

Canadian journal of law and society

<http://journals.cambridge.org/CLS>

Additional services for **Canadian journal of law and society**:

Email alerts: [Click here](#)

Subscriptions: [Click here](#)

Commercial reprints: [Click here](#)

Terms of use : [Click here](#)



Contrats et internormativité, de Saguenay à Dakar.

Julie Paquin

Canadian journal of law and society / Volume 26 / Issue 02 / August 2011, pp 329 - 351
DOI: 10.3138/cjls.26.2.329, Published online: 02 January 2013

Link to this article: http://journals.cambridge.org/abstract_S0829320100000107

How to cite this article:

Julie Paquin (2011). Contrats et internormativité, de Saguenay à Dakar. . Canadian journal of law and society, 26, pp 329-351 doi:10.3138/cjls.26.2.329

Request Permissions : [Click here](#)



Contrats et internormativité, de Saguenay à Dakar

Julie Paquin¹

In the absence of efficient courts, fewer transactions take place, and those transactions involve only a small group of people linked through kinship, ethnic origin, and previous dealings. [...] Without courts, commercial disputes often end up in feuds, to the detriment of everyone involved.

—Banque mondiale, *Doing Business in 2004*, p. 41

Tout le contrat n'est pas dominé par le besoin de sécurité juridique ; (...) toutes les préoccupations des parties ne sont pas rivées sur l'hypothèse d'un conflit insurmontable et la préfiguration d'un procès en bonne et due forme.

—Jean-Guy Belley, *Le contrat entre droit, économie et société*, 1998, p. 198

Au cours des 20 dernières années, le droit a effectué un retour fort remarqué chez les experts du développement international. Dans la foulée de la Banque mondiale, un nombre croissant d'institutions nationales et internationales ont fait de la réforme du droit un élément important de leurs programmes d'aide aux pays en voie de développement. Des millions de dollars ont été consacrés à la mise en œuvre de programmes de réforme juridique² qui, malgré leurs résultats mitigés, continuent à être considérés comme essentiels à la démocratisation, au développement économique et à la lutte contre la pauvreté.

Parmi les nombreux domaines de réformes considérés, le droit entourant l'exécution des contrats occupe une place de choix. Le nouvel agenda droit et développement voit en effet dans l'absence de mécanismes d'exécution contractuelle efficaces et accessibles à tous la plus importante cause du

¹ LL.B. (Université de Montréal), D.E.A. (Strasbourg), LL.M. (McGill), D.C.L. (McGill). Le projet de recherche sur lequel se fonde cet article a été réalisé dans le cadre de ses études doctorales. Il a bénéficié de l'appui du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada.

² La Banque mondiale indique avoir consacré à elle seule 2.9 milliards de dollars à la réforme du droit entre 1990 et 2006: David M. Trubek, « The 'Rule of Law' in Development Assistance: Past, Present, and Future » dans David M. Trubek et Alvaro Santos, dir., *The New Law and Economic Development: A Critical Appraisal* (New York: Cambridge University Press, 2006). 74, à la p. 74.

sous-développement.³ Dans cette perspective, le droit étatique est perçu comme la pierre d'assise permettant la réalisation d'échanges productifs. L'approche développée par la Banque mondiale ne renie pas pour autant l'existence de formes de normativité non étatiques. La place prépondérante qu'elle accorde à l'analyse économique, d'une part, et, d'autre part, sa conviction que la situation des économies industrialisées diffère fondamentalement de celle des pays en voie de développement à cet égard, l'empêchent cependant de tirer pleinement parti des enseignements issus du travail des sociologues du droit et des juristes pluralistes.

Depuis l'étude de 1963 de Stewart Macaulay⁴ sur les contrats commerciaux, il est généralement accepté que le droit joue un rôle marginal dans la régulation des relations d'affaires.⁵ Vu le petit nombre d'études réalisées par la suite sur cette question⁶, l'ambitieux travail de Jean-Guy Belley sur les contrats entre Alcan et ses fournisseurs au Saguenay constitue une ressource particulièrement précieuse pour tenter de mieux comprendre les articulations entre normes juridiques et non juridiques dans le contexte commercial. Dans le présent article, nous tenterons de voir dans quelle mesure le travail de Belley nous permet de poser un autre regard sur l'internormativité dans les pays en voie de développement et le rôle du droit étatique dans leur développement économique. Nous présenterons d'abord l'approche développée par la Banque mondiale relativement à la normativité non étatique en matière contractuelle. Une étude effectuée auprès de la communauté d'affaires de Dakar et sa mise en rapport avec le travail de Belley nous mèneront finalement à questionner la conceptualisation du rapport entre normes formelles et informelles privilégiée par la Banque mondiale.

1. Droit, développement et exécution des contrats

Ce qui a été appelé le « nouveau mouvement droit et développement »⁷ doit beaucoup à l'émergence et à la popularité croissante qu'a connue la Nouvelle Économie Institutionnelle (NEI) au cours des années 90, sous l'influence de Douglass C. North. Comme son nom l'indique, la NEI met l'accent sur les « institutions » qui sont nécessaires au développement des marchés. Dans la NEI, la notion d'institutions correspond à l'ensemble des contraintes,

³ Selon North, par exemple, « the inability of societies to develop effective, low-cost enforcement of contracts is the most important source of both historical stagnation and contemporary underdevelopment in the Third World. » Douglass C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge: Cambridge University Press, 1990), à la p. 54.

⁴ Stewart Macaulay, « Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study » (1963) 28 *American Sociological Review* 1.

⁵ Voir par exemple Robert E. Scott, « The Case for Formalism in Relational Contract » (2000) 94 *Northwestern University Law Review* 847, à la p. 852: « The debate that divides academics is not over the nature of *contract* as an institution. We are all relationalists now. In that sense, Macneil and Macaulay have swept the field. Contract, we now know, is complex and subjective and synthetic in every sense of those terms. The debate, rather, is over the proper nature of *contract law*. »

⁶ Voir par exemple Russell Korobkin, « Empirical Scholarship in Contract Law: Possibilities and Pitfalls » (2002) *University of Illinois Law Review* 1033, à la p. 1036.

⁷ Pour une comparaison entre l'ancien et le nouveau mouvement, voir David M. Trubek, « Law and Development » dans Neil J. Smelser et Paul B. Baltes, dir., *International Encyclopedia of the Social and Behavioral Sciences* (Oxford: Pergamon, 2001), 8443.

qu'elles soient formelles ou informelles, que les êtres humains mettent en place afin de régir leurs interactions et de réduire l'incertitude. Les institutions établissent non seulement le fondement sur lequel les échanges peuvent être effectués, mais déterminent également les coûts qui leur sont associés.

Selon la NEI, le développement économique dépend de la présence d'institutions qui incitent les individus à être productifs et créatifs,⁸ y compris, au premier chef, celles qui protègent les droits de propriété et assurent l'exécution des contrats. En théorie, ces institutions peuvent être aussi bien étatiques que non étatiques. Cependant, l'accent mis par la Banque sur la mise en place d'institutions formelles indique que, parmi toutes les institutions, certaines sont plus égales que d'autres. En ce qui concerne l'exécution des contrats, les institutions informelles sont considérées comme un mode de régulation approprié pour des transactions relativement simples, entre un nombre restreint de partenaires ; cependant, la réalisation d'échanges plus complexes avec de nouveaux partenaires est présumée impliquer la présence de mécanismes d'exécution d'ordre étatique.⁹ En conséquence, et nonobstant les réserves de North lui-même quant à la possibilité de « réformer » des institutions,¹⁰ la Banque mondiale presse notamment les pays en voie de développement de réformer leurs systèmes juridiques pour assurer une meilleure exécution contractuelle.¹¹

Tout en conservant l'idée d'une certaine hiérarchie entre ordres juridiques étatiques et non-étatiques, la terminologie « institutionnelle » se distingue néanmoins des approches antérieures relativement à la conceptualisation des relations entre ces ordres juridiques. Alors que le premier mouvement droit et développement mettait l'accent sur le caractère « culturel » et « coutumier » des ordres juridiques informels, et la nécessité de changer la culture locale pour assurer l'effectivité du droit « moderne »,¹² les ordres juridiques non étatiques sont maintenant conçus comme des alternatives au droit étatique, qui émergent et persistent en raison de leur capacité d'imposer à moindre coût des sanctions aussi, voire plus, efficaces que celles à la disposition des tribunaux.¹³ En effet, suivant la logique économique dominante,

⁸ North, *supra* note 3, à la p. 110: « Third World countries are poor because the institutional constraints define a set of payoffs to political/economic activity that do not encourage productive activity. »

⁹ World Bank, *World Development Report 2002: Building Institutions for Markets* (New York: Oxford University Press, 2002), à la p. 6: « [a]s countries develop, the number and range of partners that market participants deal with increases and market transactions become more complicated, demanding more formal institutions. »

¹⁰ Voir Douglass C. North, « Institutions and the Performance of Economies Over Time » dans Claude Menard et Mary M. Shirley, dir., *Handbook of New Institutional Economics* (Dordrecht: Springer, 2005), 21, à la p. 28.

¹¹ Dans l'approche fondée sur le « benchmarking » développée par la Banque, le nombre de jours requis pour l'exécution d'un contrat type a d'ailleurs été élevé au rang d'indicateur de la qualité du climat des investissements dans un pays donné : voir World Bank, *Doing Business in 2004: Understanding Regulation* (Washington: World Bank / Oxford University Press, 2004).

¹² Trubek, *supra* note 2, 76.

¹³ Ces sanctions sont de deux types : les sanctions relationnelles impliquent la fin de la relation d'affaires, les sanctions réputationnelles se fondent sur la valeur économique attribuée à la préservation d'une bonne réputation dans le milieu en cause. Voir Avner Greif, « Contracting, Enforcement, and Efficiency: Economics beyond the Law » dans

l'efficacité des institutions est le seul facteur justifiant le choix des individus d'y recourir ou non. Nul besoin de changement culturel : le succès du droit dépend essentiellement d'un bon alignement des « incitations ».

Au cours des 20 dernières années, de nombreux travaux ont ainsi évoqué l'efficacité comme facteur explicatif du choix faits par certains groupes de personnes de délaisser les tribunaux au profit de « systèmes juridiques privés » leur permettant de régler leur conduite sans avoir recours au droit. Une revue de ces études indique cependant que leurs approches varient grandement selon qu'elles portent sur des pays industrialisés ou des pays en voie de développement. Alors que, dans le premier cas, on prend soin de décrire de façon détaillée les « alternatives » développées en mettant l'accent sur les conditions particulières justifiant leur existence,¹⁴ les études portant sur des pays en voie de développement se contentent généralement de présumer que l'absence de recours au droit est nécessairement liée à la présence d'ordres informels, dont l'existence découle elle-même de l'inefficacité (également présumée) du système juridique étatique.¹⁵ De plus, ces ordres sont généralement conceptualisés comme fondés sur l'existence de communautés « tissées serrées » qui, bien qu'aptés à appliquer des sanctions en cas de mauvaise conduite, ont le désavantage d'ériger en retour d'importantes « barrières à l'entrée » pour les acteurs qui n'en font pas partie.

L'état de la recherche sur les ordres informels dans les pays en voie de développement est en quelque sorte le produit d'un cercle vicieux méthodologique. Tenant pour acquis la centralité du rôle des tribunaux dans l'exécution contractuelle ainsi que l'incapacité des tribunaux des pays en

M. Bruno et B. Pleskovic, dir., *Annual World Bank Conference on Development Economics 1996* (Washington, D.C.: The World Bank, 1997), 239, à la p. 246: « [t]he extent to which these mechanisms were and are used in an economy with a relatively well-developed legal system suggests that they enhance efficiency relative to exchange based exclusively on legally enforceable bilateral contracts. » Voir aussi Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991, à la p. 282: « one reason people are frequently willing to ignore law is that they often possess more expeditious means for achieving order ».

¹⁴ Voir par exemple Lisa Bernstein, « Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms » (1996) 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1765; Lisa Bernstein, « Opting Out of the Legal System: Extralegal Contracting in the Diamond Industry » (1992) 21 *Journal of Legal Studies* 115; Lisa Bernstein, « Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation through Rules, Norms, and Institutions » (2001) 99 *Michigan Law Review* 1724; Lisa Bernstein, « The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study » (1999) 66 *University of Chicago Law Review* 710; James A. Acheson, « The Social Organization of the Maine Lobster Market » dans Stuart Plattner, dir., *Markets and Marketing* (Lanham, MD: University Press of the Americas, 1990), 105; James Acheson, « Transaction Costs and Business Strategies in a Mexican Indian Pueblo » dans James Acheson, dir., *Anthropology and Institutional Economics* (Lanham: University Press of America, 1994), 143; Eric A. Feldman, « The Tuna Court: Law and Norms in the World's Premier Fish Market » (2006) 94 *California Law Review*.

¹⁵ Voir par exemple John McMillan et Christopher Woodruff, « Dispute Prevention without Courts in Vietnam » (1999) 15 *Journal of Law, Economics, and Organization* 637; Simon Johnson, John McMillan et Christopher Woodruff, « Courts and Relational Contracts » (2002) 18 *Journal of Law, Economics et Organization* 221; John McMillan et Christopher Woodruff, « Private Ordering Under Dysfunctional Public Order » (2000) 98 *Michigan Law Review* 2421.

voie de développement à remplir efficacement ce rôle, les chercheurs en déduisent que, si des contrats y sont tout de même conclus, c'est qu'il y existe forcément des ordres juridiques informels de substitution. La nécessité logique de ces ordres rend ainsi superflu tout effort de les documenter de façon détaillée ; la pénurie de données qui découle de cet état de fait permet à son tour aux chercheurs de se conforter dans l'idée que ces ordres sont de toute façon des choix de deuxième catégorie appelés à disparaître avec l'apparition d'institutions étatiques dignes de ce nom. On en conclut que le transfert d'institutions informelles inefficaces vers les nouvelles institutions formelles « améliorées » se fera automatiquement, dans la mesure où les individus ont l'information nécessaire pour effectuer un choix éclairé. De plus, en créant de nouvelles possibilités d'échange et en augmentant le niveau de concurrence sur le marché, les nouvelles institutions auront pour effet de réduire d'autant plus l'efficacité, et donc l'attrait, des alternatives informelles, et de stimuler la demande pour des institutions formelles. En d'autres mots, la réforme du droit créera en elle-même les conditions nécessaires à son succès.¹⁶

En voyant le droit comme une « institution » parmi d'autres, la NEI se rapproche de la doctrine traditionnelle du pluralisme juridique, pour lequel le droit étatique n'est qu'un des multiples « ordres juridiques » régissant la vie sociale. Tout comme les pluralistes traditionnels, la NEI conçoit la co-existence de ces différents ordres normatifs comme s'exerçant « de façon paisible, sur la base d'une segmentation des compétences dans l'espace et dans le temps. »¹⁷ Normes sociales et systèmes juridiques privés plus ou moins formalisés sont destinés à s'appliquer à une frange restreinte de la population, laissant le champ libre au droit étatique dans la régulation des rapports « inter-communautaires ». ¹⁸ La différence fondamentale entre ces deux approches semble plutôt se situer au niveau de la définition de ce qui constitue une « communauté ». En réponse à l'accent mis par les pluralistes sur la création de normes, les économistes institutionnalistes insistent plutôt sur les « sanctions » découlant de la violation de ces normes et tracent les frontières entre ordres juridiques en fonction des limites au-delà desquelles les sanctions « communautaires » cessent d'être efficaces, rendant nécessaire le recours à l'État nécessaire. Dans cette perspective, les ordres normatifs non étatiques ne sont plus tant une forme d'opposition ou de résistance au droit de l'État que des solutions de rechange aux tribunaux dont la popularité dépend de l'efficacité relative de chacune des options disponibles.

¹⁶ World Bank, *supra* note 9, ch. 9.

¹⁷ Jean-Guy Belley, *Le contrat entre droit, économie et société* (Cowansville: Yvon Blais, 1998), à la p. 241.

¹⁸ Comme le notent Kleinhans et Macdonald, le pluralisme juridique traditionnelle, que ce soit sous sa forme « forte » ou « faible », tient pour acquis que les ordres juridiques « possess a positivity that is grounded, indifferently, in semi-autonomous social fields, in workplaces, in neighborhoods, in ethnic identity, in religious affiliation, in virtual communities, and so forth. » : Martha-Marie Kleinhans et Roderick A. Macdonald, « What Is a Critical Legal Pluralism? » (1997) 12 *Canadian Journal of Law and Society* 25, à la p. 39.

Le travail de Jean-Guy Belley nous invite à repenser ces oppositions. Ses analyses du contrat privilégient en effet une compréhension du pluralisme juridique comme découlant non pas du respect des juridictions respectives des ordres normatifs mais plutôt de leur interaction négociée.¹⁹ Dans cette perspective, « l'internormativité se conçoit comme un phénomène de conjonction de deux normativités plutôt que de remplacement de l'une par l'autre ou d'existence simultanée dans des sphères séparées ». ²⁰ De même, « la problématique de l'internormativité se ramène pour l'essentiel à l'étude des types de conjonction des normativités ou des modes de combinaison des éléments légaux, statutaires et contractuels à travers lesquels se réalise la régulation des échanges économiques. » ²¹

Dans quelle mesure cette conception de l'internormativité est-elle pertinente à notre compréhension de la réalité des échanges dans les pays en voie de développement ? C'est la question à laquelle nous tenterons de répondre dans le reste de cet article. Prenant au sérieux l'affirmation de Belley selon laquelle « [s]eule l'observation empirique permettra de connaître les régimes de conflit, de concurrence, de coopération, ou d'ignorance mutuelle que peuvent établir entre eux les ordres juridiques », ²² c'est à la lumière des résultats d'une étude des pratiques contractuelles des petites et moyennes entreprises de la région de Dakar²³ que nous tenterons de décrire les ordres juridiques participant à l'orientation normative des échanges qui y sont réalisés et les différents contrats auxquels les interactions entre ces ordres donnent lieu.

2. Contrats d'affaires et internormativité à Dakar

2.1 Faire des affaires à Dakar

Dakar est la capitale de l'État du Sénégal. Située sur la péninsule du Cape-Vert, sur la côte Atlantique, Dakar est un important port régional. Avec ses plus de deux millions d'habitants, soit environ le quart de la population du pays, elle est aussi l'une des plus grandes villes d'Afrique de l'Ouest. Sa population est issue de plusieurs groupes ethniques, dont l'ethnie wolof, qui représente environ 40 % des habitants de la ville. Le wolof est également la *lingua franca* du Sénégal, dont la langue officielle est cependant le français. Plus de 90 % des Sénégalais sont musulmans.

Dakar compte un grand nombre d'entreprises de toute taille. Les grandes entreprises, peu nombreuses, sont issues pour la plupart des grandes sociétés de commerce de l'époque coloniale ou encore de la récente privatisation massive de sociétés d'État. Elles sont nettement dominées par le capital étranger, essentiellement français. A l'autre bout du spectre, on compte un nombre

¹⁹ Belley, *supra* note 17, à la p. 243.

²⁰ Ibid., à la p. 204.

²¹ Ibid., à la p. 205.

²² Ibid., à la p. 246.

²³ Les données présentées ont été recueillies dans le cadre d'entrevues réalisées entre janvier et mars 2006 avec les propriétaires ou gestionnaires de 30 PME de Dakar.

considérable de micro-entreprises de moins de cinq personnes œuvrant essentiellement dans le commerce et l'artisanat. Entre ces deux catégories se trouvent un grand nombre de petites et moyennes entreprises de tailles diverses, actives dans tous les secteurs d'activités.

L'économie sénégalaise est souvent décrite comme composée de deux secteurs distincts : le secteur formel et le secteur informel. En pratique, cependant, la notion d'informalité demeure floue,²⁴ ce qui rend la frontière entre les deux secteurs plutôt difficile à tracer.²⁵

Les PME dakaroises exercent leurs activités dans un contexte particulier. D'abord, les Dakarais en général ont à faire face à un nombre élevé de problèmes sur lesquels ils n'ont que peu de contrôle. Les conditions climatiques, les défaillances du système de transport et le manque de ressources financières des clients, notamment, limitent grandement la capacité des acteurs économiques de satisfaire à leurs obligations, comme en fait foi la fréquence élevée des violations contractuelles. La plupart des répondants nous ont indiqué devoir composer très régulièrement avec des retards de paiement et de livraison. De plus, puisqu'elles disposent rarement d'un fonds de roulement suffisant et ont un accès très limité au crédit bancaire, les PME sont particulièrement mal placées pour faire face à de tels imprévus. En cas de difficulté, elles doivent souvent régler leurs problèmes de liquidités en les répercutant sur leurs propres fournisseurs. Par ailleurs, et malgré son statut dans la région, Dakar représente un petit marché. Les fournisseurs locaux sont souvent peu

²⁴ Deux critères sont généralement utilisés concurremment ou séparément pour déterminer si une entreprise est formelle ou informelle, soit la taille de l'entreprise et son respect de la réglementation, dont au premier chef les exigences d'enregistrement et de paiement des impôts. Ces deux facteurs sont évidemment liés, puisqu'il est plus difficile pour une entreprise de grande taille que pour une micro-entreprise d'échapper aux contrôles étatiques. L'utilisation de l'un ou l'autre des critères a cependant des conséquences non négligeables quand vient le moment de déterminer les mesures appropriées pour réduire la taille du secteur informel. Alors que, dans l'approche réglementaire, la réponse à l'informalisation de l'économie consiste à mener une lutte contre l'informalité dans le but d'élargir l'assiette fiscale, une approche basée sur les critères de taille et de complexité des opérations visera plutôt à appuyer les micro-entreprises et vue de leur croissance et, ce faisant, de leur entrée dans le secteur formel. Un troisième critère, de nature historique, mérite d'être mentionné. En effet, pour les entreprises sénégalaises, l'appartenance au secteur formel et informel semble dépendre des réseaux sur lesquels l'entreprise s'appuie pour exercer ses activités, le secteur informel étant généralement associé aux réseaux de contrebande ayant émergé dans les années 1970 et 1980, en parallèle avec la mainmise de la nouvelle bourgeoisie bureaucratique sur le secteur industriel: Samir Amin, *Impérialisme et sous-développement en Afrique* (Paris: 1976), p. 160. Ainsi, l'UNACOIS, association d'entreprises qui se positionne comme représentant les entreprises informelles, est contrôlée par de grandes entreprises « issues de l'informel » qui, malgré leurs plaidoyers pour la réduction ou l'abolition des charges fiscales, ont atteint un certain degré de formalisation. Sur la distinction formel-informel dans le contexte sénégalais, voir Laurence Marfaing et Mariam Sow, « Les commerçants sénégalais et le commerce des années 1930 à nos jours : entre le formel et l'informel. Structures parallèles/informelles: du dualisme à l'interdépendance » dans Leonhard Harding, Laurence Marfaing et Mariam Sow, dirs., *Les opérateurs économiques et l'État au Sénégal* (Hamburg: LIT, 1998).

²⁵ Se reporter, par exemple, à l'analyse de la notion d'informalité réalisée par la Banque mondiale dans World Bank, *World Development Report 2005: A Better Investment Climate for Everyone* (New York: World Bank and Oxford University Press, 2004), pp. 61-62, qui suggère que l'informalité n'est pas une catégorie mais une question de degré de respect des règles en vigueur.

nombreux ou même inexistants pour certains produits ou services, surtout pour les commandes visant de grandes quantités ou lorsque la qualité des biens et services est un enjeu important. Quant à la clientèle locale, elle a en général un pouvoir d'achat limité. Peu d'entreprises ou d'individus ont les moyens de se procurer des biens et services spécialisés. Ces inconvénients ne peuvent être compensés par le recours aux marchés étrangers, qui, en raison des coûts financiers impliqués ainsi que de leur faible pouvoir d'achat, demeurent peu accessibles pour les PME. En conséquence, les PME dakaroises sont généralement grandement dépendantes de leurs clients et/ou de leurs fournisseurs.

Nous avons choisi de rencontrer des représentants de trente de ces entreprises. Les entreprises sélectionnées comptaient entre 5 et 150 employés permanents et représentaient différents secteurs d'activités, allant du commerce de produits de base (textile, alimentation . . .) à la fourniture de services informatiques. Malgré leur variété, ces PME partageaient plusieurs points communs. D'abord, les personnes interrogées considéraient avoir à gérer de façon très régulière, sinon quotidienne, les problèmes découlant de manquements contractuels. Plusieurs ont mentionné la fréquence des violations contractuelles, dont au premier chef les délais et défauts de paiement, comme le principal problème auquel ils ont à faire face comme gestionnaires. Ensuite, les personnes interrogées faisaient généralement état d'une attitude positive envers les tribunaux judiciaires. En fait, nous avons été surpris de constater que, contrairement à ce que la littérature sur l'état du droit en Afrique suggère, la grande majorité des personnes interrogées ne remettaient pas en cause la légitimité ou la pertinence du système juridique étatique. Les personnes interrogées avaient en général une opinion favorable du fonctionnement du droit et des tribunaux. Plusieurs d'entre elles avaient d'ailleurs eu l'occasion de faire appel au système judiciaire ou d'être en contact avec lui, que ce soit comme témoin à un procès ou par l'intermédiaire de parents ou d'amis juristes.

« Moi je crois que quand même on a un système judiciaire qui est assez puissant, assez compétent, les gens ici la justice, c'est des gens qui connaissent bien le droit, et à mon sens ils travaillent bien. »

« Je ne suis pas juriste, je ne suis pas trop confronté à la loi, mais je sais que par rapport à l'environnement juridique des entreprises, ça permet aux entreprises de bien se mouvoir, de bien se développer. »

Cependant, les personnes interrogées ont aussi indiqué faire très peu appel au droit et au système judiciaire pour régler leurs problèmes contractuels. La principale raison invoquée à ce sujet concerne l'incapacité du système judiciaire à fournir rapidement des solutions aux problèmes urgents découlant des manquements contractuels. Un recours judiciaire peut en effet difficilement donner aux entreprises les liquidités ou les fournitures dont elles ont besoin à court terme afin de pouvoir poursuivre leurs opérations.

« par exemple pendant la période des fêtes, on a vite besoin de nos marchandises ; si on a des problèmes, qu'on dit on va devant les tribunaux, on suit la procédure, tu vas avoir des commandes qui

seront pas honorées, et après les fêtes tu vas voir tes stocks s'accumuler, personne ne va venir acheter. C'est notre intérêt de trouver vite un terrain d'entente. »

A cet égard, il est intéressant de noter que le droit commercial sénégalais a subi une réforme importante au cours des dernières années par la mise en œuvre du droit uniformisé régional de l'OHADA,²⁶ dont un des objectifs était justement de fournir des voies efficaces de règlement des différends commerciaux.²⁷ Le fait que cette réforme ne prévoyait pas la mise en place de tribunaux spécialisés en matière commerciale pourrait expliquer l'incapacité du système judiciaire à répondre aux objectifs de rapidité généralement associés au droit commercial. Cependant, il faut mentionner que même le système judiciaire le plus rapide et le moins coûteux sera difficilement en mesure de fournir des solutions satisfaisantes à des parties dont les préoccupations quotidiennes sont centrées sur la gestion de leurs liquidités et leur capacité à poursuivre leurs activités et à satisfaire leurs obligations.

Un deuxième facteur concerne le fait que le droit est incapable d'assurer l'application de contrats ou le paiement de dommages dans les cas où la violation est due à l'incapacité de l'autre partie. Dans de tels cas, le recours au système judiciaire aurait pour seul effet d'entraîner la partie défaillante à la faillite, sans entraîner de bénéfices pour le demandeur.

« La justice a pour dire que le gars, il paie, s'il n'a pas d'argent il ne peut pas payer. »

« [Un client qui] a un problème, qui peut arriver à tout le monde, [si] vous portez plainte contre lui [...] vous allez obtenir quoi ? Vous allez payer un avocat, machin, des frais, pour ne rien avoir. »

Malgré cela, les personnes interrogées accordaient une certaine importance à la forme de leurs contrats ainsi qu'à leur contenu. Une bonne proportion des personnes interrogées ont fait part de l'importance de documenter chaque transaction et indiqué qu'ils recouraient aux services d'un avocat avant de signer des contrats dépassant un certain seuil de complexité.

Le taux très élevé de violation contractuelle observé à Dakar suggère que, malgré la bonne opinion qu'ont les entreprises du système judiciaire, ils ne remplissent pas le rôle qu'on leur attribue en matière de prévention des problèmes contractuels. Il en découle trois questions principales : qu'est-ce qui explique le faible impact du droit étatique sur les pratiques contractuelles ?

²⁶ L'acronyme OHADA désigne l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, qui regroupe 16 pays d'Afrique de l'Ouest et d'Afrique centrale, dont une majorité d'anciennes colonies françaises.

²⁷ Voir le Traité relatif à l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires, Journal Officiel de l'OHADA N° 4, 1er novembre 1997, Article 1: « Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en oeuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels. » Le texte du traité est disponible en ligne au <http://www.ohada.org/traite-ohada-initial.html>

Quels sont les modes de régulation auxquels les gens d'affaires font appel pour gérer leurs relations contractuelles, et quels rapports ces modes entretiennent-ils avec le droit étatique ? Et quels sont les facteurs justifiant le souci de « contractualiser » les relations d'affaires malgré l'improbabilité de l'exécution judiciaire des obligations ainsi formalisées ?

Nous nous proposons de répondre à ces questions sur la base de l'hypothèse de l'internormativité. Pour ce faire, il s'agit d'identifier les ordres normatifs pertinents en matière de relations contractuelles dans le contexte dakarois. L'examen des relations de juxtaposition ou d'opposition entre ces différents ordres nous permettra de mieux comprendre les différentes logiques à la base des pratiques contractuelles observées à Dakar.

2.2 Les ordres normatifs de Dakar

La très grande majorité des transactions conclues par les PME de Dakar sont peu complexes, et visent l'achat de biens ou de services, au comptant ou à crédit. Cette description faillit néanmoins à traduire la grande diversité des rapports contractuels noués entre les acteurs économiques. Comprendre les contrats dakarois implique d'abord de comprendre les rapports qu'ils entretiennent avec le contexte social dans lequel s'inscrivent les échanges. Suivant Belley et, avant lui, Sally Falk Moore, nous proposons de définir ce contexte social comme un ensemble de « champs sociaux semi-autonomes » établissant « un ensemble de règles, normes ou principes sanctionnés au sein d'un cadre social plus ou moins défini ».²⁸

L'étude de terrain réalisée à Dakar a permis l'identification de cinq ordres normatifs de ce type. Le premier de ces ordres est constitué des normes de droit positif appliquées par les tribunaux judiciaires locaux. En ce qui concerne le droit des affaires, les normes actuellement en vigueur au Sénégal sont, comme il a été mentionné plus haut, celles du droit OHADA, un droit régional qui s'applique directement dans les États membres de l'Organisation et fortement inspiré du droit français.²⁹

Le deuxième ordre juridique observé relève du réseau des petits acteurs économiques locaux, qu'il s'agisse d'entreprises ou d'individus. Il est formé des normes informelles régissant les relations d'affaires au plan local, et comprend des obligations comme le partage des risques, le support mutuel, la confiance et le respect. La fonction première de ces normes est de permettre à ces entreprises de gérer les risques et les difficultés liés au contexte économique particulier dans lequel elles exercent leurs activités. Dans un contexte d'incertitude et de vulnérabilité aux chocs, l'appel à la solidarité constitue une manière de régler les problèmes au quotidien et de préserver des relations qui pourraient s'avérer utiles dans l'avenir. La flexibilité et le sens du compromis constituent également une forme d'assurance pour l'avenir, toute faveur

²⁸ Belley, *supra* note 17, à la p. 247.

²⁹ Voir par exemple Mamadou Koné, *Le nouveau droit commercial des pays de l'OHADA: comparaisons avec le droit français* (Paris: LGDJ, 2003).

consentie à un partenaire donnant lieu à une obligation implicite de sa part de rendre la pareille en cas de besoin.

« Souvent, [ces clients-là] ont des problèmes de budget. Donc on est obligés de les aider un peu, quoi. Mais ils comprennent après en disant, oui, ça, c'est des partenaires, c'est pas des gens qui viennent juste chercher de l'argent, c'est des partenaires. Après, quand on est vraiment bloqués, ils se débrouillent pour nous payer un petit peu quand même, pour nous soulager, qu'on puisse payer aussi nos fournisseurs, pour qu'on puisse continuer à collaborer. »

« On est très souples. Parce qu'on sait que c'est pas toujours facile, bon, y a un problème de trésorerie, nous aussi on demande aux autres donc on doit pouvoir essayer de comprendre les autres. »

Le troisième ordre normatif renvoie à la communauté sociale à laquelle appartiennent les entrepreneurs en tant qu'individus. Il prévoit les règles régissant la manière de se comporter face aux différents membres de la communauté dakaroise, conçue comme un ensemble de liens sociaux hétérogènes arrangés en sous-réseaux plus ou moins étroitement imbriqués les uns dans les autres. Chacun de ces sous-réseaux ayant en quelque sorte une normativité qui lui est propre, l'ordre normatif communautaire regroupe en fait de multiples sous-ordres. Aux fins de simplification, nous proposons de diviser ces sous-ordres en trois catégories. La première catégorie vise l'ensemble des liens sociaux unissant les Dakarois et définit les conduites considérées comme acceptables ou inacceptables de façon générale. La deuxième comprend les règles de conduite applicables entre « relations », ce terme visant l'ensemble des relations interpersonnelles plus ou moins soutenues et intimes qu'entretient un individu. Enfin la troisième catégorie comprend les règles applicables entre les personnes considérées comme des proches et envers lesquelles l'entrepreneur se sent obligé pour des raisons diverses. Comme le mentionne un participant,

« Y a deux façons de connaissance. Y a des connaissances d'entourage que vous êtes connaissances depuis des générations quoi, et y a des connaissances que tu connais à peine 1 mois, 2 mois, 1 an quoi. Mais des gens que tu habites le même quartier pendant des années, tes parents se connaissent, quoi ... ».

Ces trois sous-ordres entretiennent des rapports étroits. C'est la force des obligations, plutôt que leur contenu normatif, qui est appelée à changer selon la distance qui sépare deux individus au plan social. Les normes relevant de l'ordre normatif communautaire mettent l'accent sur la solidarité, la flexibilité, et le sens du compromis. Les Dakarois se voient en général comme des gens qui aiment négocier et pour qui tous les problèmes peuvent être résolus à l'amiable. De nombreux répondants ont décrit la culture locale comme une culture « de compromis » appelant les parties au dialogue et voyant d'un mauvais œil le recours aux tribunaux. L'ordre communautaire est également caractérisé par une compréhension du conflit comme phénomène mettant en cause l'ensemble de l'ordre social et nécessitant une réponse

collective. Ainsi, une pratique répandue consiste, pour des personnes en désaccord, à faire appel à des « relations » afin d'obtenir leur appui dans le règlement des différends interpersonnels.

« Comme au Sénégal tout le monde se connaît, hein, d'une manière générale, tout le monde se connaît, donc il nous arrive de faire intervenir des relations. (...) C'est un petit pays hein... Ça peut être un membre de la famille, un promotionnaire... On utilise beaucoup de réseaux informels pour régler des conflits. »

La force de persuasion des « relations » en question relève essentiellement de leur position absolue dans le réseau social et de la distance sociale entre les elles et la partie visée, qui déterminent la capacité de chacun de refuser ou non la faveur demandée. C'est donc l'identité de la relation, plutôt que le type d'arguments auxquels elle a recours, qui détermine sa valeur.

Le quatrième ordre juridique est celui des affaires en général, ou du « marché ». Cet ordre détermine les règles du jeu applicables avec les partenaires situés à l'extérieur du marché purement local. Il définit les normes de conduite et de moralité professionnelle auxquelles se réfèrent les acteurs pour déterminer le « sérieux » et la « compétence » de partenaires potentiels. Ces règles, dont le respect est essentiel pour avoir accès tant à du financement qu'à de nouveaux marchés, établissent également la place de chacun dans la hiérarchie.

Enfin, le cinquième ordre relève des organismes d'État et de certaines entreprises nationales ou multinationales plus ou moins bureaucratisées, fonctionnant sur la base de règles formelles, notamment en matière d'approvisionnement. Ces organisations imposent tant à leurs employés qu'à leurs cocontractants des manières de procéder relevant de leur propre logique interne et visant à satisfaire leurs besoins en matière d'organisation et de contrôle des opérations.

Les cinq ordres normatifs identifiés ne sont pas indépendants les uns des autres. Leur enchevêtrement est d'autant plus important du fait de la petite taille de la ville et de la communauté d'affaires locale. D'une part, on constate de nombreux recoupements entre les différents réseaux qui créent le tissu social. Dans la plupart des cas, les partenaires d'affaires sont d'abord des « relations », amis, parents ou connaissances diverses. D'autre part, l'interdépendance entre les acteurs économiques fait en sorte que la plupart des relations d'affaires relèvent du long terme, ce qui favorise le développement de liens interpersonnels entre les parties. Cet enchevêtrement est aussi amplifié par l'importation dans la sphère des affaires de la pratique du recours au « relationnel » issue de la sphère communautaire. En effet, selon les répondants, il n'est pas rare de voir l'une ou l'autre des parties à un contrat d'affaires solliciter l'intervention d'une « relation » commune afin d'obtenir du crédit, un délai de paiement additionnel, l'embauche d'une personne particulière ou une autre faveur. L'intervention d'un parent ou d'un ami, par exemple, permettra ainsi l'importation dans un ordre donné des normes relevant de l'ordre communautaire.

Les ordres normatifs identifiés diffèrent sur plusieurs plans. La Figure 1 ci-dessous illustre leurs différences relativement à deux dimensions. La première concerne les objectifs recherchés par les modes de régulation des relations d'affaires impliqués. Les ordres mettant l'accent sur la recherche de l'harmonie et d'un certain équilibre entre les parties s'opposent ainsi à ceux qui visent la satisfaction des intérêts individuels. Entre les deux extrêmes, on trouve le droit des tribunaux, dont la fonction est de tempérer les lois du marché en imposant un certain nombre d'obligations de bonne conduite, sous peine de recours judiciaire. La deuxième dimension concerne le type de sanctions utilisées pour assurer l'application des normes établies. Celles-ci varient selon qu'elles impliquent l'entreprise elle-même, le partenaire d'affaires concerné, des « relations » de toutes sortes ou une tierce partie neutre.

La Figure 1 illustre également les rapports entre les ordres normatifs. Deux sous-ensembles se dessinent : d'un côté, les normes locales des gens d'affaires et de la communauté en général, qui mettent l'accent sur la solidarité et la flexibilité dans le cadre de rapports personnalisés. De l'autre, les ordres relevant de l'État, du marché global et des organisations bureaucratiques, pour lesquelles l'efficacité économique passe par la sécurité juridique et la dépersonnalisation et la « rationalisation » des rapports d'affaires.

2.3 Trois types de contrats hybrides

Qu'est-ce que la coexistence de ces ordres normatifs implique en pratique dans le cadre des relations contractuelles nouées par les PME de Dakar ?

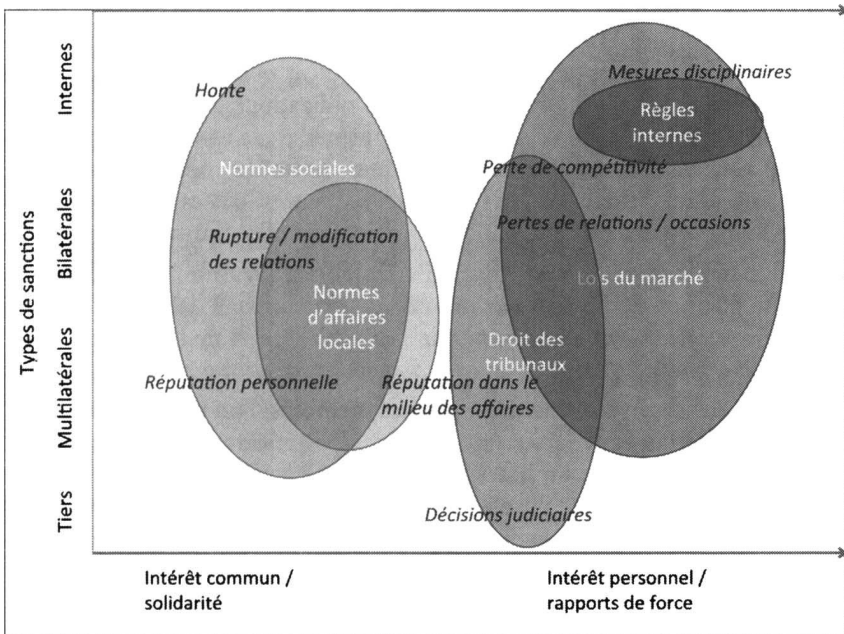


Figure 1

Les données recueillies suggèrent que la grande majorité des entreprises font appel à des normes relevant de plus d'un ordre normatif, que ce soit parmi l'éventail de leurs relations ou dans le cadre d'une même relation. Bien que les normes d'affaires locales semblent à première vue les mieux adaptées aux besoins des PME, il ne faut pas pour autant conclure qu'elles s'appliquent systématiquement et à l'exclusion des autres dans leurs rapports d'affaires. Plutôt que de justifier une telle généralisation, les données recueillies nous invitent à rendre justice à la variété des combinaisons normatives. Une étude empirique plus poussée serait nécessaire pour mettre à jour l'ensemble des combinaisons effectivement observables sur le terrain. Cependant, les données recueillies, bien que fragmentaires, nous donnent des indications intéressantes à cet égard. Elles suggèrent que les PME dakaroises et les relations d'affaires qu'elles nouent peuvent être considérées comme formant un continuum dont les deux extrémités seraient constituées, d'une part, des entreprises et relations profondément encastées dans leur contexte social, et d'autre part, des entreprises mieux établies et adhérant de plus près à des modèles d'affaires mettant l'accent sur l'objectivité et l'efficacité. Ainsi, il nous semble approprié de diviser les relations d'affaires nouées à Dakar en trois catégories, correspondant à différentes positions sur ce continuum.

En fait, nous suggérons que les contrats des PME dakaroises sont de trois grands types caractérisés par le rapport qu'ils entretiennent avec les normes d'affaires locales. D'une part, le contrat communautaire combine ces normes avec les normes sociales de façon à faire de la relation contractuelle un enjeu collectif et à amplifier les effets des obligations de solidarité et d'harmonie dans la relation, au risque même de mettre en jeu la confiance sur laquelle les normes d'affaires locales s'appuient et qu'elles contribuent à nourrir. Au contraire, le contrat de partenariat vise à bénéficier des avantages des normes d'affaires, tout en tempérant les obligations de solidarité qu'elles comportent au moyen de l'exclusion des normes sociales et de l'appel à des normes relevant des autres ordres juridiques. Enfin, le contrat impersonnel vise quant à lui l'exclusion des normes d'affaires locales et des normes sociales, en mettant l'accent sur la combinaison des normes relevant des sphères des tribunaux et du marché, et des règles internes bureaucratiques.

2.3.1 *Le contrat communautaire*

Les relations d'affaires régies par des contrats communautaires se forment sur la base de liens de diverses natures entre les membres d'un réseau social déterminé. Ces contrats sont fortement imprégnés des normes communautaires, sans distinction entre les sphères personnelles et professionnelles de la vie de l'entrepreneur. Les contrats communautaires font ainsi appel aux normes de conduite généralement applicables dans les relations interpersonnelles, y compris des obligations financières envers les gens dans le besoin.³⁰

³⁰ Les obligations financières font partie du contenu normatif rattaché à nombre de relations sociales ne relevant pas nécessairement de la sphère que l'on pourrait qualifier d'intime, comme le montre l'exemple suivant: « Dans le commerce, le client est plus ou moins un

Les parties aux contrats communautaires se décrivent comme des personnes conciliantes et sont d'avis que tous les problèmes peuvent être résolus à l'amiable si on y met les efforts nécessaires. Elles accordent également une importance primordiale à la préservation de relations harmonieuses et de leur réputation de personnes compréhensives et solidaires.

« Ces valeurs-là je m'y reconnais. Je crois que l'homme sans les autres c'est rien. Moi je me sens bien, peut-être c'est une faiblesse, quand j'ai des bons rapports avec les gens, [...] alors si je suis mal, j'ai un conflit avec quelqu'un, même si on va pas au tribunal c'est pas bien pour moi, j'aime pas. »

« De nature je suis une personne très conciliante, dans les relations j'essaie de pas exagérer, de faire preuve de tolérance, de compréhension [...] je préfère renoncer à quelque chose que d'entamer des poursuites judiciaires. »

Les normes de l'ordre juridique communautaire importées dans le contrat opèrent de deux manières. D'abord, leur internalisation par les gestionnaires peut les amener à abandonner leurs réclamations contractuelles afin de préserver l'harmonie dans leurs relations interpersonnelles. Ensuite, la communauté elle-même joue un rôle non négligeable dans la mise en œuvre des normes. Plutôt que d'entrer en confrontation, les parties choisiront souvent de faire pression les unes sur les autres en faisant appel à leur « relationnel ». Il n'est pas rare de voir des tiers faire pression sur une partie pour l'inciter à abandonner une réclamation, à exécuter une obligation ou à accorder une autre faveur.

« Au Sénégal c'est un tissu qui a beaucoup de relations, et quand tu touches par un point d'une manière ou d'une autre, tu toucheras toujours une sensibilité avec qui tu as un rapport quelque part. Donc tu as toujours beaucoup de mal à, à toucher un point. Parce que le gars va toujours réfléchir, ce gars-là est venu me voir, comment je peux faire, d'une manière ou d'une autre il va toujours connaître quelqu'un qui te connaît, et cette personne viendra te voir ... ».

D'autre part, le non respect des normes comporte le risque d'acquérir une mauvaise réputation, avec les conséquences que cela implique au plan personnel et commercial. Par exemple, un certain nombre de répondants ont mentionné explicitement la peur de la stigmatisation comme un facteur expliquant leur réticence à refuser une faveur demandée ou à avoir recours aux tribunaux.

« Ici quand tu amènes quelqu'un au tribunal c'est pas comme en Europe où les affaires c'est les affaires, si tu amènes quelqu'un au tribunal, tous tes parents ils te regardent sous un autre angle. Ils vont te

ami, hein, y a des liens, amicaux, vis-à-vis du client, surtout, bon un client qui vient prendre du prêt-à-porter, quelques fois on n'a pas besoin de se voir, mais un client qui pendant 5 ans vient commander chez vous, tout ce qu'il porte, tout ce que sa femme porte, tout ce que ses enfants portent vient de chez vous, du coup, [si] moi j'entends que le client a été arrêté à la police à cause de 50 000 moi je peux aller rembourser pour lui, parce qu'on a des liens d'amitié. »

traiter comme quelqu'un qui... Ils ne vont pas dire que ce sont tes droits, ils vont dire il est méchant, il l'a amené à la police, il l'a amené au tribunal, t'as vu comment ils vont te voir. »

« Y a une valeur, qui est une valeur d'acceptation de la société : demain peut-être beaucoup de gens vont se détourner de vous, ne vont plus faire affaire avec vous, parce qu'un tel a dit qu'il vous a demandé service et vous avez refusé. »

Les contrats communautaires sont généralement verbaux. Le recours à l'écrit ou à des instruments de nature juridique y est interprété comme un manque de « confiance ». Les normes de comportement généralement acceptées dans la communauté ont préséance sur le contenu exact des engagements pris par les parties. La normativité communautaire, qui se définit en opposition avec les normes « impersonnelles » qui fondent le droit des tribunaux, les lois du marché et la normativité bureaucratique, entretient un rapport d'exclusion avec ces autres ordres normatifs.

« jusqu'à maintenant, [notre entreprise], c'est une entreprise familiale. Si toutefois ça devient une société anonyme, ça n'appartient plus à une seule personne, c'est un autre domaine. Là c'est le professionnalisme, y a presque pas de sentiments ni rien, bon, c'est une façon de le vivre, c'est les intérêts, c'est 'les affaires c'est les affaires.' »

Dans les contrats communautaires, le rapport de force entre les parties dépend étroitement de leurs positions respectives dans leurs réseaux communs. La présence d'un tel contrat comporte ainsi des avantages et des désavantages pour les petites entreprises. D'une part, il permet ainsi aux acteurs économiques vulnérables de bénéficier d'un traitement favorable, par exemple l'accès au crédit ou un statut de fournisseur privilégié, par rapport aux simples relations d'affaires motivées par des considérations uniquement économiques. Cependant, le recours à de tels contrats constitue également un obstacle de taille pour les entreprises qui visent à acquérir une position plus favorable dans la hiérarchie établie par les règles du marché. Plusieurs des personnes interrogées ont noté que l'absence de séparation entre « la famille et les affaires » et le recours à la pression sociale pour obtenir des « faveurs » des entreprises pouvaient constituer des obstacles importants à leur rentabilité et à leur développement.

« Parce qu'on est au Sénégal, on a une coutume, des fois on te recommande avec quelqu'un, tu peux pas refuser [de vendre à crédit], parce que c'est le pays quoi! On a cette coutume. Des fois on est obligés de donner à quelqu'un quoi, tu es obligé même si tu crois qu'il te paiera pas, tu es obligé de lui donner. »

« J'ai été au début très mal à l'aise pour gérer tous ces paramètres là, l'incidence des valeurs familiales, culturelles, machin, mais on paie toujours un prix qui est un prix lourd (...) je crois que ceux d'entre nous en tous cas qui ont survécu aux maladies infantiles de l'entreprise comprennent qu'il y a des limites qu'il faut donner au subjectif si on veut faire prospérer l'entreprise. »

2.3.2 *Le contrat impersonnel*

En contraste avec les contrats communautaires, les contrats impersonnels laissent peu de place aux considérations relevant des sphères personnelles et sociales dans la gestion de la relation contractuelle. Ils visent la prévisibilité plutôt que la flexibilité. Ils sont généralement utilisés par des entreprises jouissant d'une bonne position concurrentielle ainsi que d'une situation financière avantageuse. Ceci leur permet d'accorder une moindre importance à la préservation de leurs relations d'affaires et à la gestion de leurs liquidités, et de prioriser la rentabilité et le développement à moyen et long terme de l'entreprise.

Les contrats impersonnels semblent à première vue se rapprocher de la conception du contrat qui domine dans la théorie juridique. Cependant, ce serait une erreur de les considérer comme des produits de l'ordre juridique étatique ou régional. En effet, l'objectif poursuivi par le recours à de tels contrats n'est pas d'assurer la sécurité juridique et de permettre l'exécution par voie judiciaire.

Les contrats impersonnels témoignent plutôt de la conjonction des règles relevant du marché et de l'ordre bureaucratique des grandes entreprises, dans le cadre d'une stratégie visant à diminuer l'impact des normes communautaires sur l'entreprise. D'une part, les contrats impersonnels reflètent et énoncent les rapports de force établis par le marché. Ils ne sont pas négociés entre les parties mais généralement imposés par une d'elles. Les organismes d'État, les institutions internationales ainsi que les grandes entreprises locales ou étrangères, par exemple, sont perçus comme imposant aux PME des conditions particulièrement sévères en terme de prix et de délais de paiement et de livraison, tout en se permettant de prendre une certaine liberté quant à la satisfaction de leurs propres obligations.

« quand c'est les grosses entreprises du secteur privé, c'est le rapport de force qui joue, mais la plupart du temps vous devez accepter leurs conditions. »

« En 2006, ils ont encore augmenté le ciment (. . .) Des fois on appelle pour dire non, c'est pas normal, machin, mais qu'est-ce que vous voulez, c'est comme ça quoi. »

D'autre part, l'utilisation des contrats impersonnels obéit en grande partie à une logique bureaucratique. Elle peut être conçue comme faisant partie d'un processus plus large de spécialisation, de bureaucratisation et de professionnalisation des activités dans l'entreprise. L'utilisation de procédures et de contrats standards permet de gérer les problèmes de façon uniforme et établie à l'avance, et contribue à la rationalisation des opérations de crédit et de recouvrement des créances. Au-delà de la satisfaction des besoins de l'entreprise, l'appel à l'ordre bureaucratique semble remplir deux autres fonctions. D'abord, l'accent mis sur les contraintes que le système de gestion de l'entreprise impose aux acteurs permet d'occulter l'influence des règles du marché. Cela permet d'attribuer des comportements découlant de l'existence de rapports de domination à des contraintes internes obéissant à une logique inattaquable au plan moral.

« Mais pour la Banque mondiale par exemple, ils paient pas au bon de commande ; ils ont des séquences de paiement, même si vous livrez vous êtes obligés de patienter. On n'a pas le choix, ils fonctionnent avec tout le monde comme ça. »

« Y a certains types de sociétés où les règlements sont assez lents (...) y a un certain nombre de contrôles qui vont être faits, (...) tout ça, ça prend du temps, il faut le comprendre. »

Ensuite, la place centrale accordée aux normes relevant de l'ordre bureaucratique, ordre « impersonnel » par excellence, exclut l'application de l'ordre communautaire. Dans cette perspective, le phénomène de bureaucratisation duquel découlent les contrats impersonnels peut être considéré non comme une conséquence de la croissance des entreprises, mais comme une tentative pour celles-ci de permettre une telle croissance en échappant aux règles communautaires.³¹ L'adoption de procédures précises en matière d'octroi de crédit ou de recouvrement ainsi que la division des tâches à l'interne permet la dépersonnalisation des rapports d'affaires et limite la possibilité pour l'autre partie d'invoquer les normes sociales. On notera, par exemple, que les problèmes qui surviennent dans le cadre de ces contrats sont généralement confiés à une division particulière dans l'entreprise ou à des non-employés, ce qui permet aux « commerciaux » de bénéficier des avantages liés à leurs réseaux de relations sans que l'entreprise ait à en subir les contrecoups au plan de la gestion financière. Cette distinction entre les personnes chargées de nouer et de gérer les relations d'affaires et celles qui procèdent au recouvrement des créances permet aux premières de se dissocier des réclamations faites par leurs collègues, contribuant ainsi à la préservation de relations harmonieuses.

« C'est simple, c'est le comptable qui fait tout son micmac, il fait la lettre, contentieux... tu te fais payer, et tu retournes voir le client en tant que fournisseur, tu dis, écoute, ça c'est le comptable, les comptables, ils aiment rentrer dans leurs fonds. Mais moi, mon objectif, c'est de faire des affaires avec toi. »

Les contrats impersonnels servent le plus souvent les intérêts de la partie le plus en mesure de recourir au système judiciaire en cas de problème, et désavantagent les entreprises en position de dépendance. Cependant, les personnes interrogées ont aussi mentionné quelques avantages liés à la présence de clauses contractuelles écrites. Quelques-unes d'entre elles ont indiqué avoir revu leurs pratiques contractuelles à la suite de différends : un plus grand soin est maintenant apporté à la rédaction de clauses précises et claires, et à la lecture attentive des clauses proposées par l'autre partie. Ceci laisse croire que, malgré la très faible possibilité pour les PME en position de dépendance de faire appel aux tribunaux, l'existence d'un contrat écrit peut

³¹ Un bon exemple de cette réalité concerne un entrepreneur issu du secteur informel dont la stratégie a consisté à s'entourer de gestionnaires professionnels ayant notamment pour fonction de créer une barrière psychologique et organisationnelle entre le fondateur de l'entreprise et les membres de son réseau social.

constituer un outil de négociation utile dans le cadre de relations avec des partenaires plus sensibles aux arguments légaux que « relationnels ».

2.3.3 *Le contrat de partenariat*

Les contrats de partenariat sont en quelque sorte à la croisée des contrats communautaires et des contrats impersonnels. Il s'agit de contrats bilatéraux entre des parties qui se perçoivent comme des partenaires d'affaires. La fonction première des contrats de partenariat est d'établir une base de collaboration permettant de réduire l'impact des problèmes d'exécution découlant de la situation du marché local et de la situation des acteurs. En mettant l'accent sur la flexibilité, la négociation et la solidarité, les contrats de partenariat permettent aux entreprises de trouver des solutions non idéales, mais néanmoins acceptables à leurs problèmes. L'avantage fondamental des solutions négociées concerne leur rapidité. Alors que le système judiciaire peut difficilement fournir des solutions rapides aux entreprises aux prises avec des difficultés, la négociation permet souvent d'obtenir une partie des sommes ou des fournitures requises à court terme et de limiter ainsi les impacts négatifs sur les opérations. En retour, les contrats de partenariat permettent aux PME d'échapper aux rigueurs du droit formel. De par l'importance qu'ils accordent à la réciprocité et à l'entraide, ils ont la particularité de réduire, dans une certaine mesure, les inégalités entre les parties. En faisant naître chez l'autre partie des obligations de solidarité l'empêchant de profiter de la vulnérabilité de son partenaire, ils limitent l'impact des règles du marché sur les parties désavantagées par ces règles.

« Notre fournisseur, comme nous le connaissons depuis très longtemps, il nous arrive qu'il nous fasse cinq livraisons sans qu'on le paie. Et après un beau jour on l'appelle on lui dit amène tes factures et viens chercher ton argent. [...] Mais nous ne gardons pas son argent beaucoup, parce qu'on sait qu'on va le mettre en difficulté. »

« Pour un travail qui n'est pas très très bien fait, tu fais faire des travaux de chantier, par exemple, si t'es pas satisfait, tu paies le gars quand même ; parce que les gars ont tellement peu de moyens qu'on veut pas les pénaliser. »

Dans les contrats de partenariat, les attentes des parties demeurent informelles. Les relations se fondent d'abord et avant tout sur la confiance. Ces contrats supposent l'existence préalable de liens entre les parties. Il peut s'agir de liens sociaux permettant de présumer que l'autre partie est digne de confiance, ou encore de liens d'affaires découlant d'un certain nombre d'échanges passés. Il n'est cependant pas nécessaire de développer des liens particulièrement étroits pour se voir accorder le statut de partenaire. Il s'agit plutôt pour les parties de démontrer leur sérieux et leur bonne foi afin de se présenter comme un cocontractant valable, et donc précieux, pour l'autre partie. Ce faisant, les parties peuvent dépasser le statut de cocontractants anonymes pour concevoir leur relation dans une perspective à plus long terme et dans un espace social déterminé.

L'existence d'un partenariat relègue le contrat écrit au second plan, sans néanmoins l'exclure. Les contrats de partenariat combinent souvent clauses écrites et normes informelles, ces dernières étant appelées à prendre de plus en plus d'importance au fur et à mesure que la confiance se solidifie.³² Lorsque celle-ci est bien établie, les contrats sont souvent préparés et signés, le cas échéant, après que les parties ont commencé à remplir leurs obligations.

« On fait confiance aux fournisseurs parce que ça fait des années qu'on travaille avec eux ; nous les connaissons déjà, nous leur faisons confiance, ils nous font confiance. (...) il n'y a pas de contrat entre nous. Y a que la confiance et la facture. »

« Ça dépend également des relations que nous avons avec nos fournisseurs, certains sont nos amis, des gens avec qui on a développé des affinités donc on peut se permettre d'appeler et de passer la commande par téléphone, en attendant qu'on envoie le bon de commande, et ils nous livrent. »

Les clauses écrites jouent deux rôles principaux. D'abord, elles clarifient les attentes des parties, ce qui évite l'émergence de certains différends et protègent les parties contre les réclamations injustifiées.

« La précaution, ce qui en fait fait que les contentieux ne sont pas fréquents c'est le soin que nous mettons à dire, essayons d'avoir un même compréhension de ce qu'il faut faire, si on réussit, quels sont les indicateurs, dans quel délai. »

« Tout contrat correspond à un écrit. Tout. Même si vous m'appelez pour me dire je change de matériel, il faut m'ajouter ça de plus, j'écris, je te donne, tu donnes ton OK, OK. [...] C'est pour éviter que demain on dise 'vous n'avez pas fait ceci, vous n'avez pas fait cela'. »

Ensuite, les contrats écrits peuvent être utilisés comme symbole de la volonté des parties de s'engager sérieusement. Bien qu'une signature ne garantisse pas la satisfaction des obligations du signataire, ni même qu'il agira de bonne foi,³³ elle constitue une preuve indéniable de l'engagement pris et permet de distinguer les vrais engagements des promesses creuses.³⁴ À cet égard, une fonction importante des contrats écrits consiste à protéger les parties contre des possibles annulations de commande. L'exigence de l'écrit

³² La plupart des opérations effectuées par les entreprises ayant pris part à l'étude consistent en l'achat et la vente de biens; dans ce contexte, le contrat utilisé consiste le plus souvent en un bon de commande, une facture ou un reçu. On trouvera aussi des contrats écrits plus complexes en certaines matières comme la location immobilière, la fourniture de services spécialisés ou la distribution de produits. Dans de tels cas, les avocats sont fréquemment appelés à vérifier que le contrat est conforme aux intérêts de l'entreprise.

³³ Comme le mentionne un participant, le recours à l'écrit ne dispense pas de l'obligation de choisir avec soin ses cocontractants : « Il y a des gens ici, s'ils veulent travailler avec moi je dis non (...) Ils ont beau m'envoyer un contrat bien signé et tout, je travaille pas avec eux, parce que c'est des gens qui respectent pas leur parole. »

³⁴ « Y a des clients qui sont fiables si je peux dire, mais y a aussi des clients qui disent 'on va commander chez vous' et on va pas bouger. C'est seulement au moment de recevoir le bon de commande qu'on va entamer les démarches. »

permet d'accroître la possibilité que l'autre partie soit trop inconfortable pour « changer d'idée » ou invoquer une erreur dans le placement de sa commande afin de tenter d'échapper à ses obligations sans offrir de compensation en retour. En cas de conflit, cependant, l'appel aux tribunaux est proscrit, sauf dans les cas où un bris de confiance a entraîné la perte du statut de partenaire.

« Si tu sais que quelqu'un a des difficultés, tu ne peux pas faire autrement. Mais si c'est quelqu'un qui a de l'argent mais qui refuse de payer, là c'est autre chose, là c'est la guerre. [...] Parce que le gars il veut pas payer. »

« Le seul cas où on va en justice c'est vraiment quand la personne ne donne aucune solution, ne fait aucune proposition et n'accepte pas de payer. »

Dans de tels cas, le contrat perd sa nature de contrat de partenariat pour devenir un contrat impersonnel. Ainsi, les clauses écrites peuvent être considérées comme une forme de protection au cas, fort improbable, où le partenaire n'en serait pas un.

3. Conclusion

Il sera aisé pour le lecteur de constater les nombreux points de convergence entre notre analyse des différents types de contrats observés à Dakar et ceux mis à jour par Jean-Guy Belley dans le cadre de son étude sur les relations entre Alcan et ses fournisseurs. Dans les deux cas, l'importance du droit des tribunaux est marginale, y compris dans le règlement des litiges. On observe aussi une culture régionale traditionnelle forte « accordant la priorité au respect de la moralité du milieu sur la défense [des] intérêts [des parties] », ³⁵ qui sert de toile de fond à l'établissement de relations d'affaires entre entreprises disposant de ressources financières et organisationnelles très variables. Dans les deux cas, on constate l'existence d'un ordre normatif qui, tout en participant de cette culture traditionnelle, se base sur une confiance que la proximité géographique et la familiarité culturelle peut favoriser, mais non expliquer entièrement, et qui favorise, selon les termes employés par Belley, un régime d'« immunités réciproques ». On perçoit également dans les deux cas des indices d'un processus de changement culturel visant à formaliser et à systématiser le fonctionnement des entreprises en vue d'assurer leur rentabilité et leur compétitivité. Les programmes d'assurance-qualité étudiés par Belley et les procédures d'octroi de crédit et de recouvrement observés à Dakar participent d'un même mouvement vers la gestion « scientifique » de l'entreprise et l'adoption d'une logique plus bureaucratique que coopérative.

Il faut aussi admettre que les différences sont nombreuses entre Saguenay et Dakar. La culture dakaroise semble faire une plus grande place à la collectivité que celles que l'on peut retrouver même dans les communautés tissées

³⁵ Jean-Guy Belley, « L'entreprise, l'approvisionnement et le droit. Vers une théorie pluraliste du contrat » (1991) 32 *Cahiers de Droit* 253, à la p. 280.

serrées des sociétés occidentales. La frontière entre ordres normatifs est également plus floue à Dakar, où la division entre affaires et vie personnelle n'est pas tenue pour acquise mais doit être réaffirmée régulièrement par les acteurs qui se réclament d'une logique distincte de la normativité sociale. Le recours à la norme de flexibilité ou d'immunités réciproques est rendu d'autant plus nécessaire à Dakar par le haut niveau d'incertitude auquel les entreprises sont confrontées et la grande vulnérabilité de la plupart des acteurs économiques. Cependant, tant à Saguenay qu'à Dakar, la clé de la compréhension des contrats consiste à reconnaître que le but des entreprises qui les concluent est d'abord et avant tout de réaliser des profits, « bref de faire des affaires et non du droit. »³⁶

Quelles sont les implications de ces conclusions relativement aux programmes de développement par le droit actuellement en vogue ? Cette mise en rapport du travail de Jean-Guy Belley avec la situation existant dans un pays de voie de développement nous invite à questionner l'hypothèse selon laquelle c'est l'efficacité plus ou moins grande du système juridique en place qui explique les pratiques contractuelles. De deux choses l'une : ou bien le système en place à Dakar est effectivement efficace, et alors il faut bien trouver une autre explication au « sous-développement » de cette partie du monde, ou bien le droit ne joue pas le rôle qu'on lui attribue dans l'activité économique. Malgré les prétentions des experts du droit et développement, le droit ne crée pas la sécurité juridique ni ne suffit à fonder la confiance, même fragmentaire, essentielle à la réalisation de la grande majorité des échanges. Plus fondamentalement, il s'agit de remettre en question la vision instrumentale du droit comme fournisseur d'« incitations » à se conformer à ses engagements. À Dakar comme à Saguenay, les ordres juridiques informels ne s'appuient pas sur des sanctions de substitution visant à assurer la sécurité contractuelle. Ils opèrent plutôt de façon à favoriser l'application de normes distinctes, répondant à des impératifs que le droit peine à reconnaître. D'une certaine manière, les ordres juridiques non étatiques ont pour fonction non pas de remplacer le droit, mais d'empêcher les relations d'atteindre le point de rupture au-delà duquel le recours au droit deviendrait envisageable.

Le recours au travail de Belley nous invite cependant à prendre garde à la tentation de conclure à l'insignifiance totale du droit étatique. Droit « marginal » dont « la pertinence s'accroît nettement lorsqu'on s'approche de la frontière de l'ordre privé »³⁷, le droit étatique semble relever davantage, dans son mode d'opération, de la « vague menace »³⁸ que de l'imposition de sanctions en cas de défaillance. Ceci nous invite à porter à porter notre regard au-delà des tribunaux qui appliquent ces sanctions et à examiner les diverses fonctions que les cocontractants eux-mêmes attribuent au droit

³⁶ Ibid., à la p. 290

³⁷ Ibid., aux p. 298-99

³⁸ Stewart Macaulay, « The Real and the Paper Deal: Empirical Pictures of Relationships, Complexity and the Urge for Transparent Simple Rules » (2003) 66 *Modern Law Review* 44, à la p. 61.

étatique et aux autres ordres juridiques dans lesquels ils s'inscrivent. Loin d'écarter le droit, l'hypothèse de l'internormativité, et l'orientation empirique qu'elle impose, nous invite à le penser autrement.

Résumé

Cet article présente les résultats d'une étude empirique des pratiques contractuelles des petites et moyennes entreprises de la région de Dakar, Sénégal, dans une perspective de pluralisme juridique. La notion d'internormativité développée par Jean-Guy Belley dans le cadre de son étude sur les relations entre Alcan et ses fournisseurs est utilisée pour questionner la centralité du droit étatique dans les rapports d'affaires et le développement économique ainsi que la conceptualisation du rapport entre normes formelles et informelles privilégiée par la Banque mondiale pour les pays en voie de développement.

Mots clés : internormativité, développement économique, relations d'affaires, PME, règlement des différends

Abstract

This article presents the results of an empirical study of the contractual practices of small and medium enterprises (SMEs) operating in the area of Dakar, Senegal, from the perspective of legal pluralism. The notion of internormativity developed by Jean-Guy Belley in his study of the relationships between Alcan and its suppliers serves to question the importance of state law in business relationships and economic development and the approach taken by the World Bank with respect to the relationship between formal and informal norms in developing countries.

Keywords: internormativity, economic development, business relations, SMEs, dispute resolution

Julie Paquin
Section de droit civil, Faculté de droit
Université d'Ottawa
Julie.Paquin@uottawa.ca