

Exécution des contrats et architecture financière

Magloire LANHA

*Laboratoire de Microéconomie du Développement, Faculté des Sciences Economiques
et de Gestion (FASEG), Université d'Abomey-Calavi (UAC)*

Email: maglanha@gmail.com

Résumé

Cet article fait une typologie des formes d'exécution des contrats financiers et explore la nature et les fondements des modes d'*exécution*. L'impossibilité de contraindre légalement les contrats éloigne de l'optimum social de premier rang. Cela peut être dû à la faiblesse des lois et de l'appareil judiciaire, mais souvent, même les systèmes judiciaires les plus parfaits ne peuvent pas conduire à l'optimum premier ; dans ces cas, seul un mode d'exécution informel peut améliorer la situation. Les modes d'exécution effectives disponibles dans une société influencent donc son architecture financière. Si la provision du type d'exécution exploitée par les institutions financières n'est pas appropriée à leur technologie, il en résultera une architecture sous-développée. Des institutions capables d'exploiter les types disponibles peuvent alors émerger. Pour perfectionner la qualité de la finance, il faudra donc non seulement emprunter la voie judiciaire, mais également promouvoir les contrats qui s'auto-exécutent. Transplanter l'architecture juridique des pays développés dans les pays en développement peut avoir des effets pervers.

Mots clés : Finance et droit – Exécution des contrats – Architecture financière.

Codes JEL : D82 – G21 – K12 – K41– O17

Contract enforcement and financial architecture

Abstract

This article builds a typology of financial contract enforcement and explores the nature and the foundations of each type of enforcement. The impossibility of enforcement of the first best contracts leads to a second best. This situation is explained especially by the weakness of the law and of legal enforcement. The types of enforcement available in a society influence its financial architecture. If the provision of enforcement used by the financial institutions is not suitable to their technology, this will lead to underdeveloped financial architecture. Then institutions capable to exploit existing enforcement provision may emerge. To build sustainable finance, it's useful to use courts enforcement, but also type of self-enforcing contracts. The transplant effect of judiciary architecture of developed countries in developing country may be perverse.

Key words : Finance and Law – Contract enforcement – Financial Architecture.

JEL Classification : D82 – G21 – K12 – K41– O17

1. Introduction

Le contrat de crédit entraîne une remise immédiate de liquidité par le bailleur contre la promesse de remboursement à une date ultérieure par l'emprunteur. Pour le bailleur, la décision de prêter dépend notamment de la force exécutoire attachée à cette promesse de l'emprunteur potentiel.

Dans une relation financière, la « première partie » est la personne obligée ; la « deuxième partie » est l'obligataire. En l'occurrence, dans un contrat de crédit, la « première partie » est l'emprunteur et la « deuxième partie » est le prêteur ; dans un contrat de dépôt, la « première partie » est le dépositaire et la « deuxième partie » est le déposant.

Par *exécution*, on entend dans cet article, toute procédure explicite ou implicite qui permet de respecter ou de faire respecter un engagement contractuel. L'*exécution* peut être *de jure* ou *de facto*. D'un point de vue judiciaire, le terme « exécution » fait appel à une *procédure* qui aboutit à la *force exécutoire*. D'un point de vue du droit coutumier, ce terme fait appel au respect de la parole donnée. L'*exécution* inclut l'autocontrainte (*self-enforcement*) produite sans contrainte extérieure à l'entité obligée. Un contrat est dit auto-exécuté s'il est conçu de telle sorte qu'il s'exécute de lui-même sans intervention extérieure. Le bailleur ne peut prêter que si l'état des procédures et modes d'exécution lui garantit un revenu d'équilibre. Greif (1997) distingue trois niveaux d'*exécution* des contrats : l'*exécution* par la « première partie » : le contrat est *contraint* par l'obligé lui-même ; l'*exécution* par la « deuxième partie », ici l'obligataire, le créancier ; l'*exécution* par la « troisième partie » : le contrat est *contraint* par toute personne autre que les parties contractantes : les institutions légales, un groupe de pression, etc.

La *contrainte* par tiers peut être de source privée (concession, arbitrage, etc.) ou de source publique (tribunaux). Selon le degré de formalisation, l'*exécution* peut être formel (formalisé par la loi) ou informel. Une exécution informelle peut être légale (autocontrainte) ou illégale (exécution mafieuse). L'autocontrainte est basé sur la morale, la convention, le capital social, la réputation, etc. L'exécution illégale consiste en modes d'exécution prohibées par la loi. La contrainte légale s'appuie essentiellement sur le système judiciaire. La *contrainte du marché* est basée sur la sanction du marché. Il s'agit d'un mode d'exécution de fait.

Dans ce contexte, deux grandes approches sont possibles : soit le défaut de force exécutoire du contrat induit un équilibre de rationnement, soit l'économiste s'ingénie à proposer des contrats qui peuvent s'auto-exécuter en faisant internaliser par l'emprunteur, le résultat de son comportement. La plupart des contrats qui relèvent du second cas peuvent être d'une lisibilité ardue et leur légalité peut être sujette à caution. Les contrats du monde réel sont incomplets en ce sens qu'ils ne sont pas des contrats

avec spécification fine de tous les cas de figure, mais constituent plutôt des contrats implicites comportant des non-dits.

L'architecture financière se caractérise par les types des institutions financières opérant dans l'économie, leurs poids respectifs dans l'économie, et les relations qu'elles entretiennent entre elles. Elle peut être analysée sous l'angle des théories de l'information et des contrats. L'asymétrie d'information sous sa forme d'action cachée entre *agent* (emprunteur) et *principal* (prêteur) induit des équilibres socialement sous-optimaux quand les contrats dits de « premier rang » qui permettraient le meilleur bien-être collectif ne peuvent bénéficier de toute la force exécutoire requise pour leur effectivité.

L'objet de cet article est de proposer une relation entre les modes d'exécution disponibles dans une économie et son architecture financière dans le contexte des pays en développement. La suite de l'article est ainsi organisée. Dans la deuxième section, nous montrons comment l'absence de *contrainte légale* éloigne de l'optimum social de premier rang. Dans la troisième section, nous montrons comment les modes d'exécution disponibles dans une société influencent son architecture financière et proposons une relation entre modes d'exécution et architecture financière. La quatrième section est consacrée aux implications pour les pays en développement. La cinquième section conclut.

2. Contrats optimaux de crédit et mode d'exécution

Dans les modèles de financements externes basés sur l'individualisme méthodologique, l'entrepreneur fait défaut quand cela est dans son intérêt, peu importe le résultat du projet. Il y a *défaut stratégique* lorsque l'emprunteur refuse de rembourser, souvent en usant de stratagèmes, alors que le rendement obtenu du projet permet le remboursement du crédit. Anticipant un tel comportement, le prêteur évite de prêter s'il n'a pas de moyen d'empêcher le défaut stratégique. L'absence de *contrainte* par une « tierce partie » éloigne alors de l'optimum social. Cette absence d'exécution peut être due à la faiblesse des lois et de l'appareil judiciaire, mais il existe des cas où même les systèmes judiciaires les plus parfaits ne peuvent pas conduire à l'optimum de premier rang. Cette limitation est due au fait que le contrat concevable de premier rang se base sur des arguments qui ne peuvent être invoqués valablement devant un expert ou un tribunal. Il n'y a pas de preuve tangible dans ce genre de contrat. La force probante faisant défaut, ces contrats idéaux sont alors abandonnés au profit de contrats dits de « second rang ». Le coût (coût financier, détournement de temps, mauvaise publicité, etc.) induit par la production de la preuve peut également être dissuasif pour le bailleur. Cette section montre comment en situation d'information imparfaite, les contrats optimaux de crédit ne peuvent pas être implémentés pour défaut de force exécutoire.

2.1. Le contrat de crédit optimal au sens du premier rang

Prenons le modèle le plus simple pour illustrer les difficultés de contraindre légalement les contrats de premier rang. Soit un entrepreneur désirant réaliser un projet nécessitant un savoir-faire et un capital. Supposons pour simplifier qu'il a le savoir-faire nécessaire, mais qu'il manque de capital. Il compte sur un bailleur de fonds pour obtenir tout le capital nécessaire. Le succès du projet dépend de l'effort fourni par l'entrepreneur, et d'un facteur aléatoire. Il est entendu que si le projet réussit, il permettra de désintéresser les deux parties : le bailleur pour la mise de fonds et l'entrepreneur pour son effort.

Le contrat optimal pour les deux parties en situation d'information parfaite serait celui où le prêteur exigerait que l'emprunteur fasse l'effort maximal ; en conséquence, ils partageraient les fruits du projet. Le montant que paierait le débiteur au prêteur serait proportionnel au résultat du projet. Si l'emprunteur ne faisait pas l'effort maximal, pour faire aboutir le projet, il serait sanctionné par l'obligation de rembourser le bailleur.

Un tel contrat qui pourtant est socialement efficace ne peut être *contraint légalement* lorsque l'on tient compte des problèmes d'information. Supposons que l'effort effectivement déployé par le débiteur n'est observable que par lui-même (asymétrie d'information) et que l'état de la nature correspondant au facteur aléatoire n'est pas parfaitement observable (disponibilité de l'information).

Contraindre légalement un tel contrat signifierait obliger l'emprunteur à effectivement faire l'effort maximum ou le sanctionner en cas de défaut. Pour plusieurs raisons, dont certaines suivent, le contrat ne peut être contraint légalement :

- il est impossible à partir du résultat du projet de savoir si l'emprunteur a déployé l'effort contractuel ; en effet, la réalisation d'un mauvais état de la nature peut empêcher les performances attendues (cf. Encadré « Boîte d'incertitude du projet ») ;
- la réalisation des états de la nature est imparfaitement observable ; en conséquence, cela créera des litiges parfois insurmontables ;
- le contrat risque d'être très complexe à vouloir spécifier en détail le degré d'effort, la réalisation des états de la nature et la corrélation entre ces deux variables, etc. Un tel contrat serait illisible.
- la mesure de l'effort déployé par l'emprunteur n'est pas observable par les tiers. Commettre un expert pour évaluer l'effort effectif peut être coûteux au point où cela n'en vaille pas la peine ;

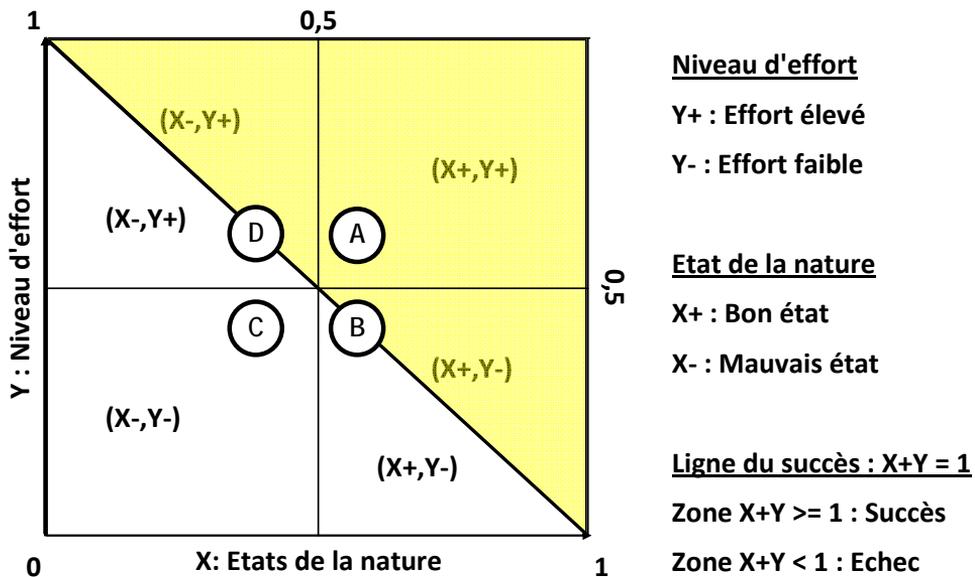
- la notion de degré d'effort est floue. Il se peut qu'aucun tribunal n'accepte la preuve proposée par le bailleur ou même un expert sur le degré d'effort fourni.

- les frais de justice nécessaires peuvent être prohibitifs.

2.2. La boîte d'incertitudes du contrat optimal de premier rang

Considérons un continuum d'effort (Y) sur [0 1] où 0 signifie « pas d'effort » et 1 signifie « effort maximal ». Considérons un autre continuum d'états de la nature (X) sur [0 1] où 0 représente le pire des états de la nature et 1, le meilleur possible. Considérons dans le plan défini par le croisement de ces deux continuums, la règle réaliste de contingence suivante : un projet réussit si $X+Y \geq 1$, et échoue sinon.

Figure 1. Boîte d'incertitude du projet



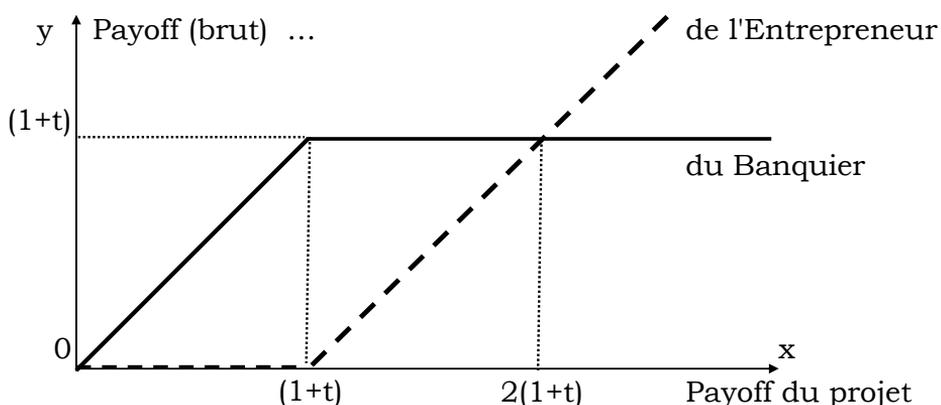
Source : Conception de l'auteur

La figure 1 systématise les résultats des projets. La zone de succès est alors située au-dessus de la droite oblique d'équation $Y = 1-X$ (zone hachurée). Le carré (X-,Y-) correspond à un *échec net* tandis que le carré (X+,Y+) correspond à un *succès franc*. L'incertitude demeure sur les deux autres carrés. Le carré (X-,Y+) est divisé en deux par la *ligne du succès*, et les données du problème (*structure d'information*) ne permettent pas de lever cette incertitude. Il en est de même du carré (X+,Y-). Aucun « dire d'expert » ne peut convaincre un juge dans ces *régions* ; en conséquence, ce contrat de premier rang se peut être légalement contraint.

2.3. Le contrat de dette standard : un optimum de second rang

Lorsqu'il existe un problème d'exécution, l'économiste recherche les contrats qui s'exécutent d'eux-mêmes, i.e. les contrats conçus de telle sorte qu'il n'est pas nécessaire pour leur mise en œuvre efficace de recourir à l'appareil judiciaire ou à un tiers.

Figure 2. Une illustration du contrat de dette standard



Source : Conception de l'auteur

La démonstration de l'optimalité du contrat de dette standard est due notamment à Townsend (1979) et Gale et Hellwig (1985). Par contrat de dette standard, on entend un contrat qui est dénoué si l'emprunteur paie au banquier à l'échéance une somme fixe convenue à l'avance, le principal et les intérêts. S'il ne paie pas cette somme à l'échéance, le projet est saisi et liquidé pour désintéresser le prêteur.

Le *principe de révélation*¹³ veut que le principal propose à l'agent un contrat de telle sorte que obtenant le maximum même dans les circonstances où il aurait intérêt à mentir, l'agent opte pour la vérité sur son type ou son niveau d'effort, etc. Le « contrat de dette standard » répond à ce principe : le banquier se contente d'un montant fixe et abandonne tout le surplus à l'entreprise lorsque le projet a réussi c'est-à-dire lorsque l'entrepreneur a intérêt à mentir ; par contre lorsque le projet a échoué, compte tenu de la limitation de responsabilité, l'entrepreneur dit la vérité et c'est le banquier qui fait

¹³ Selon Lim (2000) et Bester et Strausz (2004), les exposés de base du principe de révélation remontent à Gibbard (1973), Green et Laffont (1977), Myerson (1979) et Dasgupta, P., Hammond, P., Maskin, E., (1979)

les frais. Dans ces conditions, l'offre de crédit de la banque est plus faible que dans le cas du contrat de premier rang. Le mécanisme de révélation est donc coûteux pour le banquier et l'éloigne de l'optimum de premier rang.

Le problème de vérification des états de la nature est réglé en réduisant le revenu du bailleur à une somme fixe ne dépendant pratiquement pas du revenu du projet. Soit l'entrepreneur paie cette somme fixe connue a priori (peu importe si le projet a réussi), soit il ne paie pas la somme convenue et son entreprise sera déclaré en faillite ; l'entreprise sera alors saisie et liquidée en vue de dédommager le bailleur.

Dans le contrat de dette standard, il n'y a donc pas de vérification ni du niveau d'effort, ni même des états de la nature. On est loin du contrat de premier rang optimal pour les deux parties. Par contre ce contrat est *lisible* par tout juge et peut relativement être contraint par les procédures de la faillite.

La nature du contrat est telle que l'emprunteur se force à respecter le contrat (exécution par la première partie). Il peut rembourser même si le projet a échoué du fait de la réalisation d'un mauvais état de la nature alors qu'il a fait l'effort maximum. Dans le contrat de premier rang, il aurait été protégé dans ces conditions ; il partagerait le risque avec le bailleur. En cas de succès du projet, le banquier non plus ne maximise son profit dans le contrat de dette standard par rapport au contrat de premier rang. Finalement, ce contrat permet de résoudre les problèmes d'information, mais est éloigné du contrat de premier rang.

3. Types d'exécution disponibles et architecture financière.

Si dans une économie, une institution financière n'exploite qu'une technologie d'*exécution* qui n'est pas suffisamment disponible, elle s'expose à pratiquer un rationnement. Par exemple, les banques exploitent essentiellement l'*exécution* judiciaire et légale. Dans les pays où les textes de loi et les institutions judiciaires sont pauvres, le financement de l'économie est automatiquement dans un équilibre de rationnement, créant ou entérinant ainsi un dualisme financier : un secteur formel en relation avec une proportion très faible d'entreprises et de consommateurs et un secteur financier informel prépondérant.

Des institutions peuvent émerger ou se développer pour exploiter les formes d'exécution non exploitées par les institutions standard. Des types de contrats appropriés au contexte peuvent être conçus. Ces contrats qui exploitent les conditions du milieu peuvent entrer en contradiction avec la loi si celle-ci est transplantée sans aménagement.

3.1. Les prêts familiaux et relations personnelles

Les prêts en famille et les relations personnelles sont basés sur l'exécution informelle. L'application est essentiellement basée sur la morale, la réciprocité tacite et la solidarité familiale ou amicale. Les montants qui peuvent être collectés dans le cadre de relations familiales ou personnelles sont souvent modestes, comparés à ceux obtenus auprès des institutions financières lorsque celles-ci prêtent. De nouveaux entrepreneurs n'ont que cette forme de finance pour lancer leurs activités, quitte à les consolider par des prêts plus consistants auprès des professionnels illégaux ou légaux du crédit.

3.2. Les prêteurs usuriers, les propriétaires terriens et les banquiers ambulants

Les usuriers utilisent une exécution illégale. Selon les époques et les endroits, leur activité se développe au fur et à mesure des difficultés des banques à faire une parfaite intermédiation financière dans un contexte d'exécution légale pauvre. Ils ne font pas signer de contrats de crédit explicitant les conditions financières. Ils ne prêtent qu'à ceux qui peuvent mettre en garantie des objets de valeur nettement supérieure au montant prêté. L'objet mis en garanti est « vendu », par l'emprunteur qui certifie par écrit en avoir reçu le paiement. Il s'agit selon la loi portant définition et répression de l'usure en vigueur dans l'Union d'une « convention dissimulant un prêt d'argent » (BCEAO, 1999). Mais comme il est difficile d'en apporter la preuve devant un tribunal, l'usure ne peut facilement être réprimée dans ce contexte.

Les propriétaires terriens prêtent aux pauvres dans la mesure où ils ont un pouvoir de monopole sur la commercialisation de leur production ou un pouvoir de rétention indirecte sur leurs salaires ou revenus. Les employeurs également ont une mainmise sur le revenu de leurs employés avec qui, ils peuvent faire des prélèvements à la source dépassant les quotités saisissables légales lorsque le paiement est fait en espèces. La concurrence entre les prêteurs usuriers est faible. Néanmoins, avec l'apparition des « banquiers ambulants »¹⁴, leur pouvoir de monopole décroît.

Les usuriers et les autres types d'agents de cette catégorie n'ont aucun besoin d'exécution légale. Ils peuvent opérer dans des conditions légales les plus défavorables à la finance externe. En conséquence, une loi qui rend leur activité illégale peut alors être contre-productive si elle les met hors la loi sans pour autant être elle-même de nature à favoriser effectivement la finance externe. En d'autres termes, une mauvaise loi et une mauvaise réglementation peuvent être pires qu'une non loi ou une non réglementation.

14 Pour une documentation sur les «banquiers ambulants», voir Lelart (2000)

3.3. *Les institutions de microfinance*

Les institutions de microfinance (IMF) utilisent plus l'exécution informelle que les voies judiciaires. En fait, ces institutions font internaliser la « troisième partie » à la « première partie », soit par un contrat *ad hoc* comme les prêts de groupe de caution solidaire, soit en exploitant les facteurs culturels comme voies d'exécution, soit en utilisant les incitations dynamiques.

Le prêt de groupe de caution solidaire est un contrat de crédit entre une institution financière et un groupe d'individus. La spécificité du prêt de groupe de caution solidaire est que tout membre du groupe est personnellement responsable de la totalité de l'encours du groupe même s'il n'a pas encore bénéficié du prêt. La responsabilité personnelle signifie que l'individu peut être poursuivi dans tout son patrimoine pour récupérer le crédit.

La non-limitation de la responsabilité est souvent ignorée dans la littérature économique qui lui préfère le modèle plus simple de limitation de la responsabilité. Cette simplification permet de lever les indéterminations liées à la responsabilité non limitée ; en effet celle-ci nécessiterait d'évaluer le patrimoine de l'agent non seulement dans le présent, mais aussi dans le futur avec un horizon au moins égal à la durée de vie de l'emprunteur. Il faudrait en plus pouvoir, bénéficier d'un état de droit approprié. Dans le prêt de groupe de caution solidaire, ces limitations seront éliminées par le fait que l'exécution ne se fait pas par voie judiciaire, mais par les pairs du groupe qui sont les co-obligés.

Les membres du groupe peuvent légitimement "*perquisitionner*" chez un candidat au défaut stratégique à une heure indue selon la loi pour auditer le résultat du projet alors que bien souvent, une institution formelle ne peut le faire. La perquisition peut être déguisée en visite d'amitié, de courtoisie, d'assistance, etc., ce qui n'est pas interdit, ni par la loi, ni par les coutumes.

Si l'audit des pairs révèle que le projet a effectivement échoué, les membres qui ont réussi contribuent à la place du défaillant en attendant d'être remboursés. Il y a conversion d'une dette vis-à-vis du bailleur en une dette vis-à-vis des pairs avec subrogation personnelle.

En cas de non remboursement des pairs dans les délais par le défaillant, les sanctions peuvent être mises en œuvre graduellement. D'abord les menaces puis la mise en exécution effective. Les pairs peuvent user de menaces crédibles lorsque l'individu désire préserver son honneur, partie intégrante de son capital social. Il peut être menacé de révélation au grand jour de sa défaillance. Cette menace peut suffire pour obtenir le remboursement même en cas de défaut non-stratégique. Si les menaces n'ont pas produit l'effet escompté, les membres peuvent lui imposer des sanctions sociales (sans coût financier immédiat) telles que la publicité tapageuse de sa défaillance dans le

milieu, l'humiliation, le bannissement, l'ostracisme, etc. Il arrive dans des groupes que ces sanctions soient appliquées plus violemment, surtout en cas de défaut stratégique.

La stratégie d'incitations dynamiques consiste à offrir des montants de crédit faibles qui sont progressivement majorés, des délais de remboursement courts qui sont progressivement allongés, des conditions de garantie qui sont progressivement adoucies, etc. tant que les remboursements respectent les termes du contrat (Lanha, 2011). Dans les cas de crédits individuels, les emprunteurs sont *a priori* assurés de pouvoir bénéficier assez facilement de crédits de montant plus élevés s'ils respectent leur échéancier. L'incitation dynamique favorise l'application par la « première partie » telle qu'elle a été illustrée à travers le modèle d'auto-exécution de la section suivante.

A l'instar des banques, les institutions de microfinance mettent également en œuvre des centrales de risque par régions hiérarchisées. Comme dans le modèle d'auto-exécution ci-dessus, une centrale des risques peut être considérée comme une « troisième partie » mais qui n'a aucune force coercitive directe. En fait, en enregistrant les défauts des emprunteurs, elle gère une information utile pour les prêteurs pour détecter les défaillants. Cela réduit l'asymétrie d'information entre emprunteurs et le cartel de prêteurs. La menace de non renouvellement de crédit est en général suffisante pour réduire le défaut stratégique. Elle encourage l'application par la première partie, même si son projet n'a pas réussi.

Comme les banques, les institutions de microfinance exploitent de plus en plus l'exécution par la formation de cartels ou d'association d'institutions de microfinance. En effet, une concurrence se développe dans certaines régions géographiques qui peuvent être préjudiciables à ces institutions. Un outil du cartel est la centrale des risques qui permet de dissuader les cavaleries. La centrale des risques n'est pas une « troisième partie » indépendante de la « deuxième partie » qui l'a mise en place, mais est un outil indirect d'exécution.

3.4. Les banques et la bourse

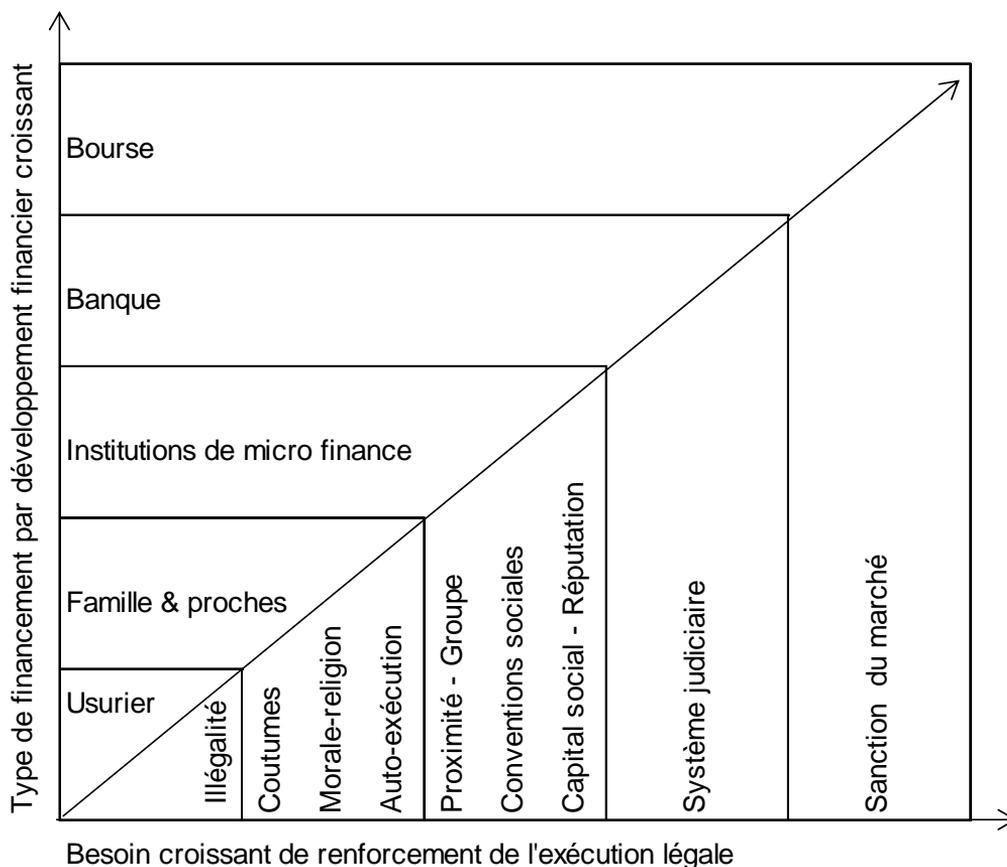
Les banques peuvent utiliser toutes les formes directes d'exécution de la première partie et de la deuxième partie, mais elles ne peuvent compter sur certaines formes indirectes. Elles utilisent essentiellement l'exécution légale. En cas de non-paiement, tout dépend de l'efficacité des voies d'exécution et des garanties prises. Si les lois qui protègent les investisseurs, si les procédures de réalisation des gages et hypothèques sont lourdes et inefficaces, si les tribunaux sont surchargés d'affaires, la banque est obligée de réduire la masse optimale de crédit.

Quant à la bourse, elle requiert un mode d'exécution sophistiqué par la conception du marché qui n'est pas souvent disponible dans les pays à faible revenu. La sanction essentielle du marché est le non engagement à financer une opération ou à renouveler un crédit alors que la banque au sens large peut user de la carotte (engagement crédible

de renouvellement) et du bâton (menace crédible de non renouvellement) pour combler les faiblesses du système de droit (Ergungor, 2002).

Dans la figure 3, nous proposons une relation croissante entre "Type d'agent financier" et "Modalité d'exécution". Les types de financement sont classés par ordre de développement financier croissant. Les modalités d'exécution sont classées par besoin croissant de renforcement de l'exécution légale.

Figure 3. Relation entre Type d'agent financier et Modes d'exécution



Source : Conception de l'auteur

Les poids des types de financement dépendront des formes d'exécution efficaces disponibles dans l'économie. L'applicabilité du contrat constitue le *ciment* des parts des agents financiers dans l'architecture financière. En conséquence, il est primordial lorsque l'on veut réduire le rationnement, d'inventer des institutions qui exploitent toutes les formes d'exécution possibles en même temps qu'il faut créer ou promouvoir les types d'exécution idéalisés mais non disponibles.

4. Loi, exécution et finance dans les pays en développement

Selon le courant « *Law and finance* » (La Porta et al., 1996, 1997, 1998), la qualité de la finance et l'architecture financière dépendent de la protection des investisseurs. Selon ces mêmes auteurs, l'orientation banque ou marché se retrouve dans l'origine du droit en vigueur (*legal origin*). Les pays dont le droit est de tradition latine (*civil law*) seraient orientés vers la banque ou l'intermédiation financière ; ceux de tradition anglo-saxonne (*common law*) seraient orientés vers le marché ou la finance directe.

Selon le courant dynamique, l'origine de la loi ne suffit pas pour caractériser l'architecture ; l'adaptation de la loi héritée est tout aussi déterminante (Beck et Levine 2004, Beck et al., 2001). Ainsi des pays de tradition latine qui ont continuellement adapté leurs lois et ceux qui ont hérité de loi de traditions latines et les ont adaptées, ont un niveau de développement et de croissance comparable aux pays de tradition anglo-saxonne. Allen et Gale (2001) trouvent les mêmes conclusions empiriques en ce qui concerne la France et la Belgique. L'origine *civil law* en soi n'est pas un handicap pour l'efficacité judiciaire au regard de la finance.

Le système de « *common law* » privilégie les décisions des juges - la jurisprudence - pour perfectionner le système judiciaire ; au contraire, le système de « *civil law* » privilégie une codification rigoureuse de loi votée par le législateur pour éviter des interprétations opportunistes des juges ; ceux-ci ne font que *dire le droit*. Les partisans de l'efficacité du *common law* estiment que, du fait de la latitude laissée au juge, ce système produit de lois et un système judiciaire plus efficace que le système de *civil law* qui est plutôt rigide. Cette *hypothèse de Posner* ne fait pas l'unanimité. Deffains (2002) démontre entre autres que « les contrats en *civil law* sont conçus comme des instruments de maximisation de l'utilité sociale et individuelle » et de minimisation des coûts de transaction.

4.1. La transplantation du droit des pays développés dans les pays en développement

Une technologie d'exécution qui a fait ses preuves peut être répliquée dans un pays ou contexte avec succès (Banerjee et al., 1994) ; mais parfois, la transplantation échoue du fait des conditions sociales et économiques alors en vigueur du pays d'accueil (Guinnane, 1994).

La course à la réglementation des institutions de microfinance est un exemple de copie discutable de modèles juridiques en Afrique, en Amérique latine et en Asie (Christen et Rosenberg, 2000). Dans l'Union Economique et Monétaire Ouest-Africaine (UEOMA), par exemple, le modèle d'institution de microfinance idéalisé implicitement par la loi est un modèle coopératif consacré par la loi PARMEC. Ce

modèle n'est qu'une copie partielle transplantée, alors qu'une loi qui exploite les types effectifs d'exécution aurait été plus appropriée pour une promotion des IMF.

La loi PARMEC n'étant pas conçue pour toute la microfinance, mais étant la seule loi explicitement consacrée à la microfinance, rejette le cas des IMF non constituées sous forme de coopérative à des cas singuliers. Elle reste au bout d'une dizaine d'années la seule loi qui régit les IMF. Il s'en est suivi un déviationnisme institutionnel des IMF dans l'UEMOA. Les IMF étaient au départ des institutions de type Organisation Non Gouvernementale (ONG) ou même Organisation gouvernementale se transforment en « Association » de type loi 1901, ce qui n'est pas forcément la meilleure forme pour faire de la finance. Des banquiers ambulants se sont transformés en coopératives avec des fortunes institutionnelles diverses. Les entreprises constituées sous forme de société à responsabilité limitée sont dans le flou juridique en matière de microfinance.

4.2. De l'inadéquation des voies d'exécution formelles dans les IMF

Selon Lheriau (2003, pp. 463-465), « ... les SFD devraient disposer de voies d'exécution légales leur permettant de recouvrer leurs créances dans des conditions de temps et de coût acceptables... », mais tel n'est pas le cas. Il donne entre autres, l'exemple suivant. « La saisie d'un bien meuble corporel nécessite un titre exécutoire, ce qui implique pour l'essentiel une décision juridictionnelle. Le déroulement de la procédure implique un commandement de payer, suivi d'une mise sous séquestre du bien, et d'une vente amiable ou forcée.... La saisie est précédée d'un commandement de payer signifié au débiteur au moins huit jours avant l'opération de saisie. En pratique, un débiteur ainsi informé de la saisie, aura tout le temps nécessaire pour faire disparaître les biens susceptibles de saisie, voire de disparaître lui-même pendant quelque temps. Ce commandement préalable constitue donc un frein très important à l'exécution des créances du SFD, tout particulièrement à l'encontre des commerçants et artisans urbains, plus mobiles que les agriculteurs. »

Lheriau (2003) fait des remarques similaires en ce qui concerne la mise sous séquestre du bien, la vente amiable et la vente forcée. L'inadéquation frappe également les autres voies d'exécution que sont : la saisie conservatoire et la saisie immobilière. Enfin le coût des voies d'exécutions formelles est prohibitif par rapport aux montants en jeu en microfinance. Mais alors que ces procédures formelles sont inefficaces, toute autre mesure telle que la saisie directe est illégale : « ... toutes les procédures consistant pour un SFD urbain à aller chez le débiteur pour saisir directement ses biens, sans huissier ni titre exécutoire, sont passibles d'une condamnation judiciaire pour saisie illégale ... » Lheriau (2003, p. 465).

Ces contradictions peuvent s'expliquer par l'inadéquation de la superstructure juridique importée au stade de développement des pays concernés. Elles sont de nature à réprimer le développement de la finance, favoriser l'usure, la surliquidité, le rationnement du crédit, l'endettement étranger croissant et à renforcer le sous-

développement. Il importe donc de tirer parti des formes d'exécution disponibles pour maximiser les services financiers dans les pays en développement.

4.3. Tirer parti des formes disponibles d'exécution

Greif (1997) montre à travers de nombreux exemples, comment dans la période pré-moderne, les contrats étaient contraints, malgré l'inexistence de l'appareil judiciaire actuellement disponible sur le plan national et sur le plan international. La loi est secrétée au fur et à mesure des besoins des affaires sur plusieurs siècles. Les économies des pays occidentaux n'ont pas eu à subir les handicaps d'une superstructure judiciaire en avance sur leur développement.

La littérature dominante se penche souvent sur les voies d'exécution légales. En réalité, la finance peut s'auto-exécuter par de nombreuses autres technologies. Allen et all., (2002) montrent que l'exemple de la Chine moderne est tout à fait à l'opposé de ce qui est avancé dans la théorie traditionnelle du « *Law and Finance* » et de la croissance économique.

Il ne s'agit pas seulement d'élaborer les meilleures lois, mais encore faut-il les rendre *effectives*. Les problèmes de l'appareil judiciaire, des hommes chargés de faire appliquer les lois, des comportements opportunistes etc., restent les défis majeurs dans les cas de transplantation de lois des pays développés dans les pays en développement.

Dans un environnement où l'exécution par une « troisième partie » est problématique, les institutions qui exploitent les modes d'exécution par les deux premières parties peuvent émerger et se développer si elles ne sont pas handicapées par la loi importée.

4.4. Moderniser le système judiciaire par une séquence appropriée

Du fait de la globalisation de l'économie et du droit, il est peu probable que des pays restent à des stades de voies d'exécution pré-modernes. Selon Posner (1998), il est plus facile de créer des règles que de mettre en place une administration judiciaire. La dynamique serait de mettre en place des règles. Celles-ci génèrent la croissance. Une partie des fruits de la croissance est réinvestie dans la mise en place d'institutions judiciaires. Ce renforcement des institutions promeut la croissance qui est en partie réinvestie cette fois pour améliorer les règles et les institutions, et ainsi de suite, se développerait un cercle vertueux droit et économie.

La réforme des textes dans le cadre de l'organisation pour l'harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) semble suivre cette dynamique, mais demeure encore fortement influencée par des droits qui passent à côté d'une grande partie des affaires en Afrique francophone. La BCEAO propose également un nouveau cadre pour la microfinance qui devrait se substituer à la loi PARMEC.

5. Conclusion

Etant donné l'importance de l'application des contrats dans la mobilisation de l'épargne et le financement de l'économie, deux principales voies d'améliorations sont suggérées. La première voie, dite de voies d'exécution légale, consiste à promouvoir la qualité des lois et des institutions judiciaires au sens large. Cette voie est coûteuse et son efficacité peut être remise en cause dans certains contextes. Cette voie est tellement mise en avant dans les pays en transition et en développement que les voies alternatives sont inhibées. Or elle comporte des contradictions internes majeures, notamment l'inadéquation des nouvelles lois avec le contexte d'application.

La seconde voie consiste à promouvoir l'internalisation de l'application, soit par la «première partie», soit par la «deuxième partie». Cette voie économique est à promouvoir chaque fois que cela est possible. Même si elle peut parfois friser l'illégalité selon les lois importées des pays développées du fait de la globalisation du droit, elle a néanmoins constitué le système d'exécution qui a promu les pays développés à leur stade actuel de légalité (Greif, 1997). Cette nuance est importante car elle explique que des lois apparemment justes selon le stade de développement actuel des pays développés soient handicapantes pour le développement des pays sous-développés.

Vouloir transplanter l'architecture juridique des pays développés dans les pays en développement avec une faible adaptation peut avoir des effets pervers sur l'architecture financière, renforcer la thésaurisation, le rationnement du crédit et l'usure. La dynamique du renforcement devrait suivre son cours sans de grands sauts qui entraînent des déséquilibres institutionnels. Les voies d'exécution informelles devra se réduire de manière continue selon la même dynamique suivie par les pays développés.

Références bibliographiques

- Allen F., Qian J., Qian M. (2002), "Law Finance, and Economic Growth in China", *Wharton Working paper*, Revised: December 23. 61p.
- Allen F., Gale D. (2001), "*Comparative Financial Systems: A survey*", Typescript, April
- Banerjee A., Besley T., Guinnane T.(1994), "Thy Neighbour's Keeper: The Design of a Credit Cooperative with Theory and Test", *Quarterly Journal of Economics* 109(2);491-515
- BCEAO (1999), *Loi portant définition et répression sur l'usure*, Disponible sur le site www.bceao.int (consulté le 12 mars 2011)
- Beck T., Demirgüç-Kunt A., Levine R. (2001), "Law, Politics and Finance", *Mimeo*
- Beck T., Levine R. (2004), "Legal Institutions and Financial Development" National Bureau of Economic Research BER Working Paper Series #10417 (IFM)
- Bester H., Strausz R. (2004), *Imperfect Commitment and the Revelation Principle*, *Mimeo*
- Christen R. P., Rosenberg R. (2000), « La course à la réglementation : Etablissement de cadres juridiques pour la microfinance », *Etudes Spéciales* No. 4, Mai 2000, CGAP.
- Dasgupta, P., Hammond, P., Maskin, E., (1979), "The implementation of social choice rules", *Review of Economic Studies*, 46, 185-216.
- Deffains B. (2002) : "Efficiency of Civil Law", *Mimeo*, CREDES, University of Nancy 2, ESNIE, Corte, 2002
- Ergungor O.E. (2002), "Legal Systems and Bank Development", *Working paper*, Federal Reserve Bank of Cleveland, February 1,2002
- Gale D., Hellwig M. (1985), "Incentive-Compatible Debt Contracts: the One-Period Problem", *Review of Economic Studies*, 52, 647-663
- Gibbard, A.(1973), "Manipulation for voting schemes", *Econometrica*, 41, 587-601.
- Greif, A. (1997), "Contracting, enforcement, and efficiency : economics beyond the law" Annual World Bank Conference on Development Economics 1996, The World bank, Washington DC, pp. 239-265
- Green, J., Laffont, J.J., (1977), *Incentives in Public Decision Making*, North-Holland, Amsterdam.
- Guinnane T.W. (1994), "A failed institutional transplant: Raiffeisen's credit cooperative in Ireland", 1894-1914, *Explorations in Economic History*, Vol. 31, N° 1, pp. 38-61

- La Porta R. Lopez-de-Silanes F., Shleifer A., Vishny R., (1996), "Law and Finance", *NBER Working paper # 5661*
- La Porta R., Lopez-de-Silanes F., Shleifer A., Vishny R., (1997), "Legal Determinants of External Finance", *Journal of Finance*, 52, pp. 1131-1150
- La Porta R. Lopez-de-Silanes F., Shleifer A., Vishny R., (1998), « Investor Protection: Origins, consequences, reform », *NBER Working paper #7428*
- Lanha M. (2011), « Essai sur le Partage du Marché Formel du Crédit entre Banques et Institutions de Microfinance », *Revue d'Economie Théorique et Appliquée* Volume 2, Numéro 1, Juin 2012, pp 97-118
- Lelart M. (2000): « L'évolution de la finance informelle au Bénin ». in *Finance informelle et financement du développement*, M. Lelart ed. FMA-AUPELF, pp 17-39.
- Lheriau L. (2003), « Le droit des systèmes financiers décentralisés dans l'Union Economique et Monétaire Ouest Africaine (UEMOA) », Thèse de doctorat en droit privé, Université de Picardie Jules Verne, 2003. 608 p.
- Lim W. S. (2000), "A lemons market? An incentive scheme to induce truth-telling in third party logistics providers", *European Journal of Operational Research*, 125, pp. 519-525
- Myerson R.B. (1979), "Incentive-Compatibility and the Bargaining Problem", *Econometrica*, vol. 47, pp. 61-73
- Posner R.A., (1998) : "Creating a Legal Framework for Economic Development", *The World Bank Research Observer*, Vol. 13, N° 1 (February 1998), pp. 1-11
- Townsend R. (1979) "Optimal Contracts and Competitive Markets with Costly State Verification", *Journal of Economic Theory*, 21, 265-293.