va tout autrement des promesses de personnes qui leur sont tout à fait étrangères. Et s'il est impossible à des négociants de s'associer dans une initiative aussi simple que partager une offre de contrat mis en adjudication par le Gouvernement, il est certain qu'ils ne pourront pas s'associer dans une entreprise un peu plus complexe, par exemple une usine de fabrication de pièces détachées de motocyclette. D'autre part, ces négociants ne sont pas habitués à penser en termes de recourir aux tribunaux. Ils ne font pas confiance à ces derniers. Il existe bien un comité d'arbitrage (pour le secteur privé) relevant de la Chambre de commerce, mais

celle-ci est en grande partie dominée par des négociants établis de longue date auxquels ils ne font pas non plus confiance. Un négociant qui avait eu une idée pour la fabrication de pièces détachées de motocyclette a répondu à la suggestion de coentreprise que s'il s'adressait à d'autres négociants pour fournir une part des capitaux, ces derniers lui voleraient son idée. Il est indispensable de tenir compte des rivalités ethniques et des rivalités au sein des familles. Même si le principal partenaire tire profit de son association avec d'autres, l'idée qu'un rival, voire un ennemi puisse également en tirer profit lui est souvent intolérable. La maximisation de profits conjoints est un concept complexe car il doit tenir compte de la distribution.

Le Mali s'est doté d'un nouveau code commercial comportant des dispositions législatives en matière de contrat et de règlements visant la constitution de coentreprises. Le Gouvernement souhaiterait bénéficier d'une aide extérieure qui lui permettrait de financer les traitements des juges supplémentaires qui seraient chargés d'administrer le code. Mais les donateurs hésitent. Ces fonds seront-ils utilisés pour réduire les coûts de transaction ou s'agirait-il tout simplement d'un autre moyen de graisser la patte? (Hunt et Hunt 1987).

En théorie, le Mali est doté d'un code commercial moderne semblable à celui de la France. Toutefois, on peut se demander s'il s'agit du code commercial qui était en vigueur en France aux temps où ce pays en était au même stade de développement que le Mali (si tant qu'il l'ait jamais été). Le Mali se trouve-t-il à présent devant un plus grand nombre de choix depuis qu'il est passé à une économie de marché? Doit-il demander de quel marché il s'agit? Doit-il examiner ses micro-institutions et le système social auquel elles appartiennent? Le pays doit-il élaborer des plans ou compter que tout se passera bien spontanément et systématiquement? Est-il facile d'apporter plus tard des modifications ou les institutions deviendront-elles tributaires de l'orientation déjà prise? Le Mali aura-t-il besoin d'une politique et d'une éthique pour pouvoir choisir entre des intérêts divergents ou s'agit-il d'une situation dans laquelle une diminution des frictions est dans l'intérêt de tous? Pour répondre à ces questions, il convient de remonter quelque peu dans l'histoire. Le passé de tous les pays occidentaux peut servir d'exemple, mais pour faciliter les choses, bornons-nous à examiner l'évolution juridique des Etats-Unis pendant sa période de rapide industrialisation, de 1790 à 1850, sans pour cela en attendre des preuves conclusives. L'opinion des experts se partage entre ceux qui sont en faveur de réformes juridiques pour faire face à un certain type de croissance et pour choisir entre des intérêts concurrents, et ceux qui sont en faveur de l'harmonie et de la maximisation rationnelle de principes juridiques ou économiques plus ou moins éternels du type "il va de soi que l'on désire avoir davantage que moins"? Morton Horwitz (1977) note une transformation dans le droit des Etats-Unis, de 1790 à 1850, pour faire face aux besoins des négociants et des industriels aux dépens d'autres groupes d'intérêt, alors que Simpson (1979) et Teeven (1990) soulignent la continuité sur le plan des principes, mettant l'accent sur l'identification de lois améliorées sur le plan de la logique par opposition à la création d'une loi propre à satisfaire aux intérêts prédominants (que l'on peut oser appeler les classes dominantes).

Rôle de l'Etat pendant la période d'industrialisation

Avant l'acceptation par les nouvelles économies de marché d'un modèle quelconque de capitalisme occidental, il est utile d'observer le cheminement du droit commercial aux Etats-Unis. Pour cela, quatre domaines sont examinés : 1) les investissements publics directs, 2) les lois identifiant les coûts et ceux qui les assument, 3) le droit commercial et 4) les dispositions juridiques relatives aux instruments négociables.

Investissements publics directs

Après la période coloniale, les administrations locales et les gouvernements des états ont effectué des investissements directs considérables. Ils ont construit des routes, des canaux et plus tard des chemins de fer (Goodrich 1968). Le Chemin de fer de Pennsylvanie porte le nom de l'état qui en était l'un des principaux actionnaires. Il en a été de même des villes qui ont effectué de gros investissements dans les transports et les services publics. En fait, les villes ont été les premières entreprises à mobiliser des capitaux pour des ouvrages dont un grand nombre ont ultérieurement été vendus. Et c'est peut-être là que réside le secret : connaître le bon moment de céder la place. A notre époque, le thème dominant est celui de la privatisation, mais tel n'était pas le cas au tout début du développement aux Etats-Unis. Les capitaux, qu'ils proviennent de la collecte d'impôts ou de prises de participation dans les entreprises, étaient rares. Les gouvernements ont dû chercher et trouver les moyens de maximiser leur utilisation.

Identification des coûts et de ceux qui les assument

La fonction de production comporte des intrants qui ne sont pas des coûts pour le décideur. Le coût est fonction des droits. Lorsqu'une route, un canal ou un ponton pour les bacs est construit, certains services que les terrains sur lesquels a lieu la construction fournissaient jusque-là sont perdus pour ceux qui en bénéficiaient. Le Gouvernement aura le choix soit d'imposer tout un chacun et de verser des dédommagements pour ces pertes, soit de décider tout simplement que ces services n'ont jamais véritablement appartenu aux usagers précédents. Certains états construisent des routes sans verser aucun dédommagement pour les terres sur lesquelles elles sont aménagées, estimant que l'augmentation de la valeur des terres en question résultant de la construction de la route compense largement toute perte de superficie. Il en est résulté une sorte d'investissement forcé découlant d'une décision collective et non pas de l'achat d'actions par un particulier. Moins sérieux ont été les dommages marginaux à l'activité précédente qui a dû cesser. Les gouvernements ou les investisseurs privés qui leur étaient associés ont donc fait de grandes économies du fait qu'ils n'ont pas eu à verser des dédommagements. Horwitz (1977, 63) résume cette situation comme suit : le processus de développement économique aux Etats-Unis a nécessairement résulté en un remaniement profond de la doctrine du droit commun selon laquelle la Cour de justice doit être prête à sacrifier l'"ancienne" propriété foncière à la "nouvelle". Le développement économique exige que l'on fasse un choix.

La construction d'usines actionnées par la force hydroélectrique a été un élément stratégique dans le développement du pays. Les états ne possédaient guère de capitaux pour des investissements directs, mais ils ont fait beaucoup pour y contribuer. Les sites sur lesquels des barrages d'usine et leurs réservoirs peuvent être aménagés sont peu nombreux. Les propriétaires fonciers de ces sites sont donc dans une position avantageuse s'agissant de capturer la majeure partie de la rente foncière que devra payer l'usine. Pour réduire les coûts de l'usine et alléger l'incertitude, les états ont promulgué des lois sur les barrages d'usines, qui permettaient à une partie privée de condamner une propriété privée appartenant à une autre. (Horowitz 1977, Schmid 1960). Cela signifiait que les propriétaires fonciers ne percevaient que le prix moyen en vigueur pour des terres ordinaires et non pas pour des terres ayant une valeur spéciale en tant que site industriel. Auparavant, le montant du dédommagement était fixé par un jury. Une telle subjectivité n'allait pas sans créer un certain degré d'incertitude et il est permis de penser que les membres d'un jury local favorisaient les intérêts de propriétaires fonciers établis depuis longtemps dans la région plutôt que ceux d'industriels nouveaux venus. C'est alors que les tribunaux ont commencé à le remplacer par des commissaires-priseurs désignés par le tribunal.

En outre, les tribunaux ne sanctionnaient pas les demandes de dédommagement présentées par les usagers des cours d'eau naturels et de leurs rives. Horwitz (71) parle ainsi de cette transformation :

"Au début du XIXe siècle, ... les tribunaux étaient favorables à l'octroi de dédommagement pour dommages causés aux biens fonciers quelle que soit l'utilité sociale et même en l'absence de négligence. Par contre, au moment de la guerre de sécession, les tribunaux américains avaient établi toute une gamme de doctrines juridiques dont le principal effet était de contraindre ceux qui avaient subi des dommages découlant d'activités économiques d'assumer les coûts de ces améliorations".

Il peut arriver que les usines se causent mutuellement du tort. Dans l'affaire Palmer c. Mulligan² (1805), le propriétaire d'une usine située en aval a demandé dédommagement à l'usine se trouvant en amont du même cours d'eau. Les tribunaux ont refusé d'appliquer le droit commun qui prévoit les dédommagements en cas d'obstruction de cours d'eau naturels, choisissant de mettre l'accent sur une analyse fonctionnelle selon laquelle l'usine d'amont accentuait la situation de concurrence. Avec la création de filatures de coton intégrées, fonctionnant sur le principe des économies d'échelle, il a vite été nécessaire de construire des barrages plus grands. Toutefois, de tels barrages risquent d'inonder une usine plus petite déjà installée en amont. Dans l'affaire Cary c. Daniels³ (1844), le tribunal, oubliant le concept de concurrence sur lequel il s'était fondé ultérieurement, a statué en faveur des économies d'échelle.

Cette situation a-t-elle présenté des inconvénients? L'augmentation de la production a-t-elle été suffisante pour permettre à cette usine intégrée de racheter l'usine plus petite dans le cas où cette dernière aurait eu droit à un dédommagement? Le prix payé aurait-il dû être la valeur moyenne d'une petite usine de ce genre ou le prix stratégique pouvant être demandé s'agissant d'un site rare? La détermination des responsabilités a des effets

considérables sur la richesse et sur les prix relatifs (Field 1991). Il est douteux que les intrants auraient eu la même utilisation quel qu'ait été l'emplacement de l'usine. Les tribunaux ont cité la notion d'efficacité, mais avec une signification plus qualitative et dans le sens de progrès. En effet, les grandes filatures représentaient le progrès et la législation s'est employée à leur faciliter la tâche. Nul ne se préoccupait de ce que la distribution du revenu se démarquait de la notion d'échanges volontaires. Leur décision semblait porter atteinte à un certain nombre de valeurs que nous attribuons à l'inviolabilité des biens privés. Cela dit, quelle aurait été la situation si le propriétaire de l'usine intégrée proposée avait eu à convaincre une banque de lui prêter des fonds pour racheter les petites filatures? Ce qui semble être aujourd'hui une idée rentable était à l'époque un projet des plus incertains. Le développement exige-t-il un choix collectif d'orientation ainsi que des incitations au calcul individuel de gains marginaux dans les échanges bilatéraux?

La principale question concerne ici le choix entre continuité et changement. Si l'on souhaite le changement, les droits du premier arrivé ne prévalent pas. Dans certains types de développement, l'usage préalable ne saurait déterminer les usages futurs. Selon l'opinion de Hohfeldian et Commons en ce qui concerne les aspects corrélatifs du droit de propriété, la possession et la liberté pour une partie signifient des risques et le manque de liberté pour une autre. La liberté des utilisateurs initiaux de la ressource en question continue de limiter la liberté de nouveaux entrepreneurs. La liberté, en tant que critère pour le choix de lois, joue dans les deux sens et n'inclue jamais l'interdépendance. Le tribunal a choisi la définition de ce qui constitue le développement, de préférence à la protection de la liberté dans l'abstrait. De ce fait, il a porté un jugement moral, choisissant entre des intérêts divergents, bien qu'il ne l'ait pas toujours admis.

En quoi cela concerne-t-il l'Afrique? Dans quelle mesure ces petits litiges sont-ils pertinents? Les grands thèmes ne portent-ils pas plutôt sur le capitalisme et le socialisme? Tout d'abord, le chemin qui mène au développement est fait de l'identification détaillée de tous les moyens par lesquels les actes de l'un affectent l'autre. Une fois choisie l'économie des marchés, il s'agit de savoir quelles sont les règles du marché. Deuxièmement, les cas de litige que nous venons d'évoquer suggèrent que le droit doit se conformer à l'époque. Les Etats-Unis ont modifié le droit commun anglais pour servir leurs objectifs (Nelson 1975, Bakken 1983). Ce qui soulève la question de savoir si le droit français ou un autre droit moderne est adapté aux objectifs du Mali. (Voir Brietzke [1974] qui présente l'analyse critique du droit éthiopien fondé sur le droit français). La stabilité est un élément fonctionnel, mais il en va de même de la nécessité de changements. Troisièmement, la plupart des querelles entre les villageois dynamiques et ceux qui favorisent le statu quo ne sont jamais parvenues jusqu'aux tribunaux. Le changement proposé est limité par l'opinion publique. La seule solution est-elle de détruire la puissance de l'opinion de la famille et des voisins? Tout membre de la famille qui se respecte ne fait rien qui entraîne des pertes d'actifs dans l'affaire de son oncle. Il est intéressant de noter qu'au Mali, la plupart des orfèvres sont des Sénégalais. Pourquoi? Parce qu'ils sont libérés des obligations familiales et peuvent utiliser leur épargne pour investir dans leur affaire alors que

s'ils étaient restés dans leur pays, ils auraient dû la partager avec les membres de la famille élargie. L'aliénation qui a préoccupé Marx et les sociologues est-elle le prix du progrès?

D'autres coûts humains sont attachés au progrès. L'industrialisation et l'outillage multiplient les possibilités d'accident et de blessures. Pendant les années 1700, le droit commun américain adhérait à la notion de responsabilité stricte. Si l'incendie sur votre terre se propageait à la terre du voisin, il y avait atteinte à ses biens et vous étiez responsables. Il en allait de même si votre cheval blessait un passant. Mais à mesure que se répandait l'usage d'outillage lourd, les tribunaux ont donné la préférence à la notion de négligence, par laquelle seul était responsable celui qui avait fait preuve de négligence coupable (Horwitz 1977, 85). Ainsi, la perte d'un bras pour un travailleur opérant une machine n'était pas le résultat d'un acte direct de la part de l'employeur. D'autre part, cet accident était peut-être le résultat de la maladresse d'un autre ouvrier. Après tout, l'employeur se trouvait dans son bureau lors de l'accident. Autrement dit, ces accidents et ces blessures étaient considérés comme inévitables et ne résultaient pas d'une faute spécifique commise par quelqu'un mais plutôt d'un acte fortuit. Cette notion n'est plus admissible de nos jours.

Certains pays pauvres sont dotés d'un droit du travail complexe, semblable à celui qui est en vigueur dans les pays riches. La loi sur les accidents du travail protège les travailleurs contre le renvoi en cas d'accidents du travail. Il en résulte un coût de la main-d'oeuvre relativement supérieur à ce qu'il était dans l'Amérique du XIXe siècle. Comme le souligne De Soto, certaines entreprises échappent à ces coûts en s'intégrant au secteur traditionnel. Mais le revers de la médaille sera l'absence d'économies d'échelle et le fait qu'elles ne sont pas en mesure de faire appel à la loi pour faire respecter les contrats. Les pays pauvres ont-ils les moyens d'adopter les droits de l'homme en vigueur dans les pays occidentaux? Ces droits n'existaient pas dans les pays occidentaux pendant leur phase d'industrialisation.

La réglementation et les règlements exécutoires des tribunaux en matière de responsabilités sont l'équivalent d'institutions. C'est ainsi que les règles de la responsabilité stricte appliquées par les tribunaux au XVIIIe siècle étaient l'équivalent de notre Agence pour la prévention des accidents du travail et des maladies professionnelles. Par conséquent, il ne s'agit pas tout simplement de choisir entre réglementation ou marché libre, mais de savoir quelles vont être les règles du marché. A qui appartient quoi? Sous un régime socialiste, il existe un règlement indiquant qui paye le coût des soins médicaux et les pertes de salaire pour un travailleur accidenté; dans un régime de marché, il y aura soit un règlement, soit une règle en matière de responsabilité. Que les anciens bureaucrates des pays socialistes qui craignent de perdre leur emploi se rassurent : ils peuvent tous se recycler dans la profession d'avocats où ils ne manqueront pas de clients intentant des procès pour négligence. La question n'est donc pas de choisir entre les règlements et les marchés mais plutôt de savoir quels sont les intrants de production qu'il convient de payer, (autrement dit qui assume le coût du développement).

De nos jours, les décideurs qui se préoccupent de la politique en matière de ressources naturelles, peuvent tirer les leçons d'anciens procès, notamment Lexington et Ohio Railroad c. Applegate⁴ (1839). Dans cette affaire, les habitants ont élevé des objections à la construction de voies ferrées traversant les villes en raison des nuisances de bruit et de poussière. La compagnie des chemins de fer craignait être l'objet d'une injonction à payer des dédommagements à un grand nombre de propriétaires dont la quiétude était ainsi menacée. Les coûts de transaction n'étaient pas négligeables. L'emplacement des biens appartenant aux plaignants aurait affecté la répartition des ressources et la construction des voies ferrées. Pour étonnant que cela puisse paraître, il existait en 1839 une politique de l'environnement qui avait des liens avec l'orientation du développement économique. La Namibie a récemment refusé une somme d'argent contre acceptation d'une décharge de déchets nucléaires. Pensez-vous qu'Union Carbide a construit son usine chimique à Bhopal, en Inde, en raison des lois du pays en matière de responsabilité? Dans les pays d'Afrique et d'Europe de l'Est où la propriété des terres était régie par les principes socialistes, les entreprises publiques avaient les mains totalement libres et n'avaient jamais à payer des dommages-intérêts pour atteinte à l'environnement. Mais aujourd'hui, si ces mêmes industries sont privatisées, qui sera responsable du paiement de ces dommages-intérêts? Qui sont les agents actifs approuvés et qui sont les agents passifs? Les acheteurs privés d'anciennes entreprises d'Etat en Afrique doivent se préoccuper de leur responsabilité en ce qui concerne les anciennes décharges de déchets desdites entreprises. L'attribution de la responsabilité continue de jouer un rôle dans l'orientation du développement économique. Aux Etats-Unis, l'industrie nucléaire privée n'aurait pas pu prospérer face à des risques d'accidents imprévisibles et contre lesquels il n'est probablement pas possible de s'assurer, s'il n'y avait pas eu des limites imposées par la loi à la responsabilité privée pour dommages causés.

Dans un grand nombre de pays en développement, il n'est pas possible de lancer une affaire sans l'autorisation de l'Etat. Il en était de même pendant les premiers temps de la nation américaine. Les entreprises de grande taille devaient obtenir de l'Etat une charte. Ces chartes visaient plusieurs objectifs. Comme on l'a déjà souligné, elles servaient à donner à l'entreprise le sceau d'une institution d'intérêt public et lui attribuaient des droits normalement réservés aux entreprises publiques, notamment le droit de domaine éminent. Elles servaient également à contrôler la concurrence dans un monde où la rentabilité était essentiellement incertaine. Par exemple, l'état de New York offrit à Robert Livingston le monopole des transports sur la Hudson s'il parvenait à inventer un bateau à vapeur dans un certain délai. L'état n'était pas en mesure d'offrir une prime ou de passer un contrat avec les services de recherche d'une université, et la rentabilité prévue n'était pas suffisante pour attirer les investissements privés. En 1808, Livingston et Fulton réussirent à construire le navire à vapeur et en 1811 ils intentèrent un procès à un rival qui opérait lui aussi un navire à vapeur et empiétait donc sur leur monopole (Livingston c. Van Ingen)⁵. Livingston demandait des dommages-intérêts mais également une injonction. Le tribunal devait donc décider s'il existait dans l'affaire un droit de propriété méritant une injonction, laquelle valait bien plus que de simples dommages-intérêts. Horwitz (124) note que "le recours extensif à l'injonction a empêché les défendeurs de porter la défense de leurs droits

devant un jury, où, comme on peut le penser, les préjugés prévalents à l'égard des monopoles auraient amoindri l'enthousiasme avec lesquels les autorités judiciaires ont pu, puisqu'elles n'étaient pas soumises à ce contrôle immédiat, accorder aux demandeurs les protections dont la loi faisait bénéficier les détenteurs de concessions". Le développement ne passe pas toujours par la démocratie.

Donc, le tribunal a protégé les droits d'une entreprise privée aux dépens d'une autre. Qu'en est-il de la notion préconisée par Norths et selon laquelle l'Etat ne doit pas toucher aux droits privés? Les technologies exigent le changement. L'Etat peut-il attribuer une autre concession qui concurrence une concession précédente? Les grandes routes à péage et les ferry boats ont ultérieurement été remplacés par des canaux et des ponts et plus tard par les voies ferrées. L'affaire Charles River Bridge c. Warren Bridge⁵ (1829) a fait jurisprudence. Il y a également eu l'affaire Kutler (1971). Le pont avait été construit en 1785 dans le cadre d'une charte exclusive à une époque où la population de Boston était de 17.000 habitants et celle de Charleston 1.200. En 1827, ces deux chiffres étaient passés respectivement à 60.000 et 8.000. L'investissement initial était de 51.000 dollars auxquels ont été ajoutés 19.000 dollars au titre d'améliorations ultérieures, et en 1827, le péage rapportait 30.000 dollars par an.

Le tribunal a statué qu'il était possible d'attribuer une concession concurrentielle. Les propriétaires du Charles River bridge étaient devenus, aux yeux du tribunal, des collecteurs de loyers n'ayant rien à voir avec le développement. Dès 1833, le tribunal notait que les temps avaient changé et que l'élément d'incertitude avait diminué. Un grand nombre de gros investissements commençaient à être réalisés sans le bénéfice de chartes exclusives. La leçon à tirer est peut-être que les monopoles ont leur rôle à jouer mais qu'il faut savoir les éliminer au bon moment. Certains pays africains estiment que le moment est venu, ce qui ne signifie pas que ces monopoles étaient au départ une mauvaise idée ou que certains ne seront pas un jour rétablis. Nombreux sont les entreprises d'Etat qui jouissent d'un monopole, et lorsqu'elles sont privatisées l'Etat devra décider si oui ou non le maintien du monopole est dans l'intérêt public.

Un pont est un bien spécifique et de ce fait les investisseurs sont exposés à des pertes découlant du comportement opportuniste des clients et, dans ce cas, du Gouvernement qui autorise la construction d'un pont concurrentiel. En l'absence de mesures de protection, on peut prédire que seule une technologie à objectif général sera utilisée (Williamson 1985). On continuera de se servir de radeaux en bois. Il aurait été possible d'élaborer un contrat définissant explicitement les limites de la concurrence. Mais le problème réside dans le fait qu'en raison de l'incertitude fondamentale, un tel contrat sera nécessairement incomplet. L'alternative sera la hiérarchie. Les investisseurs privés ne peuvent pas acheter le Gouvernement, tandis que le Gouvernement peut construire des ponts et agir ainsi en tant qu'entreprise publique. Il autorisera alors la concurrence toutes les fois que les profits découlant de tous les ponts dépassent la perte de l'une quelconque des immobilisations non amorties dans le vieux pont. N'oublions pas toutefois qu'il s'agit ici d'un pays sous-développé et qu'à l'heure actuelle le Fonds monétaire international voudrait

décourager cette ponction sur le budget de l'Etat. D'autre part, un problème d'ordre politique se pose aujourd'hui du fait que la femme du Premier Ministre est la propriétaire du premier pont et souhaite continuer d'en recueillir les profits à perpétuité.

Le contrat incomplet peut être considéré comme un cadre de négociations au sein duquel les parties ne s'imposent mutuellement aucune contrainte et, par conséquent, se gouvernent elles-mêmes. Néanmoins, si les propriétaires du pont sur la Charles River refusent le compromis, le tribunal sera l'arbitre. Il peut alors choisir de façon explicite la voie du développement et choisir le moment où il autorisera l'intervention de la concurrence et de nouvelles technologies, comportement que Schumpeter qualifie de destruction créative. Ou bien il peut choisir de s'appuyer sur les principes juridiques et déclarer que la charte est un contrat sacré et irréductible, mais que, étant donné que l'exclusivité n'y figurait pas de façon explicite, le Gouvernement est autorisé à l'accorder. Le tribunal aurait également pu déclarer que la notion d'exclusivité était implicite dans le contrat.

Les notions d'économies d'échelle et d'actifs spécifiques créent d'énormes problèmes pour les pays en développement désireux de lancer une nouvelle industrie. A supposer qu'une entreprise s'estime capable d'entrer en concurrence avec d'autres sur les marchés mondiaux du sucre, elle aura besoin de construire une grande usine en s'appuyant sur le principe des économies d'échelle et elle devra être assurée d'un nombre suffisant de planteurs de sucre pour l'alimenter de façon adéquate. Et du fait de l'existence d'actifs spécifiques, il ne faut pas que ces planteurs changent d'avis avant que les immobilisations de l'usine aient été amorties. A cet effet, l'entreprise peut essayer de passer des contrats de livraison avec les planteurs dans l'espoir qu'elle a pensé à chaque éventualité. Mais les coûts de cette opération seront élevés et, en raison des risques, il sera peut-être difficile de persuader suffisamment de planteurs de passer de tels contrats. Et, bien entendu, la raffinerie de sucre ne peut pas accepter la possibilité d'une usine concurrentielle. C'est pour cela que le Gouvernement de l'Indonésie a exigé des agriculteurs qu'ils plantent de la canne à sucre et, si ces derniers ne se pliaient pas à cette demande, il autoriserait la raffinerie à cultiver la canne à sucre sur des terres privées avec sa propre main-d'oeuvre rémunérée. Ceci pour éviter que les agriculteurs décident brusquement de cultiver plutôt des légumes parce que les cours viennent de changer.

Des mesures semblables ont été adoptées de nos jours au Kenya pour la culture du thé et du sucre. La Loi sur le thé donne à la Commission de développement de la théiculture le droit de prendre en charge les plantations de thé si le planteur ne les cultive pas. (Buch-Hansen et Marcussen 1987, 541 et Bates 1989). En ce qui concerne le sucre, le Gouvernement préférait un système de contrat passé avec les agriculteurs mais l'entreprise "n'avait pas confiance en la capacité des agriculteurs à livrer une quantité constante et suffisante de canne à sucre à l'usine et ont donc demandé la création d'une plantation industrielle gérée par l'usine (Bates, p 542). La direction de l'usine préférait le système de plantations industrielles et de grandes plantations tandis que l'Etat accordait la préférence aux contrats passés avec de petits exploitants. "Dans le cas où ces derniers ne remplissaient pas leurs obligations, ils recevaient un avertissement. Si après cela ils ne

s'adonnaient pas à la culture qui leur était imposée par le contrat, l'entreprise s'en chargeait et en faisait payer le coût par l'agriculteur". (Bates, 544). Il faut bien sûr pour cela que le Gouvernement soit d'accord.

Il n'est pas raisonnable de compter que tout cela se fera progressivement par la seule intervention du secteur privé. Si l'Etat souhaite l'existence de petits producteurs travaillant sous contrat, il devra fournir des sauvegardes, ou bien, si la loi le permet, l'usine utilisera des plantations industrielles intégrées faisant appel à une main-d'oeuvre rémunérée. Selon Robert Seidman (1968, 542), "l'Etat, en faisant appliquer les accords privés, utilise le monopole de violence qui lui est réservée pour appliquer les normes convenues par les parties aux échanges (et) du fait que chaque fonction de prise de décision contient nécessairement un fort élément de valeur, l'Etat n'est pas et ne peut pas être un arbitre ne tenant compte d'aucune notion de valeur". Le Japon, Singapour, Taïwan ou la Corée n'ont pas confié la direction des affaires au secteur privé, mais c'est une autre question (Amsden 1989; Rauser 1990; et Solo 1991, Ch. 4). La privatisation est un slogan agréable à attendre, mais celui qui y croirait risque d'échouer ou d'être sans le savoir un partenaire dans une structure particulière de croissance et de distribution.

Droit commercial

Une fois qu'un pays a choisi d'être une économie de marché, une multitude d'autres choix devront être faits. Par exemple, si un contrat n'est pas respecté et s'il est fait appel aux tribunaux, il s'agira de choisir entre des dommages-intérêts pour espoirs déçus et des dommages-intérêts pour abus de confiance, il s'agira de définir les règles concernant ce qui constitue une offre et son acceptation, ce qui constitue la violation d'un contrat, les règles d'interprétation et les critères officiels tels que la rédaction et l'enregistrement des contrats. Les gouvernements devront décider si oui ou non ils souhaitent réglementer les principales conditions de certains contrats en faisant appel aux lois usuraires, à celles qui régissent la fraude, les garanties induites, la jouissance des biens à perpétuité, etc.

Une partie fait appel aux lois régissant les contrats toutes les fois que l'autre partie n'a pas respecté les conditions du contrat qui les lie. C'est dans ces lois qu'elles apprennent quelle est la véritable signification des mots utilisés dans le contrat. Et ce sont les lois régissant les contrats qui prévalent toutes les fois qu'une question spécifique qui est en litige n'est pas explicitement mentionnée dans le contrat (par suite d'incertitude quant aux éléments à y inclure ou pour toute autre raison). Du temps où le commerce était stable et les prix étaient ceux en usage, les tribunaux américains pouvaient supposer que tous les contrats impliquaient les prix usuels et pouvaient imposer le paiement conformément à leurs normes de justice, quels que soient les prix indiqués dans le contrat en question. A mesure que les marchés sont devenus spéculatifs, les prix usuels ont disparu. Un grand nombre de pays vont bientôt en faire l'expérience.

Les marchés modernes sont des transactions au présent fondées sur des prévisions futures suggestives (Lowry 1973). Toutes les fois que les éléments sur lesquels une partie au contrat compte sont affectés par la non livraison des biens pour lesquels le contrat a été passé, la perte ne sera

pas le prix desdits biens au moment de l'établissement du contrat mais le prix au moment de la livraison, c'est-à-dire celui que l'acheteur avait à l'esprit. Horwitz (1977, 169-70) note que jusqu'au XIXe siècle, il était rare que le respect des contrats exécutoires soit imposé. C'est ainsi que dans *Muir c. Kay*⁷ (1787), un acheteur de tabac intenta un procès au vendeur pour non livraison de la marchandise, et que le vendeur à son tour intenta un procès pour non paiement. Le tribunal a refusé de faire exécuter le contrat étant donné que l'acheteur n'avait pas encore payé. Dans cette situation, il était supposé que l'acheteur paierait et ensuite intenterait un procès en dédommagement pour non livraison. Mais quelle serait la base du dédommagement? Dans les temps modernes, les choses vont très vite et le tabac en question pourrait déjà avoir été vendu à une tierce partie avant la date de la première livraison. Ce n'est qu'en 1790 qu'un tribunal américain a déclaré que "toutes les fois qu'un contrat est conclu pour la livraison d'un article spécifique, la valeur de cet article au moment fixé pour la livraison représente la somme qu'un plaignant doit recevoir" (*Davis c. Richardson*⁸).

Les tribunaux anglais et les premiers tribunaux américains ont quelquefois invalidé des contrats pour absence de cause, signifiant ainsi que le tribunal pouvait substituer sa propre conception de la valeur équitable aux montants stipulés dans un contrat. Selon Horwitz, cette pratique a dû être abandonnée dans le monde moderne caractérisé par la spéculation et les contrats à force exécutoire. C'est pourquoi les tribunaux ont inventé la "théorie de la volonté", se bornant à faire respecter les volontés des parties. Toutefois, étant donné que la volonté est un élément suggestif, les mots utilisés dans les contrats sont les seuls éléments visibles. Les tribunaux se font donc l'arbitre de la signification de ces mots et de leur implication pour couvrir une éventualité qui n'avait pas été prévue. Et il n'est pas possible d'échapper au rôle actif du Gouvernement.

La signification des mots utilisés dans un contrat ne peut être connue que par référence à la tradition. La tradition a donc été réintroduite pour déterminer l'intention des parties. Mais alors les échanges commerciaux à grande distance sont impossibles. C'est pourquoi il a été nécessaire d'adopter une loi plus vaste que la tradition locale. Comme on le voit ci-après, à partir de 1842, les tribunaux fédéraux ont commencé à mettre en vigueur une conception nationale du droit commercial et ont restreint l'application des lois des états. Une telle initiative sera particulièrement difficile à adopter dans les pays africains, où les frontières des coutumes et celles des nations ne correspondent pas toujours.

Il existe autant de lois que de moyens de se causer mutuellement du tort. La possibilité que l'Etat joue un rôle minime de gardien est un mythe. N'importe quel ouvrage de droit commercial, par exemple *The Sale of Goods*, de P. S. Atiyah, est un exemple spectaculaire de la variété de moyens que l'on peut avoir de se causer mutuellement des ennuis. En voici un exemple. Qui administre le droit de rejeter des marchandises sous prétexte qu'elles ne sont pas conformes au contrat? Supposons que A consent à vendre des pois à B, mais lui livre des haricots. Dans l'intervalle, B vend la marchandise à C sans l'avoir inspectée. Qui, de B ou de C, peut avoir recours à A? Le contrat peut-il être répudié, le paiement suspendu ou, s'il a déjà été effectué, cet argent peut-il être récupéré ou bien B ou C n'auront-ils que la

possibilité d'intenter un procès pour dédommagement et comment ce dernier sera-t-il calculé? Karl Llewellyn (193) décrit l'évolution de la garantie de qualité pendant la période durant laquelle les pays anglophones sont passés du principe de *caveat emptor* (l'acheteur agit à son propre risque) ou du commerce des chevaux aux marchés modernes dans lesquels les vendeurs au sein d'une chaîne de commercialisation se voient imputer de plus grandes responsabilités. Et qu'est-ce que cela a avoir avec le Mali? Il sera difficile de faire référence à la coutume capitaliste dans des pays où les marchés ont opéré en dehors de la légalité. D'autre part, si le droit en vigueur en Angleterre, en France ou en Allemagne est utilisé, correspond-il à l'objectif visé par les pays en développement, si tant est que ces derniers ont réfléchi à cette question autrement qu'en souhaitant être aussi riches que les pays occidentaux. Si l'Amérique a dû rejeter une partie du droit commun anglais pour accommoder sa propre situation et ses propres objectifs, le Mali devra-t-il rejeter certains aspects du droit commercial français? Le droit occidental moderne pourra-t-il fonctionner de façon satisfaisante dans des pays analphabètes et où très peu de transactions commerciales sont enregistrées par écrit? En général, le droit commun s'établit de façon à coller à la situation du pays intéressé tout en choisissant, ce faisant, parmi les intérêts à satisfaire.

Considérons le cas d'une partie tenue par contrat de payer à une date fixée des marchandises précédemment livrées. Cette partie peut apprendre que le fournisseur est au bord de la faillite et pourrait par conséquent accepter un paiement partiel, étant donné qu'il ne peut pas se permettre d'attendre jusqu'à ce qu'un procès pour application d'un contrat et dédommagement vienne devant le tribunal. Jusqu'aux années 1950, les tribunaux aux Etats-Unis appuyaient de telles modifications au contrat, considérant que la partie insolvable avait le choix de s'adresser au marché du crédit pour combler ses insuffisances de fonds jusqu'à ce que le tribunal soit à même de faire appliquer le contrat initial (Teeven 1990, 306). Quel que soit le mérite de cet argument aux Etats-Unis, il semble être moins pertinent s'agissant d'un pays en développement où les marchés des capitaux sont moins efficaces.

Il ressort d'un grand nombre d'enquêtes récentes sur les négociants africains que le nombre de plaintes portant sur les retards de paiements et la complexité des procédures de paiement soit élevé (Kingsbury 1989, 174). Des recherches supplémentaires sont nécessaires pour identifier, le cas échéant, les modifications à la loi susceptibles de réduire ces coûts de transaction. En théorie, il est facile de réduire les barrières juridiques au commerce, mais dans la pratique et du point de vue politique, une telle initiative est difficile. Trouver des lois qui appuient les négociants en leur permettant de réduire le coût de transaction exige une recherche théorique aussi bien qu'empirique.

La disponibilité de marchés d'assurance efficaces est un autre exemple d'un domaine dans lequel les dispositions juridiques en matière de contrats peuvent influencer le développement. Prenons le cas d'un constructeur dont l'ouvrage est détruit avant d'être achevé sans qu'il en soit pour rien. Les tribunaux du XVIIIe siècle aux Etats-Unis statuaient en général en faveur de la responsabilité absolue du constructeur, et il n'était donc pas nécessaire de payer ce dernier pour un travail inachevé (Gilmore 1974, 77-79). Vers la fin du siècle, les tribunaux établirent des exceptions aboutissant au partage

des pertes. La question ne s'est plus posée dès que l'assurance est devenue pratique courante, mais la réduction des risques par le biais du partage des pertes pourrait constituer un instrument valable dans les pays où les petits artisans n'ont pas accès aux marchés des assurances. Le processus compte tout autant que les lois de convenance.

Il serait intéressant de comparer la Législation du Nigéria en matière de contrat de Sagay avec le droit anglais d'Atiya. Le droit et l'économie prétendent être à même de classer les lois en fonction de leur efficacité et, par conséquent, de leur contribution à la croissance économique (Cooter et Rubinfeld 1989). Tout ce que l'on peut dire à cet égard c'est que ces deux matières sont fondées sur des principes dont la plupart relèvent de la déduction et que l'on ne dispose pas d'un matériel empirique important pour les pays de l'Ouest ou les pays de l'Est (Mahoney 1977, Mead 1984, Nee et Young 1991, Snyder 1981).

Instruments négociables, crédit et capitaux

Supposons que A consent à donner à B une quantité de marchandises ou une somme d'argent à une date fixée. B endosse à son tour cette reconnaissance de dette et s'en sert pour régler à C des services que celui-ci lui a rendus, et ainsi de suite. Le procédé est-il légal, et si A ne remplit pas son obligation, est-ce que C peut intenter un procès contre A ou contre l'un quelconque des tiers porteurs? Dans une économie où les liquidités ne sont pas abondantes, la négociabilité de la dette se substitue à l'argent et augmente considérablement la vélocité de ce dernier (Lowry 1973). Toutefois, l'attitude des états américains à l'égard de la négociabilité n'était pas uniforme. On pouvait penser, notamment, que si A avait de bonnes raisons de répudier le contrat passé avec B, cette bonne raison pouvait disparaître du fait que C devait pouvoir compter sur cette reconnaissance de dette endossée une deuxième fois. Le commerce impersonnel à grande distance s'est donc heurté à quelques problèmes individuels.

Les tribunaux fédéraux n'ont établi la notion d'un droit commercial général qui prévaudrait sur les lois des états qu'en 1842, à l'occasion du procès Swift c. Tyson⁹. Et après plusieurs essais plus ou moins réussis, il a fallu attendre 1879, date à laquelle la Cour Suprême des Etats-Unis a décidé qu'une loi du Mississipi limitant la négociabilité des reconnaissances de dette était en violation du droit commercial général (Oastes c. National Bank¹⁰, Le tribunal a adhéré ainsi à la notion de théorie "déclaratoire" selon laquelle les tribunaux se bornent à identifier les règlements préexistants. Cela correspond à ce que le Juge Holmes a appelé "l'idée que la loi est un corps omniprésent dans le firmament". Toutefois, le Juge Story dans son traité publié en 1834 avait déjà noté que les règlements juridiques incompatibles adoptés par les états ne sont pas de simples erreurs de logique mais reflètent les disparités qui existent entre leurs objectifs sociaux. (Horwitz, 246).

En quoi tout cela concerne-t-il le Mali? Les reconnaissances de dette des négociants en céréales sont-elles utilisées comme de l'argent liquide? Les banques prêtent des capitaux sur la base de reçus d'entrepôt, mais ces reçus pourraient-ils être négociables entre particuliers? La difficulté découle-t-elle des niveaux de qualité et de la fiabilité des entrepreneurs, ou

bien de l'attitude à l'égard de ce qui n'est après tout qu'un morceau de papier, ou encore des lois concernant les instruments négociables? Il conviendrait de poursuivre les recherches sur tous ces éléments.

Les études sur les problèmes de crédit dans le secteur agricole des pays en développement sont nombreuses (Weerasooria 1973). Chaque commerçant estime que de nouvelles possibilités s'offriraient à lui s'il pouvait obtenir davantage de crédit. Qu'est-ce que le crédit? C'est, entre autres, un élément de substitution à la coopération. Supposons qu'un négociant en céréales au Mali soit au courant de l'existence d'approvisionnements stockés par les agriculteurs et de possibilités de livraison à Bamako. Il lui faudra du crédit pour pouvoir acheter ces approvisionnements. Il lui faudra des crédits supplémentaires pour acheter des camions de transport, et ainsi de suite pour tous les participants. Mais si ces derniers formaient une entreprise intégrée, ils attendraient que les marchandises se vendent à Bamako. Une équipe de travail familiale ne demande pas de paiement au moment où chaque membre de l'équipe accomplit sa tâche.

Si au cours du processus de réforme monétaire et de réforme du marché un resserrement du crédit survient, les entreprises risquent la faillite et ne peuvent pas payer la facture du fait que leurs clients n'ont pas réglé les leurs. Dans ce contexte, les règles concernant l'échange d'instruments négociables peuvent être particulièrement pertinentes.

Intrusion de la politique dans les lois rationnelles

Quand Hernando De Soto (1989) a pris pour exemple la création fictive d'une fabrique de vêtements au Pérou, il s'est trouvé confronté à une multitude d'obstacles créés par le Gouvernement. Toutefois, il sait qu'un grand nombre des lois et règlements concernant les responsabilités protègent le droit de tout un chacun de ne pas subir des pertes par suite d'actions imputables à d'autres. Certains règlements assurent la sécurité des travailleurs et des consommateurs. Il s'agit là d'un objectif dont les bénéficiaires sont nombreux, bien qu'à mon avis on peut se demander si les pays pauvres ont les moyens de poursuivre de tels objectifs. Quoi qu'il en soit, il est fréquent que ces bonnes intentions deviennent pour les fonctionnaires prétexte à extorquer des pots-de-vin ou à ralentir les formalités. Il est difficile à un pays pauvre d'administrer l'Etat-providence moderne. De Soto recommande à son pays de "remplacer le contrôle réglementaire exercé par l'Etat sur l'économie par un contrôle exprimé sous forme de décisions judiciaires. Cela signifie que l'Etat doit donner accès à tous les ressortissants au marché et étendre à tous l'utilisation d'instruments juridiques qui facilitent la procédure. Cela signifie qu'il faut augmenter le pourcentage des ressources disponibles pour permettre à l'Etat de faire ce que les particuliers ne peuvent pas faire. Enfin, cela signifie que l'Etat délègue à des organisations informelles les responsabilités qu'elles peuvent assurer mieux que lui". (Page 250). Tout cela mérite considération, mais soulève des difficultés dans la pratique. Même dans les pays où les lois et règlements sont adéquats, il n'est pas toujours facile de les rendre accessibles aux petites entreprises.

Horwitz note que la profession juridique est apparue très tôt aux Etats-Unis. Il s'agissait de remplacer les opinions imprévisibles et décousues des jurés

par des principes rationnels. Selon lui, le droit est devenu de plus en plus formaliste à partir de 1850. L'une des expressions de ce formalisme tenait au fait qu'il était permis aux transporteurs publics d'échapper à toute responsabilité par simple notification. Si la société de transport publiait une notice indiquant qu'elle n'acceptait aucune responsabilité, cette notice était interprétée comme un contrat entre l'entreprise et l'utilisateur. La Cour Suprême autorisait donc en 1848 que l'on échappe à l'application du droit commun.

Autre expression de formalisme : les employeurs étaient autorisés à renoncer par contrat aux responsabilités leur incombant au titre du droit commun pour blessures subies sur les lieux du travail. Aucune affaire n'a été portée devant les tribunaux pour blessures ou accident de travail avant 1840, du fait que les apprentis étaient considérés comme membres de la famille. La venue des chemins de fer a été à l'origine d'un emploi plus impersonnel. L'affaire Farwell c. Boston et Worcester R. R.¹¹ permet aux employeurs d'échapper à la responsabilité de droit commun. Horwitz (1977) estime que l'idéologie du contrat a porté atteinte aux notions de droit positif et que "la loi en est venue à se borner à ratifier les formes d'inégalité produites par le système du marché" (210). Autrement dit, les échanges au sein de l'enveloppe de possibilités concernant une partie n'indiquant pas la légitimité de cette enveloppe. Les tribunaux ont à la fois facilité les échanges au sein de l'enveloppe et confirmé ou modifié inévitablement l'enveloppe de possibilités en question. De la sorte, le tribunal n'a pas éludé la question du prix équitable, il a tout simplement confirmé un prix spécifique. Un travailleur ou un utilisateur des transports était en position de négociation faible vis-à-vis d'une entreprise. La réponse à ces problèmes se trouvait dans l'organisation de syndicats. La loi a donc été contrainte de décider si les syndicats représentaient une affreuse conspiration ou une action collective approuvée. Une autre solution fonctionnelle aurait été de s'en tenir à la responsabilité de droit commun. D'une façon ou d'une autre, le Gouvernement est présent. Quelle solution choisira l'Afrique?

La suggestion de De Soto, à savoir que les tribunaux remplacent l'administration directe de la santé, de la sécurité et d'autres objectifs par l'Etat, signifie-t-elle une réduction de l'intervention du Gouvernement et un moyen d'éluder la politique au profit de la rationalité? Selon Horwitz, il y aurait eu au cours du XIXe siècle une alliance entre les hommes de loi américains et les intérêts commerciaux en vue de remplacer la politique courante par une instance juridique d'apparence rationaliste. Il est possible que les perdants, qui n'auraient pas perdu leur procès par les procédures législatives, aient été bernés par cette initiative. Il est possible que De Soto parvienne à bernier les perdants au Pérou et à obtenir du FMI qu'il cesse de presser le Gouvernement péruvien de prendre certaines mesures. Il est possible que les juges ne se bornent pas à remplacer les anciens bureaucrates pris la main dans le sac. Et il est également possible que l'histoire considère tout cela comme étant dans l'intérêt public. Toutefois, les décideurs actuels ne devraient pas être bernés. L'ampleur du budget public ne représente pas la mesure adéquate du rôle de l'Etat s'agissant de choisir entre des intérêts concurrents et de promouvoir un type spécifique de développement. Aux Etats-Unis, le budget d'un grand nombre d'états était constant alors que l'on construisait les routes, les canaux et

les barrages d'usines; mais en fait, un grand nombre des coûts ont été déplacés d'un poste à l'autre à mesure que les micro-institutions du droit commun en matière de propriété et de contrat étaient modifiées.

Les décideurs des pays africains, s'ils ne s'aperçoivent pas qu'il existe plusieurs types de marchés possibles et que l'efficacité découle du choix des droits de propriété qui déterminent le type de développement auquel on assistera, perdront une occasion unique. Il est certes facile de prescrire l'élimination des obstacles aux échanges lorsqu'il en existe. Mais lorsqu'il s'agit de différends entre les agents commerciaux, dont la résolution sélective façonne la voie sur laquelle s'engagera le développement, le cheminement intellectuel est plus difficile. Il ne s'agit pas de se débarrasser d'une loi préjudiciable, mais de créer de façon sélective de nouvelles possibilités qui aideront les gens à accomplir ce qu'ils ne sauraient pas accomplir par eux-mêmes. Et cette tâche ne peut pas s'appuyer sur des principes juridiques ou économiques abstraits, car elle implique l'élaboration politique du type de société et d'économie que souhaite une nation.

References

- Amsden, Alice H. 1989. *Asia's Next Giant: South Korea and Late Industrialization*. New York: Oxford University Press.
- Atiyah, P. S. 1990. *The Sale of Goods*, 8th ed. London: Pitman.
- Bakken, Gordon M. 1983. *The Development of Law on the Rocky Mountain Frontier: Civil Law and Society, 1850-1912*. Westport: Greenwood.
- Bartlett, Randall. 1989. *Economics and Power*. New York: Cambridge University Press.
- Bates, Robert. 1989. *Beyond the Miracle of the Market*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Bonnen, James, Carl Eicher and Allan Schmid. 1964. "Marketing in Economic Development," in Vernon Sorenson, ed. *Agricultural Market Analysis*. East Lansing: Michigan State University, Graduate School of Business Administration.
- Brietzke, Paul. 1974. "Private Law in Ethiopia." *Journal of African Law* 18:149-167.
- Bromley, Daniel. 1989. *Economic Interests and Institutions*. New York: Basil Blackwell.
- Buch-Hansen, Mogens, and Henrik S. Marcussen. 1987. "Agribusiness and Contract Farming," in Ghai, Yash, Robin Luckham and Francis Snyder, eds., *The Political Economy of Law*. Delhi: Oxford University Press.
- Claassen, Emil-Maria, ed. 1992. *Exchange Rate Policies in Developing and Post-Socialist Countries*. San Francisco: International Center for Economic Growth.
- Cohen, Abner. 1965. "The Social Organization of Credit in a West African Cattle Market," *Africa*, 35(1):8-20
- Cohen, Abner. 1971. "Cultural Strategies in the Organization of Trading Diasporas," in C. Meillassoux, ed., *The Development of Indigenous Trade and Markets in West Africa*. London: Oxford University Press, pp. 266-81.
- Commons, John R. 1924. *Legal Foundations of Capitalism*. New York: Macmillan.
- Cooter, Robert D., and Daniel L. Rubinfeld, 1989. "Economic Analysis of Legal Disputes and their Resolution." *Journal of Economic Literature* 27 (3):1067-1097.
- Demsetz, Harold. 1991. "Review of Janos Kornai: The Road to a Free Economy: Shifting from a Socialist System," *Journal of Economic Literature* 24:1213-14.
- De Soto, Hernando. 1989. *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*. New York: Harper and Row.
- Dugger, William. 1990. "The New Institutionalism: New But Not Institutionalist." *Journal of Economic Issues* 24 (June):423-31.

- Field, Alexander. 1991. "Do Legal Systems Matter." *Explorations In Economic History* 28: 1-35.
- Friedman, Lawrence M. 1973. *A History of American Law*. New York: Simon and Schuster.
- Gilmore, Grant. 1974. *The Death of Contract*. Columbus: Ohio State University.
- Goodrich, Carter. 1968. "State In, State Out: A Pattern of Development Policy." *Journal of Economic Issues* 2:365-83.
- Gray, Cheryl W. 1991. "Legal Process and Economic Development: A Case Study of Indonesia," *World Development*, 19(17):763-777.
- Gruchy, Allan G. 1987. *The Reconstruction of Economics*. New York: Greenwood Press.
- Hurst, J. Willard. 1960. *Law and Social Process in United States History*. Ann Arbor: University of Michigan School of Law.
- _____. 1956. *Law and the Conditions of Freedom in the Nineteenth Century United States*. Madison: University of Wisconsin Press.
- Hodgson, Geoffrey. 1988. *Economics and Institutions*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press.
- Horwitz, Morton. 1977. *The Transformation of American Law, 1780-1860*. Cambridge: Harvard University Press.
- Hunt, Eva, and Robert Hunt. 1987. "The Role of Courts in Rural Mexico," in Ghai, Yash, Robin Luckham and Francis Snyder, eds., *The Political Economy of Law*. Delhi: Oxford University Press.
- Johnson, Herbert S. 1981. *Essays on New York Colonial Legal History*. Westport: Greenwood.
- Kingsbury, David. 1989. An Analysis of Price and Non-Price Barriers to Agricultural Marketing and Trade in Southern Africa. Department of Agricultural Economics and Extension, University of Zimbabwe, Harare.
- Kutler, Stanley. 1971. *Privilege and Creative Destruction: The Charles River Bridge Case*. Philadelphia: Lippincott
- Landa, Janet. 1981. A Theory of the Ethnically Homogeneous Middleman Group: An Institutional Alternative to Contract Law, *Journal of Legal Studies*, 10 (June):349-62.
- Llewellyn, Karl. 1936. "On Warranty of Quality, and Society," *Columbia Law Review* 36(5):699-744.
- Lowry, S. Todd. 1973. "Lord Mansfield and the Law Merchant", *Journal of Economic Issues* 7 (4):605-22.

- Macgaffey, Janet. 1987. *Entrepreneurs and Parasites: The Struggle for Indigenous Capitalism in Zaire*. New York: Cambridge University Press.
- Mahoney, Nicholas. 1977. "Contract and Neighborly Exchange Among the Birwa of Botswana," *Journal of African Law* 21:40-65.
- McKinnon, Ronald I. 1991. *The Order of Economic Liberalization: Financial Control in the Transition to a Market Economy*. Baltimore: Johns Hopkins University Press.
- Mead, Donald. 1984. "Of Contracts and Subcontracts: Small Firms in Vertically Dis-Integrated Production/Distribution Systems in LDC'S," *World Development* 12(11/12):1095-1106.
- Nabli, Mustapha, and Jeffrey Nugent, eds. 1989. *The New Institutional Economics and Development*. New York: North Holland.
- Nee, Victor and Frank W. Young. 1991. "Peasant Entrepreneurs in China's Second Economy." *Economic Development and Cultural Change* 39(2):293-310.
- Nelson, William. 1975. *Americanization of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press.
- North, Douglass. 1990. *Institutions, Institutional Change and Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- North, Douglass, and Barry Weingast. 1989. "Constitutions and Commitment: The Evolution of Institutions Governing Public Choice in Seventeenth-Century England." *Journal of Economic History* 49(December):803-32.
- Parsons, Kenneth. 1982. "Transforming the Economic Order in Agricultural Development: Some Issues in Methodology and Policy Formation," unpublished paper, University of Wisconsin.
- Polanyi, Karl. 1957. *The Great Transformation*. Boston: Beacon Press.
- Rusike, Joseph. 1989. *Trader Perceptions of Constraints on Expanding Agricultural Input Trade Among Selected SADCC Countries*. Unpublished paper, University of Zimbabwe, July.
- Sagay, I. E. 1985. *Nigerian Law of Contract*. London: Sweet and Maxwell.
- Samuels, Warren J. 1989. "The Legal-Economic Nexus." *George Washington Law Review* 57:1556-78.
- Samuels, Warren J., and Arthur S. Miller, eds. 1987. *Corporations and Society: Power and Responsibility*. Westport: Greenwood.
- Schmid, A. Allan. 1990. *Ideas for a New Nation: Public Choice and the Legal Foundations of a Market Economy*, Michigan State University Staff Paper No. 90-42, July.

- _____. 1989. "Economy and State: An Institutional Theory of Process and Learning," in Warren Samuels, ed. Fundamentals of the Economic Role of Government, Westport: Greenwood.
- _____. 1987. *Property, Power and Public Choice*. 2nd ed. New York: Praeger.
- _____. 1982. "Symbolic Barriers to Full Employment: The Role of Public Debt," *Journal of Economic Issues* 16(1):281-294.
- _____. 1981. "Innovations Institutionnelles et Ressources Naturelles," Economie Rurale, 143(3) May-June).
- _____. 1960. *Evolution of Michigan Water Laws: Response to Economic Development*, E. Lansing: Michigan Agricultural Experiment Station, Circular Bulletin 227.
- Seidman, Robert C. 1968. "Law and Economic Development in Independent, English-Speaking Sub-Saharan Africa," in Thomas W. Hutchison, et. al. eds. *Africa and Law*. Madison: University of Wisconsin Press.
- Silitshena, R.M.K. 1980. Regulation and the Development of Petty Trade in the Kweneng, *Journal of African Law*, pp. 151-61.
- Simpson, 1979. *The Horwitz Thesis and the History of Contracts*, University of Chicago Law Review, 46: .
- Snyder, Francis G. 1981. *Capitalism and Legal Change: An African Transformation*. New York: Academic Press.
- Staatz, J. M., et. al. 1989, "Cereals Market Liberalization in Mali," *World Development* 17(5):703-718.
- Steffen, Philip. 1990. Impact of the Regulatory Environment on Malian Grain Markets. Bamako: Projet Securite Alimentaire C.E.S.-MSU.
- Teeven, Kevin M. 1990. *A History of the Anglo-American Law of Contract*. Westport: Greenwood.
- UNIDROIT. Uniform Law on International Sales (LUVI), Convention of Vienna, 1980.
- van de Walle, Nicholas. 1989. "Privatization in Developing Countries: A Review of the Issues," *World Development* 17(5):601-616.
- Veblen, Thorstein. 1975. *Theory of Business Enterprise*. Clifton, N.J.: Augustus Kelly.
- Vwakyanakazi, Mukohya. 1982. African Traders in Butembo, Eastern Saire (1960-1980). Ph.D. Thesis, University of Wisconsin.
- Weerasooria, Wickrema, et. al. 1973. *Credit and Security in Ceylon [Sri Lanka]: The Legal Problems of Development Finance*. New York: Crane, Russak and Co.
- Williamson, Oliver. 1985. *The Economic Institutions of Capitalism*. New York: Free Press.