



Assemblée générale

Distr. limitée
2 décembre 2022
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Groupe de travail I (Micro-, petites et moyennes entreprises)
Trente-neuvième session
New York, 13-17 février 2023

Projet de guide sur l'accès des micro-, petites et moyennes entreprises (MPME) au crédit

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Page</i>
Historique des travaux	3
Annexe	
I. Introduction	5
II. Sources de crédit disponibles pour les MPME	10
A. Soutien de la famille et des amis	11
B. Crédit commercial	12
C. Cartes de crédit	14
D. Prêts obtenus par l'intermédiaires d'une plateforme	14
E. Crédit-bail	17
F. Financement par cession de créances	19
G. Financement par récépissés d'entrepôt	20
H. Lettres de crédit	21
I. Dispositifs collectifs de crédit et d'épargne	21
J. Microcrédit	23
K. Institutions financières publiques	24
L. Finance islamique	24
III. Mesures visant à faciliter l'accès des MPME au crédit	26
A. Cadre juridique visant à améliorer l'accès des MPME au crédit	28
1. Intégration dans le secteur formel	28



2.	Opérations garanties	31
3.	Garanties personnelles	42
4.	Mécanismes de garantie du crédit	50
5.	Évaluation de la solvabilité des MPME	60
6.	Appui aux MPME en difficulté financière	66
7.	Réalisation et exécution	69
8.	Mécanismes de règlement des différends	70
9.	Pratiques de prêt équitables, y compris la transparence	77
10.	Environnement électronique	82
B.	Autres mesures visant à améliorer l'accès des MPME au crédit : culture financière	84

Historique des travaux

1. À sa cinquante-deuxième session, en 2019, la Commission est convenue de renforcer les travaux du Groupe de travail I visant à réduire les obstacles juridiques que rencontrent les micro-, petites et moyennes entreprises (MPME) tout au long de leur cycle de vie en apportant des orientations sur l'accès de ces dernières au crédit, en vue de les mener à terme, et elle a demandé au secrétariat de commencer à élaborer un projet de texte à des fins d'examen par le Groupe de travail¹.
2. À sa trente-sixième session (Vienne, 4-8 octobre 2021), le Groupe de travail a commencé à examiner ce sujet en se fondant sur un avant-projet de texte contenu dans une note du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.124). Il a poursuivi ces travaux à ses trente-septième (New York, 9-13 mai 2022) et trente-huitième sessions (Vienne, 19-23 septembre 2022) sur la base des notes révisées du Secrétariat (A/CN.9/WG.I/WP.126 et A/CN.9/WG.I/WP.128, respectivement). Lors de toutes ces sessions, il a examiné la portée et la structure de chaque section du projet de texte plutôt que de fournir des orientations détaillées sur les paragraphes pris individuellement, sauf en présence de préoccupations particulières ou lorsqu'il était nécessaire de corriger des informations inexactes².
3. L'annexe au présent document contient une version révisée du projet de texte qui reflète les délibérations du Groupe de travail lors de sa dernière session, en septembre 2022³ : i) le contenu est réorganisé ; ii) le terme « micro-, petites et moyennes entreprises (MPME) » est conservé, bien que l'accent soit mis sur les micro- et petites entreprises ; et iii) le titre définitif du texte a été modifié comme suit : « Guide sur l'accès des micro-, petites et moyennes entreprises (MPME) au crédit »⁴. Par souci de cohérence avec la structure des guides législatifs de la CNUDCI, le secrétariat a déplacé les sections « Objet » et « Destinataires » de cet « Historique des travaux » (A/CN.9/WG.I/WP.128, par. 5 et 6 respectivement) vers le chapitre introductif du projet de guide, en y apportant les modifications nécessaires. Il a par ailleurs apporté au texte des modifications supplémentaires pour en améliorer la cohérence et en faciliter la lecture. Les paragraphes ont été déplacés et renumérotés selon les besoins et les renvois ont été modifiés en conséquence.

Méthode de travail

4. À sa cinquante-deuxième session, en 2019, la Commission est convenue que les documents établis par le secrétariat devraient s'inspirer, selon qu'il conviendrait, de la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières (2016)* (la Loi type). L'examen de la question des prêts garantis par des biens meubles s'appuie donc sur la Loi type ainsi que sur les autres instruments existants de la CNUDCI dans ce domaine (voir <https://uncitral.un.org/fr/texts/securityinterests>). Le projet de guide reprendra et examinera les recommandations et principes prévus par ces textes qui sont les plus pertinents pour faciliter l'accès des MPME au crédit.
5. De même, les parties du projet de guide traitant de la constitution et de l'enregistrement des entreprises ainsi que de leur fonctionnement font référence au *Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises* (2018) et au *Guide législatif de la CNUDCI sur les entreprises à responsabilité limitée* (2021). En outre, les parties du projet de guide relatives aux garanties personnelles et à l'aide à la restructuration renvoient au *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises* (2021), et la section relative à l'environnement électronique renvoie aux textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, notamment la *Loi type de la CNUDCI sur les documents*

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17), par. 192 a). Voir également le document A/CN.9/WG.I/WP.125, par. 5, pour le texte intégral de la décision de la Commission.

² Voir A/CN.9/1084, par. 18 et 19, et A/CN.9/1090.

³ Voir A/CN.9/1122.

⁴ A/CN.9/1122, par. 106 et annexe.

transférables électroniques (2017) et la Loi type de la CNUDCI sur l'utilisation et la reconnaissance internationale de la gestion de l'identité et des services de confiance (2022).

Annexe

I. Introduction¹

1. Représentant la vaste majorité des entreprises dans toutes les régions du monde, les micro-, petites et moyennes entreprises (MPME) contribuent à la création et au maintien d'emplois, au fonctionnement de la chaîne d'approvisionnement, à l'esprit d'entreprise, à l'innovation et au bien-être socioéconomique². Il a été noté³ que ces entreprises offraient des possibilités d'emploi et d'entrepreneuriat aux jeunes, aux femmes et aux groupes défavorisés, notamment les migrants, les minorités ethniques et les personnes handicapées, et qu'elles étaient donc essentielles pour augmenter les revenus des 40 % les plus pauvres de la population mondiale. La Banque mondiale ayant prévu qu'environ 600 millions d'emplois seraient nécessaires pour occuper les jeunes entrant sur le marché du travail au cours des 15 prochaines années⁴, il n'est pas surprenant que de nombreux gouvernements aient donné la priorité aux MPME pour ce qui est de la création d'emplois.

2. Les MPME ne font l'objet d'aucune définition normalisée à l'échelle mondiale, car de nombreux critères peuvent servir à les identifier en fonction des contextes économique, juridique, politique et social de chaque pays. De fait, si le nombre d'employés, le chiffre d'affaires et les actifs sont les critères le plus couramment utilisés, d'autres variables, telles que le niveau d'existence « formelle », les années d'expérience et l'investissement initial, interviennent également pour définir et identifier ces entreprises⁵. Conscients de ces différences entre les pays, les textes législatifs de la CNUDCI sur les MPME ne comportent pas de définition de ces dernières, et les États appliquent les textes conformément à leurs propres définitions.

3. Si elles varient par leur nature, leur taille et le pays dans lequel elles sont actives, la plupart des MPME partagent certaines caractéristiques, dont une partie s'applique principalement aux micro- et petites entreprises, tandis que d'autres concernent tous les types de MPME⁶. Il s'agit notamment des caractéristiques suivantes : a) structures de taille restreinte et souvent familiales ; b) peu ou pas d'employés et difficulté à embaucher et à retenir le personnel ; c) dépendance à l'égard des réseaux familiaux pour le financement ou le partage de risques ; d) accès limité au financement ; e) accès difficile aux services financiers ; f) effet disproportionné des réglementations (par exemple, les procédures et le coût d'enregistrement des entreprises) ; g) peu de débouchés (les marchés ouverts aux micro- et petites entreprises sont souvent uniquement locaux) ; h) accès limité aux mécanismes formels de règlement des différends ; i) difficulté à séparer les actifs (en particulier lorsqu'il s'agit d'entreprises individuelles ou qui n'ont pas de personnalité juridique distincte), ce qui, en cas de faillite de l'entreprise, a souvent des incidences directes sur les biens personnels et

¹ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 23), le secrétariat a déplacé les informations relatives aux MPME et à leurs besoins de financement (chap. II du document A/CN.9/WG.I/WP.128) vers le présent chapitre (Introduction), en y apportant les modifications nécessaires. Le Groupe de travail voudra peut-être noter qu'afin d'éviter toute redondance, le secrétariat a supprimé une partie des considérations sur les besoins de financement des MPME à différentes étapes de leur cycle de vie.

² À sa trente-huitième session, le Groupe de travail a demandé que l'importance économique des MPME soit soulignée (A/CN.9/1122, par. 20). Le secrétariat a procédé à la modification correspondante au début du projet de guide afin de mettre davantage l'accent sur ce concept.

³ DESA, « Micro, Small and Medium-Sized Enterprises (MSMEs), and their role in achieving the Sustainable Development Goals » (2020), p. 4 et 22.

⁴ Voir www.worldbank.org/en/topic/sme/finance.

⁵ SFI, « MSME Country Indicators 2014: Towards a Better Understanding of Micro, Small, and Medium Enterprises » (2014), p. 5 et suiv.

⁶ Le secrétariat a inséré ce membre de phrase (« dont certaines ... tous les types de MPME ») pour donner suite aux délibérations tenues par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 21). Le Groupe de travail souhaitera peut-être prendre note de la proposition du secrétariat de modifier la première phrase du paragraphe plutôt que la deuxième (par. 17 du document A/CN.9/WG.I/WP.128).

familiaux ; j) vulnérabilité aux problèmes financiers ou aux catastrophes naturelles⁷ ; et k) difficulté à transférer ou à vendre l'entreprise.

4. L'accès au financement (par exemple crédit, épargne, paiements et assurance) est essentiel pour les MPME, tout au long de leur cycle de vie. Il permet aux entrepreneurs de démarrer leurs activités, d'innover, d'améliorer leur efficacité et leur productivité et, à terme, de développer leur entreprise. Comme le note la Banque mondiale, l'absence d'accès ou l'accès limité au financement est le deuxième obstacle le plus souvent cité par les petites entreprises des marchés émergents⁸. L'accès au crédit permet notamment aux MPME de réaliser des investissements productifs, qui sont essentiels pour générer des revenus et accéder à des ressources supplémentaires. Divers facteurs peuvent influencer l'accès au crédit et le ou les types de crédit disponibles, notamment l'âge de l'entreprise, le genre de la personne qui la dirige, l'historique des comptes bancaires personnels et professionnels détenus par l'entrepreneur et la disponibilité des documents commerciaux.

i) *Le déficit de financement des MPME*

5. Les MPME peuvent accéder au crédit par le biais d'institutions financières opérant dans le cadre légal et réglementaire national du système financier. Cependant, les petites entreprises parviennent rarement à remplir les conditions auxquelles les institutions financières subordonnent l'octroi de prêts. Même lorsque les MPME les remplissent, les institutions financières peuvent encore hésiter à accorder des crédits aux plus petites d'entre elles, parce que de tels prêts sont souvent de montants trop limités pour être rentables⁹. L'écart entre l'offre existante de financement aux petites entreprises et la demande potentielle à laquelle les institutions financières pourraient répondre est désigné par le terme « déficit de financement »¹⁰.

6. Des études ont montré que, dans la plupart des pays, le déficit de financement était susceptible d'être plus important pour les entreprises détenues par des femmes, en raison de préjugés culturels ou de contraintes économiques, sociales et juridiques¹¹. Ainsi, les femmes auraient un accès moindre au crédit abordable dans certains pays car elles ont moins de garanties à offrir (aussi bien en termes d'actifs que de réputation¹²), d'autant plus que les taux de remboursement de leurs microcrédits ne sont souvent pas pris en compte par les prestataires de services d'évaluation du crédit¹³. Les micro- et petites entreprises appartenant à des femmes peuvent également être plus affectées que celles appartenant à des hommes par les exigences des institutions financières formelles en matière de prêts. Par exemple, les frais de service ou les taux d'intérêt peuvent être trop élevés pour les sommes qu'elles souhaitent emprunter ou elles peuvent avoir trop de mal à remplir les conditions de

⁷ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 21), le secrétariat a ajouté une référence aux « catastrophes naturelles ».

⁸ Voir www.worldbank.org/en/topic/smefinance.

⁹ Z. Chen et M. Jin, « Financial Inclusion in China: Use of Credit » (2017), p. 3.

¹⁰ La Société financière internationale (SFI) estime que la demande non satisfaite de financement de la part des MPME du secteur formel dans les pays en développement accuse un déficit de 5 200 milliards de dollars des États-Unis. Selon elle, on dénombrerait 65 millions de MPME formelles, soit 40 %, en mal de crédit, tandis que la demande potentielle de financement des entreprises informelles dans les pays en développement est évaluée à 2 900 milliards de dollars supplémentaires (voir SFI, « MSME Finance Gap, Assessment of the shortfalls and opportunities in financing micro, small and medium enterprises in emerging markets » (2017), p. 2). Si l'Asie de l'Est et le Pacifique représentent l'essentiel du déficit, les pays de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) en ont également leur part, car un pourcentage important des MPME y éprouve des difficultés à accéder à des financements auprès des banques, des marchés de capitaux ou d'autres prestataires de crédit.

¹¹ Le déficit est actuellement estimé à 1 500 milliards de dollars des États-Unis. Voir SFI et Goldman Sachs, « IFC and Goldman Sachs 10,000 Women: Investing in Women's Business Growth » (2019), p. 4.

¹² La garantie liée à la réputation désigne la capacité de l'emprunteur à accéder au crédit grâce à sa seule réputation de bon payeur, sans fournir d'autre garantie.

¹³ Centre du commerce international, Libérer l'accès des femmes entrepreneurs aux marchés (2015), p. 23 et 25.

remboursement des prêts. Par conséquent, les entrepreneuses sont souvent largement tributaires de sources de crédit informelles, notamment le soutien de la famille et des amis¹⁴.

7. Les mesures visant à réduire le déficit de financement des MPME doivent tenir compte de tous ces aspects et trouver un équilibre entre les risques auxquels sont exposés les prêteurs et la nécessité de protéger les MPME, en particulier celles dont les propriétaires ou exploitants ont le moins d'expérience et de qualifications. Elles auront par ailleurs des incidences pour la réalisation des objectifs de développement durable (ODD)¹⁵. Le Centre du commerce international (CCI) estime que, par les pratiques commerciales qu'elles adoptent, les secteurs dans lesquels elles opèrent et leur influence sur l'économie au sens large, des MPME plus fortes peuvent contribuer à la réalisation des objectifs 8 et 9¹⁶. Il souligne en outre qu'elles peuvent avoir une influence positive sur 60 % des cibles des ODD, dès lors que des financements suffisants sont en place¹⁷. Si les MPME disposaient d'un meilleur accès au crédit, leur potentiel pourrait croître et changer d'échelle, ce qui pourrait renforcer l'autonomisation économique des femmes et contribuer à réduire la pauvreté.

ii) *Tendances en matière de réforme*¹⁸

8. Depuis quelque temps, des efforts sont faits aux niveaux mondial, régional et national pour faciliter le financement des MPME, ce qui a permis de dégager diverses bonnes pratiques également bénéfiques pour des pays aux conditions économiques et aux besoins différents. Caractérisées par leur large portée, certaines initiatives ont visé à promouvoir l'accès des MPME à de multiples services financiers, par exemple en leur facilitant l'ouverture de comptes d'épargne ou l'exécution de paiements et en concevant de nouveaux produits d'assurance. D'autres se sont concentrées sur des mesures particulièrement adaptées pour faciliter l'accès au crédit. Nombre de ces efforts ont donné la priorité à la promotion de réglementations et de politiques favorisant l'assistance financière aux MPME (souvent définies comme des politiques de soutien contraignantes), telles que la mise en place de systèmes de garantie du

¹⁴ Selon la Banque mondiale, une enquête sur les entreprises dirigées par des femmes au Moyen-Orient et en Afrique du Nord a montré que la plupart des entrepreneuses n'avaient pas accès au crédit formel et finançaient leur entreprise principalement avec leurs propres économies, grâce à des prêts contractés auprès de membres de la famille et d'amis, ou en réinvestissant les bénéfices de l'entreprise. Voir Banque mondiale, « Secured Transactions, Collateral Registries and Movable Asset-Based Financing » (2019), p. 23.

¹⁵ Groupe de réflexion interinstitutions sur le financement du développement, « Financing for Sustainable Development Report 2020 », p. 8, encadré I.2.

¹⁶ CCI, « SME Competitiveness Outlook 2019: Big Money for Small Business – Financing the Sustainable Development Goals » (2019), p. xvi. L'objectif 8 vise à promouvoir une croissance économique soutenue, partagée et durable, le plein emploi productif et un travail décent pour tous. L'objectif 9 vise à bâtir une infrastructure résiliente, promouvoir une industrialisation durable qui profite à tous et encourager l'innovation.

¹⁷ Ibid., p. xv.

¹⁸ Le secrétariat a déplacé les considérations sur l'articulation entre les instruments réglementaires et les instruments de droit privé ou commercial (A/CN.9/WG.I/WP.128, par. 12 et 13) vers la partie introductive du chapitre III, ce qui permet d'expliquer comment différentes mesures peuvent contribuer à l'élaboration d'un cadre juridique qui supprime les obstacles que rencontrent les MPME lorsqu'elles cherchent à accéder au crédit.

crédit¹⁹ ou de programmes de prêts directs aux MPME²⁰ (par exemple, l'allocation d'un certain pourcentage de l'encours de prêts au segment des MPME)²¹, ou ont facilité l'adoption de mesures destinées à améliorer la concurrence au sein des systèmes financiers nationaux et à permettre à diverses institutions financières de mener leurs activités²². D'autres ont favorisé l'adoption de mesures de soutien non contraignantes, notamment des programmes de renforcement des capacités des MPME, des prêteurs et des organismes de réglementation, ainsi que le renforcement des systèmes d'évaluation du crédit²³. Reconnaissant que les MPME appartenant à des femmes ont souvent plus de difficultés pour accéder au crédit que celles de leurs homologues masculins, des organisations internationales et régionales et des États ont mis en œuvre de nombreuses initiatives ad hoc et ciblées pour les soutenir²⁴.

9. Ces dernières années, de nombreux efforts ont également été faits aux niveaux mondial et national pour attirer une attention particulière sur le rôle que les services et produits financiers numériques, notamment ceux qui résultent de l'utilisation de technologies modernes, peuvent jouer pour faciliter l'accès des MPME au crédit. Par exemple, les autorités réglementaires de certains pays ont conçu des projets visant à tester l'utilisation de technologies telles que la chaîne de blocs et les contrats intelligents et à approfondir les recherches en la matière afin d'améliorer l'accès au

¹⁹ Ainsi l'Union européenne a-t-elle élaboré plusieurs systèmes de garantie pour soutenir les institutions financières de ses États membres qui prêtent aux MPME (voir https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/financing-investment/financing-programmes-smes_en). La Banque mondiale et la Banque asiatique de développement ont mis en place des programmes d'assistance technique pour améliorer les systèmes de garantie du crédit des pays en faveur des MPME (voir par exemple www.adb.org/news/adb-loan-help-expand-sme-financing-through-credit-guarantees). La Chine a créé un fonds spécial pour le développement des PME, qui soutient les garanties de financement, et un fonds national de garantie de financement pour soutenir le système national de garantie de financement (voir OCDE, *Le financement des PME et des entrepreneurs 2020 : Tableau de bord de l'OCDE*, p. 168 dans la version anglaise). Le Bangladesh a également lancé un fonds de garantie des crédits aux PME (voir Ministère de l'industrie de la République populaire du Bangladesh, « SME Policy 2019 », p. 5).

²⁰ L'Union européenne a conçu plusieurs programmes d'intervention directe dont le fonctionnement se fait par l'intermédiaire des institutions financières locales qui déterminent les conditions exactes de financement des MPME (voir https://ec.europa.eu/info/business-economy-euro/growth-and-investment/financing-investment/financing-programmes-smes_en). Le Bangladesh a établi une banque destinée aux PME (voir Ministère de l'industrie de la République populaire du Bangladesh, « SME Policy 2019 », p. 5).

²¹ Voir, par exemple, l'exemple des Philippines. La législation intitulée « Magna Carta pour les MPME » prévoit également des amendes pour les banques qui ne respectent pas ces allocations de crédit obligatoires.

²² Par exemple, la SFI a plaidé pour l'adoption de politiques visant à améliorer la concurrence au sein du système financier et à permettre à diverses institutions financières d'opérer, ainsi que pour la mise en place de programmes gouvernementaux de prêts directs aux MPME. Voir SFI, « MSME Finance Gap » (note 10 *supra*).

²³ Par exemple, l'Inde a créé une agence nationale de notation des PME qui fournit des notations complètes à l'usage des institutions financières pour l'évaluation du crédit. Cette agence a récemment lancé une plateforme d'ingénierie financière qui facilite le flux des crédits vers les MPME en fournissant des informations sur chaque entreprise (voir SFI, « SME Finance Policy Guide » (2011), p. 35).

²⁴ Par exemple, la Commission économique et sociale des Nations Unies pour l'Asie et le Pacifique (CESAP) a élaboré un programme de promotion de l'entrepreneuriat féminin, dont la composante « modes de financement innovants » met en œuvre trois mécanismes de financement clés : un fonds d'innovation pour l'ingénierie financière, une obligation en faveur de la subsistance des femmes et un fonds d'investissement à impact. Cette composante prévoit également la collaboration avec les décideurs et les organismes de réglementation pour appuyer la création, en matière de finance, d'un environnement politique et réglementaire favorable aux entrepreneuses. Voir www.unescap.org/projects/cwe.

crédit pour les MPME non financées ou sous-financées^{25, 26}. Comme l'a reconnu le Groupe des Vingt (G20)²⁷, la numérisation des services financiers peut changer la donne en ce qui concerne le financement des petites entreprises, car elle rend les processus financiers, y compris les prêts, nettement moins onéreux, plus rapides et plus faciles à mettre en œuvre²⁸. À cet égard, il convient de noter que l'Organisation des Nations Unies, par l'intermédiaire de l'Équipe spéciale chargée de la question du financement numérique des objectifs de développement durable, a recommandé, entre autres, des réformes juridiques pour appuyer la numérisation du système financier, par exemple en définissant la nature juridique des actifs numériques ou en améliorant les régimes de droit privé régissant les relations entre les parties à des opérations commerciales²⁹.

10. Enfin, plusieurs initiatives menées en particulier aux niveaux mondial et régional ont encouragé l'adoption de lois modernes dans des domaines qui contribuent à faciliter l'accès des MPME au crédit, notamment les opérations garanties et les procédures d'insolvabilité³⁰. D'autres réformes ont poursuivi l'objectif de l'intégration des petites entreprises dans le secteur formel, par la simplification de leur constitution et la rationalisation de leur enregistrement (voir par. 60 à 69), qui simplifient la création et l'exploitation des MPME et leur accès aux sources de crédit formelles³¹.

iii) *Objet du projet de guide*

11. S'inspirant des bonnes pratiques décrites dans les paragraphes précédents et de plusieurs normes internationales (telles que les textes de la CNUDCI relatifs aux opérations garanties), le projet de guide a pour objet d'aider les États à adopter un cadre juridique national qui facilite l'accès des MPME au crédit ou à moderniser celui dont ils sont déjà dotés. Il pourrait aussi être utile aux organisations internationales intergouvernementales, aux organisations non gouvernementales (ONG), aux

²⁵ Par exemple, la Direction des affaires monétaires de Hong Kong et le Centre d'innovation de la Banque des règlements internationaux ont lancé le projet Dynamo en vue d'aider les responsables politiques et les services financiers à mieux comprendre comment les technologies modernes peuvent réduire les coûts de transaction et d'emprunt dans le cadre de l'accès des MPME au crédit. Voir https://www.bis.org/about/bisih/topics/open_finance/dynamo.htm.

²⁶ Le secrétariat a ajouté cette phrase pour donner suite aux suggestions formulées par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 20).

²⁷ Le Groupe des 20, généralement connu en tant que G20, est un forum intergouvernemental regroupant les principales économies du monde. Il a vu le jour en 1999 sous la forme d'une réunion des ministres des finances et des gouverneurs des banques centrales et a évolué vers un sommet annuel auxquels participent les chefs d'État et de gouvernement.

²⁸ GPFI, « Promoting digital and innovative SME financing » (2020), p. 9. Disponible à l'adresse www.gpfi.org/sites/gpfi/files/saudi_digitalSME.pdf.

²⁹ En 2018, le Secrétaire général de l'ONU a créé l'Équipe spéciale chargée de la question du financement numérique des objectifs de développement durable dans le cadre de sa feuille de route pour le financement du Programme de développement durable à l'horizon 2030 pour 2019-2021. L'un des objectifs de l'Équipe est de veiller à ce que le financement numérique fasse partie intégrante des stratégies de développement durable. Dans son rapport intitulé « People's Money » (2020), elle a formulé plusieurs recommandations visant à tirer parti de la numérisation pour accélérer le financement des objectifs de développement durable.

³⁰ Le Réseau de développement de l'infrastructure financière mis en place par l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) promeut activement la mise en place de cadres pour les opérations garanties et l'insolvabilité en tant qu'éléments clefs d'un environnement financier favorable aux MPME, notamment par la promotion de la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières* (APEC, « 2019 Progress Report – Asia-Pacific Financial Forum, Asia-Pacific Financial Inclusion Forum, Asia-Pacific Infrastructure Partnership », p. 5 et suiv.). En 2015, le G20 a identifié les cadres pour les opérations garanties et l'insolvabilité en tant que domaines prioritaires pour assurer l'accès des MPME au crédit (voir www.gpfi.org/publications/g20-action-plan-sme-financing-implementation-framework).

³¹ Le secrétariat a déplacé les considérations sur l'articulation entre les instruments réglementaires et les instruments de droit privé ou commercial (par. 12 et 13 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) vers la partie introductive du chapitre III afin de mieux expliquer comment différentes mesures peuvent contribuer à l'élaboration d'un cadre juridique qui facilite l'accès des MPME au crédit.

chambres de commerce et à d'autres parties prenantes qui désirent apporter une assistance technique à la constitution et au fonctionnement des MPME ou qui contribuent activement à cette assistance.

12. Le projet de guide reconnaît qu'en raison de leurs caractéristiques (par exemple, leur taille réduite, leurs ressources humaines et financières limitées, leur absence de personnalité juridique), les micro- et petites entreprises ont souvent plus de mal à obtenir un crédit que les entreprises de taille moyenne, et elles sont également plus vulnérables face aux crises financières, environnementales (comme les changements climatiques) et autres. Si un certain nombre d'obstacles peuvent être identiques pour les deux catégories d'entreprises, les entreprises de taille moyenne éprouvent généralement moins de difficultés à accéder au crédit, et ce dernières sont de nature différente. Conformément au principe de la « priorité aux petites entreprises », le projet de guide se concentre donc principalement sur les micro- et petites entreprises (tout en conservant le sigle « MPME »), même s'il n'exclut pas complètement les entreprises de taille moyenne et distingue, le cas échéant, les dispositions et mesures de politique générale qui s'appliquent respectivement à chacune de ces deux catégories.

13. En outre, conformément au mandat de la CNUDCI, le projet de guide porte essentiellement sur le cadre juridique relatif à l'accès au crédit et à son amélioration. Les réformes juridiques dans ce domaine sont complémentaires des mesures microéconomiques (comme les subventions gouvernementales) et macroéconomiques (comme la structure du marché) ainsi que des outils réglementaires. Par conséquent, le projet de guide examine également les mesures de politique générale et autres mesures d'appui susceptibles d'assurer l'efficacité du cadre juridique pour ce qui est de réduire les obstacles rencontrés par les MPME en matière d'accès au crédit. Il ne traite toutefois pas des mesures telles que le soutien direct de l'État aux MPME ou les politiques fiscales, qui sont des outils couramment employés dans de nombreux pays, et les laisse à l'appréciation des États³².

II. Sources de crédit disponibles pour les MPME³³

14. Les sources de crédit disponibles pour les MPME comprennent divers outils d'endettement cités dans le présent chapitre, ainsi que des outils de fonds propres tels que les investissements providentiels (investissements provenant d'une ou de plusieurs personnes fortunées qui fournissent des financements, généralement sur leurs propres fonds, en échange d'une participation au capital) et le capital-risque (investissements réalisés dans des entreprises non cotées, en vue d'apporter des capitaux et des compétences techniques et managériales pour augmenter la valeur de l'entreprise et réaliser des bénéfices à la sortie). Si certaines d'entre elles peuvent être adaptées à toutes les étapes du cycle de vie des MPME, d'autres sont plus intéressantes pour ces entreprises à un stade de développement particulier. L'absence d'incitations fiscales et de fonds de coinvestissement publics qui apparieraient des financements publics à ceux des investisseurs providentiels peuvent constituer des défis susceptibles de décourager le recours à ces outils. La notion de « crédit » étant généralement associée à l'endettement, le présent chapitre se concentre sur les outils

³² Le secrétariat a précisé que, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 43), le projet de guide ne traiterait pas des interventions telles que le soutien direct et les politiques fiscales.

³³ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session, le secrétariat a modifié le présent chapitre (chap. III du document A/CN.9/WG.I/WP.128) : i) en changeant l'ordre des différentes sources de financement (A/CN.9/1122, par. 28) ; ii) en abrégant et en simplifiant leur description selon qu'il convient (A/CN.9/1122, par. 18) ; iii) en supprimant le sous-titre « financement des fonds de roulement » pour examiner les diverses sources jusqu'alors décrites dans ce sous-titre (par. 56 à 63 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) dans des sous-sections autonomes (A/CN.9/1122, par. 45) ; et iv) en mentionnant dans l'introduction (voir par. 15) que les calendriers de paiement peuvent déterminer l'utilisation de certains outils d'endettement (A/CN.9/1122, par. 28).

d'endettement pertinents et les difficultés qu'ont les MPME à y accéder, et n'aborde la question des fonds propres que dans le contexte du soutien de la famille et des amis, étant donné son importance pour les MPME et, brièvement, dans celui de la finance islamique. Certains outils d'endettement, tels que le financement par cession de créances, les récépissés d'entrepôt et les lettres de crédit, permettent aux MPME d'obtenir rapidement un crédit, chose utile compte tenu des calendriers de paiement à long terme de certains de leurs contrats avec les clients, qui peuvent réduire considérablement leur trésorerie. Sans ces outils, les MPME peuvent se voir contraintes de demander un crédit et de payer des intérêts sur ce crédit en attendant le règlement de leurs factures.

15. Les progrès rapides enregistrés ces 10 dernières années dans le domaine des technologies numériques ont conduit à l'apparition de nouveaux services et produits financiers ainsi que de nouveaux modèles commerciaux qui peuvent faciliter l'accès des MPME au crédit de manière plus rapide, plus pratique, voire plus économique que les méthodes traditionnelles (même si, dans certaines régions, le coût élevé d'Internet peut en fait entraîner une augmentation du coût du crédit). En raison notamment du faible coût des téléphones mobiles et de leurs réseaux de données dans certaines régions, ces appareils sont désormais utilisés pour réaliser des opérations plus complexes à l'aide d'applications mobiles, comme l'obtention d'un crédit numérique, qui est souvent instantanée, automatisée et à distance^{34, 35}. Les services financiers numériques contribuent à améliorer l'accès au crédit des femmes, qui combinent généralement les tâches ménagères avec le travail ou d'autres activités à l'extérieur du foyer et doivent faire face aux contraintes de temps qui en résultent, surtout lorsque la distance géographique jusqu'aux marchés et aux services financiers constitue encore une difficulté supplémentaire³⁶.

A. Soutien de la famille et des amis³⁷

16. Outre leurs propres ressources financières (par exemple, leurs économies), les propriétaires de MPME s'appuient souvent sur leur famille et leurs amis pour l'apport de capital initial³⁸ et continuent parfois de faire appel à eux même après ce stade³⁹. Compte tenu de leur relation personnelle avec le propriétaire, les membres de la famille et les amis sont souvent plus disposés à fournir un financement direct à l'entreprise, généralement sous la forme de dons, de dettes ou de fonds propres, surtout lorsque les autres sources de financement (par exemple, le crédit commercial) ne sont pas accessibles à des conditions abordables. Sinon, ils garantissent parfois les obligations financières des MPME sur leurs biens ou leurs actifs, souvent à la demande du bailleur.

³⁴ GSMA, « Digital credit for mobile money providers » (2019), p. 4. Voir également CGAP, « Four Common Features of Emerging Digital Credit Offerings » (2016), disponible sur www.cgap.org/blog/four-common-features-emerging-digital-credit-offerings.

³⁵ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 50), le secrétariat a supprimé la sous-section consacrée au crédit mobile numérique (A/CN.9/WG.I/WP.128, par. 94 à 97) et inclus une brève description dans la présente partie introductive.

³⁶ Le secrétariat a modifié cette phrase comme le Groupe de travail l'avait suggéré à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 51).

³⁷ Comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122), le secrétariat a mis l'accent sur la nature et les raisons du soutien apporté par la famille et les amis, en mentionnant notamment les difficultés rencontrées par les femmes et d'autres groupes vulnérables.

³⁸ Groupe de réflexion interinstitutions sur le financement du développement (note 15 *supra*), p. 67 ; CESAP, « Small and Medium Enterprises Financing » (2017), p. 3.

³⁹ Une enquête du Groupe consultatif d'assistance aux pauvres (CGAP) indique que cette pratique est courante pour les petites entreprises. Voir CGAP, « Executive Summary – CGAP National Surveys of Smallholder Households » (2018), p. 15. Le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le secrétariat a supprimé la deuxième phrase (« D'après une ... et à leurs amis ») de ce paragraphe (par. 26 du document A/CN.9/WG.I/WP.126) pour améliorer la clarté du texte.

17. Du point de vue des MPME, le soutien financier direct de la famille ou des amis offre des avantages par rapport aux sources de financement conventionnelles, en permettant notamment des emprunts à court ou moyen termes. Dans bien des cas, la famille et les amis sont moins préoccupés par le manque d'antécédents de crédit de la MPME et n'exigent pas de garanties ou de plans d'affaires détaillés ou autres documents (dans le cas d'une participation au capital). En outre, les conditions de prêt ou d'investissement peuvent être souples et couvrent souvent une période plus longue que le crédit commercial, ce qui facilite le remboursement par les MPME. De plus, le remboursement du prêt en temps voulu peut aider ces dernières à se constituer un historique de crédit et à obtenir plus facilement un crédit commercial. Comme indiqué précédemment (voir par. 6)⁴⁰, le soutien de la famille et des amis joue un rôle important pour les entrepreneuses ainsi que pour d'autres groupes vulnérables (par exemple, les minorités ethniques), dont l'accès au crédit formel peut être entravé par d'importants obstacles, comme une faible solvabilité. Dans certains pays, le cadre juridique et réglementaire est également à l'origine de certains obstacles, tels que l'absence de droits de propriété ou la limitation de la capacité juridique.

18. Dans la plupart des pays, aucune loi ou réglementation ne s'applique spécifiquement au soutien apporté par la famille et les amis sous la forme de dettes ou de fonds propres, ces deux formes d'appui étant généralement soumises aux règles existantes régissant les contrats commerciaux, au droit des sociétés (dans le cas d'une participation au capital) et au règlement des différends (dans la mesure où l'existence d'un accord quelconque, oral ou écrit, peut être prouvée en ce qui concerne le crédit informel, et où les droits et obligations de l'investisseur sont définis dans un contrat dans le cas d'une participation au capital). De plus, le soutien direct ne fait souvent l'objet d'aucune formalité. Les conditions sont souvent convenues oralement plutôt que par écrit, ce qui peut rendre cette source de financement peu fiable et inopportune et entraîner des coûts non financiers importants⁴¹. Les accords oraux sont souvent imprécis quant aux conditions de l'emprunt, au calendrier de remboursement ou aux recours en cas de défaut de paiement. Ils peuvent également induire en erreur car, dans certains cas, un prêt peut être pris pour un don, ce qui, dans certains pays, peut avoir des incidences fiscales tant pour la MPME qui en bénéficie que pour le donateur, voire pour les deux. Lorsque le soutien de membres de la famille ou d'amis prend la forme d'une participation au capital, qui est généralement associée à des droits de décision dans l'entreprise, les arrangements informels relatifs aux conditions de l'investissement peuvent avoir des incidences sur la gouvernance de la MPME et la responsabilité de ses membres, y compris le point de savoir si et comment le ou les bailleurs de fonds peuvent modifier ou vendre leur participation. Même lorsque les parties connaissent leurs droits et obligations mutuels, le caractère personnel de leurs liens ainsi que les coutumes et pratiques locales font que les entrepreneurs et les membres de leur famille ou leurs amis négligent parfois d'évaluer avec précision les risques assumés ou de formaliser leur accord d'une manière qui permette d'en conserver une trace adéquate à des fins de référence.

B. Crédit commercial

19. Dans ce contexte, on entend par crédit commercial les crédits octroyés par des banques ou autres institutions financières réglementées (y compris les fonds d'investissement)⁴², principalement sur la base de la solvabilité globale des entreprises, les flux de trésorerie futurs attendus étant généralement considérés comme la principale source pour les remboursements. Le plus souvent, le crédit

⁴⁰ Le secrétariat a inclus un renvoi au paragraphe 6, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 25).

⁴¹ Voir S. Djankov, I. Lieberman, J. Mukherjee, et T. Nenova, 2002, « Going Informal: Benefits and Costs ». Dans Boyon Belev, dir. publ., « The Informal Economy in the EU Accession Countries », Center for the Study of Democracy (Sofia), p. 63 à 80.

⁴² Comme le Groupe de travail l'avait suggéré à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 36), le secrétariat a ajouté une référence aux « fonds d'investissement ».

commercial est garanti par des actifs de l'emprunteur que le prêteur pourra saisir si ce dernier est défaillant (contrairement au crédit non garanti qui repose sur la solvabilité de l'emprunteur et son engagement à rembourser). Comme expliqué en détail dans le projet de guide (voir la section du présent chapitre consacrée aux opérations garanties), les prêts garantis sont particulièrement importants pour faciliter l'accès des MPME au crédit car ils réduisent le risque encouru par le prêteur et offrent souvent des conditions de prêt plus favorables⁴³. Les lois nationales régissant les contrats⁴⁴ et le règlement des litiges ainsi que le cadre réglementaire national relatif au fonctionnement des banques doivent être pris en compte lors de l'octroi de crédits commerciaux.

20. Les problèmes spécifiques qui limitent l'octroi de ce type de crédit aux MPME dans nombre de pays sont en grande partie liés aux difficultés que rencontrent les prêteurs pour ce qui est d'évaluer et de surveiller la solvabilité de ces entreprises et au fait que ces dernières ne disposent pas de garanties suffisantes pour les prêts. Les prêteurs peuvent aussi faire face à des frais de vérification préalable élevés par rapport au montant des prêts⁴⁵, ce qui se traduit généralement par des taux d'intérêt et des frais de service élevés, lesquels peuvent également dissuader les MPME de demander un crédit commercial. Même si depuis quelques années, les banques numériques⁴⁶ facturent des frais moins élevés aux clients grâce à leurs particularités (elles proposent par exemple des services par l'intermédiaire d'interfaces numériques au lieu d'une présence physique), les taux d'intérêt restent élevés pour les MPME par rapport aux grandes entreprises⁴⁷. Il a été observé que dans certains pays, un secteur bancaire peu compétitif pouvait également contribuer à accroître le coût du crédit, bien que la concurrence en soi n'abaisse pas nécessairement ce coût. En raison du manque de concurrence, les banques et autres institutions financières semblables sont souvent moins incitées à servir les MPME et à élaborer des produits adéquats pour ce segment de marché⁴⁸. Dans le même ordre d'idée, l'absence de mesures de soutien étatiques visant à encourager l'octroi de prêts bancaires aux MPME (par exemple, augmentation de la couverture des mécanismes publics de garantie du crédit ou renforcement de la capacité de prêt des banques par des mesures plus directes telles que la souplesse dans la comptabilisation des pertes)⁴⁹ peut aussi affecter la propension des banques à aider ces entreprises.

21. Comme nous l'avons vu précédemment, les entrepreneuses risquent de rencontrer davantage de difficultés pour accéder au crédit commercial en raison de facteurs juridiques, institutionnels et socioculturels. Les données recueillies au niveau international montrent que les femmes sont moins susceptibles que les hommes de posséder des comptes bancaires. Les restrictions relatives à l'ouverture ou à l'utilisation d'un compte bancaire, comme l'obligation d'obtenir la permission ou l'autorisation d'un membre masculin de la famille, limitent l'accès des femmes à ces comptes. De plus, en raison notamment d'une éducation formelle ou financière lacunaire, les femmes n'ont souvent pas accès à d'autres services financiers formels,

⁴³ Le secrétariat a clarifié la différence entre les prêts garantis et non garantis et précisé l'importance des prêts garantis, conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 29).

⁴⁴ Comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 39), le secrétariat a remplacé le terme « contrats commerciaux » par « contrats » ici et ailleurs dans le projet de guide, compte tenu du sens spécifique donné à ce terme dans certains pays.

⁴⁵ Groupe de réflexion interinstitutions sur le financement du développement (note 15 *supra*), p. 64.

⁴⁶ Par exemple, Allemagne, Brésil, Chine et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Voir OCDE, Le financement des PME et des entrepreneurs 2020 (note 19 *supra*), p. 55, encadré 1.2.

⁴⁷ En 2018, par exemple, les taux d'intérêt pour les PME dans un certain nombre de pays à revenu intermédiaire (par exemple, le Brésil, la Colombie, le Mexique, le Pérou et l'Ukraine) étaient supérieurs à 17 %, et même dans certains pays à revenu élevé (par exemple, le Chili et la Nouvelle-Zélande), ils approchaient 10 %. *Ibid.*, p. 32 et 33.

⁴⁸ Groupe de réflexion interinstitutions sur le financement du développement (note 18 *supra*), p. 64.

⁴⁹ OCDE, Le financement des PME et des entrepreneurs 2022 : Tableau de bord de l'OCDE, p. 35.

tels que l'épargne, les moyens de paiement numérique et l'assurance⁵⁰. Il a été signalé qu'en raison de l'absence d'enregistrement formel des opérations financières, il n'existait souvent aucun renseignement sur la solvabilité des entrepreneuses aux fins de l'évaluation des risques, ce qui limite encore plus leur capacité à obtenir des crédits commerciaux⁵¹. Dans certains pays, les femmes font preuve d'une certaine méfiance à l'égard des banques, qui les dissuade d'utiliser les services proposés par les banques et autres institutions financières réglementées.

C. Cartes de crédit

22. Les MPME ayant accès à un compte bancaire ont généralement la possibilité d'obtenir des cartes de crédit, et cela ne constitue pas une nouveauté dans de nombreux pays⁵². Dans certains pays, les exploitants de MPME ont tendance à utiliser des cartes de crédit personnelles à des fins professionnelles, tandis que dans d'autres, il est plus largement fait usage de cartes de crédit d'entreprise. Ces dernières peuvent être émises par des banques commerciales ou de développement. Leur plafond est généralement plus élevé que celui des cartes de crédit personnelles. Certaines cartes de crédit émises par des banques de développement facturent par ailleurs à leurs MPME titulaires des frais et des intérêts relativement bas et sont parfois subventionnées par les gouvernements. En général, il peut être plus facile pour les propriétaires de petites entreprises d'obtenir une carte de crédit qu'un prêt bancaire en raison de critères de qualification moins stricts pour les cartes de crédit.

23. L'émission de cartes de crédit est généralement soumise aux lois et règlements existants sur les contrats et le règlement des litiges, ainsi qu'aux systèmes réglementaires existants concernant le fonctionnement des banques (y compris les règles spécifiques applicables aux services fournis par les banques de développement). Si les cartes de crédit émises par les banques de développement à l'intention des MPME sont généralement conçues pour répondre aux besoins de financement des propriétaires de petites entreprises, les banques commerciales peuvent quant à elles imposer des taux d'intérêt élevés et des frais importants en cas de défaut de paiement pour les cartes de crédit d'entreprise. En outre, il est fréquent que, pour obtenir une carte de crédit commerciale, le propriétaire d'une petite entreprise doive fournir une garantie personnelle, qui engage sa responsabilité pour tout paiement tardif ou manqué. Par ailleurs, les cartes de crédit pour petites entreprises offrent souvent moins de protection que les cartes de crédit destinées aux particuliers (par exemple, pas de service garanti en cas de contestation d'erreurs de facturation). Dans certains cas, l'absence de mécanismes de recours permettant au titulaire d'une carte de crédit de déposer une plainte soulève des préoccupations supplémentaires.

D. Prêts obtenus par l'intermédiaires d'une plateforme⁵³

24. Les produits numériques issus de l'ingénierie financière et les modèles commerciaux sous-jacents couvrent un large éventail de services financiers et sont en constante évolution. Les prêts obtenus par l'intermédiaire d'une plateforme sont un produit de crédit clef qui répond aux besoins fondamentaux des entreprises

⁵⁰ Banque mondiale, « Expanding Women's Access to Financial Services », site Web, disponible à l'adresse <https://www.worldbank.org/en/results/2013/04/01/banking-on-women-extending-womens-access-to-financial-services>.

⁵¹ SFI, « MSME Finance Gap » (note 10 *supra*), p. 44.

⁵² Comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 30), le secrétariat a modifié cette phrase pour préciser que les cartes de crédit étaient généralement disponibles pour les MPME ayant accès à un compte bancaire.

⁵³ Comme le Groupe de travail l'avait suggéré à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 50 et 104), le secrétariat a conservé la partie générale consacrée aux prêts obtenus par l'intermédiaire d'une plateforme, l'a placée après la sous-section relative aux cartes de crédit et a supprimé les références au financement participatif basé sur les fonds propres.

(notamment celles dirigées par des jeunes) et est relativement simple à utiliser. Dans ce cadre, la plateforme sert d'intermédiaire entre les MPME demandeuses de capitaux et les bailleurs de fonds potentiels. Dans de nombreux pays, les deux types les plus courants sont le financement participatif reposant sur le prêt (également connu en tant que prêt entre particuliers) et le financement participatif reposant sur l'investissement. Les deux modèles sont assez similaires et certains aspects peuvent se recouper. La principale différence réside dans le fait que, dans le premier cas de figure, le financement participatif se fonde sur un prêt, tandis que dans le deuxième il est basé sur l'investissement et vise à obtenir un crédit en émettant des titres.

i) Financement participatif par le prêt (prêts entre particuliers)

25. Le financement participatif par le prêt est généralement décrit comme l'octroi de crédits par le biais de plateformes en ligne qui mettent en relation emprunteurs et prêteurs. Les prêts obtenus ainsi ne sont généralement pas garantis. Les plateformes de financement participatif vont des plateformes où un prêteur individuel consent directement un prêt individuel à celles où le prêteur investit indirectement dans des pools ou des portefeuilles de prêts⁵⁴. Les prêteurs peuvent faire une offre en proposant le taux d'intérêt auquel ils seraient disposés à prêter. L'emprunteur accepte alors l'offre présentant le taux d'intérêt le plus bas. Cette souplesse en matière de taux d'intérêt est l'un des avantages pour les MPME, un autre étant la possibilité d'obtenir des prêts de très faible montant, que les établissements financiers risquent de refuser d'accorder.

26. La plateforme peut fournir divers services pour faciliter la mise en relation entre le ou les prêteurs et la petite entreprise ainsi que l'octroi du prêt. Elle peut par exemple évaluer les informations sur le demandeur, fournir le cadre contractuel pour l'accord de crédit et fixer la tarification du prêt. Elle peut également gérer les services de prêt et réunir les fonds des prêteurs pour les verser aux emprunteurs, ainsi que les montants remboursés par les emprunteurs, et s'occuper des défauts de paiement⁵⁵. Les caractéristiques des plateformes de financement participatif peuvent sensiblement varier au niveau international, mais aussi à l'échelle nationale. Il peut y avoir des chevauchements entre ces plateformes et les plateformes de financement participatif par l'investissement offrant des financements participatifs reposant sur l'endettement, en raison de la variété des offres et des modèles commerciaux (voir par. 24).

27. Le financement participatif est généralement régi par les lois et règlements commerciaux existants régissant les contrats électroniques et le règlement des litiges, ainsi que par des mesures réglementaires spécifiques. La croissance des plateformes de financement participatif au cours des dernières années⁵⁶ a accru la nécessité d'assurer la protection des utilisateurs, à savoir tant des bailleurs de fonds que des MPME qui empruntent car, dans plusieurs pays, ces plateformes ont connu des défaillances qui ont entraîné des pertes financières importantes pour les utilisateurs. Une grande partie des risques liés à ces plateformes ne diffère pas de ceux que présente le prêt traditionnel, mais dans le cas des plateformes, ceux-ci sont amplifiés par le support et les modalités d'octroi du crédit. Ces risques se retrouvent en grande partie également dans le financement participatif basé sur l'investissement. Il s'agit tant des risques liés à la technologie (par exemple, défaillance de la plateforme) que de ceux liés à la gestion (par exemple, faute, négligence et insolvabilité voire, dans certains cas, fraude des opérateurs de la plateforme), mais aussi des faiblesses du modèle commercial (par exemple, manque d'informations adéquates sur les conditions d'accès à la plateforme, évaluation inadéquate du crédit et conflits d'intérêts entre les opérateurs de la plateforme et les prêteurs ou les emprunteurs).

⁵⁴ Voir Banque mondiale, Policy Research Paper on « Consumer Risks in FinTech – New Manifestations of Consumer Risks and Emerging Regulatory Approaches » (2021), p. 74.

⁵⁵ Ibid.

⁵⁶ Ibid. Selon la Banque mondiale, en 2018, le prêt entre particuliers représentait le modèle de financement alternatif en ligne le plus utilisé, par segment de marché, soit 64 % du volume mondial global.

ii) *Financement participatif basé sur l'investissement*

28. Le financement participatif est une technique visant à lever des fonds externes auprès d'un large public plutôt qu'auprès d'un petit groupe d'investisseurs spécialisés, et où chaque personne fournit une petite partie du financement demandé. Le financement participatif basé sur l'investissement est généralement proposé par le biais d'un modèle de plateforme d'ingénierie financière qui met en relation des investisseurs avec les MPME désireuses d'emprunter de l'argent par émission de titres ou d'un emprunt. La plateforme permet généralement le traitement des demandes en quelques heures⁵⁷, ce qui est l'une des raisons pour lesquelles le financement participatif a gagné en popularité parmi des MPME dans de nombreux pays⁵⁸.

29. Compte tenu de sa conception et des restrictions réglementaires, le financement participatif est adapté aux MPME (et plus particulièrement aux micro- et petites entreprises) qui ont des besoins de financement relativement modérés pour démarrer leurs activités. Il risque d'être moins adapté aux MPME qui s'appuient sur des innovations complexes dans des domaines de très haute technologie et de pointe exigeant des connaissances spécifiques de la part des investisseurs. Il peut s'avérer très coûteux de convaincre les gens de devenir acteurs du financement participatif, en particulier lorsque l'on emploie des communications de pointe et des campagnes associant vidéos et médias sociaux⁵⁹. Il est peu probable que les investisseurs institutionnels utilisent les plateformes en ligne ; ils préféreront sans doute les réunions en personne afin d'obtenir toutes les informations nécessaires susceptibles de les convaincre de fournir des crédits importants⁶⁰.

30. Les lois et règlements existants régissant les contrats électroniques et le règlement des litiges s'appliquent généralement aux activités de financement participatif. Comme ce dernier n'est généralement pas soumis à l'application des règles traditionnelles régissant les marchés de capitaux (par exemple, publication d'un prospectus, obtention des autorisations nécessaires, respect des exigences en matière d'information et de gouvernance d'entreprise), de nombreux pays introduisent certains seuils et restrictions qui réglementent les activités des émetteurs, des opérateurs de plateforme et des investisseurs⁶¹. Afin de créer des conditions favorables au financement participatif, des organismes de réglementation ont introduit – ou sont sur le point de le faire – une exemption spécifique dans le cadre réglementaire régissant les marchés de capitaux ou adopté une réglementation autonome spécialement adaptée à ce type de financement⁶².

⁵⁷ Forum économique mondial, « The future of FinTech: a paradigm shift in small business finance » (2015), p. 13.

⁵⁸ D'après les statistiques du Centre du commerce international, le financement participatif a connu une croissance rapide (passant de 1 à 34 milliards de dollars entre 2011 et 2015), notamment en Asie et en Afrique. Si l'on estime que le marché dans les pays à bas revenu atteindra 96 milliards de dollars par an d'ici à 2025, les activités de financement participatif fondé sur l'endettement menées en ligne demeurent fortement concentrées dans un petit nombre de pays. Il existe des marchés de financement participatif relativement importants aux États-Unis (20,5 %) et au Royaume-Uni (7,5 %). On notera que la part des volumes en Europe continentale reste relativement modeste, la France étant le marché le plus actif (avec une part mondiale de 0,6 %), suivie de l'Italie (0,6 %) et des Pays-Bas (0,5 %). L'Amérique latine ne représente qu'une petite partie des volumes mondiaux de financement participatif en ligne : Pérou (0,4 %) et Chili (0,2 %). Voir OCDE, *Le financement des PME et des entrepreneurs 2020* (note 19 *supra*), p. 52.

⁵⁹ Banque mondiale, « Crowdfunding in Emerging Markets: Lessons from East African Startups » (2015), p. 3. Selon le Centre du commerce international, deux campagnes de financement participatif sur trois ne permettent pas de lever les fonds espérés. Voir Centre du commerce international, « SME Competitiveness Outlook 2019 », p. 78. Le secrétariat a déplacé cette référence aux chiffres du Centre du commerce international vers cette note de bas de page afin de limiter les références temporelles dans le texte principal.

⁶⁰ Centre du commerce international, « SME Competitiveness Outlook 2019 », p. 78.

⁶¹ Banque mondiale, « Consumer Risks in FinTech » (note 54 *supra*), p. 107.

⁶² Par exemple, l'Australie, le Brésil, les États-Unis, la Fédération de Russie, le Mexique, le Nigéria et l'Union européenne. *Ibid.*, p. 107.

31. Les MPME désireuses d'emprunter et les investisseurs rencontrent plusieurs obstacles en relation avec le financement participatif. Tout d'abord, les investisseurs peuvent ne pas disposer d'informations suffisantes ou être mal informés au sujet du fonctionnement des plateformes ou du profil de risque des projets annoncés par ces plateformes. Deuxièmement, les questions concernant la sécurité des données et l'utilisation de ce type de financement pour des activités illicites peuvent poser des risques juridiques supplémentaires⁶³. Troisièmement, l'absence de cadre juridique et réglementaire spécifique précisant la nature juridique du financement participatif et le régime juridique applicable par défaut ne contribue pas à améliorer l'environnement commercial pour ce mode de financement⁶⁴. Dans certains pays, le cadre juridique et réglementaire applicable peut prévoir des mesures protégeant les investisseurs (par exemple, plafonds d'investissement, période de réflexion pendant laquelle les offres peuvent être retirées, exigences en matière de communication d'informations, de vérifications préalables, de conflits d'intérêts, d'assurance et de signalement pour les opérateurs de plateformes, ainsi que procédures de traitement des plaintes)⁶⁵. Il est à noter que plusieurs marchés intérieurs⁶⁶ ont cessé ces opérations ou les ont considérablement réduites en raison du risque de comportements douteux, voire frauduleux, et de l'insuffisance des garanties pour les investisseurs (exigences de fonds propres et provisions pour pertes)⁶⁷. On notera que si l'absence de réglementation régissant ce mode de financement peut priver de protection tant les investisseurs que les MPME désireuses d'emprunter, une réglementation excessive peut quant à elle entraver le fonctionnement des plateformes de financement participatif.

E. Crédit-bail⁶⁸

32. Le crédit-bail est un outil de financement d'actifs que les entreprises de nombreux pays utilisent pour financer l'utilisation et l'éventuel achat, à terme⁶⁹, de matériel ou autres biens. Dans le cadre d'un « bail d'exploitation », le propriétaire (c'est-à-dire le bailleur) du bien accorde à l'entreprise (c'est-à-dire le preneur à bail) le droit de l'utiliser pendant une période donnée moyennant un loyer (généralement) mensuel. En général, les baux d'exploitation sont opposables aux tiers sans qu'aucune inscription ne soit requise. Si la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières* ne s'applique pas à ces contrats, ils sont visés par certaines lois sur les opérations garanties et les bailleurs d'exploitation sont donc incités à inscrire leurs garanties (c'est par exemple l'approche suivie dans la *Convention relative aux garanties*

⁶³ Commission européenne, Analyse d'impact initiale, « Legislative proposal for an EU framework on crowd and peer to peer finance » (octobre 2017), p. 2.

⁶⁴ Information for Development Program et Banque mondiale, « Crowdfunding's Potential for the Developing World » (2013) ; disponible à l'adresse <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/17626>.

⁶⁵ Voir, à titre d'exemples de législation concernant les plateformes d'investissement et leur utilisation, Fédération de Russie – Loi fédérale n° 259-FZ du 2 août 2019 ; Règlement (UE) 2020/1503 du Parlement européen et du Conseil du 7 octobre 2020 relatif aux prestataires européens de services de financement participatif pour les entrepreneurs, et modifiant le règlement (UE) 2017/1129 et la directive (UE) 2019/1937.

⁶⁶ Par exemple, la Chine et la République de Corée.

⁶⁷ En Chine, en novembre 2020, toutes les plateformes de prêts entre particuliers ont cessé leurs activités. Le marché de la République de Corée, lui aussi relativement développé, a également chuté de 77 % en 2018. Voir OCDE, *Le financement des PME et des entrepreneurs 2020* (note 19 *supra*), p. 50 à 52.

⁶⁸ Par souci de clarté, le secrétariat suggère d'employer le terme « Leasing » au lieu de « Financial lease » dans la version anglaise (voir A/CN.9/WG.I/WP.128).

⁶⁹ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 40), le secrétariat a remplacé l'expression « et, dans un second temps, l'achat » par « et l'éventuel achat, à terme, ».

internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de 2001, également appelée « Convention du Cap »)⁷⁰.

33. Dans le cadre d'un contrat de crédit-bail (ou « contrat de location-financement »), le preneur bénéficie de la vie économique du bien de la même manière qu'un propriétaire légal et assume les obligations connexes telles que l'entretien et l'assurance⁷¹. Il a généralement la possibilité d'acheter le bien à un prix symbolique à l'expiration du bail. Dans certaines formes de crédit-bail, la propriété du bien est transférée au preneur automatiquement à l'expiration du bail⁷². La *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières*⁷³ traite un crédit-bail comme une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement d'une acquisition [voir art. 2 jj)], qui pourrait bénéficier d'une priorité spéciale sous réserve de satisfaire aux exigences applicables, notamment l'inscription en temps voulu. Le preneur est donc considéré comme le propriétaire de l'objet loué et le bailleur détient une sûreté réelle mobilière en garantie du paiement de son acquisition. Cette répartition des droits de propriété s'applique au regard du droit des sûretés, tandis qu'à des fins comptables, fiscales et autres, le bailleur peut être considéré comme le propriétaire.

34. Le crédit-bail est une forme de financement à court ou moyen terme que les entreprises utilisent pour acquérir des actifs durables⁷⁴, plutôt que de contracter des prêts pour les acheter⁷⁵. Il permet aux MPME de préserver leurs liquidités car il ne nécessite pas de versement initial ni de dépôt de garantie, ou alors seulement un montant limité. Cette caractéristique en fait une option avantageuse pour les jeunes entreprises qui ne disposent pas des fonds nécessaires à l'achat de matériel, ou pour les MPME qui ne peuvent prétendre à un crédit commercial (voir par. 20). Le crédit-bail peut également être rentable pour les MPME en difficulté financière, en particulier lorsque le bien loué (par exemple, du matériel) génère des flux de trésorerie⁷⁶. Toutefois, il peut revenir plus cher qu'un achat pur et simple en raison du coût du bien loué sur sa durée de vie économique. De plus, si la MPME ne paie pas les loyers mensuels, elle risque de perdre le bien en question, ce qui peut compromettre ses activités commerciales.

35. Le crédit-bail peut également devenir coûteux pour les MPME si les règles relatives à la reprise de possession sont inadéquates (ou s'il n'existe pas de registres établis par référence au constituant qui atténuent le risque de vente illégale des biens loués), car cela peut compromettre la capacité du bailleur de reprendre possession du bien en cas de défaillance de la MPME^{77, 78}. De même, l'insuffisance des normes relatives à la constitution et au fonctionnement des sociétés de crédit-bail ainsi qu'à l'octroi de licences à ces sociétés peut elle aussi entraîner des coûts élevés pour ce type de financement. Ces sociétés n'acceptent souvent pas de dépôts et sont soumises à des exigences en matière de fonds propres moins strictes que les banques. Si elles disposent ainsi d'une plus grande souplesse, elles sont aussi contraintes de trouver des fonds sur des marchés plus volatils et plus vastes, ce qui peut avoir une incidence sur les conditions de location de matériel ou de biens par les MPME. La capacité des

⁷⁰ Convention adoptée au Cap le 16 novembre 2001 sous les auspices conjoints de l'OACI et d'UNIDROIT. De plus amples informations sont disponibles à l'adresse www.unidroit.org/fr/instruments/garanties-internationales/convention-du-cap/.

⁷¹ OCDE, *Nouvelles approches du financement des PME et de l'entrepreneuriat : Élargir la gamme des instruments* (2015), par. 128.

⁷² Voir *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, 2007, Introduction, par. 26.

⁷³ La Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement (2008) s'applique aux « crédits-bails » non constitutifs de sûreté.

⁷⁴ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 40), le secrétariat a remplacé le terme « actifs à long terme » par « actifs durables ».

⁷⁵ OCDE, *Nouvelles approches* (note 71 *supra*), par. 128.

⁷⁶ *Ibid.*, par. 136.

⁷⁷ *Ibid.*, par. 139.

⁷⁸ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 40), le secrétariat a i) supprimé la première phrase de ce paragraphe (par. 51 du document A/CN.9/WG.I/WP.128), car elle n'était pas claire, et ii) précisé que les registres établis par référence au constituant pouvaient atténuer les risques liés au crédit-bail.

institutions financières réglementées de proposer des financements aux PME sous forme de crédit-bail (ou de prêts) peut être limitée par les restrictions résultant des réglementations prudentielles locales concernant le capital réglementaire minimum qu'elles sont tenues de conserver. Cela peut rendre le crédit-bail non rentable pour ces institutions, limitant ainsi les possibilités d'accès au crédit pour les MPME.

F. Financement par cession de créances⁷⁹

36. Le financement par cession de créances désigne tout accord de financement qui fait intervenir un montant dû par une partie à une autre pour des biens ou des services. Il prend de nombreuses formes, y compris, mais sans s'y limiter, l'affacturage et le financement de la chaîne d'approvisionnement, qui sont largement utilisés pour les MPME. Dans certains pays, ces dernières peuvent vendre des créances non performantes pour obtenir des liquidités immédiates. Ces créances sont vendues avec une décote, et le prix d'achat est payé immédiatement, indépendamment du succès du recouvrement des créances.

37. L'affacturage est traditionnellement utilisé pour financer les activités des petites et moyennes entreprises par l'achat de créances. Il s'agit d'un mode de financement par cession de créances qui fait généralement intervenir la vente ou la cession pure et simple de créances par le constituant en tant que vendeur (couramment appelé « cédant ») au facteur (couramment appelé « cessionnaire »), mais qui peut également passer par la constitution d'une sûreté sur des créances^{80, 81}. Pour décider de l'achat de créances, le facteur s'intéresse principalement à la solvabilité des clients du constituant et au caractère exécutoire des droits au paiement attestés par les factures plutôt qu'aux états financiers, aux actifs immobilisés susceptibles d'être donnés en garantie ou aux antécédents de crédit du vendeur⁸². Étant donné que les MPME peuvent avoir comme clients des entreprises plus solvables, le facteur peut acheter des créances à de meilleures conditions que si l'exposition portait sur les MPME plus risquées⁸³. Dans d'autres pays où les organismes publics mettent souvent beaucoup de temps à régler les fournisseurs, certains facteurs possédant les connaissances et l'expérience requises pour percevoir des paiements auprès de ces organismes aident également les MPME à résoudre leurs problèmes de trésorerie lorsqu'elles obtiennent un contrat public, ce dispositif étant communément appelé « affacturage garanti par l'État »⁸⁴.

38. Le financement de la chaîne d'approvisionnement se définit comme l'utilisation de pratiques et de techniques de financement et d'atténuation des risques pour optimiser la gestion du fonds de roulement et des liquidités investis dans les processus et les transactions de la chaîne d'approvisionnement⁸⁵. Il est susceptible d'être utilisé dans le cadre du commerce à compte ouvert, où acheteurs et vendeurs ont une relation

⁷⁹ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 45), le secrétariat a placé les parties relatives à l'affacturage et au financement de la chaîne d'approvisionnement sous le nouveau sous-titre « financement par cession de créances ».

⁸⁰ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, Introduction, par. 31.

⁸¹ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 21), le secrétariat a modifié cette phrase pour faire référence à la constitution d'une sûreté sur des créances.

⁸² Il y a plusieurs types d'accords d'affacturage. Le facteur (cessionnaire) peut payer une partie du prix d'achat des créances au moment de l'achat (affacturage à escompte, ou « discount factoring »), au moment où les créances sont acquittées seulement (affacturage-recouvrement, ou « collection factoring »), ou encore à la date d'échéance moyenne de l'ensemble des créances (affacturage à échéance, ou « maturity factoring »). *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, Introduction, par. 32 ; voir également OCDE, *Nouvelles approches* (note 71 *supra*), par. 97.

⁸³ SFI, « MSME Finance Gap » (note 10 *supra*), p. 45.

⁸⁴ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 45), le secrétariat a inclus une référence à l'affacturage garanti par l'État.

⁸⁵ ICC, « Standard Definitions for Techniques of Supply Chain Finance » (2016).

commerciale existante⁸⁶ et où la chaîne d'approvisionnement fournit un élément supplémentaire, à savoir l'interface d'une banque ou d'une FinTech en tant qu'intermédiaire de financement. Les solutions de financement de la chaîne d'approvisionnement englobent une combinaison de technologies et de services qui relient les acheteurs, les vendeurs et les banques ou les FinTechs pour faciliter le financement pendant le cycle de vie de l'opération commerciale à compte ouvert et le remboursement. Le financement de la chaîne d'approvisionnement offre aux MPME fournisseuses une série d'options pour accéder à un financement abordable (comme l'escompte de créances, le forfaitage, le financement des distributeurs et le financement avant expédition)⁸⁷, ce qui réduit le temps nécessaire pour percevoir le paiement et améliore ainsi considérablement les flux de trésorerie de ces entreprises. Il convient de noter que l'affacturage inversé est également un élément clef du financement de la chaîne d'approvisionnement, car il permet à des acheteurs solvables de faire appel à leurs propres institutions financières pour faciliter la mise à disposition de leurs MPME fournisseuses d'options de financement favorables.

G. Financement par récépissés d'entrepôt⁸⁸

39. Le financement par récépissé d'entrepôt est un mécanisme par lequel un récépissé de marchandises reçues par un dépositaire à des fins de stockage est utilisé comme garantie pour obtenir des prêts. Il peut être utilisé pour tous types de marchandises, en particulier des produits agricoles. Il peut être tout particulièrement utile aux petits agriculteurs, car il leur permet de vendre leur marchandise sur le marché lorsque les prix sont plus élevés. Il permet de gérer efficacement les fluctuations saisonnières des prix et a un effet positif sur les décisions concernant les financements et la plantation⁸⁹. Il est également avantageux pour les prêteurs, car il leur permet d'atténuer leurs risques grâce à des actifs négociables. Dans certains pays, les prêteurs gèrent conjointement l'entrepôt avec l'organisation d'agriculteurs, ce qui renforce la confiance mutuelle entre eux et les agriculteurs et peut les aider à mieux contrôler l'opération de crédit.

40. Cependant, l'utilisation de cet outil par les agriculteurs et les prêteurs peut être entravée par l'absence d'une législation moderne qui i) reconnaisse les récépissés d'entrepôt comme constituant des titres de propriété, ii) définisse clairement les droits et obligations des parties, iii) prévoient des procédures de transfert des récépissés, iv) précise les droits des cessionnaires et v) prévoient des processus d'exécution simples et rapides. Outre un cadre de droit privé approprié et une réglementation efficace, y compris l'octroi de licences d'exploitation d'entrepôts et les systèmes garantissant leur efficacité, les pays devraient disposer d'une infrastructure adéquate et de marchés secondaires pour les récépissés d'entrepôt ou les marchandises. Des

⁸⁶ ICC Academy, « Supply Chain Finance: An Introductory Guide », page Web, disponible à l'adresse <https://icc.academy/supply-chain-finance-an-introductory-guide>.

⁸⁷ L'escompte de créances désigne la technique de financement par laquelle des entreprises vendent à escompte tout ou partie de leurs créances (représentées par des factures impayées) à un prêteur afin d'obtenir une injection unique de liquidités dans un but particulier ; le forfaitage désigne l'achat sans recours d'une obligation de paiement futur ; le financement des distributeurs est généralement mis à la disposition des distributeurs de grands fabricants pour couvrir le stockage des biens destinés à la revente et parer au manque de liquidités en attendant la réception du produit de la vente des biens ; et le financement avant expédition, également connu sous le nom de financement de commande, est généralement fourni contre des bons de commande sur une base transactionnelle, mais peut également intervenir sur la base de prévisions de la demande ou de contrats commerciaux sous-jacents.

⁸⁸ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 45), le secrétariat a supprimé le sous-titre « financement des fonds de roulement » et placé le passage relatif au financement par récépissés d'entrepôt dans une sous-section autonome.

⁸⁹ Dans les pays où il existe, le financement par récépissé d'entrepôt a permis de réduire les fluctuations saisonnières des prix et a également eu un effet positif sur les décisions concernant les financements et la plantation. Voir Institut international de recherche sur les politiques alimentaires, « Strengthening storage, credit and food security linkages – The role and potential impact of warehouse receipt systems in Malawi » (2015), p. 22.

études ont montré que dans les pays où ces éléments étaient absents, les coûts de transaction et les taux d'intérêt étaient élevés et le financement par récépissé d'entrepôt n'était donc pas un moyen adapté d'accès au crédit⁹⁰.

H. Lettres de crédit

41. Les lettres de crédit constituent un engagement de la part d'une banque au nom de l'acheteur selon lequel le paiement sera versé au vendeur, sous réserve que les conditions énoncées dans les lettres de crédit soient respectées. Lorsqu'une banque émet des lettres de crédit commerciales, elle s'engage à payer le bénéficiaire sur présentation des documents requis. Les banques peuvent également émettre des lettres de crédit stand-by qui ne sont mises en jeu que lorsque l'obligation principale n'est pas acquittée (voir par. 104)⁹¹. La plupart d'entre elles sont régies par les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires* adoptées par la Chambre de commerce internationale (CCI).

42. Les lettres de crédit sont principalement utilisées par les entreprises pratiquant des échanges internationaux, en fonction de la distance entre les commerçants, du type de marchandises échangées et de leur disponibilité. Pour les MPME dynamiques, souvent de taille moyenne, intégrées dans les chaînes de valeur mondiales en tant que partenaires et non simples fournisseurs de composants et opérant sur les marchés émergents, elles peuvent constituer un outil plus fiable que les prêts interentreprises, car les MPME n'ont pas besoin de recourir à des pratiques de gestion des risques compliquées⁹². Cependant, il se peut que la MPME n'ait pas les moyens d'acquitter le montant de la lettre de crédit et les frais bancaires nécessaires pour qu'une banque émette cette lettre. En outre, les lettres de crédit exigent une documentation très précise sur la transaction sous-jacente, que la banque doit examiner, ce qui en fait un outil très laborieux⁹³. Elles sont donc utilisées de préférence pour les transactions importantes⁹⁴ et ne constituent pas forcément une solution viable par les petites entreprises effectuant des transactions internationales plus modestes. Il convient également de noter que du point de vue du risque, dans le cadre d'une lettre de crédit, c'est la solvabilité de la banque et non celle de la MPME qui compte, ce qui fait de l'asymétrie de l'information un aspect essentiel. La difficulté de vérifier et d'évaluer la solvabilité de la MPME peut empêcher une banque d'émettre une lettre de crédit⁹⁵.

I. Dispositifs collectifs de crédit et d'épargne⁹⁶

43. Type de dispositif d'épargne collective apprécié des MPME, les coopératives de crédit (également connues en tant qu'associations de crédit) sont des associations à but non lucratif dont les membres regroupent leur épargne afin de créer un fonds commun visant à satisfaire leurs besoins de crédit. Si certaines d'entre elles ne sont

⁹⁰ Voir, par exemple, M. M. Danga, M. J. Kaudunde, P. B. Kadilicansimba, « Factors Affecting the Effectiveness of Warehouse Receipt, System in Tanzania 2020 », disponible à l'adresse <http://ijeais.org/wp-content/uploads/2020/11/IJAMR201126.pdf> ; ou S. M. Deshpande, D. Pillai, « Warehouse Receipt Financing for Farmers: Challenges and Way Ahead », dans *Journal of Rural Development*, vol. 40, n° 5, octobre-décembre 2021.

⁹¹ Le secrétariat a ajouté cette phrase par souci de clarté.

⁹² Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 45), le secrétariat a supprimé de ce paragraphe (par. 62 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) la référence i) à l'affacturage comme exemple de prêt interentreprises et ii) aux lettres de crédit en tant qu'outil peu onéreux.

⁹³ C. L. Van Wersch, « Statistical Coverage of Trade Finance – Fintechs and Supply Chain Financing » (2019), p. 10.

⁹⁴ Voir OCDE, « Trade finance for SMEs in the digital era » (2021), p. 20.

⁹⁵ Le secrétariat a modifié la dernière partie de ce paragraphe (par. 62 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) par souci de clarté.

⁹⁶ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 32 et 33), le secrétariat a changé le titre de cette section et en a modifié le contenu afin d'expliquer les principales caractéristiques des coopératives de crédit et d'autres dispositifs d'épargne collective.

pas enregistrées⁹⁷ et ne comptent que quelques membres habitant le même quartier, d'autres sont des associations enregistrées et dotées de statuts, et certaines ont même une licence bancaire. Par exemple, en Europe, les banques mutualistes (ou coopératives), qui fournissent souvent des crédits aux ménages, aux entrepreneurs individuels et aux petites et moyennes entreprises locales, sont des agents prisés du secteur coopératif⁹⁸.

44. Les MPME recourent aussi à d'autres dispositifs d'épargne collective, tels que les associations d'épargne et de crédit renouvelables et les associations d'accumulation d'épargne et de crédit. Dans les pays francophones d'Afrique, les tontines constituent une source importante de financement pour les microentreprises. Elles peuvent prendre la forme d'associations d'épargne et de crédit renouvelables, d'associations d'accumulation d'épargne et de crédit ou d'une combinaison des deux types de dispositifs. Dans le cas d'une association d'épargne et de crédit renouvelables, quelques particuliers se regroupent et choisissent un chef qui collecte périodiquement (par exemple chaque jour ou chaque semaine) un montant donné auprès de chaque membre, et l'argent collecté est fourni à tour de rôle à chaque membre du groupe. L'association d'accumulation d'épargne et de crédit permet quant à elle d'investir l'argent collecté, ce qui génère un rendement net sur l'épargne des membres⁹⁹. En Afrique, les commerçants, en particulier les femmes, participent souvent à une ou plusieurs tontines afin de financer leurs activités. Il existe également dans certains pays un type de tontines individuelles (appelées « banquiers mobiles »), dans lesquelles la personne responsable de la tontine se déplace pour collecter les cotisations, ce qui permet à l'épargnant de gagner du temps car il n'a pas à aller déposer ses économies.

45. Les fonds octroyés par les coopératives de crédit sont également soumis aux règles existantes du droit commercial relatif à la formation des contrats et au règlement des litiges¹⁰⁰. Par ailleurs, dans certains pays, le fonctionnement de ces coopératives est soumis à des lois et à des règlements spécifiques. Généralement utilisées par les micro- et petites entreprises pour obtenir des crédits, ces coopératives sont souvent structurées de telle manière qu'elles ne peuvent collecter l'épargne que d'un petit groupe de particuliers qui se connaissent bien. Leur fonctionnement repose sur la confiance qui existe entre les membres et les fonds collectés ne peuvent pas être déplacés sur de grandes distances, ce qui limite l'offre de crédit, en particulier dans les zones rurales où les marchés locaux peuvent être segmentés par rapport aux marchés nationaux. En outre, certaines coopératives sont en danger d'effondrement en cas de défaillance d'un membre¹⁰¹. Même pour ce qui est des banques coopératives, l'adhésion peut être limitée¹⁰² aux employés d'une entreprise particulière, aux résidents d'un quartier défini, aux membres d'un certain syndicat ou d'une organisation religieuse, et à leurs parents les plus proches¹⁰³.

⁹⁷ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 33), le secrétariat a remplacé les mots « sont informelles » par « ne sont pas enregistrées ».

⁹⁸ Document de travail 2016/36 du Fonds européen d'investissement, « The Role of Cooperative Banks and Smaller Institutions for the Financing of SMEs and Small Midcaps in Europe », p. 14.

⁹⁹ Voir, de manière générale, le document de travail INT/92/M01/FRG du Bureau international du Travail (BIT), « Tontines and the Banking System – Is There a Case for Building Linkages?».

¹⁰⁰ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 34), le secrétariat a supprimé le membre de phrase « dans la mesure où ... peuvent être prouvées » (par. 44 du document A/CN.9/WG.I/WP.128).

¹⁰¹ SFI, « Research and Literature Review of Challenges to Women Accessing Digital Financial Services » (2016), p. 10.

¹⁰² Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 33), le secrétariat a remplacé les mots « est généralement » par « peut-être ».

¹⁰³ Série de documents de travail n° 1568 de la Banque centrale européenne, « Bank Lending and Monetary Transmission in the Euro Area » (2013), p. 7, note 4.

J. Microcrédit

46. Forme courante de microfinancement, le microcrédit désigne des prêts de montants extrêmement faibles souvent accordés à des particuliers ou à des microentreprises pour démarrer leur activité et en assurer le fonctionnement¹⁰⁴. Ces emprunteurs ont tendance à avoir de faibles revenus, notamment dans les pays à faible revenu eux-mêmes. La structure des accords de microcrédit diffère souvent de celle des accords conclus dans le secteur bancaire traditionnel et on constate dans certains cas l'absence de tout document écrit. Le microcrédit est parfois garanti par un accord avec les membres de la communauté de l'emprunteur, qui sont censés obliger l'emprunteur à travailler pour rembourser la dette. Ce dernier peut acquérir le droit de contracter des prêts d'un montant plus élevé s'il rembourse le microcrédit comme convenu. Étant donné que de nombreux emprunteurs n'ont aucune garantie à offrir, les bailleurs de microcrédits regroupent souvent les emprunteurs, ce qui crée une forme de pression par les pairs pour garantir le remboursement.

47. Les institutions de microfinance (IMF) constituent une catégorie clef de bailleurs de microcrédits. Bien que la plupart d'entre elles aient été établies pour accorder de petits prêts à des microemprunteurs, elles ne sont pas strictement limitées à ces derniers et peuvent imposer diverses conditions d'accès au crédit. Elles sont moins exigeantes en ce qui concerne les garanties et les sûretés, et proposent des produits financiers plus personnalisés et plus simples, mais elles n'appliquent pas toujours des taux d'intérêt inférieurs aux autres établissements¹⁰⁵. Les prêts sont souvent le premier produit qu'elles proposent à leur clientèle¹⁰⁶. Ce secteur a largement contribué à améliorer l'accès au crédit des microentreprises¹⁰⁷, en particulier celles qui sont dirigées par des femmes. On estime que 8 personnes sur 10 qui demandent un microfinancement dans le monde sont des femmes¹⁰⁸.

48. En général, les réglementations prudentielles sont moins strictes pour les institutions de microfinance que pour les institutions financières traditionnelles. L'octroi de microcrédits est principalement soumis aux lois et règlements existants régissant les contrats et le règlement des litiges, et à certaines lois ou réglementations spécifiques concernant le fonctionnement de ces institutions (le cas échéant). L'examen des questions juridiques relatives à la microfinance a permis de cerner les problèmes auxquels font face les microentreprises à la recherche de financements abordables. On recense parmi eux : i) le manque de transparence dans l'établissement des tarifs des produits de microfinance ; ii) les exigences disproportionnées en matière de garanties, qui donnent lieu à des pratiques abusives de recouvrement de la part de certaines institutions de microfinance ; iii) l'absence ou l'insuffisance de

¹⁰⁴ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 31), le secrétariat a modifié cette phrase pour préciser que le microcrédit était aussi utilisé pour assurer le fonctionnement d'une entreprise.

¹⁰⁵ Fonds européen d'investissement, « European Small Business Finance Outlook » (2019), p. vi.

¹⁰⁶ L'épargne, les microretraites, les microassurances, les prêts d'urgence, le crédit-bail et les subventions font partie des autres produits que les institutions de microfinance peuvent proposer aux microentreprises. Voir Bureau international du travail (BIT), « Making Microfinance Work: Managing Product Diversification » (2011), p. 112.

¹⁰⁷ Selon le Microfinance Information Exchange (MIX), le portefeuille brut de prêts aux microentreprises en 2017 (soit 762 prestataires de services financiers opérant dans le secteur de la microfinance sur 103 marchés en développement) s'élevait à environ 34 milliards de dollars. Il est important de noter que les données du MIX distinguaient les besoins de financement des microentreprises des besoins de financement personnels de leurs propriétaires. Le portefeuille brut de prêts pour le financement des ménages constituait une catégorie distincte, représentant environ 29 milliards de dollars. En Europe, les dernières données des études de marché ont montré qu'en 2017, l'encours total du portefeuille de microprêts atteignait 3,1 milliards d'euros, selon les données provenant de 136 institutions de microfinance. Voir Microfinance Information Exchange, « Global Outreach and Financial Performance Benchmark Report 2017-2018 » (2019), p. 36 et 38.

¹⁰⁸ Banque mondiale, « Secured Transactions » (note 14 *supra*), p. 23.

mesures de protection de la clientèle et de prévention des pratiques abusives ; et iv) de manière générale, le manque de connaissances financières dans les communautés¹⁰⁹.

K. Institutions financières publiques

49. Dans de nombreux pays, il existe des institutions financières publiques qui fournissent des services financiers aux catégories d'entreprises qui n'y ont pas facilement accès, comme les petites entreprises, et qui jouent un rôle anticyclique important pour atténuer les crises des marchés financiers¹¹⁰. Certaines de ces institutions agissent comme des banques commerciales qui ont pour mandat de prêter directement aux MPME ; d'autres sont des prêteurs de « second rang » qui accordent des financements à des banques commerciales et d'autres institutions financières qui prêtent ensuite aux MPME ; d'autres encore combinent les deux activités en accordant des prêts directs et indirects¹¹¹.

50. Les institutions financières publiques ont souvent des objectifs différents de ceux des banques commerciales (par exemple, elles n'obéissent pas aux lois du marché), ce qui peut permettre aux MPME d'accéder plus facilement au crédit. Ainsi, pour aider à atténuer les effets des crises financières nationales ou mondiales, dans certains pays, elles ont proposé de reporter à court terme et sans intérêts le remboursement des prêts ; de restructurer les prêts en accordant de longs délais de grâce ; ou d'augmenter les plafonds de crédit, en particulier pour les MPME qui avaient besoin de préserver des emplois¹¹². Cependant, elles sont parfois soumises à des exigences strictes en matière d'audit, de communication d'informations et de documentation, ce qui peut les rendre moins agiles que les banques commerciales pour satisfaire les demandes des MPME¹¹³. Pour ce qui est des États, le recours excessif aux institutions financières publiques pour soutenir les secteurs vulnérables du marché peut engendrer des coûts financiers et budgétaires élevés et présenter un risque pour la stabilité financière nationale, ce qui pourrait amener certains d'entre eux à cesser d'aider ce secteur bancaire¹¹⁴.

L. Finance islamique¹¹⁵

51. Il convient de noter que d'autres formes de financement peuvent être pertinentes tout au long du cycle de vie d'une MPME, comme les produits financiers islamiques. Ceux-ci sont régis par des règles et des pratiques¹¹⁶ qui interdisent ou encadrent strictement le droit de percevoir des intérêts, ce qui conduit à la mise en œuvre d'autres formes de contreparties pour les fonds empruntés (par exemple, la participation aux bénéfices ou la participation directe aux résultats des opérations)¹¹⁷.

¹⁰⁹ A/CN.9/727, par. 29 à 52 ; A/CN.9/780, par. 37.

¹¹⁰ OCDE, « Evolution and Trends in SME Finance Policies since the Global Financial Crisis » (2020), p. 20.

¹¹¹ Ibid.

¹¹² FMI, « Fiscal Affairs, Public Banks' Support to Households and Firms » (2020), p. 2. Disponible à l'adresse www.imf.org/en/Publications/SPROLLS/covid19-special-notes#fiscal.

¹¹³ GPFI et SFI, « SME Finance Policy Guide » (2011), p. 50.

¹¹⁴ Conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa trente-huitième session, le secrétariat a apporté les modifications suivantes : i) les paragraphes 54 et 55 du document A/CN.9/WG.I/WP.128 ont été regroupés (par. 50 ci-dessus) ; ii) il a été précisé que les institutions financières publiques n'avaient pas la même vocation que les banques commerciales (A/CN.9/1122, par. 44) ; iii) les généralisations ont été supprimées (A/CN.9/1122, par. 43) ; et iv) la dernière phrase du paragraphe a été modifiée dans un souci de cohérence.

¹¹⁵ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 23), le secrétariat a déplacé ici les informations relatives à la finance islamique.

¹¹⁶ Comme le Groupe de travail l'avait suggéré à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 22), le secrétariat a supprimé la référence à la « tradition juridique islamique » dans la première phrase du paragraphe (par. 22 du document A/CN.9.WG.I/WP.128).

¹¹⁷ *Guide législatif de la CNUDCI sur les partenariats public-privé* (2021), chap. A « Introduction », par. 65.

Les marchés proposent deux grandes catégories de produits financiers islamiques, à savoir adossés à des actifs ou basés sur la prise de participation¹¹⁸. La *mourabaha* est le mécanisme de financement fondé sur des actifs le plus couramment utilisé par les MPME. Le bailleur achète des actifs dont le client a besoin, puis les lui vend à un prix incluant une marge bénéficiaire déclarée, marge que le client devra rembourser, généralement en plusieurs versements¹¹⁹. En ce qui concerne les produits financiers islamiques reposant sur la prise de participation, la *moucharaka dégressive* a été conçue comme un mode de financement par le biais duquel l'entrepreneur s'engage à acheter les parts correspondant à l'investissement de l'autre ou des autres partenaires au fil du temps, jusqu'à acquérir la pleine propriété de l'entreprise¹²⁰.

52. Ces dernières années, des produits financiers islamiques ont également été créés dans certains pays dans le cadre du financement participatif¹²¹ et de l'affacturage¹²². Un exemple de financement participatif islamique fondé sur l'endettement est celui d'une plateforme qui finance l'achat d'installations solaires à usage domestique. Il s'agit du modèle de *mourabaha*, c'est-à-dire que le bailleur achète les biens requis par le client et les lui revend à un prix majoré d'une marge bénéficiaire qui est précisée. Le client le rembourse généralement en plusieurs versements¹²³. C'est également le modèle proposé par la plupart des plateformes de financement participatif sur le marché¹²⁴. Compte tenu des similitudes entre la *mourabaha* et l'affacturage, le modèle de *mourabaha* fait aussi de l'affacturage un instrument acceptable de finance islamique¹²⁵.

53. Les principaux obstacles à une utilisation plus large des produits financiers islamiques pour le financement des MPME sont les suivants : i) le financement islamique n'est pas disponible sur tous les marchés ; ii) il y a un manque de diversité dans l'offre de produits financiers visant à répondre aux besoins des MPME (les produits proposés aux MPME relèvent généralement du financement par endettement, comme la *mourabaha*, qui est essentiellement adaptée à des objectifs de financement spécifiques, alors que davantage de produits basés sur la prise de participation pourraient être analysés et proposés aux MPME) ; iii) les coûts de transaction sont relativement élevés et, bien souvent, seuls les biens immobiliers peuvent être acceptés en garantie ; iv) les MPME sont peu au fait de la finance islamique, en partie parce que, dans de nombreux pays, ce secteur n'en est qu'à ses débuts ; et v) il y a un manque de collaboration (par exemple, partage en matière de capitaux, risques, formation) entre les secteurs public et privé qui proposent des produits financiers islamiques. Le renforcement de la coopération pourrait contribuer à encourager davantage de parties prenantes à fournir des capitaux¹²⁶. En outre, de nombreux pays dépourvus de toute tradition en la matière n'ont pas mis en place de cadre réglementaire pour les produits financiers islamiques, qui sont par conséquent moins

¹¹⁸ Rapport de politique générale conjoint de la Banque mondiale et de la Banque islamique de développement : « Leveraging Islamic Finance for Small and Medium Enterprises » (2015), p. 11.

¹¹⁹ Ibid., p. 11 et 13.

¹²⁰ Ibid., p. 17.

¹²¹ Indonésie, États-Unis, Émirats arabes unis, Royaume-Uni et Malaisie. Voir BIRD, « Leveraging Islamic FinTech to Improve Financial Inclusion » (2020), p. 27.

¹²² BERD, « Smart Contracts, Blockchain and Crowdfunding: How the Law is Getting to Grips with Technology », p. 30.

¹²³ Banque islamique de développement, « Vers la réalisation des ODD – Programme quinquennal du Président : progrès et résultats », p. 50 et 51.

¹²⁴ Par exemple, Ethis Group (Malaisie), Kapital Boost (Singapour) et Beehive (Émirats arabes unis).

¹²⁵ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 45), le secrétariat a inclus une référence au modèle d'affacturage islamique.

¹²⁶ Série de documents de travail de l'Institut de la Banque asiatique de développement : « Leveraging Islamic Banking and Finance for Small Businesses – Exploring the Conceptual and Practical Dimensions » (2020), p. 18 et 19. Pour un aperçu de l'évolution récente du secteur des services financiers islamiques en général, voir le rapport sur la stabilité du secteur des services financiers islamiques (2020), élaboré par le Conseil des services financiers islamiques.

standardisés et doivent souvent suivre les règles et réglementations bancaires classiques¹²⁷.

III. Mesures visant à faciliter l'accès des MPME au crédit

54. Le chapitre II traite des diverses sources de crédit à la disposition des MPME et des obstacles qu'elles rencontrent pour y accéder. Si certains de ces obstacles ne sont généralement pas spécifiques aux MPME, ces dernières sont plus vulnérables économiquement et peuvent être moins conscientes de leurs droits et obligations par rapport aux grandes entreprises. Il existe également un certain nombre d'obstacles spécifiques aux MPME, comme le manque d'antécédents de crédit fiables (en particulier dans le cas des jeunes entrepreneurs)¹²⁸, le manque de compétences et d'expérience nécessaires pour produire des états financiers appropriés, le manque de garanties et une éducation financière ou formelle limitée.

55. Nombre de ces obstacles ne pouvant être levés par des mesures juridiques seules, les États doivent envisager d'adopter des mesures de nature réglementaire et politique lorsque cela est nécessaire. À cet égard, il convient de souligner qu'il importe de veiller à la manière dont les instruments réglementaires et les instruments de droit privé ou commercial s'articulent pour faciliter l'accès des MPME au crédit¹²⁹. Il importe que les instruments de droit privé et commercial et les mesures réglementaires soient utilisés de manière complémentaire et se renforcent mutuellement afin de maximiser leurs avantages. Leurs effets peuvent se recouper et influencer fortement le comportement des institutions financières en matière de crédit. Ainsi, certaines réglementations prudentielles nationales interdisent à ces établissements d'accepter en garantie certains types de biens meubles (par exemple, des équipements, des matières premières ou des créances), qui sont les biens les plus susceptibles d'être à la disposition des MPME. Toutefois, dans le même temps, les initiatives actuelles de réforme législative permettent de donner en garantie une large gamme de biens meubles (voir par. 77). Le manque de coordination peut contrecarrer l'efficacité de ces réformes, en rendant l'octroi de prêts garantis non rentable pour les institutions financières réglementées. D'où l'importance que le législateur et les autorités réglementaires reconnaissent l'interaction des cadres qui relèvent de leur compétence respective afin de garantir que la protection des marchés financiers ne nuise pas aux instruments législatifs qui facilitent l'accès au crédit, et vice versa.

56. Le présent chapitre examine les interventions juridiques, réglementaires et politiques contribuant à créer un cadre juridique qui permette aux MPME d'accéder au crédit. Par exemple, la solvabilité des MPME pourrait être améliorée grâce à des conditions plus favorables en ce qui concerne la constitution et l'enregistrement des entreprises, le fonctionnement des entreprises, les opérations garanties utilisant des actifs aussi bien mobiliers qu'immobiliers à titre de garantie, l'apport de garanties personnelles et les mécanismes de garantie du crédit. Il serait possible de réduire les coûts de transaction supportés par les prêteurs lors de l'octroi de prêts aux MPME par des mesures visant à faciliter l'évaluation de la solvabilité de ces entreprises, des règles servant à garantir l'application effective des droits des prêteurs, ainsi que par

¹²⁷ Ibid., p. 18.

¹²⁸ À sa trente-huitième session, le Groupe de travail est convenu d'insérer une référence aux jeunes entrepreneurs dans la deuxième phrase du paragraphe 21 du document [A/CN.9/WG.I/WP.128](#) ([A/CN.9/1122](#), par. 25). Du fait que le secrétariat a réorganisé l'introduction du projet de guide et supprimé le paragraphe en question, il a appliqué la décision du Groupe de travail au paragraphe 55 (par. 98 du document [A/CN.9/WG.I/WP.128](#)).

¹²⁹ Les instruments de droit privé et commercial (par exemple, les garanties contractuelles ou les opérations garanties) régissent les relations contractuelles entre les prestataires de services financiers et les MPME. Les réglementations financières sont des règles sectorielles, souvent de droit public, imposées par l'État pour assurer la sécurité et la solidité des institutions et des marchés financiers ainsi que la protection de leurs clients (par exemple, l'obligation pour les institutions financières de communiquer des informations sur leurs produits ou services sous une forme normalisée).

des mécanismes appropriés en matière de règlement des litiges. D'autres mesures concernant l'appui au MPME en difficulté financière, les pratiques de prêt équitables (y compris la transparence), l'environnement électronique et la culture financière pourraient aider à créer un contexte plus favorable à l'accès des MPME au crédit. Si la plupart de ces mesures pourraient bénéficier à tous les types de MPME (par exemple, les réformes relatives aux opérations garanties), d'autres (par exemple, les mécanismes publics de garantie du crédit) seraient peut-être assorties de critères d'éligibilité.

Égalité d'accès au crédit¹³⁰

57. Afin d'appuyer pleinement les MPME, l'infrastructure juridique, politique et réglementaire devrait créer un environnement pleinement équitable dans lequel tous les emprunteurs potentiels ont les mêmes chances d'obtenir un crédit. En d'autres termes, les bailleurs devraient examiner les demandes de prêts en se fondant uniquement sur la solvabilité des MPME et leur capacité de remboursement, et non sur des critères tels que la race, la couleur, le genre, le statut matrimonial, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, la nationalité ou l'origine sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, ou le handicap.

58. La discrimination peut prendre différentes formes, allant de la discrimination ouverte (par exemple, les prêteurs peuvent dissuader les MPME de demander un crédit ou leur en refuser l'octroi sans raison) à la discrimination indirecte, qui consiste entre autres à traiter certaines MPME différemment sur la base d'un des critères énumérés ci-dessus (par exemple, une MPME peut voir sa demande de prêt rejetée alors qu'elle remplit les conditions requises ou se voir proposer un crédit à des conditions moins favorables que celles auxquelles elle peut prétendre). Des pratiques ou politiques neutres peuvent également entraîner une discrimination si elles pénalisent ou excluent certaines MPME pour des raisons proscrites. Par exemple, la mise en place d'un seuil minimal pour l'octroi de prêts peut exclure les MPME à faibles revenus, y compris celles implantées dans des zones pauvres ou dont les propriétaires font partie de minorités. De même, le fait de réduire la densité géographique des banques peut avoir des répercussions sur les MPME qui dépendent fortement de relations bancaires locales. Afin d'assurer l'égalité d'accès au crédit pour tous les emprunteurs, certains pays¹³¹ ont donc adopté des lois interdisant toute discrimination concernant quelque aspect que ce soit d'une opération de crédit, qui s'appliquent notamment aux petites entreprises. On notera que la discrimination peut aussi être facilement intégrée dans l'algorithme qui sous-tend les modèles numériques d'évaluation de la cote de crédit, d'où un risque de préjugé à l'égard de certains groupes de clients. À cet égard, les bonnes pratiques voudraient que les lois ou règlements interdisant la discrimination soient également applicables aux prestataires de services financiers numériques¹³².

59. Dans plusieurs pays, les MPME détenues par des femmes sont parmi celles qui subissent la plus forte discrimination. Les obstacles que rencontrent les entrepreneuses pour accéder au crédit sont liés non seulement à la difficulté de satisfaire aux exigences des institutions financières formelles (voir par. 6), mais aussi à l'absence de produits de crédit adaptés (les femmes peuvent opérer dans des secteurs où les marges bénéficiaires sont faibles ou être à la tête de très petites entreprises non profitables pour les institutions financières) ou au fait que les institutions financières ne suivent pas de politique d'action positive en faveur de l'égalité des genres consistant à examiner favorablement les demandes de prêts déposées par des femmes.

¹³⁰ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 53 et 54), le secrétariat a ajouté ce commentaire sur l'égalité d'accès au crédit et deux recommandations (l'une sur la discrimination en général, l'autre sur la discrimination à l'égard des entrepreneuses).

¹³¹ Voir, par exemple, la loi intitulée « Equal Credit Opportunity Act » (ECOA) des États-Unis d'Amérique.

¹³² Par souci de cohérence, le secrétariat a déplacé ici la remarque concernant la discrimination que peut créer cet algorithme, alors qu'elle figurait auparavant au paragraphe 259 du document [A/CN.9/WG.I/WP.128](#).

En outre, les produits de crédit ne tiennent généralement pas compte de l'accès limité de nombreuses femmes aux formes traditionnelles de garanties ou de biens (par exemple, la terre et les titres) ni des contraintes plus générales auxquelles elles peuvent faire face dans certains pays pour obtenir un crédit, comme la difficulté à fournir les documents requis (par exemple, les documents liés à l'enregistrement des entreprises ou des documents financiers formels). Reconnaissant que la pauvreté des femmes était directement liée à l'inégalité d'accès aux possibilités économiques, les États Membres de l'Organisation des Nations Unies se sont engagés dans diverses instances¹³³ à entreprendre des réformes législatives et administratives dans différents domaines de leur cadre national et à appliquer des lois non discriminatoires qui assurent aux femmes un accès égal aux ressources économiques, notamment au crédit.

Recommandation 1 :

La législation devrait garantir que les MPME ont accès au crédit sans discrimination fondée sur la race, la couleur, le genre, le statut matrimonial, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, la nationalité ou l'origine sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation, ou le handicap.

Recommandation 2 :

La législation devrait garantir que :

- a) Les femmes jouissent des mêmes droits opposables que les hommes pour ce qui est d'accéder au crédit en vue de créer et d'exploiter une entreprise ; et
- b) Les exigences relatives à l'accès au crédit n'entraînent pas de discrimination fondée sur le genre de la personne souhaitant emprunter.

A. Cadre juridique visant à améliorer l'accès des MPME au crédit

1. Intégration dans le secteur formel¹³⁴

60. Bon nombre des obstacles que rencontrent les MPME pour accéder au crédit sont aggravés par le fait qu'elles opèrent dans l'économie informelle. Sans statut officiel, les MPME n'ont pas accès au secteur bancaire et doivent compter sur le soutien de la famille et des amis ou d'autres moyens informels¹³⁵ qui sont rarement une source de financement garantie. Dans plusieurs pays, l'intégration des entreprises dans le secteur formel peut être un processus coûteux et lourd, avec des conditions d'entrée que les micro- et petites entreprises, en particulier, ne peuvent pas remplir, ce qui empêche de nombreuses entreprises potentiellement viables de le faire.

¹³³ Voir, par exemple, la Déclaration et le Programme d'action de Beijing (1995) adoptés à l'unanimité par 189 États, ou la résolution 66/288 de l'Assemblée générale de l'ONU, intitulée « L'avenir que nous voulons ».

¹³⁴ Comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 52, 84 et 85), le secrétariat a réorganisé cette section comme suit : i) les considérations relatives à la constitution et à l'enregistrement d'une entreprise et au fonctionnement d'une entreprise ont été placées au début du chapitre ; ii) les parties du commentaire concernant, respectivement, la constitution et l'enregistrement d'une entreprise ont été fusionnées ; iii) la question du fonctionnement d'une entreprise fait désormais l'objet d'un traitement distinct ; iv) la référence aux investisseurs en fonds propres a été supprimée ; v) la section a été rationalisée de manière à éviter les doubles emplois ; et vi) deux recommandations ont été ajoutées afin d'encourager l'adoption de dispositions basées sur le Guide sur le registre des entreprises et le Guide sur les ERL. Par souci de clarté, le secrétariat propose d'intituler la section « Intégration dans le secteur formel ».

¹³⁵ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 85), le secrétariat a supprimé la référence au microcrédit.

Plusieurs pays de traditions juridiques différentes ont réformé leur législation et mis en place des formes juridiques simplifiées pour les MPME afin de faciliter leur passage vers l'économie formelle. D'autres ont favorisé ce processus, notamment en rendant leur système d'enregistrement des entreprises plus facile à utiliser, plus rapide et plus économique.

61. Pour établir des limites entre les MPME des secteurs formel et informel, les lois internes peuvent utiliser des critères tels que la taille de l'entreprise, l'enregistrement auprès du système de sécurité sociale ou de l'autorité fiscale ou l'inscription au registre des entreprises. Conformément au *Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises* (2018) (le « Guide sur le registre des entreprises »), le projet de guide considère que les MPME qui n'ont pas respecté toutes les exigences obligatoires, d'enregistrement et autres, de l'État dans lequel elles sont établies, opèrent dans l'économie informelle.

a) Constitution et enregistrement d'une entreprise

62. Un cadre juridique efficace qui réduit au minimum le coût et la lourdeur de la constitution, du fonctionnement et de la fermeture d'une entreprise peut encourager les MPME à s'enregistrer, car la lourdeur excessive des procédures d'enregistrement peut l'emporter sur l'intérêt qu'elles auraient à opérer dans l'économie formelle. En outre, des registres des entreprises fiables et faciles d'accès sont de nature à améliorer la visibilité des MPME auprès du public et du marché, y compris les partenaires et clients étrangers potentiels, et à accroître leurs possibilités d'obtenir des financements de la part des institutions financières réglementées.

63. Pour simplifier et rationaliser l'enregistrement des entreprises, le Guide sur le registre des entreprises aborde différents aspects de l'enregistrement, tels que la création et le fonctionnement du registre, le coût de ses services et les exigences auxquelles une entreprise doit satisfaire pour s'enregistrer. Suivant le principe selon lequel l'enregistrement devrait être aussi simple que possible, le Guide indique les informations minimales que les entreprises doivent communiquer de façon à ne pas compromettre la transparence et la sécurité juridique. Dans le contexte de l'accès au crédit, il ne recommande pas que les MPME communiquent au registre leurs informations financières, ce qui peut s'avérer particulièrement contraignant, mais encourage la communication de ces informations sous une forme simplifiée. La fourniture d'informations concernant, par exemple, leur situation financière et leurs besoins en capitaux (y compris les profits et bénéfices), ainsi que leur structure de gestion¹³⁶, permettrait aux MPME d'afficher leur responsabilité et d'améliorer leur accès au crédit pour se développer et progresser.

64. Afin d'encourager l'enregistrement des MPME, le Guide sur le registre des entreprises suggère également des mesures d'incitation, consistant par exemple à promouvoir l'accès au crédit des MPME enregistrées et à les faire bénéficier de subventions ou de programmes publics pour favoriser leur croissance. Les subventions ou programmes publics peuvent se révéler particulièrement importants dans les situations d'urgence (par exemple, lors d'une pandémie ou d'une catastrophe naturelle) ou en cas de crise financière mondiale. L'expérience montre que dans plusieurs pays, les MPME non enregistrées risquent d'être privées de ces avantages.

65. Le Guide sur le registre des entreprises mentionne les nombreux défis auxquels font face les entrepreneuses pour créer leur entreprise et la part élevée de MPME détenues par des femmes qui, de ce fait, relèvent de l'économie informelle. Il recommande donc expressément de prévoir que les femmes doivent jouir des mêmes droits opposables que les hommes pour ce qui est d'enregistrer leur entreprise, et que les conditions d'enregistrement n'entraînent pas de discrimination fondée sur le genre de la personne souhaitant procéder à un enregistrement¹³⁷. Pour aider les États à

¹³⁶ *Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises*, note 20, p. 69.

¹³⁷ *Ibid.*, recommandation 34.

mettre en place un cadre d'enregistrement non sexiste, il recommande en outre la collecte de données ventilées par sexe pour l'enregistrement des entreprises.

Recommandation 3 :

La législation devrait :

- a) Faciliter la constitution des entreprises, notamment des MPME, dans l'économie formelle ; et
- b) Prendre dûment en considération les normes internationales existantes (telles que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises*) qui prévoient un système d'enregistrement des entreprises efficace et simplifié.

b) Fonctionnement d'une entreprise¹³⁸

66. Les politiques visant à promouvoir l'intégration des MPME dans le secteur formel ne devraient pas seulement faciliter leur constitution et leur enregistrement. Elles devraient également s'attacher à faciliter leur organisation et leur fonctionnement et à protéger leurs droits de façon appropriée. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur les entreprises à responsabilité limitée* (2021) (le « Guide sur les ERL ») propose une forme juridique d'entreprise souple et simplifiée en vue d'atteindre ces objectifs¹³⁹.

67. Le régime de responsabilité limitée simplifié confère la personnalité morale¹⁴⁰ à la MPME – mesure de protection dont les MPME de plusieurs pays ne bénéficient pas – et entraîne une séparation entre ses actifs (par exemple, ses comptes bancaires) et les actifs personnels de ses propriétaires. Il lui permet ainsi d'accéder aux services des institutions financières en son nom propre et de profiter de prêts aux entreprises et d'autres produits financiers adéquats (par exemple, des cartes de crédit d'entreprise), dont les conditions sont souvent plus favorables que celles proposées aux particuliers. La personnalité morale protège également la MPME contre toute demande émanant des créanciers personnels (y compris les prêteurs) de ses membres, ce qui pourrait avoir une incidence négative sur ses antécédents et sa cote de crédit.

68. Une conséquence majeure de la personnalité morale de la MPME est que ses propriétaires bénéficient de la responsabilité limitée (c'est-à-dire qu'ils ne sont pas tenus personnellement responsables de ses obligations et de ses dettes du seul fait de leur qualité de propriétaires)¹⁴¹. La MPME elle-même, munie de tous ses actifs, est redevable à ses créanciers. Dans le contexte de l'accès au crédit, si les prêteurs sont satisfaits des actifs que peut offrir la MPME, ses propriétaires n'auront pas forcément à fournir d'actifs personnels en garantie d'un prêt qui lui est octroyé (même s'ils peuvent fournir des garanties personnelles à l'appui du prêt, voir par. 103 et 107). Ils pourront alors investir dans l'entreprise les éventuelles ressources ainsi libérées, ou s'en servir pour appuyer d'autres demandes de prêts. Du fait de la responsabilité limitée et de la séparation des actifs, il peut aussi se révéler intéressant pour les propriétaires de prêter de l'argent à la MPME, ce qui réduit la dépendance à l'égard des bailleurs extérieurs et peut assouplir les conditions du prêt.

69. Une recommandation du Guide sur les ERL qui facilite également l'accès au crédit est que les MPME devraient conserver certaines données concernant leur structure, leurs activités et leurs finances. Cela est non seulement une marque de transparence et de responsabilité, mais permet aussi à la MPME de se constituer une

¹³⁸ Conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 85), le secrétariat a mis l'accent sur les aspects de la responsabilité limitée de nature à faciliter l'accès au crédit.

¹³⁹ *Guide législatif de la CNUDCI sur les entreprises à responsabilité limitée*, par. 4 (disponible à l'adresse <https://uncitral.un.org/fr/texts/msmes>).

¹⁴⁰ Ibid., recommandation 3.

¹⁴¹ Ibid., recommandation 4.

bonne base d'informations. Plus particulièrement, les états financiers et autres documents relatifs aux finances (par exemple, les déclarations ou rapports fiscaux) peuvent lui permettre d'accéder plus facilement aux institutions financières formelles, séduites par la crédibilité accrue de l'entreprise et la baisse des coûts liés aux vérifications préalables et autres examens qu'elles peuvent avoir à effectuer (par exemple, les entreprises peuvent être tenues de fournir certaines informations aux fins de la lutte contre le blanchiment d'argent). L'obligation de conserver des données peut également aider les MPME à renforcer leur culture financière et leurs compétences de gestion.

Recommandation 4 :

La législation devrait :

- a) Prévoir pour les MPME des formes juridiques simplifiées qui facilitent leur fonctionnement dans l'économie formelle ; et
- b) Prendre dûment en considération les normes internationales existantes (telles que le *Guide législatif de la CNUDCI sur les entreprises à responsabilité limitée*) qui prévoient un régime de constitution simplifié pour les MPME.

2. Opérations garanties¹⁴²

70. Dans la pratique, les prêteurs subordonnent souvent l'octroi d'un crédit (y compris, mais sans s'y limiter, un crédit commercial ou un microcrédit) à la fourniture par l'emprunteur de biens appropriés en garantie de son obligation. Lorsqu'un emprunteur et un prêteur sont convenus que certains actifs de l'emprunteur (les « biens affectés en garantie ») « garantiront »¹⁴³ son obligation de paiement – c'est-à-dire qu'en cas de défaut, le prêteur peut saisir ces actifs, en disposer ou les réaliser, et en affecter le produit au paiement de ce qui lui est dû – le crédit est souvent appelé « crédit garanti », et l'opération correspondante « opération garantie ». Dans ce type d'opération, les biens affectés en garantie peuvent être meubles ou immeubles, corporels ou incorporels¹⁴⁴. Un crédit garanti permet aux entreprises d'utiliser la valeur intrinsèque de leurs biens comme moyen de réduire le risque que court le créancier, celui-ci ayant en effet accès aux biens donnés en garantie pour se faire rembourser en cas de non-paiement de l'obligation garantie. En présence d'un risque réduit, les créanciers sont plus enclins à accorder un crédit abordable¹⁴⁵.

71. Toutefois, pour que les opérations garanties réduisent le risque de crédit, il faut non seulement que les biens affectés en garantie soient de valeur suffisante, mais aussi que le cadre juridique régissant ce type d'opérations permette aux créanciers de les réaliser d'une manière économiquement efficace qui apporte sécurité et prévisibilité. La présente section examine les améliorations qui pourraient être apportées aux règles en vigueur régissant les opérations garanties, en mettant l'accent sur les normes internationales et régionales existantes pertinentes et en identifiant des domaines possibles d'améliorations futures.

¹⁴² Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 104), le secrétariat a remplacé le titre « Biens affectés en garantie » par « Opérations garanties ». Il a en outre révisé cette section pour la rendre plus claire.

¹⁴³ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 59), le secrétariat a remplacé, dans la version anglaise, le mot « guarantee » par « secure ». Ces deux mots se traduisent par « garantir » en français.

¹⁴⁴ Le terme « bien affecté en garantie » est synonyme du terme « bien grevé », utilisé dans la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières*.

¹⁴⁵ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 59), le secrétariat a révisé ce paragraphe de façon à mieux expliquer la nature économique des questions relatives à l'accès des MPME au crédit.

a) Normes internationales et régionales existantes

a. Biens meubles donnés en garantie

72. Au fil des ans, la CNUDCI a élaboré plusieurs textes législatifs traitant de l'utilisation de biens meubles à titre de garanties¹⁴⁶, à savoir le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* (2007), le *Guide de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières* (2013), la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières* (2016) et le *Guide pour son incorporation* (2017), et le *Guide pratique de la CNUDCI relatif à la Loi type sur les sûretés mobilières* (2019).

73. Les paragraphes ci-dessous examinent i) les critères que devrait remplir un régime des opérations garanties pour faciliter l'accès des MPME au crédit, et ii) les caractéristiques essentielles d'un système de registre efficace, le tout en se basant sur les recommandations et les orientations fournies dans les textes législatifs de la CNUDCI concernant les opérations garanties.

i) *Critères d'un régime des opérations garanties facilitant l'accès des MPME au crédit*

74. Les biens meubles (corporels ou incorporels), en particulier les biens futurs, peuvent être le seul type de biens que possèdent certaines MPME, et donc le seul type de biens susceptibles d'être affectés en garantie¹⁴⁷. Toutefois, certains systèmes juridiques imposent des limites à la constitution de sûretés sur des biens meubles par des entreprises. Et même dans les systèmes qui autorisent l'utilisation de biens meubles à titre de garantie, les règles applicables peuvent se révéler inadéquates, obsolètes, fragmentaires, complexes ou peu claires. Il peut en résulter une grande insécurité pour les propriétaires et les dirigeants de MPME. De plus, les créanciers peuvent hésiter à accorder des crédits garantis aux MPME en raison des lacunes dans ces règles.

75. Le fait d'avoir aisément accès au crédit, et à des coûts raisonnables, aide les MPME à croître et à prospérer. Celles-ci bénéficieraient donc largement de la mise en place d'un régime des opérations garanties qui i) permette de constituer facilement des sûretés sur des biens meubles, ii) garantisse qu'une sûreté puisse être aisément rendue opposable (par exemple, par l'inscription d'un avis dans un registre public peu coûteux)¹⁴⁸, iii) donne aux bailleurs la possibilité de déterminer la priorité de leurs sûretés lorsqu'ils concluent l'opération, et iv) permette une réalisation simple et économiquement efficace des biens affectés en garantie¹⁴⁹ en cas de défaut.

76. Premièrement, dans un régime qui facilite l'accès au crédit, il devrait être aisé de constituer des sûretés sur des biens meubles. Comme indiqué dans la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières* (la « Loi type »), pour constituer une sûreté, il suffit que les parties concluent une convention constitutive de sûreté répondant aux exigences simples de la Loi type (art. 6). Une personne devrait pouvoir constituer une sûreté sur un bien sans avoir à en donner la possession au créancier garanti, car ce

¹⁴⁶ Selon les informations reçues du secrétariat, au cours des quelques années qui se sont écoulées depuis l'adoption de la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières*, neuf États (Australie, Colombie, Fidji, Kenya, Nigéria, Nouvelle-Zélande, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Philippines et Zimbabwe) ont adopté une législation fondée sur la Loi type ou suivant la même approche. Voir [A/CN.9/1097](#) et https://uncitral.un.org/fr/texts/securityinterests/modellaw/secured_transactions/status. Les autres États qui auraient adopté une législation fondée sur la Loi type et qui participent aux délibérations du Groupe de travail I voudront peut-être le faire savoir au secrétariat. Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-septième session ([A/CN.9/1090](#), par. 45), le secrétariat a ajouté une référence à l'état d'adoption de la Loi type.

¹⁴⁷ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session ([A/CN.9/1122](#), par. 59), le secrétariat a modifié cette phrase pour indiquer que les biens meubles (en particulier les biens futurs) pouvaient être le seul type de biens que certaines MPME pouvaient offrir à titre de garantie.

¹⁴⁸ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session ([A/CN.9/1122](#), par. 59), le secrétariat a ajouté une référence à l'opposabilité assurée par les systèmes de registre comme autre caractéristique essentielle d'un régime des opérations garanties efficace.

¹⁴⁹ Le terme « réalisation de la garantie » est synonyme du terme « disposition du bien grevé », utilisé dans la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières*.

bien peut être nécessaire au fonctionnement de l'entreprise de l'emprunteur¹⁵⁰. En outre, la législation devrait permettre l'utilisation d'une convention constitutive de sûreté pour constituer une sûreté sur un bien futur (c'est-à-dire un bien que la MPME pourra acquérir à l'avenir) (art. 6-2). De même, il devrait être simple de constituer une sûreté sur tous les biens meubles d'une MPME au moyen d'une seule convention constitutive de sûreté¹⁵¹.

77. En ce qui concerne le type de biens meubles susceptibles d'être affectés en garantie, il devrait être possible pour une MPME agissant en tant que « constituant » de constituer une sûreté sur presque tout type de bien meuble, notamment sur des stocks, du matériel, des créances, des instruments et documents négociables¹⁵², des comptes bancaires, des biens intellectuels et des actifs numériques. Permettre la constitution d'une sûreté sur des créances peut être particulièrement bénéfique pour les MPME disposant de très peu d'actifs autres que des créances. Les règles relatives aux actifs numériques (qui ne font pas l'objet d'un traitement distinct dans la Loi type) revêtent une grande importance pour les MPME qui possèdent de tels actifs, par exemple des cryptomonnaies ou des jetons adossés à des actifs¹⁵³. Il devrait aussi être possible pour une MPME ayant un droit limité sur un bien de constituer une sûreté sur ce droit limité même si elle n'est pas le propriétaire du bien : on devrait, par exemple, pouvoir grever le droit d'utiliser un bien dans le cadre d'un contrat de location, ou des biens intellectuels dans le cadre d'un contrat de licence¹⁵⁴.

78. Deuxièmement, dans la mesure où une sûreté opposable au seul constituant n'a que de peu de valeur dans la pratique, il devrait être aisé de faire en sorte qu'une sûreté soit opposable aux tiers. Les tiers susceptibles de faire valoir un droit sur les biens grevés sont notamment les autres créanciers du constituant, les parties auxquelles le constituant peut avoir transféré ces biens, et, si celui-ci est devenu insolvable, un administrateur de l'insolvabilité ou une personne exerçant une fonction analogue. La méthode prévue par la *Loi type* pour assurer l'opposabilité des sûretés est l'inscription d'un avis la concernant dans un registre public. Cette méthode, parce qu'elle permet au constituant de rester en possession du bien grevé et de continuer à l'utiliser, facilite la constitution de sûretés sur des biens tels que des stocks ou du matériel¹⁵⁵.

79. Troisièmement, il devrait aussi être aisé d'évaluer *ex ante* le classement des créances avec un certain degré de sécurité. Le plus important pour un créancier qui envisage d'octroyer un crédit garanti par des biens particuliers est de savoir quelle sera la priorité de sa sûreté s'il cherche à la réaliser (dans le cadre ou en dehors de la procédure d'insolvabilité du constituant)¹⁵⁶. Tout régime des opérations garanties facilitant l'accès des MPME au crédit devrait prévoir des règles de priorité claires qui conduisent à des résultats prévisibles en cas de conflit entre des réclamants sur les biens affectés en garantie, y compris dans le contexte de l'insolvabilité, et protéger de manière adéquate les intérêts de tous les réclamants concurrents¹⁵⁷. En règle générale, la Loi type prévoit que le moment de l'inscription constitue la base pour déterminer la priorité d'une sûreté à l'égard du droit d'un réclamant concurrent, la

¹⁵⁰ *Guide pratique de la CNUDCI relatif à la Loi type sur les sûretés mobilières*, par. 11.

¹⁵¹ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, chap. II, par. 81.

¹⁵² Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 59), le secrétariat a ajouté une référence aux instruments et documents négociables.

¹⁵³ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 59), le secrétariat a abordé la question des actifs numériques et précisé que celle-ci ne faisait pas l'objet d'un traitement distinct dans la Loi type.

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 35 et 36. Pour une location non assimilée à une sûreté réelle mobilière, voir la *Loi type d'UNIDROIT sur la location et la location-financement* (2008).

¹⁵⁵ *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières : Guide pour l'incorporation dans le droit interne*, par. 124.

¹⁵⁶ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, chap. V, par. 18.

¹⁵⁷ *Ibid.*

priorité entre des parties qui détiennent des sûretés sur le même bien grevé étant généralement déterminée suivant l'ordre d'inscription¹⁵⁸.

80. Enfin, il devrait être aisé, rapide et économique de réaliser les sûretés grevant des biens meubles. En règle générale, un créancier garanti devrait être en mesure d'obtenir rapidement la possession des biens meubles corporels affectés en garantie et disposer de diverses façons de réaliser les biens donnés en garantie. À cette fin, il devrait notamment pouvoir vendre les biens en question et recouvrer ce qui lui est dû sur le produit de la vente, louer ces biens ou les mettre sous licence et se rembourser sur les loyers ou les redevances, et les acquérir à titre de remboursement intégral ou partiel du montant dû¹⁵⁹. En outre, un créancier garanti devrait être à même d'obtenir la possession des biens affectés en garantie ou d'en disposer non seulement au moyen d'une procédure judiciaire, mais aussi par voie extrajudiciaire, sous réserve que les droits de l'emprunteur et des autres créanciers soient dûment protégés¹⁶⁰. La réalisation extrajudiciaire peut permettre au créancier garanti de recouvrer ce qui lui est dû de manière plus rapide et plus efficace¹⁶¹. De ce fait, un régime permettant la reprise de possession et la disposition extrajudiciaires aura probablement un effet positif sur la disponibilité et le coût du crédit.

ii) *Caractéristiques essentielles d'un système de registre efficace*¹⁶²

81. La *Loi type* et les régimes modernes comparables régissant les opérations garanties privilégient l'utilisation d'un registre pour rendre une sûreté opposable sans que le créancier garanti n'ait à prendre possession des biens grevés. Un système d'inscription des avis bien conçu devrait non seulement prévoir une méthode simple pour assurer l'opposabilité et faciliter la constitution de sûretés sans dépossession, mais aussi permettre aux éventuels réclamants concurrents de prendre connaissance de manière simple et économique des sûretés grevant les biens du constituant avant de conclure des opérations sur ces biens¹⁶³.

82. Un système de registre efficace devrait présenter un certain nombre de caractéristiques essentielles qui facilitent les opérations garanties et l'accès des MPME au crédit¹⁶⁴. Premièrement, il faudrait adopter un système d'« inscription des

¹⁵⁸ *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières : Guide pour l'incorporation dans le droit interne*, par. 143.

¹⁵⁹ Guide pratique de la CNUDCI (note 150 *supra*), par. 305.

¹⁶⁰ Depuis 2020, UNIDROIT mène des travaux sur les meilleures pratiques pour des procédures d'exécution efficaces, en vue d'élaborer un instrument international qui aiderait les législateurs nationaux à aborder les questions liées à l'exécution des dettes commerciales, garanties ou non. Pour plus d'informations, voir <https://www.unidroit.org/fr/travaux-en-cours/execution-meilleures-pratiques/>.

¹⁶¹ Guide pratique de la CNUDCI (note 150 *supra*), par. 304.

¹⁶² En 2013, la CNUDCI a adopté le *Guide de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières* (le « Guide sur le registre »), qui s'appuie sur le *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties* et son supplément sur les sûretés réelles mobilières grevant des propriétés intellectuelles. Le Guide sur le registre traite des questions juridiques, technologiques, administratives et opérationnelles liées à la création et au fonctionnement d'un registre des sûretés mobilières. Il est difficile pour le secrétariat d'estimer le nombre de pays qui ont suivi les recommandations du Guide pour établir un registre des sûretés ou améliorer le registre existant. Le chapitre IV de la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières* comprend des dispositions types sur le registre alignées sur le Guide sur le registre, qui sont destinées à entrer en vigueur en même temps que la législation incorporant la Loi type. On peut supposer que les neuf États qui ont adopté une législation fondée sur la Loi type, ou suivant la même approche, ont également incorporé les dispositions types sur le registre (voir note 8 de la Loi type). Le secrétariat a ajouté ces précisions relatives au statut des pays qui ont adopté des normes internationales concernant les registres des sûretés pour donner suite à la demande formulée par le Groupe de travail à sa trente-septième session (A/CN.9/1090, par. 45).

¹⁶³ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 60), le secrétariat a modifié ce paragraphe de manière à établir une distinction entre les questions liées à l'opposabilité assurée par les systèmes de registre et le fonctionnement de ces systèmes de registre.

¹⁶⁴ Il convient de noter que le Guide d'UNIDROIT des meilleures pratiques pour les registres de garanties électroniques (disponible en anglais) fournit également des conseils utiles aux

avis » (plutôt qu'un système d'« enregistrement des documents ») qui n'exige pas que la documentation sous-jacente soit enregistrée ou même soumise à l'examen du personnel du registre¹⁶⁵. Un tel système d'« inscription des avis » réduit les coûts pour les personnes procédant à l'inscription et permet aux parties de préserver la confidentialité des informations relatives à leurs opérations¹⁶⁶. Deuxièmement, les directives juridiques et opérationnelles qui régissent les services du registre, notamment l'inscription et la recherche, devraient être simples, claires et sûres aux yeux de tous les utilisateurs potentiels¹⁶⁷. Troisièmement, les services du registre, notamment l'inscription et la recherche, devraient être conçus de manière à être aussi rapides, simples et économiques que possible, et être accessibles au public, tout en garantissant la sécurité et la facilité de consultation des informations qui figurent dans le fichier du registre¹⁶⁸. Quatrièmement, l'inscription devrait être requise afin d'assurer l'opposabilité et la priorité d'une sûreté, mais pas aux fins de la constitution de celle-ci. Comme indiqué ci-dessus, pour constituer une sûreté sur des biens meubles, il suffit que les parties concluent une convention constitutive de sûreté répondant aux exigences simples de la *Loi type* (art. 6). Cinquièmement, les informations inscrites au registre devaient être indexées et pouvoir être retrouvées principalement à partir du nom du constituant. Ce point est important pour permettre d'affecter plusieurs biens en garantie lors de la même opération, et s'avère essentiel du fait que les biens meubles n'ont pas une seule description, et qu'une indexation par bien serait donc peu pratique. Enfin, point à ne pas négliger, il faudrait autoriser l'inscription dans le registre de sûretés successives sur le même bien¹⁶⁹.

83. Un registre général des sûretés devrait aussi être pleinement électronique, permettant de conserver les informations contenues dans les avis inscrits sous forme électronique dans une base de données unique, de manière à garantir que le fichier du registre soit centralisé et unifié¹⁷⁰. En outre, l'accès aux services du registre devrait lui aussi être électronique, de façon à permettre aux utilisateurs de soumettre des avis et des demandes de recherche directement par Internet ou par des systèmes de réseaux¹⁷¹. L'accès électronique aux services du registre permet d'éliminer le risque d'erreur du personnel du registre lors de la saisie des informations dans le fichier du registre. Il permet également un accès plus rapide et plus efficace aux services du registre, et réduit considérablement les coûts opérationnels du registre, ce qui entraîne une baisse des frais pour les utilisateurs¹⁷².

concepteurs et aux conservateurs de registres électroniques, notamment en établissant une norme pour la responsabilité des conservateurs de registre. Voir « Guide on Best Practices for Electronic Collateral Registries », p. 69.

¹⁶⁵ Ibid., par. 57.

¹⁶⁶ Ibid., par. 59.

¹⁶⁷ *Guide de la CNUDCI sur la mise en place d'un registre des sûretés réelles mobilières*, par. 10.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 61 et 62), le secrétariat a i) déplacé les considérations relatives au système d'inscription des avis au début du paragraphe, ii) indiqué les caractéristiques du registre envisagé par la *Loi type*, et iii) expliqué que la *Loi type* permettait d'inscrire des sûretés successives sur le même bien dans le registre des sûretés. Il n'a pas mentionné, dans ce paragraphe, l'inscription en tant que méthode permettant d'assurer l'opposabilité, dans la mesure où elle ne constitue pas en soi une caractéristique du système de registre, et où il en est déjà question plus haut parmi les critères que doit remplir un régime des opérations garanties pour faciliter l'accès des MPME au crédit.

¹⁷⁰ *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières : Guide pour l'incorporation dans le droit interne*, par. 145.

¹⁷¹ Ibid., par. 146.

¹⁷² Ibid. Voir également le *Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises* (2019) et les travaux d'UNIDROIT sur les meilleures pratiques de conception et d'exploitation des registres électroniques.

Recommandation 5¹⁷³ :

La législation devrait :

- a) Prendre dûment en considération les normes internationales existantes (telles que le *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières*) qui prévoient un régime des opérations garanties moderne et complet ;
- b) S'appliquer non seulement aux opérations dans le cadre desquelles le constituant crée une sûreté sur un bien dont il est déjà propriétaire, mais également aux opérations qui prennent la forme d'une réserve de propriété du créancier sur un bien pour garantir l'exécution d'une obligation ; et
 - c) Prévoir un régime des opérations garanties qui :
 - i) Permette de constituer aisément des sûretés sur des biens meubles ;
 - ii) Garantisse qu'une sûreté puisse être aisément rendue opposable ;
 - iii) Permette aux prêteurs de déterminer la priorité de leurs sûretés lorsqu'ils concluent l'opération ; et
 - iv) Permette de réaliser les biens affectés en garantie de manière simple et économiquement efficace en cas de défaut.

b. Biens immeubles donnés en garantie

84. Comme indiqué précédemment, le crédit garanti permet aux MPME d'utiliser la valeur intrinsèque de leurs biens pour réduire le risque de non-paiement du créancier, ce qui encourage les créanciers potentiels à leur accorder des crédits. Cependant, pour être utilisés effectivement, il faut que les droits sur les biens immeubles (y compris les droits coutumiers) soient formellement reconnus par un système de droits de propriété. Les MPME peuvent alors grever des actifs pour obtenir des prêts¹⁷⁴. Pour les MPME ayant très peu de biens meubles, voire aucun, la possibilité de grever des biens immeubles pour accéder à un crédit abordable est particulièrement importante.

85. Les paragraphes ci-dessous traitent i) des questions relatives à la légalisation des droits de propriété sur des biens immeubles, et ii) des caractéristiques essentielles d'un cadre juridique efficace pour les opérations garanties portant sur des biens immeubles. S'il n'existe pas de normes mondiales sur l'utilisation de biens immeubles en tant que garantie équivalentes à celles élaborées par la CNUDCI pour les biens meubles, les principes fondamentaux d'une loi sur les hypothèques, norme régionale établie par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement (BERD)¹⁷⁵, peuvent servir de référence utile en ce qui concerne les caractéristiques essentielles d'un cadre juridique efficace.

¹⁷³ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 57), le secrétariat a fusionné les projets de recommandations 1 et 2 du document A/CN.9/WG.I/WP.128.

¹⁷⁴ Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, « Pour une application équitable et universelle de la loi », volume I du rapport de la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit (2008), p. 6 et 7. La Commission était un forum international indépendant composé de décideurs politiques et de praticiens de haut niveau de pays de différentes régions du monde, accueilli par le Programme des Nations Unies pour le développement (PNUD). Créée en 2005, la Commission a cessé d'exister en 2008 après la publication de son rapport « Pour une application équitable et universelle de la loi ». Le travail sur l'autonomisation juridique des personnes défavorisées est mené par le PNUD.

¹⁷⁵ Le BERD a également publié une Loi modèle sur les sûretés qui ne fait pas de distinction entre le nantissement de biens meubles et les hypothèques. De l'avis du secrétariat, les principes

i) *Légalisation des droits de propriété sur les biens immeubles*

86. Dans plusieurs pays, les droits de propriété des entreprises (y compris les MPME) sur leurs biens immeubles ne sont pas officiellement reconnus, aussi bien dans les zones urbaines que rurales. L'absence de titres de propriété ou les carences des systèmes d'enregistrement peuvent rendre la constitution de sûretés sur des biens immeubles impossible ou très coûteuse pour les MPME. Cela est aussi particulièrement vrai dans le contexte des microentreprises du secteur agricole, qui souvent cultivent et exploitent des terres louées ou des terres pour lesquelles elles ne possèdent pas de titre de propriété officiel. En conséquence, elles ne peuvent pas les affecter en garantie pour obtenir un crédit. Parfois, elles ne peuvent même pas offrir en garantie des biens meubles situés sur le terrain (par exemple, des récoltes à venir ou des machines), car la loi considère ces biens comme faisant partie du terrain. Dans certains pays, les prêteurs peuvent accepter comme garantie un simple certificat d'intérêts et de droits coutumiers sur les terres (plutôt qu'un certificat de propriété officiel). De récentes réformes foncières ont ainsi exigé la mise en place d'agences spécialement chargées de tenir des registres précis et à jour des transactions liées aux terres coutumières et de fournir une liste des intérêts et des droits fonciers coutumiers existants¹⁷⁶. En outre, dans certains pays, des lois discriminatoires (par exemple en matière d'héritage) peuvent favoriser les hommes, ce qui limite la capacité des femmes à posséder des terres qui pourraient être utilisées comme garantie¹⁷⁷.

87. Il existe dans le monde toute une gamme de régimes fonciers définis par des choix politiques et juridiques ainsi que par des dynamiques culturelles, historiques et religieuses auxquelles s'ajoute une prise en compte de la dimension de genre. Dans ces contextes, il existe de nombreux types de sécurité foncière (définis par la nature coutumière du régime d'occupation et les défis liés à la résolution des conflits et à l'application des droits), certains étant moins longs et moins coûteux à mettre en œuvre et pouvant même être plus efficaces que l'enregistrement de droits officiels, comme les systèmes de certification foncière « adaptés aux besoins », la reconnaissance de droits forestiers communautaires et la gestion communautaire de terres¹⁷⁸.

88. Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies en 2018 (A/RES/73/165), la Déclaration des Nations Unies sur les droits des paysans et des autres personnes travaillant dans les zones rurales demande aux États de « [prendre] des mesures appropriées pour veiller à la reconnaissance juridique des droits d'occupation des terres, y compris les droits d'occupation des terres coutumiers actuellement dépourvus de protection légale, en reconnaissant l'existence de modèles et de systèmes différents ». Elle souligne également que les agricultrices et les autres femmes des milieux ruraux jouent un rôle important dans la survie économique de leur famille et dans la contribution à l'économie rurale et nationale, mais qu'elles se voient souvent refuser l'occupation et la propriété des terres, ou l'égalité d'accès à ces dernières. À cet égard, on notera que la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit a cité, comme mesure à prendre à cet effet, la promotion d'un système inclusif de droits de propriété qui reconnaîtrait automatiquement les biens immeubles achetés par des hommes comme étant la copropriété de leurs épouses ou partenaires¹⁷⁹.

fondamentaux d'une loi sur les hypothèques fournissent des orientations plus pertinentes, car ils sont adaptés aux hypothèques.

¹⁷⁶ Par exemple, le Ghana.

¹⁷⁷ SFI, « Research and Literature Review » (note 101 *supra*), p. 9.

¹⁷⁸ G. Barbanente, H. Liversage, J. Agwe et M. Hamp, rapport du FIDA intitulé « Tenure Security and Access to Inclusive Rural Financial Services for Smallholder Farmers: Challenges and Opportunities in Rural Development Projects » (à paraître), p. 13, 14 et 18.

¹⁷⁹ Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, « Pour une application équitable et universelle de la loi » (note 174 *supra*), p. 7.

ii) *Caractéristiques principales d'un cadre juridique efficace*

89. Faciliter l'accès au crédit pourrait être considéré comme l'objectif premier de la modernisation du cadre juridique des opérations garanties portant sur des biens immeubles. Dans ce contexte, l'objectif de la *Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières*, qui est de permettre l'utilisation de biens meubles à titre de garantie, peut également s'appliquer aux biens immeubles¹⁸⁰, même si les normes régissant ces derniers ont leurs particularités. Alors que dans certains pays, les règles régissant la création, la validité et la réalisation des sûretés s'appliquent à la fois aux biens meubles et immeubles, d'autres pays ont adopté un système prévoyant des types de sûretés spécifiques pour des biens particuliers. Par exemple, contrairement à ce que prévoient les règles relatives aux biens meubles, la constitution de sûretés est généralement limitée aux biens immeubles existants, et ne s'étend pas aux biens futurs. En outre, alors que les informations contenues dans les registres des biens meubles peuvent être retrouvées à partir du nom du débiteur, celles contenues dans les registres des biens immeubles le sont souvent à partir des biens concernés¹⁸¹. Néanmoins, on peut soutenir que l'approche fonctionnelle adoptée par la *Loi type sur les sûretés mobilières* pourrait être adaptée au contexte des biens immeubles. Selon cette approche, un cadre juridique efficace applicable aux sûretés sur des biens immeubles devrait concerner toutes les opérations dans le cadre desquelles un droit réel est constitué pour garantir le paiement ou une autre forme d'exécution d'une obligation, indépendamment des termes utilisés par les parties pour la décrire et du fait que les biens appartiennent au constituant ou au créancier garanti.

90. Un régime des sûretés efficace portant sur des immeubles devrait comporter au moins les trois caractéristiques clefs suivantes. Premièrement, il devrait être aisé de constituer des sûretés sur des biens immeubles. Pour être efficace, le régime devrait établir des procédures simplifiées d'obtention des sûretés. Comme l'indique le document de la BERD énumérant les principes fondamentaux d'une loi sur les hypothèques, la législation devrait permettre la constitution rapide et bon marché d'une sûreté exclusive, sans priver la personne grevant le bien de l'usage de celui-ci. Des hypothèques devraient pouvoir être accordées a) sur tous les types de biens immobiliers, b) pour garantir tous les types de dettes et c) entre tous les types de personnes. En outre, les parties devraient être en mesure d'adapter autant que possible l'hypothèque aux besoins de leur opération particulière¹⁸². Comme indiqué précédemment, les normes relatives aux biens immeubles ont leurs particularités et, dans de nombreux pays, la constitution d'une sûreté immobilière exige souvent diverses formalités (telles que la signature d'un acte authentique, la notarisation des documents de cession et l'enregistrement au registre foncier) qui ne sont pas requises pour la plupart des catégories de biens meubles. La facilité de constitution d'une sûreté sur un bien immeuble ne signifie pas nécessairement l'abolition de toutes les formalités qui se justifient dans l'intérêt de la sécurité juridique, ni l'extension aux sûretés immobilières des règles qui s'appliquent aux sûretés mobilières.

91. Deuxièmement, il devrait être aisé de réaliser des sûretés sur des biens immeubles. La sûreté n'aura pas grande utilité pour le créancier garanti si elle ne peut être réalisée de manière effective et efficace. Un régime des opérations garanties efficace devrait comporter des dispositions décrivant avec précision les droits et obligations des constituants et des créanciers garantis lors de la réalisation. Il devrait prévoir une réalisation judiciaire rapide et à des coûts raisonnables, car les frais y attachés en réduiraient le produit. On pourrait également envisager d'autoriser les créanciers garantis à réaliser leurs sûretés par voie extrajudiciaire, sous réserve qu'un tribunal ou une autre autorité contrôle, supervise ou examine le processus de

¹⁸⁰ En principe, les droits réels sur les immeubles sont exclus du champ d'application des textes de la CNUDCI sur les sûretés car ils soulèvent des questions différentes (notamment en ce qu'ils sont soumis à un système d'inscription de documents et sont indexés par bien et non par constituant).

¹⁸¹ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 64), le secrétariat a expliqué la principale différence entre les systèmes de registre utilisés pour les biens meubles et ceux qui l'étaient dans le contexte des biens immeubles.

¹⁸² BERD, « Core Principles for a Mortgage Law », principes 2, 7 et 10.

réalisation, lorsqu'il y a lieu. En ce qui concerne les hypothèques, les principes fondamentaux de la BERD relatifs à une loi sur les hypothèques prévoient que les procédures applicables doivent permettre de réaliser le bien grevé rapidement et à sa juste valeur commerciale. Les retards dans la réalisation sont susceptibles de créer de l'insécurité et d'augmenter les coûts. Tout excédent du produit dépassant la somme nécessaire pour satisfaire la créance garantie doit revenir au débiteur hypothécaire¹⁸³.

92. Enfin, il devrait également être aisé de connaître *ex ante* l'ordre de priorité des créances sur les biens immeubles avec un certain degré de sécurité. Un créancier potentiel doit être en mesure non seulement de déterminer les droits du constituant et des tiers sur les biens à affecter en garantie, mais aussi d'établir avec certitude, au moment où il accepte de consentir un crédit, le rang de priorité qu'aurait sa sûreté par rapport aux droits d'autres créanciers (y compris un représentant de l'insolvabilité du constituant). Les principes fondamentaux de la BERD relatifs à une loi sur les hypothèques précisent que la législation devrait établir des règles régissant les droits concurrents des détenteurs d'hypothèques et des autres personnes revendiquant des droits sur le bien grevé¹⁸⁴. La priorité devrait être déterminée en fonction de l'ordre d'inscription plutôt que du moment de la constitution des sûretés. Dans la plupart des pays, les hypothèques sont enregistrées dans le même registre que le titre de propriété, de sorte que toute personne effectuant une recherche sur le titre peut voir immédiatement les hypothèques¹⁸⁵. Alors que l'inscription est destinée à « authentifier » l'hypothèque dans la plupart des systèmes traditionnels, ce qui oblige le conservateur à mener sa propre enquête ou à s'appuyer sur une authentification notariée de la validité de l'hypothèque, le processus d'inscription pourrait être plus simple et rapide si l'inscription était simplement destinée à faire connaître la créance hypothécaire¹⁸⁶.

b) Domaines susceptibles d'améliorations futures¹⁸⁷

93. Si la *Loi type* a pour objet d'améliorer l'accès au crédit et d'en abaisser le coût pour tous les types d'entreprises, elle est particulièrement adaptée aux petites et moyennes entreprises. Les normes qu'elle contient peuvent également permettre l'octroi de prêts garantis aux microentreprises¹⁸⁸. Malgré les avantages évidents qu'offre un cadre juridique fondé sur la *Loi type*, l'existence d'un tel cadre ne suffit pas à éliminer tous les obstacles auxquels les MPME risquent de se heurter pour obtenir un crédit, en particulier ceux que rencontrent les micro- et petites entreprises. Dans ce contexte, on notera que la *Loi type* ne donne que des orientations limitées sur les questions relatives à la prise excessive de sûretés et n'aborde pas des questions économiques telles que l'absence de garantie ou l'évaluation du bien affecté en garantie.

94. L'une des principales raisons pour lesquelles les micro- et petites entreprises ont des difficultés à obtenir un crédit est que les banques et autres institutions financières hésitent généralement à leur accorder des crédits non garantis, même à des taux d'intérêt élevés¹⁸⁹. Les exigences en matière de garanties sont relativement élevées dans le monde entier pour les emprunteurs (y compris les microentreprises)¹⁹⁰, et de

¹⁸³ Ibid., principe 4.

¹⁸⁴ Ibid., principe 9.

¹⁸⁵ BERD, « Mortgages in transition economies – The legal framework for mortgages and mortgage securities », p. 21.

¹⁸⁶ Ibid., p. 22.

¹⁸⁷ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 66 et 102), le secrétariat a i) supprimé de cette sous-section les considérations relatives aux questions réglementaires (par exemple, les exigences en matière de fonds propres de nature prudentielle), et ii) déplacé le traitement de la question de la réalisation vers la nouvelle section autonome y relative.

¹⁸⁸ Guide pratique de la CNUDCI (note 150 *supra*), par. 26.

¹⁸⁹ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 66), le secrétariat a supprimé la référence au risque élevé de défaillance.

¹⁹⁰ En Asie et dans le Pacifique, la réglementation financière de nombreux pays exige que les garanties représentent au moins 125 % de la valeur du prêt. Voir BAsD, « Thematic Evaluation:

nombreuses micro- et petites entreprises ne disposent pas du montant et/ou du type d'actifs nécessaires pour servir de garantie. Dans certains pays, ce sont avant tout les entrepreneuses qui se heurtent à cet obstacle, car les biens sont souvent détenus par le conjoint ou enregistrés en son nom. Par exemple¹⁹¹, les femmes n'ont pas le droit d'administrer les biens matrimoniaux, pas même les biens qu'elles ont apportés au moment du mariage, ni ceux acquis durant ce dernier¹⁹², ce qui limite considérablement leur capacité à offrir des garanties pour accéder au crédit.

95. Les biens ménagers des micro- et petites entreprises ne sont souvent pas acceptés comme garantie, car ils sont généralement de faible valeur, se déprécient trop rapidement, et peuvent même être exemptés des processus d'exécution forcée. Les microprêteurs peuvent parfois accepter en garantie des bijoux, voire des meubles et des appareils ménagers¹⁹³. De leur point de vue, ces formes de garantie servent principalement à démontrer l'engagement de la microentreprise, plutôt qu'à constituer une source secondaire de remboursement¹⁹⁴.

96. Une mesure envisageable pour remédier à l'absence de garantie serait d'appuyer l'utilisation d'autres sources de crédit, telles que les systèmes de garantie, les prêts entre particuliers ou le soutien de la famille et des amis. Les prêts entre particuliers et le soutien de la famille et des amis (voir ci-dessus, par. 25 à 27 et 16 à 18) peuvent s'avérer particulièrement utiles lorsque la micro- ou petite entreprise n'a aucun bien à offrir en garantie, circonstance à laquelle aucune réforme législative ou réglementaire ne peut véritablement s'attaquer. Une autre mesure consisterait à encourager l'élaboration d'outils améliorés pour évaluer la solvabilité des micro- et petites entreprises (voir par. 157 à 176), de façon à réduire les coûts de transaction globaux.

97. Un autre obstacle auquel les micro- et petites entreprises sont souvent confrontées dans l'accès au crédit garanti est la difficulté qu'ont les prêteurs à déterminer la valeur du bien affecté en garantie¹⁹⁵, élément qui leur permet de faire des prévisions raisonnables quant au montant susceptible d'être réalisé, en cas de défaut, à partir du ou des biens concernés. L'évaluation de la valeur est une question économique¹⁹⁶ et peut se révéler un processus assez complexe, malgré l'existence de certaines normes¹⁹⁷. Elle peut devenir encore plus complexe dans le cas des prêts accordés aux micro- et petites entreprises, car la valeur de remplacement de certains biens (du point de vue de ces entreprises) peut être bien supérieure à leur valeur marchande réelle. Dans d'autres cas, la valeur de certains biens tels que les équipements manufacturiers et industriels et les produits agricoles pourra dépendre non seulement de leur état, mais aussi de la situation et des tendances du marché¹⁹⁸. Par exemple, un équipement en bon état de fonctionnement peut avoir une faible valeur de revente si un modèle plus efficace est disponible ou si les tendances du

ADB Support for SMEs » (2017), p. 3, note 12. Dans d'autres pays, les exigences en la matière sont encore plus élevées, pouvant atteindre 250 % du montant du crédit. Voir FMI, L'inclusion financière (voir note 49), p. 16. Selon une enquête de la BASD (2019), l'absence de garanties constitue la principale difficulté à laquelle se heurtent les petites et moyennes entreprises pour financer leurs activités commerciales. BASD, ADB Briefs, n° 113, p. 5, fig. 5.

¹⁹¹ Banque mondiale, « Secured Transactions » (note 14 *supra*), p. 22.

¹⁹² Ibid.

¹⁹³ BIT, « Making Microfinance Work » (note 106 *supra*), p. 120.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Dans la pratique, il existe de nombreuses façons de déterminer la valeur des biens à grever, et la méthode choisie dépend souvent du type de bien. Dans le cas de créances, par exemple, la valeur se fondera généralement sur le montant que le prêteur s'attend à recouvrer auprès des débiteurs. Dans le cas de stocks (par exemple, de vêtements), leur valeur sera généralement évaluée à partir des prix pratiqués sur le marché secondaire concerné. Voir Guide pratique de la CNUDCI (note 150 *supra*), par. 121.

¹⁹⁶ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 66), le secrétariat a précisé que l'évaluation était une question d'ordre économique plutôt que juridique.

¹⁹⁷ Voir <https://www.ivsc.org/standards/>.

¹⁹⁸ Banque mondiale, « Secured Transactions » (note 14 *supra*), p. 104.

marché favorisent une conception plus récente¹⁹⁹. Parfois, il peut également être particulièrement difficile de déterminer la valeur d'un bien qui ne fait pas partie du type de biens habituellement négocié sur le marché concerné²⁰⁰. En outre, l'absence de méthodes d'évaluation appropriées ou le coût trop élevé des méthodes disponibles par rapport à la valeur du bien peuvent également avoir une incidence négative sur la capacité des prêteurs à procéder à une évaluation correcte des biens affectés en garantie.

98. Une solution consiste, pour les États, à étoffer l'offre de mécanismes d'évaluation indépendants pour les prêteurs. Il semble plus efficace et moins coûteux de renforcer leur capacité à évaluer de manière fiable les biens affectés en garantie et de leur laisser le soin de procéder à cette évaluation, plutôt qu'à des évaluateurs indépendants²⁰¹. Une autre option consisterait à mettre en place un système solide d'enchères publiques qui permettrait d'établir des évaluations dans des conditions de marché réelles et offrirait également aux prêteurs un processus efficace pour liquider les biens récupérés²⁰².

99. Parfois, les prêteurs demandent aux micro- et petites entreprises de fournir des garanties dont la valeur dépasse largement le montant du prêt (pratique également appelée « prise excessive de sûretés »)²⁰³, soit parce qu'ils ont des doutes quant au montant susceptible d'être réalisé, en cas de défaut, à partir du ou des biens affectés en garantie, soit parce qu'un prêteur doté d'un pouvoir de négociation supérieur exige des garanties d'une valeur supérieure²⁰⁴. Si les prêteurs ne peuvent généralement réclamer davantage que le montant de la dette garantie majorée des intérêts et des frais, la prise excessive de sûretés peut empêcher les entreprises d'exploiter la valeur maximale de leurs actifs pour obtenir un crédit garanti auprès d'un autre prêteur en utilisant la valeur résiduelle de ces biens.

100. À cet égard, la *Loi type* se limite à prévoir la possibilité, pour l'État, d'exiger que le montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée soit indiqué dans la convention constitutive de sûreté [art. 6-3 d)]. L'adoption ou non de cette option par un État dépendra de ce qu'il considère comme la pratique de financement la plus efficace et des attentes raisonnables des acteurs du marché du crédit local. L'objectif est de faciliter l'accès du constituant au crédit garanti par l'intermédiaire d'autres créanciers dans les cas où la valeur des biens grevés par la sûreté antérieure dépasse le montant maximal dont les parties sont convenues dans leur convention constitutive de sûreté²⁰⁵.

101. Comme le note la Banque mondiale, l'existence de marchés secondaires liquides où il peut être disposé du bien fourni par les micro- et petites entreprises permettrait aux prêteurs d'en évaluer la valeur avec plus de précision au moment de déterminer le montant du crédit à accorder²⁰⁶ et pourrait ainsi réduire le risque de prise excessive de sûretés. Cela serait essentiel pour encourager l'octroi de prêts garantis aux micro- et petites entreprises, puisque les actifs fournis par ces entreprises sont généralement

¹⁹⁹ Ibid.

²⁰⁰ Guide pratique de la CNUDCI (note 150 *supra*), par. 123.

²⁰¹ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, chap. VIII, par. 70.

²⁰² Comme le Groupe de travail l'avait suggéré à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 67), le secrétariat a souligné qu'il importait de mettre en place un écosystème solide d'enchères publiques.

²⁰³ Dans la pratique, la prise excessive de sûretés peut être associée à une demande de garanties personnelles (voir ci-dessous, le chapitre IV, sect. 1 b), relatif aux garanties personnelles).

²⁰⁴ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 66), le secrétariat a ajouté cette phrase pour distinguer deux situations, à savoir la prise excessive de sûretés s'expliquant par l'incertitude quant au montant susceptible d'être obtenu en cas de vente du bien grevé, et celle s'expliquant par le pouvoir de négociation supérieur des créanciers, qui exigent des garanties d'une valeur supérieure au montant de la dette garantie.

²⁰⁵ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 66), le secrétariat a développé la possibilité, pour l'État, d'exiger que le montant maximum pour lequel la sûreté peut être réalisée soit indiqué dans la convention constitutive de sûreté, en renvoyant à la *Loi type*.

²⁰⁶ Banque mondiale, « Secured Transactions » (note 14 *supra*), p. 40.

corporels plutôt qu'incorporels. Comme on l'a dit plus haut, le secteur privé principalement, mais aussi l'État, peuvent créer des marchés secondaires lorsqu'il n'en existe pas, de manière créative, par exemple par le biais d'enchères en ligne, sous réserve qu'il existe une demande d'acheteurs potentiels²⁰⁷. Il serait également important d'établir certaines garanties de base pour garantir que ces marchés appliquent des mécanismes de tarification transparents. À cet égard, la *Loi type* énonce l'obligation générale d'agir de bonne foi et de manière commercialement raisonnable (art. 4)²⁰⁸. On notera toutefois que même s'il existe un marché secondaire, le prêteur ne sera peut-être pas en mesure de recouvrer la valeur de marché attendue car la valeur du bien peut être diminuée si les conditions du marché se dégradent. Lorsque les biens doivent être cédés d'urgence, les acheteurs s'attendent souvent à les acquérir à un prix nettement inférieur²⁰⁹.

3. Garanties personnelles²¹⁰

102. Les garanties personnelles permettent aux MPME d'obtenir des financements qui seraient autrement hors de portée pour nombre d'entre elles. Très souvent, elles n'obtiendront autrement pas de crédit du tout, car le risque de perte en cas de défaillance de l'entreprise est trop élevé pour être pris par le prêteur. Si elles ne doivent pas dispenser les prêteurs de procéder à une analyse appropriée du risque de crédit, les garanties personnelles incitent ceux-ci à accorder des crédits aux MPME – à des conditions souvent plus abordables, comme un taux d'intérêt plus bas, un montant plus élevé ou un délai de remboursement plus long. La compétitivité des MPME sur le marché peut s'en trouver accrue. Dans les pays dotés de régimes insuffisants en matière de sûretés, les garanties personnelles peuvent représenter une solution de rechange efficace, à condition que le garant possède des actifs personnels de valeur. Outre pour appuyer une demande de prêt, les MPME peuvent fournir une garantie personnelle à une autre MPME afin de garantir le remboursement de la dette due à cette autre entreprise pour la fourniture de biens ou de services.

a) Types de garanties personnelles

103. Les garanties personnelles créent une obligation supplémentaire due par un tiers (le garant) qui se distingue de l'obligation principale de la MPME. Le garant devra s'acquitter de son obligation et rembourser la dette de l'entreprise²¹¹ en cas de défaillance de celle-ci, et sera probablement subrogé aux droits du prêteur contre la MPME, y compris le droit de faire valoir le prêt²¹². Afin d'atténuer encore leur risque de crédit, les prêteurs peuvent également demander d'obtenir une sûreté sur des biens

²⁰⁷ L. Gullifer, I. Tirado, « A global tug of war: a topography of micro-business financing », dans « Law and Contemporary Problems », n° 1, 2018, p. 130.

²⁰⁸ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 65), le secrétariat a précisé que la Loi type traitait du devoir de bonne foi.

²⁰⁹ Guide pratique de la CNUDCI (note 150 *supra*), par. 122.

²¹⁰ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session, le secrétariat a réorganisé et simplifié cette section (A/CN.9/1122, par. 70). Les différents paragraphes comprennent des notes de bas de page qui indiquent les changements apportés ; par ailleurs, le Groupe de travail souhaitera peut-être noter que le secrétariat a : i) déplacé le passage consacré aux garanties personnelles dépendantes et indépendantes (par. 137 à 141 du document A/CN.9/WG.I/WP.128), qui figure désormais sous la rubrique « Types de garanties personnelles », en lui apportant les modifications nécessaires ; ii) supprimé le passage relatif aux garanties personnelles des propriétaires de MPME ou de membres de leur famille (par. 155 à 158 du document A/CN.9/WG.I/WP.128), mais en intégrant certains éléments aux paragraphes 107 et 108 (A/CN.9/1122, par. 81) ; et iii) déplacé les paragraphes 134 à 136 du document A/CN.9/WG.I/WP.128, qui figurent désormais aux paragraphes 107 à 109.

²¹¹ Le secrétariat a modifié le membre de phrase « remboursera l'obligation principale » afin de rendre le texte plus clair, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 71).

²¹² Le secrétariat a supprimé l'avant-dernière phrase de ce paragraphe (« Les garanties ne sont ... ses biens privés ») (par. 133 du document A/CN.9/WG.I/WP.128), comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 71).

particuliers du garant et, en cas de défaillance de ce dernier, peuvent réaliser leur sûreté en saisissant ces biens²¹³.

104. L'obligation du garant peut être soit « indépendante » soit « dépendante » de l'opération sous-jacente entre le créancier et le débiteur principal. Dans la première catégorie (par exemple, lettres de crédit stand-by), le garant est tenu de s'exécuter à la demande du créancier et ne peut rejeter la demande d'exécution au motif, par exemple, que l'obligation du débiteur n'est pas encore exigible ou que celui-ci l'a déjà remplie²¹⁴. Les entreprises matures de taille moyenne qui commercent à l'international peuvent préférer les garanties indépendantes, qui sont efficaces pour renforcer la solvabilité des MPME, car elles peuvent payer le supplément de coût (compte tenu du risque élevé qu'elles présentent, ces garanties sont généralement fournies par des institutions financières). Dans de nombreux pays, les garanties indépendantes ne sont pas spécifiquement régies par la loi et sont principalement créées à travers la pratique contractuelle. La *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by* (New York, 1995) peut aider les États à élaborer un régime juridique efficace applicable à ces garanties. La Convention encourage l'utilisation de conditions générales ou d'usages tels que les Règles uniformes relatives aux garanties sur demande et les Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires (élaborées par la Chambre de commerce internationale et approuvées par la CNUDCI), que les parties peuvent souhaiter intégrer dans la garantie²¹⁵.

105. Avec les garanties dépendantes (également appelées cautionnements), le garant agit comme débiteur secondaire pour le débiteur principal en cas de défaillance, puisque son obligation est accessoire à l'obligation principale du débiteur²¹⁶. Par conséquent, dans la plupart des pays, le créancier doit d'abord demander le remboursement au débiteur principal et le garant peut, une fois qu'il a été invité à payer, invoquer tous les moyens de défense dont le débiteur principal dispose contre le créancier²¹⁷. Les garanties dépendantes sont généralement fournies par des garants qui ne sont pas des professionnels mais généralement les propriétaires de la MPME, si celle-ci a été constituée en société²¹⁸, des membres de leur famille ou d'autres proches.

106. Dans certains pays, il peut exister un autre type de garanties personnelles qui combinent les caractéristiques des garanties indépendantes et dépendantes. Ces garanties ne sont souvent accessibles qu'aux personnes physiques agissant à titre professionnel et aux entreprises de toute taille et de toute forme, auxquelles elles offrent une plus grande liberté contractuelle. Par exemple, il se peut que les parties aient la possibilité de garantir des obligations de paiement spécifiques (présentes ou futures) ou de déterminer dans quelle mesure le garant peut renoncer à ses droits de recours. Ces instruments peuvent également permettre de faire référence à l'obligation garantie sans que celle-ci risque d'être requalifiée de cautionnement²¹⁹.

²¹³ Le secrétariat a modifié cette phrase de la manière dont le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 71).

²¹⁴ Voir également la *Convention des Nations Unies sur les garanties indépendantes et les lettres de crédit stand-by* (New York, 1995).

²¹⁵ Le secrétariat a ajouté la référence aux normes internationales établies par la Chambre de commerce internationale, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 71).

²¹⁶ C. Henkel, « Personal Guarantees and Sureties between Commercial Law and Consumers in the United States », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 62, 2014, p. 337.

²¹⁷ M. Damjan, A. Vlahek, « The protection of consumers as personal security providers under the DCFR and EU consumer law », 2018, p. 23, disponible (en anglais) à l'adresse <https://www.researchgate.net/>.

²¹⁸ Le secrétariat a précisé que les garanties personnelles données par le propriétaire n'ont de sens que si la MPME est une personne morale distincte, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 71).

²¹⁹ Voir Luxembourg, loi du 10 juillet 2020 relative aux garanties professionnelles de paiement. Disponible à l'adresse <https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2020/07/10/a582/jo>.

b) Cautionnements pour les MPME²²⁰

107. La demande de garanties personnelles est plus fréquente lorsque les biens proposés en garantie par la MPME n'atteignent pas le niveau visé par le prêteur dans son évaluation des risques. Le prêteur peut également exiger ce genre de garanties lorsque les biens proposés sont proportionnels au risque assumé, afin de réduire encore davantage ce dernier. À cet égard, les garanties personnelles données par le propriétaire²²¹ peuvent compléter les sûretés octroyées par la MPME et dispenser celle-ci de proposer des actifs supplémentaires à titre de garantie. En effet, le patrimoine personnel du propriétaire peut être égal, voire supérieur, à celui de l'entreprise, en particulier s'il s'agit d'une start-up²²². L'octroi de garanties personnelles par le propriétaire indique également aux prêteurs que l'entreprise sera plus encline à considérer le remboursement du prêt comme une priorité, puisque ce sont les revenus ou les biens du propriétaire qui sont menacés^{223, 224}.

108. Les prêteurs peuvent compter sur le même niveau d'engagement lorsqu'un membre de la famille (souvent le conjoint) ou un ami fournit la garantie, compte tenu des liens personnels étroits qu'ils entretiennent avec le propriétaire de la MPME. Il arrive toutefois que ces proches accordent une garantie personnelle à contrecœur ou pour des raisons affectives, sans connaître pleinement les conséquences ou la situation financière de la MPE, mettant ainsi leur patrimoine personnel en danger. Seuls quelques pays semblent disposer de lois régissant l'octroi de garanties par des membres de la famille ou autres garants vulnérables (par exemple, ceux qui sont dépendants du propriétaire de la MPME ou ont été contraints de fournir une garantie), afin de limiter les risques de surendettement ou de saisie de leurs biens personnels. Dans certains pays, les tribunaux protègent ces garants vulnérables en appliquant les doctrines de la violation de la relation fiduciaire, de l'iniquité²²⁵ ou de l'influence induite, dont l'application n'est pas limitée aux garanties personnelles. Dans d'autres, des tribunaux ont estimé qu'il était illégal, pour le prêteur, d'exiger une garantie du conjoint au seul motif qu'il était marié avec la personne sollicitant le prêt²²⁶.

109. Si elles sont couramment émises pour de nombreuses MPME dans différentes régions du monde²²⁷, les garanties personnelles peuvent aller à l'encontre de l'objectif même de la limitation légale de la responsabilité des MPME constituées en société, puisque le propriétaire ou un membre de la famille deviendra personnellement

²²⁰ Le secrétariat a remplacé le titre (anciennement « La pertinence des garanties personnelles dépendantes pour les MPE ») par souci de cohérence.

²²¹ Le secrétariat a précisé que les garanties fournies par le propriétaire pouvaient compléter les sûretés octroyées par la MPME, comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 71).

²²² Dans certains pays, l'avance de fonds aux commerçants est une autre possibilité, à côté des garanties personnelles et des sûretés. Elle désigne le versement, par le prêteur, d'une somme forfaitaire initiale en échange d'un pourcentage des futures transactions par carte de crédit et de débit traitées par l'entreprise. Pour approuver cette avance, le prêteur se fonde sur les performances de l'entreprise. Voir (en anglais) www.smeloans.co.uk/blog/personal-guarantees-by-directors-the-ultimate-guide/.

²²³ T. Wolff, « Look before you sign ... the pitfalls of personal guarantees », 2018, disponible (en anglais) à l'adresse <https://www.natlawreview.com/article/look-you-sign-pitfalls-personal-guaranties>.

²²⁴ Le secrétariat a ajouté cette phrase pour donner suite aux observations formulées par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 71).

²²⁵ Dans la *common law* canadienne, une transaction est jugée inéquitable lorsqu'une partie plus forte exploite la faiblesse d'une partie plus faible pour obtenir un avantage à ses dépens ; voir Canadian Centre for Elder Law Studies, « Financial Arrangements Between Older Adults and Family Members: Loans and Guarantees », 2004, p. 9.

²²⁶ Voir, par exemple, *Hawkins c. Community Bank of Raymore* (Cour d'appel du huitième circuit et Cour suprême des États-Unis).

²²⁷ Par exemple, une enquête publiée en 2020 par les banques régionales de la Réserve fédérale aux États-Unis a révélé que près de 60 % des petites entreprises comptant des salariés utilisaient des garanties personnelles pour garantir la dette de l'entreprise. Voir R. Simon et H. Haddon, dans *Wall Street Journal*, 4 avril 2021, « Small-business owners feel weight of personal debt guarantees ».

responsable des dettes de l'entreprise. Comme indiqué précédemment, la défaillance d'une MPME peut causer de graves problèmes financiers aux garants et à leur famille²²⁸. Dans certains pays, les cautions de bonne exécution peuvent constituer une solution de rechange aux garanties pour les MPME qui exercent leurs activités dans certains secteurs commerciaux (par exemple la construction ou les marchés publics). Ces cautions sont généralement émises par un assureur professionnel (la caution), qui promet qu'il paiera à un tiers (par exemple le prêteur) un montant convenu dans les circonstances indiquées dans la caution même et conformément à un contrat sous-jacent conclu entre le tiers et le débiteur principal. Les cautions de bonne exécution ont la même portée que les garanties, mais n'exigent pas l'affectation de biens (y compris d'espèces) en garantie. Cela permet aux MPME d'améliorer leurs fonds de roulement et leurs liquidités pour financer leurs activités. En outre, elles peuvent aider les entreprises à obtenir des contrats car elles donnent à l'autre partie la garantie de l'exécution du contrat. Dans certains pays, les cautions de bonne exécution sont présentées comme des outils moins coûteux pour les MPME que les garanties²²⁹. Il ressort de l'expérience d'autres pays qu'elles ne conviennent peut-être pas à ces petites entreprises en raison de leur coût élevé (par exemple, primes élevées pour l'émission de ces cautions par des entreprises privées)^{230, 231}.

Principales caractéristiques d'un régime de garanties personnelles

110. Si certains pays ont adopté une législation relative aux garanties personnelles pour les prêts aux petites entreprises, la plupart ne prévoient pas de régime spécifique et c'est donc le droit général des garanties qui s'applique²³². Plusieurs dispositions (par exemple la protection des garants ou les droits et devoirs des parties à l'accord de garantie) sont également pertinentes pour les garanties fournies pour ce genre de prêts. Compte tenu des différences qui existent entre les lois nationales, les paragraphes suivants ne contiennent pas de règles détaillées sur les garanties personnelles. Ils présentent plutôt certaines caractéristiques d'un régime juridique susceptible d'assurer la protection du garant tout en apportant la sécurité juridique requise à toutes les parties à l'accord.

a. Forme de la garantie personnelle

111. Il importe que les garants, en particulier ceux qui ont le moins d'expérience, évaluent correctement les risques qu'ils prennent lorsqu'ils s'engagent à rembourser les dettes d'une MPME²³³. Pour limiter au maximum les risques liés à la méconnaissance de la part du garant, la législation de la plupart des États exige que les garanties répondent à certaines exigences de forme pour être exécutoires, telles

²²⁸ Le secrétariat a supprimé la référence à la « stigmatisation sociale » (par. 142 du document A/CN.9/WG.I/WP.128), comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 71).

²²⁹ Par exemple, en Inde. Voir « Working capital crisis: Can surety bonds assure MSMEs freedom from hassle of expensive bank guarantees », février 2022, voir (en anglais) Complete education to MSME&startup|MSME Ki Pathshala.

²³⁰ Par exemple, les États-Unis d'Amérique.

²³¹ Le secrétariat n'a pas été en mesure de trouver des informations adéquates sur le coût des cautions de bonne exécution dans différents pays (voir A/CN.9/1090, par. 60).

²³² Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 71), le secrétariat a modifié la présente phrase.

²³³ Voir par exemple « SMEs don't understand personal guarantee in business loans », 2016, disponible (en anglais) à l'adresse <https://smallbusiness.co.uk/smes-personal-guarantee-business-loans-2535607/>. Il ressort de cette enquête réalisée en 2016 que la plupart des entrepreneurs ne comprennent pas pleinement les garanties personnelles ni les conséquences de ces dernières sur leur entreprise et leurs finances personnelles.

que la capacité juridique du garant à conclure un contrat, la forme écrite²³⁴, l'intention d'être légalement lié et la signature du garant²³⁵.

112. Afin de réduire encore davantage les risques associés à cette méconnaissance, la législation d'autres pays prévoit des garde-fous supplémentaires, par exemple une déclaration expresse de responsabilité de la part du garant²³⁶ ou des accords écrits notariés (qui peuvent indiquer expressément le montant de la garantie pour que le garant prenne la mesure du risque assumé)²³⁷. De plus, les garants peuvent être tenus de reconnaître l'obligation qu'ils contractent au titre de la garantie devant un avocat, qui doit ensuite confirmer la reconnaissance en endossant la convention de garantie^{238, 239}. Des régimes nationaux équilibrés garantissent également la transparence et la sécurité juridique tant pour le prêteur que pour le garant en établissant clairement le moment où une offre de garantie prend effet.

Recommandation 6²⁴⁰ :

La législation devrait subordonner la validité de la garantie à l'expression non équivoque de la volonté du garant, qu'elle peut assortir d'exigences de forme spécifiques, afin de s'assurer que le garant ait pleinement conscience de ses droits et obligations.

b. Droits et obligations des parties

i) *Divulgateur précontractuelle et contractuelle d'informations*

113. Afin d'aider les garants à prendre des décisions en connaissance de cause et de faciliter l'établissement de relations de confiance entre les parties, il convient de communiquer certaines informations au garant avant l'émission de la garantie et pendant toute la durée de celle-ci.

114. Dans plusieurs pays, les prêteurs sont tenus d'expliquer au garant les conditions de la garantie (par exemple, une éventuelle limitation de celle-ci (montant ou durée) et les risques juridiques et économiques généraux qu'elle comporte), et de préciser si elle s'accompagne d'une sûreté sur les biens du garant ou si ce dernier doit couvrir les frais et dépenses du prêteur associés à l'obligation sous-jacente, à l'exécution de la garantie, ou aux deux²⁴¹. Des informations concernant les éventuelles sûretés liées à l'obligation principale de la MPME et la situation financière générale de l'entreprise

²³⁴ S'agissant de la signification du terme « forme écrite », il convient de noter que les États ne semblent pas tous accepter les signatures électroniques (par exemple, l'Allemagne). Par contre, dans certains pays (comme l'Autriche), les accords signés électroniquement sont valables pour les personnes agissant dans le cours de leurs affaires, sous réserve des exigences du régime juridique national relatif aux signatures électroniques. Voir A. Schwartz, « Personal Guarantees Between Commercial Law and Consumer Protection », dans *General Reports of the XIXth Congress of the International Academy of Comparative Law* (M. Schauer, B. Verschraegen, dir. publ.), 2017, p. 376.

²³⁵ L. Ellis, « Where are the loopholes in Guarantees? » (2019), disponible (en anglais) à l'adresse <https://hallelis.co.uk/unenforceable-guarantees-legal/>.

²³⁶ Par exemple, la Pologne, citée dans A. Schwartz, « Personal Guarantees » (note 234 *supra*), p. 376.

²³⁷ Par exemple, le Japon.

²³⁸ Par exemple, la province canadienne de l'Alberta.

²³⁹ Il convient de noter que, dans de nombreux États, ces formes de protection semblent être principalement destinées aux consommateurs, plutôt qu'aux personnes morales. Cela peut soulever la question de savoir si les garanties personnelles données par des propriétaires, des administrateurs ou des associés de micro- ou petites entreprises peuvent être qualifiées de garanties de consommation et donc relever de la législation correspondante. Il ne semble pas y avoir d'approche harmonisée entre les États sur cette question. Voir A. Schwartz, « Personal Guarantees » (note 234 *supra*), p. 379.

²⁴⁰ Le secrétariat a ajouté la présente recommandation sur la validité de la garantie personnelle comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 75).

²⁴¹ Le secrétariat a modifié la seconde partie (« elle s'accompagne ... ou aux deux ») de cette phrase (par. 147 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) par souci de clarté.

(actifs et dettes éventuelles)²⁴² peuvent également aider le garant à prendre une décision en connaissance de cause. L'éventuelle confidentialité de certains renseignements n'a pas d'incidence sur l'obligation d'information, car le prêteur devrait obtenir le consentement de la MPME pour la communication de ces informations²⁴³. Les principes généraux relatifs aux pratiques contractuelles équitables (voir par. 210) exigent que les informations soient fournies de manière à être compréhensibles et comparables aux conditions appliquées par d'autres prêteurs.

115. Il importe également que le garant soit conscient des risques spécifiques liés aux liens personnels qu'il peut avoir avec l'entreprise (par exemple, membre de la famille ou ami du propriétaire). Par exemple, dans certains pays, la loi sur l'insolvabilité traite les créances des garants membres de la famille à l'encontre d'une MPME insolvable comme étant subordonnées à celles d'autres catégories de créanciers. Afin de s'assurer que le garant soit pleinement conscient des risques liés à l'octroi d'une garantie, on peut exiger que le prêteur lui conseille de prendre un avis juridique et financier indépendant sur les effets de la garantie, surtout si le garant est étroitement lié à l'entreprise²⁴⁴.

116. Afin de se voir rappeler son engagement à long terme et les risques potentiels encourus, le garant reçoit, dans plusieurs pays, des informations régulières tout au long de la période de garantie sur l'état de cette dernière, y compris en ce qui concerne l'obligation principale et toute autre obligation accessoire qui lui est liée (voir par. 122). Un régime équilibré veillera à ce que la communication périodique des informations pertinentes ne soit pas trop contraignante ni coûteuse pour les prêteurs. Il pourra par exemple prévoir que les informations sont fournies gratuitement à un rythme annuel, et que le garant peut demander des rapports supplémentaires, moyennant paiement²⁴⁵.

117. Pour maximiser les effets de l'obligation d'information, on peut compléter celle-ci par un devoir de mise en garde relative aux risques, de sorte que le garant soit informé de toute circonstance susceptible d'affecter son obligation d'exécution, telle que la défaillance de la MPME. Dans un souci de transparence et d'équité, la mise en garde devrait au moins inclure des informations sur le montant garanti de l'obligation principale et de toute autre obligation accessoire du garant. Dans certains pays, si les termes de l'obligation sous-jacente changent d'une manière qui peut être préjudiciable au garant, ce dernier n'est pas lié par ces changements, sauf s'il y a expressément consenti²⁴⁶.

ii) *Nature et portée de la responsabilité*

118. La nature et la portée de la responsabilité du garant déterminent l'étendue de ses obligations en cas de défaillance de la MPME et les devoirs du prêteur lorsqu'il cherche à recouvrer son prêt. La clarté de la loi sur ces aspects favorise la confiance mutuelle des parties (comme dans le cas de la divulgation d'informations) et réduit les risques d'abus.

119. Lorsque la responsabilité du garant est de nature subsidiaire, le prêteur doit d'abord chercher à obtenir satisfaction auprès de la MPME avant de demander au

²⁴² Le secrétariat a ajouté cet exemple concernant les renseignements qui peuvent être communiqués au garant, conformément aux indications données par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 77).

²⁴³ M. Damjan, A. Vlahek, « The protection of consumers » (note 217 *supra*), p. 35.

²⁴⁴ Ibid., p. 35 et 36.

²⁴⁵ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session, le secrétariat a :
i) modifié la formulation prescriptive de l'avant-dernière phrase du paragraphe (dernière phrase du par. 148 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) (A/CN.9/1122, par. 78) et ii) précisé que le garant peut recevoir des informations plus fréquemment, moyennant un coût supplémentaire (A/CN.9/1122, par. 78).

²⁴⁶ Le secrétariat a modifié la formulation prescriptive de cette phrase (par. 149 du document A/CN.9/WG.I/WP.128), comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 77).

garant de s'exécuter. Si la responsabilité solidaire est établie, le prêteur peut demander l'exécution de l'obligation soit à la MPME, soit au garant (dans la limite de la garantie). Pour assurer la protection du garant, il faudrait que la loi précise s'il existe une présomption de subsidiarité ou de solidarité²⁴⁷ et si les parties peuvent modifier cette présomption, et par quel moyen (c'est-à-dire par accord exprès). L'option consistant à exiger des parties qu'elles conviennent expressément de la nature de la responsabilité dans leur contrat pourrait ne pas être une solution adéquate, car elle risque de désavantager le garant, qui dispose d'un pouvoir de négociation plus faible. En outre, dans le cas d'une responsabilité subsidiaire, il se peut que le prêteur n'entreprenne pas les démarches appropriées pour obtenir satisfaction auprès du débiteur principal. Pour limiter ce risque, une bonne pratique consiste à préciser dans la loi les types de recours contre le débiteur principal qu'il faut épuiser avant de pouvoir se retourner vers le garant. Ces recours peuvent comprendre, par exemple, des avis écrits, des demandes extrajudiciaires, des poursuites judiciaires à l'encontre du débiteur ou l'inexécution/pour inexécution de l'obligation²⁴⁸.

120. De nos jours, de nombreux accords de garantie contiennent une clause de responsabilité « conjointe et solidaire », en vertu de laquelle chaque garant est à la fois solidairement responsable en tant que membre du groupe de garants et individuellement responsable à titre personnel vis-à-vis des prêteurs du remboursement de la dette de la MPME. Ce type de clause peut facilement entraîner l'endettement d'un garant à qui l'on demande de rembourser le montant total de la garantie. Celui-ci devra récupérer leur part de garantie auprès des autres garants et s'exposera à des procédures judiciaires qui peuvent être longues et coûteuses si ces derniers sont dans l'incapacité de payer ou refusent de le faire. Afin de limiter le surendettement des garants à titre individuel et la méfiance entre les cogarants, qui peut avoir des conséquences négatives sur le fonctionnement de la MPME, la loi peut préciser les droits de chaque garant à l'encontre des cogarants, les droits du prêteur à l'encontre des garants et les moyens de défense des garants à l'encontre du prêteur.

121. Pour ce qui est de l'étendue de la responsabilité du garant, il est possible de la limiter à une période ou à un montant particulier de la dette²⁴⁹. Une garantie illimitée peut être particulièrement risquée pour le garant car celui-ci peut se retrouver responsable de plusieurs emprunts contractés par la MPME auprès du même prêteur, sans se rendre compte de l'augmentation de sa responsabilité personnelle. En outre, lorsque le garant est le propriétaire de l'entreprise, il peut également être tenu responsable des prêts contractés par celle-ci, même après le transfert des activités à un autre entrepreneur. De nombreux pays autorisent les garanties illimitées (dans de rares cas, la responsabilité illimitée est uniquement autorisée dans les relations commerciales), tandis que d'autres n'autorisent que les garanties assorties d'un montant maximum défini²⁵⁰. Afin d'atténuer les risques pour le garant, le droit interne peut préciser si les garanties limitées et illimitées sont toutes deux autorisées et si des exigences spécifiques s'appliquent (par exemple, un accord exprès entre le prêteur et le garant) dans le cas des garanties illimitées.

122. Pour terminer, la responsabilité du garant peut aussi englober des obligations accessoires, telles que des intérêts sur l'obligation principale, des dommages et intérêts en cas d'inexécution par le débiteur principal, ou le coût des recours juridiques introduits par le prêteur contre le débiteur principal. À des fins de transparence, il est souhaitable de mettre en place des mécanismes pour s'assurer que le garant est conscient des obligations supplémentaires susceptibles d'être couvertes

²⁴⁷ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session, le secrétariat a supprimé la référence à la responsabilité « conjointe et solidaire » dans ce paragraphe (par. 152 du document A/CN.9/WG.I/WP.128), car elle soulevait des questions différentes du caractère subsidiaire ou solidaire de la responsabilité (A/CN.9/1122, par. 80).

²⁴⁸ Voir A. Schwartz, « Personal Guarantees » (note 234 *supra*), p. 375.

²⁴⁹ Voir M. Damjan, A. Vlahek, « The protection of consumers » (note 217 *supra*), p. 39.

²⁵⁰ Par exemple, le Danemark. Voir A. Schwartz, « Personal Guarantees » (note 234 *supra*), p. 378.

par la garantie²⁵¹. Ainsi, dans certains pays, le coût des recours juridiques n'est pas couvert par le garant, sauf en cas d'accord entre les parties²⁵². Le garant peut également disposer de moyens de défense contractuels (par exemple, report du délai de l'obligation du débiteur principal) dont ne dispose pas le débiteur principal. Dans un souci de clarté, il est conseillé de préciser ceux-ci dans la loi, en indiquant si et dans quelle mesure il est possible d'y renoncer.

Recommandation 7 :

La législation devrait exiger que l'accord de garantie personnelle énonce clairement les droits et obligations (y compris l'obligation de divulguer des informations) du ou des prêteurs et du ou des garants, y compris en renvoyant aux lois et règlements applicables.

c. Traitement des garants

123. Si la MPME rembourse le crédit conformément aux conditions prévues, les garants ne risquent généralement pas grand-chose. Toutefois, lorsque l'entreprise est en difficulté financière et incapable de remplir ses obligations, le garant devra rembourser la dette ou s'exposera à des mesures d'exécution de la part des prêteurs²⁵³. Les modalités de réalisation et les mesures de protection que le droit interne met à la disposition du garant seront applicables. Cependant, lorsque le garant est le propriétaire de la MPME ou un membre de sa famille, ces mécanismes standard peuvent se révéler inadéquats et il peut être nécessaire de prévoir des procédures particulières pour atténuer les difficultés disproportionnées rencontrées par le garant, qui peut devoir faire face à la fois aux demandes de remboursement des garanties et aux conséquences des difficultés financières de l'entreprise (par exemple, insolvabilité).

124. Adopté à la cinquante-quatrième session de la CNUDCI (2021), le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises* (le « Guide législatif ») préconise une procédure simplifiée pour traiter les garanties personnelles fournies par des entrepreneurs individuels, des propriétaires de micro- et petites entreprises à responsabilité limitée ou des membres de leur famille, lorsque l'invocation de la garantie personnelle risque d'entraîner l'insolvabilité personnelle du garant. On peut pour cela avoir recours au regroupement ou à la coordination des procédures liées entre elles, en l'occurrence la procédure d'insolvabilité visant la micro- ou petite entreprise et la procédure d'insolvabilité ou d'exécution visant ses garants. Lorsqu'aucune procédure n'a été ouverte à l'encontre du garant, le Guide législatif précise que la loi peut autoriser ce dernier à déclarer les éventuelles créances de créanciers afin qu'elles soient prises en considération dans la procédure d'insolvabilité ouverte à l'encontre de la micro- ou petite entreprise, de façon à ce que ces créances puissent bénéficier d'un traitement approprié, le but étant de prévenir l'éventuelle insolvabilité du garant. Ainsi, la loi peut permettre de suspendre, au cas par cas, les mesures d'exécution à l'encontre des garants personnels de la micro- ou petite entreprise pendant une durée limitée. Lorsqu'elle approuve ou homologue un plan de redressement, l'autorité compétente peut accorder un traitement particulier à la créance du garant à l'encontre de la micro- ou petite

²⁵¹ Comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 81), le secrétariat a supprimé la sous-section relative aux garanties personnelles données par des propriétaires de MPME ou des membres de leur famille. Certains éléments ont été déplacés vers d'autres parties de cette section (par exemple, dans la sous-section relative à la divulgation précontractuelle et contractuelle d'informations).

²⁵² Par exemple, en Autriche, au Danemark et en Grèce. Voir A. Schwartz, « Personal Guarantees » (note 234 *supra*), p. 378.

²⁵³ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 80), le secrétariat a simplifié le paragraphe introductif (par. 159 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) de cette sous-section afin d'éliminer les références à la stigmatisation sociale du garant et de sa famille et à l'apurement des dettes.

entreprise insolvable par rapport aux autres créances indiquées dans le plan. La loi sur l'insolvabilité peut permettre aux garants de telles entreprises de demander la réduction ou la libération des obligations qui leur incombent au titre de la garantie si celles-ci sont disproportionnées par rapport à leurs revenus, et peut aussi permettre au garant de payer en versements échelonnés sur une longue période. L'autorité compétente ou un autre organisme public compétent peut être autorisé à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de la décharge du garant ou de la réduction de son obligation à la partie de la dette non couverte par les obligations de remboursement de l'entreprise. Ces mesures peuvent atténuer les difficultés disproportionnées rencontrées par le garant²⁵⁴.

125. Le *Guide législatif* prévoit également que des mesures spéciales de protection peuvent être envisagées dans des lois autres que celle sur l'insolvabilité pour les garants particulièrement vulnérables, par exemple ceux qui ont été contraints de fournir une garantie, qui sont dépendants du débiteur ou ont des liens affectifs forts avec lui.

Recommandation 8²⁵⁵ :

La législation devrait :

Prendre dûment en considération les normes internationales pertinentes en ce qui concerne le traitement des garanties personnelles fournies par les propriétaires de MPME ou des membres de leur famille dans le contexte de l'insolvabilité personnelle du garant, telles que celles du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises*.

4. Mécanismes de garantie du crédit

126. Dans de nombreux pays, en particulier dans les économies émergentes ou en transition, les mécanismes de garantie du crédit représentent un outil précieux pour combler le déficit de financement des MPME et, plus particulièrement, des micro- et petites entreprises, qui en sont généralement les principaux bénéficiaires. Ces mécanismes réduisent le risque pris par les institutions financières en garantissant, généralement en échange d'une commission payée par l'institution ou la MPME, voire les deux, le remboursement de tout ou partie du prêt accordé à l'entreprise en cas de défaillance. Le remboursement du prêt en souffrance fonde le mécanisme à réclamer le montant payé à l'entreprise (voir par. 145 à 150).

127. Par ailleurs, les mécanismes de garantie du crédit peuvent accroître la rentabilité des prêts accordés aux MPME²⁵⁶ et inciter les institutions financières à octroyer un crédit aux petites entreprises prometteuses qui ne répondent pas nécessairement aux critères d'octroi²⁵⁷. Ils peuvent en outre faciliter l'accès des MPME au crédit formel, puisqu'ils dispensent l'entreprise d'affecter des biens – dont elle ne dispose pas nécessairement – en garantie, et améliorent ainsi les conditions de prêt. D'autres avantages ont été constatés, même si les avis divergent au sujet de leur portée. Ainsi, les mécanismes de garantie du crédit peuvent permettre aux institutions financières d'acquérir de l'expérience dans la gestion des prêts aux MPME et favoriser ainsi l'expansion de ce segment de marché ; et ils peuvent aider les entreprises qui auraient

²⁵⁴ A/CN.9/1052, annexe, par. 93, et A/CN.9/WG.V/WP.172/Add.1, par. 330 à 335.

²⁵⁵ Le secrétariat a ajouté la présente recommandation comme le Groupe de travail en était convenu à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 83).

²⁵⁶ OCDE, « Discussion Paper on Credit Guarantee Schemes » (2010), p. 4.

²⁵⁷ En réponse à une préoccupation exprimée par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 86), le secrétariat a supprimé le membre de phrase « surmonter les problèmes liés à l'asymétrie de l'information » figurant au début du paragraphe (par. 174 du document A/CN.9/WG.I/WP.128), car il pouvait laisser entendre qu'il n'était pas nécessaire que les institutions financières participant aux mécanismes de garantie du crédit procèdent aux vérifications préalables.

été exclues du marché du crédit à établir leur réputation en matière de remboursement, ce qui peut faciliter l'octroi de nouveaux prêts par des institutions financières²⁵⁸.

128. Afin que l'on puisse pleinement tirer parti de leurs avantages, il faut toutefois que les mécanismes de garantie du crédit soient durables et fonctionnent de manière efficace. Il ressort de l'expérience²⁵⁹ de certains pays ou régions que cette efficacité peut être amoindrie par le manque de coopération entre les mécanismes de garantie du crédit et les institutions financières prêteuses, la complexité des procédures, et l'imposition d'exigences strictes aux MPME demandeuses, entre autres contraintes²⁶⁰.

129. L'OCDE décrit quatre principaux types de mécanismes de garantie du crédit : i) les mécanismes publics, dans le cadre desquels la garantie provient directement du budget de l'État, ce qui leur donne une grande crédibilité auprès du secteur bancaire ; ii) les sociétés de garantie, créées le plus souvent par le secteur privé (par exemple, par les banques et les chambres de commerce), qui bénéficient en général de la participation directe du secteur bancaire ; iii) les mécanismes de garantie mutuelle, qui sont des organisations privées et indépendantes établies et gérées par des MPME n'ayant qu'un accès limité aux prêts bancaires ; et iv) les mécanismes internationaux, créés dans le cadre d'initiatives bilatérales ou multilatérales entre gouvernements ou à l'initiative d'OIG ou d'ONG, et qui associent souvent un fonds de garantie et des programmes d'assistance technique²⁶¹. Dans plusieurs pays, des mécanismes de garantie du crédit à l'exportation ont également été mis en place pour soutenir les entreprises, y compris les MPME de toute taille et de tout type, qui échangent à l'international. Ces mécanismes peuvent différer dans leur nature et être des institutions publiques (notamment des banques) tout comme des partenariats public-privé²⁶².

a) Mécanismes publics de garantie du crédit

130. Les mécanismes publics de garantie du crédit constituent l'un des principaux mécanismes de soutien public visant à faciliter l'accès des MPME au crédit. Parmi les autres mécanismes ayant une portée similaire, citons les programmes de prêts directs, le nantissement des prêts accordés aux MPME en échange d'un refinancement auprès de la banque centrale, les allègements fiscaux et les bonifications d'intérêt²⁶³. Différents objectifs peuvent motiver ce genre d'interventions des États, qui cherchent par exemple à combler le déficit de financement des MPME, à améliorer la productivité et la situation de certains groupes d'entrepreneurs ou à soutenir l'emploi. Les crises financières de dimension nationale ou internationale ou d'autres événements extraordinaires qui affectent la capacité du marché à fournir des crédits aux MPME sont souvent le principal facteur incitant un État à apporter un soutien direct à ces entreprises. Les mécanismes publics de garantie du crédit se sont avérés être un outil contracyclique particulièrement efficace pour faire face aux conséquences négatives de la défaillance du marché du crédit résultant de ces crises ou événements²⁶⁴.

²⁵⁸ OCDE, « Discussion Paper on Credit Guarantee Schemes » (note 256 *supra*), p. 4 et 5.

²⁵⁹ Voir par exemple la série de documents de travail de l'Institut de la Banque asiatique de développement (rédigés par Le Ngoc Dang et Anh Tu Chuc) « Challenges in implementing the credit guarantee scheme for small and medium-sized enterprises: the case of Viet Nam » (2019) ; ou l'Initiative de coordination des banques européennes (Initiative de Vienne), « Credit Guarantee Schemes for SME lending in Central, Eastern and South-Eastern Europe » (2014).

²⁶⁰ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 86), le secrétariat a ajouté cette référence à certains inconvénients des mécanismes de garantie du crédit.

²⁶¹ OCDE, « Discussion Paper on Credit Guarantee Schemes » (note 256 *supra*), p. 7 et 8.

²⁶² Voir, par exemple, <https://www.oecd.org/mena/competitiveness/ismed-export-credit-agencies.htm> (en anglais).

²⁶³ M. Dubovec et S. Owada, « Secured Lending Stimulants: the Role and Effects of Public Credit Guarantees in Japan », U. PA. ASIAN L. REV. Vol. 16, 2021, p. 378.

²⁶⁴ Ibid., p. 374 à 427.

131. Toutefois, ni les mécanismes publics de garantie du crédit ni les autres mécanismes de soutien public ne peuvent se substituer à un système de prêt efficace basé sur le marché, car ils peuvent créer des distorsions du marché (surtout lorsqu'il existe des mécanismes de prêts efficaces basés sur le marché)²⁶⁵, par exemple en canalisant les fonds vers des MPME improductives ou en prolongeant l'existence d'entreprises qui devraient être liquidées, ou encore en empêchant la diversification des sources de financement²⁶⁶. Les mécanismes publics de garantie du crédit en particulier risquent de désavantager les entreprises qui ne peuvent y prétendre ; de dissuader les institutions financières de procéder aux vérifications préalables requises, en particulier lorsque le mécanisme de garantie du crédit couvre le montant total des pertes sur prêts ; d'entraîner une utilisation abusive de l'argent des contribuables, qui finance lesdits mécanismes ; et de dissuader les micro- et petites entreprises de se développer pour atteindre une taille moyenne, puisqu'elles ne pourraient alors peut-être plus bénéficier de ces mécanismes publics de garantie du crédit²⁶⁷. Pour éviter ces risques et maximiser les avantages, il peut être judicieux de recourir aux mécanismes publics de garantie du crédit et autres mécanismes de soutien public en complément au système de prêt basé sur le marché, afin de pallier les éventuelles carences de ce dernier. Les possibilités qui s'offrent aux MPME et aux prêteurs en matière d'opérations financières se trouvent ainsi multipliées. Par exemple, un mécanisme public de garantie du crédit peut inciter un prêteur à accorder un crédit supplémentaire non garanti à une MPME qui a déjà obtenu un prêt couvert par un tel mécanisme auprès de lui.

i) *Fondement des mécanismes publics de garantie du crédit*

132. Les principes de responsabilité et de transparence ainsi que l'utilisation efficace et adéquate des deniers publics devraient guider le fonctionnement du mécanisme de garantie du crédit. Pour ce faire, les États peuvent prendre les mesures suivantes : établir *ex ante* les objectifs et les critères de performance des mécanismes de garantie du crédit et évaluer régulièrement la performance de ces mécanismes²⁶⁸ ainsi que leurs effets positifs et négatifs sur le marché. Si les lois commerciales et les mécanismes assurant le règlement équitable des litiges, y compris les procédures extrajudiciaires, jouent un rôle clef dans la création d'un environnement favorable aux mécanismes de garantie du crédit, la conception et le fonctionnement de mécanismes efficaces reposent sur une combinaison de mesures législatives et réglementaires qui tiennent généralement compte des éléments suivants : fondements juridiques du mécanisme, critères d'admissibilité des micro- et petites entreprises et des institutions financières, couverture des prêts, atténuation des risques, exigences en matière de garanties, commissions, viabilité, et recouvrement des pertes sur prêts par le mécanisme. Les *Principes applicables aux mécanismes publics de garantie de crédit dédiés aux PME* de la Banque mondiale et de l'Initiative FIRST (2015)²⁶⁹ indiquent que ce cadre juridique et réglementaire pourrait faire partie de la loi sur les sociétés, de la législation bancaire ou d'une législation spécifique à l'institution.

133. Dans les États où les garanties sont fournies directement par le gouvernement central, et non par des entités indépendantes établies à cette fin, la responsabilité de

²⁶⁵ À sa trente-huitième session, le Groupe de travail a noté que dans les économies émergentes où il n'existait pas de système établi de prêt basé sur le marché, les mécanismes de garantie du crédit ne créaient pas de distorsions du marché (A/CN.9/1122, par. 88). C'est pourquoi le secrétariat a ajouté ce membre de phrase contenu entre parenthèses « (surtout ... sur le marché) ».

²⁶⁶ M. Dubovec et S. Owada, « Secured Lending Stimulants » (*supra* note 263), p. 416.

²⁶⁷ Banque mondiale et Initiative FIRST, « Principles for Public Credit Guarantee Schemes for SMEs » (2015), p. 120.

²⁶⁸ Initiative de coordination des banques européennes (Initiative de Vienne), « Credit Guarantee Schemes for SME lending in Central, Eastern and South-Eastern Europe » – rapport de l'Initiative de Vienne sur les mécanismes de garantie du crédit (2014), p. 55.

²⁶⁹ Les Principes couvrent quatre domaines : i) le cadre juridique et réglementaire ; ii) la gouvernance d'entreprise et la gestion des risques ; iii) le cadre opérationnel ; et iv) le suivi et l'évaluation. Cette section du projet de guide met l'accent sur les aspects des Principes qui sont pertinents pour son champ d'application.

l'État concernant la prestation du service devrait être traitée dans les lois applicables. Il est également possible d'établir les mécanismes publics de garantie du crédit en tant qu'entités indépendantes dotées de la personnalité morale, tout en permettant au gouvernement d'en conserver la propriété et le contrôle. Dans ce cas, le cadre juridique et réglementaire applicable doit préciser i) la manière dont l'État exercera sa propriété ; ii) les entités chargées de le représenter (ministère, organisme, etc.) et l'organisme public qui supervisera le mécanisme ; iii) les clauses et conditions générales qui s'appliquent aux investissements publics ; iv) la relation entre l'État, en tant qu'actionnaire, et le conseil d'administration et la direction du mécanisme ; et v) les sources de financement du mécanisme. Si l'État choisit d'établir le mécanisme en partenariat avec le secteur privé, une définition claire des responsabilités et obligations des deux parties permettrait de protéger les droits des actionnaires minoritaires, qui sont souvent des entités du secteur privé, et d'encourager leur participation active aux processus de gouvernance et de décision du mécanisme²⁷⁰.

134. Afin que le mécanisme de garantie du crédit puisse fonctionner efficacement, il importe que le mandat précise le ou les secteurs ciblés ainsi que la ou les principales activités des MPME, et soit suffisamment large pour prendre en compte l'évolution cyclique des secteurs ciblés²⁷¹. Il est tout aussi important d'établir des mécanismes permettant d'évaluer périodiquement le mandat afin de déterminer s'il reste valable au cours du temps. Outre la garantie de crédit, le mandat peut inclure des services tels que la fourniture d'informations, l'assistance technique, la formation et le conseil²⁷². Pour assurer au mieux l'autonomie de gestion et la responsabilité du mécanisme dans l'exercice de son mandat, qui sont essentielles, il est préférable que le fonctionnement quotidien du mécanisme ne soit pas soumis aux influences politiques. De plus, en l'absence de fonds suffisants, le mécanisme de garantie du crédit ne peut pas s'acquitter efficacement de son mandat. Pour garantir la disponibilité de fonds suffisants, la bonne pratique consiste à préciser, dans le cadre juridique ou réglementaire, le montant requis et la responsabilité de l'État en ce qui concerne la fourniture du capital initial et de subventions supplémentaires pendant la durée de vie du mécanisme²⁷³.

135. Les mécanismes publics de garantie du crédit, qui peuvent constituer un passif pour l'État, peuvent exposer celui-ci à un risque budgétaire important, qui peut se traduire par des sorties de fonds imprévues et une augmentation de la dette. Pour atténuer ces risques, il importe que l'État évalue les incidences budgétaires à long terme avant d'établir un tel mécanisme. Une évaluation approfondie du risque budgétaire prend généralement en compte les facteurs susceptibles d'affecter l'équilibre financier global du mécanisme ainsi que les options en matière de répartition des risques entre les parties impliquées dans le mécanisme (c'est-à-dire le mécanisme, les institutions financières prêteuses et les emprunteurs).

ii) *Admissibilité*

136. Pour être efficaces, les mécanismes de garantie du crédit reposent sur des critères d'admissibilité clairs et transparents concernant les MPME, les institutions financières prêteuses et les prêts, qui devraient être rendus publics et être examinés à intervalles réguliers. Grâce à des critères clairs et transparents, les États sont mieux à même d'empêcher l'utilisation abusive des fonds publics investis dans le fonctionnement de ces mécanismes. Pour ce qui des MPME, il serait important de préciser si les entreprises constituées en société et les entreprises unipersonnelles sont admissibles, et d'indiquer les secteurs dans lesquels elles doivent opérer. Parmi les critères supplémentaires, on peut mentionner la taille (généralement définie par le nombre maximum de salariés, la valeur des actifs et les ventes), le sous-secteur²⁷⁴ ou

²⁷⁰ Banque mondiale et Initiative FIRST (note 268 *supra*), p. 14.

²⁷¹ *Ibid.*, p. 15.

²⁷² *Ibid.*

²⁷³ *Ibid.*, p. 13.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 18.

une durée minimale d'exploitation²⁷⁵. Parmi les exigences juridiques peut figurer, dans certains États, l'existence d'un lien avec le pays dans lequel la garantie est fournie, par exemple le lieu d'exercice des activités commerciales²⁷⁶. Il serait judicieux que les États aient la possibilité d'élargir les critères d'admissibilité des entreprises bénéficiant du mécanisme de garantie en cas de crise financière majeure ou d'autres urgences ayant un impact sur l'économie nationale²⁷⁷.

137. Conformément au cadre juridique et réglementaire applicable, les mécanismes de garantie du crédit pourraient créer des programmes destinés à des sous-catégories d'entreprises²⁷⁸, comme les start-up, les entreprises d'exportation et les sociétés de haute technologie, ou cibler des groupes d'entrepreneurs particuliers, comme les femmes ou les jeunes, afin d'encourager l'esprit d'entreprise dans ces segments. Inversement, ils pourraient dresser une liste de MPME non admissibles (sur la base de leur profil de crédit et de leur réputation en matière de remboursement, par exemple)²⁷⁹ ou exclure expressément certains sous-secteurs du périmètre de leurs interventions²⁸⁰.

138. Les institutions financières prêteuses bénéficient elles aussi de critères d'admissibilité clairement définis, éventuellement sur la base d'indicateurs objectifs tels que leur capacité à servir les petites entreprises et leurs capacités de gestion des risques^{281, 282}. En général²⁸³, les institutions financières éligibles comprennent, sans s'y limiter, les banques commerciales, les banques de développement, les établissements de crédit agréés ou les prestataires supervisés de services financiers non bancaires²⁸⁴, les coopératives de crédit²⁸⁵ ou les entités à but non lucratif dont l'objectif principal est de soutenir le développement des petites entreprises²⁸⁶. En ayant la possibilité d'inclure d'autres catégories d'institutions financières, les pays

²⁷⁵ Voir par exemple le mécanisme malaisien BizSME, qui exige une durée minimale d'activité généralement comprise entre un et cinq ans.

²⁷⁶ Certains États comme les Émirats arabes unis exigent également la propriété ou la gestion par des ressortissants nationaux, l'objectif étant de ne pas verser de garanties à des entreprises sans lien réel avec le pays apportant le soutien. Dans d'autres cas, par exemple en Irlande, le mécanisme de garantie peut exclure les entreprises qui font partie d'un groupe de sociétés plus large ou dont une part importante est détenue par des organismes publics ou des investisseurs étrangers.

²⁷⁷ Pendant la pandémie de COVID-19, par exemple, de nombreux pays ont élargi les critères d'admissibilité de façon à inclure certains secteurs ou entreprises, même plus grandes, opérant dans des secteurs stratégiques. Voir FMI, Série spéciale sur la COVID-19 (2020), « Legal Considerations on Public Guarantees Schemes Adopted in Response to the COVID-19 Crisis », p. 2.

²⁷⁸ Certains mécanismes sont spécialement conçus pour aider les entreprises exerçant leurs activités dans certains secteurs jugés vulnérables ou défavorisés en matière d'accès au crédit, tels que les entreprises agricoles ou manufacturières (voir par exemple le Fonds du mécanisme de garantie du crédit agricole nigérian).

²⁷⁹ À Malte et en Irlande, les entreprises qui ont été déclarées en faillite, qui ont conclu des accords de restructuration avec leurs créanciers, ou dont les dirigeants ou gérants ont été condamnés pour une faute professionnelle telle que fraude, corruption ou blanchiment d'argent, peuvent être exclues.

²⁸⁰ En Lituanie, par exemple, aucune aide n'est accordée aux entreprises qui exercent leurs activités dans la production et la vente de jeux d'argent, de munitions, de tabac ou d'alcool.

²⁸¹ Banque mondiale et Initiative FIRST (note 267 *supra*), p. 18.

²⁸² Certains pays ne fixent pas expressément ou ne publient pas de critères généraux d'admissibilité pour les institutions financières prêteuses (par exemple, la Slovaquie), tandis que d'autres désignent les institutions éligibles à partir de critères généraux abstraits (par exemple, le Chili) ou dressent une liste (exhaustive) des institutions accréditées à l'issue d'une procédure de sélection (par exemple, l'Inde ou la Nouvelle-Zélande).

²⁸³ Le secrétariat a modifié cette phrase par souci de clarté.

²⁸⁴ Par exemple, aux Philippines.

²⁸⁵ Par exemple, au Brésil.

²⁸⁶ Par exemple, en Égypte, où le programme destiné aux nouvelles et aux petites entreprises est mis en œuvre par des ONG contractantes.

seraient mieux à même de répondre aux besoins urgents de liquidités en cas de catastrophe naturelle ou de crise financière majeure²⁸⁷.

139. Enfin, l'existence de lois ou règlements clairs précisant les types de prêts qui sont susceptibles d'être couverts permettrait d'éviter la prise de décisions discrétionnaires ou arbitraires par le mécanisme de garantie du crédit, qui risquent d'en compromettre l'efficacité. À cet égard, il serait souhaitable d'inclure à la fois les prêts destinés aux dépenses de fonctionnement (par exemple, salaires, loyer, eau et énergie) et ceux servant à financer des investissements, car les premiers aident à soutenir l'emploi dans les micro- et petites entreprises qui risquent l'insolvabilité faute de crédit à court terme, tandis que les seconds appuient la création d'emplois et la croissance économique à long terme²⁸⁸.

iii) *Réduction des risques*

140. Comme indiqué précédemment, les mécanismes publics de garantie du crédit peuvent exposer les gouvernements à des risques budgétaires élevés, car il se peut que l'État ne dispose pas des fonds nécessaires pour honorer les obligations découlant des garanties invoquées, en particulier en période de crise. En règle générale, la décision de mettre en place un tel mécanisme devrait donc suivre un processus garantissant que les responsables politiques comprennent les risques qui lui sont associés. Ce processus peut consister à informer le parlement du type et des incidences du mécanisme, ainsi que de ses éventuelles répercussions sur le budget public, et aller jusqu'à obtenir son approbation concernant la mise en place du mécanisme. En outre, lors de la conception du mécanisme, les États peuvent employer divers outils pour atténuer les risques liés à son fonctionnement. Par exemple, ils peuvent introduire un plafond d'exposition, exprimé sous la forme d'un montant fixe ou d'un pourcentage, pour le mécanisme de garantie. Ce plafond peut être fixe ou revu à intervalles définis. Les États peuvent aussi décider de plafonner le montant des prêts individuels garantis par le mécanisme²⁸⁹. Ils peuvent également choisir de mettre en œuvre une politique de tarification fondée sur le risque, qui prévoit le versement de commissions de garantie plus élevées pour les prêts plus risqués. Cela peut impliquer de définir différentes catégories de risque, chaque catégorie étant assortie d'une commission standard prédéterminée.

141. L'un des moyens les plus couramment utilisés pour limiter le risque d'aléa moral posé par les institutions financières prêteuses consiste à mettre en place des garanties partielles qui appliquent le ratio de couverture pour déterminer le pourcentage du prêt garanti par le mécanisme. Les mécanismes de garantie doivent être soigneusement conçus si l'on veut offrir une protection adéquate aux institutions financières prêteuses en cas de défaillance des MPME, tout en les encourageant à surveiller régulièrement les performances des entreprises. Par exemple, un ratio de couverture élevé peut être très intéressant pour ces institutions puisqu'il les protège contre le risque de crédit, mais il peut également les dissuader de procéder à une analyse des

²⁸⁷ Par exemple, pendant la pandémie de COVID-19, certains États ont inclus dans la catégorie des prêteurs des entités financières non bancaires (comme les établissements de monnaie électronique et les prestataires de services de paiement en Espagne ou le service postal national en Suisse). Voir FMI, *Série spéciale sur la COVID-19* (note 277 *supra*), p. 2 et M. Dreyer et K. Nygaard (2020), « Lessons Learned in Designing and Implementing Support for Small Businesses », disponible (en anglais) à l'adresse <https://som.yale.edu/blog/lessons-learned-in-designing-and-implementing-support-for-small-businesses>. Voir aussi les exemples des Philippines, du Canada ou de l'Australie. Pour pouvoir participer à un tel mécanisme, les candidats peuvent être tenus de démontrer, d'une manière ou d'une autre, qu'ils ont été affectés par la COVID-19, par exemple en raison de la non matérialisation de flux de trésorerie ou du chiffre d'affaires régulier attendu ou de coûts d'exploitation supplémentaires imposés par la pandémie.

²⁸⁸ Banque mondiale et Initiative FIRST (note 267 *supra*), p. 18 et 19.

²⁸⁹ Pendant la pandémie de COVID-19, de nombreux États ont provisoirement relevé le plafond du montant des prêts, selon des critères comme le type et la taille de l'entreprise ou les revenus de la MPME. Dans certains États, les lois applicables ont autorisé des exceptions au cas par cas pour défendre un intérêt de sécurité nationale, protéger l'emploi ou soutenir une activité importante pour l'économie nationale. Voir FMI, *Série spéciale sur la COVID-19* (note 277 *supra*), p. 3.

risques et à un suivi en bonne et due forme, ce qui peut conduire à une prise de risque excessive (par exemple, octroi de crédits à des MPME à haut risque) et compromettre la viabilité du mécanisme²⁹⁰. Si, au contraire, le mécanisme n'assume qu'une petite partie du risque, il se peut que ces institutions se détournent du programme²⁹¹. La décision de l'État concernant le ratio de couverture est généralement dictée par des considérations stratégiques. Un partage équilibré des risques entre le mécanisme de garantie du crédit et l'institution financière prêteuse inciterait certainement cette dernière à suivre de plus près la capacité des entreprises à rembourser leurs crédits. Le ratio de couverture devrait être clairement indiqué dans l'accord contractuel conclu entre le mécanisme et l'institution financière. Ce dernier devrait également préciser comment les pertes sont réparties, le cas échéant, entre les deux parties.

142. Puisque la répartition des risques entre le mécanisme de garantie du crédit et les institutions financières prêteuses dépend de leurs rôles et responsabilités respectifs, il importe que ceux-ci soient clairement définis dans le cadre juridique. Une bonne pratique consisterait à préciser que les décisions de prêt relèvent de la seule discrétion de l'institution, à définir les critères sur lesquels se fondent ces décisions (par exemple, la solvabilité de la MPME ; l'adéquation des prêts garantis avec les activités de l'institution et sa propension au risque ; et la possibilité ou non d'utiliser ces prêts comme garantie pour obtenir des facilités de trésorerie auprès de la banque centrale) et à indiquer que le mécanisme est responsable de l'approbation des garanties particulières²⁹².

143. Parfois, il existe également un risque d'aléa moral posé par la MPME, laquelle peut communiquer des informations trompeuses à l'institution financière prêteuse ou lui cacher des informations sensibles. À cet égard, des pratiques de partage des risques pourraient jouer un rôle préventif. Une pratique recommandée consiste à exiger des garanties de la part de l'entreprise, qui apporte ainsi la preuve de sa détermination à rembourser. Toutefois, des exigences excessives en matière de garanties peuvent se révéler contre-productives, et le mécanisme devrait déterminer, en concertation avec l'institution financière prêteuse, un niveau d'exigence approprié qui limite le risque d'aléa moral posé par la MPME, mais sans la dissuader de soumettre des demandes de prêts²⁹³. On notera que la décision d'imposer ou non ce genre d'exigences aux MPME a des incidences budgétaires pour les États. En effet, en l'absence de garanties, ils risquent de devoir faire face à des coûts imprévus (« risques budgétaires ») puisqu'il se peut qu'ils doivent couvrir les pertes encourues par le mécanisme de garantie du crédit²⁹⁴.

iv) *Commissions*

144. La commission perçue en contrepartie de la garantie est généralement établie dans le cadre juridique et réglementaire du mécanisme de garantie du crédit plutôt qu'au cas par cas, et il s'agit le plus souvent d'une commission forfaitaire fixe ou d'une commission variable. Pour en déterminer le montant, il est de bonne pratique de trouver un équilibre entre les objectifs du programme de garantie et sa viabilité financière. Les commissions, ainsi que les revenus tirés des activités d'investissement du mécanisme et les éventuelles subventions publiques, devraient couvrir le coût des opérations et le coût prévu du risque de crédit. La transparence de la politique tarifaire contribue à rendre le mécanisme de garantie du crédit attrayant pour ses utilisateurs potentiels. La possibilité d'ajuster les commissions sur la base de la situation spécifique du pays garantit la durabilité du mécanisme. Par exemple, face aux crises

²⁹⁰ FMI, *Série spéciale sur la COVID-19* (note 277 *supra*), p. 2.

²⁹¹ R. Ayadi et S. Gadi, « Access by MSMEs to Finance in the Southern and Eastern Mediterranean: What role for credit guarantee schemes? », *MedPro Technical Report* (2013), p. 11.

²⁹² FMI, *Série spéciale sur la COVID-19* (note 277 *supra*), p. 4.

²⁹³ Banque mondiale et Initiative FIRST (note 267 *supra*), p. 20.

²⁹⁴ Le secrétariat a ajouté cette référence aux incidences budgétaires, pour les États, de l'exigence de garanties dans les mécanismes de garantie du crédit, comme le Groupe de travail en était convenu à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 87).

majeures qui touchent les structures économiques dans leur ensemble, certains États plafonnent le montant des commissions exigibles ou interdisent d'en prélever²⁹⁵.

v) *Défaut de paiement et recouvrement des pertes sur prêts*

145. Pour que le mécanisme de garantie du crédit fonctionne efficacement et garde la confiance des institutions financières prêteuses, il est essentiel de disposer d'un processus opportun et transparent pour gérer les défauts de paiement des MPME et les réclamations ultérieures des institutions²⁹⁶. Pour ce faire, il faut que le cadre juridique ou réglementaire et les arrangements contractuels précisent les circonstances qui appellent l'intervention du mécanisme, telles que l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité à l'encontre de l'entreprise ou un retard de remboursement de sa part²⁹⁷.

146. Dans certains pays²⁹⁸, les garanties émises par des mécanismes de garantie du crédit sont considérées comme des garanties indépendantes, c'est-à-dire que l'obligation du garant n'est pas liée à la dette sous-jacente (voir par. 104). Dans d'autres, le mécanisme a une responsabilité subsidiaire²⁹⁹ (voir par. 119), en vertu de laquelle l'exécution ou la validité de la garantie dépend de celle du débiteur principal, mais il peut verser un acompte provisoire à l'institution financière sur la base des pertes attendues après un défaut de paiement. Si l'exécution des garanties par les institutions financières est liée à la survenue de « pertes », il convient d'indiquer clairement quand et comment ces pertes seront supposées exister et être assumées par les institutions³⁰⁰. Toutefois, il serait souhaitable qu'avant de soumettre leurs demandes, ces dernières envisagent activement d'autres solutions, y compris le rééchelonnement de la dette, en vue de se faire payer par la MPME³⁰¹.

147. Des procédures de paiement de la garantie claires et transparentes peuvent éviter des litiges coûteux entre les institutions financières prêteuses et les mécanismes de garantie du crédit. Des accords contractuels conclus entre le mécanisme et l'institution financière qui énoncent les conditions dans lesquelles une demande est recevable, le montant maximal de l'intérêt impayé couvert par la garantie, et un délai limite de règlement des demandes de remboursement constituent la première étape de l'établissement d'une relation saine entre ces deux parties. Une pratique courante consiste à prévoir un délai minimum d'attente obligatoire, après le décaissement du prêt, avant qu'une demande de remboursement puisse être adressée au mécanisme. Il a été estimé que le délai maximum d'attente consécutif à un ou plusieurs défauts de paiement devrait également être précisé, et ne pas dépendre de l'introduction d'une action en justice contre la MPME emprunteuse³⁰². En outre, il est conseillé d'exiger, dans les accords, une explication écrite détaillée en cas de rejet de la demande³⁰³.

148. Enfin, des précisions doivent être données sur les droits du mécanisme une fois qu'il a payé la garantie³⁰⁴. Selon le principe juridique général, l'institution financière prêteuse cède ses droits ou créances à l'égard de la MPME ou d'autres débiteurs au mécanisme (subrogation légale). Pour s'assurer que toutes les parties sont informées, il importe de bien définir le droit de subrogation dans les termes et conditions de la garantie et de stipuler clairement que le mécanisme peut exercer ce droit sans attendre

²⁹⁵ Par exemple, la crise générée par la pandémie de COVID-19. À cet égard, voir FMI, *Série spéciale sur la COVID-19* (note 277 *supra*), p. 3.

²⁹⁶ Banque mondiale et Initiative FIRST (note 267 *supra*), p. 22.

²⁹⁷ Agence allemande de coopération internationale, « SMEs' Credit Guarantee Schemes in Developing and Emerging Economies: Reflections, Setting-up Principles, Quality Standards » (2014), p. 59.

²⁹⁸ Par exemple, les États-Unis et l'Italie. FMI, *Série spéciale sur la COVID-19* (note 277 *supra*), p. 5.

²⁹⁹ Par exemple, la France et les Pays-Bas. *Ibid.*, p. 5.

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ Banque mondiale et Initiative FIRST (note 267 *supra*), p. 22.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ *Ibid.*

³⁰⁴ *Ibid.*

que l'institution financière reçoive le paiement de tout autre montant non garanti. Pour permettre la mise en œuvre effective de la subrogation légale, il faut impérativement que le cadre juridique national reconnaisse l'opposabilité de la subrogation dont bénéficie le mécanisme public. Pour renforcer leurs droits de subrogation, certains mécanismes peuvent conclure un accord séparé avec la MPME en vertu duquel cette dernière s'engage à indemniser le mécanisme pour tout paiement effectué.

149. Un mécanisme public de garantie du crédit peut être subrogé aux droits d'un trop grand nombre d'institutions financières prêteuses, ce qui peut compromettre sa viabilité financière. Afin d'atténuer ce risque, les mécanismes peuvent convertir les prêts garantis en instruments de fonds propres ou de quasi-fonds propres et transférer leurs risques à d'autres institutions publiques (telles que les banques de développement) ou à des véhicules d'investissement spécialisés, qui sont mieux à même de les gérer. Dans le cas des prêts garantis accordés à des microentreprises, il sera peut-être préférable de convertir la dette en un instrument de quasi-fonds propres, par exemple une obligation fiscale future, compte tenu des coûts élevés occasionnés par le suivi d'un investissement en fonds propres³⁰⁵.

150. Si le mécanisme n'accorde que des garanties partielles, celui-ci et l'institution financière prêteuse peuvent tous deux avoir une créance à l'encontre de la MPME défaillante. Par souci d'efficacité, l'accord contractuel pourrait préciser qui, de l'institution financière ou du mécanisme, voire les deux, est responsable du recouvrement des créances auprès de l'entreprise. Pour optimiser les résultats, il peut être opportun pour le mécanisme de confier cette tâche aux institutions financières, car celles-ci disposent généralement de plus de moyens d'obtenir des informations sur la MPME et peuvent être plus motivées à recouvrer la dette. Dans certains États³⁰⁶, par exemple, l'institution financière prêteuse est tenue d'agir en tant qu'agent du mécanisme pendant la phase d'exécution³⁰⁷.

b) Mécanismes privés de garantie

151. Comme indiqué précédemment (voir par. 129), les mécanismes de garantie du crédit peuvent également être directement financés et gérés par le secteur privé et prendre la forme de sociétés de garantie ou de mécanismes de garantie mutuelle. Les premières peuvent être des sociétés à responsabilité limitée ou des sociétés anonymes régies par le droit des sociétés. Dans certains pays, les sociétés de garantie sont considérées comme des institutions financières spécialisées, et leur réglementation prudentielle est alignée sur celle des banques³⁰⁸.

152. Les mécanismes de garantie mutuelle sont généralement établis par des MPME indépendantes, ou les associations qui les représentent, dans le but d'accorder des garanties à leurs membres uniquement³⁰⁹. Ils prennent souvent la forme juridique de coopératives et sont régis par la législation nationale pertinente. Lorsque les mécanismes sont directement établis par des MPME, celles-ci contribuent à la formation de capital, participent à la prise de décisions et assument la responsabilité conjointe des crédits en cours. Lorsque des associations représentatives des entreprises établissent le mécanisme, elles sont responsables de son fonctionnement³¹⁰. Bien que largement financés par les cotisations de leurs membres,

³⁰⁵ Voir <https://blogs.worldbank.org/psd/protection-reallocation-public-credit-guarantee-schemes-post-pandemic-world> (en anglais).

³⁰⁶ Par exemple, au Chili. Voir FMI, Série spéciale sur la COVID-19 (note 277 *supra*), p. 5.

³⁰⁷ Ibid.

³⁰⁸ Agence allemande de coopération internationale, « SMEs' Credit Guarantee Schemes in Developing and Emerging Economies » (2014), p. 22.

³⁰⁹ Ibid., p. 15.

³¹⁰ L. Cusmano, « SME and Entrepreneurship Financing: The Role of Credit Guarantee Schemes and Mutual Guarantee Societies in supporting finance for small and medium-sized enterprises », OECD SME and Entrepreneurship Papers n° 1 (2013), p. 24.

les mécanismes de garantie mutuelle bénéficient, dans certains pays, d'une forme ou une autre de soutien public³¹¹.

153. Les institutions financières peuvent trouver un avantage à accorder des prêts dans le cadre de mécanismes de garantie mutuelle, car l'évaluation des risques et le suivi du remboursement des prêts peuvent être facilités par l'entité qui supervise le mécanisme, ce qui peut considérablement réduire les frais administratifs encourus par l'institution. Du point de vue des demandeurs, le fait d'emprunter par le biais d'un mécanisme de garantie mutuelle peut améliorer l'accès au crédit pour les MPME viables, car ces mécanismes peuvent être mieux à même d'évaluer les demandes de prêt que les mécanismes publics. De plus, grâce à leur position de négociation, les mécanismes de garantie mutuelle peuvent négocier, avec les institutions financières prêteuses, des taux d'intérêt inférieurs à ceux qu'obtiendraient des entreprises individuelles.

154. Le fonctionnement des mécanismes de garantie mutuelle présente toutefois des difficultés qui peuvent compromettre leur viabilité à long terme. On mentionnera, en particulier, le niveau de fragmentation élevé, car la plupart d'entre eux sont destinés à une gamme limitée d'entreprises ; un faible degré d'économies d'échelle dans l'octroi de garanties, avec des coûts opérationnels relativement élevés ; et une exposition au risque élevée, en raison de leur couverture géographique et sectorielle limitée. Dans plusieurs pays, ces difficultés ont incité des mécanismes de garantie mutuelle à fusionner ou à se regrouper pour réduire le coût des services et élargir l'offre d'instruments de garantie. Cela a conduit les entités chargées de leur supervision à améliorer leurs capacités techniques, ainsi que leurs compétences et stratégies³¹².

c) Mécanismes internationaux de garantie du crédit

155. Une assistance internationale à la mise en place et au fonctionnement de mécanismes de garantie du crédit peut être nécessaire dans les pays qui en sont dépourvus (faute de ressources ou en raison d'une fragilité ou de l'existence d'un conflit), ou dans lesquels des mécanismes similaires ont échoué dans le passé et doivent être réorientés. Plusieurs organisations internationales ou régionales, y compris des banques de développement mondiales et régionales (par exemple, la Banque mondiale³¹³, la Banque asiatique de développement³¹⁴ et la Banque africaine de développement), ont par conséquent lancé des mécanismes internationaux en partenariat avec une entité locale, qu'il s'agisse d'une autorité publique (par exemple, un ministère), d'une institution financière, d'une association privée ou d'une ONG. Parmi les organisations internationales, on notera que le PNUD³¹⁵ et le Fonds d'équipement des Nations Unies (FENU) sont engagés dans la promotion des mécanismes internationaux de garantie, en coopération soit avec les gouvernements nationaux, soit avec les banques de développement. Il existe également des mécanismes de garantie financés par des fonds privés qui opèrent au niveau régional ou international, tels que ceux administrés par la Fondation Grameen, qui fournit une assistance à des institutions de microfinance locales et régionales et à d'autres organisations similaires.

156. Les mécanismes internationaux de garantie du crédit sont généralement établis en conjonction avec des paquets d'assistance technique, afin de faciliter leur conception et leur mise en œuvre³¹⁶. Ils peuvent poursuivre des objectifs différents,

³¹¹ OCDE, « Discussion Paper on Credit Guarantee Schemes » (note 256 *supra*), p. 8 et 9.

³¹² L. Cusmano, « SME and Entrepreneurship Financing » (note 310 *supra*), p. 67 et 68.

³¹³ Voir www.worldbank.org/en/topic/smefinance (en anglais).

³¹⁴ Voir par exemple « ADB to Provide Local Currency Lending to Support MSMEs Growth in Kazakhstan | Asian Development Bank ».

³¹⁵ Par exemple, le PNUD a aidé le Ministère du tourisme, du commerce et de l'industrie et la Banque commerciale nationale du Timor-Leste à mettre en place un mécanisme de garantie de prêt pour les MPME nécessitant une aide financière.

³¹⁶ A. Green (2003), « Credit Guarantee Schemes for Small Enterprises – An Effective Instrument to Private Sector-led Growth », p. 19.

comme soutenir le développement des MPME en général³¹⁷, de groupes particuliers d'entrepreneurs (par exemple les femmes, les jeunes, les groupes minoritaires, etc.) ou des MPME actives dans des secteurs spécifiques (par exemple, numérique ou agricole)³¹⁸.

5. Évaluation de la solvabilité des MPME

157. La décision du prêteur d'accorder ou non un crédit à l'emprunteur se situe au cœur même de tout contrat de prêt. Une gestion prudente exige que les prêteurs évaluent correctement la solvabilité de l'emprunteur, c'est-à-dire le niveau de risque qu'il représente, sa capacité et sa volonté de rembourser le prêt. Cela peut ne pas poser de problèmes dans le cas des grandes entreprises, pour lesquelles les informations sur les performances commerciales, les états financiers et l'exposition aux risques financiers peuvent être facilement disponibles. En revanche, cela peut être exigeant et plus coûteux (par rapport à la valeur du prêt) dans le cas des MPME, en particulier des micro- et petites entreprises, pour lesquelles les données peuvent être inadéquates ou peu fiables, voire ne pas être disponibles du tout.

158. En raison de l'asymétrie de l'information, les prêteurs sont souvent moins réticents à prêter à de grandes entreprises qu'à des MPME et, comme on l'a déjà noté, ils demandent généralement à ces dernières de fournir soit des actifs en garantie, soit des garanties personnelles, pour circonscrire leurs risques de crédit. Cela réduit souvent les possibilités d'accès des MPME au crédit, étant donné leur incapacité à se conformer à ces exigences. Afin de minimiser l'asymétrie de l'information, le G20 et l'OCDE ont recommandé i) de mettre en place des infrastructures d'information pour évaluer le risque de crédit qui permettent une analyse précise du risque de financement des petites entreprises ; ii) dans la mesure où cela est possible et approprié, de normaliser les informations sur le risque de crédit ; et iii) de les rendre accessibles au niveau international afin de favoriser les activités internationales des petites entreprises et leur participation aux chaînes de valeur mondiales³¹⁹. Dans certains pays, le cadre juridique et réglementaire a donné naissance à des mécanismes de partage de l'information consistant en des sources multiples et complémentaires par lesquelles les prêteurs peuvent recueillir des informations sur un emprunteur potentiel avant d'accorder un crédit. Cela permet aux prestataires de crédit d'évaluer correctement la solvabilité des MPME et tout risque potentiel. Les outils présentés dans les paragraphes suivants sont autant d'exemples de manières de réduire l'asymétrie de l'information.

a) Évaluation du crédit

159. Lorsqu'ils existent, les systèmes d'évaluation du crédit jouent un rôle clef pour régler certains problèmes liés à l'asymétrie de l'information car ils permettent de réunir et de diffuser des renseignements financiers sur les emprunteurs potentiels ; les prêteurs peuvent ainsi en savoir plus sur les caractéristiques des MPME, leur comportement passé, leur historique de remboursement et leur endettement au moment pris en compte. Cela peut diminuer le coût de la diligence raisonnable pour les prêteurs et permettre d'offrir des taux d'intérêt plus faibles aux MPME³²⁰. Cette évaluation peut toutefois s'avérer moins utile pour évaluer la solvabilité des MPME dans le contexte des prêts relationnels, dans le cadre desquels le prêteur recueille, au

³¹⁷ Par exemple, le Fonds africain de garantie, créé sous les auspices de la Banque africaine de développement, vise à faciliter l'accès des PME au financement. Voir www.iadb.org/en/idb-finance/guarantees (en anglais).

³¹⁸ Voir par exemple le programme de l'USAID et de la Development Finance Corporation en Zambie, lancé avec trois banques différentes pour fournir des prêts garantis dans différents secteurs et à différentes fins, voir [Development Finance Corporation | Zambia | Fact Sheet | U.S. Agency for International Development \(usaid.gov\)](http://Development Finance Corporation | Zambia | Fact Sheet | U.S. Agency for International Development (usaid.gov)).

³¹⁹ Principes de haut niveau du G20 et de l'OCDE sur le financement des PME (2015), p. 6.

³²⁰ Par exemple, au Kenya, le lancement d'un service d'évaluation du crédit a permis de réduire les taux d'intérêt, les exigences en matière de garantie et les taux de défaut de paiement pour les prêts octroyés par les banques commerciales.

fur et à mesure de ses interactions avec l'entreprise, les informations nécessaires pour évaluer la solvabilité de cette dernière. Dans ce cas, l'évaluation du crédit joue plutôt un rôle complémentaire, pour combler les éventuelles lacunes.

160. Les organismes d'évaluation du crédit peuvent être des entités publiques ou des entreprises privées : ces dernières répondent généralement plutôt aux besoins d'information des prêteurs, tandis que les données collectées et fournies par les premières sont destinées à être utilisées par les responsables politiques, les organismes de réglementation et d'autres autorités et entités publiques. Dans les deux cas, le service est fourni de manière similaire et peut soulever les mêmes types de problèmes d'ordre procédural, technique et juridique concernant la collecte et le traitement des données, leur qualité et l'accès aux informations par les utilisateurs et les sujets des données (c'est-à-dire les personnes ou entités commerciales auxquelles les données se rapportent)³²¹. Certains organismes d'évaluation du crédit du secteur privé proposent également depuis quelques années des services supplémentaires, notamment la création de bases de données sur les risques de crédit. Celles-ci réunissent des informations anonymes portant sur les données relatives aux activités en cours des emprunteurs plutôt que sur leurs performances passées en matière de prêts. Elles partagent des informations sur la solvabilité de l'emprunteur moyen au sein d'un groupe d'emprunteurs ayant des caractéristiques comparables, ce qui permet de construire des modèles statistiques³²².

161. L'International Committee on Credit Reporting (ICCR) a noté l'absence, dans de nombreux pays, de lois traitant spécifiquement de l'évaluation du crédit commercial. Dans certains cas, diverses dispositions des régimes juridiques applicables à l'évaluation du crédit à la consommation peuvent combler cette lacune, mais toutes ne s'appliquent pas nécessairement à l'évaluation du crédit commercial, compte tenu des différences de contexte. Par exemple, l'évaluation du risque des opérations commerciales nécessite généralement beaucoup plus de données sur la régularité des paiements et la performance financière que ce n'est le cas pour des consommateurs³²³. En outre, la protection de la vie privée des sujets de données est peut-être moins pertinente dans le cas des informations relatives aux crédits commerciaux, et les dispositions sous-jacentes pourraient ne pas s'appliquer aux MPME³²⁴.

162. Il existe toutefois certains aspects juridiques et réglementaires qui ont trait au fonctionnement général d'un système d'évaluation du crédit ou qui facilitent la collecte et le partage d'informations importantes pour l'évaluation du crédit concernant les MPME³²⁵. À cet égard, la présente section abordera brièvement les aspects suivants : i) les obligations de déclaration des MPME ; ii) l'accès aux services d'évaluation du crédit ; et iii) la qualité des données. Pour commencer, on notera que les femmes entrepreneurs ont souvent plus de difficultés que les hommes à établir un historique de crédit, car elles ne disposent pas toujours des documents d'identification requis par les organismes d'évaluation du crédit, ou ne détiennent pas de compte dans une institution financière formelle ou de carte de crédit, ce qui peut les empêcher d'être prises en compte par ces organismes. Un système efficace de déclaration de crédit pour les MPME bénéficierait d'un cadre juridique et réglementaire qui supprimerait ces obstacles et aiderait les femmes à établir leur historique de crédit³²⁶.

³²¹ Banque mondiale, « General Principles for Credit Reporting » (2011), p. 7.

³²² Publication de l'Institut de la Banque asiatique de développement, « Role of the Credit Risk Database in Developing SMEs in Japan: Lessons for the Rest of Asia » (octobre 2015), p. 10 et 11.

³²³ Ibid., p. 13.

³²⁴ Banque mondiale, International Committee on Credit Reporting (ICCR), « Facilitating SME financing through improved credit reporting », 2014, p. 20.

³²⁵ Ibid.

³²⁶ N. Almodóvar-Reteguis, K. Kushnir et T. Meiland, dans Women, Business and the law, « Mapping the Legal Gender Gap in Using Property and Building Credit », p. 6.

i) *Obligations de déclaration*

163. Il ne semble pas exister d'exigences types similaires d'un pays à l'autre en matière de communication d'informations financières par les MPME aux organismes et autres entités publics. On relève l'absence d'obligations de déclaration dans nombre de pays, tandis que dans d'autres, les informations requises sont souvent insuffisantes pour permettre une évaluation rigoureuse de la solvabilité des entreprises. Si une telle approche peut faciliter la création et la croissance initiale des MPME, en réduisant en partie les contraintes administratives associées aux déclarations, elle ne favorise pas l'évaluation du crédit, ni donc l'accès à celui-ci. En outre, en raison de l'absence d'obligations de déclaration impératives, les petites entreprises ne sont pas incitées à adopter de bonnes pratiques en matière d'information financière, alors que cela leur permettrait de fournir la preuve de leur responsabilité et de la transparence de leurs opérations et les aiderait à attirer des investissements au fur et à mesure de leur développement. Par ailleurs, lorsque les MPME ne sont pas tenues de communiquer des renseignements financiers, leurs créanciers peuvent être réticents à partager des informations détaillées quant à leur capacité à rembourser les crédits, car ces informations peuvent inclure des données financières sous-jacentes pouvant être considérées comme sensibles³²⁷. Comme on l'a noté ci-dessus, considérant que des informations accessibles au public (par exemple sur les fonds de roulement ou les besoins en capitaux) peuvent contribuer à renforcer leur réputation sur le marché, le Guide sur les ERL et celui sur le registre des entreprises (voir par. 63 et 69) conseillent tous deux aux États d'encourager les petites entreprises à communiquer volontairement des informations financières aux autorités compétentes³²⁸.

164. Un cadre juridique national traitant des exigences de transparence et précisant les types d'informations et de données commerciales qui devraient être considérées comme confidentielles et ne pas être soumises à des obligations de déclaration encouragerait et faciliterait nettement la communication d'informations financières par les MPME. En effet, de nombreuses MPME s'inquiètent de ce que la communication de données financières et autres données commerciales puisse nuire à leur compétitivité sur le marché, en donnant à leurs concurrents accès à des informations sensibles. Pour garantir un traitement équitable aux besoins des créanciers, il serait également important que le cadre juridique en question réalise un équilibre entre le droit des MPME à protéger leur savoir-faire et celui des créanciers à réunir, analyser et diffuser des données relatives au crédit³²⁹.

ii) *Accès aux services d'évaluation du crédit*³³⁰

165. Dans la mesure où les organismes publics et privés d'évaluation du crédit ont une clientèle diversifiée, des règles différenciées peuvent régir l'accès à leurs services. Les bases de données sur les risques de crédit sont souvent gérées par des associations formées par des institutions financières, des sociétés de garantie du crédit et d'autres établissements, et³³¹ l'accès à leurs services peut être limité aux membres. De manière générale, les MPME devraient être autorisées à accéder aux données les concernant afin de les corriger ou de les actualiser selon que de besoin.

166. Comme l'a noté la Banque mondiale, le cadre juridique et réglementaire relatif à l'évaluation du crédit devrait prévoir que l'accès aux données doit répondre à des

³²⁷ Banque mondiale, ICCR, « Facilitating SME financing » (note 324 *supra*), p. 20.

³²⁸ Voir le *Guide législatif de la CNUDCI sur les grands principes d'un registre des entreprises* (2018), par. 155, et le *Guide législatif de la CNUDCI sur les entreprises à responsabilité limitée* (2021), par. 142.

³²⁹ Banque mondiale, ICCR, « Facilitating SME financing » (note 324 *supra*), p. 21.

³³⁰ Le secrétariat a développé cette sous-section et a également précisé que les MPME devraient être autorisées à accéder aux informations les concernant et à exiger que les éventuelles erreurs soient corrigées, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 91).

³³¹ Publication de l'Institut de la Banque asiatique de développement, « Role of the Credit Risk Database in Developing SMEs in Japan: Lessons for the Rest of Asia » (octobre 2015), p. 4.

règles d'impartialité, c'est-à-dire que tous les utilisateurs du service privé ou public concerné ont accès aux informations dans les mêmes conditions établies pour ce type de service (par exemple, frais d'accès ou accès aux mêmes informations)³³². Ce principe de non-discrimination peut faire l'objet d'exceptions liées aux objectifs propres des différents organismes. Par exemple, les organismes publics principalement créés pour faciliter le contrôle bancaire et améliorer la disponibilité et la qualité des données relatives au crédit à l'intention des intermédiaires supervisés peuvent n'offrir leurs services qu'aux institutions financières réglementées³³³.

iii) *Qualité des données*

167. L'existence de données de haute qualité est la pierre angulaire d'un système d'évaluation du crédit efficace. On estime que la qualité est haute lorsque des données pertinentes, exactes, actuelles et suffisantes, tant négatives que positives, sont systématiquement collectées auprès de sources fiables, appropriées et disponibles, et conservées pendant une durée suffisante³³⁴. L'inexactitude des données peut conduire à des refus de prêts injustifiés, à des coûts d'emprunt élevés et à d'autres conséquences non souhaitées pour les MPME, les fournisseurs de données (comme les banques, les institutions financières ou les sociétés commerciales) et les organismes d'évaluation du crédit. L'exactitude des données dépend des modalités de leur collecte, qui a lieu le plus souvent dans le contexte de prêts et de contrats (voir par. 170), et de la manière dont les organismes d'évaluation du crédit traitent les données brutes pour les convertir en produits finis qui seront consultés par les prêteurs³³⁵.

168. Afin d'en garantir la qualité, il faudrait que le cadre juridique et réglementaire précise les objectifs pour lesquels les données peuvent être collectées, les circonstances dans lesquelles elles peuvent être utilisées, le niveau de qualité et de précision requis, l'actualité³³⁶ ainsi que toute limite concernant d'éventuels motifs de discrimination (fondée par exemple sur la race, le genre ou la langue) et toute limitation de la durée pendant laquelle elles peuvent être conservées³³⁷. Pour qu'un système d'évaluation du crédit soit efficace, ces exigences devraient s'appliquer à la fois aux fournisseurs de données et aux organismes d'évaluation du crédit.

169. L'exactitude et la fiabilité des informations fournies par les MPME dans leurs relations avec les fournisseurs de données contribuent à la qualité des données. Les MPME devraient être autorisées à contester l'exactitude et l'exhaustivité des données les concernant, et à obtenir l'examen de leurs plaintes et la correction d'éventuelles erreurs³³⁸.

b) Les organismes publics comme source complémentaire d'informations pertinentes

170. S'agissant de la solvabilité des MPME, les sources de données les plus courantes sont les banques et autres institutions financières qui sont les principaux créanciers des petites entreprises. Si ces entités sont généralement tenues par la loi ou la réglementation de fournir des renseignements aux organismes publics d'évaluation du crédit, il ne semble pas y avoir de lois imposant la communication d'informations aux organismes privés³³⁹ ou aux prêteurs non traditionnels (comme les investisseurs

³³² Banque mondiale, « General Principles for Credit Reporting » (note 321 *supra*), p. 42.

³³³ *Ibid.*, p. 35.

³³⁴ Voir principe général 1 des « General Principles for Credit Reporting » de la Banque mondiale (note 321 *supra*), p. 25.

³³⁵ *Ibid.*, p. 26.

³³⁶ OCDE, « Discussion Paper on Credit Information Sharing », p. 12.

³³⁷ Banque mondiale, « General Principles for Credit Reporting » (note 321 *supra*), p. 37.

³³⁸ OCDE, « Discussion Paper on Credit Information Sharing » (note 337 *supra*), p. 12.

³³⁹ Dans la pratique, certaines banques fournissent des informations aux organismes privés à titre volontaire, d'autres le font seulement à titre limité (par exemple, en ne permettant pas à l'organisme de révéler le nom de la banque ou les détails du prêt), et d'autres encore refusent de

providentiels) qui souhaiteraient accorder des crédits à des MPME. Parmi les autres sources de données et d'informations, on peut citer des entités commerciales comme les sociétés d'affacturation et de crédit-bail, les institutions financières non bancaires et les créanciers commerciaux. Ces dernières n'apportent toutefois apparemment pas autant de données qu'on pourrait s'y attendre³⁴⁰.

171. Afin de compenser l'insuffisance ou l'inadéquation des informations provenant de toutes ces sources, les organismes publics (notamment l'administration fiscale, la sécurité sociale ou le registre des entreprises) peuvent représenter une source d'information supplémentaire et précieuse. S'agissant des MPME, ils peuvent notamment fournir des données officielles d'identification, des renseignements contribuant à déterminer leur comportement (par exemple, des informations relatives aux faillites) et des informations financières³⁴¹. Dans les pays où ils existent, les registres des sûretés peuvent aussi proposer des informations relatives aux inscriptions³⁴² de sûretés sur des actifs que les MPME peuvent utiliser pour garantir un prêt.

172. Toutefois, autoriser l'accès aux informations détenues par des organismes publics impose de trouver un équilibre entre le fait de faciliter l'évaluation de la solvabilité des MPME et la protection des données sensibles ou confidentielles relatives à ces entreprises pour éviter toute atteinte à la vie privée ou aux droits des personnes concernées. À cet égard, conformément aux bonnes pratiques, les lois ou les règlements peuvent préciser i) si les organismes publics peuvent partager des données et, le cas échéant, lesquelles et dans quelles conditions ; ii) si les institutions financières ou les prestataires de services d'évaluation du crédit peuvent réutiliser les données accessibles, le cas échéant, à des fins commerciales ; et iii) des dispositions spécifiques relatives à la protection de la vie privée applicables aux MPME³⁴³.

173. Même en présence d'un cadre juridique ou réglementaire adéquat, des obstacles pratiques peuvent compromettre la collecte des données. Par exemple, les organismes publics manquant souvent de ressources humaines et financières suffisantes pour tenir leurs registres le plus à jour possible, les données qui y figurent contiennent des données périmées, très peu utiles aux fins de l'évaluation du crédit³⁴⁴. En raison de diverses contraintes, notamment budgétaires, les États peuvent ne pas être en mesure d'apporter un soutien financier à l'ensemble des organismes publics qui collectent des données pertinentes pour l'évaluation du crédit des MPME. Une stratégie viable consisterait donc à affecter les ressources en priorité à ceux d'entre eux qui disposent de documents essentiels aux fins de cette évaluation (par exemple, les autorités fiscales).

c) Données alternatives

174. Lorsque des MPME ou leurs clients utilisent des services d'informatique en nuage ou leurs téléphones mobiles ou intelligents, sont actifs sur les médias sociaux, vendent ou achètent sur des plateformes de commerce électronique, expédient des

partager des données en raison des obligations relatives au secret bancaire. Voir Banque mondiale, ICCR, « Facilitating SME financing » (note 324 *supra*), p. 18.

³⁴⁰ On estime par exemple qu'aux États-Unis, moins de la moitié des fournisseurs dans le cadre du commerce interentreprises partagent des informations pertinentes avec les sociétés d'évaluation du crédit commercial.

³⁴¹ *Ibid.*, p. 19.

³⁴² Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 93), le secrétariat a modifié le libellé précédent pour en supprimer les mots « l'existence potentielle », afin de clarifier que les registres des sûretés ne fournissent pas de preuve de l'existence d'une sûreté.

³⁴³ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 92), le secrétariat a modifié ce paragraphe (par. 218 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) afin i) d'assurer une rédaction plus équilibrée compte tenu de la nature des informations détenues par les organismes publics ; et ii) de supprimer les recommandations qui y transparaissaient.

³⁴⁴ Banque mondiale, ICCR, « Facilitating SME financing » (note 324 *supra*), p. 21.

colis³⁴⁵, effectuent des paiements électroniques, concluent une transaction en ligne ou gèrent leurs créances, leurs dettes et leur comptabilité en ligne, ils créent des empreintes numériques³⁴⁶. Définies comme des données alternatives³⁴⁷, ces empreintes revêtent depuis quelques années, une importance croissante dans l'évaluation du crédit³⁴⁸. La tendance à la prolifération des données alternatives peut faciliter l'accès au crédit, en particulier pour les petites entreprises opérant dans l'économie informelle qui n'ont que de « très minces dossiers de crédit », si tant est qu'elles en aient³⁴⁹. Ces données alternatives peuvent également intéresser les prêteurs³⁵⁰, car elles permettent une évaluation plus complète de la solvabilité de l'entreprise, à partir non seulement d'informations conventionnelles telles que les informations financières, mais aussi de données créées en dehors du système financier, ce qui peut donc se traduire par une amélioration de la cote de crédit³⁵¹ de l'entreprise. En outre, comme les données proviennent de sources numériques, il est plus facile de surveiller la situation de la MPME, de détecter les fraudes et d'adopter les mesures pertinentes d'atténuation des risques. Cela peut également encourager l'entreprise à faire preuve de comportements financiers positifs³⁵². Enfin, dans la mesure où elles sont habituellement générées par des fournisseurs tiers, les données alternatives peuvent être plus fiables que les informations sur la valeur des actifs et les états financiers communiqués par la MPME, ce qui contribue également à réduire le risque de prêt encouru par les prêteurs³⁵³.

175. Toutefois, dans de nombreux pays, l'absence d'un cadre juridique et réglementaire solide peut constituer un obstacle à l'utilisation efficace de données alternatives, ce qui peut entraîner, par exemple, des inexactitudes ainsi que des problèmes de protection des données personnelles³⁵⁴, de confidentialité et de propriété intellectuelle. Par exemple, les données provenant des médias sociaux sont souvent réunies sans le consentement des MPME. L'utilisation qui en est faite peut alors être illégale puisqu'elles ne sont habituellement pas destinées à être utilisées à des fins

³⁴⁵ Par exemple, une société FinTech basée aux États-Unis utilise, entre autres sources d'information, les registres d'expédition des transitaires internationaux pour évaluer le risque et la solvabilité des entreprises qui sollicitent un prêt. Voir GPFI, « Alternative Data Transforming SME Finance » (2017), p. 12.

³⁴⁶ OCDE, « Discussion Paper on Credit Information Sharing » (note 336 *supra*), p. 12.

³⁴⁷ Le Partenariat mondial pour l'inclusion financière (GPFI) qualifie d'« alternatives » les données générées par le recours accru aux outils numériques et aux systèmes d'information. Voir GPFI, « Use of Alternative Data to Enhance Credit Reporting to Enable Access to Digital Financial Services by Individuals and SMEs operating in the Informal Economy », Note d'orientation élaborée par l'ICCR (2018), p. 14. Le GPFI est une instance ouverte à tous les pays du G20, aux pays non membres du G20 intéressés et à d'autres parties prenantes, qui a pour objet d'agir en faveur de l'inclusion financière, notamment de la mise en œuvre du Plan d'action du G20 sur l'inclusion financière, approuvé lors du sommet du G20 tenu à Séoul le 10 décembre 2010. Pour de plus amples informations, voir <https://www.gpfi.org>.

³⁴⁸ Par exemple, une plateforme de prêt numérique pour les petites entreprises se fonde sur des données alternatives telles que le volume d'affaires, le nombre de colis UPS qu'une entreprise envoie et reçoit au fil du temps, ou l'activité sur les médias sociaux, pour garantir les prêts de MPME. Voir <https://yabx.co/2020/08/04/use-of-alternative-data-to-revolutionize-digital-sme-lending/>. Autre exemple, au Chili, une grande agence d'évaluation du crédit s'est associée à une start-up afin d'utiliser les données des téléphones portables pour fournir un « score prédictif d'inclusion » aux personnes sans antécédents de crédit. Voir Banque mondiale, « Credit Reporting Knowledge Guide » (2019), p. 110.

³⁴⁹ GPFI, « Use of Alternative Data » (note 347 *supra*), p. 5.

³⁵⁰ Voir par exemple www.datappeal.io/5-benefits-of-alternative-data-for-banks-and-financial-institutions-from-enriched-credit-scoring-to-lead-qualification/.

³⁵¹ La notation du crédit est une analyse statistique visant à déterminer la solvabilité des emprunteurs, qu'il s'agisse de consommateurs individuels ou de petites entreprises. La décision des prêteurs d'accorder ou de refuser un crédit repose sur les résultats de la notation.

³⁵² GPFI, « Use of Alternative Data » (note 347 *supra*), p. 5.

³⁵³ Voir Hong Kong Monetary Authority, « Alternative Credit Scoring of Micro-, Small and Medium-sized Enterprises », p. 29.

³⁵⁴ Voir par exemple la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108), 1985, disponible à l'adresse <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list?module=treaty-detail&treatynum=108>.

d'évaluation du crédit. En outre, si l'on n'en contrôle pas correctement la collecte, les données alternatives peuvent conduire à des pratiques de notation discriminatoires fondées sur la race, la couleur, le sexe, l'état civil ou autres caractéristiques similaires du propriétaire de la MPME³⁵⁵. Les forums d'experts internationaux³⁵⁶ estiment que, pour favoriser une utilisation efficace et transparente des données alternatives, les États pourraient réformer leurs lois afin de clarifier la manière de recueillir et de traiter ces données de façon à préserver leur exactitude et leur intégrité (conformément aux normes internationales de protection de la confidentialité et des données), à garantir qu'elles respectent les lois ou réglementations en matière de crédit et à éviter toute discrimination potentielle.

176. Les données alternatives circulant par-delà les frontières, on peut aussi se poser la question de leur traitement dans divers pays. Il peut y avoir des différences dans les données susceptibles d'être réunies pour obtenir un prêt ou échangées au niveau international, ou des difficultés à identifier les MPME dans différents pays en raison de systèmes d'identification incompatibles ou non normalisés. Par exemple, les forums d'experts internationaux recommandent aux États de coopérer avec les organismes internationaux compétents pour harmoniser différents aspects de leurs régimes juridiques applicables aux flux de données transfrontières³⁵⁷, y compris l'adoption d'un identifiant unique mondial pour les MPME, qui pourrait grandement faciliter l'échange international de données³⁵⁸. Dans la mesure où la collecte de données alternatives implique l'identification des MPME et le flux de données entre les organismes d'évaluation du crédit et les prêteurs, les travaux de la CNUDCI sur les questions juridiques liées à l'économie numérique, notamment sur la gestion de l'identité et les services de confiance et sur les transactions de données, peuvent être pertinents. Les travaux entrepris par la CNUCED sur le rôle et la valeur des données numériques dans le commerce électronique et les activités destinées à promouvoir un système de gouvernance mondiale des données peuvent également contribuer à améliorer l'accès des MPME au crédit³⁵⁹.

Recommandation 9³⁶⁰ :

La législation devrait préciser la nature et la portée des obligations en matière d'évaluation du crédit commercial, en tant que mesure visant à faciliter l'appréciation de la solvabilité des MPME.

6. Appui aux MPME en difficulté financière³⁶¹

177. Des régimes d'insolvabilité efficaces facilitent l'accès au crédit non seulement en permettant le redressement³⁶² et en appuyant diverses possibilités de

³⁵⁵ GPFI, « Use of Alternative Data » (note 347 *supra*), p. 6.

³⁵⁶ Ibid.

³⁵⁷ GPFI, « Use of Alternative Data » (note 347 *supra*), p. 26.

³⁵⁸ Ibid.

³⁵⁹ Voir par exemple les travaux du Groupe intergouvernemental d'experts du commerce électronique et de l'économie numérique de la CNUCED (<https://unctad.org/fr/meeting/groupe-intergouvernemental-dexperts-du-commerce-electronique-et-de-leconomie-numerique-0>) ou la série de rapports sur l'économie numérique (<https://unctad.org/webflyer/digital-economy-report-2021>).

³⁶⁰ Le secrétariat a inclus une recommandation invitant les États à envisager d'aborder la question de l'évaluation du crédit commercial dans leurs lois sans prescrire la manière dont elle pourrait être traitée, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 90).

³⁶¹ Le secrétariat a modifié cette section pour indiquer que le cadre général du droit de l'insolvabilité offre également des orientations utiles pour la mise en place d'un système de soutien à l'accès au crédit des MPME, en se référant aux première et deuxième parties du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (2004).

³⁶² Le terme « redressement » désigne le processus par lequel la prospérité et la viabilité financières de l'entreprise d'un débiteur peuvent être rétablies et l'entreprise peut continuer de fonctionner par le recours à différents moyens pouvant comprendre la remise des dettes, le rééchelonnement

restructuration extrajudiciaire de la dette avant même l'ouverture d'une procédure, mais aussi en garantissant la réaffectation des ressources à des fins productives grâce à des mécanismes appropriés de vérification de la viabilité des entreprises et à la liquidation rapide des entreprises non viables.

178. Les options de restructuration de la dette prévues par tout régime d'insolvabilité effectif et efficace sont essentielles pour toutes les formes de soutien aux MPME en détresse financière. Lorsqu'elles connaissent des difficultés financières, les MPME n'ont souvent pas les ressources nécessaires pour faire face à des coûts de restructuration élevés (y compris le recours à des conseils professionnels), même si le recours à la technologie (par exemple, l'intelligence artificielle et les mégadonnées) peut éventuellement réduire ces coûts³⁶³. De nombreuses petites entreprises viables sont donc contraintes à l'insolvabilité parce qu'elles n'ont pas pu procéder à une restructuration dès l'apparition de difficultés. Si un cadre de restructuration efficace est adopté, les prêteurs seront peut-être plus disposés à octroyer des crédits aux MPME, car un tel cadre pourrait éviter les liquidations inutiles de MPME viables et, par conséquent, maximiser la valeur pour les créanciers, les propriétaires et l'économie dans son ensemble. Il pourrait également contribuer à la gestion efficace des prêts en souffrance et permettre d'éviter l'accumulation de ces prêts dans les bilans des banques. Le nombre élevé de prêts improductifs dans certaines parties du secteur bancaire limite la capacité des banques à proposer des prêts aux MPME.

Mécanismes de la loi sur l'insolvabilité

179. Bien qu'elles ne soient pas spécifiquement adaptées aux besoins des MPME, les première et deuxième parties du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (2004) offrent des conseils utiles pour la mise en place d'un système de soutien à l'accès au crédit de ces entreprises. Ainsi, les prêteurs peuvent être plus disposés à accorder un financement lorsqu'il existe des règles transparentes et certaines sur i) le traitement des créances et la reconnaissance de leurs droits et créances nés en vertu de lois autres que celles sur l'insolvabilité, par exemple la loi sur les opérations garanties³⁶⁴ ; ii) le traitement à accorder aux contrats dans lesquels ni le débiteur ni son cocontractant ne se sont encore entièrement acquittés de leurs obligations respectives³⁶⁵ ; et iii) l'exercice des droits à compensation existant dans des lois autres que celles sur l'insolvabilité³⁶⁶. En outre, ils peuvent être encore plus disposés à octroyer un prêt après l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité lorsque les règles définissent une priorité pour les nouveaux financements accordés après l'ouverture de cette procédure (au moins par rapport aux créanciers chirographaires ordinaires) et permettent l'octroi de sûretés sur les actifs (aussi bien non grevés que déjà grevés)³⁶⁷. Enfin, et ce n'est pas le moins important, les créanciers peuvent aussi être encouragés à participer à ces négociations si l'homologation par le tribunal d'un plan de restructuration négocié entre le débiteur et eux peut se faire selon une procédure accélérée³⁶⁸.

180. Le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises* (le « Guide législatif ») a été spécifiquement conçu pour prendre en compte les circonstances particulières de ces entreprises³⁶⁹. Les

des dettes, la conversion de créances en prises de participation et la cession totale ou partielle de l'entreprise en vue de la poursuite de l'activité.

³⁶³ Selon certaines études, les coûts liés aux difficultés financières représentent 10 % à 20 % de la valeur de marché d'une petite entreprise. Voir A. Gurrea-Martinez, « Implementing an Insolvency Framework for Micro and Small Firms » (2020), note 49.

³⁶⁴ *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* (2004), recommandations 3, 4 et 188.

³⁶⁵ *Ibid.*, recommandations 69 à 86.

³⁶⁶ *Ibid.*, recommandation 100.

³⁶⁷ *Ibid.*, recommandations 63 à 68.

³⁶⁸ *Ibid.*, recommandations 160 à 168.

³⁶⁹ *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises* (2021). Également publié en tant que cinquième partie du *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité*, il est destiné non pas à remplacer mais à compléter les orientations données dans les autres parties de cet ouvrage.

dispositions relatives aux nouveaux financements, à la restructuration informelle et aux mécanismes de sauvetage précoce sont particulièrement pertinentes dans ce contexte. Le *Guide législatif* recommande de prévoir et d'encourager les mesures incitant à l'octroi de nouveaux financements aux MPE en proie à des difficultés financières avant l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité, afin de leur permettre de sauver l'entreprise et d'éviter l'insolvabilité. Il faudrait notamment assurer une protection appropriée aux prêteurs concernés (en veillant notamment à ce qu'ils soient remboursés au moins avant les créanciers chirographaires ordinaires) et aux parties dont les droits peuvent être affectés par l'octroi d'un tel financement³⁷⁰.

181. Le *Guide législatif* reconnaît également l'importance des négociations informelles de restructuration de la dette. Les États sont encouragés à prévoir des mesures appropriées pour encourager les créanciers à participer à ces négociations (par exemple, incitations fiscales, exemption des opérations résultant de ces négociations d'éventuelles actions en annulation)³⁷¹. Ils sont également encouragés à repérer et à éliminer les obstacles qui découragent le recours à ces négociations (par exemple, obligation de demander l'ouverture d'une procédure formelle dans un certain délai après la survenance de certains événements, dispositions de la loi sur l'insolvabilité relatives à l'annulation des opérations conclues pendant une certaine période avant le dépôt de la demande d'ouverture)³⁷². En outre, l'octroi d'un appui institutionnel à la tenue de négociations informelles de restructuration de la dette (par exemple, intervention d'un organisme public ou privé compétent pour faciliter les négociations) est également recommandé³⁷³.

182. Par ailleurs, le *Guide législatif* envisage la mise en place de mécanismes pour envoyer aux micro- et petites entreprises des signaux précoces de détresse financière, améliorer les connaissances des dirigeants et propriétaires de ces entreprises en matière de gestion financière et commerciale et favoriser leur accès aux conseils de professionnels³⁷⁴. Il met en lumière trois mécanismes qui peuvent être particulièrement utiles pour assurer le sauvetage précoce des micro- et petites entreprises. Premièrement, des outils d'alerte précoce pourraient être mis en place par l'État ou par des entités privées pour détecter les circonstances susceptibles de déclencher l'insolvabilité, et signaler aux entreprises la nécessité d'agir sans délai. Deuxièmement, il faudrait mettre à la disposition des micro- et petites entreprises des outils pédagogiques visant à accroître leurs connaissances et compétences en matière de gestion financière et commerciale (voir également par. 225). Enfin, il faudrait faciliter l'accès de ces entreprises à des conseils de professionnels, qui pourraient être fournis par des organismes publics ou privés, concernant les options de restructuration de la dette ou les questions relatives à l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité³⁷⁵.

Recommandation 10³⁷⁶ :

Les mesures législatives visant à soutenir les MPME traversant des difficultés financières devraient tenir dûment compte des normes internationales existantes, telles que le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité* et le *Guide législatif sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises*.

³⁷⁰ Ibid., recommandation 107.

³⁷¹ Ibid., recommandation 105 et commentaire y afférent.

³⁷² Ibid., recommandation 104 et commentaire y afférent.

³⁷³ Ibid., recommandation 106 et commentaire y afférent.

³⁷⁴ Ibid., recommandation 103.

³⁷⁵ Ibid., recommandation 103 et commentaire y afférent.

³⁷⁶ Le secrétariat a inclus une recommandation générale en faveur de l'adoption de dispositions législatives fondées sur le *Guide législatif de la CNUDCI sur le droit de l'insolvabilité à l'intention des micro- et petites entreprises*, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 94).

7. Réalisation et exécution³⁷⁷

183. L'inadéquation des mécanismes d'exécution et de réalisation disponibles par rapport aux montants recouvrables représente une autre difficulté majeure qui entrave l'octroi de crédits aux MPME. L'exécution rapide, prévisible et abordable des droits contractuels pourrait contribuer à développer le marché du crédit et à améliorer l'accès au crédit. Inversement, des processus trop lourds risquent de décourager l'octroi de prêts aux MPME.

184. La question de l'exécution est importante pour toutes les dettes, aussi bien garanties que non garanties. Dans les deux cas, le créancier peut généralement obtenir une décision judiciaire à l'encontre d'un débiteur défaillant, ce qui déclenchera une procédure lui permettant d'obtenir satisfaction, généralement en utilisant les actifs du débiteur. Dans certains systèmes juridiques, le créancier est en droit de procéder à une exécution forcée contre un débiteur défaillant sans avoir à obtenir au préalable une décision judiciaire sur le fond. Il existe, selon les pays, de nombreuses approches différentes en ce qui concerne la réalisation extrajudiciaire.

185. La section 3 ci-dessus (sur les opérations garanties) souligne déjà l'importance de l'efficacité de la réalisation pour un régime des sûretés qui facilite l'accès des MPME au crédit en ce qui concerne aussi bien les biens meubles que les immeubles (voir par. 80 et 91). La complexité des procédures peut avoir un impact négatif sur l'accès des MPME au crédit. Le prêteur peut, par exemple, être tenu d'intenter une action en justice pour faire reconnaître sa sûreté, saisir et vendre le bien grevé selon des règles strictes et sous la supervision d'un agent public³⁷⁸. D'autre part, l'existence de mécanismes d'exécution efficaces et économiques, y compris de nature extrajudiciaire, comme le prévoit la *Loi type*, est susceptible d'encourager les prêteurs à accorder des prêts aux MPME en fonction de leurs actifs. Si l'exécution extrajudiciaire peut être plus avantageuse pour les prêteurs, elle présente toutefois des risques d'abus. Pour limiter ces risques, la *Loi type* impose des conditions relatives à ce type d'exécution (art. 77 à 80)³⁷⁹. Il convient de noter, en particulier, qu'elle ne restreint pas l'accès aux tribunaux. Lorsqu'une partie à une convention constitutive de sûreté ne respecte pas la loi et que l'autre partie a une plainte, la partie lésée conserve le droit d'engager un recours en justice (art. 74).

186. On notera que des lois autres que celles sur les sûretés peuvent avoir des incidences sur les possibilités qui s'offrent aux prêteurs en matière de réalisation et d'exécution. Ainsi, certaines lois peuvent limiter la constitution de sûretés sur des biens d'équipement ménager ou la saisie de biens personnels, ou limiter le montant pour lequel une sûreté sur ces biens peut être réalisée. La question de savoir s'il devrait être interdit de réaliser certains biens (par exemple, les biens personnels essentiels et les biens d'équipement ménager) est une question de politique générale qu'il appartient à chaque État de trancher. La *Loi type* ne prévaut pas sur ces dispositions (art. 1-6). Pour autant qu'elles soient énoncées de manière transparente dans la loi, les prêteurs peuvent s'accommoder de telles restrictions.

187. Au niveau national, de nombreux pays ont introduit des mécanismes susceptibles d'inciter les personnes concernées à ne pas manquer à leurs obligations, comme les registres (publics ou privés) de débiteurs, limitant ainsi le besoin de recourir à des procédures d'exécution. Ces mécanismes pourraient servir à faciliter le respect des ordonnances d'exécution, mais ils ne sont souvent pas considérés comme faisant partie de la procédure d'exécution en tant que telle³⁸⁰. En outre, les récentes

³⁷⁷ Le secrétariat a ajouté une nouvelle section autonome sur les mécanismes d'exécution et de réalisation (qui ne se limite pas à la réalisation des sûretés sur des biens meubles) et l'a placée avant la section sur les mécanismes de règlement des différends, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 102).

³⁷⁸ *Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties*, chap. VIII, par. 1.

³⁷⁹ Voir aussi *Guide pratique de la CNUDCI* (note 150 *supra*), par. 304.

³⁸⁰ Voir le document de réflexion pour la première session du groupe de travail d'UNIDROIT sur les bonnes pratiques pour des procédures d'exécution efficaces, Étude LXXVIB – W.G.1 – doc. 2, par. 43.

réformes des lois en matière d'exécution³⁸¹ ont introduit des outils plus spécifiques que les huissiers pourraient utiliser pour faire valoir les créances, tels que l'autorisation pour ces derniers d'obtenir des informations sur la situation financière du débiteur et l'obligation pour un débiteur défaillant de divulguer ses revenus et sa situation financière au début de la procédure d'exécution³⁸². Enfin, l'utilisation de la technologie numérique dans l'exécution des créances (y compris la gestion numérique des activités d'exécution et l'utilisation de l'intelligence artificielle pour automatiser l'exécution) mérite également d'être prise en considération³⁸³.

8. Mécanismes de règlement des différends³⁸⁴

188. Il est essentiel de disposer d'un système efficace de règlement des différends pour convaincre les MPME³⁸⁵ d'emprunter et les prestataires de services financiers, y compris les organismes d'évaluation du crédit, d'étendre leurs services aux petites entreprises. Les litiges peuvent porter sur des frais ou intérêts jugés excessifs, sur l'utilisation de certains produits (cartes de crédit, hypothèques, etc.), sur le rejet de demandes de prêt ou sur des conseils financiers jugés insuffisants³⁸⁶. Dans les relations établies entre les petites entreprises et les organismes d'évaluation du crédit (ou les fournisseurs de données), la gamme des plaintes peut s'étendre de la demande de rectification d'erreurs ou de décisions défavorables rendues sur la base de données inexactes à la suppression de certaines données ou à la demande d'indemnisation pour un dommage subi.

189. Dans de nombreux pays, le règlement de différends financiers par voie judiciaire n'est pas une solution viable pour la plupart des MPME, en particulier les micro- et petites entreprises, car il peut s'avérer trop complexe et revient généralement plus cher que la valeur du prêt. Les MPME n'ont souvent pas les moyens financiers nécessaires pour s'engager dans de longues procédures, ni les compétences requises pour en gérer les difficultés (en revanche, les entreprises matures de taille moyenne peuvent disposer des compétences et des ressources financières nécessaires). L'existence de mécanismes de recours extrajudiciaires susceptibles de résoudre ces différends efficacement et à faible coût peut donc encourager les MPME à rechercher des prêts. Des mécanismes de recours efficaces seraient également bénéfiques pour les prestataires de services financiers. En effet, les institutions financières sont généralement plus disposées à accorder des prêts à des MPME lorsqu'il existe des dispositifs adéquats pour leur permettre de recouvrer leurs fonds³⁸⁷ en cas de défaillance, et les créanciers s'en trouvent mieux protégés. La décision d'accorder ou non un prêt est souvent influencée par plusieurs aspects du système judiciaire, notamment i) le nombre d'étapes procédurales requises pour faire exécuter un contrat et ii) la durée et le coût d'une procédure de règlement judiciaire. Une procédure judiciaire lourde nécessite que l'on consacre davantage d'efforts et de ressources au recouvrement du crédit et peut même entraîner des pertes pécuniaires pour l'institution financière en cas de défaillance de la MPME, car les crédits accordés à ces entreprises sont généralement de faible montant. La durée des procédures de

³⁸¹ S'inspirant des meilleures pratiques nationales, UNIDROIT mène depuis 2020 des travaux sur les meilleures pratiques pour des procédures d'exécution efficaces, en vue d'élaborer un instrument international qui aiderait les législateurs nationaux à aborder les questions liées à l'exécution des créances commerciales, garanties ou non. Pour de plus amples informations, voir <https://www.unidroit.org/fr/travaux-en-cours/execution-meilleures-pratiques/>.

³⁸² Voir le document de réflexion d'UNIDROIT (note 380 *supra*), par. 44.

³⁸³ Voir, de manière générale, la publication de l'Union internationale des huissiers de justice (UIHJ) sur le Code mondial de l'exécution digitale, novembre 2021.

³⁸⁴ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 97), le secrétariat a modifié l'intitulé du présent chapitre.

³⁸⁵ Les entreprises de taille moyenne et les micro- et petites entreprises sont souvent confrontées aux mêmes problèmes en ce qui concerne les différends avec les prêteurs.

³⁸⁶ CGAP, « Financial Access, The State of Financial Inclusion Through the Crisis » 2010, p. 32.

³⁸⁷ Le secrétariat a supprimé les mots « contrôler les risques présentés par l'emprunteur » (A/CN.9/WG.I/WP.128, par. 228), comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 97).

règlement des différends influence souvent le coût du prêt octroyé par des institutions financières et leur disposition à prêter ; en effet, plus le processus est rapide, plus le recouvrement l'est aussi. Enfin, en raison du coût élevé des actions judiciaires et des honoraires d'avocat, les prestataires de services financiers peuvent davantage hésiter à accorder de petits prêts aux MPME. Comme l'a noté le Groupe consultatif d'assistance aux pauvres (CGAP), l'existence de mécanismes de recours en cas de litiges financiers n'est donc pas seulement une question d'équité, en ce qu'il faut remédier au déséquilibre de pouvoir entre les MPME et les prestataires de services financiers, mais elle profite aussi au secteur du crédit dans son ensemble, car elle en renforce la durabilité³⁸⁸.

a) Système de règlement des différends à deux voies

190. Pour résoudre efficacement les litiges entre MPME et prestataires de services financiers, de nombreux États appliquent un système de règlement à deux voies³⁸⁹, comme pour d'autres types de différends opposant des prestataires de services et des clients. Ce système associe des procédures internes de traitement des plaintes mises en œuvre par les prestataires de services financiers et des mécanismes de recours externes traitant les plaintes qui n'ont pas été résolues par les mécanismes internes. S'agissant du fonctionnement de ces mécanismes, les bonnes pratiques garantiront qu'ils sont accessibles à un coût raisonnable, indépendants, équitables, responsables, rapides et efficaces et qu'ils n'imposent pas de contraintes aux MPME³⁹⁰. Il convient de noter que si les mécanismes internes de traitement des plaintes sont également accessibles aux entreprises de taille moyenne, certains mécanismes de recours externes peuvent être réservés aux micro- et petites entreprises (voir par. 196).

a. Procédures internes de traitement des plaintes

191. Dans les pays observant de bonnes pratiques, les procédures internes de traitement des plaintes doivent généralement respecter des normes minimales, exigeant par exemple que les petites entreprises soient clairement informées des motifs qu'elles peuvent invoquer pour déposer une réclamation et des dispositifs prévus à cet effet. Ainsi, des mécanismes appropriés (y compris du point de vue des heures d'ouverture) y existent, qui répondent également aux besoins des MPME éloignées sur le plan géographique. Les bonnes pratiques encourageraient la mise à disposition de mécanismes spécialement adaptés aux besoins spécifiques de certains entrepreneurs, notamment ceux qui sont analphabètes ou ne parlent que des dialectes locaux³⁹¹. En outre, il est important que les prestataires de services financiers accusent réception des réclamations au moyen d'un support durable, par exemple par écrit ou sous une autre forme qui puisse être conservée par les MPME. Pour que les procédures internes de traitement des plaintes soient efficaces, ils doivent également communiquer aux MPME le délai maximal dans lequel ils donneront une réponse définitive, qui ne devrait pas excéder le délai maximal applicable dans le cas d'un mécanisme de recours externe (par exemple ombudsman financier, médiateur ou autre). Enfin, si des mécanismes de recours externes sont disponibles, les petites

³⁸⁸ CGAP, « Financial Access » (note 386 *supra*), p. 31.

³⁸⁹ Comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 97), le secrétariat a précisé que le système à deux voies était régi par la loi. Le Groupe de travail voudra peut-être prendre note de la modification du titre de cette sous-section.

³⁹⁰ OCDE, Principes de haut niveau du G20 sur la protection financière des consommateurs (2011), p. 7.

³⁹¹ Voir Banque mondiale, « Good Practices for Financial Consumer Protection » (2017), p. 49 et 50. Cette compilation d'initiatives d'ordre politique, législatif ou réglementaire menées avec succès dans le monde regroupe, complète et développe les orientations et principes internationaux existants en la matière, tels que les Principes de haut niveau du G20 sur la protection financière des consommateurs. Ces bonnes pratiques peuvent aussi s'appliquer aux MPME, qui rencontrent généralement les mêmes difficultés que les consommateurs et ont besoin de la même protection fondamentale.

entreprises devraient être informées, tout au long du traitement de leurs réclamations, de la possibilité de s'en saisir pour demander réparation³⁹².

b) Mécanismes de recours externes

192. Si les MPME ne sont pas satisfaites de la décision rendue dans le cadre du système interne de traitement des plaintes, elles devraient être en mesure de faire appel à des mécanismes de recours externes tels que les services de médiation financière (ombudsman), la médiation commerciale et l'arbitrage. Ces derniers ne sont pas mutuellement exclusifs puisqu'ils ont des portées différentes et, dans certains pays, les réclamations des clients peuvent être traitées à l'aide de plus d'un mécanisme³⁹³. Par exemple, l'ombudsman financier ne se contente pas d'enquêter et de résoudre les litiges entre prêteurs et MPME, il peut également fournir un soutien aux entreprises afin de prévenir les différends par le biais d'initiatives qui vont de communications régulières à des groupes consultatifs, en passant par des réunions ad hoc. Toutefois, les décisions qu'il rend ne sont souvent pas contraignantes pour les parties et il n'apporte pas toujours de solution rapide aux problèmes complexes. Certains délais peuvent également empêcher les petites entreprises de porter plainte auprès d'un ombudsman.

193. Lorsque le prêteur et la MPME souhaitent minimiser le conflit, la médiation peut s'avérer plus appropriée pour les aider à préserver leur relation. Il s'agit en effet d'un mécanisme consensuel, informel et souple, plus rapide qu'une procédure contentieuse, et qui donne à chaque partie la possibilité de comprendre le point de vue de l'autre et de trouver des solutions sur mesure. Toutefois, les parties peuvent mettre fin au processus de médiation à tout moment, compromettant ainsi les chances de parvenir à un règlement à l'amiable. En outre, la médiation n'aboutit pas nécessairement à une décision contraignante, puisque le médiateur, comme l'ombudsman, ne dispose pas d'un tel pouvoir³⁹⁴. La *Loi type de la CNUDCI sur la médiation commerciale internationale et les accords de règlement internationaux issus de la médiation* (2018) et la *Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation* (New York, 2018) (la « Convention de Singapour sur la médiation ») fournissent des règles harmonisées au niveau international, qui s'appliquent également dans le contexte des litiges entre prêteurs et MPME, afin d'aider les États à réformer et à moderniser leur législation sur la médiation. Il existe dans plusieurs pays des services de médiation bancaire ad hoc, qui peuvent soit proposer des services spécifiques aux petites entreprises, soit être ouverts aux entreprises de toute taille, y compris les MPME, et de tout statut juridique³⁹⁵. La médiation bancaire peut être particulièrement adaptée aux petites entreprises car non seulement elle favorise le règlement à l'amiable des différends avec des prêteurs, mais elle facilite aussi l'échange mutuel d'informations financières et renforce la capacité des MPME à fournir des informations adéquates dans le cadre des transactions financières³⁹⁶. Comme indiqué précédemment, les avantages de la médiation bancaire vont souvent au-delà du prêt individuel concerné³⁹⁷. Les prêteurs et les MPME peuvent être encouragés à recourir à la médiation et à la médiation

³⁹² Ibid.

³⁹³ CGAP, « Financial Access » (note 386 *supra*), p. 31.

³⁹⁴ Le secrétariat a souligné le caractère consensuel et la nature non contraignante de la médiation (première et troisième phrases du paragraphe, respectivement), comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 97).

³⁹⁵ Par exemple en France, où un service de médiation bancaire fonctionne sous la supervision de la Banque de France. Voir <https://mediateur-credit.banque-france.fr/>.

³⁹⁶ Voir par exemple le service de médiation crédit bancaire en Belgique. Pour de plus amples informations, voir : Conseils et médiation : améliorez vos perspectives d'accès au crédit, disponible à l'adresse www.1890.be/solution/mediation-credit.

³⁹⁷ OCDE (rédigé par L. Cusmano), « Credit mediation for SMEs » (2013), p. 29.

bancaire (lorsqu'elle est disponible) avant d'envisager des modes de règlement des différends de type contradictoire tels que l'arbitrage³⁹⁸.

194. Lorsque le litige ne peut être résolu à l'amiable et doit être réglé de manière plus formelle, l'arbitrage peut être préférable à la procédure contentieuse, en particulier pour les différends portant sur des prêts de faible montant, car il est rapide et économique. Dans certains pays, des clauses imposant l'arbitrage pour le règlement des différends survenant entre prêteurs et MPME sont incluses dans l'accord de prêt. Toutefois, les bonnes pratiques découragent de telles politiques car elles limitent les possibilités de recours des MPME. Si l'arbitrage est moins formel qu'une procédure judiciaire (et donc moins intimidant pour une petite entreprise), s'il suit des règles de procédure plus simples et adaptables aux besoins des parties et s'il est gage de souplesse en ce qui concerne le calendrier et le lieu des audiences, il s'agit néanmoins d'une procédure contradictoire qui exige des avocats, voire parfois d'autres experts^{399, 400}. Il peut donc représenter une option coûteuse et ne pas être viable pour les MPME, notamment en raison de la faible valeur des prêts. De plus, les recours contre une sentence arbitrale peuvent en général uniquement être introduits devant un tribunal. Les textes législatifs et contractuels de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international fournissent un ensemble complet de règles pour aider i) les États à renforcer le régime d'arbitrage national, et ii) les institutions arbitrales à élaborer des règles pour les procédures d'arbitrage.

195. Afin d'accroître l'accès des MPME aux mécanismes de règlement des différends, les organisations régionales et les États sont de plus en plus nombreux à prôner l'utilisation de mécanismes en ligne. Il s'agit de plateformes faciles à utiliser, rapides et peu coûteuses, qui ne nécessitent pas la présence physique des parties. Ce sont entre autres ces caractéristiques qui les rendent particulièrement adaptées aux litiges portant sur de faibles montants et à ceux qui naissent de transactions internationales. Par exemple, l'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) a lancé le Cadre de collaboration pour le règlement en ligne des litiges transnationaux entre entreprises, dans le but notamment d'aider les petites entreprises à résoudre de tels différends portant sur de petits montants. Les mécanismes en ligne exigent toutefois un environnement juridique favorable qui permet, par exemple, l'élection de for et n'exige pas la présence physique des parties ou la présentation écrite de documents. Les États peuvent donc être amenés à modifier leur législation nationale en conséquence. Les Notes techniques de la CNUDCI sur le règlement des litiges en ligne (2017) peuvent fournir des orientations aux États, aux plateformes de règlement des litiges en ligne et aux administrateurs au sujet de la mise au point et de l'utilisation de ces mécanismes.

196. Comme indiqué précédemment, dans de nombreux pays, certains mécanismes de recours externes, comme l'ombudsman⁴⁰¹, offrent leurs services tant aux consommateurs qu'aux micro- et petites entreprises, car ceux-ci rencontrent généralement les mêmes difficultés et ont besoin d'être similairement protégés dans les différends les opposant à des banques, à leurs filiales et à d'autres intermédiaires financiers. Afin de déterminer si une entreprise peut bénéficier de ces services, les États utilisent généralement des critères tels que le nombre de salariés ou le chiffre

³⁹⁸ À sa trente-huitième session, le Groupe de travail est convenu que les parties pourraient envisager la médiation comme une première étape pour résoudre leurs différends (A/CN.9/1122, par. 97). Le Secrétariat a traduit cette décision en ajoutant cette dernière phrase (par. 232 du document A/CN.9/WG.I/WP.128).

³⁹⁹ Banque mondiale, « Good practices » (note 392 *supra*), p. 52.

⁴⁰⁰ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 97), le secrétariat a : i) ajouté une référence à l'efficacité de l'arbitrage en termes de temps et de coûts et ii) précisé que l'arbitrage ne devrait jamais être obligatoire.

⁴⁰¹ Par exemple, l'Office of the Banking Services Ombudsman à la Trinité-et-Tobago (www.ofso.org.tt/index.php/about-us/), le Financial Ombudsman Service au Royaume-Uni ou la Australian Financial Complaints Authority (AFCA). L'autorité australienne a été établie en 2018 pour remplacer le Financial Ombudsman Service et le Credit and Investments Ombudsman. De plus amples informations sont disponibles à l'adresse www.afca.org.au.

d'affaires annuel, qui sont fixés à un niveau excluant de facto les entreprises de taille moyenne.

b. Caractéristiques des mécanismes de recours externes

197. Conformément aux bonnes pratiques, les mécanismes de recours externes sont généralement instaurés par des associations sectorielles ou établis par la loi⁴⁰². Qu'ils soient d'origine législative ou sectorielle, il est recommandé qu'ils répondent à des normes minimales claires, conformément à la loi ou à la réglementation, et qu'ils soient placés sous le contrôle d'un organisme indépendant tenu de rendre des comptes aux autorités publiques ou à l'organisme de réglementation⁴⁰³. En outre, il convient également qu'ils fonctionnent de manière économique, afin de réduire au maximum les charges financières pour leurs utilisateurs, en particulier les entreprises de petite taille, ainsi que pour le contribuable en général s'il s'agit d'entités publiques. Un bon rapport coût-efficacité peut être obtenu grâce à une évaluation régulière des ressources humaines et financières disponibles, de façon à planifier l'affectation de celles-ci et à limiter le risque d'abus. Le suivi régulier du traitement des dossiers permet d'améliorer les procédures et d'en faciliter l'utilisation. Afin d'assurer la viabilité des mécanismes de recours⁴⁰⁴ tout en élargissant l'accès des MPME (voir par. 201), on peut s'appuyer sur des fonds publics ou des partenariats public-privé ou demander aux institutions financières de prendre en charge le coût des services.

198. Comme on l'a noté ci-dessus (par. 192 et 193), une question importante concernant ces mécanismes est de savoir s'ils peuvent rendre des décisions contraignantes. En effet, certains, comme l'ombudsman ou la médiation, peuvent davantage reposer sur une application volontaire, même si les risques d'atteinte à la réputation poussent souvent les entités financières à se conformer à leurs décisions. Par exemple, si une institution financière ne respecte pas les décisions du mécanisme de recours compétent, un avis de non-exécution peut être publié⁴⁰⁵. Afin de protéger les petites entreprises, certains pays ont fait en sorte que les décisions du mécanisme de recours externe lient les entités financières⁴⁰⁶, et que ces dernières ne soient pas autorisées à en faire appel, sous peine d'entraîner des procédures judiciaires longues et coûteuses dans lesquelles les petites entreprises seraient nettement désavantagées⁴⁰⁷. Dans certains pays, toutefois, les restrictions au droit de faire appel des décisions du mécanisme de recours externe peuvent être incompatibles avec la constitution⁴⁰⁸ tandis que dans d'autres pays, les appels ne sont autorisés que dans

⁴⁰² À titre d'exemple, la Banque mondiale cite les mécanismes mis en place par des organisations de microfinance ou des associations sectorielles, comme MFIN et Sa-Dahn en Inde, ALAFIA au Bénin et AMFIU en Ouganda. Voir Banque mondiale, « Good practices » (note 392 *supra*), p. 52.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 51.

⁴⁰⁴ Dans certains pays, ces mécanismes sont financés par des fonds publics alloués soit par le gouvernement central (par exemple, en Lituanie), soit par une autorité publique particulière, comme une banque centrale ou un organisme de réglementation financière (par exemple, en Espagne et en Pologne). Dans d'autres, ils le sont par une association sectorielle ou par les membres du mécanisme alternatif de règlement des litiges (par exemple, en Arménie, en Australie, au Canada, au Royaume-Uni et à Trinité-et-Tobago). Voir Banque mondiale, « Good practices », *ibid.*, p. 52.

⁴⁰⁵ Voir l'*arbitro bancario finanziario* en Italie (document A/CN.9/780, par. 22). Ce terme peut se traduire approximativement par « arbitre financier bancaire ».

⁴⁰⁶ Par exemple, en Fédération de Russie, la loi fédérale #123-FZ du 4 juin 2018 énumère les organisations qui sont obligées de se conformer aux décisions du commissaire aux droits des consommateurs de services financiers (qui englobent les MPME). Si elles ne s'y conforment pas, la décision du commissaire peut être exécutée par les autorités d'exécution judiciaire.

⁴⁰⁷ Banque mondiale, « Good practices » (note 392 *supra*), p. 52.

⁴⁰⁸ À sa trente-huitième session, le Groupe de travail est convenu de préciser aux paragraphes 199 et 200 (par. 237 et 238 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) que, dans certains pays, les restrictions au droit de faire appel d'une décision du mécanisme de recours externe peuvent ne pas être compatibles avec la constitution (A/CN.9/1122, par. 97). Par souci d'amélioration de la cohérence du texte, le secrétariat a traduit cette décision dans le présent paragraphe (par. 236 du document A/CN.9/WG.I/WP.128).

certaines circonstances, par exemple en cas de manquement aux règles de procédure ou de parti pris avéré du médiateur⁴⁰⁹.

199. D'autres caractéristiques essentielles à la bonne marche des mécanismes de recours externes sont leur indépendance et l'impartialité de leur processus décisionnel, qui contribuent à renforcer la confiance dans leur fonctionnement. Par exemple, l'International Network of Financial Services Ombudsman Schemes (réseau international des programmes d'ombudsman des services financiers) note que l'indépendance doit être ancrée dans la loi ou dans une constitution approuvée par une entité publique, que les parties ne doivent pas être en mesure d'exercer une influence – directe ou indirecte – sur le mécanisme de médiation, et que le médiateur ou les membres des comités décisionnels ne doivent pas avoir travaillé dans une entité financière couverte par le mécanisme au cours des années précédentes⁴¹⁰. L'indépendance et l'impartialité du processus décisionnel des mécanismes doivent également être préservées de toute influence indue exercée par leurs sources de financement respectives, qu'elles soient publiques ou privées ou une combinaison des deux. On notera qu'il pourra être difficile, dans la pratique, de quantifier les dommages dans certains cas (par exemple, en cas d'erreur ou d'inexactitude des données figurant dans les registres des crédits), ainsi que la réparation correspondante, et que la loi ou la réglementation pourraient donner des orientations à cet égard.

200. Comme indiqué précédemment (voir par. 190), dans les pays mettant en œuvre de bonnes pratiques, les principes d'accessibilité, d'efficacité, d'équité, de transparence et de redevabilité guident aussi les activités des mécanismes de recours externes. Les paragraphes suivants donnent un bref aperçu de la manière dont ils sont mis en œuvre.

i) Accessibilité

201. La loi garantit habituellement que les mécanismes fournissent des informations dans des termes clairs et compréhensibles, que les utilisateurs y ont facilement accès, tant en ligne qu'en personne, et qu'ils peuvent déposer des plaintes par le biais de différents supports. En outre, aucuns frais ne sont exigés (ou bien uniquement des frais minimes), car cela risquerait de dissuader les plaignants d'utiliser le service⁴¹¹. Si les frais peuvent parfois être considérés comme un moyen d'empêcher les réclamations infondées, il semble plus efficace d'habiliter le mécanisme de recours externe à rejeter les réclamations jugées abusives, vexatoires ou infondées⁴¹².

ii) Efficacité

202. La loi définit clairement ce qui constitue une plainte et précise que celle-ci sera traitée sans délai par le biais d'une procédure souple et informelle, ne nécessitant pas l'intervention d'un avocat ou d'un conseiller. En outre, les parties sont informées de la réception des documents par le mécanisme de recours, et les décisions rendues par ce dernier devraient être prises et mises à disposition dans un délai déterminé.

iii) Équité

203. Les pays mettant en œuvre de bonnes pratiques veillent habituellement à ce que les procédures du mécanisme de recours permettent aux parties de recevoir tous les documents soumis, de faire valoir leurs arguments et de répondre à ceux de l'autre partie, ainsi que d'avoir accès à toutes les déclarations faites et aux avis donnés par les experts et de pouvoir les commenter.

⁴⁰⁹ Par exemple, Malte et Arménie. En ce qui concerne les limitations de la portée d'un appel, voir l'article 17 de la loi de la République d'Arménie sur le Médiateur du système financier, disponible à l'adresse www.fsm.am/media/2398/law-on-fsm.pdf.

⁴¹⁰ Réseau INFO, *Approches efficaces à l'égard des principes fondamentaux*, 2014, p. 3.

⁴¹¹ Voir Banque mondiale, « Good practices » (note 392 *supra*), p. 52.

⁴¹² Par exemple, Australie, Arménie et Malte.

iv) *Transparence et responsabilité*

204. Enfin, conformément aux bonnes pratiques, les mécanismes de recours informent les parties de la portée de leurs activités et des types de litiges dont ils peuvent être saisis. Ils doivent notamment leur indiquer tout seuil défini, le cas échéant, les règles de procédure régissant leurs interventions et le type de règles qui peuvent être appliquées dans le cadre de leurs activités de règlement des différends, ainsi que toute exigence que les parties peuvent devoir remplir avant que la procédure ne puisse être engagée.

c. *Règlement des différends entre MPME et fournisseurs de produits d'ingénierie financière*

205. Le recours accru des MPME à des services d'ingénierie financière a entraîné une multiplication des litiges opposant ces entreprises aux fournisseurs de produits d'ingénierie financière, notamment en ce qui concerne la propriété des données, le manque de transparence des conditions contractuelles ou le caractère exécutoire des contrats. Étant donné que, dans de nombreux pays, les fournisseurs de tels produits ne sont pas réglementés par les autorités du secteur financier et ne doivent pas se conformer aux mêmes réglementations que le secteur bancaire, il se peut qu'il n'existe pas de procédures internes de traitement des plaintes introduites par des MPME⁴¹³. En outre, les pays ne disposent pas tous de mécanismes de recours externes permettant de déposer une plainte contre ces fournisseurs⁴¹⁴ et, comme on l'a noté plus haut (voir par. 189), le règlement des différends financiers par voie judiciaire ne constitue pas une solution viable pour les MPME dans de nombreux pays.

206. Afin d'apporter une certaine protection aux MPME qui utilisent des services d'ingénierie financière, des codes de conduite ont été élaborés au sein du secteur FinTech de certains pays⁴¹⁵, pour faire face aux comportements irresponsables de certains prestataires. Si ces outils ne sauraient remplacer un système de recours approprié, ils peuvent inciter les prestataires à améliorer leurs pratiques pour assurer la protection des utilisateurs de leurs services. Les États qui cherchent à renforcer l'efficacité des codes de conduite peuvent envisager d'exiger l'adhésion aux associations qui les ont élaborés, ainsi que de solides mécanismes d'application au sein même du secteur⁴¹⁶. De manière générale, il serait toutefois souhaitable de veiller à ce que l'obligation d'établir des procédures internes de traitement des plaintes s'applique de la même manière à tous les fournisseurs de produits ou services financiers, y compris dans le domaine de l'ingénierie financière, et à ce que les mécanismes de recours externes traitent les plaintes concernant l'ensemble des prestataires de services financiers⁴¹⁷. Étant donné que de nombreuses opérations d'ingénierie financière concernent des services et des produits de faible valeur et ont une dimension internationale, il a été estimé que les mécanismes de règlement des litiges en ligne pouvaient également constituer une option efficace pour résoudre les différends en découlant (voir par. 195)⁴¹⁸.

⁴¹³ Australian Small Business and Family Enterprise Ombudsman, <https://www.asbfeo.gov.au/sites/default/files/2021-11/ASBFEO-fintech-borrowing-guide.pdf>.

⁴¹⁴ Au Portugal, par exemple, ce rôle est assumé par la Banque centrale. Voir OCDE, « Effective Approaches for Financial Consumer Protection in the Digital Age: FCP Principles 1, 2, 3, 4, 6 and 9 » (2019), p. 46. De son côté, la Banque centrale irlandaise a précisé, en 2014, que, dans la mesure où les plateformes entre particuliers ne constituaient pas des activités réglementées, l'ombudsman des services financiers ne pouvait pas instruire les réclamations les concernant. Voir Banque mondiale, « Consumer Risks in FinTech » (note 54 *supra*), p. 78. Comme indiqué à la page 13, cette publication s'intéresse aux consommateurs de détail, catégorie qui inclut les MPME.

⁴¹⁵ Par exemple, Kenya et Indonésie. Voir Banque mondiale, « Consumer Risks in FinTech » (note 54 *supra*), p. 68.

⁴¹⁶ Ibid.

⁴¹⁷ Voir OCDE, « Effective Approaches for Financial Consumer Protection » (note 415 *supra*), p. 45.

⁴¹⁸ S. W. Gumbira, D. Puspitawati et K. Tejomurti, « Unefficiency Settlement Of FinTech Lending Disputes And How Legal Framework To Settle It: Indonesia Perspective », dans *Journal of*

9. Pratiques de prêt équitables, y compris la transparence⁴¹⁹

207. Des conditions contractuelles et des pratiques commerciales équitables sont nécessaires pour limiter le risque, pour une MPME, de conclure un accord de crédit inadapté et renforcer la confiance entre le prêteur et la MPME. S'il importe que les lois nationales s'attaquent aux clauses et pratiques contractuelles abusives, elles devraient le faire d'une manière équilibrée qui protège les MPME et incite les prêteurs à accorder des prêts (voir également par. 7). Les garanties contre les pratiques abusives outrepassent parfois leur objectif de protection des MPME, car les entreprises pourraient s'en servir pour n'avoir pas à rembourser ou pour éviter des différends, ce qui risque de dissuader les prêteurs de consentir des prêts. L'équilibre approprié sera une question de politique générale et dépendra des besoins du pays ainsi que des conditions sociales et économiques qui y prévalent⁴²⁰. Les paragraphes ci-dessous traitent de la transparence et d'autres pratiques de prêt équitables en ce qui concerne la formation des contrats, les conditions contractuelles et les pratiques commerciales.

a) Transparence

208. La transparence est essentielle à la relation entre prêteurs et MPME, puisqu'elle contribue à atténuer les risques encourus par les premiers tout en permettant aux secondes de trouver plus facilement les produits les plus adaptés du point de vue de la qualité et des coûts, et de faire des choix en connaissance de cause. Cela permet de réduire le coût du crédit et, dans le même temps, de renforcer la compréhension mutuelle des parties, ce qui peut faciliter les décisions relatives aux prêts.

209. Outre la disponibilité d'informations suffisantes pour permettre aux prêteurs d'évaluer la solvabilité des MPME (voir par. 157 à 176), deux autres dimensions de la transparence sont particulièrement pertinentes dans le contexte de l'accès au crédit : i) des conditions générales claires et transparentes pour les produits et services de crédit ; et ii) la disponibilité d'informations suffisantes pour permettre aux MPME d'évaluer les différents moyens d'accéder au crédit (voir par. 225 et 228).

i) Conditions générales claires et transparentes

210. Dans la plupart des pays, les règles relatives à la transparence des conditions contractuelles et aux relations équitables avec les clients s'appliquent de manière générale aux produits et services bancaires et financiers (par exemple, comptes courants, dépôts, prêts et services de paiement). Les prêteurs peuvent ainsi être tenus de communiquer les informations sous une forme précise, en se voyant par exemple imposer des méthodes normalisées pour la présentation des tarifs. Ils doivent notamment mettre en évidence les principales caractéristiques du crédit, telles que l'accès, les risques et les restrictions, afin d'attirer sur eux l'attention des MPME⁴²¹. Cette clarté des conditions contractuelles permet aux MPME de prendre des décisions en connaissance de cause et leur assure un certain degré de protection, tout en réduisant les risques d'une mauvaise utilisation des prêts par ces entreprises. Par ailleurs, elle profite également aux prêteurs, car elle contribue à renforcer leur position sur le marché et à attirer de nouveaux clients.

211. La transparence et la communication d'informations sont également essentielles dans la relation contractuelle entre les MPME et les institutions non bancaires car,

Contemporary Issues in Business and Government, vol. 27, n° 2, 2021, disponible à l'adresse www.cibgp.com/article_10434.html.

⁴¹⁹ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-septième session (A/CN.9/1090, par. 89), le secrétariat a modifié le titre et le paragraphe introductif pour indiquer plus clairement que les mesures de garantie contre les pratiques abusives ne se limitaient pas à assurer la transparence, celle-ci faisant l'objet d'une sous-section.

⁴²⁰ L. Gullifer, I. Tirado, « A global tug of war » (note 207 *supra*), p. 1. Le secrétariat a déplacé ici ces considérations (par. 260 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) par souci de cohérence.

⁴²¹ Le secrétariat a ajouté cette phrase et modifié la deuxième phrase de ce paragraphe (par. 247 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) par souci de cohérence.

dans certains pays, les prestataires de services financiers numériques qui ne sont pas réglementés (comme les FinTechs) ne sont pas nécessairement tenus de communiquer certaines conditions propres à leurs produits, comme les conditions de prêt, qui peuvent être incomplètes ou peu claires ; le pourcentage annuel ; ou les frais des opérations, ce qui peut avoir pour conséquence, pour les MPME, de devoir payer des frais plus élevés que prévu⁴²². Les instances d'experts internationaux recommandent donc aux États d'exiger également des institutions non bancaires qu'elles communiquent des informations de manière claire et dans des termes compréhensibles aux petites entreprises, qui n'ont souvent pas les connaissances financières appropriées⁴²³. Il serait tout aussi important que les prestataires de services financiers numériques divulguent des informations sur la technologie utilisée pour assurer le fonctionnement des plateformes en ligne et, en particulier, signalent toute modification importante des composants matériels ou logiciels qui pourrait compromettre la capacité de la MPME à accéder à ses dossiers ou à effectuer des opérations numériques⁴²⁴.

212. Par ailleurs, le manque de transparence peut aussi concerner les institutions de microfinance, puisqu'on a constaté que certaines d'entre elles pouvaient fixer le prix de leurs produits de manière non transparente, en occultant le prix réel des prêts et en déconcertant les clients par des techniques telles que les taux d'intérêt « fixes » et les structures tarifaires complexes⁴²⁵. Si la transparence des prix est importante pour tout contrat de financement, elle l'est encore plus pour les MPME emprunteuses non averties qui ne peuvent s'offrir les conseils d'un avocat⁴²⁶. Entre autres choses, les instances d'experts internationaux recommandent que les institutions de microfinance soient tenues d'adopter des formules de tarification standard (avec des normes de divulgation appropriées) ainsi que des calendriers de remboursement standard⁴²⁷.

ii) *Facilité d'accès à l'information*

213. Il est également possible d'améliorer la transparence du financement des MPME en facilitant l'accès de ces entreprises aux informations sur les sources de financement appropriées et sur les moyens adéquats pour y accéder. Dans certains pays, le niveau d'information disponible est faible de manière générale ; dans d'autres, des obstacles inutiles entravent l'accès aux informations disponibles. Par exemple, il se peut que les services d'information facturent des frais d'accès, que leurs utilisateurs doivent s'enregistrer ou s'identifier d'une autre manière ou encore, si les informations sont disponibles en ligne, qu'ils soient tenus d'installer un logiciel spécifique. Pour faciliter la diffusion d'informations sur les solutions de financement qui s'offrent aux MPME et leurs conditions générales (y compris les taux d'intérêt), une première étape consisterait à mener des campagnes de sensibilisation avec le soutien des associations sectorielles (tant des institutions financières que des MPME) et par divers médias (par exemple, télévision, radio, presse, médias sociaux). Une coopération et un dialogue intersectoriels réguliers entre prêteurs et MPME pourraient également déboucher sur des initiatives (par exemple, services d'assistance) susceptibles d'aider les MPME à faire des choix en connaissance de cause.

⁴²² GPFI, « Promoting digital and innovative SME financing » (note 28 *supra*), p. 72.

⁴²³ *Ibid.*, p. 84.

⁴²⁴ J. Ballard, C. Brennan, C. French, E. Johnson, « Exploring the Legal Issues Relevant to Online Small-Business Lending » (2017), disponible à l'adresse www.americanbar.org/groups/business_law/publications/blt/2017/08/02_ballard/.

⁴²⁵ A/CN.9/780, par. 37.

⁴²⁶ *Ibid.*, par. 40.

⁴²⁷ *Ibid.*

Recommandation 11⁴²⁸ :

La loi devrait garantir que les prêteurs communiquent les informations sur les conditions des contrats de crédit de manière claire et dans des termes compréhensibles aux MPME dépourvues des connaissances financières appropriées.

b) Autres pratiques de prêt équitables*i) Formation des contrats*⁴²⁹

214. Pour garantir un traitement équitable aux MPME, il faudrait en premier lieu que les prêteurs leur expliquent, lors de la formation des contrats, les différents types de crédit qui peuvent leur convenir et les conséquences particulières de chacun⁴³⁰, et précisent le sens des clauses desdits contrats, en particulier des clauses techniques et financières ayant trait notamment aux taux d'intérêt, de sorte qu'elles soient compréhensibles et comparables aux clauses utilisées par d'autres prêteurs. Pour que les MPME puissent prendre connaissance de toutes les conditions susceptibles de leur être défavorables, il serait souhaitable que les clauses rédigées en petits caractères fassent l'objet d'un accord d'utilisation. Un traitement équitable impliquerait en outre que les prêteurs prévoient un délai de réflexion avant la conclusion du contrat, ou un délai pour l'exercice d'un droit de retrait après la conclusion du contrat, ou encore un dispositif associant ces deux options, afin de s'assurer que la petite entreprise concernée a bien compris les clauses du contrat et évalué les conséquences de leur application. En cas de rejet de la demande de crédit d'une MPME, les lois ou règlements applicables peuvent exiger des prêteurs qu'ils motivent leur décision de manière transparente et compréhensible.

ii) Clauses contractuelles

215. En tant qu'« habitués » du système et afin de réduire les coûts de transaction, les prêteurs ont tendance à utiliser des contrats standard pour les transactions financières conclues avec les emprunteurs (y compris les MPME)⁴³¹. En effet, toute négociation et toute modification du contrat standard qui en résulterait entraînent une augmentation des coûts de transaction, ce qui ne se justifie pas sur le plan économique lorsque le montant du prêt demandé est relativement modéré (par exemple, dans le contexte du financement des MPME). La personnalisation des contrats peut également entraîner une hausse des coûts d'emprunt pour les MPME⁴³². En raison de leur pouvoir de négociation limité, ces entreprises, en particulier les plus petites d'entre elles, reçoivent souvent des offres de contrat « à prendre ou à laisser » pour la conclusion d'opérations financières⁴³³.

⁴²⁸ Comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 99), le secrétariat a inclus une recommandation s'inspirant de l'avant-dernière phrase du paragraphe 211 (par. 248 du document A/CN.9/WG.I/WP.128).

⁴²⁹ Comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 98), le secrétariat a déplacé ici la partie sur la formation des contrats. Par souci de cohérence, il a également déplacé à cet endroit la référence aux clauses rédigées en petits caractères qui figurait au paragraphe 210 (par. 247 du document A/CN.9/WG.I/WP.128).

⁴³⁰ Par exemple, en Belgique. Voir la Loi relative à diverses dispositions concernant le financement des petites et moyennes entreprises, 21 décembre 2013, disponible à l'adresse : www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=fr&nm=2013003461&la=F.

⁴³¹ Il arrive souvent que les clauses des contrats de financement soient des clauses types des prêteurs, en ce qui concerne tant les questions de procédure (par exemple, les restrictions concernant les méthodes de prélèvement et de remboursement, les voies par lesquelles l'emprunteur est informé des modifications, ou les modalités et le lieu de règlement des litiges) que les questions de fond (par exemple, les taux d'intérêt après un défaut de paiement, ou la manière dont la notion de « défaut » est définie).

⁴³² L. Gullifer, I. Tirado, « A global tug of war » (note 207 *supra*), p. 12 et 13.

⁴³³ Australian Security and Investment Commission (ASIC), Report 565, « Unfair contract terms and small business loans » (2018), p. 4, disponible (en anglais) à l'adresse

216. Compte tenu de leurs connaissances financières limitées, de nombreuses MPME ne sont peut-être pas en mesure de repérer les conditions contractuelles qui peuvent leur être défavorables et de les comprendre pleinement, et risquent donc d'être lésées par certains prêteurs qui abusent de leur position de négociation plus forte. Par exemple, certaines clauses confèrent aux prêteurs un large pouvoir de modifier le contrat sans l'accord de l'entreprise ; d'autres peuvent leur permettre d'invoquer un défaut de paiement en cas de non-respect de certains indicateurs financiers comme le ratio prêt/valeur. Le risque d'abus est particulièrement élevé dans le contexte des produits et services d'ingénierie financière⁴³⁴, étant donné la rapidité avec laquelle les contrats sont conclus par voie électronique, souvent sans examen préalable ou suffisant de leurs conditions générales⁴³⁵. Il existe également un risque que des institutions financières de second rang utilisent des clauses contractuelles peu claires ou trompeuses. En effet, celles-ci ne sont généralement pas réglementées et tirent parti du fait qu'elles peuvent accorder des prêts plus rapidement que les institutions financières réglementées, ce qui attire facilement les MPME. On a signalé par exemple le cas d'institutions dont les clauses rédigées en petits caractères dans leur documentation prévoient des taux d'intérêt supérieurs à ceux annoncés dans le matériel de promotion, ou qui imposent des « frais de remboursement du capital » leur permettant de réclamer un pourcentage du capital au moment du règlement du prêt.

217. Afin de lutter contre les pratiques contractuelles abusives, certains pays⁴³⁶ ont étendu aux MPME la législation nationale qui protège les parties plus faibles négociant des contrats avec des parties en position de force, y compris des transactions financières. Cette législation peut définir ce qu'est une petite entreprise et préciser les critères selon lesquels une clause contractuelle peut être jugée abusive (par exemple, des taux d'intérêt élevés en cas de défaut de paiement, des clauses de résiliation inéquitable ou des définitions désavantageuses des cas de défaillance)⁴³⁷. Dans d'autres pays, l'équité des conditions contractuelles est assurée par le biais de mesures politiques adoptées par les banques centrales⁴³⁸, ou alors des codes de conduite ou des normes de pratique volontaires appliqués dans le secteur de l'industrie financière servent de référence pour les pratiques de prêt équitables⁴³⁹. Si ces outils peuvent être plus rigides que certaines normes réglementaires ou juridiques et offrir des niveaux de protection élevés aux petites entreprises, ils ne peuvent se substituer à une législation appropriée ayant force exécutoire et définissant les obligations des prêteurs.

<https://asic.gov.au/regulatory-resources/find-a-document/reports/rep-565-unfair-contract-terms-and-small-business-loans/>.

⁴³⁴ Selon une enquête réalisée aux États-Unis par une association de petites entreprises appelée « Small Business Majority », 74 % des personnes interrogées ont estimé qu'il fallait réglementer les prêts en ligne afin d'assurer la protection des petites entreprises contre les pratiques prédatrices en ligne. Voir « Small Business Owners Concerned with Predatory Lending, Support More Regulation of Alternative Lenders », 2017, disponible (en anglais) à l'adresse <https://smallbusinessmajority.org/our-research/access-capital/small-business-owners-concerned-predatory-lending-support-more-regulation-alternative-lenders>.

⁴³⁵ Ibid.

⁴³⁶ Par exemple, l'Australie. Australian Security and Investment Commission (ASIC), Report 565 (note 433 *supra*).

⁴³⁷ A/CN.9/913, par. 42.

⁴³⁸ Par exemple, la Malaisie. Voir la politique de traitement équitable des consommateurs de services financiers, 6 novembre 2019, publiée par la Bank Negara Malaysia (c'est-à-dire la Banque centrale), disponible (en anglais) à l'adresse : www.bnm.gov.my/documents/20124/761679/FTFC_PD_028_103.pdf/f83853d4-7146-9842-a40c-7e20bf0c9b75?i=1590696786502. Le terme « consommateur de services financiers » inclut également « une micro- ou petite entreprise telle que définie dans la notification relative à la définition des petites et moyennes entreprises (PME) publiée par la Banque le 27 décembre 2017 (BNM/RH/NT 028-51) ».

⁴³⁹ Par exemple, le Royaume-Uni. Les Standards of Lending Practice for business customers (2020) (normes de pratique pour les prêts aux entreprises) ont été officiellement reconnus par la Financial Conduct Authority (FCA) en 2020.

218. Dans les pays qui souhaitent aligner leur cadre juridique sur les bonnes pratiques internationales, la loi interdirait, par exemple, les conditions abusives dans les contrats financiers standard, qui seraient jugées nulles et inopposables⁴⁴⁰. Une autre bonne pratique souvent utilisée par la loi consiste à interpréter toute ambiguïté constatée dans un contrat standard au détriment de la partie ayant proposé la clause ambiguë, ce qui conduit à une interprétation plus favorable à la partie la plus faible, à savoir la MPME⁴⁴¹. À cet égard, il a été indiqué que le caractère équitable d'une clause contractuelle, notamment dans le cas d'une clause non financière, ne serait pas évalué de manière isolée, mais à la lumière des autres clauses du contrat⁴⁴². En déterminant les types de clauses que la loi jugera abusives et privera d'effet, les législateurs et les responsables politiques pourront souhaiter tenir compte des éventuelles conséquences d'une approche trop restrictive sur l'offre de crédit. Enfin, les États peuvent également protéger les petites entreprises en plafonnant dans la loi certains taux et certains frais prévus au contrat. Par exemple, dans certains pays, les lois ou règlements applicables fixent des plafonds sur le taux d'intérêt à appliquer en cas de défaut de paiement^{443, 444}.

219. Les autorités de contrôle peuvent jouer un rôle clef pour garantir le caractère équitable des clauses contractuelles, et il serait important que le cadre juridique interne établisse clairement leurs responsabilités, en particulier s'agissant d'évaluer la conformité des accords de prêt avec les exigences légales établies. Il s'agirait notamment de préciser la signification et la portée des clauses contractuelles abusives de manière transparente (par exemple, dans certains pays, les critères définissant le caractère abusif des clauses contractuelles peuvent être plus élevés pour les contrats de prêt commercial que pour les particuliers) afin de garantir la sécurité commerciale. Dans certains pays, par exemple, les autorités de contrôle analysent régulièrement les accords de prêt aux MPME afin de détecter les conditions et les clauses abusives et de prendre les mesures appropriées. Dans d'autres, elles tiennent également des registres des clauses contractuelles abusives, ce qui permet aux MPME de vérifier si l'accord conclu avec le prêteur comporte de telles clauses⁴⁴⁵.

iii) *Pratiques commerciales*⁴⁴⁶

220. Même lorsque les clauses et conditions d'un contrat sont équitables et équilibrées, des pratiques abusives, comme les offres de prêt par SMS non sollicitées, l'envoi de cartes de crédit payantes sans demande préalable du client, ou l'offre liée ou groupée de différents produits de crédit, peuvent s'exercer et miner la confiance mutuelle entre la MPME et le prêteur ainsi que présenter des risques de surendettement pour l'entreprise. Dans certains États, le cadre juridique et réglementaire prévoit des conséquences en cas de relations inéquitables. Par exemple, les entités financières réglementées doivent montrer comment elles intègrent la notion de traitement équitable dans toutes leurs pratiques concernant la clientèle⁴⁴⁷. Une autre bonne pratique consiste, pour les États, à établir un seuil minimal pour

⁴⁴⁰ Banque mondiale, « Good practices » (note 391 *supra*), p. 34.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 34.

⁴⁴² L. Gullifer, I. Tirado, « A global tug of war » (note 207 *supra*), p. 14.

⁴⁴³ Par exemple, l'Allemagne et l'Espagne, *ibid.*, p. 14 et 15.

⁴⁴⁴ Le secrétariat a déplacé ici cette phrase, qui figurait au paragraphe 241 (par. 257 du document [A/CN.9/WG.I/WP.128](#)), par souci de cohérence.

⁴⁴⁵ Banque mondiale, « Good practices » (note 391 *supra*), p. 35.

⁴⁴⁶ Comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session ([A/CN.9/1122](#), par. 98), le secrétariat a supprimé la référence à l'influence des normes socioculturelles sur les pratiques abusives. Il a en outre i) supprimé la référence aux garanties visant à protéger les groupes vulnérables, cette question étant déjà traitée au paragraphe 58, et ii) déplacé au paragraphe 58, par souci de cohérence, la référence à la discrimination qui résulte de l'utilisation de l'algorithme sous-tendant les modèles numériques d'évaluation de la cote de crédit. À la suite de ces modifications, le deuxième paragraphe de cette sous-section (par. 259 du document [A/CN.9/WG.I/WP.128](#)) a été supprimé.

⁴⁴⁷ Par exemple, le Royaume-Uni et la Malaisie, cités dans Banque mondiale, « Good Practices » (note 391 *supra*) p. 35.

déterminer si une pratique est équitable ou non⁴⁴⁸. En ce qui concerne les produits de crédit, les prêteurs peuvent être tenus d'appliquer des taux d'intérêt dégressifs (c'est-à-dire calculés sur le montant restant dû) plutôt que fixes (c'est-à-dire calculés sur le montant total du prêt). Comme les taux d'intérêt fixes ne tiennent pas compte du fait que chaque remboursement réduit progressivement le solde impayé de l'emprunt, les clients finissent par payer davantage d'intérêts qu'avec des taux d'intérêt dégressifs. En outre, les prêteurs peuvent également être tenus d'adopter des clauses d'acceptation expresse pour les dispositifs de déduction automatique des paiements et des frais, et d'éviter les pratiques abusives en matière de recouvrement des prêts⁴⁴⁹.

10. Environnement électronique⁴⁵⁰

221. Un cadre législatif favorable aux prêts obtenus par l'intermédiaire d'une plateforme est principalement constitué de règlements ou de lois ne relevant pas de ce que l'on peut considérer comme le droit commercial général. Par exemple, les lois sur la protection des données régissent l'obligation pour la plateforme de protéger les données de ses utilisateurs ; les lois bancaires générales traitent des obligations de connaissance de l'identité des clients ; et les lois relatives à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme peuvent s'appliquer aux opérateurs de plateformes. Les règles de droit commercial ou du droit des contrats pertinentes sont en premier lieu les lois garantissant la formation, la validité et l'exécution des contrats conclus par des moyens technologiques. À cet égard, les textes législatifs de la CNUDCI sur les transactions de données électroniques, l'identité numérique et les services de confiance peuvent apporter des solutions adaptées à des traditions juridiques différentes et à des pays se trouvant à divers stades de développement économique.

222. Ainsi, la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (1996)⁴⁵¹ établit des règles permettant de traiter de la même manière toutes les informations, qu'elles soient sous forme électronique ou sur support papier, et d'assurer la reconnaissance juridique des opérations et processus électroniques, sur la base des principes fondamentaux de non-discrimination à l'égard des moyens électroniques, d'équivalence fonctionnelle des documents électroniques et des documents papier et de neutralité technologique⁴⁵². La *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques* (2001)⁴⁵³ (LTSE) complète la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* (LTCE) en établissant des critères de fiabilité technique pour l'équivalence entre les signatures électroniques et manuscrites. Sur la base des mêmes principes de la LTCE, la LTSE établit également des règles de conduite de base qui peuvent servir de lignes directrices pour évaluer les obligations et responsabilités du signataire, de la partie se fiant à la signature et des tiers de confiance intervenant dans le processus de signature. En ce qui concerne les documents électroniques, la *Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques* (2017)⁴⁵⁴ vise à permettre l'utilisation légale de documents transférables électroniques aux niveaux national et international. Elle prévoit qu'un document transférable électronique qui satisfait aux conditions de la Loi type n'est pas privé de ses effets juridiques, de sa

⁴⁴⁸ Ibid., p. 36.

⁴⁴⁹ Ibid.

⁴⁵⁰ Le secrétariat a déplacé ici le passage sur l'importance d'un environnement juridique favorable au crédit numérique (par. 78 à 82 du document A/CN.9/WG.I/WP.128) par souci de cohérence. Dans ce même souci, le premier paragraphe (221) combine (et simplifie) les paragraphes 78 et 79 du document A/CN.9/WG.I/WP.128.

⁴⁵¹ Voir la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique* et le Guide pour son incorporation (1996) avec le nouvel article 5 bis tel qu'adopté en 1998.

⁴⁵² Le principe de « neutralité technologique » signifie que la loi ne présuppose pas l'utilisation d'une technologie particulière. Le principe d'« équivalence fonctionnelle » définit les critères selon lesquels les communications électroniques peuvent être considérées comme équivalentes aux communications sur support papier.

⁴⁵³ Voir la *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques* et le Guide pour son incorporation (2001).

⁴⁵⁴ Voir la *Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques* (2017).

validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'il se présente sous une forme électronique. En outre, la *Loi type de la CNUDCI sur l'utilisation et la reconnaissance internationale de la gestion de l'identité et des services de confiance*⁴⁵⁵ aborde divers obstacles à une utilisation plus large des services de gestion d'identité et des services de confiance, notamment à l'échelle internationale.

223. Certains progrès technologiques qui introduisent des dispositions contractuelles non traditionnelles (par exemple, les contrats intelligents⁴⁵⁶ ou les robots-conseillers⁴⁵⁷) peuvent nécessiter davantage de clarté juridique. Ces nouveaux contrats peuvent donc soulever des questions de validité, de caractère contraignant, de force exécutoire ou de responsabilité en cas d'erreur, questions que les lois nationales actuelles ne traitent peut-être pas comme il se doit. Ces questions sont examinées par la CNUDCI dans le cadre d'un nouveau projet sur le thème de l'automatisation des contrats qui a été confié à son Groupe de travail IV et qui permettra d'examiner les lacunes existantes dans le droit en vigueur et les solutions juridiques possibles.

224. Il convient de noter que plusieurs pays ont mis en place des environnements protégés par la loi et la réglementation (« bacs à sable réglementaires ») pour tester, dans un délai déterminé et sous le contrôle des autorités réglementaires, les nouveaux produits et services mis au point par les FinTechs (y compris dans le contexte de prêts obtenus par l'intermédiaire d'une plateforme) afin de déterminer s'ils peuvent être commercialisés à grande échelle. Ces « bacs à sable » permettent aux autorités réglementaires d'identifier les risques associés à ces innovations⁴⁵⁸ et d'adopter de nouvelles lois ou réglementations, ou d'améliorer celles existantes, afin de mieux y faire face⁴⁵⁹. Certains pays, par exemple, ont adopté des lois visant à faciliter la mise en place de bacs à sable réglementaires qui constituent un élément central de leur système national d'ingénierie financière⁴⁶⁰. Les bacs à sable réglementaires présentent également des avantages pour les FinTechs car elles peuvent leur fournir des conseils des autorités réglementaires sur la manière de respecter le cadre réglementaire et d'obtenir l'autorisation pour les nouveaux produits⁴⁶¹.

⁴⁵⁵ La CNUDCI a adopté la Loi type lors de sa cinquante-cinquième session, en juillet 2022. À la date du présent projet de guide, la version finale de la Loi type n'est pas encore parue. La Loi type s'appuie sur les textes existants de la CNUDCI sur le commerce électronique et complète ceux-ci, en particulier leurs dispositions relatives aux signatures électroniques. La confiance est un élément fondamental du commerce, et elle est particulièrement importante en ligne, car les moyens électroniques permettent d'effectuer des transactions sans interaction personnelle préalable. La gestion de l'identité vise à fournir des garanties suffisantes quant à l'identification en ligne de personnes physiques et morales. Les services de confiance visent à fournir des garanties suffisantes quant à la qualité des données, comme l'origine, l'intégrité et le moment de leur transmission. Le projet de loi type recense les exigences légales requises pour atteindre ce niveau de garantie et définit une norme législative relative non seulement à l'utilisation des transactions et des documents électroniques, mais aussi, de manière plus générale, aux échanges de données.

⁴⁵⁶ Pour une brève analyse des différentes significations du terme « contrat intelligent », voir [A/CN.9/1012/Add.1](#), par. 24. En ce qui concerne les transactions impliquant des technologies financières, le terme « contrat intelligent » peut être utilisé pour désigner des cas de figure dans lesquels les obligations contractuelles des parties sont exécutées de manière automatique par le logiciel, une fois que l'emprunteur a accepté les conditions en un seul clic (« J'accepte »), et les contrats sont inaltérables : voir Banque mondiale, « Smart Contract Technology and Financial Inclusion » (2020), p. 6.

⁴⁵⁷ Les robots-conseillers sont des plateformes en ligne qui établissent et gèrent les portefeuilles des clients de manière automatique à l'aide d'algorithmes.

⁴⁵⁸ G. Cornelli, S. Doerr, L. Gambacorta et Q. Merrouche, BIS, Working Paper No. 901, « Inside the regulatory sandbox: effects on fintech funding » (2020), p. 2.

⁴⁵⁹ Banque mondiale, « Global Experiences from Regulatory Sandboxes » (2020), p. 2.

⁴⁶⁰ Voir la section consacrée au Mexique dans Banque mondiale, *ibid.*, p. 20.

⁴⁶¹ G. Cornelli, S. Doerr, L. Gambacorta et Q. Merrouche, BIS, Working Paper No. 901 (note 458 *supra*), p. 2.

B. Autres mesures visant à améliorer l'accès des MPME au crédit : culture financière⁴⁶²

225. Un aspect important du processus visant à faciliter l'accès des MPME au crédit consiste à améliorer la culture financière de celles-ci, de façon à leur permettre de comprendre les différents types de produits financiers disponibles, de se mettre en rapport avec les institutions compétentes, de prendre des décisions éclairées et efficaces concernant leurs ressources financières, et d'élaborer leur demande de prêt. Les MPME devraient également disposer des connaissances financières nécessaires pour saisir pleinement les avantages et les conséquences de la constitution de sûretés sur leurs biens, ainsi que les exigences juridiques liées à une convention constitutive de sûreté (par exemple mode de constitution d'une sûreté, droits et obligations du constituant, réalisation). Il se peut également que ces entreprises nécessitent un ensemble plus large de compétences pour fonctionner efficacement dans leur environnement commercial et améliorer leur transparence sur le marché financier. Par exemple, les entreprises au début de leur cycle de vie peuvent avoir besoin de savoir comment repérer des marchés, adopter des méthodes de calcul des coûts appropriées, améliorer leurs pratiques comptables ou se conformer aux réglementations gouvernementales. Les entreprises mieux établies peuvent avoir besoin d'améliorer leur organisation interne ou la qualité des processus et des produits (par exemple, introduction de programmes de maintenance régulière et adoption de systèmes de certification de la qualité), ou encore leurs compétences en matière de marketing et d'exportation, et de connaître pleinement les Normes internationales d'information financière et les avantages qu'elles peuvent apporter en termes d'accès au crédit⁴⁶³. La formation dans le domaine financier peut donc être complétée par des programmes⁴⁶⁴ visant à renforcer les compétences techniques et de gestion des MPME. Enfin, dans les pays qui disposent de mécanismes de recours externes pour les différends financiers (voir par. 192 à 200), les MPME ignorent souvent qu'elles peuvent résoudre leurs différends avec des prêteurs par ce biais. Celles qui sont susceptibles d'avoir recours à ces mécanismes gagneraient à acquérir des connaissances sur leur champ d'application et leur fonctionnement (par exemple, soumission et traitement des réclamations, processus de prise de décisions), ce qui pourrait également les encourager à accéder aux services financiers.

226. Un autre aspect important est le renforcement des capacités des prêteurs, l'objectif étant qu'ils puissent évaluer correctement les besoins financiers des MPME et les éventuelles exigences particulières relatives à l'octroi de prêts à ces entreprises. Ils doivent affiner leur offre de produits financiers et savoir répondre aux difficultés qu'elles rencontrent s'agissant de prendre contact avec eux, de préparer la documentation nécessaire et de répondre aux critères pertinents. Cela peut valoir particulièrement pour ceux d'entre eux qui prêtent principalement à des entrepreneuses, celles-ci ayant souvent un accès limité à l'information et manquant de connaissances financières lorsqu'elles démarrent leurs activités. Enfin, le renforcement des capacités est essentiel pour que les organismes réglementaires puissent se tenir au courant des nouvelles lois et réglementations applicables au financement des MPME afin d'aider les institutions financières à les mettre en œuvre et d'assurer une supervision adéquate. Les institutions financières ayant des difficultés à octroyer des crédits aux MPME auraient intérêt à recevoir une formation sur la manière dont les réformes juridiques, telles que celles du droit des sûretés,

⁴⁶² Le secrétariat a modifié ce titre, comme le Groupe de travail l'avait demandé à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 101).

⁴⁶³ OCDE et G20, « Effective Approaches for Implementing the G20/OECD High-Level Principles on SME Financing » (2018), p. 30 et 31.

⁴⁶⁴ Par exemple, l'Italie fournit un soutien financier aux MPME qui utilisent des services de conseil pour améliorer les processus de production et les structures de gestion et d'organisation.

peuvent rendre plus efficaces les opérations de crédit (par exemple, constitution plus facile de sûretés, meilleure évaluation des actifs, réalisation efficace)⁴⁶⁵.

a) Renforcement des capacités des MPME

227. Dans plusieurs pays, des stratégies d'éducation financière ont été mises en œuvre dans l'idée qu'elles encourageraient l'esprit d'entreprise et réduiraient les obstacles à la demande de financement pour les MPME de toute taille et de tout type (personnes physiques ou morales). Ces stratégies peuvent s'adresser soit aux MPME uniquement, soit aux MPME et aux citoyens. Les micro- et petites entreprises sont souvent la catégorie de MPME la plus ciblée, indépendamment de la portée de la stratégie d'éducation. Certains pays encouragent l'éducation financière des MPME dans le cadre de stratégies plus larges visant à promouvoir l'inclusion financière⁴⁶⁶ ou à accroître l'emploi dans le secteur formel⁴⁶⁷.

228. Des stratégies efficaces peuvent être mises en œuvre au niveau national par différents moyens tels que l'enseignement formel dans les écoles ou les universités ou les programmes gouvernementaux ad hoc qui peuvent être proposés en partenariat avec le secteur privé ou les universités (par exemple, les centres universitaires destinés aux MPME)^{468, 469}. Elles couvrent habituellement les aspects généraux de la culture financière ainsi que certains thèmes qui peuvent renforcer la capacité des MPME à interagir avec les prêteurs (par exemple, savoir à qui s'adresser pour obtenir une assistance sur les questions financières) ; à comprendre l'interaction entre finances personnelles et commerciales ; à repérer les possibilités de financement et les risques financiers et à les gérer efficacement ; et à satisfaire aux exigences en matière de prêts. La viabilité à long terme de ces stratégies ne nécessite pas seulement l'allocation de fonds suffisants. Il importe tout autant de mettre en place des outils permettant d'évaluer les besoins des MPME en matière de connaissances, ainsi qu'un suivi et une évaluation adéquats de la mise en œuvre de ces stratégies, et de veiller à assurer l'indépendance de ces dernières par rapport aux cycles politiques du pays concerné.

229. Outre les stratégies gouvernementales, d'autres initiatives coordonnées par des organisations et des syndicats sectoriels, le secteur financier ou des ONG peuvent être mises en œuvre aux niveaux local et national⁴⁷⁰. Par exemple, le secteur boursier peut lancer des programmes visant à aider les petites et moyennes entreprises à accéder aux possibilités de financement à long terme. La formation et le tutorat peuvent aider ces entreprises à améliorer leurs compétences afin de faciliter leur éventuelle admission sur le marché des titres cotés⁴⁷¹.

230. En fonction de la nature des initiatives d'éducation financière, et afin d'atteindre le groupe de bénéficiaires le plus large possible, on peut envisager différents modes de diffusion, qui vont des brochures à l'accompagnement professionnel, en passant par les séminaires ou les services de conseil, les cours en ligne ou d'autres formes de diffusion numérique, notamment les médias sociaux ou les applications mobiles. Dans certains pays, des plateformes en ligne ont été mises en place pour faciliter les

⁴⁶⁵ Le secrétariat a ajouté cette dernière phrase conformément aux délibérations du Groupe de travail à sa trente-huitième session pour souligner l'intérêt qu'auraient les prêteurs à recevoir une formation sur la manière dont les réformes juridiques pouvaient faciliter les opérations de crédit (A/CN.9/1122, par. 101).

⁴⁶⁶ OCDE (rédigé par A. Atkinson), « Financial Education for MSMEs and Potential Entrepreneurs » (2017), p. 31.

⁴⁶⁷ Ibid., p. 33.

⁴⁶⁸ Par exemple, l'Argentine et la République dominicaine ont créé plusieurs centres universitaires destinés aux MPME. En Jordanie, la banque centrale a établi des partenariats avec d'autres acteurs financiers et des ONG (voir Alliance for Financial Inclusion, « Financial Education for the MSMEs: Identifying MSME Educational Needs » (2020), p. 13 et suiv.).

⁴⁶⁹ Le secrétariat a ajouté cette référence aux partenariats des pouvoirs publics pour donner suite aux délibérations tenues par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 101).

⁴⁷⁰ OCDE (rédigé par Atkinson), « Financial Education » (note 466 *supra*), p. 34 et 35.

⁴⁷¹ Par exemple, programme ELITE lancé par le London Stock Exchange Group. Voir www.aimlisting.co.uk/lse-elite-programme/.

échanges et l'apprentissage mutuel entre petites entreprises⁴⁷². D'autres pays, conscients des grandes difficultés que rencontrent les MPME dirigées par des femmes, ont créé des plateformes en ligne dédiées à la promotion de l'entrepreneuriat féminin, y compris leur accès aux services financiers. On peut également avoir recours à des médias plus traditionnels (par exemple, télévision, radio et magazines), qui sont susceptibles de toucher un public plus large que les médias sociaux, ces derniers nécessitant des compétences techniques plus poussées. En fonction de la nature de l'entité prestataire, qu'il s'agisse de l'État, d'une ONG ou du secteur d'activité, et de la portée des initiatives, celles-ci peuvent être payantes ou gratuites, bien qu'il soit souhaitable de limiter les initiatives payantes, compte tenu du manque de moyens financiers des MPME. Il convient de noter que tant les stratégies gouvernementales que les initiatives coordonnées par le secteur privé bénéficient souvent d'outils et de programmes⁴⁷³ élaborés par des organisations ou des réseaux internationaux⁴⁷⁴, qui reflètent les bonnes pratiques recensées à l'échelle mondiale.

b) Renforcement des capacités des prêteurs

231. Comme on l'a noté plus haut (voir par. 226), il importe d'améliorer la capacité des prêteurs à répondre aux besoins financiers des MPME et à comprendre comment conclure des transactions rentables avec elles. Par exemple, certains pays ont adopté des politiques visant à combler le déficit d'information existant entre prêteurs et petites entreprises en facilitant leur interaction directe par le biais de campagnes de sensibilisation, de courtage et de mise en relation⁴⁷⁵. De manière plus générale, les prêteurs devraient disposer d'outils leur permettant de comprendre les secteurs dans lesquels les MPME opèrent et d'évaluer les demandes de prêt dans ce contexte ; de repérer les meilleurs clients ; de réaliser des analyses de marché afin d'optimiser les produits et services offerts, voire d'en concevoir de nouveaux, spécifiquement adaptés aux MPME, ou à certains groupes de MPME ; de développer une culture de vente et des circuits de distribution appropriés, ainsi que des stratégies de gestion des risques adéquates pour soutenir les MPME solides aux moments critiques de leur cycle de vie⁴⁷⁶.

232. Comme indiqué précédemment, il importe que les prêteurs reçoivent des orientations (par exemple, code de conduite, accompagnement professionnel individualisé, formation) sur les bonnes pratiques de prêt applicables à leurs transactions avec des MPME, de manière à limiter leurs risques sans pour autant réduire la protection de ces entreprises. Ainsi, ils devraient être en mesure de les conseiller efficacement au sujet des produits les plus adaptés à leurs besoins et à leur situation financière, de surveiller les prêts accordés afin d'éviter le risque de défaillance et de répondre rapidement par des solutions appropriées lorsqu'une MPME rencontre des difficultés de paiement. Dans certains pays, les prestataires de

⁴⁷² Voir Chili et Singapour, cités dans OCDE (rédigé par A. Atkinson), « Financial Education » (note 466 *supra*), p. 52 et 58.

⁴⁷³ Ces outils et programmes soit se concentrent sur les besoins en matière de formation financière des micro- et petites entreprises, soit poursuivent un objectif plus large (par exemple, soutenir l'entrepreneuriat) mais ont un volet consacré à la culture financière.

⁴⁷⁴ Par exemple, le réseau international de l'OCDE sur l'éducation financière (OCDE/INFE), qui compte des membres dans 130 pays, a recensé les bonnes pratiques dans le monde et établi un cadre pour les responsables politiques et d'autres entités engagées dans la promotion de l'entrepreneuriat (par exemple, ONG et chambres de commerce), afin de les aider à concevoir des stratégies d'éducation financière pour les MPME ou à les améliorer, et à évaluer leurs connaissances financières. Voir OCDE/INFE, Cadre de compétences fondamentales pour la culture financière des MPME, 2018. Par ailleurs, un réseau international spécialisé dans l'accès au financement pour les MPME a mis sur pied une plateforme pour promouvoir l'échange de connaissances, la recherche et le partage des bonnes pratiques en matière de financement des PME. Voir le Forum de financement des PME à l'adresse www.smefinanceforum.org/about/what-we-do.

⁴⁷⁵ Voir OCDE, Papier de discussion, Conférence ministérielle sur les PME, 22 et 23 février 2018, Mexico, Améliorer l'accès des PME à des instruments de financement diversifiés, p. 19.

⁴⁷⁶ Société financière internationale/Banque mondiale, « Closing the Credit Gap for Formal and Informal Micro, Small, and Medium Enterprises », p. 17.

services financiers sont tenus d'adopter certaines mesures (également connues sous le nom de pratiques de prêt responsables) afin d'offrir une protection accrue aux emprunteurs non commerciaux, qui connaissent souvent moins bien le processus de prêt que les entreprises. Bien que certaines de ces pratiques puissent entraîner un allongement du délai de traitement des demandes de crédit, elles garantissent que les prêteurs agissent dans le meilleur intérêt de l'emprunteur. Une autre façon de renforcer la capacité des prêteurs pourrait consister à les sensibiliser afin qu'ils appliquent les pratiques de prêt responsables à leurs transactions avec les MPME.

233. Les initiatives de renforcement des capacités destinées aux prêteurs peuvent être organisées sous les auspices des organismes centraux de réglementation⁴⁷⁷ ou des autorités gouvernementales compétentes⁴⁷⁸ et inclure des programmes de formation pour les responsables de divisions MPME, y compris des formations des formateurs, l'apprentissage entre pairs ou des services de conseil. En outre, les prestataires de services financiers devraient développer leurs programmes internes, notamment les ateliers ou les formations en cours d'emploi, afin de permettre au personnel chargé des relations avec les MPME d'améliorer continuellement leurs connaissances et leurs compétences⁴⁷⁹.

234. Comme elles le font pour les MPME, certaines organisations internationales⁴⁸⁰ offrent également un appui pour améliorer la capacité des prêteurs à répondre aux besoins de ces entreprises par le biais d'activités d'assistance technique⁴⁸¹, qui peuvent prendre diverses formes : ateliers en présentiel ou en ligne, formations en cours d'emploi pour les directeurs de succursales, les responsables des prêts et autres, couvrant tous les aspects ayant trait à l'octroi de prêts aux MPME, documents d'orientation ad hoc et programmes consultatifs mondiaux destinés aux institutions financières. À ce sujet, on peut citer le *Guide pratique relatif à la Loi type de la CNUDCI sur les sûretés mobilières* comme exemple de texte qui explique bien aux prêteurs et aux emprunteurs, y compris aux petites entreprises, comment la constitution de sûretés peut faciliter l'accès au crédit à un coût raisonnable.

c) Renforcement des capacités des organismes de réglementation

235. Les organismes de réglementation et de surveillance jouent un rôle de premier plan dans la facilitation de l'accès au crédit pour les MPME. Ils doivent être en mesure de créer et de préserver un environnement favorable au financement des MPME, d'encourager la concurrence entre les institutions financières désireuses d'offrir leurs services à ces entreprises et de superviser l'application des régimes relatifs aux systèmes d'information sur les crédits et de paiement, ou à la transparence des prêts. Par ailleurs, au cours des dernières années, une nouvelle tendance mondiale en matière de réforme a amené les institutions financières à délaisser de plus en plus le prêt relationnel au profit du prêt transactionnel, obligeant ainsi les organismes de réglementation à acquérir des compétences techniques supplémentaires pour superviser la conduite de ces institutions. Enfin, l'élaboration de normes financières

⁴⁷⁷ Par exemple, la Banque de réserve indienne a lancé une mission nationale de renforcement des capacités des banques au service du financement des MPME, qui comprend des initiatives de formation, y compris des formations de formateurs, à l'intention des responsables de divisions MPME et de filiales de banques commerciales spécialisées dans les MPME. Voir www.bis.org/review/r170629g.htm.

⁴⁷⁸ Par exemple, en Zambie, l'un des objectifs de la Stratégie nationale pour l'inclusion financière (2017-2022) consiste à renforcer les capacités des prêteurs à consentir des prêts aux MPME, en particulier aux agriculteurs. Voir www.boz.zm/National-Financial-Inclusion-Strategy-2017-2022.pdf.

⁴⁷⁹ Voir Alliance for Financial Inclusion, « Financial Education for the MSMEs: Identifying MSME Educational Needs » (2020), p. 7.

⁴⁸⁰ Voir, par exemple, les initiatives de renforcement des capacités de la Banque mondiale, de la Société financière internationale et de la Banque européenne pour la reconstruction et le développement, citées aux paragraphes 200 et 201 du document A/CN.9/WG.I/WP.124.

⁴⁸¹ Par exemple, la Banque mondiale, entre autres, a aidé la République démocratique populaire lao à mettre en place un programme qui favorise l'accès des petites et moyennes entreprises au financement et renforce la capacité des banques et autres institutions financières à répondre aux besoins de ces entreprises.

toujours plus nombreuses par des instances internationales, en vue d'assurer la stabilité financière mondiale, exige également des organismes de réglementation qu'ils améliorent leurs connaissances et leur capacité à mettre celles-ci en œuvre de manière efficace après leur adoption par un État.

236. Afin de répondre de manière adéquate aux multiples exigences posées par le secteur financier, les organismes de réglementation doivent donc disposer d'un ensemble de compétences diverses et pouvoir se tenir au courant des évolutions. Pour les soutenir, les États peuvent mettre en place des mécanismes visant à évaluer régulièrement l'évolution de leurs besoins en matière de renforcement des capacités et à combler les éventuelles lacunes à l'aide de divers outils complémentaires. Par exemple, la participation à des rencontres internationales encourage l'apprentissage entre pairs car elle facilite la diffusion des normes internationales et l'échange de bonnes pratiques. L'élaboration de directives techniques est particulièrement efficace lors de l'arrivée de nouveaux produits financiers sur le marché ou après la mise en œuvre de réformes juridiques et réglementaires. Comme indiqué précédemment (voir par. 224), les bacs à sable réglementaires constituent un environnement protégé précieux pour les organismes de réglementation, où ils peuvent découvrir de nouveaux types de produits et tirer des enseignements des fournisseurs de crédit, en particulier en relation avec les FinTechs, et renforcer leur capacité à adapter le cadre réglementaire existant à l'évolution des besoins du secteur financier. Les ateliers et séminaires, qu'ils se tiennent en ligne ou en présentiel, permettent aux organismes de réglementation d'améliorer leurs connaissances avec l'aide d'experts et d'approfondir certains sujets spécifiques. Là encore, les organisations et réseaux internationaux⁴⁸² peuvent jouer un rôle clef en complétant les initiatives menées à l'échelle nationale ou régionale. Outre l'organisation de séminaires et de conférences et l'élaboration d'orientations techniques et de publications, ceux-ci peuvent renforcer la coopération internationale entre les organismes de réglementation financière⁴⁸³ et s'associer aux États et aux entités régionales pour offrir une assistance technique et des programmes de conseil adaptés aux besoins d'un pays ou d'une région spécifique.

Recommandation 12⁴⁸⁴ :

Les États devraient aller plus loin que les mesures juridiques et les mesures de politique générale favorisant l'accès des MPME au crédit à l'aide de politiques et de programmes pertinents visant à faire progresser la culture financière des MPME, des prêteurs et des organismes de réglementation.

⁴⁸² Des initiatives de coopération régionale ont aussi récemment porté sur le renforcement des capacités réglementaires dans le domaine de l'accès au crédit des MPME. Par exemple, la Superintendencia General de Entidades Financieras (SUGEF) du Costa Rica et l'Alliance for financial inclusion (AFI) ont organisé fin 2020 une manifestation internationale sur le renforcement des capacités, à laquelle ont participé 89 hauts fonctionnaires de 44 institutions membres de l'Alliance. Cette manifestation était consacrée à des produits d'information sur le financement des PME, notamment une note d'orientation et une fiche d'information sur la COVID-19 dans les pays membres de l'AFI. L'Association de coopération économique Asie-Pacifique (APEC) a créé un groupe consultatif sur le renforcement des capacités du système financier qui, depuis 2011, publie des rapports annuels sur les réformes politiques engagées dans les économies membres, y compris les nouveautés apportées à la réglementation en vue d'améliorer l'accès des MPME au financement (voir APEC, « 2021 Progress Report of APFF, APFIF and APIM », *passim*). L'Union européenne a coopéré avec l'Organisation des États d'Afrique, des Caraïbes et du Pacifique (OEACP) dans le cadre d'une série de projets, notamment le programme UE-ACP sur la microfinance, le projet « Appui au dialogue politique sur le climat d'investissement » de l'UE ou l'initiative de la Banque européenne d'investissement en faveur de l'accès des PME au financement.

⁴⁸³ Voir, par exemple, Banque des règlements internationaux, « The policy life cycle and capacity-building needs of financial sector authorities », discours présenté par M. Agustín Carstens, en 2018, disponible à l'adresse www.bis.org/speeches/sp180208.htm.

⁴⁸⁴ Le secrétariat a ajouté la présente recommandation, comme convenu par le Groupe de travail à sa trente-huitième session (A/CN.9/1122, par. 100).