

SOMMAIRE:

Etudes et Recherches

Le pouvoir de sanction de l'autorité marocaine du marché des capitaux (AMMC):
élément capital de la crédibilité de la Place et de ses acteurs

Miya SLAMTI 2

Les conventions de place : Le contrat international dérivatives swaps agreement

Mounia BOULACH 21

L'ordonnancement robuste et réactif des projets: une revue et classification des
procédures.

Imane Ouchen / Bouchra Ouarraoui 34

Pour une protection de l'assuré adhérent au contrat d'assurance

Bahya IBN KHALDOUN 43

Le pouvoir de sanction de l'autorité marocaine du marché des capitaux (AMMC): élément capital de la crédibilité de la Place et de ses acteurs

Miya SLAMTI

Université Mohammed V, FSJES Souissi-Rabat

Laboratoire de recherche en Droit et Economie

Introduction

La globalisation et le mouvement de déréglementation des marchés financiers ont entraîné un besoin d'une action coercitive plus accrue et plus efficace des autorités régulatrices. La plupart des Etats ont ainsi estimé nécessaire d'accentuer la fonction de régulation, en attribuant aux autorités de régulation des pouvoirs quasi-juridictionnels.

Dans cette optique, le pouvoir de sanction est devenu, de nos jours, étroitement lié à la régulation que, sans sanction, il n'y a pas de régulation crédible, sans régulation crédible, pas de confiance, sans confiance, pas de marché¹. Les considérations d'ordre pratique, la grande technicité des faits économiques et des techniques financières, la non spécialisation des juges, la réduction des délais entre l'infraction et la sanction ainsi que l'efficacité de la sanction sont les avantages mis en avant afin de justifier cette juridictionnalisation de l'action du régulateur financier.

Les sanctions en matière de régulation financière ne se laissent pas si aisément cadrer. En premier lieu, elles ne viennent pas en surabondance des règles de régulation, elles en sont le socle². En effet, elles ne viennent pas seulement stigmatiser le comportement déviant, l'intervention répressive étant alors « étonnante

1 Jean-Pierre Jouyet « La place de la sanction dans la régulation des marchés financiers », Bulletin Joly Bourse - 01/12/2009 - n° Spécial - page 419 et suiv.

2 Marie-Anne Frison-Roche « Une « politique de sanction » peut-elle exister dans la régulation financière et être commune aux régulateurs et aux juges ? », Bulletin Joly Bourse - 01/12/2009 - n° Spécial - page 445.

», mais indiquent au contraire le comportement à suivre, s'associant à des prescriptions positives et confortant l'ordinaire de la régulation. Comme le rappelle l'ancien président de l'autorité des marchés financiers français, Jean-Pierre Jouyet, « il n'y a pas de régulation sans répression »¹.

En outre, le but de tout pouvoir de sanction est de permettre à l'autorité de régulation de contraindre les personnes concernées à respecter les règles issues du système juridique ou des règles qu'elle a elle-même établies et ce afin d'assurer la crédibilité de la Place et de ses acteurs. Or, lesdites réglementations ne sont crédibles et n'influent sur le comportement des personnes régulées, que si leur-non respect se traduit par une sanction. Le pouvoir de sanction est donc, plus un mécanisme d'incitation et un outil de la régulation, qui consolide l'action d'un régulateur, qu'un mécanisme purement répressif de rétribution des fautes². Le pouvoir de sanction du régulateur de marché est, à n'en pas douter, un élément majeur de la crédibilité de la Place. À l'heure où la crise financière a sérieusement ébranlé la confiance des investisseurs, les pouvoirs publics se sont montrés soucieux de donner au régulateur les moyens de sanctionner efficacement et rapidement, non seulement les manquements commis par les acteurs de marché dans l'observation des règles qui s'appliquent à eux, mais aussi les atteintes portées par quiconque au bon fonctionnement des marchés à travers ce qu'il est convenu d'appeler les abus de marché³.

Par ailleurs, la réception de la notion de sanction administrative a été intégrée dans notre système juridique et son principe ne soulève, aujourd'hui, plus d'interrogations. Le pouvoir de sanction des régulateurs financiers est devenu dans de nombreux pays un élément constitutif du droit répressif aux côtés du droit pénal et du droit disciplinaire⁴. Le droit marocain s'est très tôt inscrit dans ce processus. S'alignant avec les pays où la sanction pénale est considérée comme une arme de dernier ressort, le législateur marocain accorde à l'autorité de régulation financière un pouvoir coercitif étendu notamment avec l'avènement de la nouvelle loi 43-12 relative à l'autorité marocaine du marché des capitaux (AMMC ci-après), loi, consacrant la

¹ *Ibidem*,

² Dominique BOMPOINT, « L'influence des décisions de sanction de l'AMF sur la réparation civile du préjudice », *Revue de Droit bancaire et financier* n° 4, Juillet 2012.

³ Sylvie Dariosecq, « Le pouvoir de sanction de l'AMF : évolutions importantes », *Bulletin Joly Bourse* - 01/02/2011 - n° 02 - page 115.

⁴ Franck Moderne, « La sanction administrative » (éléments d'analyse comparative) », *RFDA*, mai-juin 2002, p.483.

transformation du CDVM (Conseil déontologique des valeurs mobilières) en une véritable autorité de régulation.

Corollaire de son pouvoir de contrôle et d'enquête, l'AMMC exerce un double pouvoir répressif, directement, par son pouvoir de sanction administratif (I) et un pouvoir de sanction indirecte, qui se concrétise par sa capacité d'intervention auprès des autorités judiciaires (II).

I-Mise en œuvre du pouvoir de sanction directe de l'AMMC

La mise en œuvre du pouvoir de sanction directe de l'AMMC implique d'abord le respect de certaines conditions d'exercice dudit pouvoir (A) et ce afin que l'intervention du collège de sanction dans la procédure de sanction (B) soit impartiale et efficace.

A- Conditions d'exercice du pouvoir de sanction directe

Il est universellement permis que le respect du droit pénal des affaires, en l'occurrence du droit pénal boursier, soit assuré en partie par les juridictions pénales et en partie par des « polices administratives spéciales de l'économie »¹. Au vu de la sophistication croissante des pratiques de marché, ainsi que des instruments utilisés, le collège des sanctions de l'AMMC qui a remplacé l'ancienne commission paritaire d'examen du CDVM, doit incontestablement jouir d'un pouvoir de sanction très dissuasif pour être efficace, mais dans le respect nécessaire des garanties processuelles.

Ce pouvoir de sanction connaît un renforcement notable par la loi, légitimé par une soumission de plus en plus étroite aux garanties du procès équitable. Les règles établies par le législateur en la matière découlent en premier lieu du préambule de la Constitution², du droit pénal et de la procédure pénale. En plus, l'internationalisation des marchés, conduit à une mondialisation du droit des marchés financiers et surtout

1 D. LINOTTE, A. GRABOY-GROBESCO, Droit public économique, Dalloz, 2001

2 « Mesurant l'impératif de renforcer le rôle qui lui revient sur la scène mondiale, le Royaume du Maroc, membre actif au sein des organisations internationales, s'engage à souscrire aux principes, droits et obligations énoncés dans leurs chartes et conventions respectives, il réaffirme son attachement aux droits de l'Homme tels qu'ils sont universellement reconnus, ainsi que sa volonté de continuer à œuvrer pour préserver la paix et la sécurité dans le monde ». Préambule de la Constitution marocaine de 2011.

des principes de droits de l'Homme¹ et des droits fondamentaux. Il convient alors de se pencher en premier lieu sur les règles de fond (1) et en second lieu sur les règles de procédure (2).

1- Règles de fond

Parmi les principaux principes à respecter dans ce cadre, il y a le principe de la légalité des délits et des peines, le principe de proportionnalité des peines et de nécessité des peines qui participent vainement à l'efficacité de la régulation financière.

Le législateur marocain est intervenu pour fixer les comportements sanctionnables et la sanction applicable. Le principe de la légalité des délits et des peines impose au législateur l'obligation de définir les incriminations en termes concis et clairs dans la mesure où ce dernier est plus que jamais soucieux de la discipline au sein des professions financières. Il est question de s'assurer que la loi répond à ces impératifs de clarté et de concision dans la définition des éléments constitutifs du manquement et des opérateurs concernés. L'article 9 de la loi 43-12 relative à l'AMMC, précise pour chaque règle violée, la nature de la sanction applicable. Il peut s'agir soit d'une sanction disciplinaire soit d'une sanction pécuniaire. Alors que le dahir portant loi n°1-93-212 témoignait d'une sanction disciplinaire molle exprimée par la mise en garde, l'avertissement, le blâme et exceptionnellement la proposition de retrait d'agrément², les dispositions de l'article 9 de la nouvelle loi attirent l'attention par le regain d'intérêt marqué pour la sanction disciplinaire. En effet, le régulateur a dorénavant la faculté entre la traditionnelle sanction pécuniaire³ et une sanction

1 Rappelons que le Maroc est signataire de conventions en la matière notamment la Déclaration universelle des droits de l'Homme, New York, 10 décembre 1948- Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ainsi que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

2 Voir art. 4-3, du Dahir portant loi n°1-93-212 du 4 rebi II 1414 (21 septembre 1993) relatif au Conseil Déontologique des Valeurs Mobilières et aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne (Modifié et complété par les lois 23-01, 36-05, 44-06).

3 L'efficacité de la sanction pécuniaire est sauvegardée par la reprise des mesures conservatoires. En effet, l'article 39 de la loi n° 43-12 reprend les dispositions de l'article 25-3 du Dahir portant loi n° 1-93-212, en donnant au président de l'AMMC la possibilité de toujours demander au président du tribunal compétent (sic), d'une part de prononcer la mise sous séquestre en quelques mains qu'ils se trouvent, des fonds, valeurs, titres, droits...appartenant aux personnes contrôlées et mises en cause par l'AMMC, d'autre part d'ordonner la consignation d'une somme d'argent.

disciplinaire suffisamment refondue. Ainsi, la sanction disciplinaire prononcée par le président de l'AMMC peut consister soit en une suspension provisoire d'un ou de plusieurs membres des organes d'administration, de direction ou de gestion, soit en la proposition non seulement de retrait d'agrément au ministre chargé des finances¹, mais aussi d'interdiction ou de restriction éventuelle de l'exercice d'une activité.

En sus de ces sanctions, l'article 42 et suivant de la même loi prévoient des sanctions pénales pour les auteurs des infractions prévues par lesdits articles. Ainsi, à titre d'exemple, « toute personne qui aura sciemment répandu dans le public, par des voies et moyens quelconques, des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur d'instruments financiers ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier, de nature à agir sur les cours ou, de manière générale, à induire autrui en erreur, sera passible d'un emprisonnement de trois mois à deux ans et d'une amende de dix mille (10.000) à cinq cent mille (500.000) dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement... »². Donc le principe de la légalité des délits et des peines admet que lorsqu'un texte prévoit les sanctions applicables en cas de manquement à des prescriptions législatives ou réglementaires, de ne pas recourir à une sanction autre que celle prévue par ces textes.

Il est à signaler qu'avec l'entrée en vigueur de la loi n°43-12, les professionnels doivent oublier la souplesse d'autrefois dont ils ont tant profité. En effet, sur la base de l'article 8 de la nouvelle loi, il ne sera plus nécessaire de caractériser l'effet des manquements reprochés. Il résulte que le pouvoir de sanction de l'AMMC s'en sort élargi dans la mesure où dorénavant, le législateur le dispense pour la sanction des manquements déontologiques ou professionnelles constatés dans l'application de ses circulaires, d'avoir à apporter éventuellement la preuve de l'effet des manquements reprochés³.

L'exercice du pouvoir de sanction est également soumis au respect des principes de « nécessité des peines » et de « proportionnalité des peines ». De ce fait, l'efficacité de la régulation financière recommande de

1 Sur la question de cette compétence malheureusement maintenue du ministre chargé des finances.

2 Article 44 de la loi 43-12 relative à l'AMMC.

3 L'injonction directe ayant en effet disparu.

dessiner les sanctions¹, notamment ses critères déclencheurs et son contenu, selon le comportement escompté. C'est dire que la prise en compte de l'effet dissuasif de comportements futurs exige que le montant de la sanction soit orienté vers l'avenir, donc plus adéquat et mieux fondé. C'est ainsi qu'en maintenant l'habilitation du régulateur à prononcer une sanction aggravée pouvant atteindre un million (1.000.000) de dirhams, les dispositions des articles 8 et 9 garantissent le respect du principe de proportionnalité, participant ainsi à l'efficacité de la régulation financière. De ce fait, toute peine doit être nécessaire et adaptée à la gravité des faits. Les sanctions prononcées, principalement pécuniaires, doivent être fixées en fonction de la gravité des manquements commis et en relation avec les avantages ou les profits tirés de ces manquements.²

Au-delà de la soumission de la procédure répressive aux principes de fond du droit pénal, la mise en œuvre du pouvoir de sanction du régulateur exige également le respect des règles de procédures strictes.

2- Règles de procédure

La procédure de sanction engagée par l'AMMC est tenue de respecter les principes du droit de la défense. Ces principes concernent tant la phase préalable au prononcé de la sanction que suivant celle-ci. Principes qui recouvrent en général, les droits de la défense et du contradictoire. Ce premier principe recouvre lui-même ceux du droit à l'information³ du mis en cause et la possibilité qui lui est offerte de s'expliquer sur les griefs qui lui ont été formulés. La loi marocaine exige le respect de ces principes dans la mesure où elle prévoit un certain nombre de règle de procédure que le régulateur est tenu de s'y conformer. L'exigence du principe du droit à l'information de l'intéressé suppose pour être remplie que ce dernier, après avoir été personnellement contacté, soit informé de la décision d'ouverture d'une procédure de sanction ainsi que des griefs formulés à son encontre.

Le principe du contradictoire est quant à lui satisfait avec l'éventualité offerte à l'intéressé de faire

1 Les finalités de la sanction en droit pénal sont multiples ; on y voit « *l'expiation ou la rétribution, l'intimidation ou la prévention, l'amendement ou la réadaptation, ou l'élimination d'un délinquant irrécupérable* », v. JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, 1991, Montchrestien, Précis Domat, Droit privé, p. 594.

2 Voir l'article 9 de la loi 43-12 relative à l'AMMC.

3 Le Président de l'AMMC ne peut prononcer la sanction visée (...), sans avoir au préalable entendu ou dûment convoqué la personne concernée, dix (10) jours ouvrables au moins, par lettre avec accusé de réception lui signifiant les faits relevés. ». Voir l'article 11 al 2 et l'article 9 al 4 de la loi 43-12.

entendre favorablement ses observations sur les faits qui lui sont reprochés et de disposer pour cela d'un délai raisonnable¹ pour préparer sa défense et de pouvoir se faire assister par un défenseur de son choix².

Le corollaire du droit de désigner un défenseur est que les personnes interpellées doivent être informées de l'objet de l'enquête dans laquelle leur audition aura lieu. Chose qui implique que l'intéressé peut se faire assister d'un conseil dès la phase d'enquête.

Par ailleurs, même dans le silence de la loi, le régulateur est tenu de respecter l'ensemble des règles de procédure pour que sa décision de sanction ne soit pas entachée d'irrégularité. En pratique, lorsque l'AMMC aurait l'occasion de relever des irrégularités lors de ses missions d'inspections, elle devrait transmettre au professionnel concerné un rapport d'inspection, en lui signifiant les irrégularités qui lui sont reprochées, ainsi que la sanction dont il est passible à moins que celui-ci lui présente des nouveaux éléments explicatifs. La personne concernée est alors invitée à présenter ses explications tout en se faisant assister du conseil de son choix.

Enfin, pour assurer l'existence d'une procédure de sanction juste et équitable garantissant l'équilibre des droits des parties, la procédure est tenue de préserver la présomption d'innocence. C'est le cas par exemple lorsqu'une information est diffusée dans le rapport annuel préalablement à ce que la décision de sanction ne soit encore prise.

Dans cette optique, le cumul des procédures de sanctions, peut poser problème au regard du respect de ce principe, en raison de la simultanéité de la décision de sanction administrative et des poursuites pénales engagées. Il est question de savoir s'il n'y a pas atteinte au principe de présomption d'innocence lorsqu'une même personne pour les mêmes faits est poursuivie devant le tribunal alors qu'elle a été condamnée à une sanction administrative et que toutes les voies de recours contre cette décision ont été épuisées. En matière de poursuites parallèles, le code de procédure pénale marocain admet que des poursuites pénales et civiles peuvent être menées pour les mêmes faits simultanément. L'action civile peut être exercée en même temps que l'action publique, devant la juridiction répressive saisie³. Pour que l'intéressé puisse bénéficier de toutes

1 La loi 43-12 prévoit un délai de dix jours comme le montre l'article ci-dessus.

2 Voir les articles 9 et 11 Dahir n° 1-13-21 du 1er jourmada I 1434 (13 mars 2013) portant promulgation de la loi n° 43-12 relative à l'Autorité marocaine du marché des capitaux.

3 Art. 9 du Dahir n°1-58-261 du 1er chaâbane 1378 (10 février 1959) formant nouveau code de procédure pénale.

les garanties d'un procès équitable et d'un tribunal impartial, non influencé par le résultat des autres actions, le code de procédure pénal prévoit dans ce cadre qu'il « est sursis au jugement de cette action par la juridiction civile, tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement¹ ». Par similitude, dans le cas où les poursuites administratives et pénales sont ouvertes, la loi devrait prévoir une procédure de sursis à exécution de la sanction administrative devant être prononcés par l'AMMC tant que la personne n'a pas été jugée définitivement par le tribunal.

Afin de permettre au régulateur financier de mener à bien sa mission de régulation, le législateur marocain a aménagé l'architecture institutionnelle de la procédure de sanction du régulateur en mettant en place depuis 2004 une commission paritaire d'examen² au sein du CDVM qui a été remplacé par le collège des sanctions³ institué auprès de l'AMMC.

B- Intervention du collège de sanction dans la procédure de sanction

Le collège des sanctions est une structure indépendante au sein de l'AMMC. Le législateur a confié audit collège présentant des garanties d'autonomie et devant lequel la procédure est strictement juridictionnalisée, une mission consultative au cours de la procédure d'instruction. Conçu comme indépendant du conseil d'administration, le collège des sanctions est supposé limiter l'arbitraire dont pourrait être responsable le Conseil d'administration. Il convient dans ce cadre de s'interroger sur l'organisation (1) ainsi que le rôle du collège des sanctions (2).

1- Organisation du collège des sanctions

Le collège des sanctions est composé de trois membres permanents, dont un magistrat désigné par le

1 Art. 10 du Dahir n°1-58-261 du 1er chaâbane 1378 (10 février 1959) formant nouveau code de procédure pénale.

2 Voir Art. 7-1 du Dahir portant loi n°1-93-212 du 4 rebia II 1414 (21 septembre 1993) relatif au Conseil Déontologique des Valeurs Mobilières et aux informations exigées des personnes morales faisant appel public à l'épargne (Modifié et complété par les lois 23-01, 36-05, 44-06). Le transfert s'est imposé par le fait qu'en 1993, le Conseil d'administration était le seul collège du CDVM et était à ce titre détenteur du pouvoir de sanction ; depuis 2004, la situation a changé avec comme prémisse, l'avènement de la commission paritaire d'examen.

3 Voir l'Art. 19 du Dahir n° 1-13-21 du 1er joumada I 1434 (13 mars 2013) portant promulgation de la loi n° 43-12 relative à l'Autorité marocaine du marché des capitaux.

ministre chargé des finances sur proposition du ministre chargé de la justice et deux personnes désignées *intuitu personae*, après sélection sur la base de leur curriculum vitae, par le conseil d'administration de l'AMMC pour leur intégrité et leur compétence dans les domaines juridique et financier¹.

On peut tout de même se féliciter d'une part, de ce que la désignation *intuitu personae* des deux autres membres du collège des sanctions – hormis le magistrat – soit de la compétence du Conseil d'administration, et d'autre part la loi 43-12 a procédé avec lucidité à la refonte de l'organisation de la commission, tout en améliorant son poids au sein de l'AMMC. Même si la nouvelle dénomination est sujette à caution, force est de souligner que tant la présence que la présidence du collège des sanctions par le membre magistrat – autorité jouissant d'une véritable légitimité charismatique –, est ici un gage considérable d'efficacité, puisque la légitimité inhérente au statut de la magistrature profite à la « pseudo-juridiction » ou « quasi-juridiction »² que constitue le collège des sanctions. Dans la même veine, les membres du collège des sanctions sont nommés pour un mandat de quatre années, renouvelable une seule fois³.

Par ailleurs, le collège des sanctions est saisi par le président de l'AMMC selon la procédure prévue dans le règlement général⁴. Le régulateur met à la disposition du collège des sanctions tous les moyens nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

2- Rôle du collège des sanctions

Le collège des sanctions a pour missions d'instruire les faits susceptibles de donner lieu à une sanction prononcée par le président de l'AMMC, en application des dispositions de la loi 43-12 ou de la législation en vigueur⁵.

A l'occasion de l'instruction des faits dont il est saisi, le collège des sanctions peut relever des faits susceptibles de constituer une infraction aux dispositions législatives en vigueur. Il peut donner son avis sur la

1Ibidem, al 1.

2 Delphine COSTA, « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ?pseudo juridiction ? », RFDA 2005 p. 1174.

3 Art. 19 al 3 de la loi 43-12 relative à l'AMMC.

4 Art. 20 al 1 de la loi 43-12 relative à l'AMMC.

5 Art. 19 al 4 de la loi 43-12 relative à l'AMMC.

qualification, éventuellement pénale, desdits faits et proposer, le cas échéant au président de l'AMMC, la saisine de l'autorité judiciaire compétente¹.

Outre la mission d'instruire les faits, le collège des sanctions propose également au président de l'AMMC, à l'issue de l'instruction des faits, la sanction disciplinaire correspondante, telle que prévue par la législation en vigueur. On remarque ici que l'article 19 dispose que le collège des sanctions a pour mission, entre autres, de proposer au président de l'AMMC, la sanction disciplinaire, sans référence aucune à la sanction pécuniaire. Est-ce à dire que le collège n'a pas son mot à dire sur le montant de cette dernière ? Une telle interprétation quoique réaliste contredirait les dispositions des articles 8 à 13 et celles de l'article 54 !

Enfin, ledit collège peut donner son avis au président de l'AMMC, préalablement à la saisine des autorités judiciaires compétentes, sur tous faits pouvant être qualifiés d'infractions pénales.

De même, l'institution d'une telle formation collégiale est censée être destinée au prononcé des sanctions disciplinaires et/ou pécuniaires, d'autant plus que sa collégialité constitue une garantie non moins importante contre la dénaturation du pouvoir du régulateur en un pouvoir discrétionnaire. Pour autant, il résulte des dispositions de la loi n° 43-12 que le président de l'AMMC est libre de prononcer ou de ne pas prononcer la sanction proposée par le collège des sanctions. Mais en réalité, force est de prévoir qu'étant à l'initiative de la saisine du collège des sanctions, il prononcera, sauf bien entendu toute influence externe, la sanction dans la quasi-totalité des cas. Aussi saura-t-on tout de même gré au pouvoir législatif d'avoir légèrement refondu cette « muraille de chine » entre le titulaire du pouvoir normatif et celui du pouvoir répressif par l'avènement du mécanisme de « l'avis conforme »².

Dans le même ordre d'idées, on peut légitimement indiquer une plus large ambiguïté autour de la mission du collège des sanctions. Est-ce une juridiction de jugement (comme le suggère son appellation) ou d'instruction (ainsi que le consacre la loi) ou encore s'agit-il d'une juridiction répressive cumulant les attributions d'instruction et de jugement ? Autrement dit, la loi n° 43-12 a-t-elle institué un véritable collège de sanction ou un simple collège d'instruction ?

¹ *Ibidem*,

² Art. 18 al 3 para 11 de la loi 43-12 « Le Président de l'AMMC prononce, selon *l'avis conforme* du collège des sanctions, les sanctions disciplinaires et pécuniaires en application de la présente loi ou des dispositions législatives en vigueur ; »

La question d'une juridiction d'instruction ne fait aucun doute d'autant plus que la loi le prévoit expressément. En ce qui concerne la question de la juridiction de jugement, les dispositions législatives ne laissent pas le lecteur moins perplexe. La confusion, sinon le paradoxe, trouve sa source dans contenu même des dispositions de la loi n° 43-12. Il semble en effet s'inférer des dispositions législatives que la mission du président consistera généralement à faire connaître publiquement le jugement. Le collège des sanctions nous semble ainsi de facto une juridiction de jugement et d'instruction, malgré qu'il soit institué de jure comme une juridiction d'instruction.

Parallèlement à ces pouvoirs de sanction directe, l'AMMC participe à la fonction judiciaire. Son rôle dans cette fonction ne suscite pas autant de débats que celui de son pouvoir répressif administratif, mais joue un rôle important dans la consécration de l'intégrité du marché.

II- Pouvoir de sanction indirecte de l'AMMC

L'autorité régulatrice joue également un rôle actif dans la fonction judiciaire. Celle-ci intervient en justice à des degrés divers et devant des juges différents. Tantôt comme partie au procès, tantôt pour solliciter l'intervention du juge. Le législateur a voulu qu'une autorité, dotée d'une grande expertise dans les questions économiques et financières, participe à la moralisation des marchés financiers, il n'est pas pour autant question que celle-ci se substitue au juge car ce dernier dispose d'un pouvoir répressif plus restreint à l'encontre des infractions financières et dispose du monopole de la répression pénale. Il convient donc d'analyser la nature de la relation qui existe entre l'autorité de régulation du marché des capitaux et l'autorité judiciaire (A) avant de traiter les modalités de saisine des autorités judiciaires par l'AMMC (B).

A- La relation entre l'autorité de régulation du marché des capitaux et l'autorité judiciaire

Si la présence des autorités judiciaires est indispensable sur le marché des capitaux, on s'interroge ainsi, en premier lieu, s'il est juridiquement possible, en matière de droit financier, que l'autorité judiciaire possède la même liberté que l'autorité régulatrice (1), et en second lieu, si le juge est bien placé pour prendre valablement une décision d'admissibilité portant sur les décisions de l'autorité de régulation (2).

1- La nécessité de l'intervention de l'autorité judiciaire dans la régulation du marché des capitaux

La nécessité de l'intervention de l'autorité judiciaire dans la régulation des marchés financiers ne se manifeste pas uniquement dans le cas où elle exerce ses pouvoirs de recours contre les décisions de l'autorité de marché¹. Elle est expliquée par l'originalité de la répartition des compétences entre l'autorité de marché et l'autorité judiciaire qui résulte du double régime, pénal et administratif, des infractions financières.

Dans le cadre du marché des capitaux, lorsqu'une pratique contraire aux dispositions législatives ou réglementaires est de nature à porter atteinte aux droits des investisseurs, l'AMMC peut en tant qu'autorité du marché des capitaux prendre toute mesure nécessaire soit pour éviter cette atteinte au marché financier par un tel fait, soit pour mettre en place des sanctions lorsque ces atteintes se sont déjà produites. Néanmoins, lorsque cette pratique est qualifiée par la loi pénale, l'AMMC est-elle compétente pour prononcer des peines sur la base de la disposition de la loi pénale ?

La réponse est bien évidemment négative étant donné que seule la juridiction pénale est compétente pour faire prononcer des peines en interprétant la loi pénale. Le juge et l'autorité des marchés sont ensemble investis, dans leur fonction propres, de la mission de réguler les marchés financiers dans l'intérêt général des investisseurs². En d'autres termes, le juge et l'autorité des marchés ont pour mission primordiale d'assurer la sécurité du système de droit réglant les relations économiques et financières³. Il est en effet indispensable que tout opérateur soit en mesure d'apprécier avec un maximum de certitude, au moment où il engage une opération financière, le risque juridique ou contentieux qu'il encourt. C'est ainsi que l'intervention des autorités judiciaires est devenue nécessaire et incontournable afin d'incriminer les infractions commises sur les marchés financiers en prononçant des peines privatives de liberté. Dans ce cas de figure, l'AMMC est

1 Qiang ZHOU, « La régulation des marchés financiers en Chine : étude comparative des systèmes de régulation chinois, français et américain », Thèse de doctorat en Droit, soutenue en 2009 à Paris 1 Panthéon Sorbonne, p. 313.

2 *Ibidem*, p314.

3 Daniel LABETOULLE, « Régulation et transaction : quand le gendarme des marchés financiers transige », Revue juridique de l'économie publique n° 703, Décembre 2012.

obligés de saisir l'autorité judiciaire qui intervient pour engager les poursuites pénales en tant que seule autorité compétente.

Par conséquent, l'AMMC et l'autorité judiciaire disposent d'attributions distinctes, autonomes et complémentaires qui sont pourtant toutes inscrites dans le cadre des missions communes de défendre l'intérêt général des investisseurs et le bon fonctionnement des marchés.

2- L'approche complémentaire du juge et de l'autorité de marché dans la régulation du marché des capitaux

L'AMMC et l'autorité judiciaire disposent chacune d'attributions distinctes et autonomes, donc la nature de la relation entre ces deux autorités ne relève ni d'un caractère parallèle ni d'un caractère subordonné. Il s'agit en effet d'une approche de complémentarité entre l'une et l'autre dans l'application et l'interprétation respective des normes régulatrices.

La complémentarité entre l'AMMC et l'autorité judiciaire s'explique par l'existence d'une collaboration étroite dans l'exercice du contrôle juridictionnel de l'autorité judiciaire. On retrouve cette approche de complémentarité dans la loi n°43-12 relative à l'AMMC. Ainsi, l'autorité de marché peut saisir le juge des référés aux fins de prononcer à l'encontre d'un contrevenant, des mesures d'urgences, tels que des mesures conservatoires. De ce fait, « ...le président du tribunal compétent peut également en sa qualité de juge des référés, sur demande motivée de l'AMMC, prendre toute mesure conservatoire nécessaire à garantir l'exécution de l'ordonnance qu'il a prononcée¹ », ou encore « le président du tribunal compétent peut, sur demande motivée de l'AMMC, prononcer en sa qualité de juge des référés, une ordonnance de mise sous séquestre en quelque main qu'ils se trouvent, des fonds, valeurs, titres, droits ou tout autre document ou élément matériel appartenant aux personnes contrôlées par l'AMMC et mises en cause »². La complémentarité entre le juge et le régulateur se situe sur un plan répressif. L'autorité saisie le procureur du Roi des infractions à la loi dont elle a connaissance.

Parallèlement, le juge participe à la régulation sur un plan normatif, par sa capacité à interpréter la loi

1 Article 40 de la loi n°43-12 relative à l'AMMC.

2 *Ibidem*, Article 39.

économique et à conforter par exemple l'autorité de régulation dans ses raisonnements et l'application de la loi.

Dans la même veine, le juge ne peut manquer de tenir compte du rôle spécifique de l'autorité de marchés et le droit des marchés financiers a en effet pour fonction économique spécifique d'assurer la gestion et le contrôle des structures d'affectation du patrimoine des grandes entreprises et de régler leurs relations réciproques à l'occasion des prises de contrôle¹. De ce fait, la mise en œuvre du droit des marchés ne peut être abandonnée aux seuls juristes. Elle suppose une connivence, une concertation entre praticiens du droit, économistes ou techniciens des mécanismes financiers et nécessite une approche interdisciplinaire qui, seule, peut prendre en compte l'ensemble des données juridiques, économiques et financières.

Par conséquent, l'intervention des juges sur les marchés financiers doit toujours tenir compte de la spécificité fonctionnelle des autorités de marchés. Le juge n'est pas un expert financier, « n'étant ni économiste, ni professionnel de la bourse, ni technicien des questions financières...le juge ne peut pas se substituer à l'autorité de marché »². De même, la cour n'a ni les moyens, ni la fonction pour déterminer la mise en œuvre des dispositions qu'elle prend en réformant la décision de l'autorité des marchés. Si elle a incontestablement le pouvoir d'annuler ou de réformer une décision d'admission ou de retrait de la cote ou concernant la recevabilité d'une opération d'émission, il est certain qu'à cette occasion, elle ne peut fixer les modalités pratiques d'exécution de ces opérations, et ne peut, bien évidemment que laisser à l'AMMC la mise en œuvre des modalités pratiques de réalisation de l'opération de marché ainsi que la surveillance de son exécution.

Par ailleurs, on peut déduire que l'autorité de régulation intervient comme étant un expert gracieux auprès des juridictions. Le juge peut s'appuyer sur les éléments de doctrine du régulateur via ses avis et lignes directrices. L'article 38 de la loi n°43-12 dispose à cet effet que : « les autorités judiciaires compétentes, saisies de poursuites relatives à des infractions mettant en cause des personnes ou organismes que l'AMMC est habilitée à contrôler peuvent, à toute étape de la procédure, demander l'avis de celle-ci ». Il s'agit du rôle

1 Qiang ZHOU, « La régulation des marchés financiers en Chine : étude comparative des systèmes de régulation chinois, français et américain », Thèse de doctorat en Droit, soutenue en 2009 à Paris 1 Panthéon Sorbonne, p 315.

2 Alain Viandier, « Le modèle français de relation entre le juge et les autorités de marché », Bulletin Joly Bourse - 01/05/1994 - n° 03 - page 249.

d'*amicus curiae* de l'AMMC. Cependant la présence du régulateur financier auprès du juge peut paraître discutable quand le juge examine un recours formé contre ses décisions, au risque que l'autorité soit considérée comme juge et partie.

B- Les modalités de saisine des autorités judiciaires par l'AMMC

Dès sa création, l'autorité de régulation participe à la répression pénale, par le biais de son pouvoir de mise en œuvre de l'action publique devant les autorités judiciaires (1). En outre, la loi attribue au régulateur le pouvoir de se constituer en tant que partie civile (2).

1- La mise en œuvre du pouvoir répressif

L'autorité judiciaire est toujours considérée comme l'outil de répression le plus efficace pour les infractions. Cette répression est efficace car seule l'autorité judiciaire peut prononcer des peines aussi sévères applicables aux infractions financières en privant leurs auteurs de la liberté : la loi relative à l'autorité marocaine du marché des capitaux prévoit des peines d'emprisonnement à l'encontre des infractions commises sur le marché des capitaux¹.

En effet, le législateur reconnaît à l'AMMC les moyens pour intervenir dans le processus répressif au coté du juge. Celle-ci peut, lorsqu'elle constate une infraction, transférer le dossier au Procureur du Roi. Elle peut également se constituer partie civile au procès et la loi lui réserve également le pouvoir de demander réparation.

La saisine du juge pénal est un pouvoir essentiellement utilisé pour la répression des délits boursiers. Notons que les Etats-Unis ont été les premiers à organiser la répression des abus de marché, dès 1934 par le Securities Exchange Act. Ce texte réprimait le délit d'initié et le délit de communication d'informations fausses. En Europe, la France a été le premier pays à agencer un délit d'usage d'informations privilégiées et un délit d'informations fausses.

D'après le code de procédure pénale marocain, l'action publique est en principe mise en mouvement

¹ Les sanctions pénales sont prévues par les articles 42 et suivants de la loi 43-12.

par les magistrats, la partie lésée ou encore par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi¹. L'AMMC peut saisir le procureur du Roi des infractions aux textes rentrant dans le champ de sa compétence, qu'elle aura relevé ou dont elle aura pris connaissance. Il est à signaler que l'ancien Conseil déontologique des valeurs mobilières a été expressément doté dès sa création de cette prérogative, à savoir la saine de la justice.

Dans le même ordre d'idées, le transfert au parquet des faits susceptibles de constituer une infraction à la loi est un principe, mais sa mise en œuvre appelle quelques remarques. Tout d'abord, si l'AMMC a le pouvoir de transmettre un dossier au pénal, elle n'est pas juge de l'opportunité des poursuites. Le procureur du Roi est seul maître de décider ou non s'il y a lieu à poursuivre les faits qui lui seront communiqués par le régulateur financier.

En revanche, la certitude est moins claire pour ce qui est du pouvoir de l'opportunité de la transmission du dossier au juge pénal. Celle-ci est obligatoire dès que l'autorité constate tout faits constitutif d'une infraction, à charge pour le juge d'instruction de prendre la décision de poursuivre ou non.

En ce qui concerne la décision de transmission du dossier au parquet, celle-ci appartient au président de l'AMMC après avis du collège des sanctions². Le dossier contient tous les éléments qui ont permis l'instruction du dossier en interne ainsi que l'ensemble des informations et documents résultant de l'enquête.

Par ailleurs, en ce qui concerne les infractions pouvant faire l'objet de sanctions pénales, la loi prévoit des sanctions de gravité différente selon les délits. Ainsi, les auteurs des informations fausses ou trompeuses, sont sanctionnés pénalement au titre de l'article 44 de la loi relative à l'AMMC et sont passibles d'un emprisonnement de trois mois à deux an et d'une amende de dix mille à cinq cent mille dirhams ou l'une de ces deux peines.

En matière de délit d'initié, la loi³ prévoit une sanction plus importante, ce qui est le cas dans la plupart des juridictions.

A titre d'information, la loi française de régulation bancaire et financière accorde à l'AMF la faculté de

1 Art 2 du code de Procédure Pénale, loi n°22-01, du 1er octobre 2003 promulguée par le dahir n°1-02-255 du 3 octobre 2002- 25 rejeb 1423 ; publié au B.O n°5078 du 30 janvier 2003.

2 Art 18 al 3 para 12 de la loi 43-12.

3 *Ibid*, art 42 et suiv.

proposer une transaction dans les petites affaires¹. En droit marocain, l'article 3 du code de procédure pénal² dispose que « l'action publique peut, en outre, s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément ». Cependant la loi ne prévoit pas cette possibilité en matière de délit financier pour l'AMMC. Pourtant cette solution pourrait être prévue par la loi, puisqu'elle permet de sanctionner sans recourir à un procès. La transaction est bénéfique à deux niveaux, d'une part elle permet de sanctionner une personne notamment lorsqu'elle ne dispose pas de tous les éléments de preuve qu'exigerait le juge³. Et d'autre part, la procédure est plus rapide, permet de réunir des informations précieuses et permet la correction immédiate des insuffisances constatées⁴.

Parallèlement à son intervention dans la répression pénale, l'AMMC peut intervenir en tant que partie au procès.

2- Constitution de partie civile de l'AMMC

L'AMMC peut se constituer en tant que partie civile⁵. Elle exerce cette attribution par voie d'intervention et par voie d'action.

Par voie d'intervention, l'AMMC peut exercer les droits de la partie civile. La possibilité de se porter partie civile présente des avantages importants pour l'autorité de marché. A l'origine, tiers au procès, elle devient par voie d'intervention, partie à celui-ci qui est engagé entre des parties originaires⁶. D'une part, celle-ci participe au cours de l'instruction et participe à l'instance. Elle reçoit comme tout autre partie, les documents et assiste aux débats de l'audience. Elle peut aussi apporter des éléments d'information et éclairage au cours de la phase d'instruction, notamment sur des questions techniques ou juridiques. Par ailleurs, cette voie

1 Olivia DUFOUR, « La loi de régulation bancaire et financière conforte le pouvoir de sanction de l'AMF », Petites affiches - 28/10/2010 - n° 215, p. 3.

2 Loi n°22-10 relative au code de procédure pénale promulguée par le dahir n°1-02-255 du 3 octobre 2002- 25 rejev 1423.

3 Bertrand de Saint Mars, « Le pouvoir de sanction de l'AMF, un élément central de la crédibilité de la Place et de ses acteurs », Joly Bourse - 01/09/2009 - n° 5 - page 351.

4 Jean-Pierre Jouyet, « La place de la sanction dans la régulation des marchés financiers », Joly Bourse - 01/12/2009 - n° Spécial - page 419.

5 Voir art 52 al 2 de la loi 43-12 relative à l'AMMC.

6 G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, Puf/quadrige, 2003, p.637.

d'intervention permet au régulateur, dans des cas d'affaires complexes, où il est nécessaire de recourir à des moyens coercitifs dont elle ne dispose pas, de transférer le dossier au juge et de bénéficier des moyens dont il dispose. Cela peut même pousser le régulateur à ne pas sanctionner par lui-même et à privilégier la sanction pénale, à laquelle, il pourra participer davantage à la mise en œuvre¹.

Pour ce qui est de la constitution en tant que partie civile d'action, la répression pénale à elle seule, n'est pas considérée comme suffisante, celle-ci doit être complétée par la réparation du dommage subi. La possibilité pour l'AMMC d'engager une action civile en réparation est prévue par la loi. Or la loi n'en fait pas un principe général, elle prévoit l'exercice de cette prérogative pour un cas particulier. Le régulateur peut se porter partie civile, lorsqu'une opération d'appel public à l'épargne est réalisé sans que le document d'information ait été établi ou avant qu'il n'ait été visé et publié ou lorsque le contenu du document publié n'est pas conforme à celui du document d'information visé par l'autorité de régulation ou que l'émetteur ne se conforme pas aux caractéristiques de l'opération envisagée, contenues dans le document d'information visé².

Le régulateur peut demander en justice, soit la nullité de l'opération en question, soit la nullité d'une ou de plusieurs transactions, sans préjudice de toute demande de dommages et intérêts et des sanctions prévues par la législation en vigueur³. Un document d'information visé alors qu'il est basé sur des informations fausses porte atteinte à la crédibilité du régulateur qui est alors en droit de demander réparation du préjudice subi. La loi reconnaissant le droit de demander réparation, est silencieuse quant au sort des pénalités qui seront reconnues à l'AMMC. Par similitude à ce qui est prévu en matière de sanctions pécuniaires, il est fort probable que les indemnités décidées par le juge seront versées au Trésor public.

Conclusion :

En guise de conclusion, on peut dire que l'instauration d'un collège des sanctions auprès de l'AMMC constitue une avancée importante afin d'améliorer le pouvoir répressif du régulateur financier. Cependant, un

1 P.H. CONAC, « L'autorité des marchés financiers », Dictionnaire Joly-Bourse et produits financiers, 2004, p.77.

2 Art 27 al 1 du Dahir n° 1-12-55 du 14 safar 1434 (28 décembre 2012) portant promulgation de la loi n° 44-12 relative à l'appel public à l'épargne et aux informations exigées des personnes morales et organismes faisant appel public à l'épargne.

3 *Ibidem*.

problème se pose au niveau du traitement de la problématique du cumul¹ des sanctions en cas d'abus de marché. Le droit français propose dans ce cadre la création d'un tribunal des marchés financiers comme c'est le cas en droit financier canadien par exemple. Il s'agit en effet d'une solution pragmatique et simple, qui résout les difficultés du cumul des procédures. Elle répond à l'intérêt d'une bonne administration de la justice, ce qui est un objectif de valeur constitutionnelle².

Notons que le cumul de procédure est à la croisée des nécessités propres à la régulation des marchés financiers, du droit pénal et du droit européen dans ses deux composantes, droit de l'Union européenne et de la Convention européenne des droits de l'Homme.³

La question qui se pose alors est de savoir si le droit financier marocain et le droit marocain dans son ensemble sera prêt à instituer dans les années à venir, un tribunal du marchés des capitaux capable à lui seul de prendre en main le volet répressif, tout contentieux confondus ?

1 Un même fait, par exemple la diffusion de fausses informations sur le marché, peut donner lieu à trois procédures distinctes, devant le collège des sanctions, devant le juge pénal et devant le juge civil, ce qui porte atteinte aux principes fondamentaux des droits de l'Homme.

2 Dominique Schmidt, « Pour un tribunal des marchés financiers », Bulletin Joly Bourse - 31/01/2015 - n° 01.

3 *Ibidem*.

Les conventions de place : Le contrat international dérivatives swaps agreement

Mounia BOULACH

Doctorante en droit privé

Université Mohammed V -SOUISSI

INTRODUCTION

Les techniques contractuelles en matière boursière ont été mises à rude épreuve depuis la crise qui a ravagé le monde de la finance, sans doute du fait d'une utilisation accrue de différentes versions de conventions-cadres et d'interprétation varié de leurs clauses ¹.

Le Maroc ne fait pas exception surtout pour ce qui a trait aux produits dérivés négociés sur les marchés de gré à gré. En effet, l'utilisation des produits dérivés (ou instruments financiers à terme) au Maroc, même si elle est aujourd'hui limitée à certains contrats (swaps) et sous-jacents (devises), n'en demeure pas moins un grand pas dans la sphère financière marocaine ².

Le présent article n'entend pas entrer dans un tel débat mais plutôt exposer brièvement le principal contrat régissant ces transaction que celle-ci soit conclue sur un marché réglementés ou être négociés de gré à gré. Dans ce dernier cas, les parties prennent le soin de les rattacher à des conventions-cadres établies par des organisations professionnelles³.

1 Sadri DESENNE-DJOUDI : L'efficacité de la compensation en matière financière Revue de Droit bancaire et financier n° 2, Mars 2010, dossier 16

2 Mohammed Rabiè SIKEL : Les produits dérivés financiers au Maroc Projet de fin d'études pour l'obtention du diplôme Master spécialisé « Juriste d'Affaires » université Mohammed Rabat-Souissi année universitaire : 2013-2014

3 Sébastien Grasset et Claude Dimi : Une nouvelle ère pour les transactions sur dérivés de crédit régies par la documentation

On s'accorde généralement à classer trois grands types d'opérations financières internationales dans la catégorie des transactions de gré à gré réalisées sur les marchés financiers.

En premier lieu, les émissions obligataires internationales. Il peut paraître de prime abord étonnant de considérer que ces titres et parmi eux principalement les euro-obligations, dans la mesure où ils sont souvent admis aux négociations sur un marché réglementé, fassent partie de la catégorie des opérations de gré à gré. Cependant, on constate que la cotation est à vrai dire largement symbolique et répond principalement, sinon uniquement, à l'attente de certains investisseurs institutionnels désirant satisfaire les règles prudentielles qui leur sont applicables en acquérant des titres cotés. Le prix des obligations résulte en réalité le plus souvent de négociations privées entre banques, institutions financières, et les autres catégories d'investisseurs professionnels. En ce sens, les opérations sur le marché secondaire des obligations internationales méritent d'être qualifiées de gré à gré.

En second lieu, les opérations de crédit syndiquées. À l'instar des obligations internationales, elles constituent un moyen privilégié de financement auquel les États, organisations internationales ou grands opérateurs privés, n'hésitent pas à recourir afin de financer leur déficit ou subvenir à leur besoin d'investissement.

Enfin, les opérations transfrontalières sur produits dérivés¹, le plus souvent dans un espace international², conclues presque systématiquement par simple référence au contrat ISDA (l' International Swaps and Derivatives Association (ci-après l' ISDA)),

Publié pour la première fois en 1987, à l'origine sous le nom International Swap Dealers Association, le contrat ISDA est l'une des plus importantes technique contractuelle dans la finance, qui regroupe les principaux intervenants sur les marchés de gré à gré sur produits dérivés³. Son objectif est de mettre en place

ISDA Bulletin Joly Bourse, 01 juillet 2009 n° 4, P. 326

1 PASCAL DURAND-BARTHEZ : Identifier les modes d'influence : commoditization du droit, contrats-types et droit applicable la semaine juridique - édition générale - N° 17 - 22 avril 2013 p844

2 Serge Durox : Les différends relatifs aux opérations internationales de gré à gré : constat et réflexion Bulletin Joly Bourse, 01 novembre 2002 n° 6, P. 546

3 Un produit dérivé ou contrat dérivé ou encore derivative product est un instrument financier :

des standards sur ces marchés non organisés afin d'aider à réduire le risque de crédit.

Ce contrat a été élaboré par une association créée en 1985, dont le siège est à New-York. Celle-ci comprend aujourd'hui environ 840 membres dans 64 pays. Ces membres sont classés en 3 catégories selon les directives de l'Association de règlements : Les primaires (sociétés de courtage), les associés (prestataires de services) et les abonnés (utilisateurs finaux).

Pour essayer "d'organiser" ce marché non réglementés de produits dérivés¹ de gré à gré, l'ISDA a mis au point un certain nombre d'initiatives de standardisation, notamment sous forme de recommandations, d'accords, de procédures et de documents destinés à encadrer ses transactions. Le contrat cadre ISDA (ISDA Master Agreement), largement utilisé aujourd'hui dans ce type de négociations, en est certainement l'élément prééminent.

De ce contrat type, il existe actuellement deux versions : l'une datant de 1992 et une seconde de 2002. Cette actualisation a été rendue nécessaire afin d'adapter ce contrat à l'évolution et l'innovation financière en matière de produits dérivés Over The Counter

1. Le contrat ISDA outils contractuel de gestion du risque financier

A. Structure du contrat ISDA

Le contrat ISDA, ou international swaps derivatives agreement, peut être défini comme un contrat entre deux parties, un acheteur et un vendeur, qui fixe des flux financiers futurs fondés sur ceux d'un actif sous-jacent, réel ou théorique, généralement financier.

Les opérations conclues sur les marchés financiers de gré à gré sont, pour la plupart d'entre elles,

-
- dont la valeur fluctue en fonction de l'évolution du taux ou du prix d'un produit appelé sous-jacent ;
 - qui ne requiert aucun placement net initial ou peu significatif ;
 - dont le règlement s'effectue à une date future.

¹ Hervé EKUÉ et Laurent VINCENT Revue de Droit bancaire et financier n° 1, Janvier 2015, étude 1 Utilité et périmètre des avis juridiques relatifs à la compensation centrale des contrats dérivés OTC : les premières ISDA Client Clearing Opinions

élaborés sous forme de documentation contractuelle standardisée : conventions-cadres¹ de place.

En effet, dès lors, lorsqu'un produit financier rencontre un certain succès il fait l'objet d'une standardisation dans une convention-cadre. Une association professionnelle se charge alors de rédiger une documentation de référence. Tel a été le cas pour le contrat ISDA ou encore international swaps de rivatives agreement au coté duquel, cohabite le contrat FBF

Les conventions-cadre sont présentées comme de véritables sources de droit en matière d'instruments financiers et particulièrement dans les opérations de produits dérivés. Elles font l'objet d'une adaptation régulière, au gré des besoins de la pratique. Les parties ont théoriquement le choix de la convention-cadre qui régira leurs relations suivant le marché et les produits concernés.

Il existe plusieurs conventions-cadres qui peuvent s'appliquer selon les transactions et les produits visés, de même quelles peuvent être nationale² ou internationale

Le contrat ISDA, quoique standardisée, permet aux opérateurs de conclure des dérivés de crédit « sur mesure ». Il va permettre aux opérateurs de sélectionner très précisément les événements à couvrir, ainsi que les entités de référence et les obligations de référence aux risques desquelles le vendeur va être exposé en vertu du contrat.

Ce master agreement, a l'image du contrat traditionnel de droit commun est valablement conclues dès lors que les parties se sont entendues, même oralement, donc sans contrat écrit, sur leurs conditions.

L'objet de cette convention-cadre est de permettre à deux contractants de conclure de nombreuses opérations en signant pour chaque opération un seul document

La production d'un support autre qu'oral n'est donc naturellement requise qu'à titre de preuve. Ainsi, l'architecture de la convention-cadre ISDA comprend :

1 Une convention-cadre n'est donc pas élaborée par une administration ou une autorité émanant de l'état, elle n'a donc pas valeur de loi ou de règlement. Il s'agit de règles de droit privé qui suivent le régime du droit des contrats. De plus ce caractère permet l'application notamment des règles de compensation.

2 Elles peuvent également être nationales, du type de celle élaborée par la FBF (Fédération bancaire française).

- convention-cadre, document contractuel complémentaire plus spécifique à la nature de l'opération recherchée et confirmation. Les parties passent d'abord une convention-cadre régissant la suite de leur relation contractuelle. Cette convention-cadre est écrite.
- Ce contrat cadre est complété par le schedule, ou plage de négociation modelable permettant aux parties de déroger au contenu du contrat cadre, ou d'y ajouter certaines clauses, ainsi que d'effectuer certains choix laissés au sein de celui-ci¹.
- une confirmation est un document écrit qui reprend les termes de l'accord passé oralement le contrat qui documente le dérivé de crédit spécifique conclu entre deux contreparties. C'est un contrat d'application, permet de fixer précisément les droits et obligations des contreparties. Il permet, donc, de faire du « sur-mesure ».
- une Annexe Technique : c'est un contrat d'application conclu parallèlement avec la Convention-Cadre et la Confirmation et qui va, par des définitions et des explications, préciser les conditions contractuelles prévues dans la Confirmation. En effet, la Confirmation n'étant qu'un document très succinct qui permet de sélectionner des termes-clés assez laconiques, la portée exacte en est précisée dans l'Annexe Technique qui est un document totalement standardisé. Outre des définitions précises des termes à sélectionner dans la Confirmation, l'Annexe Technique comporte également toutes les précisions contractuelles quant à la procédure à suivre en cas de survenance de l'événement de crédit (modalités de notification de l'événement de crédit, modalités de compensation et de calcul du solde après compensation, modalités d'exécution du paiement différentiel ou de la livraison du sous-jacent de référence) ainsi que les modalités de résolution des différends entre les parties.

Ce contrat cadre, dit « ISDA 1992 », bien qu'ayant été actualisé par l'introduction « 2002 ISDA Master Agreement »², dit « ISDA 2002 », continue d'être largement utilisé par la pratique marocaine³

1 Gilles Nejman : les contrats de produits dérivés aspects juridiques les dossiers du journal des tribunaux éditions Larcier

2 Ce dernier n'amende d'ailleurs pas l'ISDA 1992, mais en est une forme plus récente.

3 Mohammed Rabiè SIKEL : Les produits dérivés financiers au Maroc Projet de fin d'études pour l'obtention du diplôme Master spécialisé « Juriste d'Affaires » université Mohammed Rabat-Souissi année universitaire : 2013-2014

D'une manière générale la convention se compose schématiquement d'une partie rigide, agissant comme des « Conditions générales » applicables à toutes les opérations à venir entre les parties et reprenant les grands principes appliqués aux négociations, et d'une partie souple « la confirmation » faisant office de « Conditions particulières » et reprenant les spécificités de la transaction, les parties négociant alors ce seul point pour chaque nouvelle transaction. Chaque confirmation est donc soumise aux principes généraux établis par la convention-cadre.

Cette unité contractuelle entre ces différents contrats permet une résiliation et une compensation commune, ce qui a pour corollaire de réduire le risque de contrepartie ainsi que les besoins en fonds propres

Toutefois, cette standardisation contractuelle, ne constitue en aucun cas en gage de sécurité juridique pour les parties au contrat. En effet, le juge n'est pas tenu dans sa qualification du contrat par les termes ou déclarations formulés par les parties. Ces clauses pourraient néanmoins se révéler efficaces en cas de litige éventuel entre les contreparties : ainsi, si l'une des contreparties devait invoquer la nullité du contrat en estimant par exemple qu'il s'agit d'une opération de banque ou d'assurance pour laquelle la contrepartie n'avait pas les autorisations requises, l'autre partie pourrait lui opposer ces déclarations formulées dans l'Annexe Technique pour, par exemple, engager sa responsabilité contractuelle en arguant du fait qu'il a déclaré et reconnu que l'opération en cause n'était pas une opération d'assurance ou une garantie et qu'en le contestant, il est en rupture du contrat. La simple stipulation de ces déclarations, même si celles-ci ne sauraient avoir un effet opposable au juge, peuvent ainsi avoir un effet préventif (d'un litige) indéniable.

B. Présentation du cadre contractuelle régissant son fonctionnement

Ces modèles se sont développés principalement à partir du monde bancaire, grands utilisateurs de ces produits.

Et tout comme le contrat ISDA, plusieurs autres contrats ont vu le jour et sont devenus des références juridiques pour les parties qui souhaitent les invoquer

Ainsi en est-il du contrat-cadre FBF1 en matière de produits dérivés développé par l'Association Française des Banques, ainsi que de L'Euromaster (EMA), lancé par la Fédération Bancaire de l'Union Européenne (FBE) et le Groupement Européen des Caisses d'Épargne, qui offre de son côté une structure similaire au contrat ISDA

Le champ de prédilection de ce contrat, ce situe au niveau des marché de gré a gré qui se caractérisent a leur tour par une grande liberté des parties dans la détermination des règles applicables à leurs transactions. En effet ces marchés n'ont pour seule limite que des opérateurs²

Dès lors les opérations et instruments financiers qui y sont traités sont soumis au droit commun et aux règles que les parties ont décidé d'appliquer à leurs relations, la loi des parties ; l'engagement se fait par la signature de convention(s) dont le contenu laisse libre recours à la liberté contractuelle. De cette liberté est né le besoin de recourir à des conventions-cadres portant sur les instruments financiers en vue d'organiser les marchés qui ne l'étaient pas. Les conventions-cadres permettaient donc, de fournir aux intervenants un ensemble contractuel faisant office de règles de fonctionnement pour les transactions à venir et un traitement unifié ou quasi-unifié des litiges

L'un des principaux avantages d'une convention –cadre réside dans le fait qu'elle permet une globalisation des opérations. Si chaque opération est juridiquement considérée comme indépendante et autonome, la référence réalisée, dans la confirmation, à la convention-cadre signée entre les deux parties permet de fondre l'opération dans un cadre contractuel unique. Cette globalisation offre deux avantages : le premier réside dans la possibilité de ne calculer un risque que sur le montant net des dettes et créances réciproques, ce qui, en terme prudentiel, est particulièrement appréciable puisque cela permet de réduire les exigences de fonds propres. Le deuxième avantage apparait en cas de défaut de l'une des parties, puisque

1 Le contrat FBF n'a pas, dans sa structure, vocation à être négocié. En effet, ce contrat ne prévoit pas la signature d'une annexe le modifiant, mais seulement de confirmations échangées entre les opérateurs du « front office ». La confirmation fournit les données principales de l'opération et fait référence aux conditions générales d'un véritable contrat d'adhésion. Le grand intérêt de ce contrat est qu'il est soumis au droit français

2 Hubert de Vauplane et Jean Pierre Bornet droit des marchés financier éditions Litec 3ème édition p 620

cette globalisation autorise le calcul d'un solde unique global¹

L'objectif avoué de ces conventions-cadres est d'aboutir à une standardisation des rapports contractuels la plus aboutie possible. Ce faisant, elle est en elle-même susceptible d'interprétation. Elle est surtout une reconnaissance des normes les plus usitées en matière financière. Les conventions-cadres font l'objet d'adaptation régulière selon l'évolution des pratiques et les solutions apportées aux problèmes et difficultés apparues. Il n'est pas inenvisageable de s'y référer lorsque des parties ont conclu un « dérivé de crédit » de gré à gré sans s'y soumettre, pour en illuminer les grandes modalités. De plus, en dégagant les pratiques les plus courantes, ces conventions-cadres illustrent la pratique. Elles seraient le plus sur moyen d'identifier un usage dans ce monde financier.

2. La résiliation-compensation outils de sortie du contrat ISDA

Nombreux sont les intervenants qui agissant sur les marchés de gré à gré choisissent de gérer leur transactions par le biais du contrat-cadre. Ce contrat constitue pour eux un moyen de se couvrir contre certains risques liés à l'actif sous-jacent et ce à moyen de produits dérivés. Dans la pratique commerciale, ce type de transactions over-the-counter est souvent conclu sous l'égide de contrats standards, tels que notamment le International Swaps and Derivatives Association Master Agreement (ISDA).

En outre, ces contrats, même s'ils se présentent comme des conventions équilibrées (les deux parties sont en risque de contrepartie), sont souvent inégalitaires en pratique².

Afin de réduire le risque lié à ces contrats, les parties peuvent convenir que les contrats conclus entre eux feront l'objet d'une résiliation-compensation. Ce mécanisme a pour finalité, de s'assurer que l'exposition d'une partie par rapport à la solvabilité des autres parties, ainsi que les changements de la valeur des actifs

1 Hubert de Vauplane et Jean Pierre Bornet droit des marchés financiers éditions Litec 3ème édition P 621

2 Par exemple un même seuil de défaut déterminé en fonction d'un pourcentage des capitaux propres n'a pas le même sens pour une banque que pour une société commerciale, la première ayant d'importants capitaux propres.

Par suite, il semble difficile d'utiliser ces conventions comme source de droit pour définir le nouveau cadre des contrats d'échanges de risques sauf en ce qui concerne certaines obligations dont il est fondamental d'affirmer la valeur légale notamment la nature des conventions et les principes à mettre en œuvre en cas de résiliation ou de nullité.

concernés se maintient à des niveaux acceptables. Cette garanties peut soit être incluse dans un document-cadre standard ISDA, soit faire partie d'un contrat-cadre personnalisé, soit être un contrat entièrement autonome a travers une clause permettant une résiliation-compensation entre les parties

A. la résiliation-compensation unilatérale avec déchéance du terme

La gestion du risque de contrepartie s'effectue en particulier par le biais de la clause dite de close-out netting¹, qui s'applique aux transactions entre une partie défaillante et une partie non-défaillante. Ce concept permet à la partie non-défaillante de mettre unilatéralement, et de manière anticipée, un terme aux multiples transactions entre les parties, et de substituer leurs obligations de paiement et/ou de livraison par une seule obligation de paiement à charge d'une des parties. L'application de la clause de close-out netting est étroitement liée au mode de résiliation choisi par les parties, qui peut avoir lieu soit par notification, soit par l'adoption d'un mode de résiliation anticipée automatique. il est déclenché automatiquement lorsque cet événement se produit

En effet, et Selon la doctrine², dans la mesure où l'ensemble des contrats financiers entre les parties sont considérés comme formant un tout pour leur résiliation et leur compensation. En conséquence, la défaillance de l'une des parties donne le droit à l'autre partie de résilier l'ensemble des contrats financiers, de compenser les dettes et créances réciproques y afférentes et d'établir selon une méthode prédéfinie dans la convention cadre un solde de résiliation, à recevoir ou à payer

La notion de résiliation-compensation³ (close-out netting) est relativement nouvelle dans la terminologie juridique et n'est pas particulièrement bien définie.

De manière générale, nous pouvons dire, que celle-ci comprend deux termes. Le terme compensation

1 Le Projet de Principes concernant l'applicabilité des clauses de résiliation-compensation rédigé par UNIDROIT définit la *"clause de résiliation-compensation"* désigne une clause contractuelle sur la base de laquelle, à la survenance d'un événement prédéfini dans la clause concernant une partie au contrat, les obligations exigibles et non exigibles des parties l'une à l'égard de l'autre qui sont couvertes par la clause sont réduites à, ou remplacées par, une obligation nette unique, que ce soit par novation, résiliation ou d'une autre façon, représentant la valeur des obligations combinées, qui est alors payable par une partie à l'autre partie

2 Jad Nader : Les garanties réelles dérogatoires du code monétaire et financier, thèse de doctorat

ou (set-off) appliquée en cas de défaut ou d'insolvabilité de l'une des parties.

Lorsque celles-ci ont des dettes réciproques qui sont déjà exigibles, ainsi qu'une valeur déjà déterminée et sont juridiquement distinctes. Que la compensation soit contractuelle ou intervienne de plein droit, les dettes déjà nées des parties sont compensées les unes avec les autres, de sorte que la partie dont la dette est la plus modeste ne doit rien et celle dont la dette est la plus élevée ne doit que la différence entre les deux obligations.

La résiliation-compensation comporte cependant plusieurs éléments supplémentaires et se différencie, à la fois en termes fonctionnels et conceptuels, de la compensation traditionnelle.

En effet, Selon certains auteurs, Le close-out netting n'est pas une compensation au sens de l'article 357¹ du DOC ou encore de l'article 1289 du Code civil, mais s'apparente plutôt au mécanisme de la novation.

Seule la compensation finale entre le solde de résiliation et d'autres dettes pourrait à la rigueur être qualifiée de compensation civiliste. Le fonctionnement du mécanisme ainsi que la terminologie utilisée conforte cette opinion. En effet, les dettes restant dues à la date de résiliation sont éteintes pour être remplacées par un solde unique comprenant en outre une somme correspondant à la « valeur de remplacement » du contrat résilié².

De plus, à la lecture du contrat ISDA³, nul ne manquera de noter que, outre ces clauses attributives de juridiction que renferme cette documentation standardisée⁴, celle-ci prévoit qu'en cas de résiliation anticipée du contrat, cette situation donne lieu au paiement d'une indemnité de résiliation qui prend en compte les

1 « La compensation s'opère, lorsque les Parties sont réciproquement et personnellement créancières et débitrices l'une de l'autre » article 357 du dahir formant code des obligations et contrats.

2 Arut KANNAN : ISDA 2014 Resolution Stay Protocol et suspension des accords de close-out netting : vers une reconnaissance extraterritoriale des mesures de résolution ? Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2015, étude 5

3 l'article 5 du 2002 Master Agreement de l'ISDA prévoit les cas de défaut et de résiliation anticipée (« Termination events »), entraînant une cessation anticipée des relations contractuelles, et laissant place à une compensation pour donner naissance à un solde unique, et entraînant une résiliation anticipée de la convention.

4 Serge Durox : Les différends relatifs aux opérations internationales de gré à gré constat et réflexions Bulletin Joly Bourse, 01 novembre 2002 n° 6, P. 546

données nouvelles de l'environnement financier.

Ainsi, la partie sortante est véritablement libérée de ses obligations contractuelles. Elle ne supporte plus le poids du maintien du contrat ni même le risque qui lui était lié

Par contre, la situation n'est pas tout à fait la même pour le cocontractant. En effet, cette partie se voit déliée d'un contrat dans lequel elle s'était engagée. Elle reçoit en contrepartie une compensation résultat de cette résiliation. Cela a pour elle une double différence. Le paiement reçu ne coïncide plus avec les échéances qu'elle avait pu prévoir avec des actifs sous-jacents, et redevient de ce fait, sensible aux mouvement de cet actif pour le durée restant à courir¹

Cette situation fait que les parties auront dans un premier temps recours à un expert, et non au juge, afin de résoudre les différends portant sur des questions éminemment techniques, telles que la liquidation des opérations en cours ou la valorisation de titres, ainsi que le calcul de l'indemnité. En effet, un solde est en effet établi, résultant de la somme des montants restant dus à la date de résiliation et de la valeur de remplacement du contrat résilié. C'est ce solde qui pourra par la suite être compensé, avec d'autres dettes issues d'autres contrats

Cette initiative de l'ISDA trouve son origine dans des décisions de justice qui ont mis en évidence que la technicité et la complexité des points soulevés par les produits dérivés échappaient à plusieurs égards à la connaissance des juges et justifiaient le recours à des personnes dotées de l'expertise financière nécessaire pour cerner les divers aspects de situations généralement complexes. Cette approche ne doit pas être perçue comme une défiance à l'égard des juridictions étatiques, mais plutôt comme un souhait de trouver des solutions adaptées à des problèmes aussi techniques que des calculs actuariels sur des actifs financiers relativement obscurs pour le juriste. Aussi, pourquoi ne pas pousser le raisonnement à son terme, et, plutôt que de se contenter d'un recours préalable à un expert, profiter de l'expertise des arbitres pour trancher le

1 Pierre-Antoine Boulat et pierre Yves Chabert les swaps techniques contractuelles et régime juridique éditions Masson 1991 p

litige aux lieux et places du juge étatique¹.

B. Les limites de ces clauses de résiliations et de compensation

En effet, ces clauses de close-out netting, définies dans le cadre de la documentation ISDA comme le droit pour la partie non défaillante d'une contrepartie défaillante de résilier tout ou partie des opérations existantes entre les parties, à la suite de la survenance d'un événement (« Event of Default » ou « Termination Event ») et de compenser les dettes et créances y afférentes, étaient considérées comme un facteur clé de la stabilité financière. Cependant, si ces clauses de close-out netting permettaient de contenir la défaillance en chaîne des acteurs des marchés financiers et de limiter le risque systémique, il s'est en pratique avéré que la mise en œuvre de tels mécanismes pouvait entraîner l'effet contraire. Il a ainsi été constaté que la résiliation automatique et simultanée des transactions par les différentes contreparties d'une partie défaillante pouvait conduire à accentuer les inquiétudes de la partie défaillante, engendrer une diffusion du risque de défaillance à l'ensemble du marché².

Cet état de fait est plus palpable notamment en cas de procédure collective du cocontractant. Tandis que, la faillite de Lehman Brothers a démontré que la stabilité des marchés exige parfois que des mesures d'assainissement puissent être prises avant une déclaration de faillite, par le biais notamment du transfert de certains actifs d'une institution insolvable à une institution solvable. Limitant de ce fait le risque systémique également appelé risque domino³

Conclusion

La crise récente a permis de tester l'efficacité des convention-cadres ainsi que de mettre l'accent sur certaines de leurs lacunes.

Dans les situations de défaillance, les parties ont été amenées à réexaminer les contrats en cours afin de déterminer les droits et obligations qui résultent de leurs contrats. Le nombre important des contrats en

2 Arut KANNAN ISDA 2014 Resolution Stay Protocol et suspension des accords de close-out netting : vers une reconnaissance extraterritoriale des mesures de résolution ? Revue de Droit bancaire et financier n° 3, Mai 2015, étude 5

3 Mohammed Rabië SIKEL : Les produits dérivés financiers au Maroc Projet de fin d'études pour l'obtention du diplôme Master spécialisé « Juriste d'Affaires » université Mohammed Rabat-Souissi année universitaire : 2013-2014

cours pour certains opérateurs en difficultés a appelé des mises en garde contre la survenance d'un risque systémique si les mécanismes de résiliation-compensation étaient déclenchés. Le cocontractant non défaillant peut alors avoir intérêt a retarder le déclenchement du mécanisme de résiliation afin d'éviter une résiliation qui peut lui être défavorable

En fin, il convient de préciser que les conventions-cadre restent des contrats soumis comme tous les contrats a interprétation et ultimement a l'application des principes édictés par le code civil pour l'interprétation des conventions. La sécurité juridique, tout autant que la sécurité du créancier, reste donc tributaire d'une bonne rédaction de la convention cette situation doit pousser les entreprises quelle que soit leur nationalité a bien négocier les clauses régissant leur convention d'autant plus que ces contrats sont rédigés dans une langue étrangère et soumis a un droit étranger¹. Contrairement a la majorité des contrats-types dominé par la volonté des parties quant au droit applicable, le contrat ISDA, ne laisse de choix qu'entre le droit anglais et celui de l'Etat de New York².

1 Mohammed Rabiê SIKEL : Les produits dérivés financiers au Maroc Projet de fin d'études pour l'obtention du diplôme Master spécialisé « Juriste d'Affaires » université Mohammed Rabat-Souissi année universitaire : 2013-2014

2 PASCAL DURAND-BARTHEZ : Identifier les modes d'influence : commoditization du droit, contrats-types et droit applicable la semaine juridique - édition générale - N° 17 - 22 avril 2013 p844

L'ordonnancement robuste et réactif des projets: une revue et classification des procédures.

Imane Ouchen

Bouchra Ouarraoui

Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et Sociales-Oujda

Université Mohamed-I-, Oujda, Maroc

Introduction

Un ordonnancement de base a plusieurs fonctions en gestion de projet : a) il permet d'allouer adéquatement les ressources aux activités du projet ; b) il sert de base à la planification d'activités externes du projet telles que l'approvisionnement, les livraisons, la maintenance préventive, etc. ; c) il est aussi important pour la projection des flux de trésorerie du projet ; d) il sert d'outil de mesure de performance des activités du projet

Un ordonnancement robuste de base permet aux organisations d'estimer les ressources et durées nécessaires au projet et de prendre les actions correctives nécessaires pour atteindre les objectifs prévus.

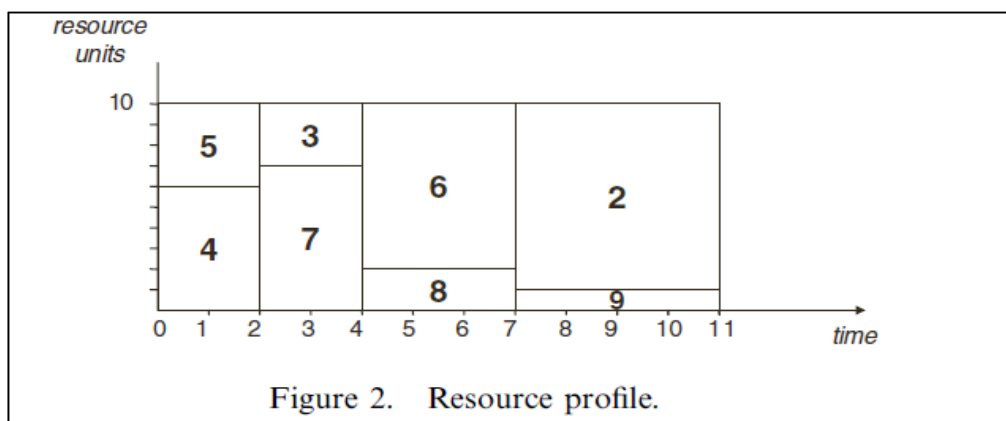
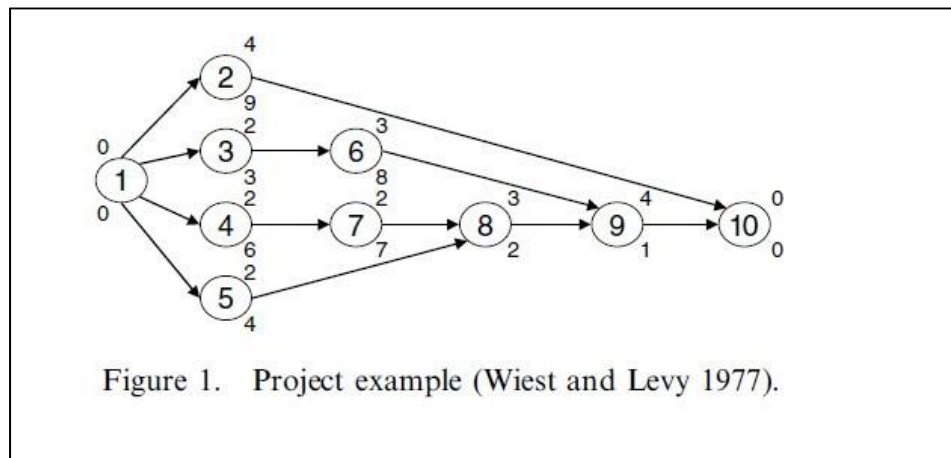
Dans la pratique divers types de perturbations peuvent survenir : pannes de machines, absences d'employés, retards de livraison. Dans ce cas, il est nécessaire de réviser l'ordonnancement de base et un très bon ordonnancement calculé selon les données initiales peut perdre de sa qualité.

Consciente que l'existence d'incertitudes est un problème crucial de planification, de nombreuses recherches se sont penchées sur les approches d'ordonnancement en présence d'incertitudes. Demeulmeester et Herroelen (2003) donnent plus de détails à ce sujet. L'une des pistes de recherche porte sur l'approche proactive d'ordonnancement de base de projet moins sujette aux perturbations en cas d'évènement incertain. L'approche d'ordonnancement proactive / réactive a été introduite pour l'élaboration d'un ordonnancement de projet de base avant le début du projet et qui peut être ajusté lors de l'exécution du projet si un évènement incertain apparaît.

Le but de cette publication est de présenter les différentes approches proactifs / réactifs d'ordonnancement de projet.

— Ordonnancement déterministe de référence.

La littérature sur l'approche déterministe d'ordonnancement de projet avec contraintes de ressources se concentre principalement sur le développement d'un échéancier réaliste qui définit les périodes prévues de début des activités du projet, satisfait à la fois aux contraintes de précédence et de ressources, et optimise l'objectif de la planification (le plus souvent est la durée du projet).



Si on considère le projet dont l'ordonnancement est représenté par la figure 1 et le profil d'utilisation des ressources par la figure 2, on peut voir qu'il existe plusieurs chemins critiques avec une durée de 11 unités de temps. D'autre part, le profil d'utilisation du projet est parfaitement nivelé avec une utilisation constante de 10 ressources par période. Dans un contexte déterministe, l'ordonnancement de ce projet est optimal. Mais il reste très vulnérable aux incertitudes. Le moindre retard dans le démarrage d'une activité ou toute légère augmentation dans la durée entraîne automatiquement une prolongation de la durée du projet.

L'ordonnancement proposé, qui était supposé être optimal lors de la phase de planification perd son caractère optimal lors de l'exécution du projet dans la réalité. Cet ordonnancement n'a pas de marge de temps ou de flexibilité pour prendre en considération l'avènement d'imprévus. Il n'est pas robuste, car non stable. Un ordonnancement est considéré comme robuste, s'il est capable de garder ses

performances en l'occurrence de perturbations.

La prochaine partie de cet article présente les principales approches d'ordonnancement de référence ainsi que diverses approches d'ordonnancement dynamique.

– Élaboration d'échéanciers de projet proactifs et réactifs

Il existe diverses méthodologies pour l'élaboration d'échéancier de référence et approches d'ordonnancement réactif (dynamiques) de projet. Ces différentes méthodologies sont listées dans le tableau 1.

PHASE DE PLANIFICATION

PHASE D'EXÉCUTION

Pas d'échéancier de référence

Échéancier dynamique basée sur les méthodes d'ordonnancement

Échéancier de référence sans anticipation de
variabilité (déterministe)

Échéanciers sans anticipation de variabilité
(déterministe)

Élaboration d'un
échéancier de
référence

Échéancier proactive ou robuste
(anticipation de variabilité)

Qualité robuste

Solution robuste

Echéancier réactif :

Correction d'échéancier

Réordonnancement totale

d'échéancier

Echéancier d'urgence

Ecrasement d'activités

Analyse de sensibilité

Ex

post

stability

Tableau 1 : Méthodologie pour échéancier de référence et d'échéancier réactif

- Échéancier dynamique basé sur les méthodes d'ordonnancement.

Certaines approches de planification ne jugent pas nécessaire d'élaborer un échéancier de base avant le démarrage des activités du projet, mais choisissent plutôt des méthodes d'ordonnancement dynamiques dans la phase d'exécution. Dans ce cas, les dates de début des activités ne sont pas connues à l'avance. On décide de commencer une activité plutôt qu'une autre au fur et à mesure qu'on avance dans l'exécution du projet. C'est l'approche de d'ordonnancement stochastique.

L'ordonnancement stochastique ne crée pas d'échéancier de base, plutôt, il permet de planifier les tâches d'un projet avec des durées incertaines, afin de minimiser la durée prévue du projet sous contraintes de ressources et de précédence. La méthode consiste en une génération aléatoire de tous les scénarios possibles en fonction des distributions de probabilités des durées des tâches. Afin de faire le tri dans l'ensemble des scénarios générés, il faut mettre en place des stratégies d'ordonnancement. L'objectif général consiste à créer une politique d'ordonnancement qui minimise la durée attendue du projet. Fernandez (1995), Fernandez et al. (1996, 1998) et Pet- Edwards et al. (1998) ont modélisé le problème d'optimisation correspondant sous la forme d'une programmation stochastique multi étape.

L'élaboration d'échéancier de base peut se faire sans prévision de la variabilité des durées lors de l'exécution du projet ou en anticipant l'avènement d'événements imprévus.

Cas sans prévision de la variabilité des durées

L'une des pratiques courantes en gestion de projet est d'élaborer un échéancier de référence avant le début du projet. Cela se fait en utilisant une approche déterministe d'ordonnancement de projet sans aucune prévision de variabilité des durées d'activités. On fait une estimation ponctuelle des valeurs déterministes des paramètres de projet et les objectifs sont directement en rapport avec la performance déterministe du projet. L'ordonnancement déterministe de projet avec les contraintes de ressources et de précédence est traité plus en détail par Demeulemeester and Herroelen (2002).

Échéancier de référence proactif (robuste)

L'ordonnancement proactif ou robuste se concentre sur le développement d'un échéancier de

référence qui intègre un degré d'anticipation de la variabilité lors de l'exécution du projet. L'idée de base est d'élaborer un échéancier de référence stable, moins sujet aux incertitudes. Cette approche proactive d'ordonnancement de projet fait de plus en plus l'objet de nombreux efforts de recherche tant de la part des praticiens que des théoriciens. Différentes méthodes proactives ont été développées. Les plus connus sont :

Méthode de la chaîne critique et de gestion des temps tampons (Critical Chain

/ buffer management - CC/BM) ;

Approche d'ordonnancement robuste (proactive) sans contrainte de précédence.

Approche d'ordonnancement de solution et de qualité robuste en présence de contrainte de ressources.

- Méthode de la chaîne critique et de gestion des tampons de temps

La méthode de la chaîne critique et de gestion des tampons de temps (CC / BM) est une application directe de la théorie des contraintes à la gestion de projet. Elle a été introduite par Goldratt en 1997. Cette méthode CC/BM fait l'objet d'un grand intérêt dans la littérature en gestion de projet.

Les hypothèses et les principes derrière l'approche de la chaîne critique sont discutés dans Herman (2001). L'idée est d'utiliser une estimation optimiste de la durée des activités basée sur la durée moyenne ou médiane des activités. La contingence de temps est concentrée dans un tampon de temps à la fin du projet (project buffer) et dans des tampons de temps devant les activités les plus critiques (feeding buffers).

La méthode consiste à résoudre le RCPSP déterministe (Deterministic Resource - Constraint Project Scheduling Problem) à l'aide d'une heuristique puis d'ajouter des tampons de temps à la solution initiale. La chaîne critique est la chaîne d'activités la plus longue déterminant la durée du projet. S'il existe plusieurs chaînes critiques, l'une est choisie au hasard. Un tampon de temps est ajouté à la fin de la chaîne critique pour protéger la date de fin du projet contre les perturbations dans la chaîne critique. Aussi, lorsqu'une chaîne non critique rejoint la chaîne critique, un tampon de temps est ajouté à la fin de la chaîne non critique. Cela permet d'éviter que les perturbations dans la chaîne non critique se propagent dans la chaîne critique.

Approche d'ordonnancement robuste sans contrainte de précédence

Herroelen et Leus 2003b ont développé un modèle de programmation mathématique pour générer un échéancier de référence stable en supposant que le nombre de ressources nécessaire pour le projet peut être disponible si prévus à l'avance dans un pré-échéancier et que seulement une perturbation d'activité pourrait survenir dans la phase d'exécution du projet. ils utilisent comme mesure de stabilité l'écart entre le moment de démarrage de l'échéancier réalisé après l'exécution du projet et moment de démarrage prévu dans le pré-échéancier.

On note qu'un échéancier stable tente d'étaler les activités sur toute la durée du projet de tel sorte qu'une petite perturbation de la durée d'une activité est atténuée et n'affecte pas les autres activités du projet.

Approche d'ordonnancement de solution et de qualité en présence de contraintes de ressources.

— Échéancier réactif

L'ordonnancement réactif se rapporte aux modifications de l'échéancier de base qui pourraient s'imposer pendant l'exécution du projet.

L'utilisation d'échéancier de référence en combinaison avec la méthode d'ordonnancement réactif est parfois appelé ordonnancement prédictif - réactif, qui est en contraste avec l'ordonnancement dynamique qui distribue des activités en ligne ou en temps réel et qui n'utilise pas un pré-échéancier.

L'approche d'ordonnancement réactive être basée sur des méthodes sous-jacentes dont quelques-unes sont énumérées ci-dessous :

Correction d'échéancier

Réordonnancement totale d'échéancier

Echéancier d'urgence

Écrasement d'activités

Analyse de sensibilité

— Différentes approches au problème d'ordonnancement multi-projets

L'élaboration des solutions d'ordonnancement robuste et de qualité est cruciale dans un

environnement multi-projet. Actuellement, il n'existe pas une seule meilleure solution pour gérer une organisation multi-projet arbitraire.

La meilleure façon de coordonner et d'ordonnancer les ressources et de contrôler les performances d'ordonnancement des activités de projet dépend de l'environnement de projet. Identifier une méthode spécifique d'ordonnancement basé sur des informations incomplètes n'a aucun sens, cependant, le tableau 3 compile un ensemble de suggestions pour aborder le problème de d'ordonnancement de projet.

On distingue deux paramètres déterminants dans l'approche d'ordonnancement multi-projet :

Le degré de variabilité général dans l'environnement de travail,

Le degré d'indépendance du projet.

	Totalement dépendant	Plutôt dépendant	Plutôt indépendant	Totalement indépendant
Variabilité faible	? Plan stable ; Satisfaisant	? Batterie stable ; Rappel efficace	? Batterie stable ; Rappel efficace	? Plan déterministe
Variabilité haute	? Gestion de processus ; Plan sommaire avec	? Batterie stable avec mise en attente	? Batterie stable ; Dispatché ou prédictif – réactif	? Dispatché ou prédictif – réactif

Tableau 2 : Différentes approches au problème d'ordonnancement multi-projet

- Résumé et conclusion.

L'objectif de cet article était d'examiner les différentes méthodes de planification de projet dynamiques et réactives et de présenter quelques conseils qui devraient permettre au management de projet d'identifier une méthode de planification de projet appropriée pour différents environnements de planification du projet. Les efforts de recherche visant à générer des solutions et les échéanciers robustes de qualité en combinaison avec un mécanisme d'ordonnancement réactif et efficace sont encore en phase de rodage.

La génération de solution d'ordonnancement solides en l'absence de contraintes de ressources et l'allocation des ressources ont été atteints pour les perturbations de durée activités avec l'objectif de minimiser les écarts attendus entre les débuts des activités prévus et des activités réalisées. L'approche CPM a attiré beaucoup d'attention et certainement apporter plus d'éclaircissement. Mais elle souffre d'une trop grande simplification des questions en jeu et elle n'est pas universellement applicable. Les recherches en cours portent sur l'extension de l'approche CPM pour élaborer un ordonnancement robuste de qualité pour d'autres types de perturbations d'horaires et autres mesures de stabilité dans un environnement avec contraintes de ressources.

La littérature sur la génération de solution d'échéancier avec contraintes de précédence et de ressources réalisables, solides et de qualité est assez avare. Elle constitue un domaine important de recherche future.

Pour une protection de l'assuré adhérent au contrat d'assurance

Pr. Bahya IBN KHALDOUN

Université Mohamed-V, Rabat, Agdal

FSJES-Salé

INTRODUCTION

Les activités de l'entreprise commerciale sont dans la plus part dénombrées par le code de commerce.¹ Elles concernent la vente le transport, la location, l'assurance et d'autres activités constituant l'objet effectif de l'exploitation et donnant naissance à plusieurs types de contrats que le droit commun prévu par le Dahir des obligations et des contrats(DOC)² trouve de vrais difficultés à s'y adapter vu l'évolution incessante du dynamisme de la vie économique.

Nonobstant, le Dahir des Obligations et des Contrats reste la seule référence en matière contractuelle concernant les conditions générales de tout contrat. En effet, et selon le principe de l'autonomie de la volonté, il est inconcevable qu'une partie au contrat ait conclu un accord dont les modalités allaient à l'encontre de ses intérêts. « Ce qui était prescrit était donc réputé juste ». Le contrat étant la loi des parties, il était donc impossible d'atténuer la tenue du contrat ou de le changer, car cela aurait porté atteinte à la volonté des parties. Cette autonomie de la volonté, qui est une source de justice et d'équilibre contractuel, trouve son écho dans l'article 230 du Dahir formant Code des obligations et contrats marocain, (1134 du Code Civil français) : «Les obligations contractuelles valablement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites».

Aujourd'hui, le contrat résulte encore de la rencontre de deux volontés et une personne ne saurait être liée contractuellement contre son gré. La rencontre de deux volontés et la création du contrat qui en résulte n'impliquent pas nécessairement que le contenu ait pu être négocié et déterminé par les deux contractants.

1 Dahir n° 1-96-83 du 15 rabii 1417 (1er août 1996) portant promulgation de la loi n° 15-95 formant code de commerce

2 Dahir (9 ramadan 1331) formant Code des obligations et des contrats (B.O. 12 septembre 1913)

Inévitablement, le droit des contrats commerciaux à évolué, il est réinstallé au sein d'un mouvement d'ensemble plus globale celui de la mutation de la vie sociale, ce changement à eu des conséquences sur les règles de droit privé régissant les rapports entre particuliers. On est en présence ici d'un mouvement de socialisation du droit privé qui à donner des répercutions sur le droit des contrats

C'est la raison pour laquelle le législateur est intervenu pour défendre les intérêts de la partie présumée faible au contrat quand les parties contractantes ne sont pas sur un pied d'égalité ce qui n'est pas rare lors de la conclusion d'un contrat comme le contrat d'assurance.

Qu'est-ce qu'un contrat d'adhésion?

Le contrat d'adhésion se reconnaît à deux critères principaux : le caractère général, permanent et détaillé de l'offre de contracter et la supériorité économique dont jouit l'auteur de cette offre³.¹ On y retrouve habituellement le caractère unilatéral des clauses préparées par l'auteur de l'offre et leur invariabilité².

Le contrat d'assurance, dont les clauses résultent, la plupart du temps en tous cas pour les risques de masse-de recommandations, voir de modèles, provenant des organismes professionnels, est, avec les contrats de transport et de travail, l'archétype du contrat d'adhésion.

D'après les nouvelles dispositions du Code civil français³, le contrat d'adhésion se caractérise par une absence de libre discussion des « *stipulations essentielles* » du contrat. L'ordonnance n'exclut pas, ainsi, toute négociation, qui peut porter sur des clauses « *accessoire* », notions qui devront faire l'objet d'une définition.

Un contrat d'adhésion est un contrat conclu entre deux parties, en sachant que l'une d'elles impose unilatéralement et sans discussion possible les termes du contrat à l'autre partie. Le contrat d'adhésion est fréquemment utilisé dans le cadre de relations commerciales entre une entreprise commerciale et ses clients. Dans ce cas, le client n'aura pas d'autre choix que celui d'accepter ou de refuser le contrat qui lui est proposé. Lorsqu'un client accepte un contrat d'adhésion, il est présumé avoir accepté toutes les dispositions prévues dans le contrat, comme les tarifs ou les délais. De même le Code civil

1 J.Flour et J.-L. Aubert, Les obligations, .L'acte juridique, n° 183

2 J. Carbonnier, Les obligations, n°28.

3 L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats L'Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016, portant réforme du droit des contrats

marocain nomme un contrat d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées. On a qu'à penser également aux contrats entre les grandes compagnies d'assurance et les assurés afin de constater que la possibilité de négocier est bien souvent absente. Le Code civil marocain a voulu pallier à ce déséquilibre en instaurant des dispositions applicables spécifiquement aux contrats d'adhésion, cela explique bien l'intervention de l'Etat afin d'instaurer une protection du contractant faible. Juridiquement, on distingue le contrat d'adhésion du contrat de gré à gré¹ où les parties contractantes peuvent librement discuter des clauses du contrat.

Caractéristiques essentielles des contrats d'adhésion

- Les stipulations essentielles du contrat ont été imposées et dictées par une seule partie.
- Les stipulations essentielles n'ont pas pu être négociées ou librement discutées entre les parties.

Ces caractéristiques sont cumulatives et doivent donc être toutes deux présentes pour que le tribunal décide qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion. Les stipulations non négociables doivent être « essentielles », c'est-à-dire ne pas avoir un caractère secondaire. Le prix, la durée du contrat, les taux d'intérêts, les clauses d'exonération de responsabilité sont souvent reconnues comme des clauses essentielles. Les exemples les plus fréquemment cités de contrats d'adhésion sont : les conventions de transport, les contrats de fourniture de services publics (électricité, gaz, eau), les polices d'assurance, les contrats de service téléphonique.

La volonté dans ce type de contrat réside souvent dans le seul fait d'avoir accepté les termes d'un contrat. Le contractant adhère ou non au contrat qui lui est proposé. C'est le seul espace où sa volonté peut s'exercer.

Mais, qui dit contrat d'adhésion, ne dit pas nécessairement abus. Le contrat d'adhésion répond souvent à une nécessité du contexte économique.

Lorsque le droit positif distingue dans les contrats d'adhésion entre les deux parties au contrat, c'est pour protéger le consommateur contre le professionnel. C'est le but même du droit de la consommation. Il n'en reste pas moins que les pouvoirs publics en tant que garants des intérêts des consommateurs ont, en matière contractuelle, cherché à protéger la partie jugée la plus faible contre les abus de l'autre, et notamment le contractant profane face à un professionnel averti qui profitait de sa compétence juridique pour insérer dans le contrat des clauses se révélant très pénalisantes pour le client

1 Le **contrat de gré à gré** désigne une catégorie de **contrats** où les parties contractantes déterminent librement ensemble, par la discussion, les conditions de leur convention.

en cas de litige à travers un impressionnant arsenal juridique, puisque cette protection n'était toutefois pas facile à assurer.

Citons à titre d'exemple la loi n°31-08¹ édictant des mesures de protection du consommateur qui a consacré tout le premier chapitre du titre I à l'obligation générale d'information.

Concernant le sujet de notre étude, et selon les termes de l'article 3 de la loi susmentionnée, l'assureur doit mettre par tout moyen approprié l'assuré, qui n'est autre que le consommateur et la partie faible au contrat d'assurance, au courant des caractères essentiels du produit, du bien et des tarifs du service...de lui fournir les renseignements susceptible lui permettant de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens. C'est dans cet environnement que les législations, en la matière, ont considérablement progressé ces dernières années et les consommateurs d'aujourd'hui sont de plus en plus à la recherche de conseils et prêtent, beaucoup plus qu'auparavant, attention à la qualité et aux coûts des produits.

Dans le secteur des assurances, où la technicité et les compétences spécifiques sont la fonction des seuls spécialistes, il s'agit non seulement de la nécessité d'une réglementation stricte et des instruments de surveillance adéquats de tous les prestataires qui traitent directement avec les consommateurs assurés, mais également des pratiques de vente qui constituent souvent de vives préoccupations quant aux normes régissant la commercialisation des contrats d'assurances. L'obligation d'information et de conseil s'impose aux assureurs. En effet, les exigences imposées aux intermédiaires en termes d'honorabilité et de compétences techniques, s'accompagnent d'une obligation stricte de conseil et de renseignement de l'assuré.

A quel niveau l'assuré est-il protégé lors de la souscription de ses garanties d'assurances?

Pour ce qui est des assureurs, l'obligation générale d'information a été instituée par l'article 47 de la loi n°06-99 sur la liberté des prix et de la concurrence (article L 111-1 du code de la consommation français) qui dispose que «tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix et les conditions particulières de la vente ou de la réalisation de la prestation».

La qualification du contrat d'assurance en un contrat d'adhésion donne ouverture à l'application

1 - Cette loi rassemble des dispositions spécifiques qui protègent les consommateurs face aux pratiques des professionnels

de règles particulières. Certaines d'entre elles touchent à la force exécutoire du contrat en délimitant la portée obligatoire du contenu. Elles accordent au juge un pouvoir de révision du contrat en lui permettant de priver d'effet, en tout ou en partie, une clause du contrat.

D'autres interviennent au niveau de l'interprétation du contrat afin de favoriser l'adhérent. Elles ont un but commun, rétablir l'équilibre entre les parties et assurer l'équité contractuelle du contrat. Même si elles ont toutes la même finalité, leurs champs d'application doivent être distingués quoiqu'il ne soit pas inconcevable qu'ils puissent se recouper dans certains cas.

Ainsi, la Cour d'appel française statuant sur un jugement où le juge de première instance avait annulé une clause d'un contrat d'assurance au motif qu'elle était abusive, a plutôt conclu qu'il s'agissait d'un problème d'interprétation. Et Aux termes de l'article 1437 du code civil français, dans un contrat d'adhésion, la clause jugée abusive est nulle ou l'obligation qui en découle est réductible. Le pouvoir d'intervention du juge peut différer dans sa portée. L'examen de la jurisprudence démontre que, dans la plupart des cas, le tribunal annule la clause et qu'il est rare qu'il la réduise.

Le dispositif de protection du code

Dans le cadre du contrôle de l'Etat, l'article 242 du code précise en son 1er et 2ème alinéa :

« Les entreprises d'assurance et de réassurance sont soumises au contrôle de l'Etat dans les conditions prévues par le présent titre »¹.

En effet ce dernier prévoit des règles prudentielles et des règles de contrôle de la solvabilité des compagnies d'assurance, un contrôle administratif et financier est également prévu par le décret d'application du code et par l'arrêté du ministre des finances et de la privatisation du 10 octobre 2005 relatif aux entreprises d'assurance et de réassurance.

Il s'agit d'un dispositif réglementaire protecteur en raison de la particularité de la technicité juridique du contrat d'assurance. Force est de constater que la liberté contractuelle se réduit souvent pour l'assuré consommateur ou non professionnel, à la faculté d'adhérer à un contrat pré-rédigé par l'assureur professionnel, dont il lui est difficile de faire modifier et de négocier les termes. C'est pour cela qu'il y a eu intervention de l'Etat en mettant en place un dispositif rigoureux pour la protection économique et

1 8- Ce contrôle s'exerce sur les documents dont la production est exigée par la présente loi et sur ceux demandés par l'administration dans la mesure où ils sont nécessaires à la mission du contrôle. Il s'exerce sur place dans les conditions prévues par l'article 246 du code des assurances.

Dahir n° 1-06-17 du 15 moharrem 1427 (14 février 2006) portant promulgation de la loi n° 39-05 modifiant et complétant la loi n° 17-99 portant code des assurances

juridique des assurés prévu par le code des assurances .

Le contrôle administratif soumet les sociétés d'assurance et de réassurance, aux dispositions de l'article 161 du Code des assurances pour exercer leur activité et pour disposer d'un agrément du ministère des finances.

L'article 168 du code des assurances (modifié et complété par la loi n° 39-05)¹⁰, exige aux compagnies d'assurances pour être agréées d'être constituées sous forme de société d'assurance mutuelle ou de société anonyme. Cela nous montre bien le caractère strict et rigoureux de cette réglementation allant à responsabiliser davantage les dirigeants soumis. Le code contient également autres dispositions relatives aux règles de constitution, de fonctionnement, de gestion et de transfert.

Pour le contrôle financier, l'article 238 du code marocain des assurances dispose que pour faire face aux indemnités et prestations promises aux assurés et bénéficiaires, l'assureur doit tenir une comptabilité correcte et porter à tout moment dans son bilan des provisions techniques suffisantes. Il doit également s'assurer de l'existence d'une marge de solvabilité pour faire face aux risques de l'exploitation propre au caractère aléatoire des opérations d'assurance, dont le montant minimum et les éléments constitutifs sont fixés par les articles 52 et 53 de l'arrêté du ministre des finances relatif aux entreprises d'assurance et de réassurance.

L'ordre public et le code des assurances

Les autorités de tutelle, en l'occurrence le ministère de finances, après l'exercice d'un contrôle sur place ou sur pièce, exigent de la société d'assurance qui n'atteint pas le montant minimum réglementaire de la marge de solvabilité, la présentation d'un plan de redressement stipule l'article 33 du décret d'application¹.

La protection de l'assuré-adhérent est plus au moins garantie, en matière juridique, la fonction de régulation sociale du droit impose la sécurité juridique qui limite le recours à l'équité dans le champ du droit positif. Pour cela, le consommateur d'assurance profite de trois formes de protection :

- le maintien du contrôle de l'Etat sur le contrat d'assurance, vêtu de la notion d'ordre public et d'intérêt général,

¹ Décret n° 2-03-50 du 20 rabii I 1424 '22 mai 2003) pris pour l'application du titre III du livre II et du titre X du livre II de la loi n° 17-99 portant code des assurances, publié au Bulletin Officiel n°5114 du 5 juin 2003, p. 421.

- de l'obligation d'information et de conseil à l'égard des souscriptions d'assurance
- et enfin du rôle de la jurisprudence.

En raison de l'insuffisance du droit commun, diverses affirmations confirment le maintien de l'ordre public en matière d'assurance. Pour parer au déséquilibre incontestable entre assureurs et assurés, l'article 3 du Code des assurances marocain (article L.111-2 pour le code français) a limité la liberté contractuelle en édictant des dispositions impératives, qu'aucune clause contractuelle ne peut anéantir, et qui garantissent une protection minimum des assurés :

- 1 - Mentions obligatoires du contrat d'assurance, conditions de fond et de forme de la validité d'un contrat d'assurance, obligation de mentionner en caractères très apparents les clauses de déchéance, des exclusions ou des cas de non-assurance, obligations réciproques de l'assureur et de l'assuré...
- 2 - Les impératifs de protection et de sécurité et l'élargissement de la notion d'ordre public ont participé à la décadence de la liberté contractuelle et à l'apparition des assurances obligatoires.

En plus de l'assurance responsabilité civile (RC) auto, régie par les dispositions du code, d'autres assurances obligatoires ont vu le jour comme la responsabilité civile des intermédiaires d'assurance, des sociétés de bourse, les accidents de travail, l'assurance maladie obligatoire...

3 – Les polices-type : Les catégories d'assurance dont les incidences socio-économiques sont importantes ou dont les aspects techniques nécessitent un effort d'uniformisation ont donné lieu à l'élaboration de polices type : la RC automobile et l'assurance accidents du travail.

4 - Le montant des garanties : En fixant le montant minimum des prestations elles doivent être versées par les compagnies d'assurance lors de la réalisation des risques garantis ou à l'échéance. Ici l'Etat veille à ce que l'assurance prémunit sa fonction première qui est celle de garantir la sécurité des assurés.

Ainsi, l'article 123 du Code des assurances dispose que le montant de la garantie en assurance RC automobile ne peut être inférieur à 10 MDH par véhicule et par événement pour les véhicules terrestres à moteur et 5 MDH lorsqu'il s'agit d'un véhicule à deux roues.

5 - L'article 279 du Code des assurances, tel qu'il a été modifié par la loi n° 39-05 du 14 février 2006, prévoit la sanction des compagnies d'assurance en cas de non-paiement d'une prestation ou d'une indemnité ou d'une transaction ou une décision judiciaire devenue définitive. Les amendes à prescrire aux assureurs indociles, se situe entre 10 000 et 100 000 DH par prestation ou indemnité. A cela s'ajoute une amende de 1 000 DH à la charge du directeur général, du président du conseil d'administration, du président du directoire ou du président du conseil de surveillance.

Garantir la protection de l'assuré

La protection des consommateurs d'assurances a été organisée principalement par le code des assurances et accessoirement par la loi 31-08 relative à la protection du consommateur.

L'administration de tutelle accorde une protection particulière aux consommateurs d'assurances en instaurant un contrôle régulier. Ainsi les engagements des assureurs à l'égard de leurs assurés et des tiers bénéficiaires figurent au passif de leurs bilans et sont équilibrés à l'actif par des placements immobiliers ou mobiliers. La solidité de ces actifs est également contrôlée pour vérifier si la sécurité des contrats d'assurance est garantie. Les pouvoirs publics imposent aux assureurs des règles précises relatives aux types de placements au moyen desquels les assureurs peuvent représenter leurs engagements techniques.

A côté de ce contrôle de solvabilité des assureurs et de leur capacité de faire face à leurs engagements vis-à-vis des assurés, les documents contractuels peuvent également être contrôlés : conditions générales des contrats d'assurances, notices d'information afin de vérifier leur conformité à la réglementation. Une veille dans ce sens est également exercée par l'autorité de contrôle sur les marchés et les campagnes publicitaires dans le but de prévenir certaines dérives. C'est ainsi que l'article 10 du code des assurances stipule que tout assureur, préalablement à la souscription du contrat, doit remettre à l'assuré une notice d'information qui décrit les garanties assorties des exclusions, le prix y afférent et les obligations de l'assuré.

La loi sur les assurances porte clairement encore une fois la marque de la réaction sévère des pouvoirs publics contre la gestion imprudente des compagnies,¹ l'article 247 du code dispose « les spécimens de contrats d'assurances que les entreprises d'assurance et de réassurance entendent émettre pour la première fois doivent être communiquée à l'administration préalablement à leur émission », il s'agit du ministère chargé des finances pour homologation.

Outre les spécimens de contrat, l'administration de tutelle peut exiger la communication de tous documents à caractère contractuel ou publicitaire ayant pour objet une opération d'assurance. A défaut, les autorités chargées du contrôle se réservent le droit de demander la modification des documents communiqués voire leur retrait.

1 Mohammed DRISSI ALAMI MACHICHI, Droit commercial instrumental au Maroc, éd. Imprimerie Elite- 2011, p.191

A titre d'indication, le contrôle des compagnies d'assurances s'exerce d'ores et déjà par une nouvelle entité, c'est l'Agence de Contrôle des Assurances et de la Prévoyance Sociale « ACAPS » créée par la loi n° 64-12,¹ qui est appelée à remplacer la Direction des assurances et de la prévoyance sociale (DAPS) qui auparavant chargée de cette mission, elle jouit de l'indépendance dans le sillage des institutions de supervisions mondiales des secteurs des assurances. Elle dispose d'une autonomie financière.

Une jurisprudence protectrice

La jurisprudence s'est imposée fort bien longtemps comme protectrice des intérêts des assurés, surtout en cas de preuve des garanties et des exclusions, et en cas de litige entre les parties d'un contrat d'assurance ou des bénéficiaires.

Il ne s'agit pas ici de la preuve du contrat d'assurance, mais de la charge de la preuve en matière de garanties nées du contrat. On sait quelle est l'importance de la charge de la preuve qui détermine souvent l'exercice effectif d'un droit. A cet effet, la jurisprudence use des dispositions des articles 399 (preuve de la garantie) et 400 (preuve des exonérations ou de libération de l'assureur) du dahir formant Code des obligations et contrats marocain.

Un dispositif réglementaire incomplet

Malgré l'interventionnisme de l'Etat sur les compagnies d'assurances, les règles prudentielles rigoureuses, la réglementation telle qu'elle découle de l'actuelle loi sur les assurances reste incomplète en matière de protection du consommateur assuré.² En effet, le contrôle de la conformité des pratiques commerciales portant sur l'ensemble du processus de commercialisation des produits d'assurances n'est pas abordé par le code, alors que c'est à ce niveau que les abus sont le plus souvent relevés. Il est vrai qu'au niveau de la phase contractuelle, ce contrôle existe (respect du droit du contrat), mais il est quasiment dissimulé dans la phase précontractuelle quant au respect de l'obligation d'information et de conseil à l'égard des assurés.

La protection des consommateurs d'assurance ou la partie faible au contrat d'assurance au Maroc souffre de certaines faiblesses: Il est vrai que les projets de textes spécifiques à la protection du consommateur assuré sont, aujourd'hui dans le circuit législatif. Les évolutions en cours sont très

1 - Contrairement à la DAPS, outre les compagnies d'assurance, l'ACAPS va assurer le contrôle, la supervision des différentes caisses de retraites. L'ACAPS devrait permettre un saut qualitatif dans la régulation, la supervision et le contrôle du secteur des assurances et de la prévoyance sociale.

2 Quelle protection pour le consommateur assuré ? CHALLENGE · 24 JUILLET 2014

significatives du droit marocain de la consommation ; elles devraient intégrer des changements importants dans les pratiques commerciales entre assureurs et assurés et conduire, et pourquoi pas, à un « droit de l'assurance-consommation ».

Les propositions ci-après pourront ouvrir le débat sur la protection des consommateurs d'assurance entre les pouvoirs publics et les spécialistes de l'assurance.

- Du côté de la législation sur les assurances, il serait avantageux d'élaborer une loi sur les clauses abusives à l'instar de la législation française (la loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur, modifiée par la loi du 18 janvier 1992).

Qu'est-ce qu'une clause abusive ?

La loi n° 31-08 du 07/04/2011^{14 1} relative à la protection du consommateur qualifie d'abusives les clauses qui dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs »ont pour objet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »

Les entreprises d'assurances vendent une diversité de produits et services, bien adaptés aux besoins des assurés consommateurs, qui sont devenus indispensables aux acquéreurs.

Certes, ces professionnels -jouissant des capacités techniques nécessaires et des connaissances très étendues leurs permettant de contracter en toute connaissance de cause- n'hésitent pas à imposer aux assurés-**consommateurs qui adhèrent au** contrat d'adhésion, **sans discussion ou négociation préalable**, des clauses de nature à leur apporter des avantages excessifs. De même, les termes juridiques utilisés dans les contrats d'assurance restent incompréhensibles pour la plupart des assurés consommateurs, même les plus avertis. Cela crée une situation de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, d'où la nécessité de **la protection de la partie faible** dans cette relation contractuelle. **La loi n°31-08²**, partant de l'existence d'une inégalité de situation entre le professionnel et le consommateur, a été mise en place pour qu'elle puisse ajuster et encadrer ce déséquilibre¹.

1 Le dahir n° 1-11-03 du 18 février 2011 portant promulgation de la loi n° 31-08 édictant des mesures de protection du consommateur, a été publié au Bulletin officiel n°5932 en date du 07/04/2011 et comporte des dispositions protectrices des consommateurs.

2 L'article 18 de la loi n°31-08 présente une liste indicative et non exhaustive de 17 clauses pouvant être qualifiées d'abusives, telles que : -Prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution de l'engagement du

Malgré cette loi spéciale régissant les contrats d'assurance et limitant considérablement l'autonomie de volonté, certains professionnels n'ont pas observé la résolution du législateur qui a imposé des règles d'ordre public aux contractants, dont le but est (rappelons-le) de protéger l'assuré adhérent, partie faible au contrat d'assurance, qui n'a le droit ni de discuter ni de négocier les clauses imposées par l'assureur professionnel qui lui procurent un avantage excessif en raison de sa puissance

Certaines pratiques commerciales abusives démontrent justement des situations d'inégalité et une atteinte permanente à la stabilité de l'engagement des parties.

Cas de l'assurance prêt immobilier

L'assurance de prêt immobilier est un contrat qui couvre l'emprunteur en cas de décès, d'invalidité et d'incapacité. Autant de risques de santé qui pourraient vous empêcher d'assumer le remboursement de votre prêt jusqu'à son terme et mettre en péril votre projet de vie. L'assurance d'un prêt immobilier n'est pas obligatoire, mais l'organisme prêteur peut l'exiger, en particulier en ce qui concerne les risques liés au décès et à l'invalidité, d'où la souscription d'un tel contrat est une condition indispensable pour l'obtention d'un prêt immobilier.

L'assurance de prêt est un élément clé de protection à la fois : pour l'emprunteur et sa famille, puisque le bien acheté est conservé et la dette n'est pas transmise aux héritiers en cas de décès, pour l'organisme prêteur, puisque les fonds prêtés sont remboursés.

fournisseur est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté.- Autoriser le fournisseur à résilier le contrat de façon discrétionnaire, si la même faculté n'est pas reconnue au consommateur, ainsi que de permettre au fournisseur de retenir les sommes versées au titre de prestations non encore réalisées par lui, lorsque c'est le fournisseur lui-même qui résilie le contrat.- Autoriser le fournisseur à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat et sans en informer le consommateur.- Obliger le consommateur à exécuter ses obligations, alors même que le fournisseur n'exécuterait pas les siennes.- Les clauses présumées abusives, à charge de preuve contraire par le professionnel.

1 la loi n°31-08:1, a pour Finalités de Corriger et assurer l'équilibre dans la relation contractuelle liant le professionnel au consommateur ; de garantir la protection du consommateur quant aux clauses contenues dans le contrat lors de sa formation et de son exécution, notamment les clauses abusives ; et de reconnaître le mouvement associatif en matière de défense des intérêts des consommateurs.

Dans la pratique, ces contrats d'assurances, commercialisés directement par les organismes de crédits via leur réseau sont toujours sources d'abus, d'insatisfaction et de litiges entre le trio souscripteur banque/assureurs et assurés. Si la loi précitée prévoit la possibilité pour un prêteur, dans le cadre d'un crédit immobilier de lier l'octroi du prêt à une adhésion à une assurance souscrite en vue de garantir le remboursement du prêt, cette possibilité est néanmoins encadrée par des obligations relatives à l'information et à l'agrément de l'assuré ¹

En vigueur depuis Mars 2011, la loi précitée avait pour but de protéger les consommateurs en leur laissant le libre choix de leur assurance de prêt, mais cette liberté n'est pas explicitée par ce texte.

En fait, aucun choix n'est laissé à l'assuré, car la banque proposait systématiquement son assurance «maison». Un «contrat groupe», négocié avec une compagnie d'assurance et basé sur la mutualisation des risques. Par conséquent, un tarif unique pour tous, sans distinction d'âge. En plus, aucune information n'est fournie au client ni au sujet des garanties souscrites, ni du mode de calcul de la prime d'assurance que lui applique la banque. L'abus bat son plein degré lorsqu'on constate que celle-ci ne lui remet même pas son contrat d'assurance, alors que la loi française n° 79-596 du 13 juillet 1979(art.6) sur le crédit immobilier a mis au moment de l'offre préalable, la mise d'une notice détaillant les conditions de l'assurance liée à cette opération à charge du prêteur. A noter également l'absence de l'obligation d'information et du devoir de conseil imposés par la loi susmentionnée, lorsqu'on constate que les chargés de clientèle au niveau des guichets bancaires, ne disposent pas, dans la plupart des cas, d'une formation en matière d'assurance pour pouvoir fournir ce genre de prestation à la clientèle.

Il faut souligner qu'en France par exemple, la donne a changé depuis le 1er septembre 2010. En effet, la loi 2010-737 portant réforme du crédit à la consommation, comportant des dispositions sur le crédit immobilier, permet à l'emprunteur de souscrire, auprès de la compagnie de son choix, un contrat d'assurance présentant un niveau de garantie équivalent à celui proposé par la banque (autrement dit : une délégation d'assurance). La loi oblige aussi la banque à justifier par écrit d'un éventuel refus et lui interdit de modifier les conditions de taux du prêt prévues dans l'offre en contrepartie de son acceptation d'un contrat d'assurance autre que celui qu'elle propose.

¹ art. 113 de la loi 31-08.

Pour les offres de prêts à la consommation qui sont émises à compter du 1er mai 2011, si l'assurance est exigée par le prêteur pour obtenir le financement, le contrat de crédit devra rappeler que l'emprunteur peut souscrire une assurance équivalente auprès de l'assureur de son choix¹. Concrètement, les banques, à garanties égales, n'ont plus la possibilité de refuser une délégation d'assurance. Cette mesure s'avère surtout avantageuse pour des personnes jeunes, en bonne santé, qui peuvent (ou qui veulent) faire jouer la concurrence et négocier des primes moins élevées.

Le consommateur marocain pourra aujourd'hui invoquer le caractère abusif de la clause contractuelle et le professionnel devra rapporter la preuve contraire. Il devra ainsi démontrer l'absence de déséquilibre entre les droits et obligations des parties. , en cas de litige de consommation, la charge de **la preuve du caractère non abusif incombe au professionnel et non au consommateur** conformément aux dispositions l'article 18 de la loi n° 31-08 et contrairement aux stipulations du D.O.C.

Sanction de la clause abusive

Conformément aux dispositions de l'article 19 de cette loi, "sont nulles et de nul effet les clauses abusives contenues dans les contrats conclus entre fournisseur et consommateur. Le contrat restera applicable dans toutes ses autres dispositions, s'il peut subsister sans la clause abusive précitée." Compte tenu de la gravité de l'atteinte portée à l'équilibre des contrats par l'insertion des clauses abusives.

Il convient de noter que la loi a mis l'accent sur la nécessité de la rédaction des conditions et modalités du contrat d'une manière claire et explicite, pour permettre à l'emprunteur d'être au courant de toutes ses obligations contractuelles.

Le rôle de la jurisprudence dans la répression des clauses abusives:

Il est à noter que la loi 31-08 et ses décrets d'application ont facilité le travail des juges marocains, qui résorbent de plus en plus le déséquilibre qui existe dans la relation contractuelle entre les consommateurs et les professionnels.

Indépendamment du principe juridique "Le contrat est la loi des parties" (Art 230 du D.O.C) et voulant protéger la partie faible dans la relation contractuelle et sans préjudice des règles d'interprétation

¹ nouvel article L311-19 du code français de la consommation.

prévues aux articles 461 aux 477 du D.O.O et à l'article 264 ou encore à l'article 878 du D.O.C, le législateur marocain est intervenu en vertu de l'article 16 de la loi, en accordant au juge un pouvoir d'appréciation très large, en se référant au moment de la conclusion du contrat à toutes les circonstances qui entrent dans sa conclusion, pour déterminer le déséquilibre entre les droits et obligations des parties.

Toutefois, en cas de doute sur le sens d'une clause qui manque de clarté et de transparence, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.

Il convient de s'intéresser aux décisions judiciaires toutes récentes en matière de litiges de consommation, notamment les litiges relatifs à l'application et l'exécution des contrats de prêts qualifiés également de contrat d'adhésion. Les juges saisis, en se basant sur la loi n° 31-08 et sur leur pouvoir d'appréciation, ont déclaré abusives, au sens où l'entend la loi, certaines clauses litigieuses insérées dans le corps des contrats de crédit.

Certes, ces décisions judiciaires (rendues principalement par les tribunaux de Rabat, Casablanca, Marrakech, Fès et Meknès, sont considérées réconfortantes et très satisfaisantes et deviennent aujourd'hui une référence et une position constante pour les juridictions du royaume.

- Autres pièges à éviter

L'assurance peut être réglée en une prime unique ou étalée sur toute la durée du crédit. Le paiement d'une prime unique permet de réduire les échéances, mais en cas de remboursement anticipé du crédit les assureurs ne restituent pas systématiquement la fraction perçue en trop. Pour bénéficier de l'assurance, l'emprunteur peut régler mensuellement une prime qui s'ajoute à sa traite ou un versement unique et forfaitaire effectué tout au début du crédit. S'il souhaite minimiser les mensualités, l'emprunteur a intérêt à opter pour le deuxième cas, surtout que des intérêts grèvent la prime versée tous les mois. Ce qui serait désavantageux pour lui, surtout en cas de remboursement anticipé du crédit.

En théorie, dans ce dernier cas, l'emprunteur n'a plus besoin de continuer à se faire assurer, et l'assureur doit lui restituer le reliquat de la prime versée initialement. Celle-ci correspond en effet à un trop perçu que l'assuré emprunteur doit récupérer au moment de la liquidation du prêt. Seulement, dans la pratique, ce remboursement est loin de se faire de manière systématique. Pour s'en prémunir, dans ce cas,

au moment de la rédaction du contrat de crédit, l'emprunteur doit demander l'insertion d'une clause qui impose à l'assureur la restitution la différence en cas de remboursement anticipé. Et si cette précaution n'a pas été prise en considération au moment de la rédaction du contrat crédit, il est recommandé de s'adresser par écrit à son organisme de crédit, mais aussi à l'intermédiaire avec l'assureur, et de lui réclamer, contre un accusé de réception, le prorata temporis de la prime d'assurance perçue en trop, pour cause de règlement anticipé. En cas de non-réponse, l'intervention de l'agence de contrôle des assurances et de la prévoyance sociale (ACAPS) peut-être demandée. Et après avoir épuisé ces options, il est possible d'exercer un recours auprès du tribunal compétent.

L'information précontractuelle due par l'assureur

L'assureur doit obligatoirement fournir une fiche d'information sur le prix et les garanties avant la conclusion du contrat stipules l'article L 112-2 du code des assurances français. « Avant la conclusion du contrat, l'assureur remet à l'assuré un exemplaire du projet de contrat et de ses pièces annexes ou une notice d'information sur le contrat qui décrit précisément les garanties... »

En France toujours, « le droit de la consommation impose à tout professionnel, vendeur de bien ou prestataire de service, de mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien ou de service, préalablement à la conclusion du contrat »¹.

Dans le code des assurances marocain, la seule obligation légale incontournable de l'assureur consiste dans l'indemnisation de l'assuré en cas de réalisation du risque garanti pendant le cours du contrat d'assurance. Mais ceci n'empêche pas de relever que les dispositions du nouveau code des assurances imposent à l'assureur un véritable devoir d'information ou de renseignement (ce qui se fait rarement malheureusement) au profit de l'assuré². Le contenu du contrat comporte obligatoirement des clauses et des mentions déterminées. On peut ajouter que la loi contraint aussi l'assureur à communiquer à l'assuré des informations précises avant et après la conclusion du contrat³.

Le droit marocain de la consommation a consacré tout le « TITRE II » de la loi sur la protection du consommateur à l'information de celui-ci. Il traite dans le chapitre premier les obligations générales d'information. C'est l'article 3 qui oblige tout fournisseur de mettre, par tout moyen approprié, le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du produit, du bien ou du service

1 Le droit du contrat d'assurance terrestre, André Favre Rochex-Guy Courtieu. Ed Delta, 1998, p 38

2 الحسين بلوش 'إعلام المؤمن له في مدونة التأمينات الجديدة', مجلة القصر, عدد 6 سنة 2003, ص, 53.
.cité par Mohammed Drissi Alami Machichi, Droit commercial instrumental au Maroc, éd. Imprim Elite, p203.

3 Mohammed Drissi Alami Machichi, Droit commercial instrumental au Maroc, éd. Imprim Elite, p203

ainsi que l'origine du produit, ou du bien et la date de péremption, le cas échéant, et lui fournir les renseignements susceptibles de lui permettre de faire un choix rationnel compte tenu de ses besoins et de ses moyens.

L'article 9 stipule que dans le cas des contrats dont toutes ou certaines clauses proposées au consommateur sont rédigées par écrit, ces clauses doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible pour celui-ci. En cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.

Conclusion

Pour conclure, nous proposons pour ce qui est des assureurs, la mise en place d'un médiateur, en interne ou en externe dans le cadre de la profession, qui serait de nature à mettre en confiance les consommateurs et rendre les relations plus transparentes et un règlement rapide des conflits, ainsi l'appareil judiciaire gagnerait en efficacité, en faisant preuve de plus de fermeté et en infligeant des amendes plus dissuasives aux assureurs indociles en raison de tout retard d'exécution des décisions de justice, ne serait-ce qu'en appliquant les dispositions de l'article 279 du Code des assurances, tel que modifié par la loi n°39-05 du 14 février 2006. De même, Il faut prévoir les conditions d'entrée en relation avec les clients notamment : Les dispositifs d'évaluation des connaissances du client avant toute souscription, La clarté de l'information transmise aux assurés consommateurs, et l'adéquation des produits souscrits au profil, aux besoins et à la situation financière des l'assurés.

Enfin, les consommateurs d'assurance peuvent s'émanciper eux-mêmes en créant des **Les associations de défense et de protection des consommateurs** dont l'objectif serait la défense de leurs intérêts. Elles devraient s'impliquer davantage dans la sensibilisation des consommateurs par des activités de proximité touchant aux droits et obligations du consommateur, aux clauses abusives qui présentent un danger réel pour le consommateur, aux moyens de recours et procédures de dépôt et de traitement de requêtes, ainsi que les réponses aux diverses questions du droit de la consommation. Ces associations doivent élargir la base des adhérents bénévoles. Elles sont appelées à créer des sites Internet dédiés à l'information des consommateurs.