

SOMMAIRE:

Etudes et Recherches

Aperçus sur les risques encourus par les banques islamiques

Yousra SOUISSA4

Les nouvelles orientations législatives en droit de consommation

Hamid ECHCHARYF26

L'arsenal juridique marocain de lutte contre le crime informatique

Khalid En-nashi.....39

Aperçus sur les risques encourus par les banques islamiques

Yousra SOUISSA
Chercheur

La banque est souvent présentée comme un portefeuille de risques¹. Ainsi, les produits offerts par les banques islamiques, vus leurs caractères spécifiques, présentent d'abord des risques spécifiques c'est-à-dire des risques qu'on ne rencontre pas généralement dans la finance conventionnelle. Selon V. Sundarajan : « la gestion des risques doit être renforcée au niveau de ces institutions... C'est parce que les IFI sont face à un mélange unique de risque qui se pose à la fois de la conception contractuelle de base sur le partage ».²

Selon le directeur de l'Institut Islamique de Recherche et de Formation (IIRF), Mabid Ali Al-Jarhi, tout en reconnaissant que « le concept de finance islamique contient des caractéristiques propres qui renforcent la discipline de marché et la stabilité financière », avance que « l'industrie de la finance islamique génère un certain nombre de risques systémiques³ ». Selon lui cette exigence s'explique par la nouvelle microstructure des modes de financement islamiques et des caractéristiques particulières du risque unique lié aux ressources et aux emplois. Les risques encourus par les IFI se présentent en deux catégories :

¹ Kaouther Jouaber-Snoussi, « La finance islamique, La Découverte » Edition, Repères, 2012, p. 47.

² V. Sundararajan « Risk Measurement and Disclosure in Islamic Finance and the Implications of Profit Sharing Investment Accounts » Washington, DC : Centennial Group Holdings, 2003, P 308.

³ Dans le domaine de la finance, l'emploi du qualificatif « systémique » dans des expressions comme « risque financier systémique », ou « crise financière systémique », signifie qu'une économie entière est affectée et non pas seulement une entreprise ou un ménage. Un risque financier qualifié de « systémique » implique qu'il existe une probabilité non négligeable de dysfonctionnement tout à fait majeur, c'est-à-dire une grave dégradation - sinon paralysie - de l'ensemble du système financier : sur la totalité d'une filière économique, sur une vaste zone géographique, voire à l'échelon planétaire. Par le biais des engagements croisés, des effets-dominos, puis des faillites en chaîne, cela peut conduire à un effondrement du système financier mondial.

les risques communs avec les banques traditionnelles en tant qu'intermédiaires financiers et les risques propres aux banques islamiques liés à leur conformité aux règles de la Charia.

Parmi les risques communs avec les institutions financières traditionnelles, il y a le risque de crédit, le risque de marché, le risque de liquidité, le risque opérationnel. Cependant le degré d'importance de certains de ces risques diffère pour les banques islamiques à cause de leur conformité à la Chariaa. En plus de ces risques, les IFI ont leurs propres risques qui émanent des caractéristiques propres de la structure actif-passif des banques islamiques⁴. Le mécanisme de partages des profits et des pertes qui engendre des risques supplémentaires tel le risque de retrait, le risque fiduciaire et des risques commerciaux déplacés.

Dans le cadre de cette analyse nous allons essayer de traiter les risques encourus par les banques islamiques tout en faisant une comparaison avec les banques conventionnelles.

Toutefois, il y a différentes manières de classifier les risques. La première est de faire la distinction entre le risque d'affaires (ou le business risk) et le risque financier. Le Business Risk est lié à la nature de l'activité de la firme elle-même. Il concerne les facteurs affectant le produit et/ou le marché. Le risque financier est lié aux pertes éventuelles sur les marchés financiers causées par les mouvements des variables financières.

Une autre façon est de décomposer le risque entre risque systématique et risque non systématique⁵. Le risque systématique est associé au marché ou à l'état de l'économie en général, le risque non systématique est lié à un bien ou à une entreprise spécifique. Ainsi le risque non systématique peut être atténué par

⁴TARIQULLAH Khan et HABIB Ahmed ; « la gestion des risques, analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique ». Banque Islamique de Développement, Institut islamique de recherche et de Formation, document occasionnel n 5, DJEDDAH-ARABIE SAOUDITE, 2003.

⁵TARIQULLAH Khan et HABIB Ahmed ; « la gestion des risques, analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique ». Banque Islamique de Développement, Institut islamique de recherche et de Formation, document occasionnel n 5, DJEDDAH-ARABIE SAOUDITE, 2003.

une diversification du portefeuille, le risque systématique ne s'apprête pas à la diversification. Des parties du risque systématique peuvent cependant, être réduites à travers les techniques d'atténuation et de transfert de risque.

Une autre classification des risques, ils distinguaient entre trois types de risques, à savoir, les risques qui peuvent être éliminés, ceux qui peuvent être transférés à d'autre, et les risques qui peuvent être gérés par la banque⁶. Les intermédiaires financiers peuvent éviter certains risques par de simples pratiques commerciales en s'abstenant de s'engager dans des activités qui leur imposent des risques indésirables. La pratique des institutions financières est d'entreprendre des activités aux risques gérables et de se départir des risques qui peuvent faire l'objet de transfert.

Section 1 : Les différents risques encourus par les banques islamiques.

Les risques encourus par les banques islamiques peuvent être classés en deux catégories : les risques communs avec les banques traditionnelles et les risques propres aux banques islamiques liés à leur conformité aux règles de la chariaa⁷. La majorité des risques auxquels font face les banques conventionnelles tel le risque de crédit, le risque de marché, le risque de liquidité, le risque opérationnel, etc... ; concernent aussi les banques islamiques.

Paragraphe 1 : Risques communs

La classification retenue généralement par les banques distingue entre risques financiers et risques non financiers. Les risques financiers peuvent être davantage partagés en risque de marché, risque de crédit et risque de liquidité. Les risques non financiers comprennent, entre autres, les risques opérationnels,

⁶ملخص محاضرات الأخصر لقليطيو حمزة غربي "إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية"
⁷محمد علي " إدارة المخاطر المالية في الشركات المساهمة المصرية (مدخل لتعظيم القيمة)«
رسالة مقدمة للحصول على درجة دكتور الفيلسفة في إدارة الأعمال. كلية التجارة – جامعة القاهرة. 2005.

les risques de régulation et les risques d'ordre juridiques. La nature de certains de ces risques est traitée ci-dessous.

1) Risques financiers.

Ce sont les risques liés à la gestion des fonds existants et de la demande potentielle⁸. Les plus importants risques financiers sont les suivants.

A) Risque de marché

C'est le risque de perte en cas de mouvements défavorables, des taux d'intérêt, des prix des matières premières, des cours des devises, des cours des actions...⁹ le risque de marché a pour origine les instruments et les biens négociés dans des marchés bien définis. Les risques de marché peuvent avoir une micro ou macro source¹⁰. Le risque systématique de marché résulte du mouvement général des prix et des politiques adoptées dans une économie donnée. Le risque non systématique de marché apparaît lorsque le prix d'un bien spécifique ou d'un instrument particulier change à cause de certains événements liés à ce bien ou à cet instrument. La volatilité des prix dans des divers marchés génère différents types de risque de marché. Ainsi, les risques de marché peuvent être classés en risque lié au prix des actions, risque lié au taux d'intérêt, risque de change et risque lié au prix des biens et services. Par conséquent, le risque de marché concerne les activités bancaires et les activités commerciales des banques.

Alors que tous ces risques sont importants, le risque lié au **taux d'intérêt** est le risque le plus redouté par les banques. En principe, la banque islamique n'y est pas soumise dans la mesure où ses transactions ne sont pas basées sur le taux d'intérêt.

⁸ ملخص محاضرات الأستاذ محمد سهيل الدروبي "إدارة المخاطر في البنوك الإسلامية"

⁹ mohamedali M'rad « les risques de marché en finance islamique » Bridgers One, 28 janvier 2010, paris. P 12

¹⁰ Geneviève CAUSSE-BROQUET « la finance islamique », Revue Banque édition.

Comme les banques conventionnelles, les banques islamiques sont sensibles au risque de variation du prix des titres qu'elles détiennent mais elles subissent également le **risque de prix** des marchandises, du fait des contrats *Mourabaha*¹¹, *salam*¹² et *ijara*¹³. Elles sont victime des variations du prix des marchandises entre la date d'achat de ces biens et la date de revente aux clients.

Le **risque de change** est causé par la variation de la valeur des créances et des dettes en devises détenues par la banque : diminution de la valeur des créances et augmentation de la valeur des dettes.

Les différents risques de marché se traduisent finalement par un risque de marge dont les conséquences sont particulièrement dommageables lorsque les opérations sont basées sur le partage des profits et pertes.

B) Risque de crédit

C'est le risque par lequel le débiteur ne respecte pas ses engagements à l'échéance tel que stipulé par les termes du contrat¹⁴. Ce risque affecte l'ensemble des activités de la banque, bancaire ou commerciale. Concernant les opérations bancaires, le risque de crédit apparait lorsque la contrepartie¹⁵

Se trouve dans l'incapacité de répondre pleinement à ses obligations à la date prévue. Ce risque est associé à la qualité des actifs et à la probabilité de défaillance du débiteur. Pareillement,

¹¹ Voir annexe 2, pour plus d'information sur le contrat mourabaha

¹² Voir annexe 2, pour plus d'information sur le contrat Salam

Ce contrat constitue également une solution pour le financement des intrants de production.

¹³ Une opération de « Ijara » consiste pour le créancier (la banque) à acheter des biens qu'il loue à un client pouvant bénéficier de la possibilité de rachat au terme du contrat. Voir annexe 1 pour plus d'informations.

¹⁴ TARIQULLAH Khan et HABIB Ahmed ; « la gestion des risques, analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique ». Banque Islamique de Développement, Institut islamique de recherche et de Formation, document occasionnel n 5, DJEDDAH-ARABIE SAOUDITE, 2003, P 30.

¹⁵ La contrepartie peut être : -un état, - un établissement bancaire ou un groupe, - une entreprise ou un groupe d'entreprises, - un particulier.

les risques de crédit liés aux opérations commerciales de la banque naissent de l'inaptitude ou d'une mauvaise intention du débiteur de faillir à ses obligations contractuelles. Cela peut résulter en un « settlement risk ¹⁶ » ou risque de liquidation quand une partie décide de payer de l'argent ou d'offrir ses actifs avant de recevoir ses propres biens ou argent et s'exposer, ainsi, à une perte potentielle. Le risque de liquidation dans les institutions financières est lié particulièrement aux transactions de change.

Le risque de crédit demeure le risque le plus important que doivent gérer les institutions bancaires, les banques y affectent généralement environ la moitié de leur capital économique¹⁷.

La question qui se pose à ce niveau, est ce que les banques islamiques sont exposées à des risques de crédit autre que ceux auxquels sont confrontées les banques conventionnelles ?

Cependant, Comme dans les banques conventionnelles, ce risque est dû à la volatilité des flux de trésorerie causée par un défaut de paiement (perte de créance) ou par retard de paiement d'une contrepartie. Il est plus important que la probabilité de défaut est forte et que le montant de la créance ou de la proportion non payée est élevé.

Ainsi il convient de souligner qu'un certain nombre de facteurs accroissent le risque de crédit des banques islamiques à cause de leur conformité aux préceptes de la chari'a :

- La prohibition de l'intérêt ne permet pas aux banques islamiques de rééchelonner les dettes sur la base d'une

¹⁶Le risque de règlement est le risque qu'une contrepartie ne livre pas un titre ou sa valeur en numéraire conformément à l'entente lorsque la sécurité a été échangée après l'autre cocontractant a déjà livré la sécurité ou la valeur de rachat conformément à l'accord de commerce. « Settlement risk is the risk that a counterparty does not deliver a security or its value in cash as per agreement when the security was traded after the other counterparty or counterparties have already delivered security or cash value as per the trade agreement ». Traduction française réalisée par nos soins à l'aide des sites de traduction.

¹⁷Meyer Aaron, Jim Armstrong et Mark Zelmer ; « la gestion des risques dans les banques canadiennes : un survol de la question » ; Revue du système financier, P 40.

marge négociée, ce qui fournit à leurs clients sans scrupule un encouragement à être défaillants ;

- La non disponibilité des instruments de couverture des risques basés sur l'intérêt, jusqu'à présent interdits par les comités de la chari'a¹⁸. Les modes de financement basés sur le PPP¹⁹, exige que La banque n'est pas seulement un créancier dans les opérations commerciales, de crédit, et ne l'est pas du tout dans les opérations de financement participatif²⁰.

En revanche, le fait que les banques islamiques octroient principalement des crédits à court terme, pour financer des biens réels, joue en leur faveur. En effet, les actifs à long terme sont beaucoup plus risqués que ceux à court terme.

A côté de ces risques inhérents à toute banque, il existe des risques de crédit dus à l'utilisation des modes de financement islamiques.

Ainsi, dans les modes de financements participatifs (*moucharaka*²¹ et *moudharaba*²²), les risques de contrepartie dus à la mauvaise performance du partenaire sont élevés. Dans

¹⁸ Chaque banque a l'obligation de mandater un Comité indépendant chargé de valider les transactions de l'établissement avec les principes de la Chari'a. Ce Comité de la Chari'a est composé de quatre à sept membres tous juristes spécialisés dans le Fiqh Al mouamalat (jurisprudences commerciales, financières, politiques et économiques). Chaque membre du Comité est sélectionné par le Conseil d'Administration et, à la fin de chaque année, le Comité remet un rapport sur l'adéquation des pratiques de la banque avec la loi islamique.

¹⁹ Le principe de partage des pertes et profits (PPP/3p) ou Profit & Loss Sharing (PLS) un des éléments clés de la finance islamique, il est défini comme étant « un mécanisme financier qui lie le capital financier à l'industrie et au commerce sans utiliser un intérêt ».

²⁰ Geneviève Causse-BROQUET « la finance islamique » édition, revue banque.

²¹ « Al Moucharakah » est la traduction de « association ». Dans cette opération, deux partenaires investissent ensemble dans un projet et en partagent les bénéfices en fonction du capital investi. Dans l'éventualité d'une perte, celle-ci est supportée par les deux parties au prorata du capital investi. La nature de cette opération s'apparente finalement à une joint-venture.

²² La Moudharaba est un contrat conclu entre un (ou des) investisseur(s) qui apporte(nt) des fonds (rab-el-mal) - en l'occurrence la banque - et un entrepreneur qui assure le travail nécessaire et apporte son expertise pour faire fructifier ces fonds (Moudharib), dans une opération conforme à la chari'a.

les contrats *mourabaha*, la banque avance les fonds, elle subit non seulement des risques de non livraison, de livraison non conforme, mais également de non-paiement ou de paiement tardif. Du côté du contrat *salam*, le défaut ou le retard de livraison de la marchandise par le vendeur est susceptible d'engager la responsabilité de la banque envers le deuxième acheteur, et s'expose, donc, à des pertes potentielles. Lors d'un contrat *istisnaa*, la banque fait généralement appel à des sous-traitants pour la réalisation du bien à manufacturer ou à construire, le risque est accru car les contreparties sont nombreuses et les montants élevés.

C) Le risque de liquidité.

C'est le risque pour la banque de ne pouvoir faire face à ses engagements financier²³. Globalement, la banque dispose d'un montant de ressources égal à celui de ses emplois, mais le degré d'exigibilité des ressources ne correspond généralement pas au degré de liquidité des emplois.

Ce risque menace les banques à différents horizons. Dans l'immédiat, les banques peuvent se trouver dans l'impossibilité de faire face à une demande massive de retrait de fonds. Il existe à terme si les actifs à plus d'un an sont financés par des ressources à court terme, on l'appelle alors le risque de transformation.

Ce risque pèse davantage sur les banques islamiques car :

- La plus grande partie des ressources provient de contrats de court terme²⁴;
- Les banques islamiques ne peuvent pas, comme les banques conventionnelles, se réapprovisionner d'urgence par des

²³ CHATTI Mohammed Ali, « la finance islamique à la rencontre du capital risque, analyse comparative », Editions universitaires européennes, 2011, p 60.

²⁴ CAUSSE-BROQUET Geneviève, « la finance islamique », Revue Banque Edition, 2012, p 162.

crédits basés sur l'intérêt : crédit auprès de la banque centrale ou auprès d'autres établissements financiers ;

- Les marchés monétaires et interbancaires sont quasiment inexistants.

II) Risques non financiers

Il s'agit des risques n'ayant pas leur origine dans des prises de position de la banque -octroi de financement, collecte de ressources financière, activité de marché- mais dans son fonctionnement au quotidien et dans ses processus de gestion. Nous allons distinguer entre risques opérationnels, risques juridiques, risque moral, et risques politiques.

A) Risques opérationnels

Ce sont ceux provenant d'événements internes à la banque (erreurs du personnel, faiblesse du contrôle interne...) ou d'événements externes (détérioration des biens, escroqueries des clients...). En la matière, la banque islamique est particulièrement exposée pour les raisons suivantes :

- La non-standardisation de la plupart des produits bancaires, qui peuvent présenter des différences selon les pays, selon les banques et selon les exigences des membres du comité de la chariaa. en conséquence, on ne dispose pas de référence pour rédiger les contrats, pour régler les conflits éventuels ;
- La complexité de la gestion des produits basés sur le partage des profits et pertes, à laquelle s'ajoute la diversité des placements possibles.
- L'inexpérience des personnels des banques islamiques due à la création relativement récente de ces banques,
- L'inexistence de système d'information, de gestion et de logiciels adaptés à l'activité des banques islamiques,
- Le risque de « malhonnêteté des emprunteurs qui peuvent toujours dissimuler leurs bénéfices pour donner moins à la

banque, ainsi que l'aventurisme de certaines personnes qui se permettent de prendre de grands risques avec l'agent d'autrui et qui trouvent dans les banques islamiques l'occasion de satisfaire leurs rêves »;

- Le risque de réputation provenant de rumeurs (financement du terrorisme, laxisme du comité de la charia...);
- Le risque d'insuffisance de rendement entraînant un risque de liquidité qui lui-même entraîne un risque de refinancement à un coût élevé, d'où l'escalade dans la baisse des résultats;
- Le « risque commercial déplacé » existant lorsqu'une banque n'assure pas une rentabilité suffisante aux détenteurs qui comparent la rémunération des banques islamiques à celle des banques conventionnelles et, en conséquence, retirent leurs fonds²⁵.

B) Risques juridiques

Les risques juridiques sont des risques qui découlent de la violation ou du non-respect des lois, règles, règlements ou pratiques prescrites, mais aussi du fait que les droits et obligations juridiques des parties à une transaction sont mal définis. Comme les banques peuvent être exposées à des risques juridiques en ce qui concerne la divulgation d'informations sur leur clientèle et la protection de la vie privée. Des clients mal informés de leurs droits et obligations peuvent engager une action en justice.

C) Le risque pays et le risque de transfert

Ils représentent l'éventualité pour une économie qu'apparaissent des états dans lesquels les réponses des agents

محمدنجاه اللهدديقي، "مشكلات البنوك الإسلامية في الوقت الحاضر، بحوث في النظام المصرفي الإسلامي"، تحرير 25
رفيقو نسا المصري، سلسلة أبحاث، مركز الاقتصاد الإسلامي بجامعة الملك عبد العزيز (6)
مركز النشر العلمي جامعة الملك عبد العزيز جدة. 2003 ص 254.

aux risques qu'ils perçoivent les amènent à élever l'insécurité générale.

L'octroi des crédits internationaux comporte pareillement un risque - pays, qui désigne les risques associés au contexte économique, social et politique du pays d'origine de l'emprunteur²⁶. Ces risques sont autant plus élevés qu'il s'agit des prêts accordés à des gouvernements étrangers ou à des organismes qui en dépendent, étant donné qu'ils ne sont pas généralement assortis de garanties, mais il est important de les prendre en compte lors d'un prêt ou d'un investissement à l'étranger, que l'emprunteur soit public ou privé.

Le risque de transfert est une composante du risque - pays, qui survient lorsque l'obligation d'un emprunteur n'est pas libellée dans la monnaie locale. Il peut arriver que l'emprunteur, quelle que soit sa situation financière, ne puisse disposer de la devise dans laquelle l'obligation est libellée.

Cependant une mauvaise appréhension de ces risques peut induire un impact décisif sur la survie de la banque. La gestion de ces deux risques est édictée par le principe 11 de l'accord de Bâle I de son document publié en Septembre 1997.

Ce principe stipule que : « Les autorités de contrôle bancaire doivent s'assurer que les banques sont dotées de politiques et procédures adéquates pour identifier, suivre et contrôler le risque-pays et le risque de transfert liés à leurs activités internationales de prêt et d'investissement ainsi que pour constituer des réserves appropriées en regard de ces risques ».

La préoccupation première des superviseurs bancaires et, d'une manière générale, des autorités en charge de la stabilité financière est de s'assurer que les banques ont suffisamment de moyens pour se protéger d'une matérialisation éventuelle du risque qu'elles supportent et que ce risque est correctement suivi et géré.

²⁶C'est un extrait de la définition donnée par le Comité de Bâle dans un document consultatif publié en Septembre 1997.

Malgré ces définitions claires données par le Comité de Bâle pour ces risques, une attention plus particulière est attribuée au risque opérationnel du fait de son caractère délicat et imprécis. Ce dernier a été au cœur des débats dans le cadre de la réforme du ratio de solvabilité pour une meilleure prise en compte.

Paragraphe 2 : risques spécifiques aux banques islamiques.

En plus des risques communs cités précédemment, les banques islamiques ont leurs propres risques. Ces risques émanent des caractéristiques propres de la structure actif-passif²⁷ des banques islamiques. Outre les risques encourus par les banques conventionnelles, le mécanisme de partage des profits et des pertes engendre des risques supplémentaires. La rémunération des dépôts d'investissement par une ponction des bénéfices de la banque induit un risque de retrait, un risque fiduciaire, et des risques commerciaux déplacés.

I) Le risque de référence

Comme les banques islamiques ne pratiquent pas de taux d'intérêt, il semble qu'elles sont à l'abri des risques de marché liés à la fluctuation des taux d'intérêt. Toutefois, les variations des taux de marché présentent certains risques pour les gains des banques islamiques, qui utilisent un taux de référence pour déterminer le prix des différents instruments financiers. Ainsi, dans un contrat *Mourabaha*, la marge de profit est déterminée par le rajout d'une prime de risque au

²⁷ La Gestion Actif-Passif (Asset and Liability Management ou ALM) vise à maîtriser, dans les meilleures conditions de rentabilité des fonds propres, les conséquences négatives potentielles des risques financiers. Elle s'intéresse particulièrement au risque de taux, au risque de liquidité et au risque de change. La Gestion Actif-Passif passe par la mesure et l'analyse des risques financiers. Pour ce faire, elle recourt à de puissants systèmes d'information et à des méthodes complexes d'analyse financière. Elle débouche sur des préconisations d'action, en termes de financement, de placement, de couverture et de tarification.

taux de référence (généralement le LIBOR²⁸). La nature de l'actif à revenu fixe fait que la marge soit fixée pour la durée du contrat. Par conséquent, si le taux de référence varie, les taux de marge fixés dans les contrats *Mourabaha* ne peuvent pas faire l'objet d'ajustement. Les banques islamiques ont donc à faire face à des risques émanant des variations de taux d'intérêt.

II) Le risque des retraits imprévus

Un taux de rendement variable sur les dépôts d'épargne/investissement représente une source d'incertitude quant à la valeur réelle des dépôts²⁹. Le souci de préservation des actifs financiers contre le risque de dépréciation des dépôts en cas de suspicion de perte, due en partie à des taux de rendement relativement faible, peut conduire les déposants à retirer massivement leur argent. Du point de vue de la banque, cela

²⁸LIBOR signifie London InterBankOffered Rate. Le LIBOR est un taux d'intérêts moyen, indicatif, auquel une sélection des banques (les banques du panel) veut s'accorder mutuellement des prêts non garantis sur le marché financier londonien. Bien que l'on parle souvent du, LIBOR il existe en réalité 150 taux LIBOR différents. Le LIBOR est en effet calculé pour 15 durées différentes et pour 10 devises différentes. Les taux LIBOR officiels (bblibor) sont publiés 1 fois par jour vers 11h45 heure de Londres pour le compte de la British Bankers' Association (BBA) par Thomson Reuters. Les taux ne peuvent être publiés que par des partenaires de la BBA – comme nous. Sur ce site web, les taux LIBOR actuels sont affichés chaque jour entre 17 et 18 heures heure de Londres.. Le LIBOR est considéré comme le principal benchmark dans le monde pour les taux d'intérêts à court terme. Sur les marchés financiers professionnels, le LIBOR est utilisé comme taux de base pour un grand nombre de produits financiers tels que futures, options et swaps. Les banques utilisent également les taux LIBOR comme taux de base pour définir les taux d'intérêts sur les prêts, comptes d'épargne et hypothèques. Le fait que le LIBOR soit souvent considéré comme un taux de base pour d'autres produits s'explique parce que les taux LIBOR sont suivis avec beaucoup d'intérêt à l'échelle mondiale par un grand nombre de professionnels et de particuliers.

²⁹TARIQULLAH Khan et HABIB Ahmed ; « la gestion des risques, analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique ». Banque Islamique de Développement, Institut islamique de recherche et de Formation, document occasionnel n 5, DJEDDAH-ARABIE SAOUDITE, 2003, p 71.

constitue pour elle un « risque de retrait » lié au taux de rendement faible par rapport aux banques conventionnelles.

III) Le risque commercial déplacé.

Cela concerne le transfert de risque associé aux dépôts vers les actionnaires de la banque. Cela se passe lorsque les banques, sous pressions de l'environnement, se trouve contraintes de se délaisser d'une partie de leurs bénéfices pour rémunérer les déposants afin de prévenir des retraits massifs causés par des taux de rendement faibles³⁰. Ce risque commercial déplacé implique que, malgré le respect par la banque des injonctions de la chari'a, celle-ci est incapable de payer des taux de rendement compétitifs par rapport à leurs consœurs ou aux autres institutions concurrentes. Cela peut également provoquer des retraits de dépôts. Pour les prévenir, les actionnaires de la banque auront besoin de procéder à une ponction de leur part en bénéfices au profit des déposants/investisseurs.

IV) Le risque fiduciaire

Ce risque est lié au taux de rendement faible qui peut être interprété par les déposants/investisseurs comme étant un manquement au contrat d'investissement ou comme signe d'une mauvaise gestion des fonds par la banque³¹. Le risque fiduciaire peut être causé par une rupture du contrat pour la banque islamique. Celle-ci peut par exemple être incapable de répondre aux exigences de la chari'a concernant les divers contrats. Le propre d'une banque islamique est de se conformer aux injonctions de la chari'a ; le non-respect de ces injonctions peut

³⁰TARIQULLAH Khan et HABIB Ahmed ; « la gestion des risques, analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique ». Banque Islamique de Développement, Institut islamique de recherche et de Formation, document occasionnel n 5, DJEDDAH-ARABIE SAOUDITE, 2003, P 83.

³¹TARIQULLAH Khan et HABIB Ahmed ; « la gestion des risques, analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique ». Banque Islamique de Développement, Institut islamique de recherche et de Formation, document occasionnel n 5, DJEDDAH-ARABIE SAOUDITE, 2003, p 71.

créer un problème de confiance provoquant des retraits massifs des dépôts.

Section 2 : Risques liés aux différents modes de financement.

Les modes de financement islamique proposés présentent beaucoup de limites dans leur exécution, Le fait que ces produits sont soumis à la Charia et aussi leur spécificité fait qu'ils sont très risqués et leur application nécessite beaucoup de normes de la part des banques islamiques. Dans le cadre de cette section, nous aborderons certains risques liés à certains modes de financement islamiques.

Paragraphe 1 : les produits de financement basés sur le principe du coût plus marge.

Il existe en finance islamique des instruments financiers dont le fonctionnement est proche de celui de la finance conventionnelle mais avec toutefois des différences fondamentales. Les instruments de dette islamiques, qui sont en réalité des instruments d'échange, prévoient une répartition du risque spécifique et exclut la rémunération sous forme d'intérêt. Les contrats de financement islamiques les plus répandus sont : *Mourabaha, Salam et Istisnaa*.

1) Risques attachés à l'instrument financier Mourabaha

La Mourabaha est le mode de financement le plus utilisé par les banques islamiques³². Si le contrat est uniformisé, ses caractéristiques sont comparables à celles du financement à intérêt. La similarité des risques de ces deux modes de financement a fait que la Mourabaha a été acceptée par plusieurs législations monétaires³³. Cependant, un tel contrat uniformisé peut ne pas être accepté par l'ensemble des juristes musulmans. En outre, le contrat Mourabaha tel qu'il se présente aujourd'hui manque d'uniformité sous plusieurs aspects. La

³²Centre du commerce international (ITC) « Le système bancaire islamique : Guide à l'intention des petites et moyennes entreprises » Genève 2009, p 24.

³³ Guide des banques et des établissements financiers 2012 ; p 56.

divergence de point de vue peut être une source de risque de contrepartie en l'absence d'un cadre juridique rigoureux.

Le point le plus important à cet égard est le fait que la Mourabaha financière soit un contrat récent. Il est le produit de la combinaison d'un certain nombre de contrats différents. Il existe un consensus parmi les Fouqahas que ces nouveaux contrats ont été approuvés comme une forme de transactions commerciales différées. La condition de validité de ce contrat est basée sur le fait que la banque doit acheter (devenant donc propriétaire) et transférer ensuite le droit de propriété à son client. L'ordre émanant du client ne constitue pas un contrat de vente mais une simple promesse d'achat. Par référence à la résolution de l'académie du Fiqh de l'OCI³⁴ (organisation de la conférence islamique), une promesse n'est obligatoire que pour une partie seulement. L'académie du Fiqh de l'OCI, l'OCAIFI³⁵ (organisme de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques) ainsi que la plupart des banques islamiques traitent la promesse d'achat comme une obligation vis-à-vis du client. D'autres juristes, cependant, sont de l'avis que l'obligation ne s'applique pas au client. Le client, même après avoir donné ordre et payé la commission d'engagement peut demander l'annulation du contrat. Le risque de contrepartie le plus

³⁴L'Organisation de la coopération islamique (OCI ; en arabe : منظمة التعاون الإسلامي) est une organisation intergouvernementale créée le 25 septembre 1969 sous le nom d'Organisation de la conférence islamique qui regroupe 57 États membres. Cette organisation, dont le siège est situé à Djeddah, en Arabie saoudite, possède une délégation permanente aux Nations unies. L'Organisation de la coopération islamique, qui a changé de nom et d'emblème le 28 juin 2011, est une organisation au niveau supra-étatique et international à caractère religieux. Outre des clauses de solidarité et d'entraide entre les États membres, elle est destinée à assurer la sauvegarde des lieux saints de l'islam. Elle soutient également la cause palestinienne dans le conflit israélo-palestinien.

³⁵ AAOIF a publié deux nouvelles normes comptables, dont l'une constitue un cadre conceptuel pour la communication des informations financières publiées par les établissements de finance islamique. L'AAOIFI est un organisme international qui a pour objet de préparer et d'édicter les règles de gouvernance, déontologiques et les règles de la Charia à destination des institutions de finance islamique et de l'industrie. Il a été créé en 1991 et a publié jusqu'à présent 42 normes couvrant les domaines de la comptabilité, de l'audit, de la déontologie et de la gouvernance pour les établissements de finance islamique

important lié à la Mourabaha émane de cette diversité d'appréhension de la nature juridique du contrat en question qui peut d'ailleurs poser des problèmes sérieux en cas de litiges.

Un autre problème potentiel lié aux contrats de vente comme la Mourabaha se pose lorsque la contrepartie ne respecte pas les échéances de paiement, car les banques islamiques ne peuvent, en principe, augmenter le prix convenu d'aucun surplus. Ce retard de paiement peut causer des pertes injustifiées aux banques.

II) Risques attachés à l'instrument financier Salam.

Le financement salam comprend au moins deux risques de contrepartie. Premièrement, les risques de contrepartie varient du manquement de livraison à temps ou de non-livraison du tout de la marchandise ne respectant pas les spécifications mentionnées dans le contrat. Au cas où le *Salam* serait utilisé dans des contrats agricoles, le risque de contrepartie peut être dû à des facteurs qui dépassent la volonté du client. Les conditions climatiques peuvent altérer les clauses du contrat. Le fait que les activités agricoles s'exposent aux risques de catastrophes naturelles, les risques de contreparties seront plus accentués dans le cas du Salam³⁶. Deuxièmement, Les contrats *Salam* ne sont ni échangés ni négociés hors cote³⁷. Ce sont des contrats rédigés par deux parties et se concrétisent par des livraisons de biens ou de marchandises. Ces marchandises exposent les banques à des

³⁶ CAUSSE-BROQUET Geneviève, « la finance islamique », Revue Banque Edition, 2012, p 180.

³⁷ Le marché hors cote est une bourse virtuelle, dont la NASDAQ est le représentant le plus connu. Les marchés hors cote n'ont pas de lieu de négociation central ou d'agents de parquet. La négociation est effectuée par l'entremise d'un réseau d'ordinateurs et de télécommunication reliant les courtiers. Auparavant, les plus grandes sociétés étaient inscrites seulement à la Bourse de New York, tandis que toutes les autres actions " de second ordre " étaient négociées aux autres bourses. Le boom technologique de la fin des années 1990 a changé tout cela; la NASDAQ accueille maintenant plusieurs grosses entreprises de technologie comme Microsoft, Cisco, Intel, Dell et Oracle. NASDAQ est donc devenue un concurrent sérieux de la Bourse de New York.

coûts de stockage et autre risque de prix. Ces types de risques et de coûts ne s'appliquent qu'aux banques islamiques.

III) Risques attachés à l'instrument financier *Istisnaa*

En offrant des financements dans le cadre du contrat *Istisnaâ*, les banques s'exposent à un certain nombre de risques spécifiques de contrepartie, tels que :

➤ Les risques de contrepartie liés à l'*Istisnaâ* encourus par les banques islamiques concernant l'approvisionnement en marchandises sont similaires aux risques liés au *Salam*. Il peut y avoir un manquement aux termes du contrat pour cause de mauvaise qualité ou le non-respect des délais de paiement. Cependant, l'objet de l'*Istisnaâ*s'applique beaucoup plus au contrôle de la contrepartie, sans souci vraiment des calamités naturelles, comme c'est le cas avec le *Salam*. Par conséquent, on peut s'attendre à ce que le risque de contrepartie du sous-contractant dans le cadre du contrat *Istisnaâ* (qui est substantiellement élevé), soit moins intense que celui du contrat *Salam*³⁸.

➤ Le risque de non-paiement de la part de l'acheteur est un risque général qui se manifeste en cas de non-respect des échéances.

➤ Il y a un risque de contrepartie lié au caractère non obligatoire de certaines conditions selon certaines juridictions fiqhiques, telle que l'option offerte au fournisseur de réaliser le contrat.

➤ Considérant que l'*Istisnaâ* s'apparente au contrat *Mourabaha* ou le client peut réaliser le contrat en refusant de recevoir la marchandise le jour de la livraison, la banque s'expose à des risques en sus.

Ces risques existent car la banque islamique, dans le cadre d'un contrat *Istisnaâ*, assume le rôle d'un constructeur, d'un

³⁸CAUSSE-BROQUET Geneviève, « la finance islamique », Revue Banque Edition, 2012, p 125.

entrepreneur en bâtiments, d'un manufacturier ou d'un fournisseur. Le fait que la banque ne soit pas un spécialiste dans ces branches d'activités, elle demeure à la merci des sous-traitants.

Paragraphe 2 : les produits de financement participatif

Ces instruments reposent sur le principe de partage de bénéfices et de pertes ainsi que sur une hypothèse de prise de risque commerciale par le financier. Nous distinguons principalement la *Moudaraba* et la *Moucharaka*.

I) Risques attachés aux instruments financiers **Moucharaka Moudharaba (M-M)**

Les spécialistes en matière de politiques de financement considèrent que l'affectation des ressources par les banques islamiques sur la base *Moucharaka* et *Moudharaba* est préférable aux autres modes de financement à rémunération fixe tel que la *Mourabaha*, le leasing ou l'*Istisnaâ*. Mais dans la pratique, l'usage des modes M-M par les banques islamiques reste minime. On considère que cela est essentiellement dû au fort taux de risque de crédit lié à ces modes de financement.

Le risque de crédit des modes M-M est élevé en raison de l'absence de garanties, d'un fort taux d'aléa moral³⁹. Le cadre institutionnel tel que le traitement fiscal, les systèmes de

³⁹L'aléa moral, (ou moral hazard en anglais) désigne pour l'économiste Adam Smith un effet pervers qui peut apparaître dans certaines situations de risque, dans une relation entre deux agents ou deux parties contractantes : c'est plus précisément la perspective qu'un agent, isolé d'un risque, se comporte différemment que s'il était totalement lui-même exposé au risque. Ainsi l'actionnaire d'une entreprise n'est pas justiciable si l'entreprise qu'il a financée et dont il tire ensuite bénéfice a un comportement non éthique, voire franchement dommageable pour l'économie, la société ou l'environnement. Cet effet anticipatoire, indésirable en économie, peut apparaître, consciemment ou inconsciemment au niveau de l'individu (qui prendrait des risques inconsidérés au volant de son véhicule, au motif que ce dernier est assuré). L'aléa moral est d'abord apparu dans le domaine des assurances et des banques : c'était la possibilité qu'un assuré augmente sa prise de risque, par rapport à la situation où il supporterait entièrement les conséquences négatives d'un sinistre (comme l'assuré ne paie pas en cas de problème, il augmente sa prise de risque). Les éventuelles fraudes à l'assurance (cas où l'assuré provoque délibérément le sinistre, pour encaisser l'indemnisation prévue) peuvent être considérées comme le cas extrême de l'aléa moral

comptabilité et d'audit, les textes réglementaires ne favorisent souvent pas l'usage de ces modes de financement par les banques.

Une manière de réduire les risques liés à ces modes de financements participatifs est de concevoir les banques islamiques comme des banques universelles⁴⁰. Les banques universelles offrent les deux types de financement : octroi de crédits et participation au capital. Dans le cas des banques islamiques, cela implique l'utilisation du mode de financement *Moucharaka*. Avant de fournir les fonds selon cette méthode de financement, la banque a besoin de faire une bonne étude de faisabilité des projets. En participant au capital des entreprises financées, les banques universelles participent à la prise de décision et à la gestion de l'entreprise. Cela a pour résultat un meilleur contrôle de l'utilisation des fonds et une réduction de l'aléa moral.

Certains économistes préconisent qu'en refusant de pratiquer ces modes de financement, les banques ne bénéficient pas en réalité des avantages de la diversification du portefeuille, ce qui conduit finalement à une aggravation de risque et non à une atténuation des risques de crédit⁴¹.

⁴⁰Les banques universelles ou globales (Barclays, BNP Paribas, Citigroup...) sont des grands conglomerats financiers regroupant les différents métiers des banques de détail, des banques de financement et d'investissement et des banques de gestion d'actifs. Le principe de banque universelle est souvent décrié et présenté comme responsable des dernières crises financières : en permettant d'injecter les sommes provenant de l'"économie réelle" (argent des particuliers et entreprises, et intérêts des prêts) dans les activités spéculatives, il amplifierait les phénomènes de spéculations et surtout, mettrait en péril l'argent déposé par les épargnants, notamment en incitant ces derniers à retirer en masse leur épargne de leur banque lors de mouvements boursiers brusques. En revanche la banque universelle présenterait l'intérêt d'adosser, à la fragilité des activités d'investissement, la solidité financière des banques de dépôt, qui disposent généralement théoriquement d'importants fonds propres permettant de faire face à de potentielles pertes boursières.

⁴¹TARIQULLAH Khan et HABIB Ahmed ; « la gestion des risques, analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique ». Banque Islamique de Développement, Institut islamique de recherche et de Formation, document occasionnel n 5, DJEDDAH-ARABIE SAOUDITE, 2003, p 50.

Conclusion

En guise de conclusion, on peut dire que les banques islamiques présentent des produits financiers participatifs et des produits avec coût plus marge. Le recours aux modes de financements participatifs transforme la nature des risques encourus par les banques islamique. Ainsi le caractère particulier de ces dépôts participant aux bénéfices et aux pertes et l'utilisation des modes de financements islamiques dans les emplois de la banque, introduisent non seulement de nouveaux types de risques (les risques spécifiques) mais aussi provoque des changements au niveau des risques traditionnellement encourus (risques de crédit, de liquidité, de marché et les risques opérationnels et juridiques). Ces conclusions peuvent être représentées sous la forme du tableau suivant :

Tableau 1 : cartographie des risques

	Banque conventionnelle	Banque islamique
Risque de crédit	Oui	Oui
Risque de taux	Oui	Non
Risque de marché	Oui	Oui
Risque opérationnel	Oui	Oui
Risque juridique	Oui	Oui
Risque de liquidité	Oui	Oui
Risque de solvabilité	Oui	Oui
Risque de rentabilité	Non	Oui
Risque d'investissement	Non	Oui
Risque sur le stock	Non	Oui
Risque de concentration	Non	Oui

Les réponses catégorique oui ou non figurant dans le tableau ci-dessous sont trop schématiques et méritent quelques commentaires.

On voit que la banque islamique, qui refuse le principe même de l'intérêt, n'est pas soumise directement au risque correspondant. En revanche, son mode de fonctionnement en partenariat avec ses clients génère des risques spécifiques et en accentue d'autres : Ainsi, le risque de stock, dans la mesure où la banque islamique acquiert des biens pour le compte de ses clients et qu'elle peut avoir à gérer des stocks pendant un certain temps ou, à tout le moins, à en porter le risque (cas des contrats de *mourabaha* et d'*ijaranotamment*) : il se décompose en risque de contrepartie en cas de défaillance du client in fine, en risque de marché si le prix des biens varie et en risque opérationnel dans le cadre de la gestion courante du bien.

Le risque de rentabilité au sens où les résultats de la banque dérivent directement de la profitabilité des entreprises ou des projets (cas de *Moudaraba* et de *Moucharaka* notamment), ce qui est moins le cas des banques conventionnelles dont le crédit portant intérêt est la source de revenu principale ; pour autant, la volatilité de ce risque semble moins importante selon certains travaux⁴², ce que l'on peut expliquer par le fait que le coût du refinancement suit la rentabilité des placements ou qu'il est nul en raison des nombreux comptes de dépôt,

Le risque d'investissement dans le même cas de figure puisque, en investissant en capital, la banque encoure le risque d'une perte de ses apports, perte qu'elle partage, avec ses déposants ; toutefois, ce risque peut être diminué si le contrôle de l'entreprise cliente est suffisamment vigilant ;

Le risque de solvabilité concerne surtout les nombreuses banques islamiques qui n'ont pas atteint une taille critique. Enfin, le risque de concentration est spécifique dans la mesure où, pour l'instant, les emplois bancaires destinés à gérer les liquidités sont peu variés, ou les grandes entreprises admises à satisfaire les critères islamiques et ou, au passif, le nombre de contreparties

⁴²Hassoune Anouar., « Islamic banks profitability in an interest rate cycle », arab Review, oct.2002, vol 4, numéro 2. P 54

institutionnelles est peu élevé. Une mention particulière doit être faite pour certains autres risques :

- Le risque juridique est important du fait que la finance islamique, formule des exigences fortes en matière de conformité au droit islamique, qui se superposent au cadre juridique national dans lequel la banque évolue. Ce risque est crucial pour les banques islamiques puisque le principal argument qu'elles peuvent mettre en avant pour leurs clients est leur respect du droit islamique ; ceci inclut un risque de conformité important dans le contexte du fait de l'aspect moral du droit islamique ;
- Le risque de marché dans la mesure où les possibilités de couverture sont limitées en raison de l'illicéité, au regard du droit islamique, de la plupart des instruments habituels ;
- Le risque de liquidité pour des raisons similaires tenant au faible nombre d'instruments permettant de gérer la trésorerie et au manque de profondeur des marchés correspondants, le tout étant associé à la longueur des emplois face à la brièveté des ressources ;
- Le risque de crédit, car un certain nombre de contrats prévoient un remboursement in fine et, surtout, le traitement des créances impayées, notamment, en cas de défaut de l'emprunteur, n'est pas simple puisqu'il faut, selon le droit des contrats islamiques, que la banque démontre la faute ou la négligence de l'emprunteur pour pouvoir récupérer sa mise.

Les nouvelles orientations législatives en droit de consommation

Hamid ECHCHARYF

doctorant à la FSJES Mohammedia en droit privé

Vu la mondialisation économique, le libre échange ainsi que la production excessive des produits de consommation et la commercialisation de ces derniers dans le monde comme étant un village planétaire, ceci pourrait être négatif sur la protection des consommateurs marocains.

De ce fait, si les besoins sont la source de toute consommation, les techniques de commercialisation tentent toujours d'émousser la résistance du consommateur face à ce devoir d'achat. Le consommateur est ainsi devenu un être à part, particulièrement vulnérable en raison des sollicitations constantes dont il fait l'objet. L'exploitation de ses faiblesses est aujourd'hui organisée scientifiquement. Le déferlement des nouvelles techniques d'information permet au professionnel d'informer le consommateur sur un produit ou un service nouveau, et de l'inciter à consommer. De nouvelles formes de vente sont sans cesse imaginées pour forcer le consentement du consommateur⁴³. La publicité et le marketing sont devenus les générateurs de besoins artificiels et d'illusions d'une fausse abondance⁴⁴.

Cette évolution de la production industrielle et des échanges financiers, économiques et commerciaux, a provoqué l'apparition de nouvelles technologies. Il est difficile pour le citoyen commun, en tant que consommateur ordinaire, de faire face à ce mouvement. Mais étranger à celui-ci, il lui est difficile de comprendre et d'intégrer des équipements et outils d'une

⁴³ J.-P. Pizzio, « Un apport législatif en matière de protection du consentement ; La loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile », R.T.D. civ., 1976, n°3, p.69.

⁴⁴ Y. Picod et H. Davo, « Droit de la consommation », édition Dalloz, 2005, n°2 ,p.2.

complexité croissante⁴⁵. Cette disproportion entre les professionnels et les consommateurs a fait apparaître l'idée équitable de la protection accrue de ces derniers⁴⁶.

À cause de ces facteurs, le Maroc a connu une concurrence accrue en matière de la production et la distribution des produits de consommation chose qui peut pousser les professionnels à adopter des techniques de marketing de vente et d'effectuer une publicité mensongère qui peut induire le consommateur en erreur, afin de conclure des contrats de consommation qui peuvent être déséquilibrés ou bien abusifs.

De ces constats, on se demande à quel point **le Maroc parvient-il à assurer le droit de la protection des consommateurs tout en étant compétitif, et ce, avec peu de procédés de contrôle en la matière ?**

Afin d'assurer de la protection des droits des consommateurs, le législateur marocain a adopté à travers la loi 31-08 édictant les mesures de la protection de consommateur, des nouvelles orientations législatives ayant pour but d'améliorer l'harmonisation des droits de ce dernier, on distingue :

- L'orientation législative vers la vente et les garanties ;
- L'orientation législative vers la vente à distance ;
- L'orientation vers les clauses contractuelles abusives ;
- L'orientation vers l'information du consommateur ;
- L'orientation vers le droit à la représentation ;

A travers ces orientations législatives, il est fortement probable que le Maroc pourrait réussir la préservation des droits du consommateur.

De ce fait, dans cette contribution, on va essayer d'explorer les finalités de chaque orientation adoptée, ainsi que les défis

⁴⁵ Y. Boyer, « L'obligation de renseignement dans la formation du contrat », thèse, Aix en Provence, 1978, p.30.

⁴⁶ J. Alisse, « L'obligation de renseignement dans les contrats », thèse, Paris 2, 1975, p.41.

rencontrés par le législateur pour réaliser ces orientations, sans oublier les omissions de ce dernier en la matière.

De ce fait, on va entamer ce sujet en deux parties, dans la première partie on va traiter les nouvelles orientations législatives liées à la commercialisation du produit (**partie 1**), cette partie se compose de deux chapitre le premier chapitre s'intitule l'orientation législative vers la vente et les garanties et le deuxième chapitre traite l'orientation législative vers les clauses contractuelles abusives. En outre, dans la deuxième partie on va étudier les nouvelles orientations liées à l'information et à la représentation du consommateur (**partie 2**).

I-Nouvelles orientations législatives liées à la commercialisation du produit

A-Orientation législative vers la vente et les garanties

B-Orientation vers les clauses contractuelles abusives

II Nouvelles orientations législatives liées à l'information et à la représentation du consommateur

A-Orientation vers l'information du consommateur marocain

B- Orientation vers la représentation du consommateur

I- Nouvelles orientations législatives liées à la commercialisation du produit :

Il apparait clairement que les techniques de la commercialisation des produits et de la prestation des services pourraient toucher le droit des consommateurs notamment en présence des techniques plus avancées de marketing de vente et l'orientation de ces techniques vers l'adoption de la nouvelle technologie, surtout le contrat à distance, chose qui peut provoquer un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties du contrat de consommation. De ce fait, le législateur marocain s'oriente vers l'encadrement juridique des opérations commerciales soit ordinaires soit à distance, et s'oriente aussi

vers la détermination d'une manière indicative des clauses abusives en matière de contrat de consommation.

A- Orientation législative vers la vente et les garanties

Tant que parmi les finalités de la loi 31-08 édictant les mesures de la protection des consommateurs⁴⁷, le renforcement de droit à la protection de ses droits économiques, Cette initiative législative encadre certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation.

De ce fait, le législateur marocain à travers cette loi fixe les garanties légales et contractuelles des défauts de la chose vendue ou du service après vente et fixe également les conditions et les procédures relatives à l'indemnisation des dommages ou préjudices, qui peuvent toucher le consommateur à cause des omissions constatées du professionnel ou des négligences de l'exécution de l'une des clauses contractuelles par ce dernier.

Vu le développement du monde numérique et la progression des nouvelles technologies au Maroc, Le législateur marocain s'oriente vers l'encadrement juridique de vente transfrontalière c'est-à-dire le contrat à distance. De ce fait, il a consacré le deuxième chapitre de la loi 31-08 édictant les mesures de la protection des consommateurs à l'étude et à l'encadrement juridique de cette orientation afin de renforcer la protection des consommateurs en matière de ce type de contrat de consommation.

Cette orientation rencontre deux principaux défis, le premier défi est que l'encadrement juridique du contrat à distance reste restrictif nonobstant la stipulations des lois horizontales en matière notamment **la loi 09-08** relative à la protection des données à caractère personnel qui a pour objet protéger les données personnelles automatisées ou manuelle contre le traitement illicite, et **la loi n° 53-05** relative à l'échange

⁴⁷ Dahir n°1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 février 2011)

électronique de données juridiques qui fixe le régime applicable aux données juridiques échangées par voie électronique, à l'équivalence des documents établis sur papier et sur support électronique et à la signature électronique et qui détermine également le cadre juridique applicable aux opérations effectuées par les prestataires de service de certification électronique, ainsi que les règles à respecter par ces derniers et les titulaires des certificats électroniques délivrés. Ainsi que la **loi 07-03** complétant le code pénal en ce qui concerne les infractions relatives aux systèmes de traitement automatisé des données.

En outre, le deuxième défi est le manque de confiance des consommateurs marocains dans les achats transfrontaliers ou bien dans les achats virtuels, ce comportement des consommateurs marocains est légitime en présence d'une faiblesse constatée de ces lois.

Cependant, la législation marocaine essaye de jouer, à travers la loi 31-08 édictant les mesures de la protection des consommateurs qui encadre juridiquement la vente à distance, un rôle central dans l'élimination des obstacles au développement du marché intérieur. Mais elle ne peut pas réussir dans cette démarche sans une protection fictive du consommateur, De ce fait, le législateur marocain s'oriente vers l'indication des clauses abusives.

B- Orientation vers les clauses contractuelles abusives :

Avant d'explorer la finalité de cette fameuse orientation, on procède à définir les clauses abusives comme étant toute clause qui a pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties du contrat, en l'occurrence le consommateur et le professionnel soit producteur ou fournisseur. Par conséquent, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. A

savoir que les clauses abusives sont nulles et nul effet entre le professionnel et le consommateur, mais Le contrat restera applicable dans toutes ses autres dispositions s'il peut subsister sans clause abusive⁴⁸.

En outre, la finalité de cette orientation législative est le renforcement de la protection des consommateurs notamment contre les clauses abusives, de ce fait, le législateur marocain à travers l'article 18 de la loi 31-08 édictant les mesures de la protection des consommateurs, fixe une liste indicative et non exhaustive de ces clauses. Par conséquent, il laisse l'appréciation des tribunaux prédomine dans la fixation de ces clauses contractuelles, chose qui constitue un défi pour cette orientation législative. Car l'initiative du juge sans encadrement légal pourrait toucher le droit du consommateur.

A titre d'indication, on peut donner des exemples des clauses abusives contractuelles⁴⁹:

- Le fait de supprimer ou de réduire le droit à réparation du consommateur en cas de manquement par le fournisseur à l'une quelconque de ses obligations dans un contrat de vente.
- Le fait de réserver au fournisseur le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du produit, du bien à livrer ou du service à fournir.
- le fait d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du fournisseur en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission du fournisseur.
- le fait d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du fournisseur.
- le fait de prévoir un engagement ferme du consommateur, alors que l'exécution de l'engagement du

⁴⁸ Dahir n°1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 février 2011) portant promulgation de la loi n°31-08 édictant les mesures de la protection des consommateurs, art.19

⁴⁹ Idem, art.18

fournisseur est assujettie à une condition dont la réalisation dépend de sa seule volonté.

- Le fait d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé ou le cumul de plusieurs indemnités.

- Le fait d'autoriser au fournisseur à résilier le contrat de façon discrétionnaire tandis que cette faculté n'est pas reconnue au consommateur.

- Le fait d'autoriser au fournisseur à mettre fin sans un préavis raisonnable à un contrat à durée indéterminée, sauf en cas de motif grave.

- Le fait de proroger automatiquement un contrat à durée déterminée en l'absence d'expression contraire du consommateur, alors qu'une date excessivement éloignée de la fin du contrat a été fixée comme date limite pour exprimer cette volonté de non-prorogation de la part du consommateur.

- Le fait de constater de manière irréfutable l'adhésion du consommateur à des clauses dont il n'a pas eu, effectivement, l'occasion de prendre connaissance avant la conclusion du contrat.

- Le fait d'autoriser au fournisseur à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat et sans en informer le consommateur.

- Le fait de prévoir que le prix ou le tarif des produits, biens et services est déterminé au moment de la livraison ou au début de l'exécution du service, ou d'accorder au fournisseur le droit d'augmenter leur prix ou leur tarif sans que, dans les deux cas, le consommateur n'ait de droit correspondant lui permettant de rompre le contrat au cas où le prix ou le tarif final est trop élevé par rapport au prix ou tarif convenu lors de la conclusion du contrat.

- le fait d'obliger le consommateur à exécuter ses obligations alors que le fournisseur n'exécuterait pas les siennes.
- Le fait de restreindre l'obligation du fournisseur de respecter les engagements pris par ses mandataires ou de soumettre ses engagements au respect d'une formalité particulière.
- Le fait d'accorder au fournisseur, seul, le droit de déterminer si le produit ou bien livré ou le service fourni est conforme aux stipulations du contrat ou de lui conférer le droit exclusif d'interpréter une quelconque clause du contrat.
- Le fait de prévoir la possibilité de cession du contrat de la part du fournisseur, lorsqu'elle est susceptible d'engendrer une diminution des garanties pour le consommateur sans l'accord de celui-ci.
- Le fait de supprimer ou d'entraver l'exercice d'actions en justice par le consommateur, en limitant indûment les moyens de preuves à la disposition de ce dernier ou en lui imposant une charge de preuve qui devrait revenir normalement à une autre partie du contrat.

II- Nouvelles orientations législatives liées à l'information et à la représentation du consommateur:

Le législateur marocain insiste beaucoup sur la représentation du consommateur par les associations de la protection du consommateur (B), ainsi que les obligations du professionnel afin d'assurer la protection des consommateurs, parmi ces principales obligations c'est l'obligation d'information qui constitue un véritable droit de ces derniers (A).

A- Orientation vers l'information du consommateur marocain

« *Informé, tel est bien désormais le maître mot de la période précontractuelle*⁵⁰ ».

C'est dans cet esprit que l'obligation d'information du consommateur est destinée à lui permettre d'exprimer son consentement avec lucidité, condition sans la quelle sa liberté ne serait qu'illusoire ; d'ailleurs, il est communément admis que « *l'information est bien le meilleur moyen d'aider une personne à effectuer des choix rationnels*⁵¹ ». Mieux informés, les consommateurs sauront mieux choisir, ils se tourneront vers les produits et les services dont le rapport qualité-prix est le plus favorable.

Par conséquent, On constate que cette orientation est une finalité du législateur à travers la loi 31-08 édictant les mesures de la protection des consommateurs, de ce fait le législateur a consacré le titre III de cette loi pour renforcer ce fameux droit. L'article 1 de cette loi stipule : « *La présente loi a pour objet d'assurer l'information appropriée et claire du consommateur sur les produits, biens ou services qu'il acquiert ou utilise* ».

Cependant, on peut se demander si le mieux n'est pas l'ennemi du bien⁵² : trop d'informations finissent par détruire l'information. Combien de consommateurs marocains lisent intégralement, avant l'achat, les étiquettes des produits mis en vente ? Un effort de simplicité est sans doute devenu nécessaire. En particulier dans le cas de notre pays où domine un taux d'analphabétisme assez élevé.

A titre d'indication, voici des exemples stipulés par la loi pour renforcer ce droit:

⁵⁰ J. Mestre, RTD.civ., 1986. Page 39

⁵¹ B. Bon-Jean, « le droit à l'information du consommateur », in l'information en droit privé, L.G.D.J., Paris, 1978, p.351, spéc,3.

⁵² J. Calais-Auloy, Frank-Steinmetz, « droit de la consommation », Dalloz, 6ème éd., Paris, 2003, p.59, spéc,58.

- Avant la conclusion de contrat⁵³ : Le fournisseur doit indiquer au consommateur la période pendant laquelle les pièces de rechange et les pièces indispensables à l'utilisation des produits ou biens seront disponibles sur le marché.
- En cours de la conclusion de contrat⁵⁴ : Les clauses doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible pour le consommateur. Sans oublier, en cas de doute sur le sens d'une clause, l'interprétation la plus favorable au consommateur prévaut.
- Après la rédaction de contrat⁵⁵ : Le fournisseur doit remettre au moins un exemplaire du contrat au consommateur, dans le cas où la rédaction de ce contrat est faite dans une langue étrangère, il faut que l'exemplaire soit obligatoirement accompagné d'une traduction en arabe⁵⁶, afin d'éviter toute confusion et d'assurer la transparence entre consommateur et professionnel.

Le défi de cette orientation est l'impact négatif des techniques de marketing de vente sur l'information du consommateur notamment la publicité mensongère qui peut induire le consommateur en erreur. Surtout que la science de marketing se développe d'une manière trop accélérée par rapport aux sciences juridiques en matière de consommation.

B- Orientation vers la représentation du consommateur

Cette orientation a pour intérêt d'assurer la représentation, la sensibilisation et la défense des intérêts du consommateur par

⁵³ Dahir n°1-11-03 du 14 rabii I 1432 (18 février 2011) portant promulgation de la loi n°31-08 édictant les mesures de la protection des consommateurs, art.10

⁵⁴ Idem, art.9

⁵⁵ Idem, art.8

⁵⁶ Idem, art.206

les associations de la protection des consommateurs. De ce fait, ces dernières jouent deux rôles, le rôle préventif car elles constituent le mécanisme social régulateur dans un système efficace de protection des ménages. Ceci dit, elles devraient jouer un rôle vital en matière d'information, d'éducation et d'organisation de consommateurs à côté des partis politiques. Ainsi que le rôle défensif puisqu'elles doivent impérativement pouvoir engager des actions en justice demandant la réparation des préjudices subis par les consommateurs individuellement ou collectivement.

Au sens de la loi 31-08, notamment l'article 153 ne peuvent être considérées comme associations de la protection du consommateur l'association qui :

- - compte parmi ses membres des personnes morales ayant une activité à but lucratif ; •

- perçoit des aides ou subventions d'entreprises ou de groupements d'entreprises fournissant des produits, biens ou services au consommateur ;

- fait de la publicité commerciale ou qui n'a pas un caractère purement informatif, pour des biens, produits ou services ;

- - se consacre à des activités autres que la défense des intérêts du consommateur ;

- - poursuit, un but à caractère politique.

Les ressources du fonds de financement des associations de protection des consommateurs :

- des dotations du budget général ;

- d'un pourcentage des amendes perçues à la suite des contentieux ;

- Des dons et legs au profit du fonds ;

- De toutes autres ressources obtenues légalement ;

D'après ce constat, une réflexion s'impose, Vu Les ressources du fonds de financement des associations de

protection des consommateurs, est ce que ces dernières sont capables d'assurer le droit de la protection des consommateurs?

Conclusion :

Le législateur marocain ne pourrait pas réussir la protection du consommateur sans engagement total d' hausser le niveau de la sécurité des produits au Maroc, de gagner la confiance du consommateur marocain, de préserver notre crédibilité vis-à-vis des partenaires commerciaux, de sécuriser les investissements, de créer un environnement sain et transparent et d'honorer les engagements du Maroc.

Il ne pourrait pas réussir aussi sans engagement des professionnels par leurs transparences et leurs consciences, et sans engagement aussi des associations civiles par leurs défenses et leurs sensibilisations des consommateurs ainsi que sans vigilance et surveillance des consommateurs.

L'arsenal juridique marocain de lutte contre le crime informatique:

Khalid En-nashi,
Étudiant chercheur à la Faculté de Droit
Mohammedia

Contrairement à d'autres législations, notamment les législations des pays arabes, qui n'ont pas un arsenal juridique spécifique aux crimes informatiques, le législateur marocain a pris l'initiative à travers la loi 07-03 sur les atteintes aux systèmes de traitement automatisé des données, cette loi est devenue une partie intégrante du code pénal marocain dans les articles 607-3 à 607-11.

Ainsi, cette loi punit toutes les infractions qui sont considérées comme crimes contre les STAD⁵⁷ à travers des sanctions considérables selon le degré de gravité de l'infraction.

En effet, face au phénomène de la cybercriminalité, les ripostes juridiques nationales sont différentes d'un pays à l'autre. Ceci s'explique notamment par l'émergence de deux courants ayant deux conceptions différentes du phénomène. Le premier estime qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre l'information stockée sur les supports traditionnels et celle qui est automatisée. Par conséquent, la cybercriminalité ne justifie pas de nouvelles mesures législatives⁵⁸. Le deuxième courant considère la cybercriminalité comme étant un phénomène spécifique. De nouvelles mesures sont donc nécessaires. Les ripostes juridiques marocaines s'inscrivent dans cette deuxième perspective⁵⁹.

Il convient donc de voir dans une **première section** les dispositions de la loi n° 07-03 complétant le code pénal, pour ensuite étudier dans une **deuxième section** d'autres textes législatifs en vigueur relatifs aux infractions informatiques.

⁵⁷ Les systèmes de traitement automatisé de données.

⁵⁸ Mohamed Chawki, « Combattre la cybercriminalité », page 120.

⁵⁹ Ali EL AZZOUZI, la cybercriminalité au Maroc, page 112.

Section I- La loi N° 07-03 complétant le code pénal en ce qui concerne les infractions relatives aux STAD :

Le législateur Marocain à travers la loi N° 07-03 qui a été reproduite à partir de la loi Française dite loi GODFRAIN⁶⁰, traite toutes les infractions qui touchent les systèmes de traitement automatisé des données et réprime les intrusions ainsi que les atteintes aux STAD.

En effet, la loi n°07-03 complétant le code pénal réprime les infractions suivantes :

- L'intrusion ou le maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données ;
- Les atteintes au fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données ;
- Les atteintes volontaires aux données ;
- L'association de malfaiteurs informatiques

Il convient donc d'analyser dans un premier paragraphe les dispositions concernant les intrusions ou le maintien frauduleux dans un STAD (§1) pour ensuite traiter les atteintes proprement dites audit système (§2).

§1) Les dispositions concernant les intrusions ou le maintien frauduleux dans un STAD :

La première observation qu'on peut faire est l'absence d'une définition légale du système de traitement automatisé des données, et

⁶⁰ La loi Française de 5 janvier 1988.

il paraît que le législateur marocain a laissé l'initiative de définition à la doctrine et la jurisprudence.

A noter aussi que le domaine de l'informatique est relativement nouveau et en pleine expansion et le fait de donner une définition légale peut délimiter l'application de cette loi dans le temps vu le développement incroyable du domaine de la technologie des télécoms et de l'informatique⁶¹.

Le législateur français, à son tour, dans la loi 1988 n'a pas défini la notion du système de traitement automatisé de données et il s'est contenté de donner les différents cas d'atteintes y compris l'accès frauduleux, et c'est la jurisprudence qui a défini cette notion par plusieurs arrêts⁶².

Au Maroc, la loi n°07-03 permet de sanctionner toutes les intrusions non autorisées dans un système de traitement automatisé de données. Elle fait la distinction entre l'accès et le maintien frauduleux dans un STAD. En effet, deux types d'accès illicites peuvent être envisagés⁶³ :

- **L'accès dans l'espace**, qui consiste à pénétrer par effraction dans un système informatique (accès frauduleux) ;

⁶¹ Revue AL MEIAR, barreau de Fès, page 27 et 28 (version arabe).

⁶² En France, un informaticien a été condamné pour accès frauduleux et entrave au fonctionnement de systèmes informatiques. Il a pris le contrôle du serveur d'une société à partir duquel il a lancé des attaques systématiques vers des centaines de sites gouvernementaux pour soit disant « explorer leurs failles ». Pour cela, il a introduit dans le serveur divers programmes lui permettant de contrôler le serveur à distance. Il a ensuite introduit la liste des cibles choisies, ainsi que sa revendication, un message d'alerte aux administrateurs sur l'insécurité de leur système. Au total, 394 serveurs gouvernementaux (dont le serveur du Casier judiciaire national) ont été attaqués. L'auteur des attaques a été condamné, à quatre mois de prison avec sursis avec inscription au casier judiciaire, ainsi qu'à indemniser les parties civiles à hauteur de 1500 € chacune. Cette décision illustre la capacité des tribunaux à apporter une véritable réponse judiciaire à ce type de criminalité (TGI Paris, 12e ch., 02 juin 2006).

⁶³ Mohamed Chawki, « Combattre la cybercriminalité », Page 123

- **L'accès dans le temps**, qui s'agit du fait d'outrepasser une autorisation d'accès donnée pour un temps déterminé (maintien frauduleux).

Les sanctions prévues varient selon que l'intrusion a eu ou non une incidence sur le système en cause.

Toutefois, il faut faire la différence entre accès frauduleux (A) et le maintien frauduleux (B) dans un système de traitement automatisé des données.

A- L'accès frauduleux dans un système de traitement automatisé des données :

Le législateur marocain n'a pas précisé la manière par laquelle l'accès frauduleux peut être effectué, ainsi, l'intrusion peut s'effectuer par le biais d'un programme qui se cache lui-même dans un programme " net " (par exemple reçu dans la boîte aux lettres ou téléchargé). L'un des plus connus est le Back Office qui permet d'administrer l'ordinateur à distance. En outre, le piratage peut avoir comme cible les mots de passe du système.

L'accès frauduleux, au sens de la loi, vise tous les modes de pénétration irréguliers d'un système de traitement automatisé de données, que l'accédant travaille déjà sur la même machine mais à un autre système, qu'il procède à distance ou qu'il se branche sur une ligne de communication⁶⁴.

Parmi les actes réprimés dans la loi n°07-03, on trouve en premier lieu l'accès frauduleux, cette infraction résulte de l'alinéa 1 de l'article 607-3 du code pénal qui stipule que « ***le fait d'accéder, frauduleusement, dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé des données est puni d'un mois à trois mois d'emprisonnement et de 2.000 à 10.000 dirhams ou de l'une de ces deux peines seulement*** ».

⁶⁴ Mireille Cahen, « « Intrusion dans un Système Informatique », site web.

Dès lors que le maintien ou l'accès frauduleux entraîne une altération du système, la loi marocaine prévoit un dédoublement de la peine. En effet, l'article 607-3, alinéa 3 du Code pénal dispose « ***La peine est portée au double lorsqu'il en est résulté soit la suppression ou la modification de données contenues dans le STAD, soit une altération du fonctionnement de ce système*** ».

Toutefois, il faut préciser que l'accès dans un STAD n'est pas sanctionné que s'il est frauduleux, mais la jurisprudence marocaine n'a pas précisé la signification du terme « frauduleux », contrairement à la jurisprudence française qui estime que l'accès frauduleux est constitué dès lors qu'une personne, non habilitée, pénètre dans ce système tout en sachant être dépourvue d'autorisation, peu importe le mobile⁶⁵.

L'accès frauduleux se matérialise également dans le cas où il est effectué à l'insu du propriétaire du système ou de celui qui a le droit de contrôle, et c'est le cas aussi lorsque cet accès concerne les systèmes contenant des secrets d'Etat ou de défense ou des données secrets liées à l'économie nationale. C'est ce qui ressort de l'article 607-4 du code pénal qui stipule « ***sans préjudice de dispositions pénales plus sévères, est puni de six mois à deux ans d'emprisonnement et de 10.000 à 100.000 dirhams d'amende quiconque commet les actes prévus à l'article précédent contre tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données supposé contenir des informations relatives à la sûreté intérieure ou extérieure de l'Etat ou des secrets concernant l'économie nationale...*** ».

A noter qu'une question très importante se pose, c'est le fait d'exigence d'un dispositif de sécurité, dans ce sens, on trouve deux voies :

- La voie qui est pour la condition d'existence d'un dispositif de sécurité, en ce sens que l'intrusion est

⁶⁵ Voir à ce propos le jugement du tribunal de première instance d'Agadir n° 148 rendu le 30/01/2012, voir annexe 1.

sanctionnée uniquement dans le cas où elle s'effectue en violation des mesures de sécurité technique ;

- La voie qui est contre la condition d'existence d'un dispositif de sécurité, en ce sens que l'intrusion est sanctionnée en tant que tel même en l'absence d'un dispositif de sécurité.

Si certains pays comme la Norvège et les Pays-Bas considèrent qu'un dispositif de sécurité est nécessaire pour punir l'accès ou l'interception illicite de données⁶⁶, la loi marocaine à l'instar de la loi française, n'a pas apporté de précision concernant la nécessité ou l'indifférence de la présence de dispositifs de sécurité pour la constitution du délit d'accès et de maintien frauduleux⁶⁷.

La jurisprudence Marocaine à son tour n'a pas apporté de solution à ce point, vu le nombre de cas très faibles traités, contrairement à la jurisprudence française qui a affirmée que « Il n'est pas nécessaire pour que l'infraction existe, que l'accès soit limité par un dispositif de protection, mais qu'il suffise que le maître du système ait manifesté l'intention de restreindre l'accès aux seules personnes autorisées⁶⁸ ».

⁶⁶ Mohamed Chawki, « Combattre la cybercriminalité », page 135

⁶⁷ Ali EL AZZOUZI « la cybercriminalité au Maroc », page 115

⁶⁸ Arrêt de la cour d'appel de paris en 1994 : (IR), [5/04/1994] p.130. Voir à ce propos l'ouvrage de Ali EL AZZOUZI « la cybercriminalité au Maroc »

B- Le maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé des données :

Le crime de maintien frauduleux dans tous ou partie d'un système de traitement automatisé de données est bien entendu la conséquence logique du crime d'intrusion. Précisons sur ce chef, que même si l'accès à un système informatique n'a pas été commis de manière illicite, un séjour prolongé de manière non autorisé est incriminé en tant que tel⁶⁹.

En effet, le législateur marocain par le biais de la loi 07-03 incrimine également le maintien frauduleux dans un système de traitement automatisé de données, ainsi l'article 607-3 alinéa 2 stipule *« Est passible de la même peine toute personne qui se maintient dans tout ou partie d'un système de traitement automatisé de données auquel elle a accédé par erreur et alors qu'elle n'en a pas le droit... »*.

L'incrimination concerne le maintien frauduleux ou irrégulier dans un système de traitement automatisé de données de la part de celui qui y est entré par inadvertance ou de la part de celui qui, y ayant régulièrement pénétré, se serait maintenu frauduleusement⁷⁰.

Quant à l'élément intentionnel de cette infraction, la doctrine et la jurisprudence⁷¹ s'accordent à admettre que l'adverbe "frauduleusement" n'est pas le dol général de l'attitude volontaire, ni le dol très spécial de l'intention de nuire, mais la conscience chez le délinquant que l'accès ou le maintien ne lui était pas autorisé.

Cette précision vise le cas du fraudeur habilité à accéder à une partie non autorisée d'un système de traitement automatisé de données, s'y maintient en connaissance de cause, et au cas du fraudeur

⁶⁹ Fouad BENSEGHIR « criminalité électronique » page 9.

⁷⁰ Jugement de la cours d'appel de Paris. Rendu le 5 avril 1994 Voir à ce propos l'ouvrage de Ali EL AZZOUZI « la cybercriminalité au Maroc » p116.

⁷¹ Notamment la jurisprudence française vu que la loi marocain n°07-03 présente une très grande similitude avec la loi française dite loi godfrain.

qui ayant eu par hasard accès à un système fermé, s'y maintient volontairement tout en sachant qu'il n'y a pas de droit⁷².

Dans ce cadre, la cour d'appel de Toulouse dans un arrêt a précisé que le maintien pendant 45 minutes caractérisait l'aspect frauduleux de ce dernier⁷³. Il s'agissait en l'espèce d'un informaticien qui, après son licenciement, avait conservé le code d'accès au système de son ancien employeur, y avait accédé puis s'y était maintenu, causant même des dommages justifiant une incrimination plus grave⁷⁴.

Pour résumer, il est clair qu'ils relèvent de la qualification pénale toutes les intrusions intentionnelles irrégulières (accès frauduleux), mais aussi régulières si elles dépassent l'autorisation donnée (maintien frauduleux).

§2) Les dispositions concernant les atteintes au système de traitement automatisé de données :

Dans la plupart des pays développés et certains pays en voie de développement comme le Maroc certaines loi adoptées ont incriminé les atteintes au fonctionnement d'un système informatique, ainsi qu'aux données qui s'y sont stockées en distinguant entre les données à caractère général et celles qui peuvent être considérées comme étant sensibles.

En ce qui concerne les atteintes au bon fonctionnement d'un système informatique, le législateur dans les différents pays ne s'est pas contenté d'incriminer l'intrusion et le maintien frauduleux dans un

⁷² Mohamed Chawki, « Combattre la cybercriminalité », page 150.

⁷³ CA Toulouse 21 janvier 1999, Juris-Data n°040054. Voir à ce propos l'ouvrage de Ali EL AZZOUZI.

⁷⁴ Mohamed Diyaâ Toumlit « Le commerce électronique au Maroc : Aspects juridiques » Les éditions Maghrébines, Page 215.

système informatique, mais il a aussi incriminé avec des sanctions plus élevées les atteintes au fonctionnement normal de ce système⁷⁵.

Il convient donc d'étudier dans un premier point les atteintes au fonctionnement d'un système informatique (A) pour entamer ensuite les atteintes aux données stockées dans ce système (B).

A- Les atteintes au fonctionnement d'un système de traitement automatisé des données :

L'atteinte au fonctionnement d'un système informatique peut être constituée de manière très diverse, par tout comportement ou toute action qui va entraîner temporairement ou de manière permanente une gêne dans le fonctionnement du système, une dégradation du système voire le rendre totalement inutilisable. L'article 607-5 du Code pénal, inséré en vertu de la loi n°07-03, dispose que « *Le fait d'entraver ou de fausser intentionnellement le fonctionnement d'un système de traitement automatisé des données est puni d'un an à trois ans d'emprisonnement et de 10.000 à 200.000 dirhams d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

A la lecture de l'article 607-5, il ressort que l'élément matériel d'une atteinte portée à un STAD lui-même et non pas à ses données peut provenir de l'entrave ou du faussement de ce dernier. L'exemple le plus connu de ce délit est l'attaque par déni de service⁷⁶.

Au-delà de ces attaques sophistiquées, la jurisprudence française a retenu que le fait pour un employé de changer les mots de passe d'accès à un système dans le but de la rendre inutilisable pouvait

⁷⁵ Fouad BENSEGHIR « criminalité électronique » édition futur objectif p9.

⁷⁶ La Cour d'appel de Paris a considéré l'envoi automatique de messages et l'utilisation de programmes simulant la connexion de multiple Minitel à un centre serveur, perturbant ainsi les performances du système et entraînant un ralentissement de la capacité des serveurs, comme étant constitutif du délit d'entrave au fonctionnement d'un STAD.

l'exposer aux peines prévues pour l'entrave, à contrario si le refus de communiquer les mots de passe n'empêche pas le bon fonctionnement du système le délit n'est pas constitué⁷⁷.

Alors que l'entrave a pour finalité de perturber le fonctionnement du système, le faussement pour sa part consiste à faire produire au système un résultat différent de celui qui était attendu. Il peut suffire de bloquer l'appel d'un programme, d'un fichier ou encore d'altérer l'un des éléments du système. Le plus courant étant le cas d'une attaque virale classique.

En effet, la jurisprudence marocaine est très timide en la matière, ainsi à titre d'exemple un jugement du tribunal de première instance d'Agadir⁷⁸, a considéré qu'il constitue une atteinte au fonctionnement d'un système de traitement automatisé de données, le fait que le prévenu a entré dans un STAD et il a changé les données concernant des cartes bancaires qu'il a utilisé par la suite avec d'autres complices pour des achats et des réservations par Internet dans des hôtels de luxe.

Bien évidemment, pour que l'atteinte au fonctionnement d'un STAD⁷⁹ soit retenue, l'auteur doit avoir conscience que ses actes vont dégrader les performances d'un système voire le rendre inopérant. Ainsi, lorsqu'un individu pénètre dans un système informatique sans rien faire d'autre, nous parlerons alors d'accès et de maintien frauduleux et non de l'entrave⁸⁰.

En effet, dans le but de renforcer l'arsenal juridique répressif contre la fraude informatique, le législateur marocain a prévu aussi l'incrimination de la tentative de commission de ces délits, ainsi l'article 607-8 de la loi 07-03 complétant le code pénal stipule que *« la tentative des délits prévus par les articles 607-3 à 607-7 ci-*

⁷⁷ Cours d'appel de Poitiers le 20/01/1998 (Gazette du Palais 14-15 Janvier 2000, p37).

Voir à ce propos l'ouvrage de Ali EL AZZOUZI « la cybercriminalité au Maroc » p118.

⁷⁸ Jugement numéro 148, rendu le 30/01/2012 dossier n° 97/2012.

⁷⁹ Abréviation : Système de traitement automatisé de données.

⁸⁰ Ali EL AZZOUZI « la cybercriminalité au Maroc ».

dessus et par l'article 607-10 ci-après est punie des mêmes peines que le délit lui-même ».

B- Les atteintes aux données stockées dans un système de traitement automatisé des données :

L'article 607-6 du code pénal dispose que « *Le fait d'introduire frauduleusement des données dans un système de traitement automatisé ou de détériorer ou de supprimer ou de modifier frauduleusement les données qu'il contient est puni d'un an à trois ans d'emprisonnement et de 10.000 à 200.000 dirhams d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

En réalité, toute manipulation de données, qu'il s'agisse de les introduire⁸¹, de les supprimer, de les modifier ou de les maquiller, provoque, en toutes circonstances, une altération du système. Le fait de modifier les tables d'une base de données, de déréférencer l'adresse d'un serveur Web dans les moteurs de recherche, ou encore, de délayer un site web pour y insérer une image indécente, constituent autant d'atteintes visées par le texte.

Les applications illicites visées par cet article sont nombreuses. Elles peuvent aller de la réduction du prix des marchandises sur un site de commerce électronique, la modification ou la suppression du contenu des bases de données à la modification du statut fiscal de l'entreprise.

En tout cas, ces agissements sont susceptibles d'entraîner une perte financière considérable au sein d'une entreprise.

En effet, le législateur marocain n'a pas donné une réponse à une question très importante et qui peut constituer une atteinte aux

⁸¹ Voir le cas traité par le jugement du tribunal de première instance de Rabat n° 234 rendu le 16/02/2012.

données stockées dans un STAD, c'est la technique d'aspiration de site web. Elle consiste à copier, partiellement ou entièrement le contenu d'un site, ainsi que des pages liées, sur le disque dur de l'ordinateur de l'utilisateur, afin de pouvoir y accéder hors connexion. Le site ainsi " aspiré " s'ouvre comme n'importe quel fichier sans attente ni risque de coupure de la connexion.

Il est vrai que l'aspiration des sites a suscité des multiples interrogations quant à sa légitimité face au droit d'auteur, mais elle peut aussi constituer une infraction informatique dans la mesure où l'aspiration massive dans un STAD peut atteindre les données et les détériorer.

Pour ce qui concerne l'introduction frauduleuse des données dans un STAD, le Maroc a connu plusieurs cas d'espèce où certains cyberdélinquants ont piraté des sites web et ils ont ajouté des messages de revendication, c'est le cas par exemple du site du ministère de la justice qui a été attaqué ainsi que les sites de certaines associations sportives⁸²

Toutefois, il convient de souligner que si dans le cadre de la législation française, le délit n'est constitué que si les atteintes sont réalisées avec une intention délictueuse et hors de l'usage autorisé, il convient d'observer à propos de cet élément intentionnel une des rares dispositions que le législateur marocain n'a pas «emprunté» à la loi Godfrain. Il s'agit en l'occurrence de l'exigence que l'atteinte soit commise « aux mépris des droits d'autrui⁸³ ».

Le législateur marocain n'a pas oublié d'incriminer la falsification de documents informatisés, ainsi le code pénal dispose dans son article 607-7 « *sans préjudice de dispositions pénales plus sévères, le faux ou la falsification de documents informatisés, quelle que soit leur forme, de nature à causer un préjudice à autrui, est puni d'un emprisonnement d'un an à cinq ans et d'une amende de*

⁸² Voir à ce propos l'image dans l'annexe.

⁸³ Mohamed Diyaâ Toumlilt, « Le commerce électronique au Maroc : Aspects juridiques »

Les éditions

Maghrébines, P. 226

10.000 à 100.000 de dirhams ». Et il ajoute dans l’alinéa 2 du même article **« sans préjudice de dispositions pénales plus sévères, la même peine est applicable à quiconque fait sciemment usage des documents informatisés visés à l’alinéa précédent⁸⁴ ».**

Ainsi, cette incrimination est venue en adéquation avec la législation en matière civile qui a donné au document électronique une force probante et qui a pris plusieurs mesures afin de garantir l’authenticité des documents électroniques comme la cryptographie, la certification et la signature électronique⁸⁵

A noter qu’une fois la criminalité informatique est répondue, il peut y avoir des associations entre cyberdélinquants, à cet effet, le législateur marocain a prévu de sanctionner les associations formées qui ont pour objectif de commettre des infractions électroniques. Ainsi l’article 607-9 du code pénal stipule que **« quiconque aura participé à une association formée ou à une entente établie en vue de la préparation, concrétisée par un ou plusieurs faits matériels, d’une ou de plusieurs infractions prévues au présent chapitre est puni des peines prévues pour l’infraction elle-même ou pour l’infraction la plus sévèrement réprimée ».**

Cette dernière incrimination a pour objectif de réprimer les associations de malfaiteurs informatiques, dès leurs premiers efforts accomplis en vue de la commission de crimes informatiques.

Section II- Les dispositions des autres textes législatifs en vigueur relatives aux infractions informatiques.

⁸⁴ Voir à ce propos le jugement du tribunal de première instance de rabat n°234 rendu le 16/02/2012 dans le dossier n° 12/140/2105 annexe 3, ainsi que l’arrêt de la cour d’appel de rabat n° 828 dans la même affaire, annexe 4.

⁸⁵ Dahir n° 1-07-129 du 19 Kaada 1428 (30 novembre 2007) portant promulgation de la loi n° 53-05 relative à l’échange électronique de données juridiques.

Le législateur marocain a institué des lois et règlements pour réprimer les infractions commises en matière de piratage informatique, de télécommunications et en matière de cybercriminalité en général, citant à ce propos :

- Loi 24-96 relative à la poste et aux télécommunications et ses décrets d'application;
- Décret relatif à l'interconnexion des réseaux de télécommunication.
- Décret relatif aux conditions générales d'exploitation des réseaux publics de télécommunication.
- Cahiers des charges des opérateurs.
- Loi n° 77-03 relative à la communication audiovisuelle qui exige dans son article 15 de garantir, dans l'intérêt général, la sécurité des usagers et du personnel des opérateurs de la communication audiovisuelle, la sécurité du fonctionnement du réseau, le maintien de son intégrité, l'interopérabilité des services et celle des équipements terminaux, la protection, L'intégrité et l'authentification des données.

En plus des lois déjà citées, le législateur marocain a met en œuvre deux textes de loi qui visent directement de combattre la criminalité électronique à travers l'adoption de certaines mesures protectrices des données et des bases de données.

Ainsi, il convient de voir dans le cadre de cette section les sanctions pénales prévues par la loi 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques (§1) et les dispositions et sanctions pénales de la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (§2).

§1) Les dispositions de la loi 53-05 relatives à l'échange électronique des données juridiques:

L'utilisation de plus en plus croissante des nouvelles technologies d'information et de communication ainsi que l'obsolescence du droit marocain de la preuve – puisque avant la promulgation de la loi 53-05, le seul support ayant la force probante était le papier – ont justifié la réforme du cadre juridique de la preuve⁸⁶.

Cette réforme a pour objet de fixer le régime applicable aux données juridiques échangées par voie électronique, à l'équivalence des documents établis sur papier et sur support électronique et à la signature électronique. Elle détermine également le cadre juridique applicable aux opérations effectuées par les prestataires de services de certification électronique, ainsi que les règles à respecter par ces derniers et les titulaires des certificats électroniques délivrés. En outre, la loi institue une autorité nationale d'agrément et de surveillance de la certification.

A cet effet, la loi 53-05 traite certaines infractions électroniques qui peuvent être commises par les intervenants en matière d'échange électronique de données comme les prestataires de services de certification électronique.

Ainsi, l'article 29 de ladite loi stipule *« est puni d'une amende de 10.000 à 100.000 DH et d'un emprisonnement de trois mois à un an, quiconque aura fourni des prestations de services de certification électronique sécurisé sans être agréé dans les conditions prévues à l'article 21 ci-dessus ou aura continué son activité malgré le retrait de son agrément ou aura émis, délivré ou géré des certificats électroniques sécurisés en violation des dispositions de l'article 20 ci-dessus »*.

⁸⁶ Ali EL AZZOUZI, « la cybercriminalité au Maroc » p119.

Cet article met en évidence la responsabilité lourde des prestataires de services de certification électronique sécurisé vu que cette certification, s'elle n'est pas agréée par l'autorité compétente, peut faciliter la commission de certains crimes électroniques, et c'est pour cette raison notamment que le législateur incrimine dans l'article 31 de la même loi le fait de faire une fausse déclaration ou remettre de faux documents aux prestataires de services de certification électronique.

La même chose pour ce qui concerne les moyens de cryptographie, le législateur incrimine le fait d'utiliser ces moyens pour préparer où commettre un crime ou un délit ou pour en faciliter la préparation ou la commission⁸⁷.

Dans les articles 34 à 40, le législateur Marocain a encadré, pénalement, le travail des prestataires de cryptographie et de certification électronique sans oublier de mentionner le cas dans lequel l'auteur de l'infraction est une personne morale.

Cette loi a donné une force probante aux procès-verbaux dressés par les agents de l'autorité nationale assermentés dans les formes du droit commun et par lesquels constatent les infractions aux dispositions de cette loi et des textes pris pour son application.

§2) Les dispositions de la loi 09-08 relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel :

Inspirée de la célèbre loi française Informatique et Libertés, la loi n° 09-08 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel a été publiée au Bulletin Officiel n° 5744 du 18 Juin 2009, après avoir été promulguée par le Décret n° 2-09-165, en date du 21 mai 2009.

⁸⁷ Article 33 de la loi 53-05 relative à l'échange électronique de données juridiques.

Cette loi introduit, pour la première fois, dans le paysage juridique marocain, un ensemble de dispositions légales harmonisées avec le droit européen.

La loi prévoit, des clauses relatives aux objectifs, champ d'application et au référentiel du concept de protection des données personnelles, des dispositions portant sur les conditions du traitement de cette catégorie de données, les droits de la personne concernée et obligations du responsable du traitement, la création d'une commission de contrôle de la protection de cette catégorie de données⁸⁸ sans oublier bien évidemment certaines dispositions pénales garantissant la bonne application de cette loi.

En effet, le législateur a prévu dans les articles 51 et suivants de ladite loi des sanctions à l'encontre des utilisateurs des fichiers des données à caractère personnel, ainsi l'article 52 de la même loi prévoit une amende de 10.000 à 100.000 DH à l'encontre de quiconque qui aura mis en œuvre un fichier de données à caractère personnel sans la déclaration ou l'autorisation de l'autorité compétente ou aura continué son activité de traitement malgré le retrait du récépissé de la déclaration ou de l'autorisation.

La loi prévoit même des peines d'emprisonnement dans certains cas comme le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite ou qui met en œuvre un traitement à des fins autres que celles déclarées ou autorisées ou soumet les données précitées à un traitement ultérieur incompatible avec les finalités déclarées ou autorisées⁸⁹.

Les personnes responsables de traitement ainsi que toutes les personnes qui, en raison de leurs fonctions, sont chargées de traiter des données à caractère personnel et qui cause ou facilite l'usage abusif ou frauduleux des données traitées ou reçu ou les communique à des tiers non habilités sont punis lourdement par la loi, puisque le

⁸⁸ Ali EL AZZOUZI, « la cybercriminalité au Maroc » p 125.

⁸⁹ Voir a cet effet l'article 54 de la loi 09-08.

législateur a prévu une peine d'emprisonnement de six mois à un an et une amende de 20.000 à 300.000 DH pour cette infraction.

Il en résulte que le législateur marocain a prévu une réglementation précise au traitement de données à caractère personnel afin d'éviter toute atteinte à la vie privée des personnes physiques ou toute discrimination basée sur les origines raciales ou ethniques ou sur les opinions politiques ou religieuses ...etc et qui peut être diffusée par l'intermédiaire des nouvelles technologies d'information et de communication.