



**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Quarante-sixième session
Vienne, 8-26 juillet 2013

**Microfinance: création d'un cadre juridique propice aux
microentreprises et aux petites et moyennes entreprises**

Note du Secrétariat

Table des matières

	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. Introduction	1-5	2
II. Un environnement juridique propice aux microentreprises	6-48	3
A. Présentation	6-13	3
B. Autres formes simplifiées d'entreprises dans le contexte de la microfinance ...	14-18	6
C. Mécanismes efficaces de résolution des litiges pour les microentrepreneurs et les petites et moyennes entreprises	19-27	8
D. Un environnement juridique favorable aux paiements par téléphone portable ...	28-35	11
E. Questions juridiques que pose l'accès au crédit des micro-, petites et moyennes entreprises	36-43	14
F. Un cadre juridique pour les procédures d'insolvabilité et de liquidation des MPME	44-48	17
III. La voie à suivre	49-55	19



I. Introduction

1. La microfinance est inscrite à l'ordre du jour de la Commission depuis 2009, lorsque, à sa quarante-deuxième session, elle a prié le Secrétariat d'établir une étude détaillée qui comprendrait une analyse des questions juridiques et réglementaires qui se posent dans le domaine de la microfinance. Cette étude devrait également contenir des propositions concernant la forme et la nature d'un document de référence sur les divers éléments requis pour créer un cadre juridique favorable à la microfinance, qu'elle pourrait envisager d'élaborer à l'avenir afin d'aider les législateurs et les responsables politiques du monde entier¹.

2. L'étude, que la Commission a examinée à sa quarante-troisième session, en 2010, s'est penchée sur le rôle que la microfinance jouait dans la lutte contre la pauvreté et la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement en aidant les nombreux pauvres actuellement exclus du système financier classique à accéder à des services financiers. Étant entendu qu'un environnement réglementaire approprié contribuerait au développement du secteur de la microfinance, la Commission est convenue de prier le Secrétariat de convoquer un colloque, auquel participeraient éventuellement des experts d'autres organisations travaillant activement dans ce domaine, pour étudier les questions légales et réglementaires liées à la microfinance et relevant du mandat de la CNUDCI. À l'issue du colloque, il devrait être établi un rapport qui exposerait les questions en jeu et contiendrait des recommandations sur les travaux que la CNUDCI pourrait utilement entreprendre dans ce domaine².

3. Tenu en janvier 2011, le colloque a abouti à un certain nombre de conclusions³. Malgré quelques initiatives concluantes menées à l'échelle nationale, il n'existait aucun ensemble cohérent de mesures légales et réglementaires pouvant servir de norme en matière de meilleures pratiques internationales. De nombreux États s'efforçaient de trouver un cadre réglementaire approprié pour promouvoir l'inclusion financière (terme le plus récent employé pour désigner la "microfinance"), et il a été proposé que la CNUDCI apporte une contribution notable à cet égard. Plusieurs questions qui méritent d'être examinées ont été recensées; la Commission, à sa quarante-quatrième session, en 2011, en a choisi quatre qui seront étudiées plus avant par le Secrétariat: i) la constitution de sûretés trop importantes et l'affectation en garantie de biens sans valeur économique; ii) la monnaie électronique, y compris en tant qu'épargne; la question de savoir si les "émetteurs" de monnaie électronique pratiquaient une activité bancaire et à quel type de réglementation ils étaient soumis; et la couverture de ces fonds par des programmes d'assurance des dépôts; iii) la mise en place de procédures équitables, rapides, transparentes et peu onéreuses de règlement des différends naissant d'opérations de microfinancement; et iv) la facilitation de l'utilisation des prêts garantis aux microentreprises et aux petites et moyennes entreprises, et la promotion

¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatrième session, Supplément n° 17 (A/64/17).*

² *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-cinquième session, Supplément n° 17 (A/65/17).*

³ Voir A/CN.9/727.

de la transparence dans ce type de prêts. À cette session, elle est convenue d'inscrire la microfinance au programme de ses travaux futurs⁴.

4. L'étude réalisée par le Secrétariat⁵ et présentée à la quarante-cinquième session de la Commission, en 2012, donne, pour que la Commission l'examine, un aperçu de l'état actuel de la question en ce qui concerne les quatre thèmes susmentionnés ainsi que les principaux aspects juridiques et réglementaires y relatifs. Après un débat, la Commission est convenue à l'unanimité que seraient organisés, à titre prioritaire, un ou plusieurs colloques sur la microfinance et des questions y relatives, notamment la mise en place de procédures simplifiées d'inscription et d'enregistrement des entreprises; l'accès des microentreprises et des petites et moyennes entreprises au crédit; le règlement des litiges naissant d'opérations de microfinancement; et d'autres thèmes liés à la création d'un cadre juridique propice aux microentreprises et aux petites et moyennes entreprises⁶.

5. La présente note expose les principales conclusions du colloque que le Secrétariat a organisé à Vienne du 16 au 18 janvier 2013. Ce colloque comprenait des présentations et des tables rondes sur les thèmes suivants: création d'un environnement juridique propice aux microentreprises et état de droit; inscription et enregistrement des microemprunteurs; mécanismes alternatifs efficaces de règlement des litiges pour les microentrepreneurs; environnement juridique propice aux paiements mobiles; questions juridiques liées à l'accès au crédit pour les micro-, petites et moyennes entreprises (MPME); et insolvabilité et redressement des microentreprises. Les orateurs et participants étaient notamment des spécialistes représentant des États, des organisations internationales, des organisations non gouvernementales, le secteur privé et les milieux universitaires du monde entier.

II. Un environnement juridique propice aux microentreprises

A. Présentation

6. Près de la moitié de la population active mondiale travaille dans le secteur parallèle, qui représenterait environ 10 billions de dollars par an (soit un tiers de l'économie mondiale)⁷. Comme l'indique la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, ces travailleurs "ne fonctionnent pas dans un cadre légal, mais en dehors: ils signent des contrats de travail informels, gèrent des entreprises non déclarées et occupent souvent des terres sur lesquelles ils ne possèdent pas de droits officiels"⁸. Les raisons qui les poussent à travailler dans le secteur informel sont notamment la charge fiscale, la réglementation excessive du secteur formel, la dégradation de la qualité des services publics (comme l'infrastructure) et de

⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*.

⁵ Voir document A/CN.9/756.

⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-septième session, Supplément n° 17 (A/67/17)*.

⁷ Voir R. Neuwirth, *Stealth of Nations: The Global Rise of the Informal Economy*, 2011, p. 27.

⁸ Rapport de la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, pour une application équitable et universelle de la loi, vol. I, 2008, p. 15.

l'administration⁹, ainsi que la dynamique du secteur formel. La situation, cependant, ne change pas: les microentreprises ne peuvent pas signer de contrats, obtenir des prêts bancaires légaux ou s'agrandir au-delà d'un réseau local très restreint¹⁰. En somme, elles n'ont d'autre choix que "de faire affaire dans le secteur parallèle"¹¹.

7. Certains facteurs sont essentiels pour que les microentreprises puissent avoir accès au marché officiel et y opérer. L'un des plus importants est l'officialisation, qui passe notamment par la constitution, l'autorisation et d'autres inscriptions. La création d'une entreprise légale peut toutefois être particulièrement pénible. Les formalités peuvent être très onéreuses et l'administration imposer des critères d'admission (comme un capital minimum) et des procédures complexes (par exemple, la soumission de documents multiples et divers à des fins similaires). Certaines de ces formalités sont maintenues par des institutions existantes souvent sous la pression de groupes opposés à toute réforme juridique¹². Ces difficultés dissuadent de nombreuses micro-, petites et moyennes entreprises viables de s'officialiser.

8. Les microemprunteurs connaissent rarement leurs droits et les moyens de les faire valoir¹³. En outre, ils se trouvent souvent exclus du système judiciaire du fait qu'ils ne sont "pas en mesure de payer des frais d'avocat et de justice [...], les procédures judiciaires peuvent être lentes et les arriérés des tribunaux sont souvent importants"¹⁴. Or, il existe rarement des méthodes extrajudiciaires de règlement des litiges par un tiers, ce qui limite la capacité de tout cadre juridique régissant le microfinancement à protéger les clients. De ce fait, quatre milliards de personnes dans le monde n'ont pas accès à la justice¹⁵.

9. Aujourd'hui, 2,7 milliards d'adultes dans le monde n'ont pas de compte épargne ou de compte de crédit auprès d'une banque ou d'une institution officielle: ce chiffre inclut des ménages et des MPME. Cependant, 1,7 milliard de ces personnes à faible revenu exclues des banques ont accès à la téléphonie mobile¹⁶, ce qui, associé à d'autres nouvelles technologies, peut leur permettre d'effectuer des transactions financières accessibles et fiables¹⁷. Or, pour les décideurs nationaux et les organes normatifs internationaux, ces nouveaux moyens qui permettent d'offrir des services financiers à des personnes exclues du système bancaire posent des problèmes puisqu'ils font appel à de nouveaux acteurs et créent de nouveaux liens entre eux. Lors du colloque qu'elle a organisé en 2011 sur la microfinance, la CNUDCI a déjà noté les questions juridiques non résolues que pose, de par sa

⁹ F. Schneider, A. Buehn, C. E. Montenegro, *Shadow Economies All over the World: New Estimates for 162 Countries from 1999 to 2007*, Banque mondiale, 2010, p. 7.

¹⁰ Rapport de la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, pour une application équitable et universelle de la loi, vol. I, 2008, p. 15.

¹¹ Ibid., p. 39.

¹² F. Reyes, *Latin American Company Law – A New Policy Agenda: Reshaping the Closely-Held Entity Landscape*, 2013, p. 23.

¹³ Voir A/CN.9/727.

¹⁴ Voir A/CN.9/756, par. 24.

¹⁵ Voir Rapport de la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, Pour une application équitable et universelle de la loi, volume I, 2008, p. 13; et document A/CN.9/756, par. 24.

¹⁶ Voir le site Web du Groupe consultatif d'assistance aux plus pauvres à l'adresse: <http://www.cgap.org/topics/mobile-banking>.

¹⁷ Ibid.

nature, l'argent électronique, ainsi que les effets négatifs qu'elles peuvent avoir sur les personnes à faible revenu¹⁸.

10. La plupart des entreprises non déclarées ne disposent, pour fonctionner, que de capitaux familiaux limités¹⁹. Sans accès au système bancaire traditionnel, elles se tournent souvent, lorsqu'elles ont besoin de fonds, vers des services de microfinancement. Toutefois, en raison de la commercialisation croissante du secteur, de la concurrence intense que se livrent les institutions de microfinancement et de leur niveau souvent faible d'instruction, notamment de connaissances financières, les microemprunteurs ont parfois du mal à obtenir un financement abordable. Ils doivent parfois, par exemple, payer des intérêts à des taux cinq à six fois plus élevés que les entreprises déclarées qui ont accès aux services bancaires et bénéficient de conditions de prêt plus favorables. Grâce à des réformes juridiques qui permettraient d'accorder facilement, de manière prévisible et à moindre coût, le statut de personne "morale" aux micro- et petits emprunteurs, ceux-ci pourraient emprunter dans le secteur "réglementaire" ou "officiel" (voir par. 7 ci-dessus). À cet égard, il convient de noter qu'une méthode internationalement reconnue d'enregistrement des entreprises faciliterait le commerce transfrontière des MPME qui opèrent sur les marchés régionaux, car elle fournirait une base internationalement reconnaissable pour les transactions et éviterait les problèmes que pourrait poser la non-reconnaissance de la forme commerciale. La Banque mondiale a estimé que les économies qui disposent d'un système moderne d'enregistrement des entreprises ont une croissance plus rapide²⁰, encouragent davantage l'entrepreneuriat et la productivité²¹, créent des emplois²², favorisent la sécurité juridique²³ et attirent des investissements directs étrangers plus importants²⁴. Les réformes juridiques devraient permettre aux micro- et petits emprunteurs d'obtenir des prêts garantis non pas en engageant leur responsabilité personnelle ou celle de leur famille ou de leurs amis, mais en grevant leurs actifs qui ont une valeur marchande.

11. Il n'est pas surprenant que les entreprises non déclarées aient souvent des durées de vie très courtes²⁵: les conditions dans lesquelles elles opèrent les rendent particulièrement vulnérables aux fluctuations du marché et aux risques de faillite. Elles ne réalisent que de petites économies d'échelle, courent des risques accrus lors de leur création et ont du mal à obtenir des financements²⁶. Dans la plupart des pays, pourtant, il n'existe pour ces entreprises aucun régime de sortie efficace et spécifique, ce qui fait que dans certains régimes, les entrepreneurs qui rencontrent des difficultés financières mettent simplement la clef sous la porte et abandonnent,

¹⁸ Voir A/CN.9/727, par. 43 et 44.

¹⁹ Voir Rapport de la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, pour une application équitable et universelle de la loi, vol. I, 2008, p. 53.

²⁰ Banque mondiale, IFC, Doing Business 2013, Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises, p. 21.

²¹ Ibid.

²² Ibid., note 16, p. 25.

²³ Ibid., p. 21.

²⁴ Ibid., p. 14.

²⁵ Voir rapport susmentionné de la Commission pour la démarginalisation des pauvres par le droit, p. 55.

²⁶ M. Uttamchandani, A. Menezes, The Freedom to Fail: Why Small Business Insolvency Regimes are critical for Emerging Markets, Economist's Outlook, 2010, p. 263.

tandis que dans d'autres, il peut leur falloir longuement batailler contre les créanciers²⁷. Des réformes juridiques qui tiendraient compte des besoins des MPME permettraient aux entreprises viables de se redresser et de poursuivre leur activité.

12. Pour aider les micro-, petites et moyennes entreprises (MPME) à s'adapter à l'insécurité immédiate et à passer d'un mode de subsistance à un mode de croissance caractéristique du secteur officiel, il faut donc créer un environnement juridique propice. Un tel environnement ne se limite pas à la microfinance, mais englobe le cycle de vie de l'entreprise, à savoir la création, le fonctionnement et la cessation d'activité, tout en mettant l'accent sur le cadre institutionnel d'appui. Néanmoins, il convient clairement à la microfinance, car, "en tant que méthode de lutte contre la pauvreté axée sur le marché, la microfinance s'emploie à développer l'entrepreneuriat et le travail indépendant"²⁸. En outre, un environnement juridique propice ne doit pas se confiner aux microentreprises. Même si les définitions d'une microentreprise et d'une petite entreprise varient fortement d'une région et d'un pays à l'autre²⁹, il faut leur appliquer à toutes, micro- et petites et moyennes entreprises, les mêmes facteurs définissant un environnement juridique propice.

13. La création d'un environnement juridique favorable aide également à renforcer l'état de droit à l'échelon national, ce qui, comme le souligne la résolution de l'Assemblée générale relative à l'état de droit³⁰, favorise la mise en place d'un système juste, stable et prévisible nécessaire à un développement partagé, durable et équitable. Il convient de noter que l'Assemblée, reconnaissant une nouvelle fois que l'entrepreneuriat peut grandement contribuer au développement durable³¹, a récemment engagé les gouvernements à élaborer des politiques visant à éliminer les obstacles juridiques, sociaux et réglementaires à une participation économique réelle reposant sur le principe de l'égalité et à promouvoir l'entrepreneuriat. Elle a également engagé la communauté internationale à appuyer l'action menée par les pays pour promouvoir l'entrepreneuriat et favoriser la création de petites et moyennes entreprises ainsi que de microentreprises³².

B. Autres formes simplifiées d'entreprises dans le contexte de la microfinance

14. L'Eurobaromètre sur l'entrepreneuriat 2012 montre que la vaste majorité des Européens qui ont répondu à l'enquête "L'entrepreneuriat dans l'UE et au-delà"

²⁷ Ibid., p. 262.

²⁸ A/CN.9/727.

²⁹ "L'absence d'une définition précise est la principale difficulté rencontrée dans l'évaluation du financement des PME", voir Groupe consultatif d'aide aux populations les plus pauvres, Financial Access Report 2010, p. 45. On peut trouver une définition des PME et des microentreprises dans la recommandation de la Commission européenne du 6 mai 2003 (2003/361/CE) et dans le Rapport de l'USAID Microenterprise Results Reporting: Methodology and Statistical Annexes Fiscal Year 2010 19, consultable à l'adresse: http://www.usaid.gov/our_work/economic_growth_and_trade/micro/MRR_FY10_Methodology_Statistical_Annexes_82211_Final.pdf. Il existe également différentes définitions du microcrédit; voir, par exemple, le Comité de Bâle sur le contrôle bancaire, Microfinance activities and the Core Principles for Effective Banking Supervision, août 2010, p. 34 et 35.

³⁰ Voir A/RES/67/97.

³¹ Voir A/RES/67/202.

³² Ibid.

estime qu'il est difficile de créer sa propre entreprise à cause du manque de soutien financier (79 %) et de la complexité des procédures administratives (72 %) ³³. Environ 67 % des répondants considèrent qu'il ne leur est pas possible de devenir indépendants; dans un des pays visés par l'enquête, seuls 19 % des personnes estimaient faisable de se mettre à leur compte. Les résultats obtenus dans un groupe de pays non membres de l'Union européenne sont similaires: la plupart des répondants, dans 11 pays sur 13, indiquent qu'il leur serait impossible de devenir indépendants (les deux exceptions étant le Brésil et la Chine). L'insuffisance ou l'inexistence d'un environnement juridique propice joue clairement un rôle dans la possibilité perçue de créer une entreprise.

15. Pour attirer des investissements et protéger les intérêts des entrepreneurs, les MPME doivent fonctionner selon un modèle commercial reconnu. Or, les modèles commerciaux "traditionnels" – y compris les sociétés et les partenariats – peuvent présenter des obstacles à la création de MPME. Ces modèles ne sont souvent pas adaptés aux micro- et aux petites entreprises, car leur création: a) est trop coûteuse (en termes aussi bien d'argent que de temps); b) entraîne une réglementation excessive (et, partant, des coûts d'application élevés); et c) expose les entrepreneurs à des risques notables de voir leur responsabilité engagée (voir également par. 7 ci-dessus).

16. Pour répondre au besoin de nouvelles formes d'organisations à responsabilité limitée, de nouvelles formes d'entreprises ("uncorporations"), y compris des formes hybrides, sont actuellement mises au point pour faciliter la création et le fonctionnement des micro-, petites et moyennes entreprises. En Inde, par exemple, le Limited Liability Partnership (LLP) associe des caractéristiques d'une société anonyme (responsabilité limitée) et d'un partenariat (statut fiscal et financement). Un LLP peut être créé rapidement par le biais d'un portail Web et à moindres frais. En Colombie, une importante réforme juridique engagée ces 15 dernières années a permis la création d'une forme hybride d'entreprise qui privilégie la souplesse, la liberté contractuelle et la responsabilité limitée (société par actions simplifiée ou *sociedad por acciones simplificada* (SAS)). Une telle société peut être créée par un ou plusieurs actionnaires et constituée à moindre coût au moyen d'un document électronique ou privé relativement simple. Pour lutter contre les abus et baisser le coût de création des microentreprises, la loi simplifiée sur les sociétés par actions (2008) s'appuie sur un système de réglementation postérieure dans lequel les normes doivent être respectées pendant l'exploitation (et non plus, comme dans la réglementation préalable, lors de la création). En fait, le respect de règles strictes à appliquer pour créer une entreprise, par exemple en ce qui concerne le capital minimum légal ou les actes de constitution, s'impose à tous les entrepreneurs. En revanche, si l'on utilise des normes applicables a posteriori (par exemple, des règles d'abus de droit ou d'égalité de traitement qui permettent de déterminer a posteriori si des violations ont eu lieu), seuls les entrepreneurs qui ne respectent pas les normes doivent en supporter le coût. Cette approche, cependant, exige une infrastructure judiciaire efficace, capable de surveiller et d'appliquer les normes a posteriori. Depuis l'adoption de la législation sur les SAS en 2008, il a été créé quelque 181 742 sociétés de ce type (données de novembre 2012), dont la plupart étaient auparavant des entreprises non déclarées. Ces sociétés représentent plus de

³³ Eurobaromètre Flash sur l'entreprenariat 2012, http://ec.europa.eu/enterprise/index_fr.htm

95 % du marché et, d'après les données de 2009 et 2010, le taux de déclaration des entreprises a augmenté de plus de 25 %.

17. La législation mise au point par le Gouvernement colombien s'inspire notamment de la législation française. En France, certaines formes spécialisées d'entreprises permettent aux entrepreneurs de distinguer les avoirs personnels et ceux de l'entreprise, soit en choisissant la structure de cette dernière (par exemple, EURL (entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée) ou EIRL (entreprise individuelle à responsabilité limitée)), soit en déclarant des avoirs non saisissables. Ces approches peuvent conférer une certaine souplesse aux entrepreneurs et mieux informer les créanciers potentiels. En Allemagne, le législateur a choisi non pas de créer une nouvelle structure juridique, mais de faciliter l'accès en réduisant notablement les exigences de capital de départ (1 euro au lieu de 25 000 euros) et de réduire les coûts de création en fournissant un protocole type et en imposant des frais peu élevés de notaire et d'inscription. Dans les 12 mois qui ont suivi cette réforme (1^{er} novembre 2008-1^{er} novembre 2009), 19 563 entreprises ont été enregistrées; en janvier 2013, ce chiffre était passé à 76 377. Autre exemple: en Angola, la facilitation des microentreprises par la création d'un Guichet unique des entrepreneurs a montré qu'il était nécessaire: a) de simplifier la procédure de constitution; b) d'accélérer l'octroi des autorisations commerciales; et c) de réduire les frais de constitution. Au Brésil, les difficultés rencontrées pour améliorer le régime des petites entreprises, malgré diverses réformes engagées, ont suscité une réflexion sur l'aide que des normes internationales (inexistantes à ce jour) auraient pu apporter en la matière pour surmonter le statu quo.

18. Il convient de noter que la plupart de ces réformes sont relativement récentes (10 dernières années) et que de nombreux pays s'efforcent encore de trouver une solution adaptée. Il est généralement préconisé, pour faciliter la participation des microentreprises, d'établir des structures commerciales souples, simplifiées et à faible coût, accompagnées d'orientations claires et soutenues par une infrastructure administrative et judiciaire efficace et rationnelle.

C. Mécanismes efficaces de résolution des litiges pour les microentrepreneurs et les petites et moyennes entreprises

19. La résolution des litiges a été désignée comme l'un des critères qui permettent de déterminer si le cadre institutionnel de la microfinance d'un pays est solide (un autre élément clef étant une réglementation transparente des prix)³⁴. Toutefois, une étude récente a fait ressortir que les mécanismes de résolution des litiges ne sont pas toujours accessibles et efficaces, ce qui laisse entendre qu'il faudrait trouver de nouvelles solutions pour faciliter l'adaptation de ces mécanismes à la microfinance³⁵.

20. Entre-temps, le secteur de la microfinance recourt, pour l'essentiel, à l'autoréglementation, ce qui ne permet pas d'assurer une protection efficace des clients. Si les institutions financières constituent la ligne de défense en matière de

³⁴ Economist Intelligence Unit, Global microscope on the microfinance business environment 2012, p. 23.

³⁵ Ibid.

règlement des différends³⁶, il a été noté que seul un petit nombre de pays exigent que les institutions financières adoptent des dispositions de gestion des plaintes déposées par les clients, fixent des délais pour le traitement de ces plaintes et en garantissent la transparence³⁷. Cette observation corrobore l'avis selon lequel les plaintes seraient mieux réglées par des mécanismes d'autoréglementation si des systèmes externes efficaces de résolution des litiges étaient également accessibles aux clients.

21. En fonction des pays, ces systèmes pourraient prévoir des procédures judiciaires simplifiées, des procédures de médiation commerciale et d'arbitrage accélérées ou des services de médiateurs financiers. Ils pourraient également prévoir plusieurs mécanismes, ceux-ci ne s'excluant pas les uns les autres³⁸.

22. Les réponses des États au questionnaire sur la microfinance distribué en 2011 par le Secrétariat à la demande de la Commission³⁹ indiquent que dans certains cas, des tribunaux ont été mis en place pour traiter les litiges mineurs, notamment en Israël, aux Philippines et dans certains États des États-Unis. D'autres pays ont mis en place, pour résoudre les litiges naissant de créances financières, des services de médiateur ou des institutions spécialisées. Toutefois, ces systèmes (médiateur, arbitrage ou autre) ne peuvent pas tous prendre des décisions contraignantes. Certains s'appuient davantage sur le respect volontaire par la partie en faute, comme en Italie, où, si l'institution financière ne respecte pas la décision de l'*arbitro bancario finanziario*⁴⁰, un avis de non-exécution est publié.

23. À la Trinité-et-Tobago, qui est l'un des rares pays à faible revenu à disposer d'un médiateur financier, des services de médiation volontaire ont été mis en place⁴¹. Ces services non seulement sont fournis gracieusement aux clients de banques (et d'assurances) lésés, qu'il s'agisse de personnes ou de petites entreprises, mais encouragent également, par divers moyens formels et informels, l'acquisition d'une culture financière par les clients potentiels. Quoique satisfaisante, cette expérience a montré qu'il importait de consacrer ces régimes dans la législation de manière à ce que d'importants champs de doléance ne soient pas exclus de la compétence du médiateur (par manque d'"adhésion" des prestataires de services financiers qui participent au mécanisme). Par exemple, le mandat du médiateur n'inclut pas les plaintes liées aux politiques générales de taux d'intérêts ou au prix des produits et services. En accordant, en outre, un statut légal au mécanisme de médiation, on faciliterait également l'introduction de sanctions appropriées en cas de non-respect des décisions⁴².

24. D'une manière générale, rares sont les législations sur les modes alternatifs de règlement des litiges qui tiennent compte des besoins des MPME. Ce n'est que récemment, par exemple, que la Colombie a adopté une nouvelle loi sur

³⁶ Voir Groupe consultatif d'aide aux populations les plus pauvres, *Financial Access Report 2010*, p. 40.

³⁷ Ibid.

³⁸ Ibid.

³⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-sixième session, Supplément n° 17 (A/66/17)*.

⁴⁰ Cette fonction, que l'on peut traduire approximativement par "arbitre bancaire financier", ne peut toutefois pas être comparée à celle d'un arbitre dans les procédures d'arbitrage.

⁴¹ Ibid.

⁴² Office of the Financial Services Ombudsman, *Annual Report 2011*, Trinité-et-Tobago, p. 8.

l'arbitrage⁴³ qui prévoit la création de centres tenus d'offrir des procédures gratuites pour les litiges portant sur de faibles montants (jusqu'à 13 000 dollars environ). Les procédures doivent être rapides et les parties n'ont pas besoin d'être représentées par un avocat. Le Ministère de la Justice établira des règles pour définir le nombre minimum de procédures gratuites que les centres d'arbitrage devront proposer chaque année. La nouvelle législation prévoit également l'utilisation de mécanismes en ligne à tout stade de la procédure d'arbitrage et à toutes fins, ce qui permettra de réduire les dépenses administratives. Comme suite à cette loi (et sur la base de ses dispositions), la Colombie élabore actuellement, sur la résolution des litiges en ligne, des règles applicables aux différends qui portent sur de faibles montants, notamment à ceux qui concernent les micro- et petites entreprises. Avant l'adoption récente de cette législation, la Chambre de commerce de Bogota avait appuyé le renforcement de l'arbitrage pour les MPME, offrant des procédures gratuites pour régler les litiges dans lesquels une des parties était une MPME. Le règlement de la Chambre prévoit également un arbitre unique, qui doit rendre une décision en l'espace d'un mois (son mandat pouvant être prolongé d'un mois supplémentaire). D'après les estimations, ces quatre dernières années, quelque 300 MPME ont fait appel à ces services⁴⁴. Toujours en Colombie, la Banco Caja Social a mis en place, ces dix dernières années, à titre pilote, une procédure de conciliation qui doit permettre de recouvrer des prêts improductifs portant sur de faibles de montants, en sus de sa pratique établie consistant à recourir à des agences de recouvrement ou à engager des poursuites. Au terme de la phase pilote, la banque a estimé que le mécanisme de conciliation avait donné, pour le recouvrement de montants mineurs, de meilleurs résultats que les deux autres méthodes⁴⁵.

25. D'autres pays ont estimé qu'ils devraient adopter une législation (ou un règlement) sur les modes alternatifs de résolution des litiges dans le domaine de la microfinance. Au Nigéria, par exemple, les banques de microfinancement de l'État de Lagos ont demandé la création d'un tribunal spécial qui connaîtrait des affaires de défaut de remboursement de prêts, ce qui a été approuvé par la Banque centrale en 2011. Ce tribunal n'a pas encore été créé, mais la Banque centrale appuie actuellement deux projets de lois qui pourraient directement améliorer la résolution des litiges: un projet de loi sur le médiateur financier, qui permettrait de résoudre les litiges financiers plus rapidement, et un projet de loi sur les modes alternatifs de résolution des litiges, qui encouragerait et réglerait les modes alternatifs de résolution des litiges au Nigéria⁴⁶.

26. Les mécanismes alternatifs de résolution des litiges peuvent également aider à résoudre des différends autres que les plaintes les plus fréquemment déposées dans le domaine de la microfinance. La Société financière internationale a noté que lorsque les structures alternatives de résolution des litiges sont efficaces, elles sont

⁴³ Loi n° 1563/2012 du 12 juillet 2012, consultable à l'adresse:

http://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/ley_1563_2012.htm.

⁴⁴ Voir Portafolio.co, Nueva Ley de Arbitraje (nouvelle loi sur l'arbitrage), 10 octobre 2012 consultable à l'adresse: <http://www.portafolio.co/opinion/nueva-ley-arbitraje>.

⁴⁵ A. Alvarez, *The private sector approach to commercial ADR: commercial ADR mechanisms in Colombia*, 2010, consultable à l'adresse https://www.wbginvestmentclimate.org/uploads/Private%20Sector%20Approach%20to%20Commercial%20ADR_%20the%20case%20of%20Colombia%20.pdf.

⁴⁶ Economist Intelligence Unit, *Global microscope on the microfinance business environment 2012*, p. 59.

probablement le moyen le plus efficace de recouvrer des actifs grevés...⁴⁷, observation qui pourrait valoir également dans le contexte des prêts garantis accordés aux microemprunteurs. La Loi type interaméricaine relative aux sûretés mobilières, élaborée par l'Organisation des États américains (OEA), prévoit expressément le recours à des mécanismes alternatifs de règlement des litiges pour résoudre tous types de différends, y compris ceux portant sur l'exécution (voir art. 68). La Colombie est en passe de moderniser son cadre législatif sur les opérations garanties, la nouvelle loi contenant, sur les modes alternatifs de résolution des litiges, des dispositions qui s'inspirent de la Loi type interaméricaine.

27. Les exemples susmentionnés montrent que pour mettre en place un cadre efficace de résolution des litiges pour les usagers de la microfinance, il faut adopter des lois et des règles qui régissent les relations entre les prestataires de services et les usagers et [garantissent] un traitement équitable et transparent ainsi que des voies de recours⁴⁸. Un tel système faciliterait l'accès aux recours tant par les mécanismes prévus dans les procédures internes des institutions financières que par les modes alternatifs de règlement des différends par une tierce partie. Pour faciliter l'accès aux mécanismes de recours, il faut également que les plaignants aient la possibilité d'ester dans leur propre langue, sans frais ou à moindre coût, et puissent accéder facilement à ce système⁴⁹. Un régime juridique efficace pour la microfinance garantirait l'exécution des décisions issues de la médiation ou d'une procédure d'arbitrage ou prises par un médiateur. Enfin, un tel système encouragerait l'acquisition de connaissances et de compétences financières en aidant les usagers de services financiers à acquérir le savoir-faire requis pour gérer leurs finances⁵⁰.

D. Un environnement juridique favorable aux paiements par téléphone portable

28. On estime que la banque sans succursales⁵¹ (dont les paiements par téléphone portable sont l'un des aspects) est un moyen efficace de réaliser l'inclusion financière en facilitant un accès aux services financiers qui soit à la fois pratique et abordable. Compte tenu des niveaux élevés d'accès à la téléphonie mobile dans de nombreux pays (au Pakistan, par exemple, on compte 110 millions d'utilisateurs de téléphones portables, mais seulement 15 millions d'utilisateurs de comptes

⁴⁷ Société financière internationale, Secured Transactions Systems and Collateral Registries, janvier 2010, p. 54, consultable à l'adresse <https://www.wbginvestmentclimate.org/uploads/SecuredTransactionsSystems.pdf>.

⁴⁸ O. P. Ardic, J. A. Ibrahim, N. Mylenko, Consumer Protection Laws and Regulations in Deposit and Loan Services: A Cross-Country Analysis with a New Data Set, Banque mondiale, Groupe consultatif d'assistance aux plus pauvres, janvier 2011, p. 2.

⁴⁹ Voir également Groupe consultatif d'assistance aux plus pauvres, A Guide to Regulation and Supervision of Microfinance, Consensus Guidelines, octobre 2012, p. 59.

⁵⁰ O. P. Ardic, J. A. Ibrahim, N. Mylenko, Consumer Protection Laws and Regulations in Deposit and Loan Services: A Cross-Country Analysis with a New Data Set, Banque mondiale, Groupe consultatif d'assistance aux plus pauvres, janvier 2011, p. 2.

⁵¹ Le terme "banque sans succursales" renvoie généralement à la prestation de services financiers hors de succursales bancaires classiques par des agents ou des intermédiaires qui assurent l'interface principale avec les clients en utilisant des moyens technologiques (terminaux et téléphones mobiles) pour transmettre le détail des opérations.

bancaires, et 400 000 agents de télécoms contre seulement 12 700 agences bancaires), la technologie est un moyen efficace de procurer cet accès. La banque sans succursales présente, via la téléphonie mobile ou d'autres arrangements, plusieurs avantages, notamment un meilleur accès pour les habitants des régions isolées, des coûts de transaction réduits, une meilleure efficacité pour les clients et les prestataires de services et une diminution de pertes de fonds (grâce à la réduction du nombre des transactions effectuées en espèces).

29. On estime qu'il existe actuellement une cinquantaine de modèles de paiement par téléphone portable, avec un large éventail de cadres et de pratiques de réglementation. Au Kenya, par exemple, l'expérience Safaricom utilise un mélange de lois existantes et modifiées ainsi que de nouvelles lois pour fournir un cadre réglementaire approprié. Les principes directeurs qui sous-tendent ce cadre sont notamment l'efficacité et l'accessibilité (facilitation de l'accès aux services financiers par la réduction des obstacles), la protection des clients (dont la responsabilité doit incomber au prestataire, et inclure des procédures et des mécanismes accessibles et efficaces de prise en compte des demandes ou des plaintes de clients) et la neutralité technologique (la réglementation garantissant, pour le commerce de détail, les virements électroniques indépendamment de la technologie utilisée).

30. Une nouvelle loi sur la monnaie électronique a récemment été promulguée au Pérou⁵². Cette loi définit la monnaie électronique comme une valeur monétaire stockée dans un dispositif électronique, largement acceptée comme moyen de paiement, pouvant être convertie en espèces et non considérée comme un dépôt. Le but est d'assurer la sécurité, la transparence et la fiabilité pour les clients, et de stimuler la concurrence et l'innovation parmi les entreprises. À cet effet, ne sont autorisées par la loi à offrir des services de monnaie électronique que les entités supervisées par la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP – intermédiaires financiers déjà présents sur le marché et nouvelles sociétés qui peuvent y entrer en tant qu'émetteurs de monnaie électronique spécialisés. La nouvelle loi se complète d'un vaste cadre juridique déjà en place au moment où elle a été votée et qui régit, notamment, les systèmes de paiement, la lutte contre le blanchiment, les risques intégraux et opérationnels, les audits internes et les détaillants. L'objectif principal étant de stimuler l'inclusion financière, il est prévu que les règlements d'application qui seront publiés par la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP définiront un "compte" électronique simplifié, semblable au compte de dépôt de base qui existe déjà dans la législation péruvienne, c'est-à-dire un produit à faible risque assorti, pour ce qui est de son ouverture auprès d'un détaillant, de conditions minimales, à savoir un document d'identité national péruvien valide. Ces comptes possèdent des limites de solde et des plafonds d'opérations par mois et par jour.

31. À Sri Lanka, des Lignes directrices relatives aux paiements par téléphone portable⁵³ ont été édictées pour accroître la sécurité et l'efficacité des services correspondants et la confiance des utilisateurs. Ainsi, les prestataires de services autorisés sont tenus de respecter toutes les lois applicables, y compris la loi n° 19 de

⁵² La loi n° 29985 a été approuvée par le Congrès le 12 décembre 2012 et promulguée le 17 janvier 2013.

⁵³ Lignes directrices n° 1 et 2 de 2011 relatives aux paiements par téléphone portable, publiées en vertu de la réglementation issue de la loi n° 28 de 2005 sur les systèmes de paiement et de règlement.

2006 sur les transactions électroniques. Cette loi reconnaît les transactions par téléphone portable comme transactions électroniques légalement valables, ce qui facilite la transition vers cette forme de commerce. Elle est largement influencée par les textes de la CNUDCI (y compris la Loi type sur le commerce électronique de 1996 et la Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux de 2005).

32. Malgré le large éventail de cadres et de pratiques de réglementation, dont ceux évoqués ci-dessus ne sont que quelques exemples, il semble y avoir une convergence croissante sur un certain nombre de principes essentiels à la mise en place d'une législation relative aux paiements par téléphone portable, notamment l'utilisation d'agents par les établissements bancaires et non bancaires émetteurs de monnaie électronique; la réglementation des émetteurs de monnaie électronique; la protection du "flottant" (fonds du public détenus sous forme électronique) des émetteurs de monnaie électronique non bancaires⁵⁴; et la protection de la clientèle financière, pour ne citer qu'eux. On commence également à se préoccuper de l'interopérabilité des systèmes de banque sans succursales, de la concurrence et de l'équité d'accès aux systèmes de paiement et à l'infrastructure de communication, ainsi que de la sécurité des données.

33. Un environnement juridique favorable aux paiements par téléphone portable devrait donc permettre de répondre à ces questions tout en promouvant l'innovation, en favorisant une entrée et une sortie fluides des différents acteurs, et en facilitant un développement durable du marché. Ce cadre juridique doit être dynamique, s'adapter et évoluer à mesure que le marché aborde différentes étapes. L'objectif initial serait de faciliter l'innovation en supprimant les obstacles à l'entrée et en garantissant une égalité de traitement, instituant des normes égales pour les divers acteurs qui mènent la même activité. À mesure que les innovations seraient mises en œuvre, l'environnement favorable serait utilisé pour atténuer le risque opérationnel et renforcer la protection des clients. Une fois tout cela acquis, il faudrait instaurer des règles de prudence et traiter les risques systémiques. Un marché établi doit, pour offrir des gains de productivité, rester concurrentiel et efficace.

34. Pour créer un environnement favorable aux paiements par téléphone portable, on pourrait avoir besoin de plusieurs éléments, notamment de définitions précises de concepts clefs tels que ceux de "dépôt", de "paiement" et de "monnaie électronique", qui introduiraient clarté et uniformité dans l'interprétation. Il importerait de coordonner les organismes de réglementation pour assurer un cadre cohérent, notamment pour élaborer des stratégies de réglementation et d'atténuation des risques technologiques avant que des services de monnaie électronique ne soient proposés. En outre, la mise en place d'une structure de marché concurrentielle encouragerait l'innovation, supprimerait les obstacles à l'entrée et réduirait les coûts. Il faudrait, pour gérer la monnaie électronique, créer de nouvelles entités soumises à contrôle prudentiel et, idéalement, que ces structures financières permettent à tous les types de prestataires de services d'entrer sur le marché. La protection des clients ne devrait pas être minimisée: il faudrait que la charge de la perte sur les paiements effectués par téléphone portable soit assumée par le prestataire de services, et que les pays où des services financiers par téléphone

⁵⁴ Voir Groupe consultatif d'assistance aux plus pauvres, *A Guide to Regulation and Supervision of Microfinance, Consensus Guidelines*, octobre 2012, p. 77.

portable sont offerts directement par des agents de télécoms envisagent de promulguer des règlements distincts qui établissent les responsabilités de ces derniers.

35. Le cadre juridique applicable aux paiements par téléphone portable devrait également tenir compte du fait que ces paiements se situent à l'intersection de deux domaines établis du droit international, à savoir les transactions électroniques et les paiements internationaux. Les instruments existants de la CNUDCI, notamment la Convention sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, la Loi type sur le commerce électronique et la Loi type sur les virements internationaux, fournissent les bases nécessaires au développement des paiements par téléphone portable. La CNUDCI élaborant de nouvelles orientations concernant ce sujet, il faudrait envisager une coordination avec les autres organes normatifs concernés par la banque sans succursales.

E. Questions juridiques que pose l'accès au crédit des micro-, petites et moyennes entreprises

36. Les entreprises du monde entier considèrent l'accès au crédit comme l'un des principaux obstacles auxquels elles se heurtent. Cela vaut particulièrement pour les MPME. De bons systèmes d'information sur le crédit et de solides lois sur les garanties aident à surmonter cet obstacle⁵⁵. Dans le cas de la microfinance et des microentreprises, des dispositions concernant la transparence des conditions de prêt, le surdimensionnement et les pratiques de recouvrement abusives ont également un rôle à jouer. Il importe de préciser que dans le domaine du prêt, la transparence n'est pas une question de réglementation prudentielle (qui a à voir avec la sécurité et la solidité des dépôts et la réglementation du risque systémique dans la macroéconomie). Il s'agit plutôt d'un concept qui a trait aux droits des clients et à leur protection et relève, à ce titre, du droit commercial.

37. Il est largement prouvé que de nombreuses institutions de microfinance (IMF) fixent le prix de leurs produits de manière non transparente, occultant le prix réel des prêts et embrouillant les clients par des techniques telles que les intérêts "fixes" et des structures tarifaires complexes. Une "spirale descendante" tire vers ces pratiques les IMF responsables qui veulent être compétitives, les prix transparents semblant plus élevés que ceux qui ne le sont pas, bien que le produit sous-jacent soit le même. L'absence, dans de nombreux pays, de législation sur la transparence des prêts a permis que cette situation perdure, produisant des marchés non transparents, non concurrentiels et dysfonctionnels dans lesquels l'absence de concurrence par les prix permet à certaines institutions de dégager d'importants profits au détriment des membres les plus pauvres de la société. Aux fins de la transparence des prêts, on utilise, pour comparer le coût réel de divers types de prêts, les TAP (taux annuels en pourcentage) ou les TIE (taux d'intérêt effectifs). Ces taux annualisés normalisés présentent le coût réel du prêt à l'emprunteur. Pour être le plus précis possible pour le client, ils doivent inclure non seulement les intérêts, mais aussi tous les autres frais obligatoires (frais de formation, assurances et cautions, par exemple), ce qui permet à l'emprunteur de prendre une décision éclairée.

⁵⁵ Banque mondiale, SFI, Doing Business 2013, Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises, p. 22.

38. Les données de tarification transparente de 59 IMF philippines montrent qu'il existe, dans la microfinance, une "courbe des prix". Les prêts des montants les plus faibles ont les prix les plus élevés en raison du coût accru qu'entraîne, pour l'IMF, la gestion de ces prêts. Cette courbe doit être prise en compte pour déterminer l'efficacité d'un plafonnement des prix⁵⁶, mesure couramment utilisée dans la microfinance (par exemple en Inde, en Colombie et dans la région de l'Union économique et monétaire ouest-africaine). L'une des conséquences involontaires de ce plafonnement est qu'il peut conduire à une réduction de l'offre de prêts de faible montant (ceux généralement destinés aux membres de la société les plus exclus financièrement), car ces prêts ne peuvent être proposés durablement sans faire payer des prix plus élevés, tandis que des microprêts plus importants peuvent avoir des prix inférieurs au plafond tout en restant rentables pour les prêteurs. Par conséquent, l'introduction souvent préconisée de plafonds d'intérêts peut, en l'absence d'une tarification transparente, être inefficace. Globalement, cette absence introduit dans le marché de graves dysfonctionnements et une confusion qui perturbent de la même façon les consommateurs, les IMF, les investisseurs et les régulateurs.

39. La transparence est donc cruciale et l'autorégulation, dans ce domaine, n'a pas suffi à protéger les clients, malgré les mesures prises par le secteur, comme la campagne "Smart" (consacrée, mais pas exclusivement, à la transparence)⁵⁷. Bien que l'autorégulation signale un attachement à une finance responsable et contribue à une transparence effective des prix, elle ne comporte aucun élément coercitif, confiant plutôt aux forces du marché le soin de départager les IMF. En outre, elle est volontaire, tandis que la transparence fonctionne le mieux lorsqu'elle est cohérente, c'est-à-dire lorsque les clients peuvent comparer un produit chez tous les prêteurs et recevoir la même information, idéalement sous la même forme. La législation mise en place aux États-Unis, aux Philippines et au Cambodge le montre clairement: l'instauration de régimes de divulgation passant principalement par l'indication de TAP ou de TIE ou exigeant que les prix soient calculés par la méthode des taux d'intérêt dégressifs offre aux emprunteurs une protection contre les abus.

40. La transparence des prix est donc essentielle à la création d'un environnement propice aux microentreprises: bien qu'importante pour tout contrat de prêt, elle l'est particulièrement pour les emprunteurs non avertis qui ne peuvent s'offrir les conseils d'un avocat. Pour introduire de la transparence dans un cadre juridique, il faut impérativement envisager: a) des formules tarifaires standard (assorties de normes de divulgation appropriées); b) des calendriers de remboursement standard; c) l'application de sanctions pour non-respect des normes de divulgation; et d) une information des clients et des IMF sur les normes de divulgation et les mécanismes de communication correspondants.

41. Comme on l'a vu plus haut, l'évaluation du crédit et l'instauration de droits des emprunteurs et des prêteurs dans les opérations garanties sont parmi les mesures qui facilitent le mieux l'accès au crédit et le rendent plus efficace, surtout

⁵⁶ Un "plafonnement des prix" est plus large qu'un "plafonnement des taux d'intérêt". Il peut inclure d'autres coûts tels que les frais de traitement et, parfois, le coût d'autres services fournis avec le prêt, comme l'assurance. Voir, par exemple, www.mftransparency.org/zambias-new-price-cap-good-intentions-with-unintended-consequences/.

⁵⁷ La campagne "Smart" est une initiative mondiale qui vise à promouvoir la protection des clients de la microfinance. Elle se fonde sur un ensemble de principes qui aident les IMF à fournir des services financiers respectueux des droits des clients. Voir www.smartcampaign.org/.

lorsqu'elles sont appliquées conjointement. Le partage d'informations au moyen de systèmes ou de bureaux d'évaluation du crédit (qui ne sont pas, cependant, le seul outil d'évaluation des risques)⁵⁸ aide les prêteurs à évaluer la solvabilité des clients, réduit la durée de traitement des prêts et conduit à des taux de défaut inférieurs, ce qui facilite l'accès au crédit, en particulier pour les petites entreprises. Par exemple, une étude a noté que dans les pays où existent des bureaux de crédit, seules 27 % des petites et moyennes entreprises (PME) font état de difficultés de financement, contre 49 % dans ceux qui ne disposent pas de tels bureaux. De même, 40 % des PME parviennent à obtenir un prêt bancaire dans les pays qui disposent de bureaux de crédit, contre 28 % dans ceux qui n'en disposent pas. Comme cela a été noté au Colloque 2011 de la CNUDCI sur la microfinance, une législation adéquate est donc nécessaire pour appuyer le développement et une bonne réglementation des bureaux de crédit, qui sont importants pour aider, par des informations financières précises, les prêteurs à réduire les prêts imprudents, ce qui limite les pertes et abaisse le coût du crédit pour tous⁵⁹.

42. Le rapport "Questions juridiques ayant des incidences sur la microfinance", que le Secrétariat a établi en 2012, note que la microfinance n'implique pas nécessairement des prêts garantis, mais que lorsque c'est le cas, "des emprunteurs fragiles ... peuvent utiliser des biens d'équipement ménager essentiels pour garantir des prêts destinés à des fins de microcommerce ou de consommation"⁶⁰. Bien qu'il existe des IMF qui n'exigent pas de garantie, comme Fundoz Mikro en Pologne et la Grameen Bank au Bangladesh, il existe une tendance croissante à faire usage de la garantie en complément de méthodes non garanties traditionnelles telles que le prêt de groupe. Puisqu'il est généralement difficile, dans le microcrédit, d'évaluer la garantie du fait de la nature des actifs utilisés, le surdimensionnement est presque toujours pratiqué sur ce marché et bien plus répandu que dans le prêt garanti aux grandes entreprises. L'étendue de cette pratique dépend également du cadre juridique du pays et de l'aptitude des tribunaux à faire rapidement régler les dettes. Les faits semblent indiquer que les institutions de microcrédit prennent des garanties tout simplement parce que le système juridique leur permet de le faire à un coût raisonnable. Cela corrobore le point de vue qu'il est difficile de définir le microcrédit garanti comme un véritable prêt reposant sur l'actif puisque certaines des caractéristiques de ce type de prêt, comme la détermination d'avances sur la base de la valeur du nantissement, sont absentes.

43. Comme pour le prêt garanti aux non-microentreprises, cependant, un modèle de microprêt garanti devrait se fonder sur l'aptitude de l'emprunteur à générer des revenus (et donc à rembourser la dette) plutôt que sur la garantie, qui est secondaire et à laquelle il n'est recouru qu'en cas de défaut. Tout en s'inspirant du régime énoncé dans le Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties, un environnement juridique favorable aux MPME pourrait, par conséquent, envisager certaines adaptations afin de cibler les besoins particuliers des microemprunteurs (par exemple, une limitation de la force exécutoire ou l'exemption de certains actifs, ou d'autres mécanismes d'exécution passant, par exemple, par des modes alternatifs de règlement des litiges) et de faciliter l'enregistrement et, partant, la transparence

⁵⁸ Banque mondiale, SFI, Doing Business 2013 Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises, p. 72.

⁵⁹ A/CN.9/727, par. 32.

⁶⁰ A/CN.9/756, par. 3.

des microprêts (par la réduction ou l'exonération des frais d'enregistrement, par exemple).

F. Un cadre juridique pour les procédures d'insolvabilité et de liquidation des MPME

44. Les régimes d'insolvabilité sont essentiels à un bon climat d'investissement et aident à promouvoir le commerce et la croissance économique⁶¹. L'un des aspects importants est qu'ils renforcent la disposition des créanciers à prêter⁶², ce qui intéresse particulièrement les MPME. D'après la Table ronde Afrique INSOL 2012, il existe encore des pays où les banques ne prêtent pas aux MPME du fait du risque de non-recouvrement et par manque de confiance dans le système judiciaire⁶³. Comme on l'a vu précédemment (voir par. 11), les MPME sont particulièrement vulnérables, car elles présentent un risque excessif, problème que la crise financière mondiale a exacerbé en causant une pénurie de fonds de roulement, une diminution des fonds propres, une augmentation du taux de demandes de financement rejetées, un accroissement des taux d'intérêt, l'exigence de garanties plus importantes et une augmentation de l'insolvabilité⁶⁴. Quant aux régimes d'insolvabilité commerciale, ils sont généralement trop complexes et coûteux pour les MPME, et les régimes applicables aux consommateurs, dont les MPME pourraient bénéficier, sont parfois inexistantes ou ne tiennent pas suffisamment compte de la nature commerciale de la dette. Ailleurs, en outre, les mécanismes informels (appelés "négociations volontaires de restructuration" dans le Guide législatif de la CNUDCI sur l'insolvabilité) largement utilisés pour la résolution de l'insolvabilité des entreprises dans un certain nombre de pays développés, ainsi que les procédures accélérées (également abordées dans le Guide législatif) peuvent ne pas être largement disponibles. Cela vaut particulièrement dans les pays en développement, où l'économie se fonde souvent en grande partie sur le secteur informel: lorsque des entreprises informelles se trouvent en situation de détresse financière, sans accès à des fonds qui leur permettent d'en sortir, elles deviennent insolubles. L'absence de régimes et de mécanismes appropriés ou l'existence de régimes obsolètes ou inefficaces empêche de petites entreprises viables de survivre ou de se relancer, car il n'y a aucun moyen de trouver une solution satisfaisante avec les créanciers. Vu leurs caractéristiques, les MPME ont donc besoin d'autres régimes d'insolvabilité qui soient rapides, simples et économiques, et qui facilitent "la sortie et le retour des entreprises" sur le marché.

45. Un régime d'insolvabilité couvrant les MPME devrait s'inspirer à la fois de ceux qui régissent l'insolvabilité des sociétés et de ceux qui régissent celle des personnes physiques. Tous deux possèdent des éléments qui répondent aux besoins des MPME: le premier vise à maximiser l'actif et à préserver l'entreprise; le second

⁶¹ Banque mondiale, SFI, Doing business 2013, Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises, p. 72.

⁶² M. Uttamchandani, A. Menezes, The Freedom to Fail: Why Small Business Insolvency Regimes are Critical for Emerging Markets, Economist's Outlook, 2010, p. 264.

⁶³ A. Idigbe, O. Kalu, Best practice and tailored reforms in African insolvency: lessons from INSOL, décembre 2012, note de bas de page 6.

⁶⁴ M. Uttamchandani, A. Menezes, The Freedom to Fail: Why Small Business Insolvency Regimes are Critical for Emerging Markets, Economist's Outlook, 2010, p. 263 et 264.

visé à libérer la personne physique ou à lui offrir un nouveau départ pour soutenir et promouvoir l'activité. Un système d'insolvabilité couvrant les MPME devrait combiner ces deux éléments: viser à maximiser les actifs et à préserver l'entreprise, et libérer et offrir un nouveau départ aux entrepreneurs concernés. Le but serait de distinguer les effets qu'a l'insolvabilité sur l'entreprise de ceux qu'elle a sur les personnes qui se trouvent derrière elle. Une continuité d'activité est envisageable pour une société, mais plus difficile pour une exploitation individuelle qui ne dispose pas de la protection correspondante. Ce qu'il faut, c'est ménager un équilibre entre les intérêts des différentes parties, et éviter les approches punitives. Un régime d'insolvabilité couvrant les MPME devrait également pouvoir s'adapter aux caractéristiques sociales et économiques de chaque pays et prendre en compte la définition des petites et moyennes entreprises qui y est donnée.

46. On peut citer, à ce propos, l'exemple de l'OHADA. Celle-ci modernise actuellement sa Loi uniforme sur l'insolvabilité. Le projet présenté par le Secrétariat permanent aux États membres de l'Organisation (qui l'examine actuellement, ce qui fait que la version finale pourrait différer) rend le système d'insolvabilité, notamment, plus adaptable aux besoins des MPME. Le nouveau régime prévoirait des procédures simplifiées pour la réorganisation et la liquidation des MPME tant au stade de la pré-insolvabilité que lorsque la MPME débitrice serait insolvable. De manière générale, ce régime ad hoc prévoirait une réduction des calendriers, un allègement des critères de preuve, un raccourcissement des procédures et une réduction (voire une suppression) des possibilités d'appel. Les tribunaux, cependant, auraient toute discrétion pour refuser d'appliquer la procédure simplifiée et décider d'utiliser le cadre "standard". Des réformes sont également menées, actuellement, dans certains États de l'Inde⁶⁵. Ces États ont modifié le *Provincial Insolvency Act* de 1920, supprimant les sanctions pénales, réduisant la stigmatisation et introduisant des règles de procédure moins lourdes. La Reserve Bank of India a institué, pour les PME viables, un programme de restructuration des dettes qui est mis en œuvre dans les 90 jours à compter de la date de réception de la demande de l'emprunteur. Enfin, la création de tribunaux spécialisés dans le recouvrement a accéléré le règlement des demandes, accroissant la probabilité de remboursement de 28 % et réduisant les taux d'intérêt des prêts de 1 à 2 %⁶⁶.

47. En Colombie, une loi récente⁶⁷ a mis en place, pour les personnes physiques, un régime d'insolvabilité qui introduit une procédure hybride et simplifiée, supprime la responsabilité pénale du débiteur insolvable et favorise sa libération, celle-ci s'appliquant également aux commerçants. Hormis cette libération, cependant, les commerçants restent soumis au régime de l'insolvabilité des entreprises, qui ne fait aucune distinction quant à la taille ou au mode d'exploitation de l'entreprise et vise essentiellement à résoudre les problèmes des grandes entreprises, ce qui se traduit par des coûts directs élevés, des critères et des procédures complexes et des mécanismes élaborés de participation des créanciers.

48. Pour être efficace, cependant, un cadre traitant de l'insolvabilité des MPME ne peut se fonder uniquement sur une législation modifiée. Comme on le fait pour tous

⁶⁵ Ces États sont notamment l'Andhra Pradesh, le Tamil Nadu, Goa et l'Uttar Pradesh.

⁶⁶ Banque mondiale, SFI, Doing business 2013, Smarter Regulations for Small and Medium-Size Enterprises, p. 22.

⁶⁷ Loi n° 1564 du 12 juillet 2012 (www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=48425).

les systèmes d'insolvabilité, il faut également développer ou renforcer les dispositifs institutionnels et administratifs mis en place pour faire fonctionner le système afin d'assurer l'efficacité des mécanismes de règlement mis au point. La résolution des litiges, par exemple, est un point particulièrement important qu'il ne faudra pas cantonner au système judiciaire: on pourra, également, proposer des alternatives telles que l'arbitrage et la médiation. Il faut également prendre en considération, enfin, la possibilité de nommer des représentants de l'insolvabilité, la structure administrative du régime, l'existence de solides systèmes d'information (bureaux de crédit, par exemple) et le renforcement des capacités des principaux acteurs de la procédure d'insolvabilité (juges, par exemple)⁶⁸.

III. La voie à suivre

49. Les micro-, petites et moyennes entreprises, qui sont souvent créées de manière informelle sans étudier et définir précisément leur structure commerciale, continuent de subir les effets néfastes de règles juridiques sous-optimales à bien des égards. Elles ne possèdent généralement pas l'organisation et les ressources requises pour obtenir, par la pression, les réformes requises. D'autre part, le secteur informel perpétue le non-respect de la loi, ce qui accroît les risques de perte de recettes fiscales, favorise la corruption et dissuade l'investissement. Or, il n'évoluera pas naturellement vers un secteur formel qui permette aux entreprises de se développer, d'obtenir du crédit à des conditions normales, d'accroître l'emploi et de contribuer à l'assiette fiscale. De même, une réglementation ou législation excessive ou obsolète découragera la transition de l'activité vers le secteur formel. Ce qu'il faut, pour les MPME, c'est une infrastructure juridique améliorée qui se fonde sur une vision politique globale, et pas seulement des mécanismes isolés. Se contenter d'adapter les lois du système traditionnel ne fonctionnera pas. L'expérience a montré qu'il est tout aussi inutile de transposer les lois de pays plus développés, la loi devant s'adapter à la culture et aux spécificités du pays. Il importera donc d'établir des principes qui soient mondiaux par nature et que les pays puissent adapter en fonction de leurs besoins. La CNUDCI a montré qu'elle était bien placée pour élaborer des principes et une législation qui soient acceptables par un large éventail de pays de traditions juridiques différentes. Aussi pourrait-elle jouer un rôle de premier plan pour ce qui est d'aider à créer des conditions équitables en promouvant les meilleures pratiques et en partageant ses connaissances avec les pays qui sollicitent des conseils dans ce domaine.

50. Il s'est dégagé, parmi les participants au Colloque, un large consensus pour recommander que soit créé un groupe de travail chargé d'examiner les aspects juridiques nécessaires à la création d'un environnement favorable aux MPME. Il a été souligné que l'action menée pour créer cet environnement serait compatible avec le mandat principal de la Commission, qui est de promouvoir la coordination et la coopération dans le domaine du commerce international, y compris le commerce transfrontière régional. Elle était également conforme aux conclusions du Colloque 2011 de la CNUDCI selon lesquelles la microfinance était devenue une forme mondialement reconnue de finance internationale, qu'elle ne cessait de croître dans

⁶⁸ Voir également M. Uttamchandani, A. Menezes, *The Freedom to Fail: Why Small Business Insolvency Regimes are Critical for Emerging Markets*, *Economist's Outlook*, 2010, p. 267 et 268.

le monde entier, que des obstacles juridiques, réglementaires et commerciaux empêchaient ce secteur de fonctionner aussi bien qu'il le devrait et que cela avait créé un besoin de normalisation internationale⁶⁹. Notant qu'une reconnaissance internationale de ces questions législatives et structures émergentes nouvelles et variées était nécessaire pour que les MPME qui opèrent sur les marchés régionaux puissent fournir une base internationale reconnaissable pour les transactions et éviter les problèmes qui peuvent survenir par manque de reconnaissance commerciale⁷⁰, les participants ont en outre suggéré qu'un outil souple, comme un guide législatif ou une loi type selon le cas, aiderait à harmoniser les mesures prises dans ce secteur et stimulerait des réformes qui encourageraient la participation de microentreprises à l'économie. Dans le même temps, il a été souligné que l'on pourrait envisager d'aborder certains des thèmes du Colloque dans le cadre des groupes de travail existants, de façon à faire le meilleur usage des ressources du Secrétariat.

51. Qu'elles soient traitées par un groupe de travail unique ou allouées à différents groupes, il faudrait que les orientations fournies par la Commission soient élaborées de façon parfaitement coordonnée afin d'aboutir à un cadre cohérent et homogène abordant le cycle d'activité des MPME. Le point de départ pourrait consister à aider à créer des procédures simplifiées de démarrage et d'exploitation des entreprises. À cet égard, on pourrait s'employer à mettre en place des structures simplifiées alliant facilité de création et formalités minimales, une responsabilité limitée, une gestion et une capitalisation souples, ainsi qu'une ample liberté de contracter. Vu l'absence actuelle de normes ou de directives internationalement reconnues dans les pays qui souhaitent adopter de nouvelles formes efficaces, un cadre juridique de ce type aiderait grandement à officialiser des milliers d'entreprises qui, sinon, resteraient dans la sphère informelle⁷¹.

52. La Commission pourra alors décider de se concentrer sur les difficultés rencontrées par les MPME pour accéder aux mécanismes de recours, en particulier aux mécanismes judiciaires. Elle souhaitera peut-être, en conséquence, se demander s'il serait approprié d'établir des notes⁷² sur la façon dont un système de résolution des litiges dans le domaine de la microfinance devrait s'organiser. Ces notes pourraient aider les législateurs et les administrateurs à déterminer si un pays a mis en place un système qui répond effectivement aux besoins des MPME. En outre, compte tenu du développement exponentiel de l'utilisation d'Internet dans le monde (et de l'aptitude correspondante à résoudre les litiges en ligne), on pourrait envisager d'appliquer les méthodes de résolution en ligne aux litiges relatifs à la microfinance. Ces systèmes peuvent atteindre des personnes à faible revenu résidant

⁶⁹ A/CN.9/727, par. 6 et 7.

⁷⁰ À cet égard, le droit des contrats diffère sensiblement d'autres domaines du droit tels que le droit des sociétés, dans lequel les entreprises sont tenues de respecter les formes prévues par le législateur, la diversité des formes nationales d'entité juridique posant en effet des problèmes aux PME. Voir Chambre de commerce internationale, Position de la CCI sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, juillet 2012, p. 2, consultable sur le site Web de la CCI.

⁷¹ F. Reyes, *Latin American Company Law – A New Policy Agenda: Reshaping the Closely-Held Entity Landscape*, 2013, p. ii.

⁷² Dans le passé, par exemple, la Commission a établi des notes destinées à aider les praticiens pendant la procédure arbitrale; voir Aide-mémoire de la CNUDCI sur l'organisation des procédures arbitrales (1996).

en milieu rural: en Afrique, l'utilisation de l'Internet a augmenté de près de 3 000 % au cours des 10 dernières années; au Moyen-Orient, de près de 2 250 %; en Amérique latine, de plus de 1 200 % (par exemple, le Brésil se classe 5^e, le Mexique 12^e et la Colombie 18^e dans le monde en nombre d'individus connectés à l'Internet); et en Asie, de près de 800 %. Dans le monde, l'utilisation de l'Internet a augmenté de 528 % au cours de la dernière décennie: environ un tiers de la population mondiale est désormais connectée à l'Internet. Ce chiffre devrait passer à 47 % d'ici à 2016⁷³. La Commission pourrait donc se demander si les normes juridiques actuellement à l'étude au sein du Groupe de travail III, qui traite des litiges de commerce électronique international portant sur de faibles montants, pourraient être adaptées au contexte de la microfinance.

53. Les virements électroniques (y compris les paiements par téléphone portable) permettent aux MPME du secteur informel d'accéder effectivement aux services financiers. Les instruments existants de la CNUDCI sur le commerce électronique et les virements internationaux peuvent, comme cela a été admis au Colloque (voir par. 35 ci-dessus), prendre en compte les systèmes de paiement par téléphone portable. Afin d'élargir leur champ d'application, cependant, il a été suggéré que la CNUDCI suive l'évolution du marché, en prenant soin d'éviter tout chevauchement avec d'autres organes normatifs qui œuvrent dans ce domaine. L'élaboration, par la Commission, d'un document résumant les recommandations des organes compétents aiderait les pays qui élaborent des lois dans ce domaine, de même qu'une nouvelle compilation des meilleures pratiques tirées de l'expérience positive de pays qui ont mis en place un environnement juridique propice aux services financiers mobiles et souhaitent partager cette expérience. Il importerait, en particulier, de fournir une définition claire de concepts clefs tels que ceux de dépôt, de paiement et de monnaie électronique, ainsi que des indications sur la répartition des risques entre les prestataires et les clients.

54. Un environnement juridique favorisant l'accès des MPME au crédit aborderait les questions de droit commercial que posent les conventions de crédit garanti et non garanti. Fondées sur les meilleures pratiques, les orientations de la Commission pourraient traiter de la transparence des pratiques de prêt et de l'exécution dans tous les types de prêt. Il faudrait que les débats portent sur l'intérêt d'appliquer aux MPME les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Ces débats pourraient, en outre, porter sur i) l'utilisation de sûretés avec et sans dépossession; ii) les actifs qu'on ne peut grever de sûretés ou sur lesquels celles-ci sont inexécutables (prestations de chômage et articles ménagers, par exemple); iii) l'exonération des opérations de microfinance garanties de tous frais d'inscription ou de recherche; iv) le financement d'acquisitions (crédit-bail, par exemple); v) les pratiques abusives de recouvrement et d'exécution; vi) l'évaluation des actifs et le surdimensionnement; vii) l'importance des garanties de groupe; et viii) l'importance des bureaux de crédit.

55. Enfin, la Commission pourra souhaiter examiner la question de l'insolvabilité des MPME afin de proposer des procédures accélérées et des options de sauvetage qui puissent offrir, aux procédures formelles, des alternatives appropriées et praticables qui respectent à la fois les principales caractéristiques d'un système

⁷³ Voir Usage and Population Statistics (www.internetworldstats.com/stats.htm).

d'insolvabilité efficace et les besoins des MPME⁷⁴. Les orientations pourraient se concentrer, notamment, sur des questions telles que l'utilisation de procédures informelles; l'ouverture de procédures, y compris de procédures accélérées; les recours applicables, comme le redressement ou la liquidation; le traitement des actifs; et la structure administrative du régime d'insolvabilité. Ces travaux pourront s'appuyer sur les lignes directrices déjà publiées par des organisations internationales, comme le Guide législatif de la CNUDCI sur l'insolvabilité (2004) et les Principes d'INSOL pour une approche globale des accords de règlement amiable faisant intervenir plusieurs créanciers.

⁷⁴ A. Idigbe, O. Kalu, Best practice and tailored reforms in African insolvency: lessons from INSOL, décembre 2012, p. 2.