Collège Doctoral du Languedoc-Roussillon

THÈSE

Pour obtenir le grade de

Docteur

Délivré par **l'Université Montpellier 1**

en cotutelle avec
l'Université du Caire (Égypte)

Préparée au sein de l'école doctorale
Droit et Science politique
Et de l'unité de recherche
Laboratoire de Droit Privé

Spécialité : Droit privé et
Sciences criminelles

Présentée par Dina ABDEL MONEIM

LE CONTRAT DE FINANCEMENT ISLAMIQUE À LA LUMIÈRE DU DROIT FRANÇAIS

Soutenue le 25 octobre 2013 devant le jury composé de

Mme Régine BONHOMME, Professeur, Université de Montpellier 1	Directeur de thèse
M. Samy ABDEL BAKI, Professeur, Université du Caire	Directeur de thèse
M. Jean-Marc MOULIN, Professeur, Université de Perpignan	Rapporteur
M. Mohamed-Hossam LOUTFI, Professeur, Université Bani-suef	Rapporteur

UM1 Université Montpellier 1

« *La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur* »

À mes parents,

Mes plus sincères remerciements à mes chers parents en reconnaissance de leur amour, leurs sacrifices illimités et leur soutien permanent.

À mes sœurs

Qui n'ont jamais hésité à me soutenir et m'encourager sans faille.

À mon frère

Qui a toujours cru en moi.

REMERCIEMENTS

A l'issue de trois ans de recherche et de travail sérieux, l'achèvement de ma thèse pose une pierre importante dans l'architecture de mon parcours professionnel.

Je tiens à adresser mes plus vifs remerciements à Mme le Professeur Régine BONHOMME pour sa direction avisée et pertinente tout au long de ces années. J'apprécie particulièrement son temps et sa patience ainsi que ses succincts conseils pour orienter ma thèse dans le bon sens.

J'exprime ma gratitude à M. le Professeur Samy ABDEL BAKI pour son assistance aussi bien matérielle que morale, son encouragement, ainsi que sa grande disponibilité pour d'intenses et de rationnelles discussions.

Je remercie infiniment les membres du jury qui ont voulu consacrer à ma thèse une partie de leur temps extrêmement précieux. M. le Professeur Jean-Marc MOULIN, je témoigne que ses remarques ont bien contribué à enrichir et approfondir mes réflexions et à améliorer la qualité de ma thèse. M. le Professeur Mohamed-Hossam LOUTFI, je salue son soutien inconditionné et sa pleine confiance en moi.

Mes chaleureux remerciements vont également à mes fidèles amis qui m'ont écouté, conseillé, aidé, avec patience, rigueur et sympathie.

LISTE DES PRINCIPALES SIGLES ET ABREVIATIONS

ACERFI	Audit, conformité, éthique et recherche en finance islamique
ACP	Autorité de contrôle prudentiel
ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AEDBF	Association Européenne pour le droit bancaire et financier
AIDIMM	Association d'innovation pour le développement économique et immobilier
AIIN (*IIRA*)	Agence islamique internationale de notation (*International Islamic Rating Agency*)
Al. (al.)	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
Art. (art.)	Article
Banque & droit	Revue banque et droit
BID (*IBD*)	Banque islamique de développement (*Islamic Development Bank*)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre civile)
Bull. crim	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
C. civ.	Code civil
C. com	Code de commerce
C. consom.	Code de la consommation
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. proc. civ.	Code de procédure civile
Cass.	Cour de Cassation
CE	Arrêt du Conseil d'état
CEE	Communauté économique européenne
Ch. mixte	Chambre mixte de la cour de cassation
chron.	Chronique
CIIRAC (*ARCIFI*)	Centre islamique international de réconciliation et d'arbitrage commercial (*The International Arbitration and Reconciliation Center for Islamic Financial Institutions*)

Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation
Coffis	Conseil Français de la finance islamique
coll.	Collection
Com.	Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
comm.	Commentaire
Crim.	Arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation
CSFI (*IFSB*)	Conseil des services financiers islamiques (*Islamic Financial Services Board*)
D.	Recueil Dalloz
Dir.	Directive
éd. (ed.)	Edition
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
i.e.	c'est-à-dire (*id est*)
Ibid.	Ibidem, même référence
IFAAS	*Islamic Finance Advisory & Assurance Services*
IIFA	*International Islamic Fiqh Academy*
infra	Au-dessous, plus bas ou après
J. KAU : *Islamic Econ.*	Journal of King Abdul-Aziz University : Islamic Economics
J.-Cl. (*J.CI.*)	Juris-classeur (Encyclopédies)
J.Cl. com	Juris-classeur commercial
JCP	Juris-classeur périodique (La semaine juridique)
JCP A	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition Administration et collectivités territoriales
JCP E	Juris-classeur périodique, (La semaine juridique), édition Entreprise
JCP G	Juris-classeur périodique (La semaine juridique), édition Générale
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
LPA	Les Petites Affiches
MFII (*IIFM*)	Marché financier islamique international (*International Islamic Financial Market*)
n°	Numéro

nn°	De numéro à numéro
NOR	Système de numérotation du Journal Officiel de la République Française
note n°	Note de bas de page numéro
obs.	Observation
OCAIFI (*AAOIFI*)	Organisation de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques (*Accounting & Auditing Organization for Islamic Financial Institutions*)
OCI (*OIC*)	Organisation de coopération islamique (*Organization of Islamic Cooperation*)
op.cit.	« opere citato », œuvre précité
OPC	Organisme de placement collectif
OPCI	Organisme de placement collectif immobilier
OPCVM	Organisme de placement collectif en valeurs mobilières
p.	Page
para.	Paragraphe numéro
pp.	de la page à la page, pages
préf.	Préface
Rapp.	Rapport
RD banc. fin.	Revue de droit bancaire et financier
Règl. CRBF	Règlement de Comité de réglementation bancaire et financière
Rép. com.	Répertoire Dalloz de droit commercial
Rép. dr. civ.	Répertoire Dalloz de droit civil
Rép. dr. pénal	Répertoire Dalloz de droit pénal
Rép. soc.	Répertoire Dalloz de droit des sociétés
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. dr. immo	Revue de droit immobilier
rév. par (rev.)	Révisé(e) par
Rev. scien. crim.	Revue de sciences criminelles
Revue juridique de l'USEK	Revue juridique de l'Université Saint-Esprit de Kaslik
RLDA	Revue Lamy de droit des affaires

RTD	Revue trimestrielle de droit
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant (e) (s)
S.A. (SA)	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SAS	Société par actions simplifiées
SCA	Société en commandite par actions
SNC	Société en Nom Collectif
soc.	Social
somm.	Sommaire
sous dir. (dir.)	Sous la direction de
supra	Au-dessus, plus haut ou avant
T. ou t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
trad. par (trad.)	traduction par
UE	Union Européenne
vol.	volume

SOMMAIRE

INTRODUCTION GENERALE……...……..15

PREMIERE PARTIE :

CONCORDANCES DE LA STRUCTURE CONTRACTUELLE DU FINANCEMENT.37

TITRE I : RAPPROCHEMENT DES MODES DE FINANCEMENT ……..……41

CHAPITRE I : CONTRATS D'ORDRE PARTICIPATIF A REVENU ALEATOIRE ….….45

CHAPITRE II : CONTRATS D'ORDRE COMMERCIAL A REVENU FIXE …….77

TITRE II: RESSEMBLANCES D'INGENIERIE FINANCIERE ..……..145

CHAPITRE I : INTERDICTION DE L'ENRICHISSEMENT INJUSTE……...…….149

CHAPITRE II : RATIONALISATION DE LA PRISE DES RISQUES……...……...173

DEUXIEME PARTIE :

DIVERGENCES DANS LE PROCESSUS CONTRACTUEL DU FINANCEMENT….**225**

TITRE I : CONCRETISATION DU PROFIT……...…….……..229

CHAPITRE I : DETERMINATION DU TAUX DE LA REMUNERATION……...….…….232

CHAPITRE II : DETERMINATION DU RATIO DE PARTAGE DES PROFITS ...……. .268

TITRE II : MISE EN ŒUVRE DU CONTRAT DE FINANCEMENT …….281

CHAPITRE I : DROITS ET OBLIGATIONS DES CONTRACTANTS …….…….285

CHAPITRE II : DEFAILLANCE DES CONTRACTANTS ……...…….322

CONCLUSION GENERALE : …….379

INTRODUCTION GENERALE

1. Pour financer ses besoins de trésorerie, une entreprise dispose de quelques moyens de financement, tels que l'autofinancement, les augmentations de capital, les dettes à court terme, à moyen ou à long terme, le factoring et le crédit-bail[1]. Mais, évidemment l'endettement est une source principale de leur financement.

2. En France, l'activité bancaire est interdite aux personnes autres que les établissements de crédit ou les sociétés de financement afin d'effectuer des opérations de crédit à titre habituel[2]. Ces exigences sont prévues à l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, aux termes duquel, « *I. – Les établissements de crédit sont les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public mentionnés à l'article L. 312-2 et à octroyer des crédits mentionnés à l'article L. 313-1. II. – Les sociétés de financement sont des personnes morales, autres que des établissements de crédit, qui effectuent à titre de profession habituelle et pour leur propre compte des opérations de crédit dans les conditions et limites définies par leur agrément* »[3].

3. L'économie conventionnelle[4], dominée par l'« *homos economicus* »[5], s'intéressait essentiellement aux liens entre crédit et monnaie.

---

[1] A. MASSIERA, *Finance d'entreprise et finance de marché en zone franc*, L'Harmattan, coll. *Economie Afrique*, Paris, 2001, p. 295.

[2] Sous réserve de l'application de l'article L. 511-6, alinéa 2, du Code monétaire et financier, comme modifié par l'article 4 (10°) de l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement (NOR : *EFIT1309910R*).

[3] L'article L. 511-1 est ainsi remplacé par l'article 4 (4°) de l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement (NOR : *EFIT1309910R*). Dans le Code monétaire et financier, en vertu de l'article L. 311-1, le législateur français a précisé que les opérations de banque comprennent la réception de fonds remboursables du public, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement ; le mot « remboursables » est ajouté par l'article 3 (1°) de l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013, *op. cit*. Jusqu'à 2011, aucune banque islamique n'est agréée en France et en l'absence d'une position officielle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) pour définir les critères d'agrément de ce type de banques, elles peuvent être soumises à la même procédure que tous les autres établissements, ainsi rapporté par M. SAMUELIAN, « *L'agrément des banques islamiques en question* », Dossier « *Pays arabes - Europe : quelles stratégies pour les banques ?* », *Revue Banque*, n° 737 bis, juin 2011, pp. 27-28.

[4] Il importe de noter que dans notre étude, par souci pédagogique, les termes « capitaliste, conventionnel, classique, traditionnel » ont été utilisés pour référer à un système bancaire, une économie ou une banque qui n'applique pas les préceptes de *charia* dans le cadre de financement, et ainsi règlementé par le droit français - sauf si on réfère expressément à un autre droit positif. Or, la mention des termes « islamique, musulman » désigne un système bancaire, une économie ou une banque qui applique les préceptes de *charia*. Cette distinction est communément utilisée dans la doctrine à cette fin. Nonobstant, cela ne veut pas dire que la finance islamique ne présente pas un aspect aussi classique ou traditionnel puisque son existence remonte depuis longtemps. D'ailleurs, la finance islamique peut avoir également une origine conventionnelle, voire contractuelle lors de financement octroyé par la banque à son client.

[5] L'« *homos economicus* » est un mot latin, qui signifie homme économique. Il est défini d'un point de vue économique, comme le comportement d'un être agissant de manière parfaitement rationnelle.

4. Le crédit est une notion souple et complexe à la fois[6]. D'une perspective économique, quatre éléments classiques sont présentés comme constituant une opération de crédit, à savoir le temps, la confiance, le risque et l'absence de spéculation ; mais ces éléments sont considérés comme insuffisants pour fournir une description globale du crédit[7] :

- Le temps du crédit bancaire sera à la fois celui où se constitue la rémunération du prêteur et celui nécessaire à l'emprunteur pour rembourser ;
- La confiance s'attache à l'idée du temps lorsque le créancier accepte d'être remboursé à terme ; mais l'incapacité du débiteur à rembourser peut vider la confiance de tout intérêt comme en cas de surendettement de l'emprunteur ;
- Du fait du lien entre temps et confiance, tout crédit est risqué, ce qui justifie la prise de garanties par la banque du fait des incertitudes inhérentes à toute opération se déroulant dans le temps ;
- La notion de crédit fait moins référence à la recherche d'un profit maximum comme en cas d'opération spéculative, qu'à une relation prêteur/emprunteur dans laquelle le second reçoit une facilité de la part du premier.

5. Plus précisément, le premier alinéa de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier définit une opération de crédit comme « *tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ». Son deuxième alinéa ajoute que le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat sont assimilés à des opérations de crédit. Ainsi, aux termes de cet article, deux éléments cumulatifs conditionnent la qualification d'une

[6] Il existe trois types de prêt : le prêt à usage ou *commodat* qui désigne le prêt des choses dont on peut user sans les détruire (C. civ., art 1875 et s) ; le prêt de consommation qui porte sur les choses qui se consomment par l'usage (C. civ., art 1892 et s) et enfin le prêt à intérêt (C. civ., art 1905 et s). Les deux premiers types sont considérés par essence comme gratuits. Le troisième trouve son application dans l'article 1905 du Code civil qui dispose qu'il est permis de stipuler l'intérêt en matière soit de prêt d'argent, soit de prêt de denrée ou autres choses mobilières. Le contexte d'une opération de crédit est plus large que le simple prêt, la première n'est pas une opération juridique de droit commun contrairement au dernier. Ainsi, cette opération est irréductible au simple contrat de prêt d'argent. Les opérations de crédit peuvent se classifier en plusieurs catégories ; autre que les opérations de crédit à intérêt classiques, les promesses unilatérales de prêt (ouverture de crédit, le crédit différé) ; les crédits permettant la mobilisation des créances (l'escompte, la cession professionnelle de créance « cession Dailly », l'affacturage) ; et les engagements par signature sont considérées comme des opérations de crédit, que nous n'entendons pas étudier ici. C. SERHAL & I. CEKICI, « *L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique* », *Banque & droit*, n° 126, juill.-août 2009, p. 14.

[7] M. GAUDIN, *Le crédit au particulier : aspects économiques, techniques, juridiques et fiscaux*, Boucherville (Québec), coll. *Banque et stratégie*, Paris, 1996, p. 9-10.

opération de crédit : en premier lieu, une mise à disposition de fonds, que ce soit sous forme de remise réelle de fonds (comme le prêt classique) ou de simple promesse de remise de fonds (comme l'ouverture de crédit), et en deuxième lieu, le caractère onéreux de l'opération qui repose sur toute forme de rémunération « *directe ou indirecte, voire sur une indexation du capital, et non pas uniquement sur de l'intérêt* » [8].

6. S'ajoutent à la complexité de la notion du crédit la multiplication et la diversification des risques encourus par une banque, notamment lorsque son activité se base principalement sur la spéculation et l'imposition d'intérêt sur les opérations de crédit. Plus que les risques augmentent, plus le taux d'intérêt s'élève et plus la probabilité du surendettement de l'emprunteur et de la récession de la banque se rapproche.

7. Ces éléments étaient de prime abord à l'origine de l'éclatement de la dernière crise financière qui a débuté en août 2007. Celle-ci était vue comme une crise des crédits hypothécaires accordés aux ménages américains risqués : les fameux crédits *subprimes*[9].

8. Un dysfonctionnement systémique a ensuite touché toutes les facettes de l'organisation de la finance, ce qui a provoqué une accélération fulgurante de la crise financière en septembre 2008 et sa transmission à l'ensemble de l'économie mondiale à partir d'octobre 2008[10].

9. Cette crise, considérée comme une crise du régime de croissance en raison de la montée des dettes privées à des niveaux insoutenables dans n'importe quel fil raisonnablement atteignable de la croissance occidentale, ainsi que de l'augmentation perpétuelle des pertes globales et disséminées dans la finance entre les banques et des fonds spéculatifs, se poursuit avec la descente aux enfers des prix des actifs[11].

10. Christine Lagarde, ancienne ministre française de l'économie et de la finance, a synthétisé les raisons principales d'une telle crise, lors du second Forum Français de la

---

[8] R. GUILLEN, *Lexique des termes juridiques, Dalloz*, 1995, ainsi cité par C. SERHAL & I. CEKICI, « *L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », Banque & droit*, n° 126, juill.-août 2009, p. 14.

[9] Conseil d'analyse économique, « *La crise des subprimes* », Rapp. préparé par P. ARTUS, J.-P. BETBEZE, C. DE BOISSIEU & G. CAPELLE-BLANCARD, La Documentation française, coll. *Les Rapports du Conseil d'analyse économique*, Paris, 2008, p. 12. Le crédit immobilier « *subprime* » désigne un prêt immobilier dit « à risque », lorsque la banque l'a consenti à un taux d'intérêt très élevé à des ménages dont la solvabilité est fragile et donc qui risquent de ne pas rembourser leurs emprunts. L'augmentation du taux d'intérêt aux Etats-Unis s'est accompagnée d'une baisse des prix de l'immobilier, notamment en raison d'une baisse de la demande.

[10] M. AGLIETTA & S. RIGOT, *Crise et rénovation de la finance,* Odile Jacob économie, Paris, 2009, p. 341.

[11] *Ibid.*, p. 346.

Finance Islamique, organisé le 5 décembre 2008 par la Chambre du Commerce Franco-Arabe (CCFA) et Secure Finance, en soulignant que « *Cette crise a été une crise des excès : excès de crédit aux États-Unis, excès de volatilité que l'on observe actuellement sur tous les marchés ; excès de cupidité de ceux qui ont pensé faire de bonnes affaires trop vite et puis, sans aucun doute, excès de sophistication. ... La crise que nous venons de vivre a, en effet, clairement mis en relief une spéculation, qui s'est emballée au-delà de tous les excès, et un hasard, qui est présent de manière excessive, sans plus avoir aucune relation avec la réalité* » [12].

11. Enfin, cette crise a révélé les failles d'un système financier international caractérisé par une surfinanciarisation à outrance et une déconnexion de plus en plus étanche entre l'économie réelle et l'économie financière. Elle a, de plus, renforcé l'idée d'un nécessaire recentrage de la finance sur des valeurs morales[13].

12. Vu l'interdiction en finance islamique de la plupart des instruments financiers à l'origine d'une telle crise, c'est-à-dire les créances hypothécaires de mauvaise qualité et leurs dérivés « *repackagés* » par les opérations de titrisation reposant sur le principe de l'intérêt, le secteur bancaire islamique souffre moins que le secteur conventionnel[14].

13. Ainsi, les banques islamiques, n'ayant pas porté à leur bilan aucune des classes d'actifs qui ont alimenté cette crise financière, se sont montrées plus résilientes à cette crise de l'économie « virtuelle »[15].

14. Depuis, la finance islamique commence à connaître un essor important qui est néanmoins tardif.

15. En réalité, la finance islamique, pratiquée au début de l'Islam, a été longtemps occultée principalement en raison, d'une part, du faible niveau de développement économique des pays dans lesquels elle opérait, et, d'autre part, de la colonisation qui a conduit à transporter les

---

[12] C. LAGARDE, « *La France est prête à accueillir la finance islamique* », *SALAMNEWS*, Dossier Focus : spécial finance islamique, n° 5, jan. – févr. 2009, p. 11.

[13] M. RUIMY, « *Finance islamique : propos sur la demande en dehors des terres d'Islam* », in *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, sous dir. C. SAINT-PROT & T. RAMBAUD, Karthala, coll. *Etudes géopolitiques 11*, 2012, p. 75.

[14] Entretien avec A. HASSOUNE, « *Les chiffres clés de la finance islamique* », *Journal des sociétés,* Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 61.

[15] O. ROCHDAHOU, « *La réception de la finance islamique en France», Revue banque,* n° 759, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique »,* avril 2013, p. 71.

règles des pays colonisateurs dans l'économie des pays colonisés[16].

16. L'un des premiers échos de la finance islamique date de 1903 lorsque la banque Barclays, installée au Caire, a cherché à lever des fonds pour financer la construction du canal de Suez et les juristes musulmans ont déclaré que la rémunération de l'épargne par un intérêt est contraire aux principes de la loi islamique (*charia*)[17].

17. À compter des années 60 du siècle dernier, le développement économique de l'ensemble du monde musulman et l'existence de la religion musulmane lors d'une décolonisation pour partie basée sur une reconquête identitaire ont fait émerger une véritable demande pour une banque et une finance islamiques[18].

18. C'est en 1963 qu'apparut la première caisse d'épargne islamique « *Mit Ghamr Saving Bank* » dans le village égyptien de Mit Ghamr (Delta du Nil) fondée par l'économiste Ahmed El Naggar. La population rurale locale, très croyante et méfiante à l'égard des banques fonctionnant selon le modèle occidental, a favorisé un esprit d'entraide et de partage dans un contexte islamique.

19. Cette caisse d'épargne a été ainsi conçue comme une forme de micro-finance islamique, elle ne facturait ni distribuait aucune sorte d'intérêt et investissait dans des projets industriels et commerciaux directement ou en partenariat, de manière prudente et solidaire conformément à la *charia,* pour satisfaire aux besoins de ses clients. Mais pour des raisons politiques, cette expérience a pris fin quatre années plus tard.

20. Ensuite, d'autres initiatives étatiques de nature sociale mais conventionnelle ont commencé à s'appliquer en Egypte, comme la *Nasser Social Bank*[19], qui a abordé son activité en 1972. C'est la première banque égyptienne destinée aux classes à bas revenus visant à lutter contre la pauvreté et le chômage. En parallèle aux services offerts dans le cadre de financement conventionnel, cette banque a développé des services financiers islamiques comme la collecte et redistribution de la *zakât*[20] aux plus nécessiteux, ainsi que le financement

[16] J.-M. MOULIN, « *Principes et moyens de la finance islamique* », *Journal des sociétés,* Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 12.

[17] *Ibid.*

[18] *Ibid*.

[19] http://www.nsb.gov.eg/nsb/social/ (dernière consultation le 5 sept. 2013).

[20] La *zakât*, ou l'aumône obligatoire, constitue le troisième pilier de l'Islam. S'agissant d'un impôt religieux servant

du pèlerinage à la Mecque.

21. En 1969, en Malaisie, a été créé un fonds islamique d'entraide, le *Tabung Hadji*[21], et ce fonds existe toujours. Il applique un système d'épargne et de placement conforme à la *charia* pour fournir des aides financières aux pèlerins qui s'apprêtent à se rendre à la Mecque. Aujourd'hui, ce fonds joue un rôle important dans le développement économique de la Malaisie en permettant d'assurer la bancarisation des plus démunis et les aider selon les préceptes du Coran.

22. La même année, le *Dallah Al-Baraka Group*[22] est créé et est devenu un fort conglomérat multi-activité avec en son sein l'incontournable Saoudien *Al-Baraka Banking Group*, doté d'une constellation de filiales compatibles avec la *charia* « *sharia compliant* », spécialisées dans la banque de détail et dans la banque d'investissement répandues aujourd'hui dans le monde musulman.

23. A à la suite des chocs pétroliers, quelques pays arabes et musulmans vont de plus se retrouver à devoir investir les « pétrodollars » inconvertibles en or ; ainsi devant l'urgence de la situation, de nouvelles institutions bancaires ont été créées exigeant des assises théoriques fondées sur le droit islamique[23].

24. C'est ainsi, depuis les années 1970, que la finance islamique a commencé à être mise en exergue et l'Organisation de coopération islamique (OCI)[24] a été créée. Ensuite, en

---

d'instrument de redistribution et de justice sociale. C'est une proportion fixe qui est collectée dans le surplus de la richesse des musulmans et dans leurs revenus. Le taux d'imposition diffère en fonction de la nature du bien imposable. Elle a plusieurs sens : à la fois purification (*taharah*), croissance (*namâ)*, bénédiction (*barakah*) et appréciation (*madh*). Mais, ce n'est pas une obole offerte au pauvre par le riche, mais un droit dû au pauvre sur les biens du riche : Sourate Le Repentir (*At-Tawbah*), verset 103 : « *Prélève sur leurs biens une part pour les purifier et élever leurs âmes* » ; Sourate La Vache (*Al-Baqara*), verset 43: « *Accomplissez la prière et acquittez-vous de la zakât* ».

[21] Dénommé en anglais « *The Pilgrims Management and Fund Board of Lembaga Urusan dan Tabung Haji* », plus populairement connu sous le nom de *Tabung Haji*. Consultez Islamic Development Bank, « *Tabung Haji as an Islamic financial institution : the mobilization of investment resources in an Islamic way and the management of Haji* », IDB Prize Winners' Lecture Series n° 4, 1st ed., Saudi Arabia, 1995, 46 pp. Dans le même sens, M. NOR, A. ABDULLAH, A. ALI & M. ZAKARIA, « *Historical development of Islamic institutions: A case of Malaysian government* », *African Journal of Business Management*, vol. 6 (8), 29 Feb. 2012, pp. 2766-2772.

[22] http://www.albaraka.com/default.asp?action=category&id=18 (dernière consultation le 5 sept. 2013).

[23] M. RUIMY, *La finance islamique,* Arnaud Franel éditions, coll. *Finance d'aujourd'hui*, Paris, 2008, p. 10. Nous nous contentons de citer les organismes internationaux acteurs de la finance islamique les plus importants et auxquels nous avons référé lors de notre étude.

[24] L'Organisation de coopération islamique (anciennement, l'Organisation de la conférence islamique) est dénommée en anglais *Organization of Islamic Cooperation* « *OIC* ». C'est la deuxième plus grande organisation intergouvernementale après les Nations unies avec 57 Etats membres (comme Egypte, Yémen, Maroc, Malaisie,

décembre 1973, la Banque islamique de développement (BID)[25] a été établie à Djeddah, et a démarré officiellement son activité le 20 octobre 1975.

25. Dès 1977, au Royaume d'Arabie Saoudite, au Koweït, aux Émirats Arabes Unis, et en Égypte, des colloques internationaux ont commencé à se multiplier, avec participation des juristes et des banquiers, afin de dégager les fondements de la « théorie de l'économie islamique » et en particulier la spécificité de nouvelles procédures bancaires conformes à l'esprit de la *charia*.

26. Parallèlement, l'opposition politique aux systèmes établis s'est accrue dans la plupart des nations arabes et les programmes de stabilisation et d'adaptation structurelle de la Banque Mondiale et du Fonds Monétaire International viennent renforcer encore plus la position privilégiée des élites politiques et économiques[26].

27. En janvier 1981, grâce à l'initiative de l'OCI, l'Académie du *fiqh* islamique a été créée[27]. En mars de la même année, la Banque islamique de fonds (*Dar al-Maal al-Islami*), une des plus importantes institutions financières islamiques, dont le siège est à Genève, est

---

Koweït, Emirats Arabes Unis, Royaume d'Arabie Saoudite, etc.) éparpillés dans quatre continents. Elle est basée à Djeddah, au Royaume d'Arabie Saoudite. Ses buts principaux consistent en l'amélioration et la consolidation des liens de fraternité et de solidarité entre les Etats membres ; renforcement de la coopération économique et commerciale intra-islamique, la réalisation d'une intégration économique devant aboutir à la création d'un Marché Commun Islamique ; la promotion d'un développement humain intégral et durable et du bien-être économique des Etats membres, etc. Pour plus d'informations, consultez ce site : http://www.oic-oci.org/oicv2/home/ (dernière consultation le 3 sept. 2013).

[25] *Islamic Development Bank* (IDB) joue un rôle-clé dans le financement et l'établissement des normes et des procédures de la finance islamique. La BID est à la finance islamique ce que c'est la Banque mondiale à la finance traditionnelle. A la fin de 2008, la BID comptait 56 pays avec pour principal objectif le développement socio-économique des pays membres. Elle accorde des financements à des projets, des entreprises et fournit également une mission d'assistance dans le domaine social à ces pays. Elle dispose également des fonds spéciaux dédiés à l'assistance des populations musulmanes en pays étrangers. Ses principaux actionnaires sont le Royaume d'Arabie Saoudite, la Libye, et le Koweït. Pour plus d'informations, consultez ce site : http://thatswhy.isdb.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/thatswhy/index-fr.html (dernière consultation le 3 sept. 2013).

[26] M. RUIMY, *op. cit.,* p. 10.

[27] *International Islamic Fiqh Academy* « *IIFA* ». Cette Académie a été créée à la décision du deuxième sommet de l'Organisation de la coopération islamique en 1974 et inaugurée en février 1988. Elle a pour rôle d'étudier et de formuler des avis juridiques (*fatwas*) ayant pour objectif de servir de position commune en matière d'économie, de finance et de Banque. Elle regroupe en son sein des juristes musulmans particulièrement versés dans le domaine des transactions et fortement impliqués dans des problématiques économiques ou financières contemporaines. De nombreuses institutions financières islamiques lui font généralement appel par l'intermédiaire de leur Comité de *charia* (*Shari'a Board*) afin de s'assurer de la cohérence de leurs règles de fonctionnement avec celles édictées par l'Académie. Pour plus d'informations, consultez son site : http://www.fiqhacademy.org.sa/ (dernière consultation le 3 sept. 2013).

fondée[28].

28. Avec l'évolution des cours du pétrole, la finance islamique s'est énormément développée dans les pays de Conseil de Coopération du Golfe (CCG). La création des institutions financières islamiques se multiplie. Le 26 février 1990, à Bahreïn, l'Organisation de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques (OCAIFI)[29] a été établie, jouant un rôle moteur en matière de standardisation des règles de gouvernance et d'éthique et d'élaboration des normes comptables conformes à la *charia*.

29. À Bahreïn, en 2001, est créé le Marché financier islamique international (MFII)[30] ayant pour principal objectif de définir le cadre contextuel nécessaire au développement de marchés monétaires et de capitaux islamiques.

30. Ce sera ensuite en 2002, le Conseil des services financiers islamiques (CSFI)[31], basé à Kuala Lumpur, Malaisie, qui sera chargé d'établir des normes prudentielles ainsi que des normes de *corporate governance* pour les institutions financières islamiques, ce qui facilite l'intégration de la finance islamique à la finance internationale.

31. En 2002, également, est créée une Agence islamique internationale de notation

---

[28] *Dar al-Maal al-Islami* offre des services bancaires commerciaux islamiques (dépôts, prêts, cartes de crédit, services de gestion d'affaires, gestion de fonds et de portefeuille) et d'autres services à la clientèle *corporate* (investissement, conseil en placement sur les fusions et acquisitions, offres publiques, souscription de services d'assurance islamiques). Ce puissant groupe financier international est installé dans une dizaine de pays *via* des filiales locales (Bahamas, Bahreïn, Égypte, Luxembourg, Niger, Pakistan, Sénégal, Suisse, Émirats arabes unis, Royaume-Uni). Pour plus d'informations, consultez ce site : http://www.dmitrust.com/ (dernière consultation le 3 sept. 2013).

[29] *Accounting & Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI). Cette Organisation a vu le jour en 1990 à Alger et s'est très rapidement installée à Bahreïn dès 1991. Ses principales missions consistent en développement des normes comptables, d'audit, de gouvernance, d'éthique ainsi que de la mise en place des standards de *charia* communs à l'ensemble des institutions financières islamiques. Consultez son site : http://www.aaoifi.com/aaoifi/TheOrganization/Overview/tabid/62/language/ar-BH/Default.aspx (dernière consultation le 3 sept. 2013).

[30] *International Islamic Financial Market* (IIFM). Il vise à promouvoir et harmoniser les avis juridiques émis dans le cadre de la structuration de produits islamiques, implémenter tels produits à l'étranger et aussi promouvoir leur cotation transfrontalière ainsi que leur commercialisation sur les marchés financiers. Son site officiel : http://www.iifm.net/ (dernière consultation le 3 sept. 2013).

[31] *Islamic Financial Services Board* (IFSB).C'est un organisme regroupant des Banques centrales, des autorités monétaires ainsi que des diverses organisations actives dans le domaine de la régulation et la supervision des institutions agissant dans la sphère de la finance islamique. Il a pour rôle de mettre en place un corpus de standards et de bonnes pratiques qui viendraient en complément des règles de surveillance édictées par le Comité de Bâle, les organisations internationales de contrôles des activités de marchés (IOSC) et d'assurance (IAIS). Son site officiel : http://www.ifsb.org/ (dernière consultation le 3 sept. 2013).

(AIIN)[32] visant principalement à l'évaluation et la notation des institutions financières islamiques ainsi que des produits créés par ces dernières.

32. Depuis 2005**,** est fondé à Dubaï le Centre islamique international de réconciliation et d'arbitrage commercial (CIIRAC)[33], qui joue un rôle de médiateur et statue également sur les litiges qui opposent institutions financières islamiques nationales, régionales et internationales.

33. Suite à la très forte augmentation du prix du pétrole ces dernières années, cette finance, aujourd'hui très concentrée dans le Golfe et en Asie du Sud-est[34], s'exporte aux États-Unis et en Europe[35], principalement pour profiter de l'excès de liquidités en provenance des monarchies du Golfe[36].

34. La France a manifesté l'ambition de devenir le « leader européen » de la finance islamique. Le développement de cette dernière est attribué à un soutien fort par les autorités, qui ont construit un environnement approprié pour pouvoir y accueillir et promouvoir ce type de financement.

35. Le 12 juin 2007, Nicolas Sarkozy a affirmé sa volonté de « *renforcer l'attractivité de la*

[32] *International Islamic Rating Agency* (IIRA). Son évaluation intègre également une évaluation de la conformité de ces institutions et des produits qu'elles créent (par rapport à la Shari'a) ainsi que la probabilité de défaillance de ces institutions. Son site officiel : http://www.iirating.com/ (dernière consultation le 3 sept. 2013).

[33] *The International Arbitration and Reconciliation Center for Islamic Financial Institutions* (ARCIFI). Le Centre a commencé ses activités en janvier 2007. Son site officiel : http://www.iicra.com/en/misc_pages/detail/85ae6798c0 (dernière consultation le 3 sept. 2013).

[34] Bahreïn et la Malaisie sont les principaux centres de la finance islamique. Mais aussi, les pays du Golfe, le Pakistan, le Soudan et l'Iran sont considérés comme des précurseurs en la matière. Et récemment, après un refus de la finance islamique, le Sultanat d'Oman, le dernier pays au sein du Conseil des six pays du Golfe, a commencé à introduire la finance islamique, en adoptant de nouvelles règles bancaires islamiques pouvant favoriser le développement d'un plus grand nombre de savants *charia* et, finalement, donner une certaine influence sur les tendances mondiales de l'industrie.

[35] A la suite, certaines tendances ont favorisé l'intégration de la finance islamique en Europe, comme l'émission d'obligations islamiques par L'Etat de Saxe-Anhalt pour un montant de 100 millions d'euros en juillet 2004 ; la création d'indices de finance islamique (*Global Islamic Index* de Londres, *Dow Jones Islamic Market* de New York, le *S & P Shariah Index*) ; l'accueil des banques islamiques à Londres (*Islamic Bank of Britain*, *European Islamic Investment Bank*, *Bank of London and The Middle East*) ; la création par les principales banques européennes de filiales actives implantées dans les pays musulmans (BNP Paribas, première banque au monde en 2007, a réalisé une émission d'obligations islamiques d'un montant de 650 millions de dollars au Royaume d'Arabie Saoudite pour le compte de la société Saad durant l'été 2007. Société Générale propose des fonds indiciels à capital garanti et répliquant des indices « *Shariah compliant* ») ; la création de département de finance islamique dans les banques conventionnelles ou de simples guichets (*Islamic Windows*). J.-M. MOULIN, « *La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française* ? », in *Défis actuels du droit financier – pratique des affaires*, sous dir. A. COURET, Centre Sorbonne Finance, Joly éd. – Lextenso éd., 2010, p. 489.

[36] Commission des Finances, Rapport d'Information Sénat sur la finance islamique sur « *Première table ronde – L'intégration de la finance islamique dans le système financier global : quels enjeux pour la France ?* », session ordinaire de 2007-2008.

Place financière de Paris » et d'en faire*, « au plus vite, un pôle de compétitivité* "Industrie financière-Technologies et innovation" »[37].

36. Christine Lagarde a lancé le mouvement en 2007. Lors du second Forum Français de la Finance Islamique, le vendredi 5 décembre 2008, elle a montré son engagement dans le développement de la finance islamique en France. Elle a souligné que « *Londres n'est pas le seul point de passage obligé de la finance islamique* » et s'est exprimée en faveur de la création d'un cadre juridique et fiscal adapté, pour faire de Paris une place majeure de la finance islamique.

37. Arnaud De Bresson, Délégué général de Paris Europlace, a affirmé que la Place de Paris s'est mobilisée, depuis plusieurs années, sur le sujet de la finance islamique, compte tenu à la fois de l'enjeu que représente le développement progressif de la finance islamique dans le monde, de l'importance de la population de confession musulmane en France, et également de l'intérêt que représentent ces instruments dans le contexte post-crise financière[38].

38. Dans cette optique, des aménagements juridiques ont été amorcés par une position de l'Autorité des marchés financiers (AMF) datant du 17 juillet 2007 qui admet le recours à des critères extra-financiers pour sélectionner les actifs dans lesquels investit un OPCVM se déclarant conforme à la loi islamique[39].

39. D'ailleurs, sous l'impulsion de Paris Europlace et du Haut Comité de Place constitué par Christine Lagarde, l'environnement juridique fiscal français a évolué pour accueillir dans de meilleures conditions une offre de produits de la finance islamique[40]. Ainsi, le 24 août 2010, la Direction générale des finances publiques a adopté des instructions fiscales relatives

---

[37] Le 6 décembre 2007, le premier Forum français de la finance islamique a été organisé par la Chambre du Commerce Franco-Arabe (CCFA) et Secure Finance sur le thème « *L'industrie financière française et la Place de Paris à l'heure de la finance islamique : enjeux et perspectives pour les institutions, entreprises et établissements financiers français* ». C'est le premier évènement international consacré à la finance islamique en France (http://ribh.files.wordpress.com/2008/01/1er-forum-francais-de-la-finance-islamique-paris-6-decembre-2007.pdf - dernière consultation le 5 sept. 2013).

[38] A. DE BRESSON & C. D'ARMAILLE, « *Les objectifs de la Place financière de Paris* », *Revue banque*, n° 758, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique* », mars 2013, pp. 72-73.

[39] AMF, *Position n° 2007-19 « Critères extra-financiers de sélection de titres et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique »,* 17 juill. 2007, modifiée le 9 jan. 2013. C'est le premier texte de droit français qui vise expressément la finance islamique. La modification de cette position concerne l'intégration de la référence aux OPC de partage définis par la position de la AMF n° 2012-15.

[40] A. DE BRESSON & C. D'ARMAILLE, *op. cit.*, 26 févr. 2013.

aux opérations de financement islamique les plus utilisées, à savoir la *mourabaha* (proche d'achat-revente avec marge bénéficiaire)[41], l'*ijara* (proche de crédit-bail)[42], l'*istisna* (proche de vente en l'état futur d'achèvement)[43] et les *sukuk* (titres obligataires islamiques)[44]. Les autorités fiscales françaises envisagent également d'émettre des directives supplémentaires portant sur d'autres contrats islamiques, comme la *moucharaka* (*joint venture*) et la *moudaraba* (commandite). Par ailleurs, le premier contrat d'épargne et placement, respectant l'éthique islamique, est né le 1er février 2013[45].

40. Au niveau institutionnel, en janvier 2008, Paris Europlace a mis en place une Commission « finance islamique » chargée d'identifier les obstacles juridiques et fiscaux pour adapter la législation française aux besoins de la finance islamique[46]. Ensuite, en décembre 2009, le troisième Forum[47] a été l'occasion pour la Chambre de Commerce Franco-Arabe d'annoncer la création de l'Institut Français de Finance Islamique (IFFI) et de l'instauration d'un partenariat privilégié et stratégique entre l'IFFI et la BID pour la promotion de la finance

---

[41] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 « Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale (CET), régime applicable aux opérations de murabaha* », Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S1/10 (NOR : ECE L 10 00001 J) : http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes110.pdf - (BOI-DJC-FIN-10-20120912).

[42] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 « Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, régime applicable aux opérations d'ijara »*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S3/10 (NOR : ECE L 10 00003 J) : http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes310.pdf - (BOI-DJC-FIN-30-20120912).

[43] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010* « *Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, régime applicable aux opérations d'istisna* », Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S4/10 (NOR: ECE L 10 00004 J) : http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes410.pdf - (BOI-DJC-FIN-40-20120912).

[44] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 « Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale, régime applicable aux sukuk d'investissement »*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S2/10 (NOR: ECE L 10 00002 J) : http://aidimm.com/user-res/fichiers/Sukuk-instruction-fiscale.pdf - (BOI-DJC-FIN-20-20120912).

[45] S. BADIBANGA, « *Finance islamique : une solution à la crise économique* ? », *Journal Afrik.com*, Dossier : Finance islamique, 11 mars 2013. http://www.afrik.com/finance-islamique-une-solution-a-la-crise-economique (dernière mise à jour : 4 sept. 2013). Ce produit est créé à l'initiative de France Sukuk Courtage, ainsi noté par H.-L. VEDIE, « *La finance islamique : une réponse à la crise financière et à ses défis ?* », in *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, sous dir. C. SAINT-PROT & T. RAMBAUD, Karthala, coll. *Etudes géopolitiques 11*, 2012, p. 74.

[46] T. RAMBAUD, « *La réception des mécanismes financiers islamiques en France* », in *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, sous dir. C. SAINT-PROT & T. RAMBAUD, Karthala, coll. *Etudes géopolitiques 11*, 2012, p. 105.

[47] D'autres Forums se multiplient : le troisième Forum a eu lieu le 9 décembre 2009 sur le thème « *La finance islamique : la France dans la course* ». Et le quatrième, c'était le 28 octobre 2010 et il a été organisé sur le thème : « *La Finance Islamique, moteur de développement pour l'économie, au service des entreprises* ».

islamique en France et dans les pays francophones[48].

41. Au niveau pédagogique, la création de la chaire Norme et Éthique de la finance en coopération avec l'université de Paris I Panthéon-Sorbonne et l'université du Roi Abdul-Aziz de Djeddah au Royaume d'Arabie Saoudite est une opportunité pour encourager les formations et les échanges expertisées en la matière[49].

42. Des estimations font ressortir qu'il existe actuellement six fonds conformes à la *charia* en France avec un actif total géré de 147,2 millions de dollars, qui sont divisés de façon relativement égale entre les actifs du marché monétaire (47%) et les actifs en fonds propres (53%)[50].

43. Dans son rapport annuel de 2007-2008, la BID a prévu que le marché de la finance islamique représentera environ 1300 milliards de dollars à l'horizon 2020[51]. Et dans son rapport annuel de 2012-2013, elle a estimé que les déséquilibres globaux des comptes courants vont réduire légèrement, allant de 0,6 pour cent en 2011 à 0,3 pour cent en 2012, et en particulier, ceux dans les pays d'une économie avancée comme la France, l'Italie, la Grèce, le Portugal et l'Espagne[52].

44. Au niveau académique, en juin 2008, l'École de Management Strasbourg a proposé de créer une formation de master 2 en finance islamique en collaboration avec l'Université Robert Schuman. En novembre 2009, l'université Paris-Dauphine a inauguré sa formation spécialisée en finance islamique. Dans le cadre du Programme de bourses d'excellence pour haute Technologie pour les pays membres, la BID a signé des protocoles d'accord avec plusieurs universités, parmi lesquelles Paris-Tech Groupe France[53]. Ces initiatives confirment

---

[48] RIBH, le journal de la finance islamique, « *Création de l'Institut français de finance islamique* – IFFI », (Source : Chambre de Commerce Franco-Arabe – Mise à jour 16/12/2009) : http://ribh.wordpress.com/2009/11/30/institut-francais-finance-islamique/

[49] J. MAAZOUZ, « *Finance islamique en France : entre résistance idéologique et défaut méthodologique», Revue banque*, n° 759, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique* », avril 2013, p. 73.

[50] European Central Bank (Eurosystem), « *Islamic finance in Europe* », Occasional paper series n° 146, June 2013, p. 26.

[51] *Islamic Development Bank*, annual report 2007-2008. Une tentative sérieuse a été faite pour collecter des données statistiques relatives au développement de la finance islamique en France mais c'est handicapée par le volume et la qualité des données disponibles.

[52] *Islamic Development Bank*, annual report 2012-2013, p. 12.

[53] *Islamic Development Bank*, annual report 2012-2013, p. 45. Paris-Tech, ou Institut des sciences et technologies de Paris, est un Pôle de Recherche et d'Enseignement Supérieur (PRES) constitué sous la forme d'un établissement

la volonté d'enraciner durablement la finance islamique en France par l'émergence d'un capital humain expérimenté.

45. Souvent présentée comme un remède à la crise, la finance islamique repose sur des valeurs morales et des principes éthiques, en considération des critères pouvant primer sur la seule loi du profit[54] par comparaison à sa « consœur »[55] conventionnelle.

46. Cette finance, à vocation universelle, est dominée par l' « *homo islamicus* » lorsque l'homme agit en respectant les impératifs éthiques et les exigences économiques. En d'autres termes, le droit islamique en général, et l'économie islamique en particulier, fait primer l'intérêt de la collectivité sur l'intérêt individuel[56]. On parle ainsi d'une finance « *éthique, participative, socialement responsable, équitable, alternative profondément ancrée dans l'économie réelle, etc.*»[57].

47. Dans cette optique, elle incite à une réflexion innovante sur des financements sans taux d'intérêt et sur la nécessité de réintroduire des valeurs morales dans le domaine financier[58] en consacrant des principes de justice, d'égalité, de sociabilité et de fraternité, et rejetant toute sorte d'exploitation déloyale, de spéculation et d'enrichissement injuste[59].

48. Ces principes s'analysent en les piliers fondamentaux de la finance islamique, qui sont la prohibition de l'intérêt (*riba*) ; le partage des profits et des pertes ; l'interdiction d'incertitude (*gharar*) et de spéculation (*mayssir*) ; l'adossement des investissements à des

---

public de coopération scientifique (EPCS). Cet établissement est une structure de coopération inter-écoles, œuvrant à l'élaboration de projets communs en formation, recherche et innovation dans le domaine des sciences, des technologies et du management.

[54] G. CAUSSE, « *Remède aux crises financières ou retour au « vrai capitalisme » ?* », *Revue banque*, n° 759, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique* », avril 2013, pp. 78-80.

[55] Expression empruntée à M. RUIMY, *La finance islamique,* Afarnaud Franel éditions*, coll. Finance d'aujourd'hui,* Paris*,* 2008, p. 139.

[56] M.-Y. MUSA, *La législation islamique et ses effets dans la jurisprudence occidentale*, al-Maktabat ath-Thaqafiya, Le Caire, 1960, p. 125 ; ainsi cité par N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, préf. P. FOUCHARD, éd. Economica, coll. *Droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, 1995, p. 14.

[57] A. BELABES, « *Épistémologie des principes de la finance islamique », Les cahiers de la finance islamique*, n° 2, Ecole de Management Strasbourg, 2010, p. 6.

[58] B. DU MARAIS, « *La contribution des grandes religions et éthiques à la résolution de la crise financière* », *Revue Banque,* n° 759, Dossier *« La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique* », avril 2013, pp. 74-75.

[59] R. N. KAYED & M. K. HASSAN, « *The global financial crisis and Islamic finance », Thunderbird International Business Review*, vol. 53, n° 5, Sept. - oct. 2011, p. 556.

actifs tangibles de l'économie réelle ; et l'exigence d'investissement dans les secteurs licites[60].

49. D'un point de vue général, la prohibition de *riba* est considérée comme la principale caractéristique de la finance islamique. Celle-ci consiste en une interdiction de toute forme d'intérêt, voire d'un enrichissement basé uniquement sur l'écoulement du temps. Cette prohibition découle de la perception que la monnaie en Islam n'a aucune valeur réelle sans être associée à un travail, elle remplit le rôle d'intermédiaire entre capital et travail, et non pas entre capital et capital comme en cas de la banque conventionnelle[61]. Ainsi, sans décourager le commerce, le droit islamique interdit tout profit tiré d'une transaction purement « financière ».

50. La finance islamique préconise aussi le partage « équitable » des profits et des pertes (risques) entre les contractants dans une transaction financière. Ainsi, il est interdit de transférer l'ensemble des risques d'un projet d'investissement ou réserver tous les profits à un seul des contractants. La légitimité du profit est considérée en fonction de la participation aux risques du projet.

51. Même si la prise de risque est admise en finance islamique, toute forme d'incertitude dans les termes de la relation contractuelle est interdite, s'agissant donc du *gharar*. Le droit islamique adopte une interprétation extensive de cette notion pour couvrir tout hasard, aléa, risque excessif, et ignorance qui déséquilibre le contrat. De la même perspective, la spéculation est condamnée. Donc, une transaction dont les termes sont conditionnés à un événement futur incertain, hors de contrôle des contractants, est incompatible avec les principes de *charia*. Ce qui justifie l'interdiction de la vente à découvert qui relève de l'industrie des produits dérivés.

52. Par ailleurs, toute opération financière doit être adossée systématiquement à un actif tangible. Ce qui interdit la titrisation d'une créance sans que la propriété de l'actif soit corrélativement transmise et témoigne l'utilisation préférée du domaine de l'immobilier en finance islamique.

53. Enfin, l'activité de l'investissement doit être dans les secteurs licites (*halal*) selon les

[60] M. AL-BELTAGUI, *Les banques islamiques : théorie, application et défis*, Dar Ashrouq Al-Daweleya, Le Caire, 2012, p. 32. R. ALI & P. BOYS, « *Le débat sur la standardisation : éthique, principes et standards dans la finance islamique* », *Journal des sociétés,* n° 77, Dossier La Finance islamique, juin 2010, p. 34.

[61] A. A.-L. MACHHOUR, *L'investissement dans l'économie islamique*, préf. A.-H. AL-GHAZALI, Dar Madbouly, 1ère éd., Le Caire, 1991, p. 362.

principes islamiques, interdisant le commerce dans le jeu, le tabac, l'alcool, le porc et les banques *ribawi* ainsi que les sociétés fortement endettées.

54. Ces piliers se concrétisent lors de ses opérations contractuelles de financement[62], qui se divisent en deux catégories principales ; contrats d'ordre participatif à revenu aléatoire (*moucharaka*, *moudaraba*) et contrats d'ordre commercial à revenu fixe (*mourabaha*, *ijara*, *istisna*, *salam*).

55. Comme tout système financier, la finance islamique partage la même finalité avec son homologue conventionnel, visant à mobiliser les ressources financières et procéder à leur allocation entre différents projets d'investissement.

56. De plus, pareillement au droit islamique, le droit français reconnaît les principes généraux en termes d'égalité, de justice, de sociabilité et de fraternité, et en condamnant toute forme d'exploitation déloyale, de spéculation et d'enrichissement injuste.

57. Il existe aussi certaines ressemblances entre les piliers de la finance islamique et ceux de la finance conventionnelle, comme nous le démontrons dans le développement de notre étude.

58. Toutefois, les méthodes pour atteindre cette finalité sont différentes d'un système à un autre. L'économie conventionnelle est basée sur l'optimisation du couple rendement-risque, alors que ce couple n'est ni l'unique ni le principal critère de décision dans l'univers de l'économie islamique[63].

---

[62] Dans notre étude, le contrat de financement désigne le contrat unissant le fournisseur de financement, voire le fournisseur de facilités financières, au fourni. Ce contrat est conçu en considération de l'effet voulu du contrat et des positions respectives des contractants. L'opération de financement comprend aussi l'épargne, la capitalisation, le dépôt bancaire… que nous n'entendons pas examiner. De plus, notre étude ne s'étend pas aux titres obligataires (*sukuk* en droit islamique), contrats financiers optionnels, produits dérivés ou les contrats financiers d'échange (*swaps*). Les titres financiers se caractérisent par leur négociabilité ainsi que leur dématérialisation, alors que les contrats de financement s'en distinguent au sens où ils ne sont ni négociables, ni dématérialisés, et ne peuvent donc pas être inscrits en compte. Normalement, une nette distinction entre le financement du consommateur - défini de manière variable et ne faisant pas l'objet de notre étude - et le financement du professionnel s'impose. Cette étude vise principalement le financement consenti aux entreprises, en examinant les contrats les plus importants et couramment utilisés dans les deux systèmes, français et islamique à cette fin. Parfois, nous faisons référence au Code de la consommation pour donner une vision plus claire et plus globale concernant une question précise. Nous avons constaté que le terme « financement » est plus opportun pour référer aux structures contractuelles conventionnelles ou islamiques, notamment en considération que les termes « crédit » ou « prêt », parfois utilisés en droit français, ne sont compatibles avec le contexte de la finance islamique.

[63] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques*, Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I, France et Université de SFAX, 2011, p. 12.

59. En outre, la banque islamique, déniant toute valeur temporelle à l'argent, joue un rôle d'intermédiaire entre capital et travail[64], ce qui souligne sa particularité par rapport au contexte de la finance conventionnelle.

60. En effet, la transposabilité du scénario de la finance islamique en France ne semble pas simple ; principalement en raison d'une part l'originalité du droit musulman[65] vis-à-vis du droit français laïc, et d'autre part la multiplication des risques et des polémiques attachées à ce contexte. Ainsi, cette expérience, loin d'être parfaite ou sans être exempte d'inconvénients, soulève des problèmes et suscite des enjeux importants.

61. L'intérêt suscité par la finance islamique, son taux de croissance dans le monde entier, et notamment les initiatives françaises sur les plans juridique et fiscal ainsi que les opportunités qu'elle emporte pour améliorer ou développer le système financier français soulignent l'importance et l'ampleur de l'étude de cette finance à la lumière de ce droit positif. Il est également opportun de mettre l'accent sur les enjeux et les problèmes relatifs à la mise en œuvre de la finance islamique et à son implantation dans un environnement bancaire mixte.

62. Dans ce contexte, il importe de se demander si la finance islamique a vraiment un avenir en France. S'agit-il d'une fiction juridique, censée être seulement une offre marginale et destinée à le demeurer ou s'agit-il d'un véritable substitut à la finance conventionnelle pouvant épargner une nouvelle catastrophe financière ? Comment peut-elle exister et résister dans un système capitaliste dont le socle est la recherche effrénée du profit et de l'intérêt alors que ces pratiques sont interdites dans son essence ? Est-ce une finance suffisamment unitaire et homogène pour pouvoir se présenter en modèle alternatif ? Répond-elle à une demande de fond des populations même si elles ne sont pas d'obédience musulmane ? Peut-elle être acclimatée à un pays de droit laïc, comme le droit français ? Quelles sont les implications de son accueil en France ?

63. En considération de ces problématiques, notre étude vise à identifier la nature

[64] A. A.-L. MACHHOUR, *L'investissement dans l'économie islamique,* préf. A.-H. AL-GHAZALI, Dar Madbouly, 1ère éd., Le Caire, 1991, p. 362.

[65] Le droit musulman est un *jus divinum.* Toutes les règles de ce droit doivent être rattachées au Coran qui est la parole de Dieu. Il s'impose puisqu'il émane de la volonté divine (Dieu est le seul législateur). Les jurisconsultes (*fuqaha)* se sont employés à rattacher à ce droit des solutions nouvelles ajoutées au *corpus juris* originel et ont expliqué ce rattachement par un *ratio legis* comme extrait artificiellement des textes fondamentaux afin d'ancrer plus profondément dans les esprits la foi en la religion nouvelle. N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, préf. P. FOUCHARD, éd. Economica, coll. *Droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, 1995, p. 4.

multidisciplinaire de la finance islamique et à analyser l'ampleur de sa portée pratique pour examiner s'il s'agit d'un substitut ou d'un complément à la finance conventionnelle.

64. Nous avons abordé notre étude en examinant l'aspect contractuel de la finance islamique et celle conventionnelle à la fois, par l'analyse des instruments de la première en les comparant, voire les rapprochant, de leurs correspondants en seconde.

65. Une fois ces contrats analysés, nous avons mis l'accent sur les principes d'éthique financière et leur étendue dans le cadre des restrictions qu'il faut respecter et qui consistent en l'interdiction de tout enrichissement injuste de l'un des contractants. Ce qui proscrit l'existence d'un élément d'incertitude excessive dont peut profiter un contractant pour s'enrichir au détriment de l'autre et démontre l'importance de l'orientation vers l'économie réelle, excluant le sens abstrait de l'enrichissement et permettant de légitimer le profit réalisé notamment au vu de la *charia*.

66. Lors de ces pratiques, la banque islamique ou conventionnelle est exposée à des risques d'importance significative. Ces risques peuvent être communs aux banques conventionnelles et islamiques ou propres à ces dernières. Dans cette mesure, il importe ainsi de définir ces risques et de mettre en relief les modalités de leur traitement et leur gestion prudentielle.

67. En dépit de l'existence de certaines ressemblances subtiles lors de l'étude de ces outils contractuels et des principes d'ingénierie financière, le processus contractuel souligne quelques divergences importantes.

68. À cet égard, chaque système de financement adopte de différentes règles pour garantir ou tenter de garantir la meilleure, voire la maximale, rentabilité de la banque en question. Le profit est évidemment un objectif commun de tout système financier mais les mécanismes de concrétisation de ce profit sont bien distincts. Cette divergence s'explique principalement par la nature, les fondements juridiques de chaque contexte juridique, traduits par la particularité de la finance islamique eu égard à la prohibition de l'intérêt (*riba*) et au partage des profits et des pertes.

69. Par ailleurs, les spécificités attachées au concept de l'intermédiation financière de chaque banque résultent de la différence de nature de relation liant la banque à son client, conçue souvent comme relation prêteur-emprunteur en cas de finance conventionnelle et relation partenariale ou vendeur-acheteur/bailleur-locataire, selon le contrat en cause, en cas de

finance islamique. Ainsi, les traits attachés à chaque relation influent sur la mise en œuvre de ce contrat, créant des droits ou imposant des obligations spécifiques sur les acteurs du financement sous les deux systèmes.

70. Notre recherche s'étend aux principes de responsabilité résultant de ces structures contractuelles en droits français et islamique. À cet égard, on s'est intéressé à mener une étude sur la pratique des banques islamiques notamment au niveau de la portée de leur responsabilité contractuelle et les mécanismes contournés pour transférer leurs risques ou leurs obligations à leur client, ce qui peut détourner la finance islamique de ses principaux objectifs.

71. Nonobstant, à cet égard, l'étude n'était pas menée pareillement dans le cadre de financement conventionnel en raison des difficultés rencontrées pour avoir accès à des exemplaires de ces contrats, puisque les banques sont généralement hostiles à la divulgation de leurs exemplaires à cette fin. Dans le même sens, en finance islamique, seulement peu de banques islamiques acceptent de partager leurs exemplaires grâce auxquelles nous avons pu traiter cette question.

72. En raison de la prohibition de l'intérêt (*riba*) en finance islamique et les débats y afférents, notre recherche a mis en lumière dans quelle mesure il peut être possible d'imposer une sanction pécuniaire dans les contrats de ce type de financement, sans oublier d'expliquer parallèlement cette possibilité dans les contrats de financement conventionnel. A ce stade, plusieurs divergences existent sous l'empire des deux systèmes et en matière de finance islamique, il existe également certaines controverses doctrinales qui entourent la pratique de telle imposition en droit islamique.

73. Notre étude a pour objectif de définir la philosophie « principalement divine »[66] de la finance islamique, y compris son ampleur pratique, par comparaison au droit français « laïc » régissant la finance conventionnelle.

74. Dans notre recherche, nous n'avons pas prétendu que la finance islamique était exempte de défauts ou qu'elle était suffisamment élaborée pour être infaillible. Ce qui a

[66] Comme nous l'avons démontré, la doctrine joue un rôle important dans la finance islamique, représentée souvent par la multiplication et la diversification des avis juridiques (*fatwas*) ainsi que des écoles de jurisprudence islamique (écoles de *fiqh)* qui sont les hanéfite, chaféite, malékite et hanbalite. Consultez à cet égard, J. CHARBONNIER, *Islam : droit, finance et assurance,* éd. Larcier, coll. *Cahiers financiers,* Bruxelles, 2001, p. 27-29.

permis de mettre un regard critique, positivement et aussi négativement, sur ce type de financement. Nous avons pu aussi nous appuyer sur les règles de droit français pour apprécier cette forme de financement, souvent considérée par un courant de pensées comme une alternative à la finance conventionnelle, notamment à la suite de la dernière crise financière de 2008.

75. Cette approche comparative illustre donc l'intérêt de cette étude en soulignant, d'une part, que certains principes de la finance islamique s'harmonisent avec l'esprit de la finance conventionnelle, ce que traduit une relative ressemblance entre les structures contractuelles du financement ; et , d'autre part, qu'il existe néanmoins des divergences, notamment au niveau de l'application de ces principes, la mise en œuvre de tels contrats ainsi que les conséquences de défaillance des contractants.

76. Dans cette mesure, il est intéressant d'étudier d'abord les points de concordances de la structure contractuelle du financement (Première Partie) et ensuite les points de divergences dans le processus contractuel du financement (Deuxième Partie).

PREMIERE PARTIE

CONCORDANCES DE LA STRUCTURE CONTRACTUELLE DU FINANCEMENT

77. La crise financière a touché principalement le système financier conventionnel, alors que, la finance islamique se voit plus résiliente et a commencé à faire écho, presque concurrentiel de la finance conventionnelle.

78. La finance islamique est par essence basée sur des principes et des contraintes qui régissent tous ces instruments financiers, à savoir le principe de partage des profits et des pertes, le principe de matérialité de l'actif sous-jacent, la prohibition de paiement ou de perception d'intérêt et la prohibition d'incertitude excessive.

79. Nonobstant, ces approches ne se heurtent pas fortement à l'esprit de la finance conventionnelle, puisque celle-ci aussi peut s'inscrire dans une perspective de partenariat, d'investissement immobilier et respecte les exigences de transparence et de clarté dans le contrat.

80. De ce fait, nous constatons qu'en application de ces règles, les modes de financement islamique partagent certains aspects juridiques avec ceux de financement conventionnel, ce qui se traduit par le rapprochement des modes de financement (Titre I) entre les deux systèmes.

81. D'une optique purement financière, même si les techniques d'affectation et de mobilisation des fonds diffèrent d'un système à un autre, la réalisation du profit demeure l'intérêt majeur de toute banque, éventuellement encadré par l'interdiction de l'enrichissement injuste et la nécessité de rationaliser la prise des risques lors du financement. Ce qui souligne l'existence des ressemblances d'ingénierie financière (Titre II) entre ces systèmes.

TITRE I

RAPPROCHEMENT DES MODES DE FINANCEMENT

82. En finance islamique, la loi islamique (*charia*) interdit le paiement et la perception d'intérêt, et fournit des solutions de rechange. Mais, évidemment, cette restriction n'empêche pas la banque islamique de chercher à réaliser un profit lors du financement de son client. Or, dans le cadre du financement conventionnel, la banque utilise principalement le crédit à intérêt. Ce mode semble plutôt s'adresser aux clients qui peuvent offrir de garanties dont la valeur est supérieure à celle du montant du financement. L'intérêt majeur de la banque se trouve dans l'assurance de remboursement du principal et du paiement de l'intérêt, peu important le résultat de l'affaire financée. Nonobstant, le droit français permet de mettre en place des mécanismes de financement qui adoptent aussi une approche participative.

83. La banque islamique se trouve de plus en plus impliquée dans des activités commerciales et économiques ; elle utilise « alternativement»[67] des modes de financement de nature participative, voire fiduciaire, et d'autres de nature commerciale. Dans le premier cas, son rendement n'est pas fixé au préalable mais dépend du résultat du projet financé alors que dans le deuxième cas, celui-ci est prédéterminé mais en respectant les contraintes de *charia*[68].

84. Dans cette optique, sous réserve de certaines divergences, la structure contractuelle islamique partage superficiellement certains instruments dont le fonctionnement se rapproche de celui des modes de financement bancaire conventionnels, avec quelques différences importantes notamment aux niveaux de la distribution des risques et du mécanisme de la rémunération bancaire[69].

85. Il importe donc d'étudier les contrats de financement, qui se divisent principalement en contrats d'ordre participatif à revenu aléatoire (Chapitre I) et contrats d'ordre commercial à revenu fixe (Chapitre II)[70], en examinant à titre liminaire les points

---

[67] A. ABOZAID, « *Modes de financement islamiques contemporains : entre les spécificités techniques des contrats et les objectifs de la chariah* », trad. par M. BOUDJELLAL, *Etudes en Économie Islamique,* vol. 5, n° 1, déc. 2011, p. 39.

[68] M. HANIF, « *Differences and similarities in Islamic and conventional banking* », *International journal of business and social science,* vol. 2, n° 2, Feb. 2011, p. 168.

[69] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 34.

[70] Dans notre étude, nous n'examinons pas le mode de financement à titre gratuit, tel que le contrat de prêt gratuit (*qard hasan*), considéré comme un acte de bienfaisance en droit islamique. Ce contrat est réglementé en droit français par les articles 1874 à 1904 du Code civil. Par exemple, certains pays comme le Liban,

de convergence et de divergence entre la finance islamique et la finance conventionnelle[71].

depuis la loi n° 575 du 11 février 2004 « *Constitution des banques Islamiques au Liban* », publiée au Journal Officiel n° 9, le 13 février 2004, ont légalisé « laïcisé » l'interdiction de l'intérêt, autrement dit elle est désormais d'origine législative, de type laïc. Consultez dans ce sens F. NAMMOUR, « *Activité bancaire islamique : l'expérience libanaise* », *Revue juridique de l'USEK*, n° 9, 2008, p. 12. En conséquence, les parties à un contrat de prêt islamique pourront invoquer devant le juge le non-respect de la prohibition de l'intérêt, résultant soit d'une mauvaise structuration des opérations, soit de la genèse d'intérêt en l'absence de la participation aux pertes de la banque, soit la dissimulation de l'intérêt derrière la stipulation d'une marge bénéficiaire ou d'une commission. Consultez dans ce sens I. CEKICI, « *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars-avril 2011, p. 31.

[71] Nous traiterons seulement les conditions et le régime spécifiques et originaux relatifs à chaque contrat de financement en laissant de côté les conditions de fond communes à tous les contrats (comme l'offre et l'acceptation, la capacité des contractantes, et la licéité de l'objet et de cause du contrat).

CHAPITRE I

CONTRATS D'ORDRE PARTICIPATIF A REVENU ALEATOIRE

86. En application du principe de partage des profits et des pertes, le droit islamique adopte des modes de financement en fonds propres. S'agissant donc d'une participation sur la base d'octroi de la totalité du capital, en cas de *moudaraba* ou d'une portion du capital, en cas de *moucharaka*[72].

87. Ces formes de financement, particulièrement aux petites et moyennes entreprises (PME)[73], mettent l'accent non pas sur la solvabilité globale du client mais sur la rentabilité éventuelle du projet d'investissement concerné.

88. Les banques islamiques se concentrent sur la recherche de talents, l'innovation, les opportunités du projet à financer, et choisissent de financer les projets les plus rentables en termes de profit. Elles ont tendance, en effet, à être attirées davantage par le bénéfice que par la garantie[74].

89. Lors des transactions de *moudaraba* et la *moucharaka,* la banque islamique joue le rôle d'investisseur ou d'associée et le taux de rendement sur les actifs bancaires n'est ni connu, ni fixé au préalable[75].

90. Certaines études juridiques constatent que, sous réserve de certaines différences, la *moudaraba* est proche de l'organisation de la société en commandite en France[76] et la *moucharaka* l'est de la *joint-venture*.

---

[72] L. SIAGH, *Le fonctionnement des organisations dans les milieux de culture intense : le cas des banques islamiques,* Thèse, Ecole des hautes études commerciales affiliée à l'université de Montréal, Montréal, sept. 2001, p. 34.

[73] Toutefois, selon certaines études, l'introduction de ces formes n'a pas, pour le moment, significativement augmenté le volume des financements à destination des PME. E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 31.

[74] M. U. CHAPRA, *Vers un système monétaire juste : Analyse de la monnaie et de la politique bancaire et monétaire à la lumière des enseignements islamiques*, 1ére éd., Série de traduction de travaux en économie islamique, n° 10, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 1997, p. 206.

[75] L. ERRICO & M. FARAHBAKSH, « *Islamic banking: issues in prudential regulations and supervision* », *International Monetary Fund*, working paper WP/98/30, 1998, p. 3.

[76] E. JOUINI & O. PASTRE, *op. cit.*, p. 29.

91. Nous examinerons la *moudaraba* et la *moucharaka* à la lumière des notions qui leur sont voisines en finance conventionnelle. En premier lieu, la *moudaraba* (commandite) (Section I) et en second lieu, la *moucharaka* (*joint venture*) (Section II).

SECTION I

MOUDARABA (COMMANDITE)

92. Historiquement, la *venture capital* a débuté par le concept islamique de *moudaraba* et dès le 10ème siècle, ce concept a été utilisé par les Italiens, en se développant via l'Europe[77].

93. La *moudaraba* met en exergue le principe de la *charia* selon lequel l'argent n'a de valeur que s'il est associé à un travail. S'agissant ainsi d'une forme alternative à la prohibition du « *riba* », qui consiste en l'interdiction de consentir un crédit en contrepartie d'un montant d'intérêts fixé à l'avance et payé périodiquement.

94. En pratique, ce mode de financement permet de faciliter l'investissement entre le fournisseur du capital, qui n'est pas prêt ou assez compétent/disponible pour gérer son capital par lui-même, et l'entrepreneur, un professionnel ou expert qui n'est pas solvable pour créer une entreprise et investir.

95. Le contrat de *moudaraba*[78], comme la commandite[79], est une forme de coopération entre deux parties, un investisseur commanditaire (apporteur de fonds/*rab-al-mal*) qui avance un capital à des fins commerciales et un entrepreneur commandité (gestionnaire des fonds/*moudareb*) qui fait un apport en industrie (une expertise, un savoir-faire)[80]. Normalement, les deux partenaires ont droit conjointement au profit

---

[77] A. ABDULL MUTALIP, « *Islamic venture capital and private equity: legal issues and challenges* », *Azmi & Associates*, Malaysia, 2000, p. 4 et s.

[78] En droit islamique, le contrat de *moudaraba* (ou *mudaraba)* peut être aussi qualifié de *moukarada*, ou *kérad*. La divergence de terminologie est due à des facteurs géographiques ; *kérad* et *moukarada* ont pour origine la péninsule arabique et la *moudaraba*, c'est l'Irak. D'ailleurs, les écoles *malékites* et les *chaféites* ont adopté *kérad* et, dans une moindre mesure, *moukarada*, et les *hanéfites*, *la moudaraba*. AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 13 « *Mudaraba* », art. 4/1, 2010, p. 235.

[79] E. JOUINI & O. PASTRE, *op. cit.*, p. 29. Dans notre étude, nous ne faisons pas de distinction entre la commandite simple et la commandite par actions sous le droit français, dont les différences essentielles consistent en le principe d'incessibilité des parts sociales (sauf avec le consentement de tous les partenaires) en premier cas et l'inverse en deuxième cas d'une part et la nomination d'un Commissaire aux comptes seulement dans le deuxième cas d'autre part. En revanche, nous avons tendance à rapprocher la *moudaraba* de la commandite simple lorsque le caractère d'*intuitu personae* du commandité, aspect commun entre les deux contrats, est pris en considération par la banque. Ce qui justifie sa dissolution en principe par le décès de l'un de ses commandités.

[80] En effet, la structure de capital de la banque islamique diffère de celle de son homologue conventionnel. L'originalité de la première consiste à la mobilisation des fonds sous forme de comptes d'investissement participatif, qui sont régis selon la structure de *moudaraba*. Dans cette optique, il s'agit d'une relation entre le titulaire de ce compte (déposant), investisseur ou apporteur des fonds et la banque entrepreneur ou gestionnaire des fonds. De plus, ni le principal investi, ni le taux de rendement associé ne sont garantis par la

atteint, qui sera distribué entre eux selon le ratio convenu.

96. Par ailleurs, certains rapprochent la *moudaraba* de la pratique de capital d'investissement (*private equity*), lorsqu'un investisseur procure des fonds au capital d'une société non-cotée en bourse, ayant besoin de capitaux propres, représentant éventuellement une nouvelle option pour financer les petites et moyennes entreprises des pays islamiques, et la banque islamique peut alors jouer le rôle d'une société de capital risque[81]. Aussi, elle est superficiellement proche de la fiducie lorsque l'entrepreneur détient les fonds lui sont remis par l'investisseur pour les utiliser selon les termes du contrat, sans subir les pertes[82].

97. Dans une perspective financière, il est bien clair qu'on ne peut pas assimiler la *moudaraba* à une opération de crédit. Il ne s'agit pas d'une relation prêteur -emprunteur mais investisseur (fournisseur de capital) - entrepreneur (fiduciaire) qui partagent entre eux les profits et éventuellement les pertes. À la différence du crédit, la banque islamique s'intéresse à la nature de l'investissement en question et peut imposer certaines restrictions sur l'investissement par son client. Elle dispose aussi d'un droit de regard sur son activité sans intervenir effectivement dans la gestion du projet financé. Par ailleurs,

---

banque islamique alors que la banque conventionnelle garantit le taux de rendement qui est fixé et connu à l' avance. Ainsi, en finance islamique, ce taux est variable puisqu'il est généré par les actifs financés par ces fonds d'investissement. Le déposant et la banque islamique partagent les profits selon le ratio convenu et seul le déposant assume les pertes subies sauf en cas de violation du contrat ou de négligence par la banque. Parfois, la banque peut assumer un rôle dual en cas de *moudaraba* à deux volets : en premier temps, elle collecte des fonds auprès des déposants en comptes d'investissement et elle joue le rôle donc d'un entrepreneur ; en deuxième temps, ces fonds d'investissement sont mis par la suite à la disposition des entrepreneurs pour financer des projets, la banque assume alors le rôle d'un investisseur. K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 31-33. Dans notre étude, nous envisageons le cas lorsque la banque est l'apporteur ou le fournisseur du capital (les fonds de son propre capital ou les fonds des comptes d'investissement participatifs) qui investit ses fonds et son client est l'entrepreneur (*moudareb*) qui gère ses fonds.

[81] Dans ce sens, consultez B. WAMPFLER, « *Les principes de la finance islamique* », *Bulletin d'information du mardi* (BIM), nº 30, 17 septembre 2002, p. 2.
Pour plus de détails, consultez D. ABELLARD & A. BORDES, « *Le financement des fonds d'investissement* », *Revue de droit bancaire et financier***,** n° 3, Dossier 19, mai 2008, pp. 75-77: Le capital d'investissement est un moyen de financer la création, le développement d'une entreprise, ce qui permet à un investisseur de remettre des fonds propres ou quasi-fonds propres à un entrepreneur et de prendre des participations majoritaires ou minoritaires dans le capital d'entreprises généralement non cotées. Par conséquent, l'investisseur ne s'immisce pas dans la gestion quotidienne mais il participe à la prise de décisions importantes de la société cible, ce qui la distingue de la *moudaraba*. L'activité de capital investissement s'exerce au travers de véhicules d'investissement « fonds ». Les fonds sont le plus souvent spécialisés en fonction de l'objectif de leur intervention : fonds de capital-risque, fonds de capital-développement, fonds de LBO (*Leverage Buy Out*).

[82] F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, Paris, 2009, p. 94.

cette distinction implique des conséquences sur la responsabilité de chaque contractant.

98. Cependant, la *moudaraba* est avantageuse par rapport aux instruments financiers à taux fixe (comme le dépôt bancaire ou le contrat de crédit), puisque la rémunération de la banque islamique n'est ni fixe, ni prédéterminée. Elle est variable, dépendant directement du rendement du projet d'investissement, ce qui incite l'entrepreneur à gérer au mieux les fonds qui lui sont confiés.

99. Il convient de traiter en premier lieu le fonctionnement de *moudaraba* (§ I), ensuite sa dissolution (§ II).

§ I : Fonctionnement de *moudaraba*

100. La *moudaraba* constitue une forme d'association qui est soumise à certaines conditions de constitution (I). Elle applique également une approche spécifique en matière de gestion (II) et de répartition des profits et des pertes entre les différents associés (III).

I. Constitution de *moudaraba*

101. En droit islamique, la légitimité de la *moudaraba* est reconnue par le Coran[83], la Sunna du Prophète[84], ainsi que le consensus des jurisconsultes islamiques.

102. En droit français, la société en commandite simple est régie par les articles L. 222-1 à L. 222-12 du Code de commerce.

103. La constitution de la *moudaraba* est soumise à certaines conditions, concernant principalement les associés, l'objet, et le type d'investissement.

104. En ce qui concerne les associés, il faut avoir deux personnes au minimum, qui

[83] Sourate L'enveloppe *(Al-Mozamile), verset 20 : « Ton Seigneur ... sait qu'il y aura parmi vous des malades, et d'autres qui voyageront sur la terre, en quête de la grâce d'Allah, et d'autres encore qui combattront dans le chemin d'Allah… ».*

[84] Ainsi reporté par Al-Bayhaqi 6/111, c'était de la coutume que al-Abbas Ibn Abd. al-Muttalib s'est habitué à exercer la *moudaraba* en tant que *rab-al-mal*, il fournit le capital à un *moudareb*, sous condition de ne pas voyager par mer, ou passer par les vallées ou exercer le commerce du bétail, et il sera responsable par conséquent des pertes subies en cas de non-respect de ces restrictions. Le Prophète a approuvé la validité de ces conditions. Ainsi cité par AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 13 « *Mudaraba* », Appendix (B) « Basis of the Shari'a rulings », 2010, p. 244.

doivent avoir la capacité légale[85].

105. Concernant le capital, il n'y a pas d'exigence légale d'un montant minimum, que ce soit en droit islamique[86] ou en droit français[87]. En principe, le capital doit être déterminé en termes de quantité et de qualité, d'une manière bien précise. Ce qui permet d'une part d'éliminer toute possibilité d'incertitude (*gharar*), et d'autre part d'assurer sa disponibilité à l'entrepreneur. L'article L222-4 du Code de commerce souligne cette exigence en disposant que les statuts de la société doivent contenir (i) *le montant ou la valeur des apports de tous les associés* ; (ii) *la part dans ce montant ou cette valeur de chaque associé commandité ou commanditaire* ; et (iii) *la part globale des associés commandités et la part de chaque associé commanditaire dans la répartition des bénéfices et dans le boni de liquidation*.

106. Selon les normes de l'AAOIFI, le capital doit être fourni en espèces, mais aussi peut l'être sous forme d'immobilisations corporelles dont la valeur peut être fixée par des experts ou par convention des parties[88]. Pareillement, en droit français, un associé commanditaire peut faire un apport en numéraire et/ou en nature, mais il ne peut pas faire un apport en industrie[89].

107. De plus, l'entrepreneur peut mélanger ses propres fonds avec ceux de l'investisseur du capital ; et dans ce cas, il devient partenaire et a droit à une part du profit en proportionnalité avec sa contribution au capital. Toutefois, il est qualifié d'entrepreneur dans les limites du capital de l'investisseur et les profits sont distribués comme convenu dans le contrat de *moudaraba*.

108. A l'inverse du droit français, le droit islamique exige que le capital soit,

---

[85] En droit français, les commandités ont tous la qualité de commerçants. C. com., art. L221-1 et L222-1.

[86] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5496.

[87] A. VIANDIER, « *La mesure des potentialités juridiques* », intervention au colloque organisé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris sur le thème *Financement, capital et pouvoir dans l'entreprise : une nouvelle chance pour la commandite?*, JCP E, n° 48, 29 nov. 1994, p. 11.

[88] AAOIFI, *op. cit.*, art. 7/1, p. 236. Concernant l'apport en nature, les écoles malékite et hanbalite acceptent cet apport à condition qu'il soit évalué d'une manière distincte en fonction du prix du marché à la date de signature du contrat. A contrario, les écoles hanéfite et hanbalite prohibent tout apport en nature. Ils estiment en effet que les apports en nature, nécessairement distincts de l'apport en numéraire, s'opposent à l'unité et à l'indivisibilité du patrimoine commun de la société. En ce sens, consultez H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5496.

[89] C. com., art. L. 222-1.

totalement ou partiellement, mis à la disposition de l'entrepreneur, ou même que ce dernier y ait accès librement[90].

109. Malgré cette ressemblance apparente au niveau des conditions de validité, il existe certaines nuances notamment au niveau de type d'investissement envisagé. En droit islamique, le projet d'investissement financé par *moudaraba* ne doit pas avoir trait à des activités illicites (*haram*) (e.g. alcool, jeu du hasard, etc.). Selon l'interprétation la plus stricte de la *charia*, il est également interdit d'exercer toute activité qui se rapporte, de près ou de loin, au *riba*, ainsi que l'investissement dans une société qui paie ou perçoit des intérêts[91]. Toutefois, les spécialistes islamiques ont progressivement établi des seuils de tolérance en matière d'endettement ou de revenus d'intérêt, lorsque le taux dans les instruments financiers représente une fraction mineure[92] du financement ou des revenus d'une entreprise, ce qui est considéré comme éligible pour recevoir un financement islamique[93]. Ces exigences reflètent la conception de licéité de l'investissement et le principe d'interdiction de *riba* en droit islamique.

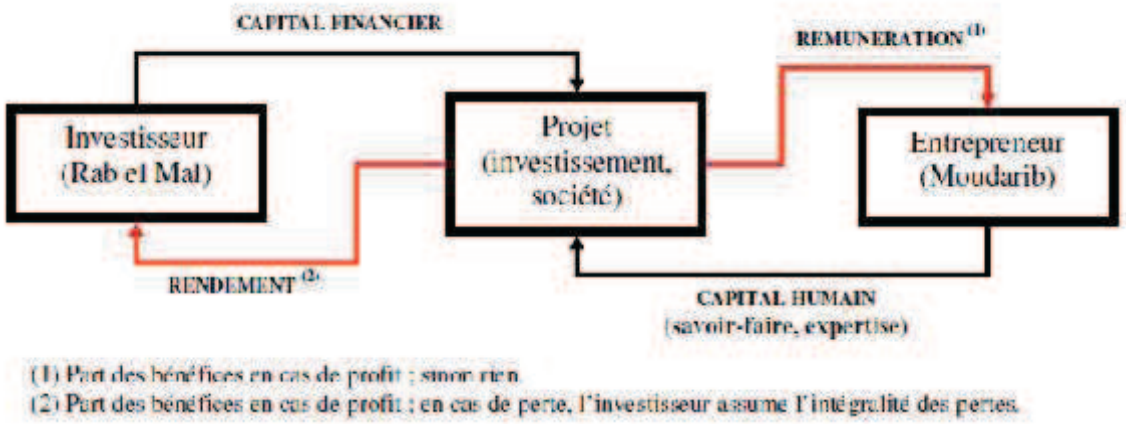


Figure : Financement par *moudaraba* [94]

110. Par ailleurs, selon certaines études, la *moudaraba* permettrait de structurer un

[90] AAOIFI, *op. cit.*, art. 7/4, p. 237.

[91] C'est-à-dire toute société qui soit s'est endettée et paie des intérêts, soit a placé sa trésorerie dans des instruments de taux.

[92] Le seuil d'endettement généralement accepté est un ratio d'endettement inférieur à 33%.
E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 29-30.

[94] *Ibid.,* p. 31

organisme de placement collectif[95] en droit français sous réserve de respect des principes de la loi islamique[96].

111. Dans cette optique, l'Autorité des marchés financiers (AMF) a publié le 9 janvier 2013 une mise à jour de sa position 2007-19 « *Critères extra-financiers de sélection des actifs et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique*»[97].

112. Sans remettre en cause les principes posés par la règlementation d'AUF, un OPCVM peut utiliser des critères autres que financiers pour sélectionner les titres dans lesquels il investit (investissement socialement responsable, développement durable). Ces mêmes éléments d'appréciation s'appliquent pour l'agrément d'OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique, dits fonds islamiques[98].

---

[95] Un organisme de placement collectif est un fonds d'investissement constitué de sommes mises en commun par des investisseurs qui décident de laisser des gestionnaires professionnels gérer ces sommes pour leur compte dans les fonds les plus performants. Les sommes fournies par les investisseurs leur donnent droit à des titres du fonds qui sont généralement offerts de façon continue**.** Comme par exemple Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières (OPCVM), ou Organisme de placement collectif immobilier (OPCI).

En France, les fonds d'investissement peuvent être classés en deux grandes catégories relevant du secteur de la finance alternative : (i) La première regroupe les fonds dont la caractéristique est de sélectionner leurs investissements selon des critères extra-financiers : environnementaux, sociaux/sociétaux, gouvernance, religieux, solidaires et éthiques. (ii) La seconde réunit les fonds dont la caractéristique essentielle est de s'engager à effectuer un don à un organisme ou à une association, entités reconnues d'utilité publique. Ces catégories peuvent se combiner à travers des fonds mixtes ou hybrides : des fonds ISR (et) de partage, des fonds confessionnels (et) de partage, des fonds solidaires (et) de partage, ainsi que des fonds éthiques (et) de partage.

L'AMF a adopté deux positions les intéressant : la position n° 2007-19 du 17 juillet 2007, relative aux «*Critères extra- financiers de sélection des actifs et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique* » - modifiée le 9 janvier 2013 et la position n° 2012-15, du 7 novembre 2012, relative aux « *Critères applicables aux OPC de partage* ». Consultez à cet égard, I. RIASSETTO, « *Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ?* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, mai 2013.

[96] G. SAINT-MARC, « *Finance Islamique et droit français* », *Gide Loyrette Nouel (AARPI)*, Tables rondes organisées par la Commission des Finances du Sénat, 14 mai 2008, p. 8.

[97] AMF, *Position n° 2007-19 « Critères extra-financiers de sélection de titres et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique* », 17 juill. 2007, modifiée le 9 jan. 2013. C'est le premier texte de droit français qui vise expressément la finance islamique. Tirant parti des dispositions de cette position, BNPP a créé en juillet 2007 le premier OPCVM indiciel islamique en droit français. La modification concerne l'intégration de la référence aux OPC de partage définis par la position de la AMF n° 2012-15. G. SAINT-MARC, « *La finance islamique : un enjeu pour la France* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 293. I. RIASSETTO, « *Le contenu du guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (alfi)* », *Les cahiers de la finance islamique*, n° 4, Ecole de Management Strasbourg, 2013, p. 90. AMF, « *Chapitre II : Les prestataires de services d'investissement et les produits d'épargne* », Rapport annuel 2012, p. 35.

[98] I. RIASSETTO, « *Les fonds islamiques », Revue de droit bancaire et financier*, étude 18, mai-juin 2011, p. 43-48.

113. À cet égard, les éléments faisant l'objet d'une vigilance particulière de l'AMF s'analysent en :

- la préservation de l'autonomie de la société de gestion (article L. 214-9 du Code monétaire et financier, excluant que la sélection des actifs soit réalisée par une entité distincte de la société de gestion chargée de la gestion financière de l'OPCVM et l'autonomie de cette dernière sera appréciée en tenant compte du rôle de l'organisme en charge de l'établissement de l'indice) ;
- l'intervention éventuelle d'une entité tierce ne doit pas se substituer à la mise en place au sein de la société de gestion des moyens nécessaires à l'exercice de son activité (article 313-54 du règlement général de l'AMF) ;
- les critères extra-financiers retenus doivent respecter l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires en vigueur (des critères fondés sur la considération de la race ou la religion des dirigeants des entreprises ne sauraient être admis étant considérés comme contraires à des principes d'ordre public) ;
- en cas de stratégie indicielle adoptée par l'OPCVM et lors d'usage des règles de dispersion des risques allégées prévues pour ce type d'OPCVM, l'indice doit respecter les exigences de diversification, de représentativité et de sécurité ainsi prévues par l'article R. 214-22 I du Code monétaire et financier[99].

114. En outre, le recours à des règles pour permettre à l'OPCVM de distribuer tout ou partie de son revenu distribuable à des entités distinctes de ses porteurs ou actionnaires suppose que cette possibilité soit mentionnée dans le prospectus de l'OPCVM et que l'entité bénéficiaire soit désignée dans le prospectus complet et soit une ou plusieurs entités reconnues d'utilité publique[100].

115. Donc, lorsqu'un OPCVM islamique s'engage, comme c'est souvent le cas, à verser un don directement ou indirectement, à une ou plusieurs entités prédéterminées, selon des modalités définies par ses documents réglementaires, les critères applicables sont ceux décrits dans la Position AMF n° 2012-15 sur les critères applicables aux OPC de partage.

---

[99] AMF, *Position n° 2007-19 « Critères extra-financiers de sélection de titres et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique »,* 17 juill. 2007, modifiée le 9 jan. 2013.

[100] *Ibid.*

116. Concrètement, un OPCVM français peut[101] :

- avoir recours à des critères extra-financiers de sélection (par exemple, en développant une gestion indicielle fondée sur un indice compatible avec la *charia* (*shariah compliant*), tel le *Dow Jones Islamic Index*, le *FTSE Islamic Global Index* ou le *S&P Shariah Index*), la société est licite au regard de la *charia* si elle intervient dans un secteur d'activité qui n'est pas prohibé (alcool, armement, etc.) et si elle respecte certains ratios financiers ;
- purifier la part « impure » des dividendes en faisant des donations à des organismes reconnus d'utilité publique et désignés d'avance (tel l'Institut du Monde Arabe) dans la limite de 10% de ses revenus ; et
- avoir recours aux services d'un comité de *charia* (*sharia board*) pour émettre un avis sur les titres sélectionnés par la société de gestion de l'OPCVM pour l'application des critères extra-financiers à condition que ce comité n'altère pas l'autonomie de la société de gestion.

117. On estime que la position d'AMF constitue un cadre favorable pour le développement de la finance islamique en France. L'investissement socialement responsable ou la conformité à la loi islamique sont désormais des critères extra-financiers de sélection d'actifs pleinement admissibles en droit français[102].

118. Comme le souligne RIASSETTO, sous réserve de respect de l'ordre public, l'agrément en France d'un fonds d'investissement - ou d'un compartiment - religieux n'est pas incompatible avec le principe de laïcité[103]. Dans sa dimension positive de respect de toutes les croyances, la laïcité permet en effet, la prise en considération de ces fonds en ce qu'ils constituent des manifestations d'une croyance religieuse et la dimension négative de « neutralité » ne s'oppose pas plus à la création et à l'agrément de ces fonds, car ce corollaire de la laïcité ne concerne que la sphère publique et non la sphère privée, dont

---

[101] G. SAINT-MARC, « *La finance islamique : un enjeu pour la France* », in *La finance islamique à la française: un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 293. Commission des Finances, Rapport d'Information Sénat sur la finance islamique sur « *Première table ronde – L'intégration de la finance islamique dans le système financier global : quels enjeux pour la France ?* », session ordinaire de 2007-2008, p. 16.

[102] J.-L. GUILLOT & P.-Y. BERARD, « *Les critères extra-financiers de sélection des actifs des OPCVM : AMF, position n° 2007-19 », Revue Banque*, n° 759, avril 2013, pp. 85-88.

[103] I. RIASSETTO, « *Le « faith-based », un concept en droit des affaires », in* « *Les concepts émergents en droit des affaires* », sous dir. E. LE DOLLEY, *LGDJ-Lextenso*, 2010, n° 27 et s.

relève le droit des affaires et, plus spécialement, le droit des organismes de placement collectif[104]. Les prérogatives de l'ordre moral islamique et la réglementation financière conventionnelle peuvent donc coexister harmonieusement dans une structuration juridique de type OPCVM islamique où les premières doivent nécessairement s'inscrire dans le cadre de la seconde sans s'en trouver altérées[105].

119. En vertu du contrat de *moudaraba*, le rôle d'investisseur de la banque islamique affecte également la gestion de la *moudaraba* (II).

II. Gestion de *moudaraba*

120. En principe, la gestion du projet de *moudaraba*, ou de commandite, est confiée unilatéralement à l'entrepreneur, le commandité. Les actes de gestion interne ou les opérations courantes et conclues par l'entrepreneur à des conditions normales, de manière habituelle dans le cadre de l'activité de la société, ne doivent pas être soumises à l'approbation de l'investisseur[106].

121. Dans la *moudaraba*, les partenaires ne peuvent pas convenir que l'investisseur du capital a le droit de gérer ou de participer dans les activités de vente et d'achat avec l'entrepreneur[107]. Et l'apport de capitaux n'emporte pas nécessairement le droit de regard pour l'investisseur commanditaire sur la conduite de l'entreprise[108].

122. Considérant qu'une immixtion de l'investisseur dans la gestion peut conduire à limiter la liberté de l'entrepreneur et l'empêcher de réaliser de profits, sauf avec le consentement préalable de ce dernier[109].

123. Pareillement en droit français, seul l'entrepreneur commandité peut gérer la

---

[104] I. RIASSETTO, « *Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ?* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, mai 2013.

[105] H. MARTIN-SISTERON, « *OPCVM islamique, un mode de financement innovant pour les infrastructures ?* », *Revue banque*, n° 758, Dossier « *ISR : va-t-il devenir la norme ?* », mars 2013.

[106] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5495.

[107] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 13 « *Mudaraba* », art. 9/3, 2010, p. 240.

[108] F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, Paris, 2009, p. 93.

[109] P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. – oct. 2004, p. 54.

commandite en conformité avec les règles prévues pour la société en nom collectif et l'investisseur commanditaire ne peut même en vertu de procuration faire aucun acte de gestion[110]. En cas de contravention à cette prohibition, il est tenu solidairement avec les associés commandités des dettes et engagements de la société qui résultent des actes prohibés et suivant leur nombre ou leur importance, il peut être déclaré solidairement obligé pour tous les engagements de la société ou pour quelques-uns seulement[111].

124. Une bonne gestion par l'entrepreneur est toujours exigée. Ainsi, par exemple, il ne doit pas (i) vendre des marchandises à un prix moindre que le prix courant ou celui du marché, ou les acheter à un prix supérieur à celui courant, sauf si telle transaction est dans l'intérêt des deux parties, permettant d'atteindre l'objectif visé de la *moudaraba* ; (ii) consentir un prêt ou faire un acte charitable en utilisant les fonds octroyés par l'investisseur puisque ces actes causent éventuellement des pertes et échappent à l'objectif du contrat ; (iii) céder un droit en relation avec la *moudaraba* sauf par le consentement de l'investisseur du capital. Mais, il lui faut communiquer à l'investisseur les livres et les documents sociaux et répondre aux questions relatives à la gestion sociale[112].

125. Plus précisément, l'étendue des pouvoirs de l'entrepreneur dépend en effet de la nature du *moudaraba,* limitée ou illimitée :

- La *moudaraba* est limitée ou restrictive (*mouqqayada*) lorsque l'objet social est défini avec précision[113]. l'investisseur a imposé des restrictions sur les actes de gestion de l'entrepreneur. Par exemple, en limitant son domaine d'activité à un certain type d'investissement, dans un lieu déterminé, pendant une durée fixe, ou même en précisant les personnes avec qui l'entrepreneur peut contracter. Les écoles hanbalite et hanéfite ont approuvé les restrictions liées aux temps ou personnes mais ce n'est pas le cas pour les écoles chaféite et malékite[114]. L'entrepreneur doit respecter ces restrictions sous réserve de ne pas restreindre indûment sa liberté et

[110] C. com., art. L. 222-6.

[111] C. com., art. L. 222-6.

[112] H. MARTIN-SISTERON, *op. cit.*, para. 5494.

[113] *Ibid.*, para. 5493.

[114] A. SARKER, « *Islamic business contracts, agency problem and the theory of the Islamic firm* », *International journal of Islamic financial services*, vol. 1, n° 2, July-Sept. 1999, p. 4.

l'empêcher de réaliser un profit. En droit français, le pouvoir d'administration du gérant peut être aussi limité par l'objet social et les statuts de la société.

- Alors que la *moudaraba* est illimitée ou absolue (*moutlaqa*) lorsque l'objet du contrat est laissé au libre choix de l'entrepreneur[115], dans les limites de l'intérêt des deux parties afin d'atteindre l'objectif du contrat. En cas d'absence de restrictions de la part de l'investisseur, les actions de l'entrepreneur doivent être en conformité avec l'usage professionnel en relation avec l'objet du contrat. L'entrepreneur peut ainsi conduire librement ses affaires dans l'intérêt commun, par exemple en choisissant le domaine d'investissement correspondant à son expertise et ses capacités professionnelles.

126. Certains contestent le rapprochement de la *moudaraba* à la commandite en raison de l'absence d'*affectio societatis*[116] entre l'entrepreneur commandité (*moudareb*) et l'investisseur commanditaire (*rab-al-mal*) contrairement à ce qui pourrait exister entre le commanditaire et le commandité en cas de commandite française : en *moudaraba*, le *rab-al-mal* ne doit pas intervenir dans la gestion de l'activité, ce qui prive les parties de la possibilité d'œuvrer ensemble sur un pied d'égalité. En droit français, même s'il est possible d'imposer certaines restrictions statutaires à certains droits des commanditaires, mais il ne semble pas qu'il y ait perte de *l'affectio societatis* dans ce cas. Néanmoins, le *rab-al-mal* peut avoir un droit de regard, voire de participation à une activité dans certaines limites, sous réserve de l'accord préalable du *moudareb.* Sans aboutir à une totale égalité de droit, la présence d'un *affectio societatis* ne semble pas pour autant devoir être totalement exclue[117].

127. Quelle que soit la nature de la *moudaraba*, l'entrepreneur doit faire de son mieux pour aboutir aux objectifs visés, et investir le capital qui lui est transmis par l'investisseur dans les meilleures façons admissibles.

128. L'approche de gestion du projet affecte la répartition des profits et des pertes (III) entre les associés.

---

[115] H. MARTIN-SISTERON, *op. cit.*, para. 5493.

[116] Dans le sens d'invoquer une collaboration active, intéressée et souvent entre égaux.

[117] P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. – oct. 2004, p. 54 (note n° 16).

III. Répartition des profits et des pertes

129. Le processus de répartition des profits et des pertes dans une *moudaraba* marque sa distinction par rapport à la commandite.

A. Quant aux profits

130. En droit islamique, les normes de l'AAOIFI définissent le mécanisme de répartitions des profits dans la *moudaraba* d'une manière détaillée[118]. Selon lesquelles, les parties au contrat participent aux profits selon un ratio bien précisé au moment de la conclusion du contrat. Sa détermination *ex ante*[119] permet d'éviter toute incertitude ou désaccord.

131. Le droit islamique fait prévaloir ici la liberté contractuelle, en n'exigeant aucune proportion particulière[120]. Ainsi, différentes clés de répartition peuvent être convenues selon la nature de l'activité concernée. En l'absence de sa détermination, les parties se réfèrent à la pratique coutumière, désignant le partage équitable du profit, s'il y en a, pour déterminer les parts du profit. À défaut, le contrat est considéré nul *ab initio* et en contrepartie, l'entrepreneur reçoit une contrepartie des services rendus, fixée selon le marché.

132. Il est interdit de fixer ce ratio sous forme d'un montant forfaitaire ou d'un pourcentage du capital[121]. Il ne faut pas stipuler aussi que le profit d'une transaction est fourni à une partie et celui résultant d'une autre transaction est du droit de l'autre partie.

133. En effet, la distribution du profit dépend du résultat final des opérations de *moudaraba* au moment de la dissolution du contrat. Elle doit avoir lieu après que l'investisseur ait recouvré son capital et payé les frais de gestion à l'entrepreneur comme convenu au contrat[122]. Le droit de l'entrepreneur à une part de profits dès la réalisation du

---

[118] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 13 « *Mudaraba* », art. 8/1, 2010, p. 237.

[119] A. SARKER, « *Islamic business contracts, agency problem and the theory of the Islamic firm* », *International journal of Islamic financial services*, vol. 1, n° 2, July-Sept. 1999, p. 4.

[120] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5497.

[121] AAOIFI, *op.cit.,* p. 237-238.

[122] W. MZID, « *La finance islamique : principes fondamentaux et apports essentiels dans le financement de la croissance et du développement* », Emerging new economic policy makers in the Arab Mediterranean :

profit est sujet à la rétention des bénéfices intérims afin de protéger le capital. Aucune partie ne peut réclamer un profit que si le capital de *moudaraba* est intact.

134. Normalement, en droit français, la part de chaque associé dans les bénéfices se détermine à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire[123].

135. C'est le statut de la société qui définit le processus de distribution des profits. Leur distribution n'est pas nécessairement proportionnelle. La loi admet la validité des clauses d'inégalité de traitement, ainsi que celles d'égalité de traitement. Et les partenaires ont le droit de modifier ultérieurement la clé de telle répartition.

136. Nonobstant, toute stipulation contractuelle qui exclut totalement le profit, ainsi que les pertes, ou met à la charge d'un des associés la totalité des pertes est une clause léonine, qui est réputée non-écrite[124].

B. Quant aux pertes

137. La répartition des pertes diffère d'une *moudaraba* à une commandite[125].

138. Dans une *moudaraba*, c'est l'investisseur qui assume l'intégralité des pertes subies et l'entrepreneur ne perd que sa rémunération. L'entrepreneur est en effet censé être un fiduciaire (*trustee*), ainsi il ne supporte aucune perte, sauf en cas de négligence ou de mauvaise gestion de sa part.

139. Dans une commandite, l'investisseur n'est tenu de dettes et pertes de la société qu'à concurrence de sa contribution au capital[126], d'où sa responsabilité est limitée[127].

Economic Agendas of Islamic actors, *The Papers IEMed.* coll., n° 13, European Institute of the Mediterranean (IEMed.), oct. 2012, p. 60.

[123] C. civ., art. 1844-1, al. 1.

[124] C. civ., art. 1844-1, al. 2.

[125] W. MZID, *op. cit.* Dans le même sens, consultez E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 29.

[126] C. com., art. L. 222-1.

[127] Comme nous l'avons souligné ci-dessus, selon l'article L. 222-6 du Code de commerce, si le commanditaire a accompli ou participé à un acte de gestion ponctuel, il est solidairement tenu à l'égard des tiers de tous les engagements de la société auxquels il aurait participé. En cas de gestion de manière

Alors que l'entrepreneur est infiniment et solidairement responsable des dettes sociales.

140. Toutefois, les deux droits permettent d'engager la responsabilité de l'entrepreneur gérant en cas de fraude, mauvaise gestion ou négligence grave de sa part et l'investisseur pourra le poursuivre en paiement de ce qu'il aurait dû restituer.

141. En effet, le droit islamique considère que ce type de transaction est une sorte de financement participatif, qui permet aux associés de partager les profits et les pertes. Le principe que l'entrepreneur ne subit aucune perte et c'est l'investisseur qui assume toutes les pertes (sauf fraude ou négligence de l'entrepreneur), consiste en une application de risques de perte afférents à la propriété. Autrement dit, l'investisseur est le propriétaire du capital et l'entrepreneur est responsable de ses efforts. Ainsi, dans le sens d'un partage équitable, chacun subit un risque, le risque de perte de capital par le propriétaire de fonds et le risque de perte de rémunération par l'entrepreneur. Alors qu'en droit français, la responsabilité du commanditaire est limitée à sa contribution au capital et celle du commandité est illimitée. Ce qui contredit le trait principal tiré de ce mode de financement participatif par la *moudaraba* en droit islamique.

142. Après avoir traité le fonctionnement de *moudaraba*, il est intéressant d'étudier aussi sa dissolution (§ II).

§ II : Dissolution de *moudaraba*

143. Généralement, les partenaires conviennent dans les statuts sur les causes de dissolution de la société et le mécanisme de sa liquidation.

144. La société est automatiquement dissoute par l'accord commun de ses partenaires ou à l'expiration de son terme, sauf si la majorité décide sa prorogation.

145. Le décès du commanditaire ne met pas fin à la société alors que celui du commandité peut le faire, comme prévu en droit islamique selon les normes de l'AAOIFI[128] et en droit français, selon l'article L222-10 du Code de commerce.

---

habituelle, il est solidairement tenu à l'égard des tiers de tous les engagements de la société même auxquels il n'aurait pas participé.

[128] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 13 « *Mudaraba* », art.

146. Toutefois, les partenaires peuvent convenir que la société n'est pas dissoute par le décès d'un d'entre eux, mais continue avec ses héritiers ou légataires, sauf à prévoir dans les statuts qu'ils doivent être agréés par eux tous et il peut, toutefois, être convenu que ce décès entraînera la dissolution de la société ou que celle-ci continuera seulement avec ceux survivants[129]. Dans le même sens, l'article mentionné ci-dessus précise que « *S'il est stipulé que malgré le décès de l'un des commandités, la société continue avec ses héritiers, ceux-ci deviennent commanditaires lorsqu'ils sont mineurs non émancipés. Si l'associé décédé était le seul commandité et si ses héritiers sont tous mineurs non émancipés, il doit être procédé à son remplacement par un nouvel associé commandité ou à la transformation de la société, dans le délai d'un an à compter du décès. À défaut, la société est dissoute de plein droit à l'expiration de ce délai* ».

147. Après la dissolution de la société, un inventaire de l'actif et du passif sera dressé, et ont lieu la cession de tous les actifs, le règlement des créanciers, et, le cas échéant, la distribution d'un boni de liquidation aux partenaires[130]. De plus, les actifs, et les passifs, le cas échéant, seront distribués entre eux *au prorata* de leur part dans le capital social, ou ils seront vendus et le produit sera distribué s'ils ne peuvent être séparés[131].

148. En conclusion, bien que la *moudaraba* semble proche de la commandite, celle-ci en est distincte notamment au regard de l'exigence de licéité du type d'investissement en cause ainsi qu'au niveau de sa gestion et de la distribution des pertes.

149. La *moudaraba* met aussi en lumière l'application du principe de partage équitable des profits et des pertes entre les partenaires. Ce qui n'est pas le cas pour la commandite en raison de la responsabilité limitée du commanditaire et l'entrepreneur est infiniment et solidairement responsable des dettes sociales.

150. En revanche, la *moudaraba* conduit parfois, en pratique, à de problèmes d'agence et d'asymétrie d'information entre la banque, l'investisseur, et son client, l'entrepreneur. Par exemple, l'entrepreneur pourrait avoir l'intention de déclarer un profit moins élevé que le profit réel à la banque. En conséquence, son coût de gestion est plus élevé que la

---

10/1(e), p. 240.

[129] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5498.

[130] *Ibid*.

[131] *Ibid.*

commandite.

151. Cependant, le droit islamique interdit strictement toute forme d'incertitude excessive (*gharar*) et exige la parfaite transparence dans les transactions[132]. Ce qui met une sorte d'obligation morale sur l'entrepreneur pour sanctionner tout manque d'information intentionnel et engager sa responsabilité contractuelle en cas de violation des termes du contrat.

152. La finance islamique adopte une autre forme de financement participatif à revenu aléatoire, la *moucharaka*. Cette forme n'est pas unique à la finance islamique, partageant certains aspects avec la *joint venture* en finance conventionnelle (Section II).

[132] L'interdiction de *gharar* sous-entend la nécessité de la clarté de documentation des différents types de transactions de finance islamique, ce qui facilite la gestion des risques légaux. V. TATA, «*Development of effective insolvency regimes for Islamic financial institutions*», Fifth Islamic financial stability forum, *IFSB*, Bahrain, 29 March 2012, p. 7.

SECTION II

MOUCHARAKA (JOINT VENTURE)

153. La *moucharaka*[133] est une forme de partenariat lorsque deux ou plusieurs personnes contribuent à financer un projet, dont les apports sont dans des proportions égales ou inégales. Les profits sont distribués selon un ratio convenu entre les partenaires et les pertes sont réparties au prorata de l'apport en capital. Tous les apporteurs en capital ont droit à participer à la gestion mais ce n'est pas nécessairement le cas[134].

154. Cette forme de financement permet de mobiliser des fonds pour la création ou l'expansion d'une société, ou même le financement d'une opération spécifique, principalement utilisée dans des projets d'investissement à petite échelle.

155. Certains auteurs rapprochent la *moucharaka* de la *joint venture* dans la terminologie de la finance conventionnelle[135]. Ce terme est issu du droit anglo-saxon mais en droit français, il ne correspond à aucune structure juridique précise.

156. Il s'agit formellement d'une société en participation (SEP)[136] constituée par la banque et son client en vue d'un projet spécifique[137]. La société peut prendre la forme d'une société de personnes ou de capitaux. Et la *moucharaka* peut consister aussi en une participation au capital de la part de la banque dans une entreprise existante.

157. Comparable à une *joint-venture*, on pourrait avoir recours, en droit français,

---

[133] La *moucharaka* peut s'écrire aussi comme *sharika* ou *mucharaka.*

[134] A. SARKER*, « Islamic business contracts, agency problem and the theory of the Islamic firm »*, *International journal of Islamic financial services*, vol. 1, n° 2, July-Sept. 1999, p. 6.

[135] F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, Paris, 2009, p. 96. G. SAINT-MARC, « *Finance Islamique et droit français », Gide Loyrette Nouel (AARPI)*, Tables rondes organisées par la Commission des Finances du Sénat, 14 mai 2008, p. 18. E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 31.

[136] La SEP est régie par les articles 1871 à 1873 du Code civil français.

[137] M. RUIMY, *La finance islamique,* Arnaud Franel éditions, coll. *Finance d'aujourd'hui*, Paris, 2008, p. 98.

au régime des prêts participatifs[138], prévu par les articles L. 313-13 et suivants du Code monétaire et financier, et aux termes desquels le prêteur n'est pas nécessairement un établissement de crédit ; le prêteur peut être rémunéré avec une part fixe et une part variable[139].

158. Cependant, selon nous, le rapprochement la *moucharaka* du prêt participatif n'est pas très convaincant notamment lorsque la rémunération de la banque conventionnelle, en cas de prêt participatif, peut être sous forme d'un taux fixe, ce qui ressemble au *riba* interdit en islam, alors que le revenu de la banque islamique, en cas de *moucharaka*, est toujours aléatoire en fonction du rendement de l'investissement.

159. La *moucharaka* n'est pas un prêt bancaire mais une participation pleine et entière au financement d'un projet avec un intéressement aux résultats qu'ils soient positifs ou négatifs[140].

160. Il convient de traiter en premier lieu le fonctionnement de *moucharaka* (§ I) et en second lieu sa dissolution (§ II).

§ I : Fonctionnement de *moucharaka*

161. On rappelle que dans la *moucharaka,* la banque islamique et son client, font des apports au capital de celle-ci. Sa constitution (I) doit satisfaire à certaines conditions.

162. De plus, sa gestion (II) et la distribution de ses profits et ses pertes (III) sont soumises à des règles particulières.

---

[138] Dans le même sens, le système d'émission d'obligations subordonnées et participatives (par exemple des titres super subordonnés ou des titres subordonnés remboursables) dont la rémunération est indexée sur n portefeuille d'actifs ou plus généralement sur les résultats de l'émetteur est admis en droit français. G. SAINT-MARC, « *La finance islamique : un enjeu pour la France* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 294.

[139] H. MARTIN-SISTERON, « *Le montage de financement par projet charia compliant* », *Journal des sociétés*, Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 20.

[140] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 37.

I. Constitution de *moucharaka*

163. La *moucharaka* est reconnue légitime dans le Coran[141], la Sunna du Prophète[142] et par l'unanimité des jurisconsultes islamiques. En droit français, le législateur a défini le contrat de société dans l'article 1832 du Code civil[143].

164. La *moucharaka* peut se constituer dans différentes formes sociales (A) sous réserve du respect des conditions de sa validité (B).

A. Formes sociales

165. Il n'existe pas de forme unique de *moucharaka*. Deux types en sont essentiels :

- *Moucharaka continue ou permanente* : lorsque toutes les parties sont engagées d'une manière permanente dans les affaires. Ce qui lui permet de recevoir régulièrement une part des bénéfices en sa qualité d'associé copropriétaire[144].

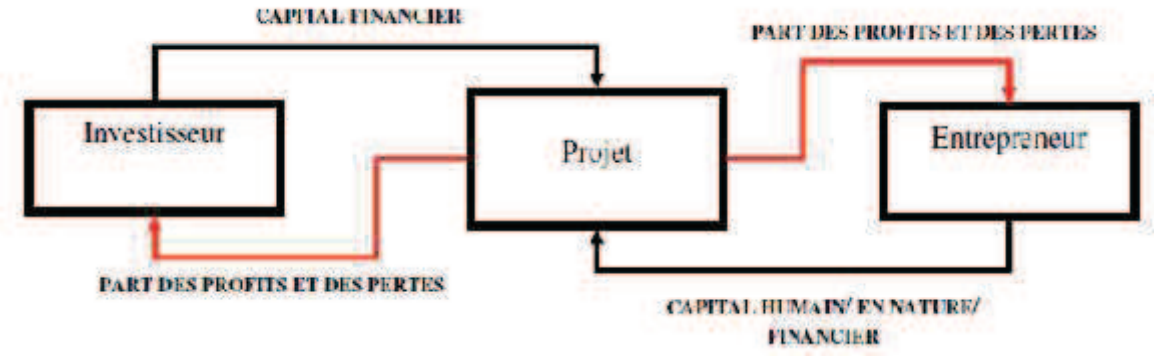


Figure : Financement par *moucharaka*[145]

---

[141] Sourate « *Sâd* », verset 24 : « *Beaucoup de gens transgressent les droits de leurs associés, sauf ceux qui croient et accomplissent les bonnes œuvres - cependant ils sont bien rares* ».

[142] Comme Abou Hourayra a rapporté: « *Allah dit : Je suis le tiers de deux partenaires puisque personne ne triche l'autre, et si un triche l'autre, je sors* ».

[143] C. civ., art. 1832 : « *1- La société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter. 2- Elle peut être instituée, dans les cas prévus par la loi, par l'acte de volonté d'une seule personne. 3- Les associés s'engagent à contribuer aux pertes* ».

[144] E. ANAS, « *Le principe de partage des profits ou des pertes dans le cadre des banques islamiques : illustration modélisée des contrats de financement participatifs moudaraba et moucharaka* », *Global Journal of Management and Business Research*, vol. 11, nov. 2011, p. 10.

[145] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 33.

- *Moucharaka* dégressive (*moucharaka moutanakissa* ou *tanazoleya*) : C'est une nouveauté introduite par les auteurs musulmans contemporains[146]. Dans cette forme de financement, la banque et le client concluent en premier temps un contrat de *moucharaka*, afin de créer une société et en deuxième temps un contrat de vente progressive pour permettre à la banque de se retirer progressivement de ce partenariat et vendre par conséquent toutes ses parts à son client[147]. Selon le rapport de Jouini et Pastré, les modalités du rachat de la part du premier associé correspondent économiquement au remboursement du principal et au paiement des intérêts au prêteur[148].

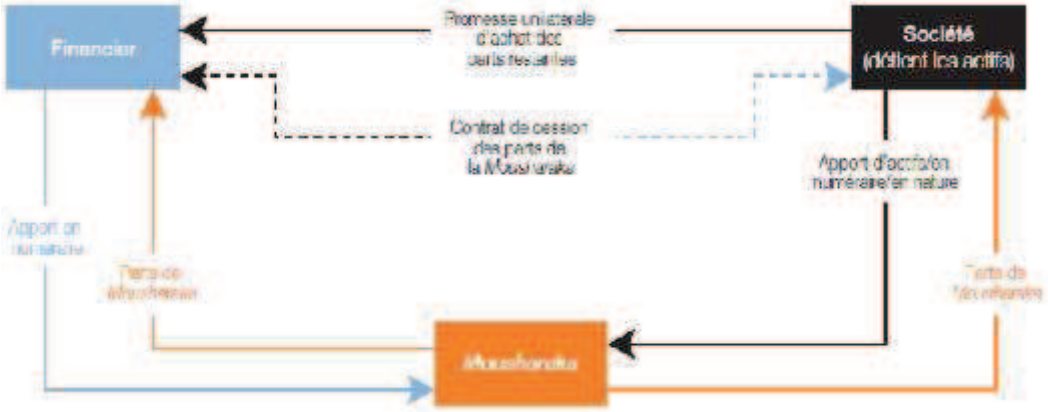


Figure: Financement par *moucharaka* dégressive[149]

166. Certains auteurs refusent d'assimiler la participation dégressive au prêt participatif dans la mesure où la participation dégressive est exclusivement rémunérée sur les résultats aléatoires de l'entreprise avec un rachat progressif des

[146] R. SAADALLAH, « *Le financement islamique : concept et principes généraux »,* Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, p. 22.

[147] Cette forme de *moucharaka* est une forme de l'utilisation de la fiducie, proche du *trust* en droit anglais. Dans ce cadre, une telle structure viserait à transférer les droits de la banque islamique à son client au fur et à mesure que les loyers sont versés par le client au fiduciaire chargé, en application du contrat de fiducie, de les réverser à la banque islamique, et ainsi la propriété devient intégralement celle du client lors du versement du dernier loyer. Cette technique apparaît intéressante dans la mesure où la banque islamique ne sera pas, sur le plan juridique, le propriétaire de l'actif pendant la durée de financement et n'assumera pas donc les risques liés à ce statut de bailleur/propriétaire (notamment la garantie des vices cachés). Consultez à cet égard, J.- B. DE BALANDA & F. BOURABIAT, « *Fiducie et finance islamique », Droit & patrimoine,* n° 192, Dossier « *Quel avenir pour la fiducie ?* », mai 2010, p. 87.

[148] E. JOUINI & O. PASTRE, *op. cit.*, p. 32.

[149] H. SMITH LLP (en collaboration avec G. LUTZ et STIBBE), « *Guide de la finance islamique* », Paris, 2009, p. 15.

parts de la banque par les associés, alors qu'en cas de finance conventionnelle, le prêteur participatif peut bénéficier (i) soit d'un taux de rémunération fixe sur une durée variable selon les résultats du projet, ce taux est censé être un taux d'intérêt fixe, et par essence du *riba*, prohibé par le droit islamique, (ii) soit d'un taux de rémunération variable sur une durée fixe, résultant de l'addition d'un taux fixe et d'un complément variable dépendant des résultats du projet. Le taux fixe constitue un *riba* et en conséquence la banque islamique ne peut pas utiliser ce type de financement[150].

B. Conditions de validité

167. En principe, le contrat de *moucharaka* doit être écrit et doit préciser les conditions régissant la relation entre les partenaires. Il faut donc définir notamment l'objet du contrat, sa durée, le capital et la contribution de chaque partie, les modalités de distribution des profits et des pertes, les garanties éventuellement données par l'entrepreneur au profit de l'investisseur pour la couverture des pertes subies à cause de négligence de ce dernier, les causes et conséquences de résiliation du contrat, les conditions de reprise de la banque de sa participation en cas de *moucharaka* dégressive. Pareillement, l'article 1835 du Code civil prévoit que les statuts de la société doivent être établis par écrit et déterminent l'objet, le capital social et les apports de chaque associé, la forme, le siège social, la durée de la société et les modalités de son fonctionnement.

168. Que ce soit en droit français ou islamique, les partenaires doivent jouir de leur pleine capacité juridique.

169. La banque peut conclure un contrat de partenariat avec les non-musulmans ou les banques conventionnelles, à condition d'investir dans des activités conformes à l'esprit de la *charia*, sauf s'il est évident que les fonds ou les apports de ces banques proviennent de sources illicites[151]. De plus, ce partenariat doit être géré en

---

[150] M. M. ZEIN, « *Comparaison des modes de financement des banques islamiques et des banques classiques* », Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et de la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème *Introduction aux techniques islamiques de financement*, actes de séminaire n° 37, 1ére éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, p. 179-180.

[151] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions,* shari'a standard no. 12 « *Sharika (Musharaka) and modern corporations* », art. 3/1/1/2, 2010, p. 204.

conformité totale avec les principes du droit islamique. Nonobstant, la banque conventionnelle ne prend pas en considération ces critères lors de la conclusion du partenariat.

170. Et définitivement, la licéité de l'objet est une condition de validité du contrat. Ainsi, l'article 1833 du Code civil exige que l'objet soit licite et la société soit constituée dans l'intérêt commun des associés. Toutefois, cette notion de licéité est différemment conçue dans chaque système[152]. Les comités de *charia* dans la banque islamique doivent surveiller la conformité des transactions financières au droit islamique, et veiller à la diffusion et l'application effective des normes et lois islamiques régissant l'investissement et l'activité économique[153].

171. Concernant le capital, la *charia* ne fixe pas de montant minimal du capital, mais exige sa libération entièrement. Toutefois, une libération progressive est admise si elle concerne tous les associés. Alors que le droit français peut exiger un certain minimum pour la constitution de quelques sociétés. L'essentiel c'est qu'il faut déterminer précisément lors de la signature du contrat la nature, le genre et le montant du capital.

172. En principe, l'apport en capital doit être en numéraire. Alors, l'apport en nature fait l'objet de différentes opinions doctrinales : il est admis par l'école malékite et hanbalite à condition d'être évalué distinctement en fonction du prix du marché à la date de signature du contrat ; et a contrario, il est prohibé par l'Imam Abou Hanifa et l'Imam Ahmad en le considérant opposable à l'unité et l'indivisibilité du patrimoine commun de la société[154]. Le Code civil français, dans son article 1843-3, accepte un apport en numéraire ou en nature ou même en industrie.

173. Parfois, la *moucharaka* peut être sous forme de participation de la banque dans une société existante. À cet égard, il faut être prudent lorsqu'il s'agit

---

[152] *Supra* n° 53.

[153] B. BENDJILALI, « *La moucharaka ou mode de financement de la* participation », Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, p. 39.

[154] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *op. cit.*, para. 5485.

d'actionnariat de la banque islamique dans une société anonyme par actions. Cette question suscite certaines polémiques : d'une part, une minorité des juristes contemporains estime qu'il n'est en aucun cas permis au musulman d'être actionnaire dans une société anonyme par actions[155]. D'autre part, la majorité des jurisconsultes musulmans permettent au musulman d'acheter et de vendre des actions ordinaires, soit (i) dans un objectif d'investissement avec l'intention de conserver durablement l'action et de profiter des dividendes versées par la société, soit (ii) dans un objectif commercial pour profiter de la différence entre le prix d'achat et le prix de revente[156].

174. D'ailleurs, l'Académie du *Fiqh* Islamique a résolu, en 1992, que le musulman peut établir une société par actions et devenir actionnaire de sociétés à condition que les activités exercées soient licites au regard de la *charia*[157].

175. Toutefois, si l'activité principale de la société est licite mais certaines activités exercées occasionnellement sont illicites, comme l'investissement dans des comptes à intérêts, comptes *ribawi*, certains jurisconsultes musulmans n'acceptent en aucun cas tout investissement par un musulman dans une société cotée en bourse qui exerce une activité illicite, même de façon secondaire, dont les revenus sont infimes[158].

176. Alors qu'un groupe de jurisconsultes contemporains[159] permettent l'actionnariat d'un musulman à condition que principalement :

---

[155] Pour plus de détails, consultez T. AN-NABHANI, *Le système économique en Islam*, Dar al-Oummah, Beyrouth, 2004.

[156] M. PATEL, *L'actionnariat en droit musulman : statut et conditions*, *ACERFI*, 2010, p. 3-4.

[157] Académie Internationale du Fiqh, *Résolution* n° 63, Djeddah, Royaume d'Arabie Saoudite, 1992, ainsi cité par M. PATEL, *op. cit.*, p.5.

[158] Cet avis est notamment celui de Sheikh Abdoullah bin Bî'ah, Dr An Nachmiy, Sheikh Ahmad Al Kourdiy, Dr Ali Ahmad As Sâloûss et de Sheikh Adh Dharîr ; il est aussi celui qui a été retenu par *Al Madjma' al Fiqhiy* de Makkah (liée à la Ligue Islamique Mondiale), la Commission Permanente pour la Recherche et l'*Iftâ* d'Arabie Saoudite, le Shari'ah Board de la Kuwaït Finance House, de la Dubaï Islamic Bank et de la Banque Islamique Soudanaise, ainsi cité par M. PATEL, *L'actionnariat en droit musulman : statut et conditions*, *ACERFI*, 2010, p. 6 (note n° 9).

[159] Parmi les jurisconsultes qui soutiennent cette opinion, on peut citer Sheikh Abdoullah Ibn Manî', Sheikh Taqi Usmâni, Sheikh Moustafa Ahmad Az Zarqâ, Dr Abdous Sattâr Abou Ghouddah, Cheikh Nizâm Ya'qoûbi et Dr Nazîh Hammad. Cet avis est celui qui a été retenu par le Shari'ah Board de l'AAOIFI, de la *Shirkat Al Râdjihi Al Masrafiyah*, de la Banque Islamique Jordanienne, de la plupart des membres présents lors du sixième forum du groupe *Al Barakah*. Ainsi cite par M. PATEL, *L'actionnariat en droit musulman : statut et conditions*, *ACERFI*, 2010, p. 6 (note n° 10).

(i) les objectifs de la société ainsi définis dans ses statuts ne contiennent pas la réalisation d'activités illicites [160];

(ii) les revenus de la société provenant de telles activités sont minimes, sans dépasser le seuil de tolérance de 5% de l'ensemble de ses revenus [161];

(iii) le montant total de la dette (dont le remboursement comprend des intérêts) de la société (emprunt à court ou long terme, obligations émises) ne soit pas trop important, qui, ainsi divisée par la valeur moyenne de sa capitalisation boursière au cours des vingt-quatre derniers mois doit être inférieur à 33%[162];

(iv) le montant total des investissements productifs de *riba* (placement à intérêts, obligations) effectués par la société ne soit pas trop important, lorsque le montant total de la trésorerie et des titres rémunérés par les intérêts divisé par la valeur moyenne de sa capitalisation boursière au cours des vingt-quatre derniers mois doit être également inferieur a 33%[163] ; et

(v) la valeur des actifs non monétaires (immobilisations corporelles et incorporelles et stocks) de la société représente une part significative de la valeur totale de ses actifs (en y incluant les immobilisations financières, les disponibilités, les créances)[164], ainsi cette valeur doit représenter selon certains jurisconsultes au moins 51% de la valeur totale de l'ensemble des actifs en vertu du principe juridique qui donne a la majeure partie le statut du tout (*lil akthar houkm al koull*), et selon d'autres au moins le tiers (30% selon l'AAOIFI et 33% selon le DJIM) de la valeur totale de l'ensemble des actifs, et d'autres les hanafites il n'y a pas de seuil précis et définitif qui est fixe, mais il faut s'assurer que la valeur des actifs non liquides n'est pas insignifiante[165].

177. Il importe d'étudier les règles régissant la gestion de *moucharaka* (II).

---

[160] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard 21 «*Financial paper (shares and bonds*) », art. 3/4/1, 2010, p. 381.

[161] *Ibid.*

[162] Dow Jones Islamic Market Indexes, Screens for Shari'ah Compliance. Selon AAOIFI, *op.cit.*, le taux est fixé à 30%.

[163] Dow Jones Islamic Market Indexes, Screens for Shari'ah Compliance. Selon AAOIFI, *op. cit.,*art., le taux est de 30%.

[164] *Ibid.*, art. 3/19, 2010, p. 384.

[165] M. PATEL, *L'actionnariat en droit musulman : statut et conditions*, *ACERFI*, 2010, p. 13.

II. Gestion de *moucharaka*

178. Les partenaires sont tous réputés être gérants pour agir au nom et pour le compte de la société. Ils peuvent conclure tout acte dans l'intérêt de la société, comme vendre ou acheter au comptant ou à crédit à son nom. Toutefois, un partenaire ne peut, sans l'autorisation des autres partenaires, ni aliéner le capital de la société au profit d'une personne par une *moudaraba*, ni la mandater à fructifier ce capital[166].

179. Ils peuvent également désigner un gérant et déterminer ses pouvoirs dans les statuts. Dans ce cas, tous les associés, y compris la banque, ont droit de surveiller la gestion du projet et sa bonne marche. Chacun a le droit de se retirer si les perspectives ne lui sont pas satisfaisantes. Normalement, la banque s'assure du bon fonctionnement du projet sans intervenir dans sa gestion, tant que le client jouit des compétences et de l'expérience professionnelle, lui permettant de bien maîtriser le projet[167].

180. Les modalités de distribution des profits et des pertes (III) dans une *moucharaka* témoignent de l'application du principe de partage des profits et pertes en finance islamique.

III. Distribution des profits et des pertes

181. Nous traiterons d'abord la distribution des profits (A), puis celle des pertes (B).

A. Quant aux profits

182. En principe, en droit français, les droits de chaque associé dans le capital social sont proportionnels à ses apports lors de la constitution de la société ou au cours de l'existence de celle-ci[168]. Pareillement, selon les normes d'AAOIFI, la part

---

[166] B. BENDJILALI, « *La moucharaka ou mode de financement de la participation »,* Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, p. 37.

[167] *Ibid.,* p. 32.

[168] C. civ., art. 1843-2.

du profit doit être en proportion avec le pourcentage de la contribution de chaque associé au capital[169].

183. Toutefois, en vertu du principe de la liberté contractuelle, les associés peuvent convenir autrement, sous réserve de respecter le principe d'équité. En conséquence, selon leur accord commun, les profits peuvent ne pas être distribués en fonction de la contribution au capital, à condition que la valeur supplémentaire excédant telle contribution ne soit pas en faveur de l'associé dit *sleeping partner*[170].

184. Toutefois, certaines écoles de jurisprudence islamique réduisent la portée de la liberté contractuelle: les malékites et les chaféites exigent que chaque associé obtienne une part de bénéfice exactement proportionnelle à sa part dans le capital de la société, sinon le contrat est invalide, alors que les hanafites et les hanbalites considèrent que la part de bénéfice peut ne pas représenter le capital investi par l'associé, même si leurs apports sont égaux, sous réserve que ce ratio soit déterminé *ab initio* et accepté par l'ensemble des associés[171]. Leur point de vue est basé sur le fait que les associés exercent des efforts inégaux selon la variété de leurs compétences et leur expertise.

185. En effet, le droit islamique exige que cette part soit sous forme d'un pourcentage du résultat ou d'une fraction du profit[172]. Il est interdit de fixer un montant forfaitaire[173] ou de garantir à l'une des parties sa part du profit indépendamment des résultats de la société et il ne faut pas attribuer à un associé la totalité du profit procuré par la société[174].

186. D'ailleurs, les associés peuvent librement décider de changer le ratio de profit au moment du partage des profits. Il n'est pas permis alors de commencer l'allocation de profits entre les associés avant que les coûts d'exploitation, les frais

---

[169] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 12 « *Sharika (Musharaka) and modern corporations* », art. 3/1/5/3, 2010, p. 207. C. civ., art. 1844-1, al. 1.

[170] AAOIFI, *op. cit*.

[171] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5485.

[172] AAOIFI, *op. cit*., art. 3/1/5/1, p. 207.

[173] AAOIFI, *op. cit*., art. 3/1/5/8, p. 207.

[174] C. civ., art. 1844-1, al. 2.

et les impôts soient déduits et que le capital de la société soit maintenu intact[175].

187. Les associés sont également libres de mettre à part un certain ratio du profit pour constituer des réserves, comme réserve de risque d'investissement, ou pour le consentir comme un don de bienfaisance.

188. En revanche, en cas de pertes (B), cette liberté contractuelle est bien réduite.

B. Quant aux pertes

189. En principe, le partenaire n'est tenu garant des pertes subies, le cas échéant, sauf si à cause de sa faute ou sa négligence[176].

190. Les pertes doivent être réparties selon la participation au capital[177]. Il est interdit de faire subir toutes les pertes par un seul associé ou un groupe d'associés. D'ailleurs, il n'est pas permis de distribuer les pertes aux associés dans un pourcentage non proportionnel à leur contribution au capital.

191. Toutefois, si la société subit une perte à cause de la faute, la négligence ou bien la violation de l'une des clauses du contrat de la part de l'un des associés, ce dernier est responsable des dommages causés à ses associés.

192. Certains estiment que la *moudaraba* témoigne du partage des profits uniquement alors que la *moucharaka* reflète le principe du partage des profits et des pertes. Selon nous, ces deux formes de financement démontrent l'application du principe de partage des profits et des pertes : en cas de *moudaraba*, les parties partagent les profits selon le ratio convenu et en cas de pertes, c'est le propriétaire du capital qui, en principe, les subit entièrement sauf en cas de négligence ou mauvaise gestion de la part du *moudareb*. Mais, ce dernier subit aussi une perte qui consiste en sa rémunération ou le résultat de son travail. En cas de *moucharaka*, les associés partagent les profits selon le ratio convenu aussi et les pertes en proportion avec leur apport en capital dans le projet.

---

[175] AAOIFI, *op. cit.*, art. 3/1/5/6, p. 207-208.

[176] B. BENDJILALI, « *La moucharaka ou mode de financement de la participation »,* Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, p. 40.

[177] C. civ., art. 1844-1, al. 1. AAOIFI, *op. cit.*, art. 3/1/5/4, p. 207.

193. Cette variété d'application du principe de partage des profits et des pertes peut être justifiée par la différence d'apport en capital dans chaque contrat: dans la *moudaraba*, c'est le *rab-al-mal*, le propriétaire du capital, qui est l'apporteur de fonds et le *moudareb* apporte son savoir-faire et gère le projet, alors qu'en cas de *moucharaka*, tous les associés participent en fonds propres dans la société et sont réputés être gérants. Et c'est dans cette optique, la responsabilité des associés de *moucharaka* est illimitée mais en cas de *moudaraba*, la responsabilité du propriétaire du capital est limitée à son investissement sauf en cas d'autorisation du *moudareb* de conclure des dettes en son nom.

194. Après avoir étudié la constitution et le fonctionnement de la société, il est intéressant d'examiner les causes et les conséquences de sa dissolution (§ II).

§ II : Dissolution de *moucharaka*

195. Selon la majorité des jurisconsultes islamiques, le contrat de société est non obligatoire (*jaîz*) et ainsi tout associé peut le dénoncer alors que seule l'école malékite le considère comme obligatoire (*lazim*) dès sa conclusion, et les partenaires peuvent donc s'opposer à sa dissolution si envisagée par un partenaire et l'affaire sera soumise au juge qui ne vend les actifs de la société que si une offre est favorable[178].

196. En principe, les partenaires sont libres de déterminer les causes de la dissolution de la société. Normalement, le contrat de société prend fin à l'arrivée du terme convenu, ou même avant par l'accord commun des associés. Nonobstant, les parties peuvent convenir de proroger la société, la décision est prise selon la majorité exigée pour la modification des statuts.

197. D'ailleurs, chaque partenaire a le droit de sortir de la société après avoir donné un préavis aux autres partenaires, mais cela n'entraine pas la dissolution de la société et les obligations et les actes qui ont eu lieu avant la fin du contrat demeurent exécutoires[179]. Il faut que les partenaires précisent dans les statuts les modalités de

[178] B. BENDJILALI, *op. cit.*, p. 34.

[179] AAOIFI, *op. cit.*, art. 3/1/6/1, p. 209.

sortie d'un associé de la société, ou même celles de la vente de sa part aux autres partenaires ou à un tiers. Ces mécanismes sont différents d'une société à une autre.

198. Il convient de noter aussi que la dissolution automatique de la société à la suite d'un décès d'un des partenaires ou en cas de faillite ou de perte totale du capital de la société dépend selon qu'on est en présence d'une société de personnes ou société de capitaux, ce qui l'est dans le premier cas mais ne l'est pas dans le second.

199. Après la dissolution de la société, la phase de liquidation commence. Durant laquelle, un inventaire de l'actif et du passif sera dressé, et ont lieu la cession de tous les actifs, le règlement des créanciers, et, le cas échéant, la distribution d'un boni de liquidation aux associés[180]. En cas de mali de liquidation, chaque associé est censé être responsable dans le règlement du passif selon la proportion de ses apports dans le capital, sauf si le passif a été causé par la négligence d'un ou de plusieurs associés qui en sont responsables[181].

200. De plus, les actifs seront distribués entre les associés *au prorata* de leur part dans le capital social, ou ils seront vendus et le produit sera distribué entre les associés s'ils ne peuvent être séparés[182].

201. Enfin, la *moucharaka* semble ne pas constituer une forme unique à la finance islamique. Son homologue conventionnel adopte la structure de *joint venture*, en vertu de laquelle la banque participe au capital d'une société en création ou d'une société existante et devient ainsi actionnaire.

202. Il est fort à constater qu'à la différence du mécanisme de crédit conventionnel, l'apport numéraire de la banque islamique ne constitue pas une dette, il s'agit d'un financement en fonds propres. De ce fait, la banque a le droit de vote et se trouve plus impliquée dans la gestion et la surveillance de l'investissement. En conséquence, cette transaction fait subir la banque une responsabilité et des risques qui ne sont pas supportés par la banque en cas de crédit à intérêt.

---

[180] H. MARTIN-SISTERON, *op. cit.*, para. 5486.

[181] *Ibid.*

[182] *Ibid.*

203. En conclusion, la *moudaraba* comme la *moucharaka* sont les modes de financement islamique par capital. A l'inverse de la finance conventionnelle, la banque islamique est rémunérée sur les résultats de l'investissement et participe aux profits et pertes subies.

204. Mais, dans ces contrats, l'incertitude du taux de rendement sur le capital est très élevée en raison de l'asymétrie de l'information, créant un aléa moral et un problème de sélection adverse[183].

205. Face à ces défis, et pour assurer sa capacité à concurrencer la finance conventionnelle, le droit islamique reconnait d'autres modes de financement d'ordre commercial à revenu fixe (Chapitre II).

[183] A. SARKER, «*Islamic business contracts, agency problem and the theory of the Islamic firm», International journal of Islamic financial services*, vol. 1, n° 2, July-Sept. 1999, p. 6.

CHAPITRE II

CONTRATS D'ORDRE COMMERCIAL A REVENU FIXE

206. Le plus souvent[184], dans le financement conventionnel, l'emprunteur demande un crédit pour acquérir un bien, mais au lieu de réaliser cette acquisition, il risque de détourner les fonds et de s'engager sans prévenir (immoralement) dans des activités considérées très risquées (problème de la substitution d'actifs)[185]. S'agissant donc du risque moral auquel s'expose souvent la banque conventionnelle par le détournement des fonds empruntés à des fins plus spéculatives.

207. Alors, en finance islamique, la banque exige la tangibilité des actifs financés afin d'affecter et de contrôler les fonds dans des secteurs d'investissement licites selon la *charia.* Dans ce cas, la banque (à travers un véhicule *ad hoc*) se charge des opérations de bail ou de vente du bien en question pour le louer ou le revendre à son client, ce qui lui permet de réduire les problèmes de hasard moral.

208. Dans le financement islamique par dette, l'étendue du rôle traditionnel de la banque, en tant qu'intermédiaire financier, a changé. Celle-ci peut être qualifiée de bailleur, ou vendeur, respectivement dans des contrats de location (*ijara*), contrats de vente d'un produit existant basé sur la vente à prix coûtant majoré but lucratif (*mourabaha*), des contrats de fabrication ou de contrats de construction de biens d'équipements ou de biens devant être construits ou fabriqués pour livraison à terme (*salam, istisna*)[186].

209. Sa rémunération ne dépend pas uniquement des résultats du projet financé, comme en cas de financement participatif. Mais, elle est rémunérée selon des versements constants, échelonnés dans le temps, qui correspondent aux fractions du

---

[184] Parfois, la banque insère une clause contractuelle qui impose à l'emprunteur de ne pas changer l'objectif de l'emprunt (par exemple, pour financer l'achat d'une maison) ainsi indiqué dans le contrat sauf après avoir notifié la banque et obtenu l'accord préalable de cette dernière. Et en cas de violation, la banque peut mettre fin au contrat de crédit et toutes les sommes empruntées deviendront exigibles.

[185] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 78.

[186] M. GABBANI, « *Islamic project finance* », Chair of ethics and financial norms, Paris I Pantheon – Sorbonne University and King Abdul Aziz University, Seminar of 1st June 2011, p. 6.

principal additionnés d'une marge, fixe et indépendante de la maturité du contrat[187].

210. Ces contrats se divisent en contrats de crédit (Section I) et contrats futurs (Section II).

[187] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 41.

SECTION I

CONTRATS DE CREDIT

211. Les contrats de crédit en finance islamique sont (i) le contrat de location *ijara*/crédit-bail (*ijara wa iqtinaa*) et (ii) le contrat de vente différée (*bai mourabaha* : avec marge bénéficiaire/*bai mu'ajjal* : vente à paiement échelonné)[188].

212. Ces opérations s'apparentent au financement conventionnel pour la location ou l'achat d'un actif.

213. Il s'agit d'un transfert de propriété progressif en *ijara* et d'un transfert à la fin du contrat en *mourabaha*[189].

214. La majorité de la doctrine rapproche l'*ijara* du contrat de crédit-bail (§ I) et la *mourabaha* du crédit à intérêt (§ II).

§ I : *Ijara* (crédit-bail)

215. Le contrat d'*ijara* est une technique de financement d'actifs souvent pratiquée à moyen terme, et utilisé pour le financement de projets d'investissement[190].

216. En droit islamique, l'*ijara* consiste en une simple location du bien pour transférer le droit d'usage au locataire pour une période bien précise en contrepartie du paiement de loyers.

217. Mais, dans un schéma plus complexe, l'*ijara* peut prendre la forme d'un *ijara muntahia bittamleek/ijara wa iqtina*), une structure analogue à l'*ijara* mais inclut une promesse d'achat du bien par le client ou une promesse de vente par la

[188] M.-S. EBRAHIM, « *Integrating Islamic and conventional project finance»*, Proceedings of the Second Harvard University forum on Islamic finance: Islamic finance into the 21st Century Cambridge, Massachusetts, 1999, pp. 183-193.

[189] S. HOBEIKA, « *Finance islamique et ISR : convergence possible ?* », Centre de recherche ISR de Novethic, sous dir. d'A.-C. HUSSON-TRAORE, Paris, mai 2009, p. 23. Il s'agit d'une analyse conduite par le Centre de recherche ISR de Novethic sur les points de convergence possibles entre l'investissement socialement responsable (ISR) et la finance islamique.

[190] H. MARTIN-SISTERON, « *Le montage de financement par projet charia compliant* », *Journal des sociétés*, Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010.

banque islamique, le bailleur, pour transférer la propriété du bien loué à son client, le locataire, soit à la fin de la durée de location, soit en cours du contrat[191].

218. La qualification juridique d'*ijara* en droit français (I) mérite d'être examinée avant de traiter les conditions de validité du contrat (II), son exécution (III) et son extinction (IV).

I. Qualification juridique d'ijara en droit français

219. Souvent par simplification de langage le classique terme *ijara* désigne le contrat d'*ijara wa iktina*[192], ou *ijara muntahia bittamleek*.

220. L'Administration fiscale française, dans son instruction du 23 juillet 2010, définit l'ijara comme « *un contrat en vertu duquel une entité met un actif mobilier ou immobilier à disposition d'un client pour une durée déterminée en contrepartie du paiement de loyers. Le client peut être le propriétaire originel de l'actif. Le contrat d'ijara peut être assorti d'une promesse de vente ou d'une option d'achat exerçable à l'échéance ou en cours de contrat. Cette promesse de vente ou cette option d'achat peut être distincte du contrat de location*»[193] .

221. Et pour déterminer le régime fiscal applicable, la qualification juridique d'*ijara* a été examinée, s'agissant ou non d'une opération de crédit-bail au sens de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier ou d'une opération de location assortie d'une option d'achat (« location avec promesse de vente »). Que ce soit l'une ou l'autre, les deux contrats constituent des opérations de crédit aux termes du deuxième alinéa de l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, qui indique que « *sont assimilés à des opérations de crédit, le crédit-bail, et de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat*»[194].

---

[191] R. KEENAN, « *Islamic project finance : structures and challenges* », *Project finance NewsWire*, Chadbourne & Parke LLP, Feb. 2010, Dubai, p. 3.

[192] http://www.aidimm.com/glossaire/i/*ijara*-contrat_42.html (dernière consultation le 17 mai 2013).

[193] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 « Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, régime applicable aux opérations d'ijara »*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S3/10 (NOR : ECE L 10 00003 J). http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes310.pdf (BOI-DJC-FIN-30-20120912).

[194] *Ibid.*

222. Selon cette instruction fiscale, « *pour constituer une opération de crédit-bail ou de location avec option d'achat, une opération faisant appel à un contrat d'ijara doit donc respecter les conditions fixées pour ces types d'opérations par les textes normatifs en vigueur, et notamment les conditions suivantes* :

- *l'entité qui met à disposition d'un client l'actif mobilier ou immobilier, pour une durée déterminée, en contrepartie du versement de loyers doit disposer d'un statut d'établissement de crédit régulièrement habilité à exercer en France aux termes notamment des articles L.511-5*[195] *et L.511-10*[196] *du Code monétaire et financier ;*
- *ou cette même entité doit entrer dans les exceptions prévues à l'article L.511-6 du Code monétaire et financier pour les établissements de crédit;*
- *ou l'opération considérée est en dehors du champ d'application de l'article L.511-5 du Code monétaire et financier ;*
- *ou l'opération concernée doit entrer dans le champ de l'article L.511-7*[197] *du Code monétaire et financier ;*
- *dans tous les cas, le contrat d'ijara est assorti d'une option d'achat donnant au client la possibilité d'acquérir l'actif à l'échéance ou en cours de contrat, au terme de la période de location ou en cours de contrat, moyennant un prix convenu entre les deux parties au moment de la signature dudit contrat*» [198] .

223. Le contrat d'*ijara* implique une relation triangulaire : en premier temps, un contrat de vente entre le fournisseur du bien et la société de financement par crédit-bail ou la banque qui achète le bien à louer, et en deuxième temps, un contrat de location entre la société de crédit-bail (crédit-bailleur) et le locataire (crédit-preneur).

[195] C. mon. fin., art. L. 511-5.

[196] C. mon. fin., art. L.511-10.

[197] C. mon. fin., art. L.511-7.

[198] Direction générale des finances publiques, *op. cit.*, p. 3-4.

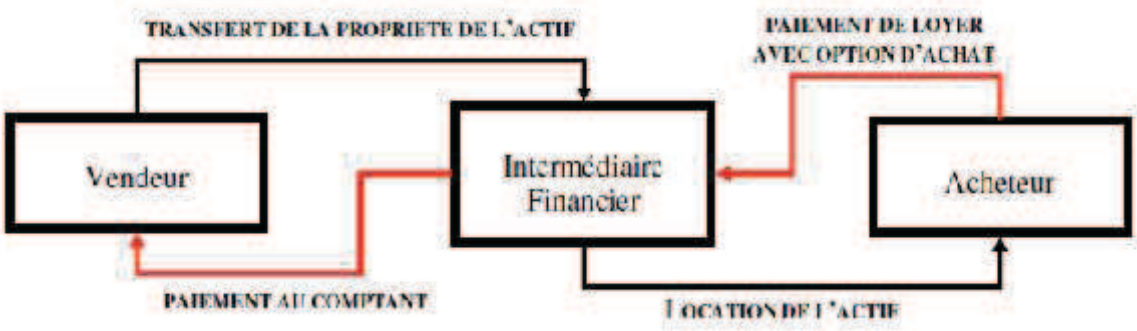


Figure : Financement par *ijara*[199]

224. Dans le même sens, certains auteurs sont d'avis que l'*ijara* s'apparente au contrat de crédit-bail en droit français[200].

225. Alors que d'autres, comme Martin-Sisteron, précisent que c'est la location-vente (contrat innommé) assortie d'une promesse synallagmatique de vente qui semble appropriée au contrat d'*ijara*[201]. Il distingue entre les deux contrats; en cas de location-vente, la banque est assurée par le transfert automatique de propriété du bien au preneur, contrairement au crédit-bail où la banque prend le risque de conserver le bien à défaut d'exercice de l'option d'achat par le locataire[202]. D'ailleurs, ces contrats sont différents au niveau de leur application, puisque le crédit-bail, régi par le Code monétaire et financier, est réservé seulement aux professionnels, alors que la location-vente, réglée par le Code de consommation, est destinée aux particuliers et aux professionnels.

226. Selon nous, dans une interprétation littérale stricte, le contrat d'*ijara* dans sa simple structure désigne seulement le contrat de location (*leasing*). Alors que l'*ijara wa iktina*, ou *ijara muntahia bittamleek* réfère au contrat de crédit-bail (*leasing-purchase*) ou de location assortie d'une option d'achat. Toutefois, la qualification juridique dépend de l'interprétation des termes et des conditions du contrat.

---

[199] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p.36.

[200] P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. – oct. 2004, p. 55.

[201] H. MARTIN-SISTERON, « Le *montage de financement par projet charia compliant* », *Journal des sociétés,* Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 21.

[202] *Ibid*.

227. De plus, à l'inverse de la location-vente, l'*ijara* n'implique pas, à son expiration, transfert automatique de la propriété de l'actif sous-jacent au locataire.

228. Enfin, même si l'*ijara* semble approprié au crédit-bail ou à la location assortie d'une option d'achat, on remarque qu'il existe cependant quelques différences importantes entre ces opérations, ainsi soulignées ci-dessus.

229. Ensuite, il importe d'examiner les conditions de validité d'*ijara* (II).

II. Validité d'*ijara*

230. En effet, la légitimité d'*ijara* trouve sa source dans le Coran[203], la Sunna[204] et aussi l'unanimité des jurisconsultes musulmans. D'ailleurs, l'AAOIFI précise que les normes applicables à l'*ijara* s'appliquent également à l'*ijara muntahia bitamleek*[205], sous réserve de certaines dispositions spécifiques.

231. En droit français, le contrat de location est régi par le droit commun, sous les articles 1708, 1709 et 1710, et aussi de l'article 1713 à 1751 du Code civil. Alors que le régime du crédit-bail repose sur la loi n°66-455 du 2 juillet 1966, complété par l'ordonnance du 28 septembre 1967. Mais, c'est le Code de consommation qui régisse la location assortie d'une option d'achat.

232. A l'inverse, le champ d'application d'*ijara* est plus large pour s'appliquer sur les professionnels et les particuliers.

---

[203] La notion d'*ijara* réfère à l'engagement de quelqu'un pour rendre un service, mais il ne s'agit pas de contrat de travail en raison de l'absence d'un lien de subordination. Sourate Les Histoires (*Al-Qasas*), verset 26: « *L'une d'elles dit: «Ô mon père, engage-le [à ton service] moyennant salaire, car le meilleur à engager c'est celui qui est fort et digne de confiance*». Et verset 27 de même sourate : « *Il dit: « Je voudrais te marier à l'une de mes deux filles que voici, à condition que tu travailles à mon service durant huit ans. Si tu achèves dix [années], ce sera de ton bon gré; je ne veux cependant rien t'imposer d'excessif. Tu me trouveras, si Allah le veut, du nombre des gens de bien* ». Pour plus de détails, consultez AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 9 « *Ijarah and Ijarah Muntahia Bittamleek* », art. 1, p. 141, et Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, 2010, p. 153.

[204] Selon le Prophète, « *Payer le travailleur embauché son salaire avant que sa sueur ne se dessèche* », « *Celui qui embauche une personne doit l'informer de ses honoraires* » ainsi rapportés par Ibn Majah, *Sunan Ibn Majah*, 2/817. Bank NEGARA MALAYSIA, *Draft of Shariah parameter reference 2: Ijarah contract (SPR2)*, 2009, p. 11.

[205] AAOIFI, *op. cit.*, p. 141. A cet égard, il convient de noter que les termes et conditions de l'AAOIFI régissant l'*ijara* s'appliquent également sur l'*ijara muntahia bittamleek*, sous réserve de certaines différences nuancées que nous avons mis en lumière.

233. Mais, la validité de ces opérations dépend de certains éléments, tels que l'acquisition de l'actif (A), l'objet du contrat (B) et le paiement du loyer (C).

A. Acquisition de l'actif

234. Normalement, le bailleur ne peut pas louer l'actif sous-jacent avant d'avoir pris sa possession (1) et pareillement pour transférer sa propriété au locataire (2).

1. Prise de possession par le bailleur

235. Etant donné que le Prophète a interdit la vente de la chose dont on n'est pas propriétaire, il faut donc que le bailleur jouisse de la propriété de l'actif concerné[206] avant sa location à un tiers.

236. Il peut arriver que le client acquière conjointement l'actif avec sa banque, et donc loue la part représentant la propriété de cette dernière, et paye un loyer correspondant à telle part[207].

237. Toutefois, dans les limites de sa propriété, et sans nuire au droit d'usufruit du locataire, le bailleur peut vendre le bien loué à un tiers, même sans le consentement du locataire, et dans ce cas, si le tiers acheteur connaît la location du bien, le titre de propriété, y inclus les droits et les obligations du bailleur original, lui seront transférés, alors que s'il l'ignore, il peut résilier le contrat de vente[208]. D'où l'exigence de transparence et d'honnêteté dans ces relations.

238. Ainsi, la banque doit contacter directement le vendeur du bien et conclure un contrat d'achat pour acquérir le bien à louer.

239. Toutefois, comme en droit français, la banque islamique peut mandater un tiers pour faire une telle acquisition. Précisément, il est recommandé que le client, future locataire, ne soit pas cet agent mandaté afin d'éviter les transactions fictives[209]. Cependant, il demeure possible de mandater ce dernier pour acquérir le bien pour le compte de la banque, ainsi le client-mandataire choisit, inspecte et

[206] Ainsi rapporté par Abu Dawuud, *Sunan Abu Dawuud*, 3/283.

[207] AAOIFI, *op. cit.*, art. 3/6, p. 142.

[208] AAOIFI, *op. cit.*, art. 7/1/2, p. 146.

[209] *Ibid.,* art . 3/7, p. 142; et Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, p. 154.

réceptionne au nom et pour le compte de la banque, le bien livré et en prend automatiquement possession[210].

240. Ce processus rappelle celui du crédit-bail en droit français, qui emporte de plein droit mandat confié au futur utilisateur de choisir le matériel auprès du fournisseur, d'en préciser les spécifications, en prendre livraison et établir un procès-verbal[211]. Ainsi, la banque, après avoir accepté le principe de l'opération, établit avec l'utilisateur un contrat valant promesse synallagmatique de location du matériel dont ce dernier doit négocier l'acquisition pour le compte du crédit-bailleur aux termes du mandat reçu à cet effet, et sous réserve de l'acceptation de celui-ci[212]. Ainsi, l'utilisateur doit veiller à stipuler dans le bon d'achat cette condition suspensive afin de ne pas apparaître à l'égard du vendeur comme le véritable acheteur engagé par sa signature[213].

2. Transfert de propriété au locataire

241. En finance islamique, en cas d'*ijara muntahia bitamleek*, le contrat d'*ijara* s'applique sur le bien loué jusqu'à l'arrivée de son terme, et ensuite la propriété du bien est cédée en vertu d'un nouveau contrat, le dédit de vente[214].

242. En effet, la conclusion d'*ijara muntahia bitamleek* peut avoir lieu, soit par (i) une promesse de vente avec une contrepartie, ou avec accélération de paiement du loyer encore restant, ou (ii) une promesse de don, sans aucune contrepartie, ou (iii) une promesse de don subordonnée au paiement des acomptes[215].

243. Pour que ce contrat soit valide, le contrat d'*ijara* doit être distinct et indépendant de la promesse de vente ou de don. Une telle promesse doit faire l'objet d'un document séparé. De plus, elle doit être unilatérale et contraignante seulement

---

[210] P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. – oct. 2004, p. 55.

[211] CA Paris 23 novembre 1976, DS 1977, IR p. 334, ainsi cité par *Ibid.*

[212] P. SIMLER & F. TERRE, *Le crédit et ses garanties,* 1ère éd., LexisNexis, coll. *Juris-compact,* 2004, p. 346.

[213] Com. 20 oct. 1975: *D.* 1976. http://www.easydroit.fr/jurisprudence/CASS/1975/10/

[214] AAOIFI, *op. cit.*, Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, p. 153.

[215] AAOIFI, *op. cit.*, art. 8/1, p. 148.

pour le promettant, ainsi l'autre partie doit avoir l'option de ne pas l'accepter, puisqu'il ne peut y avoir de promesse synallagmatique qui équivaudrait ici à un contrat de vente à terme non autorisé dans le cas de la vente ou du don[216].

244. Lorsque cette promesse est remplie, il convient de signer un nouveau contrat pour transférer la propriété du bien[217], puisque celle-ci n'est pas cédée automatiquement en vertu de la promesse. Ainsi, il n'est pas possible de transférer la propriété du bien loué en concluant, parallèlement au contrat d'*ijara*, un contrat de vente même s'il devient en force ultérieurement[218].

245. En droit français, le contrat ne peut être qualifié de crédit-bail que s'il stipule en faveur du locataire la faculté d'opter pour l'acquisition du bien financé à un prix tenant nécessairement compte, au moins pour partie, des sommes payées à titre de loyers ; alors que si le contrat subordonne l'acquisition du bien à l'acceptation ultérieure du bailleur, en réponse à l'option manifestée par le locataire, il ne s'agit pas d'un crédit-bail mais simplement d'une location assortie d'un engagement unilatéral d'achat[219].

246. Selon Martin-Sisteron, en cas de location-vente, la banque est assurée par le transfert automatique de propriété du bien au preneur, contrairement au crédit-bail où la banque prend le risque de conserver le bien à défaut d'exercice de l'option d'achat par le locataire[220].

247. Ainsi, en cas de location-vente, les contrats de location et de vente s'appliquent en même temps, sur le même objet, et en conséquence la propriété de cet objet se transfère automatiquement au locataire (acheteur) dés le paiement du dernier acompte sans avoir besoin de conclure un nouveau contrat pour tel transfert[221].

---

[216] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5456.

[217] AAOIFI, *op. cit.,* art. 8/3, p. 148.

[218] AAOIFI, *op. cit.,* art. 8/7, p. 149.

[219] Com., 15 jan. 1985: *Bull. civ. IV,* n° 24, ainsi cité par P. SIMLER, *op. cit.*, p. 345.

[220] H. MARTIN-SISTERON, « *Le montage de financement par projet charia compliant* », *Journal des sociétés*, Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 21.

[221] AAOIFI, *op. cit.*, Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, p. 153.

B. Objet du contrat

248. Sans doute, l'objet du contrat doit être clairement identifié pour éviter toute incertitude (*gharar*).

249. De plus, il doit être valide pour permettre l'exercice du droit d'usage par le locataire[222]. Ainsi, l'*ijara* ne peut pas porter sur la location de biens incorporels (brevets d'invention ou droits d'auteur), ou de droits d'exploitation de ressources naturelles (le gaz ou le pétrole)[223]. Aussi, une chose consomptible, qui se détruit par le premier usage, ne peut pas faire son objet puisqu'en se servant, le *fructus* disparaît et *l'usus* se confond avec l'*abusus*[224].

250. L'objet des obligations respectives des parties est la mise en location d'un équipement, d'un immeuble ou de tout autre bien par la banque islamique en contrepartie d'un loyer périodique prédéterminé contractuellement[225].

251. Aux termes de l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier[226], une

---

[222] AAOIFI, *op. cit.*, art. 5/1/1, p. 144, Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, p. 155.

[223] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *op. cit.,* para. 5453.

[224] Selon la distinction opérée par les jurisconsultes romains, trois attributs peuvent être exercés sur une chose : le *jusutendi* (*usus*, l'usage), le *jus abutendi* (*abusus*, le pouvoir de disposer du bien) et le *jus fruendi* (*fructus*, le droit d'en acquérir les fruits). Pour plus de détails, consultez H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *op. cit.*, para. 5454.

[225] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *op. cit.*, para. 5453.

[226] C. mon. fin., art. L. 313-7 : « *Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont :*

1. Les opérations de location de biens d'équipement ou de matériel d'outillage achetés en vue de cette location par des entreprises qui en demeurent propriétaires, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, donnent au locataire la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués, moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ; 2. Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaires de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire. En cas d'opération de crédit-bail sur le droit au renouvellement d'un bail, ce droit ne peut être invoqué que par le crédit-bailleur, par dérogation aux dispositions de l'article L. 145-8 du code de commerce. Les autres droits et obligations que le locataire tient des dispositions du décret précité sont répartis par contrat entre le propriétaire, le crédit-bailleur et le crédit-preneur. 3. Les opérations de location de fonds de commerce, d'établissement artisanal ou de l'un de leurs éléments incorporels, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers, à l'exclusion de toute opération de location à l'ancien propriétaire du fonds de commerce ou de l'établissement artisanal. 4. Les opérations de location de parts sociales ou d'actions prévues aux articles L. 239-1 à L. 239-5 du code de commerce, assorties d'une promesse unilatérale de vente moyennant un prix

opération de crédit-bail peut porter sur un meuble, immeuble, fonds de commerce et droits sociaux[227].

252. Selon l'AAOIFI, il est possible d'acquérir un bien d'une partie et ensuite le louer à la même partie[228]. Ce qui ressemble à la cession bail en droit français (*lease-back*) qui consiste en la cession de la propriété d'un bien à un établissement de crédit-bail qui en devient ensuite locataire, ce qui permet au propriétaire vendeur de dégager des capitaux tout en lui laissant l'usage du bien. Cette opération est plutôt utilisée dans le domaine immobilier (plus rare dans le crédit-bail mobilier qui ne finance pas le matériel d'occasion), si le matériel est récemment acheté par l'utilisateur, ou s'il est importé[229]. Le droit islamique exige que l'opération d'*ijara* ne soit pas stipulée comme une condition du contrat d'achat de ce bien par la banque[230].

253. Il incombe au crédit-preneur de vérifier la conformité du matériel commandé. Ainsi, en l'absence de réserves, à l'exception de certains biens dont les défauts n'apparaissent qu'ultérieurement, ce dernier ne peut reprocher au crédit-bailleur le défaut de conformité pour refuser de payer les loyers, d'autant que le crédit-bailleur transfère généralement au preneur les actions en garantie relatives au matériel livré[231].

C. Paiement du loyer

254. Généralement, le paiement du loyer ne commence pas nécessairement dès la signature du contrat de location. Sa date d'exigibilité (1) et son calcul (2) dépendent des termes du contrat, sous réserve du respect de certains principes.

1. Date d'exigibilité du loyer

255. En cas *d'ijara*, le loyer n'est pas exigible avant la livraison du bien au

---

convenu tenant compte, au moins pour partie, des versements effectués à titre de loyers ».

[227] F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Mémentos Droit bancaire*, 9e éd., Sirey, *Dalloz*, 2007, p. 101-103.

[228] AAOIFI, *op. cit.,* art. 3/2, p. 142.

[229] F. PELTIER, *Introduction au droit du crédit,* La revue banque éditeur, France, 1990, p. 119.

[230] AAOIFI, *op. cit.*, art. 3/2, p. 142.

[231] P. SIMLER, *Le crédit et ses garanties, op. cit.,* p. 346.

locataire, puisque le paiement du loyer en échange de fonds donnés au locataire qui n'est autre que l'intérêt pur et simple[232]. Mais, si le bailleur n'a pas réussi à délivrer l'actif au locataire en la date spécifiée dans le contrat, aucun loyer n'est dû pour la période entre la date de conclusion du contrat et celle de livraison actuelle, et il sera diminué en conséquence, sauf s'il est convenu que la location s'étend pour une durée équivalente après l'échéance de son terme original[233].

256. Compte tenu de cette condition, à la différence du contrat de vente, le contrat d'*ijara* peut être conclu pour une date future et le loyer ne sera payé que seulement après la livraison du bien loué au locataire[234].

257. En cas de crédit-bail, la livraison du matériel et sa réception par le crédit-preneur emportent obligation sur le crédit-bailleur, investi de la propriété du bien, pour payer le prix. Autrement dit, le prix n'est donc payé qu'après la signature du bon de livraison par le crédit-preneur en sa qualité de mandataire du crédit-bailleur. En cas de signature imprudente du bon de livraison par le crédit-preneur, avant la réception du bien, ce dernier reste débiteur du contrat de crédit-bail à l'égard du crédit-bailleur, même si la livraison n'est pas effectuée par le vendeur. Toutefois, l'obligation de délivrance n'est pas à la seule charge du vendeur, mais également à celle du crédit-bailleur, la signature du bon de livraison non suivie d'effet n'interdirait pas au crédit-preneur, en dépit de la faute commise, de demander la résolution du contrat de crédit-bail pour défaut de livraison de la chose.

258. Ainsi, dans un *ijara*, les paiements ne peuvent pas commencer avant que le preneur ait pris possession du bien en question, et à l'opposé, dans un crédit-bail, le locataire peut être tenu au paiement à partir du moment où le bailleur achète l'actif sous-jacent [235].

259. De plus, selon le droit islamique la disparition de cet actif entraîne automatiquement la nullité du contrat, puisque le contrat financier et l'actif sous-jacent sont inextricablement liés; mais il est possible de maintenir les paiements en

[232] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 115.

[233] AAOIFI, *op. cit.*, art. 4/1/3, p.143.

[234] T. USMANI, *op. cit.*, p. 114.

[235] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», *op. cit.,* p. 37.

cas de disparition de l'actif dans un contrat de crédit-bail[236].

2. Calcul du loyer

260. Le montant du loyer doit être déterminé *ex ante* pour l'ensemble de la période locative. Il est possible de prévoir que le loyer sera augmenté d'un pourcentage déterminé (par exemple, 5 %) sur une période convenue[237]. Généralement, il peut être fixé en fonction d'un barème linéaire ou d'un barème dégressif.

261. Par exemple, la Banque islamique Zitouna calcule le loyer comme le coût d'acquisition du bien loué plus une marge sur le loyer, selon elle le loyer est composé d'une partie amortissement de la valeur du bien, et d'une deuxième partie représentant la contrepartie de l'usufruit tiré de ce bien et payable par tranche périodique[238]. Alors que la banque conventionnelle ajoute au loyer un certain taux d'intérêt.

262. Supposons que de la simple apparence, cette différence de terminologie entre « marge sur loyer » et « intérêt sur loyer » n'est qu'une astuce pour contourner la prohibition d'intérêt, *riba*, en droit islamique. Mais, plutôt la distinction entre les deux systèmes s'apparente lorsque la banque islamique, à l'inverse de celle conventionnelle, n'impose pas de pénalité de retard (sous certaines réserves) ou d'indemnité en cas de remboursement anticipé[239].

263. Dans les contrats de location à long terme, la fixation définitive du loyer peut être au détriment des intérêts du bailleur, notamment en cas d'augmentation de la

---

[236] *Ibid.*, p. 36-37.

[237] H. MARTIN-SISTERON, « *Le montage de financement par projet charia compliant* », *Journal des sociétés*, Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 21.

[238] http://www.banquezitouna.com/faq_6 (dernière consultation le 31 juillet 2013).

[239] En matière de crédit immobilier, l'emprunteur est libre pour rembourser par anticipation sa dette, en partie ou en totalité, sauf s'il s'agit de solder totalement le prêt, mais la convention peut interdire les remboursements inférieurs ou égaux à 10% du capital initialement prêté (C. consom., art. L. 312-21, al. 3). En principe, le prêteur peut exiger une indemnité de remboursement anticipé. Néanmoins, selon l'art. R. 312-2, al. 2, du Code de consommation, cette indemnité « *ne peut excéder la valeur d'un semestre d'intérêts calculés au taux moyen du prêt sur le capital remboursé, sans pouvoir dépasser 3% du capital restant dû avant remboursement. Dans le cas où un contrat de prêt est assorti de taux d'intérêts différents selon les périodes de remboursement, l'indemnité prévue à l'alinéa précédent peut être majorée de la somme permettant d'assurer au prêteur, sur la durée courue depuis l'origine, le taux moyen prévu lors de l'octroi du prêt.*

valeur de l'actif. Dans cette optique, les contractants peuvent soit fixer le loyer pour une certaine durée et convenir sur son augmentation selon une proportion fixe à son expiration, soit conclure le contrat de location pour une courte durée et ensuite le renouveler en appliquant un nouveau montant de loyer[240], mais sans augmenter les loyers impayés des périodes précédentes, considérés comme dette sur le locataire[241].

264. Dans *l'ijara,* il est donc possible de fixer le loyer pour la première période de location et d'utiliser une référence (*benchmark*) or indexer le prix pour les périodes subséquentes, après l'expiration de la période initiale, cette pratique est similaire au principe de *ujrah al-mithl* (taux commun du marché de la location), ce qui permet d'éviter la survenance d'un litige et la possibilité d'une fluctuation du loyer[242].

265. Notamment à des fins de compétition avec les banques conventionnelles, certaines banques islamiques ajustent le montant du loyer selon un taux d'intérêt variable (LIBOR ou EURIBOR), utilisé comme référence pour une période de location, pour réaliser un profit similaire à celui en cas de crédit-bail. Ce qui conduit à une augmentation périodique du loyer en fonction de la variabilité de l'indice de référence.

266. Toutefois, cette pratique n'échappe pas à certaines critiques :

- D'une part, l'application du taux d'intérêt au montant des loyers rendrait l'*ijara* assimilable à un financement reposant sur l'intérêt à l'instar des prêts commerciaux pratiqués par les banques conventionnelles: pourtant, il est facile de constater que l'intérêt diffère substantiellement du loyer, telle différence ne réside pas dans le montant à payer à la banque ou au bailleur mais dans les risques assumés par les parties; à cet égard, dans l'*ijara*, la banque en tant que propriétaire de l'actif loué assume les risques y afférents, comme en cas de sa destruction pendant la période de location ou de non-paiement du loyer si le bien devient inutilisable sans abus ou négligence du locataire. Alors que dans un financement conventionnel, l'emprunteur est chargé de l'intérêt et du remboursement d'une partie du capital sans considération de l'utilisation effective des sommes prêtées ; et l'obligation de

[240] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 117.

[241] AAOIFI, *op. cit.*, art. 5/52/5, p. 145; Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, p. 145.

[242] AAOIFI, *op. cit.*, p. 156.

remboursement des intérêts et du capital ne s'éteint pas en cas de disparition ou de destruction de l'actif financé[243]. En conséquence, l'utilisation du taux d'intérêt comme référence pour la modification du loyer ne rend pas l'*ijara* invalide (*haram)* dans la *charia*.

- D'autre part, la variabilité du taux d'intérêt le rendrait imprécis, et inconnu, et impliquerait incertitude et ignorance (*gharar* et *jahalah*) sur le loyer, interdits en finance islamique et en contradiction avec le principe d'identification du loyer à la conclusion du contrat. Une telle incertitude peut créer éventuellement un litige entre les parties et expose les contractants à une perte imprévue, aux termes de l'augmentation ou la diminution du taux d'intérêt, ce qui conduit certains chercheurs à proposer de soumettre l'effet du taux d'intérêt sur le loyer à un certain plafond. Ainsi en stipulant par exemple que le loyer, à l'échéance de telle période, est modifié selon le taux d'intérêt applicable, de sorte qu'il ne peut en aucun cas être plus que 15% ou moins que 5% du loyer du mois précédent[244].

267. Parfois, les contractants peuvent convenir que le locataire avance un dépôt du loyer[245]. Le locataire peut payer un gage de sérieux (*hamish jiddiyyah*), à la demande de la banque, pour confirmer le sérieux de son engagement, ce qui permet à cette dernière de se garantir contre la non-conclusion du contrat[246]. Ce qui ressemble à la clause de dédit en droit français.

268. En outre, il peut payer arrhe, et en cas d'inexécution du contrat pour une raison attribuable au locataire, le bailleur peut maintenir l'arrhe, alors qu'il est préféré qu'il rembourse le montant en excès du dommage subi, représentant la différence entre le loyer contractuellement convenu et celui actuellement fixé avec un autre locataire[247]. En droit français, selon l'article 1590 du Code civil, « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes*, *chacun des contractants est maître de s'en départir, celui qui les a données, en les perdant, et celui qui les a reçues, en restituant le double* ». Nonobstant en finance islamique et selon la Résolution de

[243] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *op. cit.*, para. 5455.

[244] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, p. 119.

[245] Bank Negara Malaysia, *Shariah resolutions in Islamic finance*, 2e éd., oct. 2010, p. 18-19.

[246] AAOIFI, *op. cit.*, Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, p. 153-154.

[247] AAOIFI, *op. cit.*, art. 4/1/4, p. 143.

l'Académie du *Fiqh* Islamique « en cas de promesse bilatérale dite « *Mouwa'ada* » », c'est la partie qui s'engage qui paye les arrhes mais la restitution du double n'est pas envisageable[248].

269. Suite à la formation du contrat, commence son exécution (III).

III. Exécution d'*ijara*

270. Pendant la durée de location, le bailleur, en tant que propriétaire, peut être exposé à plusieurs risques et une responsabilité plus grande que celle subie par une banque conventionnelle, sauf en cas de mauvaise conduite ou négligence de la part du locataire[249].

271. En conséquence, le bailleur est tenu de payer tous les frais relatifs au processus d'achat du bien, y inclus son importation dans le pays du bailleur, comme ceux de douane ; et toute convention contraire, comme le cas de locations financières conventionnelles, n'est pas conforme à la *charia*[250]. De plus, en cas d'assurance sur le bien, il est chargé des frais y afférents[251] ; et peut implicitement les prendre en considération lorsqu'il fixe le loyer[252]. Il lui incombe également d'entreprendre les travaux de maintenance majeure pour préserver le bien dans des conditions permettant son utilisation comme envisagée contractuellement, alors que le locataire s'intéresse aux travaux de maintenance périodique ou opérationnelle[253].

272. Nonobstant, la banque islamique peut transférer au locataire, en vertu d'un contrat de mandat et de prestation de services, certaines obligations liées à la propriété de l'actif financé (entretien, assurance, réparations du bien, paiement de la taxe foncière, etc.) moyennant le paiement d'une indemnité. Ce qui ressemble au

---

[248] A. KHOUILDI, « *Les points de convergence entre certaines dispositions du Code civil français et les principes de la finance islamique* », Séminaire du Coffis, Paris, 6 févr. 2012, p. 29-30.

[249] AAOIFI, *op. cit.*, art. 5/1/8, p. 144

[250] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 116.

[251] Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n° 13 (1/3) concerning questions submitted by the Islamic Development Bank (IDB)* », in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Jeddah, Saudi Arabia, 2000, p. 24.

[252] AAOIFI, *op. cit.*, art. 5/1/8, p. 144-145.

[253] AAOIFI, *op. cit.,*art. 5/1/7, p. 144.

mécanisme du contrat de mandat en droit français[254]. Dans ce cas, sa rémunération sera prise en compte dans le calcul du montant du loyer[255].

273. S'ajoute à cette responsabilité, le risque de perte ou de destruction du bien qui est normalement supporté par la banque, le bailleur, durant la période de location. Ce dernier est responsable de tout défaut du bien qui diminue l'utilisation envisagée par la location sauf si ça résulte d'une tromperie délibérée ou négligence du locataire[256]. Par ailleurs, il ne peut pas exclure sa responsabilité pour toute détérioration du bien. Ce qui est justifié par le fait que l'objectif principal de l'*ijara* est de permettre l'usufruit du bien loué par le locataire, et s'il existe tel défaut, le paiement du loyer constitue un enrichissement sans cause. Toutefois, si une détérioration partielle ou totale du bien loué résulte de la mauvaise conduite du locataire, ce dernier en est responsable et est tenu de restaurer ou réparer l'usufruit, sans que le bailleur renonce au paiement du loyer durant cette période[257].

274. En principe, dans le crédit-bail, le bailleur, en tant que propriétaire, doit supporter les risques de la chose louée, cependant ses risques sont généralement transférés au preneur qui sera tenu selon le contrat d'assurer le bien et payer les primes[258]. En cas de sinistre, l'assurance est versée par l'assureur au bailleur et si assurance cumulative, la possibilité existe d'une indemnisation tant au profit du bailleur que du preneur[259].

275. Il importe de noter qu'en pratique, comme nous le soulignons, certaines banques islamiques ont tendance à transférer ces risques pour être subis par leur client, le locataire. Selon nous, les clauses contractuelles dans ce sens doivent être réputées non écrites ou considérées comme nulles car elles contredisent les principes

---

[254] C. civ., art. 1984.

[255] H. SMITH LLP (en collaboration avec G. LUTZ et STIBBE), « *Guide de la finance islamique* », Paris, 2009, p. 8.

[256] Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n° 13 (1/3) concerning questions submitted by the Islamic Development Bank (IDB)* », in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Jeddah, Saudi Arabia, 2000, p. 24.

[257] AAOIFI, *op. cit.*, art. 5/1/6, p. 144.

[258] P. SIMLER & F. TERRE, *Le crédit et ses garanties,* 1ère éd., LexisNexis, coll. *Juris-compact,* 2004, p. 346-347.

[259] Civ. 1re, 21 nov. 2000 : n° 98-11.333, *Droit et patrimoine 2001*, n° 93, p. 111, ainsi cité par P. SIMLER, *op. cit.,* p. 347.

de *charia* et impliquent un partage inéquitable des risques et de responsabilité entre les contractants.

276. Ainsi, afin de se prémunir contre le risque de non-paiement des loyers ou contre la négligence ou l'utilisation abusive de la part du locataire, la banque peut demander une sûreté sur le bien loué[260]. En cas de forclusion de la sûreté, le bailleur peut déduire des recettes tirées seulement les loyers dus et impayés pour les périodes précédentes, ainsi que la compensation légitime nécessitée par la violation contractuelle par le locataire[261].

277. Dans un crédit-bail, en cas de retard dans les paiements, le contrat prévoit des pénalités (sous forme de pourcentage de la somme due)[262].

278. Or, la finance islamique interdit en principe d'exiger un montant supplémentaire, sous forme de telle pénalité, pour compenser un retard du paiement d'une dette (loyer). Cette pénalité ne représente qu'un échange de l'argent contre argent. Ce qui est irrationnel puisque l'argent ne peut pas produire d'argent, elle n'a de valeur que si associée à un travail. Autrement dit, cette pratique, au regard de la *charia*, relève purement du *riba*¸ prohibé en droit islamique.

279. Dans cette optique, afin d'éviter le retard intentionnel ou l'utilisation abusive de cette prohibition par les locataires, au détriment de l'intérêt de la banque, les parties peuvent convenir que le locataire solvable, en cas de retard de paiement sans raison valable, doit s'engager à effectuer un paiement aux œuvres de bienfaisance, pareillement à un engagement à faire une donation, admis selon l'école malékite[263]. La clause peut être rédigée comme suivant : « *En cas de retard de paiement du loyer exigible, le Preneur s'engage par les présentes à payer un montant calculé à ... % au fonds de charité tenu par le Bailleur, cette somme sera exclusivement utilisée par le Bailleur à des fins charitables agréées par la charia et*

[260] AAOIFI, *op. cit.,* art. 6/1, p. 145.

[261] *Ibid.,* art. 6/5, p. 146.

[262] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 36.

[263] AAOIFI, *op. cit.*, art. 6/4, p. 146 et Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, p. 157.

ne doit en aucun cas être intégré aux produits de la Banque »[264]. De plus, comme nous le soulignons dans la partie consacrée à la pénalité de retard dans notre étude, le traitement d'un débiteur solvable en retard du paiement de sa dette diffère de celui d'un débiteur insolvable: dans le premier cas, le débiteur solvable qui retarde de mauvaise foi le règlement de sa dette exigible est tenu de payer la pénalité qui lui est imposée, alors que dans le second cas, par tolérance, la banque peut accorder un délai de grâce au débiteur insolvable.

280. De plus, le locataire doit utiliser l'actif loué dans une manière appropriée ou conforme à la pratique courante, en respectant les principes de *charia*. Le profit tiré de l'*ijara* doit être également légitime au regard de la *charia*, sinon la banque est censée être complice en faisant un péché, prohibé par le Coran[265]. Et la banque a le droit de refuser de signer un *ijara* si elle connait à l'avance ou a de raisons pour présumer que le bien sera utilisé dans un but interdit ou illicite. En revanche, en finance conventionnelle, la banque ne s'intéresse pas au but poursuivi par la location du bien. Aussi, il peut s'agir de financement d'activités illicites au regard de la *charia*, comme location d'une maison de jeux (casino).

281. Et, sauf si le propriétaire ne le permet pas ou le conditionne à son consentement, le locataire peut sous-louer le droit d'usage du bien à un tiers en contrepartie d'un loyer, égal ou moins ou supérieur à celui qu'il paye au propriétaire, réglé immédiatement ou en différé[266].

282. La défaillance d'un contractant peut conduire à l'extinction d'*ijara* (IV).

IV. Extinction d'*ijara*

283. Le contrat d'*ijara* est en effet un contrat liant les contractants[267], ainsi aucun contractant ne peut le résilier unilatéralement sans le consentement de l'autre.

---

[264] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5455.

[265] Sourate La Table Servie (*Al-Mâ-'idah*), verset 2 : « *Entraidez-vous dans l'accomplissement des bonnes œuvres et de la piété et ne vous entraidez pas dans le péché et la transgression* ».

[266] AAOIFI, *op. cit.*, art. 3/3, p. 142.

[267] Sourate La Table Servie (*Al-Mâ-'idah*), verset 1 : « *Ô les croyants ! Remplissez fidèlement vos engagements* ».

284. Toutefois, le bailleur a droit de résilier unilatéralement le contrat en cas de manquement du locataire à ses obligations contractuelles. Dans les opérations de crédit-bail en droit français, en cas de faute du locataire, le bailleur pourra résilier unilatéralement le bail et exiger les loyers restant à courir sur la période initiale, alors que le droit islamique, au nom des principes d'équité et de justice sociale, ne le permet pas, puisque la résiliation du bail implique une reprise de l'actif par le bailleur, sauf en cas de mauvaise utilisation ou négligence du locataire, ainsi ce dernier peut être demandé à indemniser le bailleur pour la perte causée par son abus ou sa négligence ; sans être contraint au paiement des loyers sur la période restant à échoir[268].

285. Mais, selon l'AAOIFI, le locataire, même s'il arrête d'utiliser le bien ou le rend à son propriétaire sans le consentement de ce dernier, le loyer demeure dû pour le reste de la période de location, il ne peut pas résilier le contrat unilatéralement, et le bailleur doit garder le bien à la disposition du locataire, sans le louer pour un tiers jusqu'à l'expiration de la durée de location[269].

286. Les contractants peuvent convenir que le contrat prend fin également à l'arrivée de son terme, sauf en cas de prorogation convenue[270].

287. Si la location porte sur un bien identifié, sa destruction totale emporte fin du contrat, alors qu'en cas de destruction partielle réduisant le profit prévu de la location, le locataire peut choisir entre résiliation du contrat ou ajustement du loyer[271]. Alors que s'il s'agit d'un bien non-identifié, en cas de destruction totale ou partielle, le bailleur s'engage à délivrer un bien selon les caractéristiques convenues, et le propriétaire doit offrir un substitut à ce bien si possible ; sinon, le contrat est résilié[272].

288. Dans un contrat de crédit-bail, il est d'usage et expressément convenu qu'à l'expiration de la période locative, la propriété de l'actif loué se transfère au

---

[268] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5455.

[269] AAOIFI, *op. cit.*, art. 7/1/6, p. 147.

[270] AAOIFI, *op. cit.*, p. 147-148.

[271] AAOIFI, *op. cit.*, art. 7/1/3 et 7/1/5, p. 146-147.

[272] AAOIFI, *op. cit.,* art. 7/1/5, p. 147.

locataire libre de toute charge ou en payant une soulte ; après l'amortissement du coût de l'actif par le bailleur, ou il est implicitement considéré que le prix de l'actif sera répercuté sur le preneur à l'expiration du contrat ; mais cette stipulation, qu'elle soit expresse ou tacite, contrevient aux principes de *charia*[273]. Le droit islamique exige que l'actif loué demeure la propriété exclusive du bailleur ; et après l'expiration de la location, le bailleur doit être libre de reprendre le bien, renouveler le bail, louer l'actif à un tiers ou le vendre au locataire ou à toute autre personne, sans aucune contrainte par le locataire pour le lui vendre à un prix symbolique, pas plus que cette condition ne pourrait être imposée au bailleur dans le contrat[274].

289. Cependant, les jurisconsultes musulmans, en considération des besoins des banques islamiques, proposent que puisque le contrat *d'ijara* lui-même ne doit pas contenir une clause de donation ou de vente à l'expiration du bail, la cession de l'actif peut toutefois s'opérer par des promesses croisées d'achat et de vente, consistant en un contrat de bail appelé « *ijara muntahia bittamleek* »[275].

290. On remarque que la structure d'*ijara* est apparemment proche de celle du contrat de crédit bail, voire de la location assortie d'option d'achat, en droit français. Toutefois, une étude détaillée met en exergue des différences importantes entre chaque opération dans les deux systèmes.

291. En tant que contrats de crédit, s'ajoute à l'*ijara* le contrat de *mourabaha.* Ce contrat est largement utilisé dans le financement à long terme[276], notamment dans le cadre de financements export, de financements immobiliers, de financements d'acquisition et de financements avec effet de levier (*Leveraged Buy-out* « *LBO* »)[277]. De plus, selon Jouini et Pastré, les banques utilisent la structure de

---

[273] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5456.

[274] *Ibid*.

[275] *Ibid*.

[276] Y. ASHOUR, « *The importance of murabaha in long-term finance programs in the Islamic banking industry», American Journal of Islamic Social Sciences*, vol. 16, n° 4, 1999, pp. 87-102. Cette étude met en lumière l'utilisation des banques islamiques de certains modes de financement islamique à long terme, comme *mourabaha, moucharaka, mouzaraha et moudaraba*.

[277] H. SMITH LLP (en collaboration avec G. LUTZ et STIBBE), « *Guide de la finance islamique* », Paris, 2009, p. 6. W. MZID, « *La finance islamique : principes fondamentaux et apports essentiels dans le financement de la croissance et du développement* », Emerging new economic policy makers in the Arab Mediterranean: Economic Agendas of Islamic actors, *The Papers IEMed.* coll., n° 13, European

mourabaha pour placer leur trésorerie dans des instruments liquides à court terme, équivalents islamiques des créances interbancaires[278].

292. Supposant que la marge bénéficiaire reçue par la banque islamique lors de *mourabaha* ressemble au taux d'intérêt imposé par la banque conventionnelle, une partie de la doctrine assimile la *mourabaha* au crédit à intérêt (§ II).

§ II : ***Mourabaha*** **(crédit à intérêt)**

293. La *mourabaha* trouve sa première source de légitimité au regard de la licéité des transactions de vente dans un cadre plus général. Ce qui est mis aussi en lumière dans le Coran[279], selon la Sunna[280] et par le consensus des écoles de jurisprudence islamique[281]. Elle a pu faire l'objet de réglementations dans certains pays comme dans les Codes civils irakien (article 121), jordanien (article 480), et des Emirats (article 506)[282].

294. En droit français, l'Administration fiscale a, par son instruction datée le 23 juillet 2010[283], précisé le régime fiscal applicable à l'opération de *mourabaha* avec ordre d'achat.

Institute of the Mediterranean (IEMed.), oct. 2012, p. 59.

[278] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 35.

[279] Sourate La Vache (*Al-Baqara)*, verset 275 : « *Alors qu'Allah a rendu licite le commerce, et illicite l'intérêt* .. » Dans la même sourate, verset 198 : « *Ce n'est pas un péché que d'aller en quête de quelque grâce de votre Seigneur…* » Certains jurisconsultes définissent la grâce, prévue dans ce verset, comme le bénéfice.

[280] Le Prophète a acheté une chamelle de Abubakar pour des besoins de transport afin de migrer vers Medina, et Abubakar a voulu la lui donner gratuitement, mais le Prophète a refusé et a dit « *Je préfère le prendre au prix d'acquisition* ». Comme rapporté par AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 8 « *Murabaha to the Purchase Orderer* », Appendix (D): Basis of the Shari'a rulings, 2010, p. 129.

[281] S. JAHEL, « *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés de financement et de garantie* », *RTD com.*, 1985, p. 219 et s.

[282] N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, préf. P. FOUCHARD, éd. Economica, coll. *Droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, 1995, p. 181.

[283] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 «Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale (CET), régime applicable aux opérations de murabaha»*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S1/10 (NOR : ECE L 10 00001 J). http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes110.pdf (BOI-DJC-FIN-10-20120912).

295. Il est intéressant de comprendre d'abord le mécanisme contractuel de *mourabaha* (I), ensuite les conditions de sa validité (II), puis les polémiques relatifs à son rapprochement du crédit à intérêt (III). On examine aussi une variante de *mourabaha* utilisée par la banque islamique et dénommée *tawarruq* (IV).

I. Mécanisme contractuel de *mourabaha*

296. La vente peut se faire sous plusieurs formules, dont la plus pratiquée consiste en la vente avec paiement différé (*bai bithaman ajil* « *BBA* ») lorsque le prix du bien est réglé à une échéance donnée. Parfois, le terme est bien précisé mais l'acheteur ne connaît pas le cout de revient de ce bien pour le vendeur ni la marge de ce dernier, s'agissant ainsi d'une *musawama*' alors que quand la marge est annoncée à l'acheteur, on parle d'une *BBA-mourabaha* ou *bai mu'ajjal-mourabaha,* et simplement *mourabaha*[284].

297. Le terme « *bai-mourabaha*»[285] est dérivé des mots arabes *« bai* » et *« ribhun* » : *bai* signifie vente et achat, et *ribhun* veut dire le profit convenu[286]. Nous utiliserons ci-dessous le terme de *mourabaha*.

298. Généralement, la *mourabaha* peut être conclue sans une promesse d'achat préalable s'agissant de *mourabaha* ordinaire, alors que la pratique bancaire inclut que le futur acheteur fait une promesse d'achat des marchandises spécifiées suite à leur acquisition par la banque[287].

299. Dans la *mourabaha* bancaire, le client doit exprimer, en premier temps, son désire pour acheter une marchandise par l'intermédiation bancaire, avec la possibilité de déterminer même le fournisseur. Et la banque dispose de toute liberté pour répondre favorablement à cette demande ou de la rejeter, ayant toujours la faculté de choisir un autre fournisseur qu'elle juge adéquat en considération des

---

[284] F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, 2009, p. 101.

[285] La mourabaha peut s'écrire également comme *murabaha, bai bithaman ajil-mourabaha ou encore bai-mu'ajjal-mourabaha*.

[286] Consultez ce site :
http://.www.islamibankbd.com/abtIBBL/cis_islamic_financial_modes_and_financial_instruments.php (Dernière consultation le 21 mai 2013).

[287] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 8 « *Murabaha to the Purchase Orderer* », Appendix (D): Basis of the Shari'a rulings, 2010, p. 129.

spécifications de telle marchandise.

300. Il s'agit donc d'une promesse unilatérale d'achat de la part du client, qui permet d'assurer son engagement à compléter la transaction après l'achat de la marchandise par la banque. L'offre d'achat peut prévoir un lieu de livraison, le versement d'un dépôt de garantie et les modalités de paiement[288].

301. Cette promesse lie le promettant sur le plan moral d'une part, sauf s'il existe une excuse valable, et sur le plan légal d'autre part, si elle est subordonnée à la performance d'une obligation et le bénéficiaire de la promesse s'est déjà engagé dans certaines dépenses sur la base de telle promesse.

302. Parfois, la banque peut demander au client un dépôt de garantie (*hamesh jiddiyah).* Ce qui lui permet d'une part de s'assurer de la capacité financière du client, et d'autre part d'assurer l'indemnisation de la banque en cas de dommage subi à cause du manquement du client. Ainsi, soit le promettant exécute sa promesse, soit il est tenu à une compensation pour préjudices subis à cause de son inexécution[289].

303. Toutefois, il est interdit de conclure une promesse bilatérale liant les deux parties, puisque ça démontre l'existence d'un contrat avant même l'acquisition de la marchandise pour être vendue[290]. Par exception, une telle promesse bilatérale est censée être possible, seulement en cas de stipulation d'une option pour les deux promettants ou l'un d'entre eux d'annuler la promesse.

304. En second temps, le client donne un ordre d'achat à la banque, tout en spécifiant la marchandise et s'engageant à l'acheter suite à son acquisition effective par la banque moyennant un prix différé comportant une marge de bénéfice au profit de cette dernière.

305. Cette opération comporte donc un ordre accompagné d'une promesse d'achat

---

[288] I. KARICH, *Le système financier islamique : De la religion à la banque*, Larcier, coll. Financiële cahiers financiers, Bruxelles, 2002, p. 55.

[289] Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n. 40-41 (2/5 & 3/5) concerning discharging of promise and murabaha for the orderer of purchase* », in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000*», 1st éd., Saudi Arabia, 2000, p. 86.

[290] *Ibid.*, p. 86-87.

et deux contrats de vente ; le premier entre le fournisseur de la marchandise et la banque, et le second entre la banque et le client donneur d'ordre[291]. Ce dernier accepte de payer le prix, soit en une seule fois, soit par versements échelonnés, et majoré d'un certain taux.

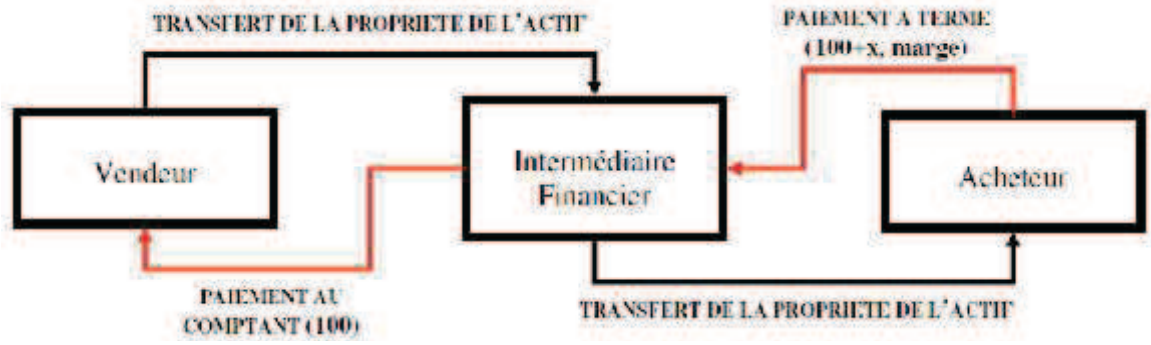


Figure : Financement par *mourabaha*[292]

306. Dans le même sens, l'instruction fiscale française a défini l'opération de *mourabaha* avec ordre d'achat comme « *un contrat de financement aux termes duquel un Client demande à un Financier de financer l'achat d'un actif déterminé ou d'un portefeuille d'actifs déterminés, en réalisant en particulier deux transferts successifs de propriété se présentant de la manière suivante : un vendeur vend l'actif à un Financier qui le revend à un Client moyennant un prix payable à tempérament, supérieur au prix d'acquisition à hauteur d'un Profit* »[293]. Elle a aussi précisé que « *Ce Profit comprend comptablement et fiscalement un Revenu couvrant notamment les coûts de financement ainsi qu'éventuellement une Commission couvrant notamment les coûts de gestion et de mise en place du Financier ; prix, Commission et Revenu sont déterminés ou déterminables et connus des deux contractants le jour de la conclusion du contrat. L'opération de mourabaha est une technique de financement portant sur des actifs spécifiques, notamment immobiliers, mobiliers,*

[291] M. AL-JARHI & M. IQBAL, « *Banques islamiques : réponses à des questions fréquemment posées* », *Banque Islamique de Développement*, document périodique n° 4, 2002, p. 15.

[292] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 35.

[293] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 «Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale (CET), régime applicable aux opérations de murabaha»*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S1/10 (NOR : ECE L 10 00001 J). http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes110.pdf (BOI-DJC-FIN-10-20120912).

titres (valeurs mobilières et droits sociaux), matières premières ou machines »[294]. Cette opération apparaît complexe, longue et onéreuse à mettre en place[295].

307. En pratique, la banque peut demander au client une sûreté sous forme d'une caution d'un tiers, ou d'un gage sur un meuble ou même sur l'objet de *mourabaha*. Il est possible également de donner des chèques ou billets à ordre avant la signature du contrat, considérés comme garanties de la dette après sa conclusion, mais à condition de ne les utiliser qu'à la date de leur exigibilité.

308. Les contractants peuvent aussi convenir que la banque ne sera pas responsable de tous ou certains défauts de l'objet du contrat, s'agissant donc d'une vente dépourvue de telle responsabilité (« *Bai' al-Bara'ah »* ou *« sale on « as is » basis »)*. Dans ce cas, il est préféré que la banque cède au client son droit de recours contre le fournisseur pour obtenir compensation pour tout défaut établi[296]. En l'absence de stipulation de telle exemption des vices cachés préexistants qui apparaissent après la conclusion du contrat, la banque en sera responsable, à l'exclusion de nouveaux vices.

309. Il est intéressant ensuite d'examiner les conditions principales de validité de *mourabaha* (II).

II. Validité de *mourabaha*

310. Ainsi, la validité de *mourabaha*[297]est principalement subordonnée à l'acquisition préalable du bien par la banque (A), et la détermination du profit bancaire (B).

A. Acquisition préalable du bien

311. En principe, avant la conclusion de *mourabaha,* la banque doit avoir conclu

---

[294] *Ibid.*

[295] B. G. GODARD & F. MARTIN, « *Les financements islamiques ou "éthiques" », Les nouvelles fiscales*, n° 1069, juin 2011, p. 18 et s.

[296] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 8 «*Murabaha to the Purchase Orderer* », art. 4/9, 2010, p. 122.

[297] Comme une forme contractuelle de vente, la *mourabaha* est soumise aux conditions de fond pour la validité de cette forme.

un contrat d'achat avec le fournisseur de la marchandise et avoir acquis sa possession[298], emportant transfert des risques à celle-ci.

312. La banque est responsable de la conformité du bien acheté à la commande ainsi que de son bon état. Et en sa qualité de propriétaire, elle assume les risques de la chose au cours de la transaction, ayant la faculté de contracter une assurance sur la l'objet du contrat.

313. La *mourabaha* ne peut pas porter sur une marchandise qui a fait l'objet d'une *mourabaha* précédemment avec le même client[299]. De plus, son objet ne peut pas consister en or ou argent ou devises, puisque le Prophète exige que l'échange de ce type soit immédiat, de mains à mains, sans aucun retard de livraison[300].

314. Comme nous l'avons souligné, il s'agit ainsi d'une technique de financement qui porte sur des actifs spécifiques immobiliers ou mobiliers, ou sur des titres (valeurs mobilières et droits sociaux), des matières premières ou des machines[301].

315. En pratique, la banque peut acheter les marchandises sur la base de « vente ou restitution », ce qui lui permet de la restituer pendant un délai fixe à défaut de son achat par le client, et cette option expire par leur vente effectivement au client[302].

316. La banque peut mandater un tiers pour acheter la marchandise auprès du fournisseur en son nom et pour son compte. Et normalement, ce tiers ne doit pas être le client sauf, en cas de besoin urgent[303].

---

[298] M. RUIMY, *La finance islamique,* Arnaud Franel éditions, coll. *Finance d'aujourd'hui*, Paris, 2008, p. 111.

[299] De plus, il est interdit que la banque et le client s'accordent pour conclure un contrat de société (*moucharaka*), avec une promesse d'une partie d'acheter les actions de l'autre partie par *mourabaha*. Mais, un partenaire peut promettre d'acheter la participation de l'autre au prix du marché ou a un prix convenu au moment de la conclusion, à condition de conclure un nouveau contrat. AAOIFI, *op. cit.,* art. 2/2/5, p. 116.

[300] Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n. 63/1/7 concerning financial markets* », *in* « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000*», 1st éd., Saudi Arabia, 2000, p. 127-134.

[301] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010* « *Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale (CET), régime applicable aux opérations de murabaha* », Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S1/10.

[302] AAOIFI, *op. cit.*, art. 2/3/5, p. 117.

[303] AAOIFI, *op. cit.*, art. 3/1/3, p. 119.

317. Toutefois, il arrive que la banque mandate le donneur d'ordre pour acheter la marchandise. Dans ce cas, l'AAOIFI exige que :

- elle paye directement le fournisseur et ne dépose pas le prix d'achat dans le compte du client, en sa qualité d'agent ;
- les documents et les contrats relatifs à la vente soient au nom de la banque ;
- elle obtienne du fournisseur la preuve de l'occurrence de la vente ;
- il existe un certain temps entre l'exécution du contrat d'agence et la conclusion de *mourabaha*, afin de séparer entre les responsabilités liées au risque de la marchandise, celle de la banque et celle du client mandaté[304].

318. Après la possession des marchandises par le client, en sa qualité d'agent, il convient de conclure une offre et acceptation distinctes entre le client et la banque[305]. Ensuite, vient la conclusion du contrat de *mourabaha*.

B. Détermination du profit bancaire

319. Le contrat de *mourabaha* doit définir le coût légal des marchandises (prix, taxes douanières, frais de transport, etc.), les délais et le lieu de livraison. Les parties s'entendent aussi sur un profit déterminé qui s'ajoute au coût initial. Ainsi le total obtenu par la banque est le prix de revente de la marchandise au client.

320. De plus, cette exigence est justifiée par l'objectif d'éliminer toute incertitude et défaut d'information d'une part et par la nature fiduciaire de cette relation contractuelle qui doit se fonder sur la divulgation et la transparence d'autre part.

321. Il ne faut pas laisser la détermination du prix ou du profit sujette à des variations inconnues ou qui seront connus dans le futur, comme par exemple faire dépendre le profit du taux de LIBOR.

322. Généralement, la rémunération de la banque tient compte de plusieurs facteurs, une marge plus élevée si la rentabilité de la marchandise est importante ou si le bien est importé faisant subir un risque élevé, et une marge faible si les produits

[304] AAOIFI, *op. cit.*, art. 31/4, 3/1/5, 3/1/6, p. 119-120.

[305] M. AYUB, *Understanding Islamic Finance, Chichester,* John Wiley & Sons, coll. *Wiley Finance*, *LTD*, London, United Kingdom, 2007, p. 231.

sont de première nécessité pour le consommateur moyen[306].

323. Lors de calcul du profit, la banque peut inclure les frais de la préparation des documents relatifs à la transaction s'ils sont justes et reflètent un travail exécuté sauf si autrement convenu. D'ailleurs, elle peut être rémunérée pour une étude de faisabilité, préparée à la demande du client ayant accepté de payer le coût y afférent.

324. En outre, sous réserve de leur divulgation, la banque peut inclure les frais directs payés à un tiers, excluant ceux qui sont indirects ou ceux versés à ses employés. Ainsi, tous frais non divulgués doivent être exclus, sauf s'ils sont considérés comme normaux et courants (transport ou stockage).

325. Si la banque a bénéficié d'une réduction sur le prix d'achat par le fournisseur, elle doit la prendre en considération lors de fixation du coût total de la transaction (prix d'achat + marge bénéficiaire).

326. En effet, le profit reçu par la banque est considéré comme licite dans la mesure où il est réputé avoir été généré par la vente d'un actif et non par la mise à disposition d'une somme d'argent rémunérée par un taux d'intérêt[307].

327. Toutefois, une telle licéité ne rend pas la *mourabaha* loin des polémiques envisagées concernant son rapprochement du crédit à intérêt (III).

III. Rapprochement du crédit à intérêt

328. Techniquement, selon une partie de la doctrine, la transaction de *mourabaha* semble hypocrite, en permettant de contourner l'interdiction du crédit à intérêt, dans la mesure où le client, sans emprunter directement de la banque, demande à cette dernière de lui financer l'achat d'une marchandise moyennant un ou plusieurs paiements échelonnés ou exigibles à terme échu correspondant au prix d'acquisition. Et alors la banque applique une marge, qui rémunère le service fourni ainsi que les commissions, frais et charges, et frais de gestion supportés par la banque. Ce qui a suscité certaines polémiques à cet égard, notamment en ce qui concerne la nature

[306] F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, 2009, p. 103.

[307] H. SMITH LLP (en collaboration avec G. LUTZ et STIBBE), « *Guide de la finance islamique* », Paris, 2009, p. 6.

juridique de *mourabaha* (A), la rémunération de la banque (B), l'extension de la dette (C), le paiement retardé (D) et le remboursement anticipé (E).

A. Nature juridique de *mourabaha*

329. Juridiquement, à la différence du crédit à intérêt, dans la *mourabaha,* la banque ne joue pas seulement le rôle d'un prêteur, mais il s'agit d'une intermédiation financière, selon laquelle celle-ci doit acheter et détenir physiquement et juridiquement le bien avant de le céder à son client. Autrement dit, juridiquement, c'est une opération de vente au client final, qui aborde par l'achat du bien par la banque elle-même[308].

330. En premier lieu, la marchandise doit exister physiquement entre les mains du fournisseur et en deuxième lieu, après la conclusion de la première vente entre la banque et ce dernier, la propriété de la marchandise est transférée à la banque, y inclus les risques qui lui sont associés. A défaut de son acquisition matérielle par la banque, il lui faudra en assurer le contrôle, en assumer les droits, les engagements et les risques y attachés, comme le risque de destruction[309]. Ce qui met en place l'exigence islamique de l'adossement de la transaction à un actif tangible.

331. Alors qu'en cas de crédit à intérêt, le client contracte directement un emprunt auprès de la banque pour l'achat du bien, s'agissant ainsi d'une relation emprunteur-prêteur. Par conséquent, la banque conventionnelle ne supporte pas les mêmes risques supportés par la banque islamique en cas de *mourabaha.*

B. Rémunération de la banque

332. Aussi, *a contrario* du prêt à intérêt où le taux d'intérêt est fixé en fonction du montant et de la durée du crédit, la rémunération de la banque islamique ne résulte pas de l'écoulement du temps.

333. La différence de prix entre le comptant et le terme provient du fait que le fournisseur et ensuite la banque, en tant que revendeur peut librement fixer le prix de revente. D'ailleurs, le risque supporté par la banque suite à l'acquisition de la

[308] K. HOLDEN, « *Islamic finance: « legal hypocrisy » moot point, problematic future bigger concern*», *Boston university international law journal,* vol. 25, 2007, p. 347.

[309] F. GUERANGER, *op. cit.*, p. 106.

marchandise, même si pour une durée courte et transitoire, légitime son profit et écarte la requalification du *riba*[310].

334. Et dans la pratique limitée, même si le profit peut être déterminé en fonction du taux du marché, comme le LIBOR, ce taux ne peut être que fixe, en aucun cas variable car le prix est fixé dès l'origine du contrat[311]. D'ailleurs, une transparence est exigée au niveau de la divulgation du prix d'achat réel ainsi que les dépenses courantes.

C. Extension de la dette

335. Dans un crédit à intérêt, en cas d'extension du terme du contrat en raison de l'incapacité du client à régler la dette à la date prévue, la banque conventionnelle lui impose un nouveau taux d'intérêt selon le terme convenu. Alors qu'en cas de *mourabaha*, la banque islamique ne peut pas modifier la marge bénéficiaire, ainsi convenue dés la conclusion de *mourabaha*.

336. En conséquence, par comparaison au crédit à intérêt, la banque islamique ne peut pas facturer un montant supplémentaire en cas de rééchelonnement de la dette de *mourabaha,* indifféremment de la solvabilité ou l'insolvabilité du client[312]. Et ainsi le prix de *mourabaha* ne subit aucune modification, que ce soit pour le prix ou la devise, sauf si accepté par le vendeur, au moment du paiement, l'acheteur peut payer dans une devise différente, en se basant sur le taux d'échange du jour du paiement[313].

337. Il est aussi interdit de conclure une autre *mourabaha* sur le même bien entre les deux parties, ainsi le *roll-over* n'est pas admis[314].

D. Paiement retardé

338. En finance conventionnelle, la dette d'un client défaillant est le plus souvent

---

[310] *Ibid*.

[311] *Ibid.*, p. 106-107.

[312] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, 2010, shari'a standard no. 8 «*Murabaha to the Purchase Orderer*», art. 5/7, p. 124.

[313] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 103.

[314] *Ibid.,* p. 98-99.

rééchelonnée à un taux d'intérêt plus élevé.

339. En finance islamique, les juristes contemporains acceptent à l'unanimité que la banque impose des frais de retard sur le client défaillant (excluant celui qui est vraiment dans l'incapacité de régler sa dette) pour les utiliser à des fins de charité[315]. Selon Ayub, seulement une Cour ou un organisme indépendant peut affecter une partie de la pénalité comme « solatium » pour la banque[316].

340. Optionnellement, la banque islamique, pour garantir la discipline de son client, peut aussi stipuler qu'en cas de retard du paiement par le client sans véritable raison, tous les montants restants deviendront exigibles[317].

E. Remboursement anticipé

341. Souvent, la banque conventionnelle impose à l'emprunteur un certain taux d'intérêt en cas de remboursement anticipé de la dette.

342. Alors qu'en cas de *mourabaha*¸ les écarts de date dans le paiement de la dette, en avance comme en retard, ne peuvent donner lieu à aucune modification du prix initial. Ce qui veut dire que la banque islamique ne peut pas imposer une pénalité pour remboursement anticipé de la dette.

343. D'ailleurs, l'AAOIFI précise qu'en cas de *mourabaha*, la banque n'est pas engagée à faire un rabais au client pour paiement anticipé, étant donné que le prix est fixé une fois pour toutes, mais exceptionnellement, il est admis que la banque, à sa seule discrétion, renonce à une part du prix restant dans ce cas[318].

344. Enfin, lors de *mourabaha,* le montant total dû par le client et comme convenu à la conclusion du contrat ne change pas, par augmentation ou diminution, en cas de remboursement anticipé, sauf si la banque accepte de faire un rabais.

---

[315] M. AYUB, *Understanding Islamic Finance, Chichester,* John Wiley & Sons, coll. *Wiley Finance*, *LTD*, London, United Kingdom, 2007, p. 231. Council of the Islamic Fiqh Academy, « *Resolution no. 109 (3/12) on Penalty Provision »*, in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy, 1985-2000* », 1st ed., Saudi Arabia, 2000, p. 251-252. Pour plus de détails, infra (chapitre sur pénalité de retard).

[316] M. AYUB, *op. cit.*, p. 231.

[317] AAOIFI, *op. cit.*, art. 5/1 (a), p. 123.

[318] AAOIFI, *op. cit.*, art. 5/9, p. 124.

345. En conclusion, l'opération de *mourabaha* ne correspond pas au mécanisme du crédit à intérêt en finance conventionnelle. Il s'agit simplement d'une transaction achat-revente avec marge bénéficiaire. Cet instrument est le plus utilisé par les banques islamiques[319].

346. La banque ne se limite pas à la simple *mourabaha*, elle applique parfois une opération multipartite qui s'appelle *tawarruq* (IV).

IV. Tawarruq

347. Parfois, pour satisfaire aux besoins en trésorerie, le client a recours à une variante de *mourabaha,* dite *tawarruq*[320]. Ce terme est utilisé seulement par l'école hanbalite[321].

348. En pratique, la banque peut acheter l'actif par la *mourabaha,* en considération de la promesse d'achat du donneur d'ordre, en échange d'un prix déferré ou échelonné, et suite à la prise de possession par son client, la banque peut être intermédiaire pour vendre l'actif, à un nouvel acheteur qui paye en espèces pour un prix inferieur, la banque reçoit après le cash et le remet au client.

349. Concernant l'actif sous-jacent, c'est une matière première librement négociable et conforme à la *charia*, et souvent c'est le cuivre[322]. Il ne s'agit ni d'un immeuble ni d'une société à prépondérance immobilière non cotée au sens du 2° du I de l'article 726 du Code général des impôts, achetée par le client auprès d'un financier avec différé de paiement et donc moyennant rémunération pour ce

---

[319] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 43.

[320] Le *tawarruq* est aussi appelé « *mourabaha* inversée », « *mourabaha* double », et « *mourabaha* sur matière première » sur le marché. Ainsi noté dans Centre du Commerce International, *Le système bancaire islamique : guide à l'intention des petites et moyennes entreprises,* Genève, Suisse, 2009, p. 68.

[321] M. KAHF, « *Outlines of a brief framework of tawarruq (cash procurement) and securitization in Shariah and Islamic banking* », working paper for the Seminar of AAOIFI, 15 Feb. 2004, Bahrain, p. 2.

[322] Alors qu'il n'est pas possible d'utiliser l'or et l'argent dans les opérations de *tawarruq,* étant considérés par la sharia comme des devises, et non pas comme des matières premières. Consultez H. SMITH LLP (en collaboration avec G. LUTZ et STIBBE), *Guide de la finance islamique*, Paris, 2009, p. 7.

financier, et le revend ensuite au comptant à un tiers[323].

350. Siddiqi conclut que selon une analyse macro-économique les conséquences néfastes (*mafasid*) du *tawarruq* sont beaucoup plus importantes que ses avantages (*masalih)*, ainsi il n'est pas considéré comme un instrument financier compatible avec la *charia*[324].

351. Selon lui, parmi les *mafasid* de *tawarruq*, on en cite par exemple : (i) la création d'une dette dont le montant est susceptible d'augmenter ; (ii) l'échange d'argent actuellement avec plus d'argent dans le futur, ce qui semble injuste au niveau du risque engendré et l'incertitude impliquée ; (iii) l'existence de jeux de hasard, spéculation, par la prolifération de la dette ; (iv) l'inégalité dans la répartition des revenus et des richesses[325].

352. Nonobstant, certaines banques islamiques comme la Banque Britannique Saoudienne (*Saudi Arabia British Bank* « SABB »), la Banque Commerciale Nationale (*National Commercial Bank* « NCB »), et la Banque Arabe Nationale (*Arab National Bank* « ANB ») utilisent le *tawarruq* comme instrument de financement islamique[326].

353. Plus récemment, l'Académie du *Fiqh* Islamique de l'Organisation de la Conférence Islamique, à Djeddah, a prohibé le *tawarruq*. Pareillement, l'Académie du *Fiqh* Islamique de la Ligue Musulmane Mondiale, à la Mecque, a émis deux opinions juridiques « *fatwas* »[327] :

- La première, lors de la quinzième séance, en octobre 1998, l'Académie autorisait ce contrat de *tawarruq* sous réserve que le client ne vende pas le bien à son vendeur originel, afin d'éviter de faire apparaître la double vente

---

[323] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5438.

[324] M. N. SIDDIQI, « *Economics of Tawarruq: how its mafasid overwhelm the masalih* », a position paper to be presented at the workshop on tawarruq: a methodological issue in Sharī'a-Compliant Finance, 1st Feb. 2007, p. 1.

[325] *Ibid*, p. 6.

[326] S. AL-SHALHOOB, *Organised Tawarruq in Islamic Law: A Study of Organized Tawarruq as Practised in the Financial Institutions in Saudi Arabia,* April 2007, p. 3-4.

[327] M. EL-GAMAL, *Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques,* trad. par J. HAVERALS, préf. M. DESCHAMPS, De Boeck, Bruxelles, 2006*,* p. 102-103.

(*bay al-'inah)*, un stratagème légal destiné à contourner l'interdiction de *riba ;*

- La deuxième, au cours de la dix-septième séance, en décembre 2008, les conférences ont abordé la pratique actuelle du *tawarruq* par les banques islamiques et l'ont explicitement condamnée, en ces termes :

« *Après avoir assisté aux différentes présentations sur le sujet, l'Académie a reconnu que certaines banques adoptaient la pratique suivante du tawarruq :*
La banque vend une certaine matière première (autre que de l'or ou de l'argent) soit sur les marchés financiers soit à crédit à un client en vertu d'un contrat qui prévoit qu'elle doit vendre au comptant la marchandise à une autre contrepartie, et transmettre cette somme au client.

Après examen et délibération, cette Académie s'est exprimée ainsi :

La pratique du tawarruq telle que décrite auparavant n'est pas permise pour les raisons suivantes :

- *L'obligation du vendeur d'agir en tant qu'agent de l'acheteur dans la vente de la matière première à un autre acheteur rend l'opération assimilable à l'□ina [la double vente] prohibée, que cette obligation soit explicitement ou implicitement mentionnée dans les conditions du contrat.*
- *Dans bon nombre de cas, ce genre de transactions ne satisfait pas les conditions relatives à la réception du paiement et qui sont nécessaires à la validité du contrat.*
- *Le résultat final de la transaction est l'octroi d'un financement monétaire à la partie qualifiée de client tawarruq. Les opérations d'achat et de vente de la banque, qui n'existent généralement que pour satisfaire les apparences, visent en réalité à lui générer un rendement supplémentaire pour la dédommager du financement qu'elle octroie* »[328].

354. Dans l'instruction fiscale du 22 juillet 2010, le droit français a précisé les caractéristiques du *tawarruq* et le régime qui lui est applicable. Selon laquelle, le *tawarruq* est défini comme une opération de financement aux termes de laquelle le client achète un actif qui n'est ni un immeuble ni une société à prépondérance

[328] M. EL-GAMAL, *op. cit.,* p. 102-103.

immobilière non cotée au sens du 2° du I de l'article 726 du Code général des impôts, auprès de la banque avec différé de paiement et donc moyennant rémunération pour ce Financier, et le revend ensuite au comptant à un tiers. Distinguant le *tawarruq* d'une opération de *mourabaha* avec ordre d'achat, que le *tawarruq* ne finance pas l'acquisition d'un actif : le Client achète ici un actif avec l'intention de le revendre et utilise un décalage de paiement entre les deux opérations pour se constituer des liquidités.

355. Nous avons remarqué que la modalité de l'intervention bancaire lors de l'opération de *mourabaha* ou de celle de *tawarruq* affecte largement la mise en œuvre du contrat et son extinction. En effet, la banque islamique encourt de grands risques avant et après la conclusion de *mourabaha,* notamment en relation avec la propriété de la marchandise, sa destruction et sa perte ainsi que les risques de crédit et de défaillance de son client. Et en conséquence, l'ampleur de ces risques peut être à la source de plusieurs litiges et une possibilité d'engager sa responsabilité contractuelle. Ce qui peut justifier la difficulté d'intégrer ce type de transactions dans un système bancaire conventionnel.

356. Enfin, les banques islamiques ont une préférence à investir dans les transactions de *mourabaha* et d'*ijara* du fait que cette catégorie d'instruments encoure un faible risque et génère un rendement plus certain que les instruments participatifs (*moucharaka¸ moudaraba*)[329].

357. D'ailleurs, dans une optique commerciale, la banque islamique utilise des schémas de financement plus complexes, sous forme de contrats futurs (Section II).

[329] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 101.

SECTION II

CONTRATS FUTURS

358. Un contrat à terme (*future contract)* consiste en un engagement ferme d'acheter ou de vendre une certaine quantité de sous-jacents à un prix convenu et à une date d'échéance future[330].

359. En finance conventionnelle, les banques utilisent des produits dérivés tels que les instruments de swap pour gérer les risques de volatilité de taux de rendements, mais le recours à ces produits est quasi-inexistant en raison de l'interdiction du taux d'intérêt (*riba*), de spéculation (maysir), et d'incertitude excessive (*gharar*) et ainsi les dérivés islamiques sont très rares[331].

360. Dans le droit islamique, en principe, on ne peut pas vendre une chose qui n'existe pas encore et qu'on ne possède pas. De ce fait, la validité du contrat de vente est soumise à certaines conditions essentielles :

- la marchandise doit exister au moment de la conclusion du contrat ;
- le vendeur doit être le propriétaire de la chose, objet du contrat, au moment de la vente ; et
- ce dernier doit être en possession de cette chose au moment de la conclusion du contrat[332].

Ces règles visent à éviter toute incertitude (*gharar*) et la survenance d'un litige entre les contractants.

361. Toutefois, seuls deux types de contrat de vente échappent à ces principes, le

---

[330] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5518. Consultez ce site : http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition_contrat-a-terme.html (dernière consultation le 3 août 2013).

[331] . K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 101.

[332] http://www.blomdevelopment.com/development/subpage.aspx?pageid=10638 (dernière consultation le 3 août 2013). T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 241.

salam et l'*istisna*, permettant de recevoir immédiatement la contre-valeur d'une devise dont on pourrait craindre la dépréciation[333].

362. Dans le *salam,* la banque s'interpose en qualité d'acquéreur pour l'achat d'une marchandise livrée à terme, mais dont le paiement est immédiat pour permettre au vendeur de disposer de liquidités.

363. Dans l'*istisna,* la banque intervient comme entrepreneur pour financer une opération de fabrication ou de construction d'un actif pour le compte de son client.

364. Et pour une gestion efficace des risques de ces transactions, la banque peut conclure un contrat de *salam* parallèle ou d'*istisna* parallèle avec un client final.

365. Le *salam* est habituellement utilisé pour le financement des moyens de production dans l'agriculture et dans les activités liées aux matières premières[334]. Il permet de combler l'interdiction des contrats à terme et les options utilisés en finance conventionnelle[335]. Ce qui se trouve avantageux pour l'acheteur, d'une part, en

---

[333] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5518.

334 D. SAÏDANE, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, préf. A. DE BRESSON, 2e éd., Revue Banque édition, coll. *les essentiels de la banque et de la finance*, Paris, 2011, p. 81.

[335] I. KARICH, *Le système financier islamique : De la religion à la banque*, Larcier, coll. *Financiële cahiers financiers*, Bruxelles, 2002, p. 59. J. SOLE, « *Introducing Islamic banks into conventional banking systems», International Monetary Fund, working paper* WP/07/175, July 2007, pp. 1-28. A. KALEEM & S. AHMAD, « *Banker's perception towards bai salam method for agricultural financing in Pakistan », Journal of financial services marketing,* n° 15, Dec. 2010, p. 215-227. En application de la prohibition de *gharar,* le droit islamique interdit toute transaction induisant un risque important créant des situations d'incertitude. Ainsi, les contrats à terme conventionnels ne sont pas autorisés en cas du report tant du prix que de la remise physique du bien. Toutefois, il existe, en droit islamique, des contrats à terme valides comme *salam* et *istisna.* Une option consiste simplement en un droit de choisir de vendre ou d'acheter une action ou une marchandise à un prix donné et pour une période déterminée. Ce droit ne peut faire l'objet de transaction et le contrat ne peut donc être considéré comme un contrat de vente. Le Conseil de la Ligue islamique du *fiqh* a émis une résolution interdisant les transactions dans les options. Mais il existe des clauses contractuelles islamiques qui présentent une certaine analogie avec elles, comme les options *bail al-arboon* (comparable à une *option call*, le *bail al-arboon* est un dépôt de garantie effectué d'avance en règlement partiel du prix de la matière première achetée, et en cas de non-exécution du contrat par l'acheteur, le vendeur conservera la somme versée par ce dernier. Cette option permet aux banques islamiques de minimiser les risques de leur portefeuille d'investissement) et *al-khiyar* (c'est une option contractuelle offrant aux parties le droit de confirmer ou d'annuler un contrat pendant une certaine période. Cette option se décline sous plusieurs formes dont les deux principales sont *khiyar-al-shart* (option stipulée) et *khiyar-al-tayeen* (option de désignation)). Pour plus de détails, consultez N. COMAIR-OBEID*, Les contrats en droit musulman des affaires*, préf. P. FOUCHARD, éd. Economica, coll. *Droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, 1995. Dans le même sens, H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*,

investissant ses fonds supplémentaires pour réaliser un profit, et pour le vendeur, d'autre part, en assurant un prix adéquat des marchandises[336].

366. Alors que la technique d'*istisna* peut être utilisée pour le financement d'équipements lourds (avions, bateaux), des infrastructures (comme le cas des BOT (*Build Operate and Transfer*[337]), sorte de contrats de concession[338])[339] et aussi largement dans le financement immobilier (la construction d'une maison[340]).

367. Il semble que ces modes de financement ne sont pas exclusifs à la finance islamique, leurs quasi-correspondants peuvent exister généralement en droit français. Ce

---

Revue Lamy droit du financement, 2013, para. 5519-5521. L. DOGHRI, « *Les marchés de capitaux et leurs instruments* », Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, p. 197-198.

[336] Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n. 74/5/8 concerning Shari'a applications for the establishment of the Islamic market* », in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Saudi Arabia, 2000, p. 160.

[337] Dans les pays de droit anglo-saxon, en vertu d'un contrat cadre appelé généralement contrat BOT, après la construction de l'infrastructure, les promoteurs s'engagent à transférer sa propriété à l'entreprise publique concernée de l'État d'accueil, à l'expiration d'une période d'exploitation, ce qui permet le remboursement des prêteurs en nominal et intérêts ainsi qu'un juste retour sur investissement au bénéfice des promoteurs. Alors dans les pays de droit civil et lorsque l'infrastructure est réalisée sur le domaine public, ou dans le cadre d'un monopole public, ce contrat BOT prendra la forme d'une concession permettant de réaliser selon les exigences du droit administratif le transfert de propriété de l'infrastructure aux collectivités publiques. P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », Banque & droit*, n° 97, sept. - oct. 2004, p. 55.

[338] Normalement, la livraison emporte transfert de propriété. En effet, en ce qui concerne le transfert de propriété du bien financé, par financement de projet islamique réalisé dans le cadre d'une concession, celle-ci emporte, en principe, au bénéfice des collectivités locales, transfert de propriété de l'immeuble au fur et à mesure de sa réalisation, alors qu'en cas d'*istisna* ce transfert de propriété se réalise au profit de l'emprunteur et non des collectivités locales concédantes[338]. Il ne semblerait toutefois pas impossible d'envisager de coupler ce transfert de propriété à l'emprunteur (également concessionnaire, par définition) à un transfert de propriété au concédant dans un second temps et en vertu du contrat de concession. P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », Banque & droit*, n° 97, sept.- oct. 2004, p. 60.

[339] F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, Paris, 2009, p. 121.

[340] Selon l'Académie du *Fiqh* Islamique, le contrat d'*istisna* peut servir à l'acquisition d'une maison, à condition de satisfaire toutes les conditions de validité d*'istisna* et que les caractéristiques de la maison, objet du contrat, soient minutieusement énumérées dans le contrat sans aucune ambiguïté entraînant des litiges et il est permis de reporter le paiement du prix sous forme d'échelonnements. Consultez dans ce sens Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n. (50/1/6) concerning 'real estate financing'* », in «*Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000*», 1st ed., Saudi Arabia, 2000, p. 102.

qui résulte en un rapprochement nuancé du *salam* avec le contrat de vente à livraison différée[341] (§ I) et d'*istisna* avec la vente d'immeuble à construire (§ II).

§ I : ***Salam*** **(vente à livraison différée)**

368. À l'époque, ce contrat était souvent pratiqué, étant donné qu'il permet aux agriculteurs d'accéder à des capitaux (prix du *salam*) afin de pouvoir acheter les matériaux nécessaires à leur exploitation[342]. Ensuite, sa pratique a été étendue à tous les biens marchands disponibles sur les marchés[343]. Par conséquent, le Prophète a autorisé la vente *salam*, en stipulant que « *Quiconque pratique le bai el-salam, qu'il spécifie la marchandise pour un volume connu, pour un poids connu et pour un délai connu* »[344].

369. Dans la transaction *salam,* la banque désirant acheter des marchandises passe une commande à son client pour une quantité déterminée à une certaine valeur. Ensuite, le client fait une facture *proforma* en y indiquant la nature, les quantités, et le prix des marchandises et l'adresse à la banque ; et une fois convenus, les parties signent le contrat *salam* et le montant total du prix sera payé immédiatement[345]. La banque peut aussi mandater le vendeur pour vendre et/ou livrer ces marchandises, à l'échéance, à un tiers et le vendeur, rémunéré par une commission sur la marge dégagée lors de la vente,

---

[341] Il convient de noter que la comparaison entre le *salam* et le crédit à intérêt s'explique presque dans le même contexte que celui examiné lors du rapprochement de *mourabaha* au crédit à intérêt, c'est pour cette raison qu'on n'a pas repris telle comparaison.

[342] M. EL-GAMAL, *Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques,* trad. par J. HAVERALS, préf. M. DESCHAMPS, De Boeck, Bruxelles, 2006*,* p. 114.

[343] D. DE COURCELLES, « *Charia et institutions financières islamiques* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 83.

[344] La vente salam est légitimée par le Coran, sourate La Vache (Al-Baqara), verset 282 : « □ *les croyants! Quand vous contractez une dette à échéance déterminée, mettez-la en écrit*… ».

[345] M. RUIMY, La finance islamique, Arnaud Franel éditions, coll. *Finance d'aujourd'hui*, Paris, 2008, p. 116. Le contrat de *salam* s'appelle aussi *salaf* ou *bai-salam.* Dans cette transaction, en langage classique, l'acheteur est appelé rabb al-salam ou al-muslim, le vendeur est al-muslam ilayhi, l'objet c'est al-muslam fihi tandis que le prix du salam est ra'su mal al-salam ou capital salam. Pour les contrats à terme ou futurs (« forward »), les termes modernes de position à découvert du salam (pour le vendeur salam) et de position longue du salam (pour l'acheteur salam) sont utilisés. M. EL-GAMAL, op. cit., p. 115.

s'engage à recouvrer et verser le montant de la vente à la banque[346].



Figure : Financement par *salam*[347]

370. À l'inverse de *mourabaha*, dans le *salam*, la banque n'intervient pas comme vendeur à crédit de la marchandise acquise sur commande de son client, mais comme acquéreur avec paiement comptant d'une marchandise livrée à terme par son client[348].

371. D'ailleurs, par comparaison au contrat à terme conventionnel, interdit aujourd'hui par la majorité des jurisconsultes en raison de son implication de *gharar*, prohibé par le droit islamique, résultant de l'incertitude quant à l'état de l'objet à la date future[349], la légitimité du *salam* est reconnue par le droit islamique.

---

[346] M. RUIMY, *op. cit.*, p. 117.

[347] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 45.

[348] M. RUIMY, op. cit., p. 116. Dans le même sens, M. BOUREGHDA, « *Le financement islamique, une alternative à la finance conventionnelle* », in La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 184.

[349] Récemment, des experts malais, guidés par Dr. M. Hashim Kamali – Président fondateur et Directeur général de l'Institut international d'études islamiques avancées (*International Institute of Advanced Islamic Studies* « IAIS ») à Malaisie, ont jugé que les progrès légaux et institutionnels dans les marchés à terme organisés éliminent tout le *gharar* excessif des contrats à terme en spécifiant, dans des contrats standardisés, les caractéristiques relatives aux objets de vente ainsi que les différentes formules de rémunération liées aux options de livraison dont bénéficie la position à découvert. Dans ce sens, consultez M.H. KAMALI, « *Islamic commercial law, an analysis of options* », *The American Journal of Islamic Social Sciences*, vol. 14, n° 3, 1997, pp. 17- 37**.** En dehors de la Malaisie, la plupart des experts juridiques religieux et des praticiens de la finance islamique jugent que le report seul du prix (vente à crédit ou vente à tempérament) est autorisé, au même titre que la remise différée de l'objet de la vente (dans une vente *salam*), mais le report tant du prix que de la remise physique du bien (vente à terme conventionnelle) est prohibé, ce qui résulte en la création d'une nouvelle opportunité d'arbitrage relative à la synthétisation des

372. Supposons que les produits d'agriculture constituent l'objet d'un contrat de financement conventionnel, un crédit à intérêt est mis en place à cette fin et peu importe pour la banque l'usage des fonds empruntés ou même le résultat du projet financé.

373. Bien que le *salam* fasse l'objet d'une exception à la règle générale de l'existence de l'objet du contrat au moment de la conclusion du contrat, les jurisconsultes l'ont toléré en application du principe de nécessité (*darura*) et pour l'intérêt général. Ils ont aussi précisé des règles strictes de validité (I). D'ailleurs, ce contrat emporte plusieurs risques, dont nous examinerons l'ampleur (II). Enfin, la banque ne se contente pas de pratiquer le simple *salam,* mais utilise couramment le *salam* parallèle qui sollicite certains enjeux (III).

I. Règles strictes de validité

374. Dans un premier temps, s'agissant d'une condition incontournable du *salam*[350], l'acheteur doit payer le prix d'achat en totalité au vendeur lors de la conclusion du contrat, dans le « *Majlis* » (i.e. lieu et moment de négociations). Tous les juristes musulmans s'accordent sur cette exigence, mais l'Imam Malik (école malékite) est d'avis que le vendeur peut accepter de reporter le paiement pour deux ou trois jours[351] et l'AAOIFI précise que c'est à condition que la période d'ajournement ne soit ni égale, ni au-delà de la date fixée dans le contrat[352]. Cette exigence justifie l'admission du financement par *salam*, dans la mesure où le paiement au comptant permet de satisfaire aux besoins de trésorerie du vendeur. Ainsi, l'absence du paiement intégral consiste en la vente d'une dette en contrepartie d'une autre.

---

contrats à terme (« *forwards* ») conventionnels, interdits, à partir des contrats légitimes de *salam* et de vente à crédit. M. EL-GAMAL, *Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques,* trad. par J. HAVERALS, préf. M. DESCHAMPS, De Boeck, Bruxelles, 2006*,* p. 119-120.

[350] D. DE COURCELLES, « *Charia et institutions financières islamiques* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 83.

[351] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. *5425.*

[352] Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n. 85/2/9 concerning 'As-Salam (forward sale with immediate payment) and its modern applications »,* in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Saudi Arabia, 2000, p. 185.

375. Ce capital est en principe sous forme d'espèces, mais il peut être aussi sous forme de choses fongibles ou consister en le droit d'usufruit général d'un bien spécifique (eg. utilisation d'un navire pour une certaine période), dans ce cas la livraison du bien est considérée comme réception immédiate du capital *salam*[353]. Mais, il ne peut consister en une dette, puisque ça résulte en une vente d'une dette contre une autre[354], étant prohibée en Islam.

376. En revanche, de ce fait, les jurisconsultes ont trouvé que ce contrat comporte un élément spéculatif puisque le vendeur réalisera un bénéfice si le prix au comptant « *spot* » au moment de la livraison est inférieur au prix au comptant au moment de la conclusion du contrat et dans le cas contraire c'est l'acheteur qui se trouve gagnant[355]. Ils ont aussi discuté le fait que le prix du *salam* reflète l'intérêt de prise en compte de la valeur temporelle de la transaction. Alors, en effet, le prix prépayé du contrat est généralement inferieur au prix au comptant espéré au moment de la remise de l'actif, ce qui assure intérêt du vendeur pour assurer immédiatement une liquidité et intérêt de l'acheteur pour payer un prix moindre.

377. Dans cette mesure, le *salam* correspond aux mêmes objectifs visés de l'utilisation des dérivés financiers en ce qui concerne les risques de change et de taux, de volatilité de la valeur des actions et d'autres actifs financiers ou encore aux fluctuations d'indices économiques ou de variables climatiques[356].

378. Dans un deuxième temps, il est exigé que même en son absence au moment de sa conclusion (*bi'a al ma'adoum*)[357], l'objet du contrat soit conforme aux principes de

---

[353] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 10 « *Salam and Parallel Salam* », art. 3, 2010, p. 165-166.

[354] Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n. 85/2/9 concerning 'As-Salam (forward sale with immediate payment) and its modern applications* », in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Saudi Arabia, 2000, p. 186.

[355] M. EL-GAMAL, *Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques,* trad. par J. HAVERALS, préf. M. DESCHAMPS, De Boeck, Bruxelles, 2006, p. 115.

[356] Pour plus de détails sur les produits dérivés financiers, consultez J.-B. MOJUYE, « *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures…) en France et aux Etats-Unis », Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n° 3, 2006, pp. 1015-1019.

[357] S'agissant des conditions relatives à l'existence de la chose, objet de la vente, de la conclusion du contrat à la livraison : Les hanéfites sont très exigeants quant à la disponibilité de l'objet du contrat sur le

charia. Il doit être aussi détaillé le plus précisément possible, valorisé et connu en qualité et en quantité lors de la conclusion du contrat, pour éviter toute incertitude ou conflit lors de sa livraison, puisqu'il n'est connu que par sa description[358].

379. Concernant la nature de l'objet, le *salam* ne s'applique que sur les choses fongibles (biens agricoles ou manufacturiers) dont la nature, les quantités et la qualité peuvent être spécifiées sans ambiguïté. Ce qui exclut toute marchandise qui ne remplit pas ses caractéristiques. Ainsi, par exemple, on ne peut pas vendre des pierres précieuses sur la base de *salam*, parce que chaque pièce de pierres précieuses est normalement différente de l'autre soit en sa qualité ou sa taille ou son poids et il n'est pas possible de faire l'objet d'une spécification exacte[359]. De plus, le contrat ne peut pas porter sur la vente d'un produit provenant d'un meuble ou d'un immeuble distinctif. Si le vendeur s'engage à fournir le blé d'un champ particulier, ou les fruits d'un arbre particulier, le *salam* ne sera pas valable, en raison de la possibilité de la destruction de la récolte ou des fruits de cet arbre avant la livraison, entraînant un risque d'incertitude contractuelle, et pareillement en cas de vente de toutes les denrées dont l'approvisionnement est incertain[360]. A la différence de la finance islamique, les actifs financiers (actions et obligations) peuvent faire l'objet d'une option conventionnelle.

380. Dans un troisième temps, la date et le lieu de livraison doivent être clairement fixés, ce qui traduit que la probabilité de l'existence de l'objet soit assez élevé. Mais, il ne s'agit pas de *salam* lorsque la livraison est immédiate, comme en cas de vente de l'or en échange de l'argent, dont la livraison doit être simultanée et ainsi un *salam* n'est pas

---

marché dès la signature jusqu'à la date de livraison des biens; pour les chaféites, il suffit que la chose soit bien déterminée mais elle peut ne pas être présente au moment de la vente ; selon les malékites, la vente peut porter sur tout objet qui se pèse ou se mesure mais l'existence de l'objet n'est pas nécessaire lors de la conclusion du contrat et même le paiement peut être différé jusqu'à la livraison ; alors pour les hanbalites l'objet est défini largement et peut simplement être présent au moment de la livraison. F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, 2009, p. 221. Toutefois, si toutes les conditions de validité de *salam*, comme soulignées ci-dessus, sont réunies, le contrat n'est pas nul.

[358] B. JOHANSEN, « *Le contrat Salam. Droit et formation du capital dans l'Empire abbasside (XIe- XIIe siècle)* », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, n° 4, EHESS, 2006, pp. 863-899.

[359] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 130.

[360] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5425.

possible dans ce cas[361].

381. Concernant les délais de livraison, les écoles hanafite et hanbalite, considérant que la vente *salam* a été autorisée pour les besoins des petits agriculteurs et des négociants qui devraient disposer du temps nécessaire pour fournir la marchandise, proposent de respecter un délai d'au minimum un mois après la date de l'accord ; dans le cas contraire, le *salam* ne saurait être valable[362]. Alors, Malik est d'avis que cette période ne devrait pas être inférieure à quinze jours et Shafi'i réfute cet argument au motif que le Prophète n'a mentionné aucun délai minimal pour la validité de la vente *salam* et donc, selon eux, aucune durée minimale ne peut être imposée[363].

382. Lorsque le vendeur ne peut pas délivrer les marchandises à l'échéance, l'acheteur peut, selon sa discrétion, soit attendre leur disponibilité, ou résilier le contrat et récupérer le capital, alors que si la défaillance est due à une véritable incapacité ou insolvabilité, il est possible de tolérer jusqu'aux moments faciles, mais il est interdit d'imposer des pénalités de retard dans ce cas[364].

383. Malgré la nécessité de déterminer avec précision les éléments du contrat de *salam*, ce dernier emporte certains risques dont l'ampleur mérite d'être examinée (II).

II. Ampleur des risques

384. En plus du risque du crédit subi normalement par la banque en raison de la défaillance de son client, celle-ci encourt notamment le risque du marché lors de transaction de *salam* à cause des fluctuations du prix des marchandises[365].

385. Plus précisément, la banque islamique peut subir les risques de contrepartie, de

---

[361] T. USMANI, *op. cit.*, p. 130.

[362] H. MARTIN-SISTERON, *op. cit.,* para. 5426.

[363] *Ibid.*

[364] Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n. 85/2/9 concerning 'As-Salam (forward sale with immediate payment) and its modern applications* », in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Saudi Arabia, 2000, p. 186.

[365] B. KETTELL, *Introduction to Islamic banking and finance,* John Wiley & Sons, coll. *Wiley Finance Series,* 2011, p. 121-122.

non-livraison, de l'incompatibilité de la qualité des marchandises, de l'assurance, de la possibilité de frais supplémentaires pour le stockage ; et s'y ajoute le risque fiduciaire en cas de *salam* parallèle lorsque le vendeur initial peut ne pas effectuer correctement son obligation de livraison[366].

386. Dans le but de garantir l'exécution du contrat de *salam* par le vendeur, la banque peut exiger du vendeur la constitution de sûretés afin de garantir la livraison de la marchandise à l'échéance, que ce soit sous forme de caution ou toute autre garantie personnelle, un gage ou une hypothèque[367] et les liquider pour acheter les mêmes marchandises du marché.

387. Le vendeur peut également s'engager dans le contrat qu'en cas de retard de livraison des marchandises, il doit verser un certain montant comme charité pour le verser aux œuvres de bienfaisance[368].

388. La banque, en tant qu'acheteur, bénéficie de l'option de défaut (*khiyar al-'aib*) et l'option de qualité spécifiée, ce qui signifie que si le produit est défectueux ou qu'il n'a pas la qualité ou la spécification comme convenu au moment du contrat, l'acheteur peut annuler la vente et dans ce cas, seulement le montant payé peut être récupéré sans aucune augmentation[369]. Ce qui traduit l'obligation de garantie des vices cachés par le vendeur sous les deux systèmes juridiques.

389. En outre, pour couvrir notamment le risque de liquidité, la pratique bancaire a mis en place des montages permettant des ventes *salam* parallèles et la banque se rémunérera sur la différence entre les deux prix : (i) après l'achat d'une marchandise par voie de *salam*, la banque peut céder celle-ci *via* un second contrat *salam* comportant une date de livraison analogue au premier contrat, mais plus courte et ainsi le prix de cession des marchandises sera plus élevé que celui du premier *salam* et la banque se

[366] M. AYUB, *Understanding Islamic Finance, Chichester,* John Wiley & Sons, coll. *Wiley Finance*, *LTD*, London, United Kingdom, 2007, p. 258.

[367] B. KETTELL, *op. cit.*, p. 120.

[368] M. AYUB, *op. cit.*, p. 249.

[369] M. AYUB, *op. cit.*, p. 248.

rémunérera sur la différence entre les deux prix, sans supporter les risques liés à sa qualité de propriétaire des biens ; ou (ii) si ce double *salam* n'est pas réalisable pour n'importe quelle raison, la banque cherche à obtenir une promesse d'achat des marchandises auprès d'un tiers acquéreur, et dès réception de la marchandise par la banque, la vente se réalisera au profit du promettant au prix préétabli, selon les termes de la promesse[370].

390. La banque peut mandater le vendeur (mandant) à livrer ou à vendre les marchandises à une tierce personne. Le mandant s'engage, sous sa pleine responsabilité, à recouvrer et à verser le montant de la vente à la banque. Elle peut exiger du vendeur la souscription d'une assurance-crédit pour se prémunir contre le risque de non-paiement des acheteurs finaux ou la souscription d'une assurance couvrant les marchandises avec subrogation au profit de la banque. Elle peut utiliser la technique du *warrantage* en exigeant, dans les modalités contractuelles de livraison, l'entreposage des marchandises dans un magasin général et les vendre, elle-même ou par l'entremise de son client en endossant le *warant* et en gardant le récépissé en guise de garantie de paiement[371].

391. Nonobstant, la structure de *salam* parallèle suscite certains enjeux (III).

III. Enjeux de *Salam* parallèle

392. Dans un double *salam* (ou *salam* parallèle), la banque islamique conclut deux contrats distincts, juridiquement autonomes et indépendants l'un de l'autre, le premier en tant qu'acheteur et le second en tant que vendeur[372]. Ces contrats ne doivent pas être subordonnés l'un à l'autre, et par conséquent les obligations de la banque, vendeur dans le deuxième contrat, ne dépendent pas de l'exécution ou l'inexécution du vendeur original du premier contrat, et ainsi c'est la banque qui est responsable de la livraison des marchandises et de leur conformité même en cas de défaut contractuel du vendeur

[370] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5427. Consultez aussi T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 134.

[371] H. MARTIN-SISTERON, *op.cit.,* para. 5428.

[372] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5428.

originel[373].

393. De plus, en raison de la prohibition du rachat de contrat, le vendeur dans le premier contrat ne saurait se trouver, ni directement ni indirectement, acheteur dans le second et aussi, l'interposition d'une personne morale, juridiquement distincte du vendeur mais détenue par celui-ci, emporte la même interdiction[374].

394. Les banquiers et les juristes ont utilisé cette structure pour qualifier la position à découvert du *salam* de dette relative à l'objet fongible du contrat, ce qui conduit à transférer telle position à une autre contrepartie, et en particulier dans le cadre d'un règlement mutuel de dettes « *maqassa* ». Ce qui permet à la banque de synthétiser les dettes avec un taux d'intérêt fixe ou variable comme ce qui suit : la partie A souhaite emprunter un million d'euros pour une période de trois mois au taux LIBOR + 200 points de base et la partie B accepte de lui prêter cette somme à ce taux[375].

395. La pratique du *salam* parallèle fait l'objet de divergences doctrinales (A), notamment en ce qui concerne la vente de la chose avant sa réception (B).

A. Divergences doctrinales

396. Il existe deux principales opinions (*fatwas*) examinant actuellement le *salam* parallèle :

- Dans la première *fatwa*[376], la question d'autoriser la pratique du *salam* parallèle en tant que méthode institutionnalisée dans le cadre de la pratique bancaire conventionnelle est directement posée : les jurisconsultes ont jugé que bien que la pratique soit permise au cas par cas, sa généralisation en tant qu'instrument

[373] *Ibid.*

[374] *Ibid.*

[375] M. EL-GAMAL, *Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques,* trad. par J. HAVERALS, préf. M. DESCHAMPS, De Boeck, Bruxelles, 2006*,* p. 117.

[376] Cette première *fatwa* a été la seconde *fatwa* du second Symposium Dalla Al-Baraka. Cette *fatwa* est ainsi notée dans M. EL-GAMAL, *op. cit.,* p. 117-118.

financier n'est pas autorisée. Invoquant la compétition comme une nécessité, cette interdiction a cependant été remise en question immédiatement.

« *Questions* **:** *Est-il autorisé de vendre l'objet du salam avant sa réception? Dans le cas où cela ne serait pas permis, la position longue peut-elle prendre aussi une position à découvert de la même nature, en fonction de sa position longue, mais sans pour autant lier les obligations des deux contrats relatives à la réception et la remise des actifs ? La position longue peut-elle en faire une pratique systématique ?*

Réponses : Il n'est pas permis de vendre l'objet du salam avant sa réception.

Toutefois, la position longue est autorisée à prendre une position à découvert, de la même nature, sans pour autant lier les obligations résultant de ses deux contrats respectivement. Il n'est pas autorisé de faire un usage commercial systématique de cette transaction (qui a été permise au second paragraphe de la réponse). Cela s'explique par le fait que le salam a été qualifié d'exception aux règles générales légales, en raison de certains besoins individuels spécifiques qui ne peuvent être généralisés. En revanche, si certaines considérations et les conditions économiques de quelques pays islamiques justifient que cette pratique soit utilisée dans certains cas, en tant que pratique commerciale, afin de minimiser une injustice évidente, alors cette dernière est légitimée, sur base de cet avantage majeur, par la fatwa et les Comités de charia »[377].

- La seconde *fatwa*, émise par le Comité de *charia* de Al-Rajhi Investment Corporation (*fatwa* 41), faisant spécifiquement référence à la possibilité, pour les banques islamiques, d'invoquer le besoin d'être compétitives par rapport a leurs homologues conventionnels eu égard a l'octroi de crédit et la rémunération attenante. Dans cette *fatwa*, le Comité de *charia* a adressé la question de la synthétisation des prêts bancaires conventionnels de cette manière. Elle a omis de préciser l'éventualité d'en faire une pratique commerciale courante et ainsi les

[377] M. EL-GAMAL, *op. cit.,* p. 117-118.

jurisconsultes n'ont pas dû aborder la problématique de l'usage systématique de cette pratique.

« *Question : Nous souhaiterions être informés du traitement religieux appliqué à l'achat de matières premières (pétrole, métaux précieux ...) par le biais de contrats salam, lorsque le prix est payé immédiatement et que la livraison s'effectue à une date ultérieure. Il convient de souligner que, dans le cadre de cette transaction, notre entreprise a aussi la possibilité de vendre la matière première via un contrat salam, auquel cas elle reçoit le prix qui prévaut au moment de la [seconde] vente et livrera les actifs à une date future.*

Réponse : La principale caractéristique d' un contrat salam est que son objet est un actif fongible caractérisé par un poids, volume, taille ou d'autres attributs de matières premières, produits agricoles (grain, huiles, lait . ..), produits industriels (fer, ciment, automobiles, avions…) et produits bruts ou semi-traités tels que le pétrole brut et raffiné. La position longue du salam (acheteur) est autorisée, après la conclusion du contrat et avant la date de remise des actifs, à prendre une position à découvert pour un actif similaire et dans des conditions similaires ou non au contrat existant. Le salam est un outil très efficace pour satisfaire les besoins des banques islamiques lorsque l'on prend en compte que l'activité principale d'une banque est d'octroyer des crédits et que ses revenus dépendent principalement de la prise en compte de la valeur temporelle de ses investissements. Bien que la participation dans les marchés de crédits internationaux soit hautement compétitive et que la compétition soit même encouragée, de nombreux obstacles sont placés sur certains outils d'investissement. Dans ce contexte, le contrat salam apparaît comme un outil vital et important pour accéder aux marchés globaux compétitifs, tout en assurant une certaine protection contre les risques spécifiques de ces marches à savoir les risques politiques et inflationnistes »[378].

397. Le Comité de *charia* de Al-Rajhi a ensuite établi une liste de cinq exemples où

[378] M. EL-GAMAL, *op. cit.,* p. 118.

les contrats *salam* sont utilisés pour financer une large variété d'échanges de matières premières, en mettant l'accent sur le caractère « réel », tangible, de cette transaction, et a repris la position hanbalite généralement acceptée selon laquelle il est permis de mettre en gage ou d'utiliser des hypothèques (*rahn*) et des garanties (*kafala*) en tant qu'objets des contrats. Par conséquent, les banquiers islamiques peuvent utiliser les contrats *salam* pour synthétiser des dettes à intérêt, par exemple le gouvernement de Bahreïn pratique *salam* en émettant des obligations à court terme connues sous le nom de *sukuk al-salam,* qui génère un taux d'intérêt officiel garanti par les gouvernements émetteurs, visant essentiellement à obtenir de l'argent au comptant[379].

398. Si pour une raison quelconque, le vendeur initial ne remet pas ses biens à la banque, cette dernière est tenue de livrer son client, quitte à acheter la marchandise en question sur le marché[380].

B. Vente de la chose avant sa réception

399. Au sein de l'école malékite, un courant minoritaire a toutefois permis la vente de l'objet du contrat avant sa réception, pour autant qu'il ne s'agisse pas de denrées alimentaires. Si l'objet est vendu à découvert originelle du *salam*, ils ont autorise la vente si le prix n'excède pas le prix prépayé initial. Dans ce cas, on pourrait qualifier la seconde vente de révocation partielle de la vente originelle, ce qui n'est pas généralement admis par les malékites mais d'autres l'admettent.

400. Ils ont permis la vente de l'objet du *salam* à un tiers avant sa réception, à un prix quelconque, pour autant que ce prix soit de nature différente et que l'objet ne soit pas une denrée alimentaire. Ainsi, ils autorisent que les positions longue et à découvert se règlent pour un montant égal ou moindre.

401. Ainsi, le contrat *salam* est censé être une exception à certaines règles essentielles du contrat de vente en droits islamique et français, qui consistent en l'existence de la

[379] M. EL-GAMAL, *op. cit.,* p. 119.

[380] D. DE COURCELLES, « *Charia et institutions financières islamiques* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 84.

marchandise et sa propriété/sa possession par le vendeur au moment de la conclusion du contrat.

402. D'une perspective financière, le *salam* peut remplacer l'utilisation des produits dérivés financiers, des futurs ou des options. Cependant, son application dans le système conventionnel peut engendrer plusieurs risques inhabituellement subis par la banque. De plus, il semble que le *salam* est plus approprié comme un financement de nature commerciale plutôt que de nature bancaire[381].

403. Toutefois, non seulement le *salam,* mais aussi l*'istisna* échappe à ces principes. La majorité des jurisconsultes islamiques raisonnent, par analogie (*qiyās*) et référence (*'istihsāan*) à l'autorisation de *salam*, ainsi que par l'*ijmâ* (consensus des jurisconsultes musulmans) pour reconnaître la licéité d'*istisna*[382].

404. L*'istisna* peut être structuré sous forme de (i) vente à terme[383] (le vendeur s'engage alors à livrer un immeuble à son achèvement, l'achèvement devra être constaté par acte authentique pour que le transfert de propriété s'opère. Le paiement n'a lieu qu'à l'achèvement des travaux) ; ou (ii) vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) [384] (la

---

[381] M. K. HASSAN & M. K. LEWIS, *Handbook of Islamic banking,* Edward Elgar Publishing Limited, United Kingdom, 2007, p. 177.

[382] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 11 « *Istisna'a and Parallel Istisna'a* », Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, 2010, p. 193. Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n. 65/3/7 on 'Aqd istisna'a (manufacture contracts)*», in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Saudi Arabia, 2000. H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5469. M. H. TOUJKANI, « *Les contrats salam et istisna* », Séminaire organisé à la République du Niger sur le thème « *Les Sciences de la chari'a pour les économistes : les sources du fiqh, ses principes et ses théories ; le fiqh des transactions financières et des sociétés ; et son application contemporaine* », actes de séminaire n° 44, 20-29 avril 1998, p. 219.

[383] C. civ., art. 1601-2 : « *La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit contre la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente.* »

[384] C. civ., art. 1601-3 : « *1. La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. 2. Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux.* » Consultez G. SAINT-MARC, « *Finance Islamique et droit français », Gide Loyrette Nouel (AARPI)*, Tables rondes organisées par la Commission des Finances du Sénat, 14 mai 2008, p. 12.

propriété est directement transférée à l'acheteur s'agissant du sol et des constructions déjà existantes, la propriété s'acquiert donc au fur et à mesure des travaux en contrepartie du paiement de ceux-ci) [385].

405. Cette structure est couramment utilisée dans le cadre immobilier. L'*istisna* semble une transaction voisine à la vente d'immeuble à construire, régie par les articles 1601-1 et suivants du Code civil, ainsi que par les articles L.2361-9 et suivants du Code de la construction et de l'habitation[386] (§ II).

§ II: ***Istisna*** **(vente d'immeuble à construire)**

406. L'*istisna* est un contrat par lequel une partie (*mustasni*) demande à une autre (*sani*), d'effectuer un travail de construction ou de fabrication pour son compte : Dans un premier temps, le client contacte la banque pour la création du bien décrit spécifiquement ; puis, la banque se rapproche d'un fournisseur pour lui commander la fabrication du produit réclamé par son client et le fabricant construit le bien demandé en recevant des paiements périodiques du banquier selon un échéancier convenu d'avance et effectue le transfert de propriété en livrant la banque ; enfin, la banque livre le bien au client qui règle le prix du bien en totalité ou en plusieurs échéances[387].

407. Le contrat d'*istisna* est défini dans l'instruction fiscale française, en date du 23 juillet 2010[388], comme « *un contrat de construction aux termes duquel un Client*

---

[385] H. MARTIN-SISTERON, « *Le montage de financement par projet charia compliant », Journal des sociétés*, Dossier La Finance islamique, n°77, juin 2010, p. 20-21. Consultez aussi P. GRANGEREAU &M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & droit*, n° 97, sept. –oct. 2004, p. 55.

[386] H. MARTIN-SISTERON, « *Adapting the demands of the Islamic moral order to project finance: prospects for French law in connection with an istisna'a - ijara (construction financing and lease-to-own) structure*», Chair of ethics and financial norms, Paris I Pantheon – Sorbonne University and King Abdul Aziz University, Seminar of 1st June 2011, p. 13.

[387] H. MARTIN-SISTERON, « *Le montage de financement par projet charia compliant* », *Journal des sociétés*, Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 20.

[388] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010* « *Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, régime applicable aux opérations d'istisna* », Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S4/10 (NOR: ECE L 10 00004 J). http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes410.pdf (BOI-DJC-FIN-40-

demande à un tiers chargé de la construction, appelé « le Fabricant », de lui construire un ouvrage mobilier ou immobilier moyennant un prix payable d'avance, de manière fractionnée, à terme ou encore à tempérament. Le contrat prévoit que la propriété du bien construit est transférée au Client à l'achèvement.».

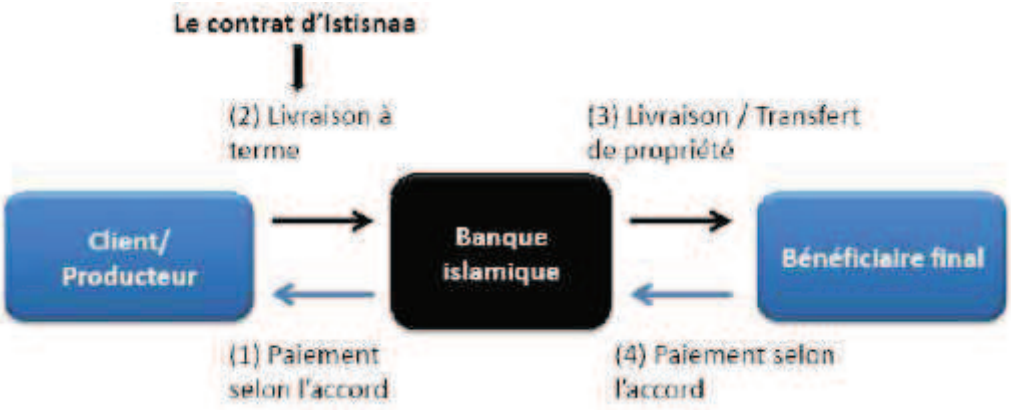


Figure : Financement par *istisna*[389]

408. Concernant les opérations d'*istisna* parallèle, le Financier[390] [la banque] conclut un contrat d'*istisna* parallèle avec son Client (généralement distinct du Fabricant) avant son contrat avec le Fabricant et ces deux contrats ont les mêmes spécifications concernant l'ouvrage à construire. Dans le contrat entre le Financier et le Client, le paiement prend généralement la forme d'un différé de paiement accordé par le Financier au Client et la propriété de l'ouvrage est transférée au bénéfice du Client à l'achèvement de celui-ci.

20120912).

[389] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 47.

[390] C. mon. fin., art. L.511-5 et L.511-10.

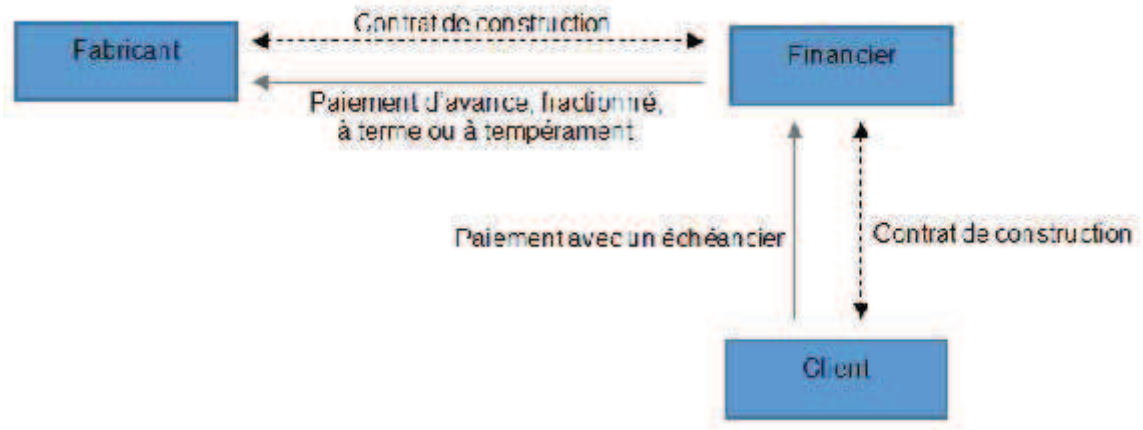


Figure : Financement par *istisna* parallèle[391]

409. Il importe d'étudier d'abord les caractéristiques du contrat d'*istisna* (I), et ensuite son extinction (II).

I. Caractéristiques d'*istisna*

410. Dans le contrat d'*istisna*, il faut déterminer avec précision *ex ante* l'objet, le prix de vente, le délai et le lieu de livraison.

411. Dans le même sens, selon l'article L.261-12 du Code de la construction et de l'habitation, « le contrat de vente d'immeuble à construire doit préciser : a) La description de l'immeuble ou de la partie d'immeuble vendu ; b) Son prix et les modalités de paiement de celui-ci ; c) Le délai de livraison ; d) Lorsqu'il revêt la forme prévue à l'article 1601-3 du code civil, reproduit à l'article L. 261-3 du présent code, la garantie de l'achèvement de l'immeuble ou du remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement. Toutefois, lorsque la vente concerne une partie d'immeuble, le contrat peut ne comporter que les indications propres à cette partie, les autres précisions prévues à l'alinéa précédent doivent alors figurer, soit dans un document annexé à l'acte, soit dans un document déposé au rang des minutes d'un notaire et auquel l'acte fait référence ».

[391] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 « Impôt sur le revenu (IR),impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, régime applicable aux opérations d'istisna* », Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S4/10, p. 3-4.

412. Comme dans tous les contrats islamiques, l'objet d'*istisna* doit être licite au regard de la *charia*. Ainsi, il ne doit pas s'agir de financer des projets d'investissement dans certains secteurs tels que la fabrication d'alcool ou de ses dérivés ou la mise en conserve des viandes de porc ou encore la construction de clubs de jeu, etc. Il ne peut pas consister également en produits naturels (comme les fruits, les légumes et les céréales), qui doivent exister au moment de la conclusion du contrat ou font l'objet de contrat de vente à terme, sauf s'ils doivent être traités industriellement (congelés ou conservés pour une longue durée et mis dans des emballages adéquats)[392].

413. L'*istisna* concerne en particulier la construction industrielle de voitures, aéronefs, trains, navires, ou la construction immobilière, c'est pourquoi il est fréquemment utilisé en financement sur projet.

414. Par ailleurs, le prix doit être connu au moment de la conclusion du contrat pour éviter toute incertitude. A la différence de *salam* où le prix doit être payé à l'avance, dans l'*istisna,* il n'est pas exigé que le prix soit payé à l'avance, ou même au moment de la livraison. C'est aux parties de convenir sur la date et les modalités du paiement. Par exemple, le client peut commencer à verser des acomptes dés la signature du contrat d'*istisna* et continuer au cours de la construction, même après la livraison. Ainsi, il est possible de différer le paiement ou de payer en échelonnements pendant une certaine durée ou au fur et à mesure des étapes de livraison[393]. La rémunération du service incluant le coût de la construction ou de la fabrication est majorée d'une charge financière. S'il y a des frais supplémentaires, il faut préciser qui des deux cocontractants en supportera le coût : soit le vendeur si les frais sont comptés dans le prix de vente, soit l'acheteur s'ils sont considérés en dehors de ce prix[394].

415. S'agissant du prix, il est prévu à l'article L.261-12 du Code de la construction et

---

[392] M. H. TOUJKANI, « *Les contrats salam et istisna* », Séminaire organisé à la République du Niger sur le thème « *Les Sciences de la chari'a pour les économistes : les sources du fiqh, ses principes et ses théories ; le fiqh des transactions financières et des sociétés ; et son application contemporaine* », actes de séminaire n° 44, 20-29 avril 1998, p. 220.

[393] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 11 « *Istisna'a and Parallel Istisna'a* », art. 3/2/2, 2010, p. 184.

[394] M. H. TOUJKANI, *op. cit.*, p. 220.

de l'habitation que « *1. Dans le cas de vente en l'état futur d'achèvement, le vendeur ne peut exiger ni accepter aucun versement, aucun dépôt, aucune souscription ou acceptation d'effets de commerce avant la signature du contrat, ni avant la date à laquelle la créance est exigible. 2. Le contrat de vente à terme peut seulement stipuler que des dépôts de garantie seront faits, à mesure de l'avancement des travaux, à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur par un organisme habilité à cet effet. Les fonds ainsi déposés sont incessibles, insaisissables et indisponibles dans la limite des sommes dues par l'acheteur, sauf pour le paiement du prix* ».

416. En outre, la banque n'est pas obligée de consentir un rabais lorsque les coûts réels de la fabrication sont substantiellement plus élevés que les coûts estimés ou quand il a eu un rabais du fabricant, étant donné que le contrat d'*istisna* et celui d'*istisna* parallèle sont indépendant en termes d'obligations et d'effets[395].

417. De plus, il est possible de ne pas fixer la date de livraison, mais l'acheteur peut aussi fixer une date maximum pour la livraison. En cas de retard du fabricant, l'acheteur n'est pas tenu à accepter les marchandises et à payer le prix[396].

418. Il demeure, en outre, que le contrat *istisna* présente l'inconvénient majeur de permettre la restitution du bien objet de la vente *istisna* après inspection, donc après livraison, en cas de non-conformité, ce qui entraîne ainsi l'annulation de la vente, ce qui porterait naturellement atteinte à la bancabilité du projet[397].

419. D'ailleurs, le produit fabriqué à l'échéance du terme fixé doit être exempte de tous vices et l'acheteur est tenu de verser le prix comme convenu. Il s'agit de garantie des vices cachés par le vendeur. L'acheteur a le droit de résilier le contrat si ces conditions sont réunies :

---

[395] AAOIFI, *op. cit.*, Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, p. 195.

[396] Ibn 'Abidin, Radd al-Muhtar, 5:225, ainsi cité par T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 137.

[397] P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & droit*, n° 97, sept. - oct. 2004, p. 60.

- le vice existe avant la conclusion du contrat ;
- le vice existe lorsque l'acheteur prend possession du bien ;
- l'acheteur ignore le vice au moment de la livraison du bien ;
- le vice existe au moment de la demande d'annulation du contrat par l'acheteur;
- le vice n'est pas mineur.

Et dans ce cas, l'acheteur a le choix, soit d'annuler ou de confirmer le contrat avec l'ensemble du prix stipulé ; soit d'annuler le contrat ou de le confirmer en demandant un rabais sur le prix.

420. Ce qui est similaire au régime de la *garantie des vices cachés* en droit français lorsque le vendeur professionnel ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité pour les vices de la chose vendue la rendant impropre à son utilisation prévue[398]. Comme l'article L261-5 du Code de la construction et de l'habitation le précise, en reprenant l'article 1642-1 du Code civil : « *Le vendeur d'un immeuble à construire ne peut être déchargé, ni avant la réception des travaux, ni avant l'expiration d'un délai d'un mois après la prise de possession par l'acquéreur, des vices de construction ou des défauts de conformité alors apparents. Il n'y aura pas lieu à résolution du contrat ou à diminution du prix si le vendeur s'oblige à réparer* ».

421. Selon Toujkani, dire qu'on n'est pas responsable d'un vice de forme relève de la fraude et de la mauvaise foi, puisque le fournisseur a délibérément failli à son devoir de fournir un produit exempt de défauts et répondant aux normes ; parce qu'il en est le producteur, il doit donc assumer la responsabilité de son produit depuis la conception jusqu'à la réalisation[399].

422. En examinant le contrat d'*istisna*, on remarque qu'il a une certaine particularité par comparaison aux autres modes de financement islamique d'ordre commercial. Le

---

[398] H. MARTIN-SISTERON, « *Adapting the demands of the Islamic moral order to project finance: prospects for French law in connection with an istisna'a - ijara (construction financing and lease-to-own) structure*», Chair of ethics and financial norms, Paris I Pantheon – Sorbonne University and King Abdul Aziz University, Seminar of 1st June 2011, p. 12. Dans le même sens, M. H. TOUJKANI, « *Les contrats salam et istisna »*, Séminaire organisé à la République du Niger sur le thème « *Les Sciences de la chari'a pour les économistes : les sources du fiqh, ses principes et ses théories ; le fiqh des transactions financières et des sociétés ; et son application contemporaine* », actes de séminaire n° 44, 20-29 avril 1998, p. 222.

[399] M. H. TOUJKANI*, op. cit.*, p. 222.

salam, comme la *mourabaha*, l'*ijara* conviennent beaucoup plus aux activités commerciales alors que l'*istisna* convient aux activités industrielles[400].

423. En premier lieu, l'*istisna* est distinct de la *mourabaha* qui concerne notamment la vente de marchandises qui existent déjà au moment de la conclusion du contrat et dont le prix couvre le prix d'achat majoré d'une marge bénéficiaire convenue par les deux parties concernées[401]. Le prix au contrat d'*istisna* doit être connu dès la conclusion du contrat et le coût réel sera connu après l'achèvement des travaux[402]. En outre, dans la *mourabaha*, la validité de la transaction est conditionnée par la prise en possession des marchandises par la banque avant de les transférer à l'acheteur, ainsi que les risques y afférents en tant que propriétaire, alors que dans l'*istisna*¸ la marchandise ne sera transférée qu'à son achèvement.

424. En deuxième lieu, concernant l'*ijara* et *l'istisna*, dans ce dernier, le fabricant s'engage à faire les biens demandés, soit par ses propres matériaux ou soit en les obtenant d'autrui. En revanche, il ne s'agit pas *d'istisna*, mais d'*ijara* lorsque les matériaux sont fournis par le client et que le fabricant utilise seulement son travail et ses compétences, dans le sens de rendre services contre une certaine rémunération. Après la fabrication par le vendeur des biens demandés, le droit de l'acheteur à les refuser à ce stade est différemment interprété par les jurisconsultes musulmans : l'Imam Abu Hanifah estime que l'acheteur peut exercer son « option de voir » (*khiyar-ur-ru'yah*) après les avoir vus, puisque l'*istisna* est un contrat de vente et si on achète une chose qu'on n'a pas vue avant, on a l'option d'annuler la vente après l'avoir vue, et donc pareillement en cas d'*istisna*[403]. Toutefois, l'Imam Abu Yusuf prévoit que l'acheteur est tenu d'accepter les biens, sans exercer telle option ; cette position a été préférée par les

---

[400] M. AL-JARHI & M. IQBAL, « *Banques islamiques : réponses à des questions fréquemment posées* », *Banque Islamique de Développement*, document périodique n° 4, Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 19. Notons que l'examen des caractéristiques du contrat d'*istisna* par rapport aux autres modes de financement islamique, tels que la *mourabaha*, l'*ijara*, et le *salam*, reprend les caractéristiques de leurs correspondants en droit français, dans la mesure des ressemblances et des divergences comme soulignées ci-dessus.

[401] S. HARON, « *A comparative study of Islamic banking practices », J.KAU: Islamic Econ*., vol. 10, Malaysia, 1998, pp. 23-50.

[402] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 11 « *Istisna'a and Parallel Istisna'a* », Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, 2010, p. 195.

[403] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 137.

juristes de l'Empire Ottoman et codifiée dans le droit des hanafites[404]. Selon lui, le fabricant a fait de dépenses pour fabriquer la chose et la livrer en conformité aux spécifications contractuelles et ainsi il subit des pertes en cas de refus de l'acheteur de recevoir les objets fabriqués[405].

425. En troisième lieu, même si le *salam* et l'*istisna* partagent la même exception quant à la non-existence de l'objet ou de la future prestation, ils sont toutefois distincts :

- L'objet du contrat *istisna* est toujours une chose qui sera fabriquée alors que le *salam* n'exige pas toujours que la chose soit fabriquée ;
- Le prix dans *salam* doit être payé en totalité au comptant mais ce n'est pas nécessairement le cas en *istisna* ;
- Le contrat *salam* ne peut pas être résilié unilatéralement après sa conclusion mais il est possible en cas d'*istisna* tant que le fabricant n'a pas encore commencé son travail ;
- Il faut fixer la date de livraison en cas de *salam*, ce qui n'est pas pareil en cas d'*istisna*[406].

426. Après avoir traité l'originalité d'*istisna*, il convient d'examiner les principes régissant son extinction (II).

II. Extinction du contrat

427. Ordinairement, la remise de la chose par le vendeur et le paiement du prix par l'acheteur emporte extinction du contrat. Mais, extraordinairement, l'obligation peut aussi s'éteindre en cas de non-exécution de la prestation par le débiteur[407].

428. Certains juristes classiques sont d'avis que le contrat d'*istisna* peut être résilié de

[404] T. USMANI, *op. cit.*, p. 137.

[405] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 11 « *Istisna'a and Parallel Istisna'a »*, Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, 2010, p. 193.

[406] T. USMANI, *op. cit.*, p. 136.

[407] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5474.

plein droit par le décès de l'un des contractants[408].

429. En revanche, le droit de résiliation du contrat par une partie est remis en cause par sa force obligatoire (A) et par la théorie d'imprévision (B). A ce stade, se pose la question de validité de la pénalité de retard (C).

A. Force obligatoire du contrat

430. Les juristes classiques hanafites examinent l'effet obligatoire du contrat d'*istisna* en trois temps : Dans un premier temps, le travail de fabrication n'a pas encore commencé, ils sont unanimes pour dire que le contrat n'est pas donc contraignant (*lazim*) et les deux parties ont le droit de se démettre de leurs obligations respectives ; dans un second temps, le fabricant a achevé la construction du bien, mais le client n'a pas encore vu les marchandises, alors le fabricant a encore le droit de le vendre à un tiers ; et enfin, dans un troisième temps, les marchandises ont été fabriquées et présentées à l'acheteur, et les avis divergent sur le point si l'acquéreur a le droit de refuser la marchandise[409].

431. Pour certains, le contrat *istisna* a force obligatoire dès la première étape et la révocation n'est pas permise car elle mettrait le fabricant en péril. En ce sens, les banques islamiques fondent l'utilisation de ce contrat sur l'article 392 de la jurisprudence islamique (la *Majella* - code civil uniforme) qui dispose que « *Une fois que le contrat de l'istisna est conclu, aucune des parties contractantes n'a le droit de le rompre. Si le produit, faisant l'objet du contrat, ne correspond pas aux critères escomptés, l'acquéreur a le droit de choisir entre le maintien ou la résiliation du contrat* »[410].

---

[408] *Ibid.,* para. 5474.

[409] Ibn al-Humam, Fath al-Qadir, vol. 8, p. 116 ; Al-Kasani, Badai' al-Sanai', vol. 6, p. 2680 in Ph. Muhammed Al-Bashir Muhammed Al-Amine, ainsi cité par H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5470.

[410] H. MARTIN-SISTERON, « *Adapting the demands of the Islamic moral order to project finance: prospects for French law in connection with an istisna'a - ijara (construction financing and lease-to-own) structure*», Chair of ethics and financial norms, Paris I Pantheon – Sorbonne University and King Abdul Aziz University, Seminar of 1st June 2011, p. 12.

432. Ainsi, lorsque l'acheteur constate que le produit commandé ne répond pas à l'un des critères souhaités, il est alors en droit de remettre en question le contrat, le maintenir ou le résilier ou même accepter le produit tel quel tout en exigeant une remise sur le prix d'achat en compensation du critère manquant[411]. En cas de vice dans le produit, le rendant inapte à l'usage auquel il est destiné, il a également le droit de maintenir le contrat et s'approprier du produit vicié, en exigeant du fournisseur dommage et réparation selon la gravité des défections, ou résilier le contrat et revenir à la situation d'avant sa conclusion[412].

433. L'Académie du *Fiqh* Islamique a affirmé que l'*istisna* est une forme d'engagement irrévocable dont le paiement peut être différé. Ce contrat crée une obligation morale à la charge du fabricant pour fabriquer les marchandises, et chaque partie peut résilier le contrat unilatéralement après l'avoir notifié à l'autre partie, sauf si le fabricant a commencé son travail ; dans ce cas le contrat ne peut pas être résilié unilatéralement.

B. Imprévision dans l'*istisna*

434. L'imprévision désigne l'intervention judiciaire pour rétablir l'équilibre d'un contrat dont l'exécution est devenue anormalement onéreuse au détriment d'un des cocontractants.

435. En droit français, la Cour de cassation[413] a fermement rejeté toute possibilité pour le juge du fond de modifier un contrat au visa de l'article 1134 du Code civil[414].

436. En droit islamique, selon l'AAOIFI, il est possible, en cas de force majeure, de

---

[411] M. H. TOUJKANI, « *Les contrats salam et istisna »*, Séminaire organisé à la République du Niger sur le thème « *Les Sciences de la chari'a pour les économistes : les sources du fiqh, ses principes et ses théories ; le fiqh des transactions financières et des sociétés ; et son application contemporaine* », actes de séminaire n° 44, 20-29 avril 1998, p. 222.

[412] M. H. TOUJKANI, *op. cit.*, p. 222.

[413] Civ., 6 mars 1876 « *Canal de Craponne* » : Les grands arrêts de la jurisprudence civile, doc. 165, 12 éd. 2008, p. 183.

[414] C. civ., art. 1134 : « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi*. »

changer le prix du contrat, par augmentation ou réduction, soit par l'accord des parties, soit par arbitrage, ou procédure judiciaire, à condition de ne pas étendre la période du paiement en contrepartie d'un montant supplémentaire, constituant *riba*[415].

437. D'ailleurs, dans le cadre *d'istisna,* il est possible que les parties se libèrent de leurs obligations lorsque des événements rendent l'exécution du contrat impossible ou fondamentalement différente de celle qui avait été envisagée *ab initio*[416]. Cependant, il est envisageable de proposer une révision du contrat : soit sur fondement contractuel, si les parties en conviennent, soit sur fondement judiciaire, si les parties sont en désaccord et le juge intervient alors au contrat en tant que troisième partie[417].

438. Toutefois, l'application de cette théorie de l'imprévision est possible uniquement si (i) l'événement est exceptionnel, imprévisible, d'un caractère général ; (ii) s'il y a lieu pendant l'exécution de l'obligation contractuelle devenue excessivement onéreuse, (iii) s'il y a un lien de causalité direct entre l'événement exceptionnel, imprévisible, général et le caractère onéreux de l'exécution de l'obligation[418]. Si toutes les conditions sont satisfaites, le juge peut, avant de réviser le contrat, demander aux parties contractantes de renégocier le contrat entre elles, et à défaut d'accord entre les parties, le juge réduira l'obligation excessive[419].

C. Pénalité de retard

439. Parfois, la banque insère une pénalité dans le contrat pour pénaliser le retard de livraison par le fabricant.

440. En droit français, les dommages et intérêts constituent une compensation financière pour compenser des dommages et des pertes subies par un contractant, et le

---

[415] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 11 « *Istisna'a and Parallel Istisna'a »*¸ art. 4/1/3 et 4/2/1, 2010, p. 185.

[416] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5472.

[417] *Ibid.*

[418] *Ibid.*

[419] *Ibid.*

montant des dommages et intérêts est fonction des pertes subies et la perte de revenu. Peu importe que les dommages résultent de retard dans l'exécution ou de l'inexécution d'un contrat et la rémunération est le versement d'un montant équivalent en capital ou d'une rente[420].

441. L'Académie du *Fiqh* Islamique considère que le contrat *istisna* peut inclure une clause pénale si elle est convenue entre les parties, sous réserve de cas de force majeure[421]. D'ailleurs, l'AAOIFI soutient la position de l'Académie et permet la stipulation d'une clause pénale dans le contrat d'*istisna,* puisqu'elle est dans l'intérêt du contrat d'une part et concerne une obligation de production et livraison des produits dans le futur, non en relation à une dette monétaire[422].

442. De plus, les jurisconsultes musulmans réunis (*Hayat al-Kibar'Ulama*) en Arabie saoudite, ont approuvé à l'unanimité la légalité de l'insertion d'une clause pénale dans le contrat *istisna* mais elle ne doit pas être utilisée comme un moyen de pression sur le débiteur et les dommages-intérêts, n'étant pas comptabilisés dans les produits de la banque, devront être inscrits sur un compte *zakât*, et reversés à un organisme caritatif ou une œuvre de bienfaisance[423].

443. Enfin, même si l'*istsina* semble proche de la vente d'immeuble à construire en droit français, cet instrument est distinct plus précisément en ce qui concerne l'imposition de clause pénale, et la théorie d'imprévision.

---

[420] H. MARTIN-SISTERON, « *Adapting the demands of the Islamic moral order to project finance: prospects for French law in connection with an istisna'a - ijara (construction financing and lease-to-own) structure*», Chair of ethics and financial norms, Paris I Pantheon – Sorbonne University and King Abdul Aziz University, Seminar of 1st June 2011, p. 16.

[421] Council of Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n. 65/3/7 on 'Aqd istisna'a (manufacture contracts)* », in «*Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000*», 1st ed., Saudi Arabia, 2000, p. 137.

[422] AAOIFI, *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 11 « *Istisna'a and Parallel Istisna'a »*, Appendix (B): Basis of the Shari'ah rulings, 2010, p. 195.

[423] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5471.

CONCLUSION DU TITRE I

444. La finance islamique propose une diversité importante des modes de financement, ce qui intensifie sa concurrence avec son homologue conventionnel.

445. Elle bouleverse sensiblement le rôle traditionnel de la banque et étend le champ de son intermédiation financière. Ce qui transforme la relation classique entre la banque et son client, de prêteur-emprunteur et crée soit une relation de partenariat, soit une relation commerciale de vendeur/bailleur-acheteur/locataire.

446. Toutefois, l'esprit de la majorité des contrats de financement islamique semble « superficiellement » proche, ou déjà appropriée, à certains produits de la finance conventionnelle.

447. Ainsi, ces deux systèmes de financement partagent la même finalité bénéficiaire. Et il existe une cohabitation nuancée entre les contrats de financement islamique d'ordre participatif et ceux d'ordre commercial d'une part et leurs quasi-correspondants en droit français d'autre part (*moudaraba/*commandite, *moucharaka*/ joint venture, *ijara/* crédit-bail ou location-vente, *mourabaha/* achat-revente*, salam/*vente à livraison différée et *istisna/* vente d'immeuble à construire).

448. Toutefois, cette apparente cohabitation n'est pas parfaite. La philosophie musulmane ne se limite pas à utiliser des contrats de financement qui ressemblent à ceux de la finance conventionnelle, puisqu'elle s'appuie sur des principes conformes à la *charia* et chaque système applique des valeurs morales et des règles juridiques différentes.

449. Alors, le droit islamique a essayé de faire une combinaison entre ces principes théoriques et le mécanisme contractuel de ses produits financiers : dans cette mesure, le financement participatif (*moudaraba, moucharaka*) répond au principe de partage équitable des profits et des pertes, et le financement commercial applique les principes

de tangibilité de l'actif d'une part et de l'interdiction de spéculation et de *gharar* d'autre part. D'ailleurs, la rémunération de la banque ne dépend pas de l'écoulement du temps ou de la maturité de la dette. Son revenu peut être variable en fonction du résultat du projet financé en cas de partenariat et peut être fixe résultant des activités commerciales effectuées par celle-ci.

450. Cependant, l'originalité relative de la structure contractuelle des modes de financement islamique fait subir à la banque parfois des risques importants et une grande responsabilité. C'est le cas, notamment, en raison des problèmes d'asymétrie d'information lors de certaines opérations de financement, mais aussi en raison de la diversité des positions et des interprétations doctrinales adoptées par les écoles de jurisprudence islamique.

451. D'où l'importance d'accorder une grande attention au choix des clients et une prudence élevée lors de rédaction des contrats de financement. Il faut que chaque banque islamique soit dotée d'un comité consultatif de *charia* (s*haria board*), composé des experts financiers, juridiques et religieux, qui veille à la conformité de ces contrats à la *charia.* A cette fin, il est aussi recommandé qu'il existe un comité consultatif de *charia* central, rattaché à la Banque Centrale du pays concerné, comme en Malaisie[424], qui édicte des règles communes pour être suivies par le comité de chaque banque. En outre, des efforts d'harmonisation et d'homogénéisation de l'interprétation des principes et des procédures financières islamiques sont nécessaires.

[424] A. ABDULLAH, **«** *Le contrôle religieux au sein des banques : une particularité de la finance islamique », Bulletin Joly Bourse*, n° 7-8, juill.-août 2013, p. 374 et s

TITRE II

RESSEMBLANCES D'INGENIERIE FINANCIERE

452. Quel que soit le type de financement en cause, une banque est amenée à jouer le rôle d'« ingénieur » qui utilise toujours des stratégies et des techniques financières pour la recherche de la rentabilité la plus grande et du gain absolu. Son objectif majeur est celui de s'assurer le meilleur enrichissement.

453. Etant donné que la banque est, le plus souvent, dans une position plus forte que son client, son ingénierie doit s'exercer dans les limites des principes et des réglementations applicables qui sont prônées par les exigences de justice et d'équité dans les relations contractuelles. Ces exigences de principe sont presque communes dans le système financier islamique ou celui conventionnel.

454. Dans cette mesure, la banque ne doit pas abuser de sa position favorable ou d'un élément d'incertitude dans le contrat pour recevoir un surplus inéquitable de rendement. C'est le principe d'interdiction de l'enrichissement injuste (Chapitre I).

455. Toutefois, même si la banque doit prendre en considération les intérêts de sa clientèle, cela doit être combiné au fur et à mesure à des techniques sérieuses de contrôle et de surveillance des risques auxquels elle s'expose. D'où la nécessité de rationaliser la prise des risques (Chapitre II).

CHAPITRE I

INTERDICTION DE L'ENRICHISSEMENT INJUSTE

456. Toute stratégie bancaire vise principalement la réalisation du gain maximum, sans porter beaucoup d'intérêt à la situation et aux capacités de son client. En conséquence, chaque système adopte des concepts et applique des techniques qui lui sont propres et qu'il juge adéquats pour aboutir à ce résultat. Toutefois, certains principes peuvent être communs entre différents systèmes.

457. Le droit islamique, comme le droit français sanctionne l'enrichissement injuste d'une partie au détriment d'une autre. L'application stricte de ce principe revêt d'un intérêt particulier et répond aux exigences de justice et d'équité lorsqu'il s'agit d'un contrat d'adhésion.

458. Dans le cadre du financement, les pratiques bancaires doivent être règlementées dans le sens d'éviter l'enrichissement injuste d'une partie au détriment de l'autre.

459. A cette fin, la banque islamique ne se trouve pas rémunérée en fonction de la durée ou du montant du crédit, comme c'est souvent le cas de la banque conventionnelle. Il est exigé que la transaction à financer soit adossée à un actif tangible. Et par conséquent, le rendement de la banque est légitimé par l'association de l'argent à un travail productif et la rémunération de la banque selon la performance de l'actif. Le droit français partage cet impératif islamique de matérialité mais avec une certaine fragilité. Il s'agit du principe de tangibilité de l'actif financé (Section I).

460. Par ailleurs, avec le même objectif, le droit islamique interprète largement le concept de *gharar* pour désigner toute incertitude, aléa, risque ou spéculation, qui se traduit par une chance de gain pour une partie et un risque de perte pour l'autre, ce qui est constitutif d'enrichissement injuste d'une partie qui abuse de la situation du *gharar*. D'où la prohibition du *gharar* (Section II).

SECTION I

TANGIBILITE DE L'ACTIF FINANCE

461. La finance islamique ne reconnaît aucune valeur intrinsèque à l'argent en soi[425]. S'agissant donc d'un simple moyen d'échange[426], un capital potentiel qui doit être associé à une autre ressource, en l'occurrence le travail et l'effort, pour entreprendre une activité productive. Alors que la finance conventionnelle lui confère une utilité inter-temporelle, qui permet de recevoir une contrepartie sur l'écoulement du temps.

462. De ce fait, le commerce d'argent ou de dette[427], et par conséquent tout profit tiré d'une transaction purement financière, est interdit en finance islamique[428]. Ce sont les biens et les services acquis en payant de l'argent qui sont productifs, mais cette productivité est encore incertaine[429]. C'est le principe d'adossement à l'actif tangible, ou de tangibilité de l'actif, dénommé en anglais « *Asset Backing* », un des principes majeurs de la finance islamique[430].

463. Nous allons nous intéresser d'abord à l'étendue du principe de tangibilité d'abord (§ I), puis au domaine de son application (§ II).

§ I : <u>Etendue du principe de tangibilité</u>

464. La finance islamique est basée sur des investissements concrets, plus

[425] S. ISMAIL, «*Islamic finance explained*», 1st Ethical Ltd, 2001, p. 11: http://www.nzibo.com/IB2/IFExplained.pdf.

[426] H. GURULKAN, « *Islamic securitization: a legal approach* », *Çektir & Başarı Law Firm*, Istanbul, Oct. 2010, p. 19.

[427] AIDIMM & IFAAS, Rapp. sur «*Quels marchés et quelles opportunités pour les banques de détail?*», 2011, p. 11.

[428] K. JOUABER-SNOUSSI, «*La finance islamique est-elle vraiment si différente ?*», 3 juill. 2012, consulez à cet égard http://www.atlantico.fr/decryptage/finance-islamique-est-elle-vraiment-differente-kaouther-jouaber-snoussi-392912.html

[429] M. SIDDIQI, «*Islamic banking and finance in theory and practice: a survey of State of the art*», *Islamic Economic Studies,* vol. 13, n° 2, Feb. 2006.

[430] W. GHOUL, « *The dilemma facing Islamic finance and lessons learned from the global financial crisis», Journal of Islamic Economics, banking and finance*, vol. 7, n° 1, Jan. - March 2011, p. 64.

généralement elle participe dans les entreprises et les projets pertinents dans le contexte de l'économie réelle sous réserve du respect des règles de la *charia*[431]. Ce qui témoigne l'importance du principe de tangibilité (I).

465. Alors que le financement conventionnel est principalement attribué sous forme de crédits, sans intérêt pour cette exigence. La banque se lance dans des opérations plutôt fondées sur des actifs non tangibles et sur la réalisation d'un surplus d'argent, ce qui démontre la fragilité de ce principe (II).

I. Importance du principe de tangibilité

466. Le financement islamique n'est pas un concept abstrait[432] ou virtuel[433]. La banque favorise les projets d'utilité publique qui permettent de produire des ressources financières et d'élever le niveau de vie humaine.

467. A cette fin, le financement du projet doit porter sur réel, utile et bénéfique[434]. Ce qui se traduit par la forte solidité des banques islamiques face à la crise financière internationale depuis 2007[435].

468. Par ailleurs, il est exigé que toute opération financière islamique soit adossée à un actif tangible, réel et matériel qui est *identifiable et sous-jacent*[436]. Ce qui justifie l'interdiction de la vente d'un « *chameau enfui ou un oiseau dans le ciel* »[437]. Et Le portefeuille de crédit est également fortement collatéralisé et réduit donc l'exposition de

---

[431] P. GENRE & A.-S. VASSENAIX-PAXTON, *Finance islamique et immobilier en France : comprendre pour agir*, Livre blanc, préf. T. DISSAUX, DTZ Asset Management &NORTON ROSE, juill. 2010, p. 29.

[432] *Ibid.*

[433] R. CADO & S. KOURADINE, « *La finance islamique : une alternative financière éthique et durable pour les territoires* », *Kosset Finance et Global Secure Finance SF&T*, 9 déc. 2009, p. 4.

[434] M. GABBANI, « *Islamic project finance »,* Chair of ethics and financial norms, Paris I Pantheon – Sorbonne University and King Abdul Aziz University, Seminar of 1st June 2011, p. 6.

[435] F. MASMOUDI & T. BELABED, « *La finance islamique dans le contexte de la crise financière : opportunités et défis* », Capmena, mars 2010, p. 4.

[436] S. NASR, «*Islamic finance in the Arab World: challenges and prospects», Cambridge Business & Economics Conference (CBEC)*, United Kingdom, 27-29 June 2011, p. 6.

[437] J. CHARBONNIER, *Islam : droit, finance et assurance*, préf. L. A. BARRIERE, éd. Larcier, De Boeck, coll. *Cahiers financiers*, Bruxelles, 2011, p. 108.

la banque au risque de crédit et les problèmes de hasard moral[438].

469. Ainsi, les investisseurs doivent s'engager dans l'économie réelle, sur des actifs tangibles, empêchant toute déconnexion entre les marchés financiers et l'économie réelle.

470. Ce principe permet à la banque islamique d'avoir une vision plus claire sur l'allocation des fonds des épargnants dans l'actif, surtout de la contrôler, ainsi que de participer activement à l'économie réelle et profiter directement des cycles économiques[439].

471. En outre, cette exigence représente un mécanisme de sécurité fournissant aux banques islamiques une garantie additionnelle qui leur permet de contrôler leur exposition au risque[440]. Ce qui leur a permis d'être plus résilientes que les banques conventionnelles lors de la crise financière[441].

472. Dans cette mesure, la finance islamique permet concrètement aux collectivités territoriales de réaliser leur développement financier et économique », à travers des :

- investissements (infrastructures / bâtiments): il s'agit pour l'essentiel d'actifs tangibles, durables entièrement conformes avec un besoin important de financement de longue durée, qui peuvent soit servir de garantie à une émission équivalente obligataire par tranche ou non en « *sukuk »*, soit être intégrés comme contrepartie dans un fonds commun de créances obtenant une qualité de signature supérieure à celle de la collectivité territoriale elle-même pour réaliser des investissements de grande ampleur à moindre coût ; et
- fonds de capital développement : destinés aux PME des territoires pour assurer un

[438] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 76.

[439] F. MASMOUDI & T. BELABED, «*La finance islamique dans le contexte de la crise financière : opportunités et défis* », Capmena, mars 2010, p. 1.

[440] K. TOUMI, *op. cit.*, p. 76.

[441] A. HARZI, « *Les banques islamiques plus résilientes que les banques conventionnelles ? », Revue banque*, n° 759, avril 2013, p. 76.

développement économique[442].

473. En effet, le secteur de l'immobilier est un secteur-clef pour la finance islamique au regard de ce principe d'ordre général. L'actif immobilier paraît donc comme un actif compatible avec la *charia* face aux exigences de la finance islamique[443], pour trois raisons : d'une part, c'est un actif tangible, d'autre part, il assure une conformité avec les limites d'endettement puisque la finance islamique impose un niveau d'endettement maximal de la société-cible inférieur ou égal à 33% afin d'éviter de s'engager dans des risques importants et enfin, s'agissant d'une activité licite répondant aux exigences islamiques à cet égard[444].

II. Fragilité du principe de tangibilité

474. Même si la finance conventionnelle partage avec sa contre-sœur islamique l'esprit entrepreneurial, celle-ci adopte un cadre conceptuel et pratique différent.

475. La rationalité et le bien-être personnel sont des fondements de l'économie conventionnelle lorsque l'homme vise toujours à satisfaire ses besoins et son intérêt personnels (« *l'homos economicus*») ; alors que dans l'économie islamique, la rationalité est définie comme une manière d'agir où les impératifs éthiques et les exigences économiques restent constamment liés au niveau philosophique et social[445].

476. A son tour, la banque conventionnelle cherche à assurer le maximum du profit sans subir beaucoup de risques ou de coûts. Elle ne s'engage pas souvent dans des projets de partenariat avec son client ou des activités adossées à un actif. Simplement, un crédit à intérêt, impliquant une rémunération fondée sur l'écoulement du temps, est le moyen de financement le plus utilisé. De plus, l'utilisation des contrats à terme conventionnels ne remplit pas les restrictions liées à la tangibilité de l'actif comme en

---

[442] R. CADO & S. KOURADINE, « *La finance islamique : une alternative financière éthique et durable pour les territoires », Kosset Finance et Global Secure Finance SF&T*, 9 déc. 2009, p. 5.

[443] P. GENRE & A.-S. VASSENAIX-PAXTON, *op. cit.*, p. 29.

[444] *Ibid.*, p. 29-30.

[445] M. RUIMY, *La finance islamique,* Arnaud Franel éditions, coll. *Finance d'aujourd'hui*, Paris, 2008, p. 8.

cas de finance islamique.

477. D'ailleurs, la banque exige de larges sûretés et met en place plusieurs moyens de gérer les défaillances, en faisant subir à son client presque tous les risques, pour garantir le remboursement du capital et de l'intérêt de la dette.

478. En revanche, on ne peut pas reprocher au système conventionnel de donner primauté à la finalité bénéficiaire de toute opération bancaire, mais l'idéal c'est de poursuivre cette finalité ou l'intérêt personnel tout en respectant les contraintes de tolérance et sans nuire à l'intérêt social.

479. Constatons donc que la finance conventionnelle admet une valeur intrinsèque de l'argent, sans nécessairement être lié à un travail ou un effort productif. Ainsi, un profit peut se réaliser par l'échange de deux unités de monnaies de même dénomination.

480. Toutefois, comme nous le soulignons ci-dessous, il existe certains modes de financement conventionnel qui portent sur des actifs, notamment dans le domaine immobilier.

481. Du fait de la diversité de la portée du principe de tangibilité de l'actif d'un système à un autre, le domaine de son application mérite d'être examiné (§ II).

§ II : <u>Domaine d'application du principe de tangibilité</u>

482. La finance islamique substitue évidemment un usage temporaire des actifs par le prêteur pour un transfert permanent de fonds à l'emprunteur comme une source d'endettement conventionnel[446].

483. L'adossement du financement permet de garantir que la transaction sera moins sujette aux crises de la dette et que les fonds seront utilisés aux fins prescrites, réduisant ainsi les défaillances résultant de la mauvaise utilisation des fonds empruntés.

[446] A. A. JOBST, « *The economics of Islamic finance and securitization* », *International Monetary Fund*, working paper WP/07/117, August 2007, p. 7.

484. La finance islamique dispose d'un portefeuille ayant une diversité des modes de financement, adossés soit à des actifs (*asset backed*), soit à des obligations (*equity based*).

485. En se basant sur l'adossement à un actif tangible, les banques islamiques utilisent différents contrats de vente et de location (*mourabaha, ijara, istisna, et salam*) pour financer sa clientèle. Dans tous ses contrats, la banque doit posséder l'actif avant de le louer ou de le vendre à son client, d'où l'importance du ratio immobilisations corporels par rapport à l'actif bancaire. Généralement, il y'a deux phases dans l'exécution des contrats islamiques ; la première phase consiste à l'acquisition du bien par la banque islamique (devenant ainsi propriétaire), et la deuxième phase consiste au transfert du bien au client[447].

486. A la différence de la finance islamique, l'exigence de tangibilité de l'actif n'est pas absolue en cas de finance conventionnelle. Toutefois, d'une apparente vision, certains mécanismes de l'investissement immobilier sous-entendent ce principe ; lorsque la banque conventionnelle peut conclure deux contrats de vente successifs, une vente au comptant entre le vendeur et l'intermédiaire financier, suivie d'une vente à tempérament entre ce dernier et l'acheteur final (comme *mourabaha)* ainsi que les transactions de crédit-bail ou de location-vente (respectivement les articles L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier, les articles L. 312-24 à L. 312-31du Code de consommation / en familiarité avec *l'ijara/ijara wa iqtina*), de vente en l'état futur d'achèvement (articles 169-1 et suivants du Code civil et L. 261-1 et R. 261-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation / comme *istisna*), d'organisme de placement collectif dans l'immobilier (articles L. 214-89 à L. 214-146 et R. 214-160 à R. 214-222 du Code monétaire et financier / proche de *moudaraba*), d'une société civile immobilière d'accession progressive à la propriété (articles L. 443-6-2 à L. 443-6-12 et R. 443-9-4 du Code de la construction et de l'habitation / ressemblant à la *moucharaka*

[447] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 137.

moutanaqssa)[448].

487. Nonobstant cette compatibilité « superficielle » des modes de financement en droit français avec le principe islamique de tangibilité de l'actif, la rémunération de la banque dans chaque système met en exergue l'application marginale de ce principe. Autrement dit, en droit islamique ce principe légitime le profit bancaire, en se basant effectivement sur le commerce à la place d'un système basé sur l'intérêt fixe[449]. La banque islamique sera rémunérée sur la base du rendement résultant des opérations liées soit à l'octroi d'un actif au client, soit à l'acquisition d'un actif du client, ainsi que par l'utilisation de l'actif, dans la mesure où le prêteur et l'emprunteur partagent les risques liés aux investissements[450].

488. Alors que la mise en œuvre de ce principe en cas de financement conventionnel ne permet pas d'aboutir au même résultat pour exclure toute rémunération fondée sur l'écoulement du temps, comme en cas de location, lorsque le loyer est fixé selon un intérêt[451].

489. Par ailleurs, en droit islamique, l'émission et le commerce avec les titres islamiques adossés aux actifs (*sukuk*)[452] constitue l'un des domaines les plus essentiels pour l'innovation des produits[453]. Par souci de clarification, nous présentons les *sukuk* à titre liminaire mais notre étude n'y est pas exclusivement consacrée.

490. Les *sukuk* constituent l'équivalent islamique du financement obligataire pour les entreprises et les émetteurs souverains qui souhaitent respecter les principes de *charia*,

---

[448] P. GENRE & A.-S. VASSENAIX-PAXTON, *op. cit.*, p. 30-31.

[449] R. WILSON, « *Islamic finance in Europe », European University Institute for MUSMINE*, Italy, 2007, p. 10.

[450] V. JOSHI, « *Islamic finance - understanding an impending financial phenomenon», International journal of management and strategy (IJMS)*, vol. 3, issue 4, Jan. - June 2012, p. 6.

[451] B. CHARLTON & R. GARCIA-BENNETT, « *Islamic asset finance »*, *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*, Briefing, July 2004, p. 2.

[452] Il est important de noter que notre étude n'examine pas au profond le système des titres obligataires conventionnels ou islamiques (*sukuk*). Nous avons mis cette partie par référence à ces notions seulement à titre liminaire à des fins de clarification et de comparaison. Mais, en réalité le mécanisme des titres est plus complexe et nécessite une étude ultérieure plus approfondie.

[453] V. JOSHI, *op. cit.*, p. 6.

similaire aux *asset-backet securities*[454].

491. De nombreuses structurations des *sukuk* sont en vigueur et l'AAOIFI en dénombre 14, dont la diversité reflète la variété des contrats islamiques sous-jacents à la structuration des *sukuk*[455]. Les plus utilisés sont : *sukuk salam, sukuk istitna, sukuk mourabaha, sukuk moudaraba, sukuk mousharaka, sukuk ijara*.

492. Leur émission doit être adossée soit à des actifs tangibles, soit à l'usufruit d'un actif tangible[456]. Les actifs sous-jacents dans une émission de *sukuk* doivent être licites au regard de la *charia* alors que l'obligation conventionnelle peut être émise pour financer presque n'importe quel type d'activité jugée légale dans sa juridiction.

493. Les *sukuk* représentent des participations dans des actifs existants et/ou biens définis alors que les obligations représentent des dettes pures dues par l'émetteur.

494. Par conséquent, les détenteurs de *sukuk* sont techniquement les propriétaires d'un actif réel plutôt que de simples prêteurs rémunérés à un taux d'intérêt comme en cas des titulaires des titres conventionnels[457]. Les premiers sont liés aux dépenses et aux risques relatifs aux actifs sous-jacents alors que les derniers ne sont pas concernés par les dépenses et les risques sur les actifs sous-jacents.

495. Les titres obligataires conventionnels sont caractérisés par un rendement prédéterminé, puisque le capital et le rendement sont contractuellement garantis, alors que les *sukuk* sont collatéralisés à un actif réel[458], ni le capital, ni le rendement ne

---

[454] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 55.

[455] A. HASSOUNE, « *La Finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation : la finance islamique globale connaît une croissance vertigineuse* mais *fragmentée*», in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie-une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure Finance, Paris, 2008, p. 92.

[456] E. JOUINI & O. PASTRE, *op. cit.*, p. 55.

[457] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 48.

[458] D. EL-HAWARY, W. GRAIS & Z. IQBAL, « *Regulating Islamic financial institutions: the nature of the regulated », World Bank policy research*, working paper 3227, March 2004, pp. 1-48. D. EL-HAWARY, W. GRAIS & Z. IQBAL, « *Diversity in the regulation of Islamic financial institutions* », *The Quarterly Review*

peuvent être garantis contractuellement.

496. Ainsi, la rémunération versée aux souscripteurs des *sukuk* est fonction de la performance de l'actif sous-jacent et non de l'écoulement du temps[459]. Plus précisément, dans les *sukuk*¸le remboursement du principal de l'obligation sera assuré, en retour, par la mise en vente des actifs sous-jacents, à la maturité du contrat obligataire[460].

497. En conclusion, nous remarquons que la finance islamique adopte une approche distincte de celle de la finance conventionnelle quant à l'exigence de l'adossement d'une transaction financière à un actif tangible. Ce qui témoigne de son large domaine d'application. Alors que la finance conventionnelle, même en présence de certains domaines d'investissement immobilier, accorde le droit à la banque d'être rémunérée sur la base de fixation d'un taux d'intérêt, et non sur la performance de l'actif.

498. L'Autorité des Marchés Financiers a précisé dans une recommandation du 2 juillet 2008 le schéma de prospectus que devraient suivre les émetteurs souhaitant coter des *sukuk* sur Euronext Paris (indication des annexes du Règlement européen sur le prospectus qui doivent être utilisées pour la rédaction d'un prospectus portant sur des *sukuk*)[461].

499. Le droit islamique exige la tangibilité de l'actif dans une transaction financière pour empêcher principalement tout gain réalisé sans être associé à un travail, voire l'enrichissement sans cause. Au nom de cet objectif, il a également prohibé tout enrichissement justifié uniquement par le *gharar* (Section II).

---

of Economics and Finance, vol. 46, n° 5, 2007, pp. 778-800.

[459] E. JOUINI & O. PASTRE, *op. cit.*, p. 55.

[460] A. HASSOUNE, *op. cit.*, p. 91-92.

461 G. SAINT-MARC, « *La finance islamique : un enjeu pour la France* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie-une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure Finance, Paris, 2008, p. 294. M. NOURI, « *Le besoin de la conformité en France : spécificités et perspectives* », Coffis, 5 juin 2009.

SECTION II

PROHIBITION DU GHARAR

500. Etant toujours soucieux d'assurer l'équité et l'équivalence des prestations dans les transactions contractuelles, le droit islamique interdit tout élément qui cause un déséquilibre dans les contreparties des parties ou crée des risques de conflits.

501. Ainsi lorsque les parties s'engagent contractuellement sans pleine connaissance d'un élément dominant dans le contrat, comme l'existence ou l'étendue de la prestation, elles subissent un risque important en termes de chance de gain ou de risque de perte, ce qui implique l'application du principe de prohibition du *gharar* en droit islamique. Plus généralement, la notion de *gharar*, comme nous la définissons ci-dessous, recouvre tout aléa hasardeux, incertitude ou spéculation qui déséquilibre le contrat.

502. S'inspirant de ce principe, la finance islamique structure des formes contractuelles et fixe un cadre strict pour assurer leur validité conformément aux préceptes de *charia*.

503. Dans le même sens, ce principe n'est pas étranger au droit français. L'existence et la détermination de l'objet et de la cause du contrat sont des conditions de sa validité afin d'éviter toute incertitude et déséquilibre des obligations des contractants. En outre, il a reconnu un régime spécifique aux contrats aléatoires qui impliquent également un certain degré d'aléa.

504. En revanche, à l'inverse de la finance islamique, certaines pratiques de la finance conventionnelle qui comportent incertitude ou spéculation, telles que celles qui portent sur les produits dérivés, le contrat d'assurance classique, les opérations de type *swaps* ou *futures*[462], sont admises.

[462] Un *swap* désigne un contrat par lequel les parties conviennent de s'échanger des actifs ou des flux d'intérêts liés à une opération sous-jacente, selon un échéancier déterminé. Il s'agit de contrats à terme négocié de gré à gré. Les *futures* sont des produits dérivés qui permettent d'anticiper l'évolution à terme de différents produits financiers (indices boursiers, taux d'intérêts, etc.) ou des cours de matières premières (métaux précieux, énergie, etc.). Pour une analyse plus détaillée sur ces définitions, consultez J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « *La finance islamique : une finance douteuse ?* », *Les cahiers de la finance islamique*, n° 2, Ecole de Management Strasbourg, 2010, p. 14.

505. Il convient de noter que notre étude en matière de *gharar* islamique est plus large que celle que l'on consacre habituellement à l'aléa en droit français étant donné que le concept de *gharar* affecte considérablement le domaine du financement islamique, à la différence du cas de l'aléa dans la finance conventionnelle[463].

506. Pour démontrer la différence d'application de principe de prohibition d'aléa entre les deux systèmes juridiques, nous allons commencer par traiter d'abord l'appréciation du *gharar* (§ I) avant d'aborder ses effets (§ II).

§ I : Appréciation du *gharar*

507. Toute une doctrine abondante s'est développée autour de la notion. La plupart des jurisconsultes l'ont étudiée dans le cadre du contrat de vente, contrat type, mais d'autres lui reconnaissent un champ d'application plus vaste pour l'appliquer à un grand nombre de transactions.

508. Parallèlement, le droit français reconnaît le concept d'aléa quant à la théorie d'objet et de cause du contrat d'une part, et à propos des contrats aléatoires.

509. Reprenant ces restrictions dans le cadre de la finance, chaque système financier adopte une approche différente pour définir les contours de la notion de *gharar* (I) et les critères de son appréciation (II).

I. Contours de la notion de *gharar*

510. En droit islamique, la notion de *gharar* a fait l'objet de différentes interprétations doctrinales.

511. Cette notion sera étudiée à la lumière de la théorie de l'objet et du prix du contrat (A), de la lésion (B) et de l'aléa en droit français (C).

[463] En effet, le droit français règlemente étroitement le concept d'aléa dans les contrats aléatoires (selon trois catégories qui sont les contrats d'assurance, de jeu et de pari, et de rente viagère). Alors que dans le cadre de financement, il est plus libéral et accepte des transactions entachées d'aléa, à la différence du droit islamique. Ce dernier définit le concept de *gharar* dans un sens plus large en lui reconnaissant des effets importants sur la validité du contrat tant en droit commun que dans le domaine bancaire et financier, ce qui justifie la prohibition de plusieurs contrats comme les futures ou à terme.

A. Théorie de l'objet et du prix

512. Une partie de la doctrine islamique rattache le *gharar* seulement à l'inexistence de la chose au moment de la conclusion du contrat, notamment dans le cadre du contrat de la vente. Ainsi, il est constitué lorsque le vendeur ne peut pas livrer l'objet de la vente à la signature du contrat. Mais, cette définition est très imprécise et ne renferme pas tous les éléments de *gharar*.

513. Sans doute, l'existence de la chose au moment de l'acte juridique est une condition de validité du contrat. Cette exigence est confirmée par de nombreux récites du Prophète, comme par exemple, « *Un homme m'a demandé de lui vendre ce que je n'ai pas, dois-je l'acheter au marché? (sous-entendu: pour le lui vendre par la suite) »,* le Prophète lui a répondu*: « Ne vends pas ce que tu n'as pas* ».

514. Dans cette mesure, le droit islamique interdit en principe la vente des choses futures, sous réserve de certaines exceptions, lorsque le report de la vente jusqu'à l'existence certaine de la chose ou à son existence effective peut produire un inconfort et embarras[464].

515. Selon Al-Darir[465], quelques difficultés peuvent survenir, comme lorsque le fruit produit est d'une quantité plus grande que ce que l'acheteur a estimé et par conséquent que celui-ci se trouve incapable de payer la totalité du prix de la vente, ou le prix actuel du produit, celui-ci devenant supérieur au prix accepté entre les parties, ce qui peut conduire l'une des parties à vouloir annuler la vente ou à signer le contrat sous la contrainte[466].

516. Certains auteurs considèrent qu'il ya *gharar* quand l'objet du contrat est indéterminé ou plutôt les caractéristiques de cet objet sont inconnues (*maghul*) par les contractants, comme en cas de vente d'oiseaux dans le ciel ou de poissons dans l'eau. Alors que pour Sanhoury, c'est à la fois l'ignorance (*gahl*) et l'incertitude relative à certaines caractéristiques de l'objet de la vente qui sont constitutifs du *gharar*[467]. Al-Kitane estime

---

[464] M. AL-DARIR*, Le gharar dans les contrats et ses effets dans les pratiques contemporaines,* 1ère éd., Banque islamique du développement, Série des conférences d'éminents scientifiques n° 4, Royaume d'Arabie Saoudite, 1993, p. 51.

[465] C'est un érudit islamique contemporain, qui est reconnu en particulier par son travail sur *gharar*. Il est ainsi qualifié par H. AHMED, *Theoretical foundations of Islamic economics*, 1st ed. Islamic Development Bank, Saudi Arabia, 2002, p. 78.

[466] M. AL-DARIR*, op. cit.,* p. 54.

[467] A.-R. SANHOURY, *Les sources du droit dans le fiqh islamique*, 6V., T. III, al-magma' al-'arabi al-islami, Beyrouth, p. 49, ainsi cité par N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, préf. P.

que le *gharar* se distingue de l'ignorance (*jahâla*) ; le premier désigne en principe l'incertitude sur l'existence de la chose comme la vente d'un oiseau dans l'air, mais le second se traduit par la connaissance de l'existence de la chose, mais les caractères de cette dernière sont ignorés comme la vente de ce qui est caché[468]. Nous avons tendance à partager l'opinion de Sanhoury que le *gharar* emporte de l'ignorance.

517. Plus généralement, selon Ibn Rushd, le *gharar* est excessif et invalide le contrat lorsqu'il affecte principalement (i) le contrat, ou (ii) le prix et/ou l'objet[469].

518. Une théorie stricte de l'objet de l'obligation est développée dans l'objectif d'éliminer toute incertitude pouvant affecter la nature, le genre, la quantité et même la qualité de la chose sur laquelle elle porte[470].

519. Pareillement, selon les règles de droit commun français, l'exigence de l'existence de l'objet au moment de la conclusion du contrat et de sa certitude, ainsi que la détermination du prix de la vente est applicable[471]. En revanche, l'article 1130 du Code civil français précise que les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation. Ce qui se traduit par l'admission de la vente des choses futures.

B. Lésion

520. Un auteur malikite, Ibn-Rushd, est d'avis que le *gharar* est constitué dans les contrats de vente lorsque le vendeur subit une lésion (*ghubn)* résultant de son ignorance du

---

FOUCHARD, éd. Economica, coll. *Droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, 1995, p. 58.

[468] M. AL-KITANE, *«L'effet du gharar sur la performance des contrats et les conséquences résultantes de non-livraison de l'objet du contrat»*, Conférence des organisations légales pour les institutions financières islamiques, Bahreïn, 26-27 mai 2010, p. 4.

[469] A. IBN-RUSHD, *Les introductions* préliminaires, révisé par M. HAGY et S. A'RABE, T. 2, 1ère éd., Dar al-Gharbe al-Islami, Liban, 1988, p. 73. La prohibition des deux ventes en une seule (*al-bay'atayn fi bay'ah*) concerne la vente de deux choses contre deux prix « *je te vends cette marchandise à tel prix, à condition que tu me vends cette maison à tel prix* », ou la vente d'un seul objet contre deux prix « *je te vends ce vêtement comptant à dix ou à terme pour vingt* », ou la vente de deux objets contre un seul prix « *je te vends l'un de ces vêtements pour tant* ». Dans ces transactions, le *gharar* se traduit par l'ignorance du prix véritable. Mais, les écoles de jurisprudence islamique divergent sur leur interdiction. Il est important à noter que les transactions de vente sont très diversifiées et font l'objet d'une jurisprudence abondante qui est hors notre étude. On se limite à examiner les modes de financement les plus utilisées par les banques islamiques comme le *salam* et l'*istisna.* M. H. KAMALI, «*Uncertainty and risk-taking (Gharar) in Islamic Law»*, *International Islamic University Malaysia (IIUM) Law Journal*, Vol.7, n° 2, June 1999, p. 204. A.-R. AL-SAATI, «*The permissible gharar (risk) in classical Islamic jurisprudence»*, *J. KAU: Islamic Econ.*, vol. 16, n° 2, 2003, p. 11.

[470] Y. LINANT DE BELLEFONDS, « *L'autonomie de la volonté en droit musulman », Revue algérienne*, 1958, p. 877, ainsi cité par S. JAHEL, « *Droit des affaires et religions », Revue internationale de droit comparé*, vol. 53, n° 4, oct. – déc. 2001, p. 886.

[471] C. civ., art. 1108, 1126 et 1591.

prix de l'objet ou encore de son manque de connaissance de critères indispensables relatifs au contrat ou à son objet[472], comme l'incertitude liée au prix, à la qualité, au délai de livraison.

521. Dans le *Medjelle Ottoman*, l'article 165 réfère à la lésion majeure/flagrante[473], dans le sens du g*harar excessif,* pouvant entraîner la nullité du contrat en atteignant l'un des seuils suivants :

- 5% en matière de meuble ;
- 10% en matière de bétail ; et
- 20% en matière immobilière[474].

Et par conséquent, si les conditions de la lésion sont réunies, l'acheteur dispose d'une option, soit demander la résolution du contrat, soit accepter son exécution[475].

522. Par comparaison, en droit français, selon l'article 1674 du Code civil, si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value.

523. Nonobstant, il a été jugé que le caractère aléatoire des conditions d'une vente immobilière s'oppose à ce qu'un tel contrat puisse faire l'objet d'une action en rescision pour lésion de plus des sept douzièmes[476].

524. On remarque que le droit musulman a opté pour des marges relativement faibles, permettant la remise en cause du contrat plus facilement qu'en droit français qui a retenu un pourcentage supérieur à la moitié du prix réel, mais dans les deux systèmes, l'action en lésion n'est subordonnée à aucune autre condition que celle de la lésion matérielle et

---

[472] Comme cité par N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, préf. P. FOUCHARD, éd. Economica, coll. *Droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, 1995, p. 59.

[473] Ainsi qualifié par A. KHOUILDI, « *Les points de convergence entre certaines dispositions du Code civil français et les principes de la finance islamique moderne* », Séminaire du Coffis, Paris, 6 févr. 2012, p. 35-36.

[474] A. KHOUILDI, *op. cit.*, p. 35-36.

[475] A. KHOUILDI, *op. cit.*, p. 36.

[476] Req. 6 mai 1946 D. 1946.287 ; *RTD Civ*. 1946. 324, obs. Carbonnier, ainsi cité par A. KHOUILDI, *op. cit.*, p. 28.

pécuniaire[477].

C. Aléa en droit français

525. En droit français, les contrats aléatoires sont régis par le Code civil, douzième titre, depuis les articles 1964 jusqu'à 1983, divisés en trois catégories, à savoir le contrat d'assurance, le jeu et le pari, et le contrat de rente viagère.

526. L'article 1104, alinéa 2, du Code civil définit le contrat aléatoire comme le contrat dans lequel « *l'équivalent consiste dans la chance de gain ou de perte pour chacune des parties, d'après un événement incertain* ». Alors l'article 1964 le définit comme « *une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain* ».

527. Par assimilation au *gharar*, l'aléa fait suspendre le contrat à un évènement incertain qui résulte en une chance de gain ou de perte pour chaque contractant.

528. Toutefois, le *gharar* est distinct de certaines notions qui lui sont voisines. La fraude ne représente pas le *gharar* ; celle-ci réfère souvent à la dissimulation du défaut de la chose vendue, alors que le *gharar* est plus large que la simple fraude[478]. Aussi, le *gharar* ressemble aux jeux de hasard et aux paris (*mayssir*) en termes d'incertitude sur le résultat mais les jeux de hasard et les paris servent à tirer de l'argent de l'autre partie ; tout jeu de hasard est *gharar* mais non pas vice versa[479].

II. Critères d'appréciation de *gharar*

529. Le *gharar* doit être apprécié en fonction de sa relativité et sa pertinence selon les circonstances actuelles de la société et les coutumes, puisque par exemple un certain degré de risque et d'ambigüité pouvait être inacceptable avant mais être actuellement conçu différemment selon les conditions contemporaines du marché[480].

530. Ainsi le degré de *gharar* (A) dans la transaction doit être effectivement considéré, en

[477] A. KHOUILDI, *op. cit.*, p. 38-39.

[478] M. AL-KITANE, *«L'effet du gharar sur la performance des contrats et les conséquences résultantes de non-livraison de l'objet du contrat»*, Conférence des organisations légales pour les institutions financières islamiques, Bahreïn, 26-27 mai 2010, p. 4.

[479] M. AL-KITANE, *op. cit.*, p. 4.

[480] M. H. KAMALI, *op. cit.*, p. 215.

tenant en compte les conditions qui rendent le *gharar* prohibé (B).

A. Degré de *gharar*

531. Selon son importance, le *gharar* est classifié en trois types : (i) *gharar* excessif (*gharar khatir*), (ii) *gharar* moyen (*gharar mutawwasit*) et (iii) *gharar* insignifiant (*gharar yassir*)[481].

532. En ce qui concerne le *gharar* excessif, il est plutôt en relation avec l'objet du contrat et considéré comme une cause d'invalidité de la transaction[482] comme en cas de vente du fruit avant sa production ou conclure une location pour un terme inconnu. Pareillement, en cas d'impossibilité de livraison de la chose, comme par exemple la vente du fœtus encore dans la matrice, sans la vente de sa mère, ou en cas d'ignorance du prix ou de l'objet[483].

533. Ce type de *gharar* est généralement apprécié selon la coutume en considération du changement des circonstances et des périodes [484]. Selon Kamali, il est peu probable que les aspects relatifs et circonstanciels de *gharar* changent avec le développement de l'informatisation, les technologies de l'information et de la science étant donné que l'introduction de nouveaux mécanismes peut emporter des incertitudes d'ordre différent, produisant de *gharar* non pas moins grave que ce qu'on peut avoir en leur absence, et même si certaines incertitudes attachées au prix, à la livraison de la chose sont actuellement réduites et admises à un certain seuil, les nouveaux produits et de modes de transaction dans le domaine bancaire et financier, les marchés futurs et boursiers ont contribué à l'apparition de nouveaux degrés de *gharar*, plus complexes, ce qui exige une analyse et une évaluation diligentes[485]. Ainsi, une subjectivité importante s'impose lors de détermination du *gharar* excessif.

534. Alors, pour prohiber la transaction dans ce cas, les jurisconsultes des différentes écoles ont tenu en compte le degré d'ignorance des parties au contrat : Shafi'i estime que

---

[481] M. AL-KITANE, *op. cit.*, p. 5.

[482] M. H. KAMALI, *op. cit.*, p. 203.

[483] A cet égard, pour plus d'informations, consultez A. IN-JUZAY*, Les lois doctrinales dans le résumé de fiqh des malékites et l'observation des fiqh des chaféites, hanafites et hanbalites*, 693-741 h., révisé par M. MAWELAYE, p. 404-406. De plus, M. AL-DARIR*, Le gharar dans les contrats et ses effets dans les pratiques contemporaines,* 1ère éd., Banque islamique du développement, Série des conférences d'éminents scientifiques n° 4, Royaume d'Arabie Saoudite, 1993, p. 18-30.

[484] M. AL-KITANE, *op. cit.*, p. 5.

[485] M. H. KAMALI, *op. cit.*, p. 215.

l'aléa est exorbitant lorsque la vente porte sur des choses hors vue, même si la chose a été décrite à l'acheteur ; Abu-Hanifa permet la vente de la chose hors vue sans la décrire puisque l'acheteur a un droit d'option qui lui permet d'accepter ou de refuser la vente après le laps de temps bien déterminé ; Malik estime que la vente est obligatoire si la chose est conforme à la description[486]. Cette divergence relève de la question de savoir si le degré de connaissance que donne la description par rapport à la connaissance fournie par ce sens constitue une incertitude qui influe sur la chose vendue au point qu'il ya un aléa considérable ou bien qu'elle n'influe pas sur cette chose et il s'agit donc un aléa toléré d'importance minime[487].

535. Concernant le *gharar* insignifiant, il est admissible et tolérable, puisqu'il n'affecte pas la validité du contrat ou être à la source d'une dispute, comme en cas de location d'une maison pour un mois en fixant un nombre variable de jours du mois[488]. Ainsi comme le souligne Shatibi, le récit du Prophète qui interdit le *gharar* ne vise que le *gharar* excessif, non tolérable et qui conduit à une dispute, excluant les autres catégories de *gharar*, d'où la permission de certaines transactions lorsque le *gharar* y est très faible[489]. De plus, à défaut de consensus entre les écoles de jurisprudence islamique, le g*harar* dans les transactions en cause est admis et n'affecte pas leur validité[490].

536. Entre ces deux catégories, se situe le *gharar* moyen qui a fait l'objet de certaines controverses doctrinales entre les juristes musulmans, s'inclinant vers la première ou la seconde catégorie[491]. Comme Al-Darir l'a énoncé, la multitude et le manque dans le *gharar* est une question relative qui varie en fonction du temps, du lieu et du point de vue, c'est pour cela qu'il n'est pas facile de tracer une ligne entre le *gharar* excessif qui affecte la validité du contrat et le *gharar* insignifiant qui n'a pas d'effet, ce qui justifie la variabilité des opinions

---

[486] A.-R. SANHOURY, *Les sources du droit dans le fiqh islamique*, 6V., T. III, al-magma' al-'arabi al-islami, Beyrouth, p. 50, ainsi cité par N. COMAIR-OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, préf. P. FOUCHARD, éd. Economica, coll. *Droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, 1995, p. 63.

[487] N. COMAIR-OBEID, *op. cit.*, p. 63.

[488] M. AL-KITANE, *op. cit.*, p. 6.

[489] A.-R. AL-SAATI, «*The permissible gharar (risk) in classical Islamic jurisprudence*», *J. KAU: Islamic Econ.*, vol. 16, n° 2, 2003, p. 10.

[490] *Ibid.*, p. 11.

[491] A. IBN-RUSHD, *Les introductions* préliminaires, révisé par M. HAGY et S. A'RABE, T. 2, 1ère éd., Dar al-Gharbe al-Islami, Liban, 1988, p. 73.

des juristes islamiques en la matière de *gharar*[492].

B. Conditions du *gharar* prohibé

537. Le *gharar* doit satisfaire à certaines conditions cumulatives pour être qualifié de prohibé :

- il doit être excessif et exorbitant quand il domine le contrat en cause ;
- il doit exister dans un contrat qui implique un échange financier comme le contrat de vente, ou de louage et non pas celui de bienfaisance comme le contrat de donation. La spéculation fait partie du *gharar,* puisqu'elle permet de réaliser illicitement un profit du fait de l'existence d'un aléa relatif au contrat ou à la chose objet du contrat qui met en cause l'équilibre des prestations prôné par la morale islamique. Le Coran a expressément proscrit de faire le *mayssir (*comme spéculation ou jeux d'argent) étant commerce avec *gharar*[493].
- le contrat en question ne doit pas faire l'objet d'un état de besoin du public. Autrement dit, l'existence du *gharar* peut être ignorée lorsque la satisfaction des besoins du peuple en vertu du principe coranique d'élimination des difficultés (*raf' al-haraj*) devient une priorité [494].

538. Al-Siouty a défini le besoin comme la situation de la personne qui se trouve dans un embarras, sous pression ou en difficulté si elle n'obtient pas la chose concernée, à cause du risque de perte d'un intérêt légitime, mais sans pour autant que cela nuise fortement à la personne[495]. Cette définition permet de distinguer l'état du besoin de l'état de nécessité ; le dernier est censé être constitué, selon Al-Siouty, lorsque la personne peut subir un préjudice si elle n'obtient pas telle chose. Alors que la majorité des juristes ne différencient pas entre le

---

[492] M. AL-DARIR*, Le gharar dans les contrats et ses effets dans les pratiques contemporaines,* Banque islamique du développement, 1ère éd., Série des conférences d'éminents scientifiques n° 4, Royaume d'Arabie Saoudite, 1993, p. 39-41.

[493] Sourate Les femmes (*An-Nissa*), verset 29 : " *Ô les croyants! Que les uns d'entre vous ne mangent pas les biens des autres illégalement. Mais qu'il y ait du négoce (légal), entre vous, par consentement mutuel*". Et sourate La Table Servie (*Al-Ma'adah*), verset 91 : " *Le Diable ne veut que jeter parmi vous, à travers le vin et le jeu de hasard, l'inimitié et la haine,...*"

[494] Sourate Le pèlerinage (Al-hajj), verset 78 : " *Il ne vous a imposé aucune gêne dans la religion*". M. H. KAMALI, «*Uncertainty and risk-taking (Gharar) in Islamic Law», International Islamic University Malaysia (IIUM) Law Journal*, vol.7, n° 2, June 1999, p. 201.

[495] M. AL-DARIR*, Le gharar dans les contrats et ses effets dans les pratiques contemporaines,* Banque islamique du développement, 1ère éd., Série des conférences d'éminents scientifiques n° 4, Royaume d'Arabie Saoudite, 1993, p. 45.

besoin et la nécessite.

539. Al-Darir estime que la majorité des jurisconsultes ne distingue pas entre le besoin et la nécessité en utilisant le besoin aux termes de nécessité alors que cette dernière n'existe que rarement ; ainsi ils veulent plutôt se référer au besoin en utilisant le concept de nécessité[496]. Le besoin à considérer peut être individuel ou public[497]. De plus, lorsqu'il n'est pas possible d'atteindre le même objectif visé en utilisant tous les moyens légitimes en concluant un contrat définitivement exclu de *gharar*, l'état de besoin sera mis en lumière et donc le *gharar* sera sans effet[498].

540. Ce qui importe ainsi c'est la satisfaction des besoins de l'homme commençant depuis l'essentiel et allant au-delà jusqu'à l'amélioration en fonction des ressources données[499]. La détermination du besoin public (*al-maslaha al-a'ma*) pour certains contrats incluant *gharar* substantiel dépend de l'analyse du coût de profit (*cost benefit*), pour démontrer que le coût d'élimination du *gharar* est plus avantageux que les profits tirés du contrat[500].

541. Parallèlement, en droit français, l'aléa doit être sérieux et exister au moment de la conclusion du contrat. Dans cette mesure, l'aléa se caractérise par un élément matériel et un élément structurel qui sont reliés entre eux par un lien de causalité[501].

542. Le matériel c'est « l'événement incertain » comme le soulignent les articles 1104 et 1964 du Code civil. L'incertitude de l'évènement peut s'apprécier selon une approche objective et une autre subjective : lorsque l'incertitude de l'évènement provient d'une part des éléments externes aux parties et d'autre part lorsqu'un aléa sérieux existe dans l'esprit des parties. Mais, la dimension subjective à cet égard soulève des difficultés relatives à la preuve de croyance des parties.

543. Le structurel consiste en la chance de gain et le risque de perte. Cet aspect est marqué

---

[496] *Ibid.*

[497] G. AL-SIOUTY, *Les ressemblances et les analogues dans les règles et branches de fiqh chaféite*, 2e éd., t. 1, Librairie de Nezar Mostafa Al-Baze, Royaume d'Arabie Saoudite, 1997, p. 147-148.

[498] M. AL-DARIR*, op. cit.*, p. 46.

[499] H. AHMED, *Theoretical foundations of Islamic economics*, 1st ed. Islamic Development Bank, Saudi Arabia, 2002, p. 82.

[500] *Ibid.,* p. 81.

[501] A. BOUCHER, *L'aléa dans le droit des contrats*, Mémoire, Université Paris II - Panthéon - Assas, 2010, p. 5-13.

par son caractère bilatéral et réciproque. Ce qui signifie que d'une part l'aléa doit être couru par les deux parties et que d'autre part il faut que l'un des contractants perde lorsque l'autre gagne, comme typiquement en cas de contrat de jeu ou de pari. Par exemple, dans un contrat de société, les associés encourent ensemble la même chance de gain ou le même risque de perte selon les résultats de l'investissement, ainsi il ne s'agit pas d'un contrat aléatoire.

544. Le lien causal est retenu par la Cour de cassation « *lorsque l'avantage que les parties en retireront n'est pas appréciable lors de la formation du contrat parce qu'il dépend d'un événement incertain*»[502] . Selon Casal, le contrat aléatoire doit s'analyser en un contrat spéculatif, puisque les parties spéculent sur des événements futurs qui peuvent ou non se produire pour en tirer un profit ou une économie qu'un contrat ordinaire ne permettrait pas d'obtenir[503].

545. Une fois, le *gharar,* ou l'aléa, est déterminé, il produit ses effets (§ II).

§ II : Effets du *gharar*

546. En effet, la notion de *gharar* dispose d'un vaste champ d'application, et ainsi il peut entacher plusieurs transactions. Toutefois, l'application de cette notion est plus sensible dans le cadre de financement islamique.

547. Face aux défis et difficultés rencontrées par la banque islamique, notamment en ce qui concerne sa compétition avec la banque conventionnelle, il était opportun d'encadrer la notion de *gharar* (I) avant de remettre en cause la validité du contrat (II).

I. Encadrement de la notion de *gharar*

548. On remarque qu'il était nécessaire d'encadrer le concept de *gharar* pour assurer une certaine souplesse dans les transactions d'une part et ne pas restreindre abusivement la liberté contractuelle notamment en cas d'intérêt commun des parties ou d'utilité publique.

549. Ainsi, même si le *gharar* perturbe l'équilibre du contrat et nuit aux intérêts des

[502] Com. 10 juin 1960 : S. 1961, 42, note Ausseterre, ainsi cité par C. CASAL, « *Les contrats de maintenance : aléa et risques d'annulation* », *Cabinet Derriennic associés*, Expertises des Systèmes d'Information, n° 314*,* mai 2007, p. 179. Pour plus de détails, consultez A. BOUCHER, *op. cit.*, p. 5-13.

[503] C. CASAL, « *Les contrats de maintenance : aléa et risques d'annulation* », *Cabinet Derriennic associés*, Expertises des Systèmes d'Information, n° 314*,* mai 2007, p. 180.

contractants, certaines préoccupations sont majeures quand elles consistent en la satisfaction du bien de l'humanité ou de l'intérêt public, qui doivent être considérées avant d'imposer une règle générale[504].

550. Par conséquent, la *charia* a légitimé le contrat de *salam* (contrat de livraison différée) et celui d'*istisna* (contrat de vente d'immeuble à construire) sans s'attacher aux éléments de *gharar* que nous avons définis. Cette légitimité est principalement justifiée par l'état du besoin du public à ces contrats[505], comme défini ci-dessus.

551. D'ailleurs, le *gharar* peut être acceptable lorsqu'il est en référence au risque d'entreprise pris par un homme d'affaires pour tirer les profits et éviter les pertes, comme en cas de changement dans le goût des consommateurs, les technologies des entreprises et les conditions météorologiques[506].

552. Parfois, le *gharar* est obligatoire en tant que condition préalable nécessaire à la validité du contrat[507] principalement pour légitimer le profit fonction de risques subis. En d'autres termes, un certain degré d'incertitude commerciale est acceptable, mais sans rendre incertains les termes clés de la transaction.

553. Par conséquent, dans certaines transactions comme la *moucharaka*, l'*ijara*, et la *moudaraba*, les contractants doivent supporter un certain degré de risque (*gharar)*, conformément à la maxime juridique islamique « *dommages et bénéficies vont de pair* », c'est-à-dire qu'une personne qui obtient un bénéfice d'une chose subit aussi la perte de celle-ci[508], et au récit du Prophète «*le revenu va de pair avec la responsabilité*[509] ».

554. Toutefois, en pratique, les banques islamiques ont tendance à limiter le financement

---

[504] S. RAZALI, « *Revisiting the principles of gharar (uncertainty) in Islamic banking financing instruments with special reference to Bay Al-Inah and Bay Al-Dayn towards a new modified model* », 6th International Islamic finance conference, Kuala Lumpur, Oct. 2008, p. 9.

[505] M. AL-DARIR*, Le gharar dans les contrats et ses effets dans les pratiques contemporaines,* 1ère éd., Banque islamique du développement, Série des conférences d'éminents scientifiques n° 4, Royaume d'Arabie Saoudite, 1993, p. 39-47.

[506] S. LAMBAK, « *Shariah juristical effect of gharar in predetermining takaful contribution* », *International Journal of Education and Research,* vol. 1, n° 2, Feb. 2013, p. 4.

[507] A.-R. AL-SAATI, « *The permissible gharar (risk) in classical Islamic jurisprudence* », *J. KAU: Islamic Econ.,* vol. 16, n° 2, 2003, p. 14.

[508] HAYDAR, et ALI, *Le journal des décisions judiciaires*, art . 87, Makktabul al-Nahdah, ainsi cité par A.-R. AL-SAATI, *op. cit.,* p. 14.

[509] HAYDAR et ALI, *Le journal des décisions judiciaires*, art. 85, *Sunan Ibn Maja* (Chapter on Tijarat and Sunan Al-Nasai, Kitab Al-bay), Makktabul al-Nahdah, ainsi cité par A.-R. AL-SAATI, *op. cit.*, p. 14.

en fonds propres (comme *moudaraba*) à cause de sa nature spéculative et de son implication des risques, notamment liés à la gouvernance, la transparence ainsi que les restrictions et les exigences relatives au ratio de profit.

555. Enfin, la doctrine islamique valide la distinction entre la notion de « risque » (un aléa probabilisable) et le concept d'« incertitude » (un aléa non probabilisable), cette nuance est au fondement du principe d'interdiction du *gharar* et de *mayssir*[510].

556. Le droit français a déjà appréhendé étroitement le concept d'aléa à travers la catégorie des contrats aléatoires et la théorie de l'objet et du prix en droit commun. Les enjeux relatifs à ce concept semblent ne pas affecter le libéralisme dans le cadre de financement.

II. Remise en cause de la validité du contrat

557. En droit islamique, l'absence de *gharar* est ainsi élevée au rang de condition de validité du contrat. Le *gharar*, selon sa pertinence et son importance, peut conduire à invalider une transaction et peut être toutefois sans effet[511]. C'est en principe le *gharar* excessif, comme défini ci-dessus, qui remet en cause la validité du contrat.

558. En conséquence, lors du financement islamique, la banque ne doit pas s'impliquer dans les transactions qui impliquent du *gharar* excessif, hors les cas du *gharar* admis ou obligatoire (*moudaraba, moucharaka, salam, istisna, ijara).*

559. En droit français, les contrats énumérés sous la catégorie des contrats aléatoires dans le Code civil comportent du *gharar* et malgré cette qualification neutre, ils sont en vigueur[512].

560. De plus, l'article 1965 du Code civil prive la dette du jeu de toute action en soulignant que la loi n'accorde aucune action pour une dette du jeu ou pour le paiement d'un

---

[510] A. HASSOUNE, « *La Finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation : la finance islamique globale connaît une croissance vertigineuse mais fragmentée* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie-une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure Finance, Paris, 2008, p. 92.

[511] M. AL-KITANE, *«L'effet du gharar sur la performance des contrats et les conséquences résultantes de non-livraison de l'objet du contrat»*, Conférence des organisations légales pour les institutions financières islamiques, Bahreïn, 26-27 mai 2010, p. 5.

[512] A. KHOUILDI, « *Les points de convergence entre certaines dispositions du Code civil français et les principes de la finance islamique moderne* », Séminaire du Coffis, Paris, 6 févr. 2012, p. 23-24.

pari. Cet article sanctionne celui qui joue et perd (le simple citoyen) mais celui qui perçoit (les casinos) n'est pas touché par la sanction[513].

561. En cas de finance conventionnelle, la banque peut appliquer des contrats futurs ou à terme, des swaps ou des produits dérivés en dépit de l'existence des risques importants ci-attachés.

562. Selon Khouildi, la nullité de l'opération résultant du droit islamique semble plus *dissuasive* parce qu'elle est à la fois une sanction et une protection des deux parties[514].

563. En conclusion, nous observons que le *gharar* en droit islamique est une notion complexe dont l'effet est plus important sur la validité du contrat par comparaison à l'aléa en droit français.

564. Le *gharar* consiste en une incertitude, ignorance, risque, spéculation, hasard qui met en péril l'équilibre du contrat et les intérêts des contractants en accordant un profit illicite pour l'un au détriment de l'autre. Nonobstant, l'aléa partage certains aspects avec le *gharar* en relation avec la théorie d'objet et de prix en droit commun et le concept des contrats aléatoires.

565. Mais, dans le cadre du financement islamique, le *gharar,* sous certaines réserves justifiées par l'utilité publique*,* lorsqu'il est excessif et exorbitant, proscrit la pratique de certaines transactions pour éliminer le déséquilibre des prestations et éviter tout litige. Alors que certaines transactions sont encore pratiquées par les banques conventionnelles bien qu'elles impliquent un *gharar*.

566. Toutefois, ces restrictions ne se heurtent pas à l'admission de certains risques obligatoires étroitement liés au domaine bancaire et financier. Dans cette mesure, l'exposition à des risques est nécessaire, mais il est interdit de prendre des risques excessifs. Pour ne pas tomber dans le piège du *gharar*, la rationalisation de la prise des risques est une exigence (Chapitre II).

[513] *Ibid.,* p. 27.

[514] *Ibid.*

CHAPITRE II

RATIONALISATION DE LA PRISE DES RISQUES

567. L'activité bancaire est source de multiples risques qui résultent d'une perte ou d'un manque à gagner. La multiplication et la complexité des risques auxquels s'expose la banque nécessitent une démarche de rationalisation de leur prise.

568. En effet, plusieurs éléments participent à l'importance de ces risques, dont principalement la nature du financement en cause, conventionnel ou islamique. Dans cette mesure, certains estimaient que les banques islamiques étaient moins exposées aux risques et étaient plus compétentes que les banques conventionnelles pour résister à la crise financière.

569. En effet, l'esprit de risque constitue un des principes fondamentaux de l'économie islamique, tout revenu qui ne comportait pas une dose de risque par son bénéficiaire est mal vu[515].

570. En revanche, cette estimation que les banques s'exposent à peu de risques par comparaison aux banques conventionnelles ne prenait pas en compte l'existence de plusieurs risques inhérents aux banques islamiques, relatifs à leur structure bilancielle spécifique, à la particularité de certains produits au regard des normes règlementaires internationales, à la gouvernance par des entités indépendantes des banques (par exemple comité de *charia*), ou ceux non quantifiables en fonction de conformité vis-à-vis de son éthique[516].

571. Dans notre perspective, nous mettrons en relief les risques encourus lors d'un financement conventionnel et d'un financement islamique, et les techniques envisagées pour gérer et contrôler ces risques. Abordons l'identification des risques (Section I), puis leur gestion prudentielle (Section II).

---

[515] C. HAIDARA, *Modèle d'optimisation de banque islamique*, thèse, Université Catholique de Louvain, Louvain-la-Neuve : Union de finance d'entreprise, 1988, p.9.

[516] Première conférence sur gestion des risques en finance islamique, organisée conjointement par Université Paris Dauphine et ARROW Financial Consulting, jan. 2010, Paris, p. 1. Le *sharia board* est une entité indépendante composée de juristes spécialisés dans la jurisprudence commerciale islamique qui est chargée de passer en revue et de superviser les activités de la banque pour assurer leur conformité avec les principes de la sharia. Ce comité se réunit à la fin de chaque année financière pour un audit religieux des opérations financières et d'investissement de la banque. A l'issue de cet audit le conseil remet son rapport aux actionnaires et investisseurs de la banque. Ce comité assure une double gouvernance : celle relative à la conformité des transactions commerciales aux principes de la *charia* et celle relative au respect par les dirigeants et par la banque de l'éthique islamique. http://www.aidimm.com/glossaire/s/shari-a-board-comite-de-conformite-shari-a_64.html (Dernière consultation le 14 août 2013).

SECTION I

IDENTIFICATION DES RISQUES

572. En raison de leur nature obligatoire, certains risques s'imposent à toute institution financière. Dans cette mesure, les banques islamiques partagent des risques avec les banques conventionnelles comme les risques de crédit, de marché, de liquidité et ceux opérationnels, sous réserve de la variété de leur pertinence lors de chaque financement.

573. En revanche, les banques islamiques peuvent subir des risques uniques à cause de la particularité de leurs modes de financement, de leur imbrication lors d'une transaction, du système de rémunération employé ainsi que du système dual de gouvernance[517].

574. Les enjeux relatifs à l'identification du profil des risques bancaires suscitent un tel intérêt qu'il est important d'étudier séparément les risques communs aux banques islamiques et conventionnelles (§ I) et ceux propres aux banques islamiques (§ II).

§ I : Risques communs aux banques islamiques et conventionnelles

575. De par leur intermédiation financière, les banques sont toujours exposées à des fluctuations et des perturbations du marché et se trouvent menacées par plusieurs risques.

576. Dans cette optique, avec certaines nuances[518], on peut classifier les risques communs aux banques conventionnelles et leurs homologues islamiques en deux catégories, les risques financiers classiques (I) et le risque opérationnel et juridique (II).

I. Risques financiers classiques

577. Il s'agit du risque de crédit (A), celui de marché (B), et celui de liquidité (C).

[517] G.CAUSSE & N. HIDEUR, « *La gestion des risques dans les banques islamiques », La revue du financier*, n° 182-183, mars-juin 2010, p. 73.

[518] A. LEVY, *Finance islamique : opérations financières autorisées et prohibées vers une finance humaniste*, Gualino lextenso, coll. *Côté simple finances*, France, 2012, p. 210.

A. Risque de crédit

578. Il s'agit de la perte éventuelle que peut subir une banque quand l'emprunteur devient défaillant quelle qu'en soit la raison. D'une manière générale, ce risque apparaît lorsque la contrepartie se trouve dans l'impossibilité de répondre pleinement à ses obligations à la date prévue. Par conséquent, en raison du non-paiement ou du paiement reporté de la dette, le revenu net et la valeur marchande des actions demeurent incertains.

579. Ce risque se décompose en risque de défaut en cas de manquement ou retard de paiement du principal et/ou des intérêts de sa dette, risque sur le taux de recouvrement suite au défaut, et risque de dégradation de la qualité du portefeuille de crédit[519]. Un risque de liquidation est aussi possible lorsqu'une partie paye une somme d'argent ou offre ses actifs avant de recevoir ses propres biens ou sa rémunération et s'expose ensuite à une perte. En d'autres termes, les composantes principales du risque de crédit sont le défaut ou la défaillance, l'exposition à la date de défaut, les pertes en cas de défaut (attendues ou inattendues), et l'horizon de défaut[520].

580. Le risque de crédit varie selon plusieurs facteurs. En premier lieu, selon la contrepartie, qui peut être un Etat, un établissement bancaire, une entreprise d'investissement ou groupe d'entreprises ou un particulier. En deuxième lieu, selon la nature du crédit, s'agissant d'un crédit à la consommation, au logement de capitaux ou de trésorerie, ou d'un crédit d'investissement. En troisième lieu, selon les instruments financiers en cause : lorsque les mécanismes de remboursement sont prévus dans le contrat, ce risque peut s'analyser en le non-paiement de la dette à l'échéance, ou le paiement partiel à la date prévue, ou le report du paiement ainsi que le défaut d'une contrepartie, volontaire (acte délibéré) ou involontaire (insolvabilité). Si les dates de paiement et (ou) les montants ne sont pas connus à priori dans la transaction, ce risque concerne les instruments à vue, les crédits à taux variable ou les instruments ne portant que sur l'intérêt.

581. Le Comité de Bâle[521], dans le nouvel Accord de Bâle sur les fonds propres, daté avril

---

[519] C. GOURIEROUX & A. TIOMO, *Risque de crédit : une approche avancée, Economica, coll. Economie et statistiques avancées*, Paris, 2007, p. 11.

[520] *Ibid.*, p. 14.

[521] Le Comité de Bâle ou Comité de Bâle sur le contrôle bancaire (en anglais *Basel Committee on Banking Supervision*, *BCBS*) vise à assurer la stabilité et la fiabilité du système bancaire et financier, par l'établissement des standards minimaux en matière de contrôle prudentiel, la diffusion et la promotion des meilleures pratiques bancaires et de surveillance, et la promotion de la coopération internationale en matière de contrôle prudentiel.

2003, l'article 414 prévoit que le défaut du débiteur intervient lorsque l'un de ces éléments se produit :

- « *La banque estime improbable que le débiteur rembourse en totalité son crédit au groupe bancaire sans qu'elle ait besoin de prendre des mesures appropriées telles que la réalisation d'une garantie (si elle existe) ;*

- *L'arriéré du débiteur sur un crédit important dû au groupe bancaire dépasse 90 jours. Les découverts sont considérés comme des créances échues dès que le client a dépassé une limite autorisée ou qu.il a été averti qu.il disposait d.une limite inférieure à l'encours actuel* »[522].

582. Son article 415 définit certains éléments qui peuvent être considérés comme des signes indiquant que l'engagement ne sera probablement pas honoré ; comme en cas de cession de la créance par la banque en indiquant une perte économique importante, de la mise en faillite du débiteur ou de la restructuration en urgence de la créance, impliquant vraisemblablement une réduction de l'engagement financier du fait de l'annulation, ou du report, d.une part importante du principal, des intérêts ou, le cas échéant, des commissions.

583. En pratique, les banques estiment aussi qu'il y a un défaut de l'emprunteur si les provisions introduites pour couvrir ce risque dépassent un certain seuil. Elles utilisent également une définition spécifique de la défaillance, considérant une contrepartie en défaut dès qu'elle est classée dans la catégorie de « clients douteux » selon des règles comptables.

584. En matière de réglementation du capital, Bâle II permet aux banques classiques de choisir entre l'approche standard et l'approche par les notations internes pour mesurer le risque de crédit.

- Approche standard : Dans cette approche, le risque est évalué en s'appuyant sur des notations externes de crédit effectuées par les agences de notation[523] (Standard and Poor's, Moody's, Fitch IBCA).

Les accords de Bâle définissent les exigences prudentielles applicables aux banques.

[522] C. GOURIEROUX & A. TIOMO, *op. cit.*, p. 15.

[523] Une agence de notation financière est un organisme chargé d'évaluer financièrement divers acteurs économiques et les valeurs ou engagements financiers qui leur sont associés (privés ou publics). Ces organismes sont rémunérés par le demandeur de notation.

- Approche par les notations internes : Le régulateur autorise les banques à utiliser leurs estimations internes des paramètres du risque pour déterminer leur exigence en fonds propres sous certaines conditions et obligations. Ces paramètres sont la probabilité de défaut, la perte en cas de défaut, l'exposition en cas de défaut, et l'échéance effective. Dans cette approche, la banque mesure les pertes, attendues ou inattendues. Celle-ci comporte deux sous-classifications ; l'approche fondation (les banques font leurs propres estimations de la probabilité de défaut et utilisent les estimations fournies par l'autorité de contrôle pour les autres composantes) et l'approche avancée (les banques fournissent des évaluations de probabilité de défaut, de la perte en cas de défaut, de l'exposition en cas de défaut et calculent l'échéance effective).

585. Les banques islamiques sont confrontées aux risques de crédit classiques au même titre que les banques conventionnelles[524].

586. Lors du financement islamique, la banque n'est pas seulement une créancière ou apporteuse de fonds dans les opérations de crédit, elle peut aussi être propriétaire, bailleur ou même investisseur selon l'opération en question. Ainsi, autre que les risques liés à la propriété de l'actif, des risques additionnels du crédit consistent en une perte totale de capital ou de la marge bénéficiaire résultant de certaines obligations incombant à la banque conformément aux préceptes de *charia*[525].

587. Dans un contrat *mourabaha*[526] (achat-revente), la banque islamique s'expose au risque de défaut/retard de paiement de l'acheter du bien financé. A ce titre, elle est tenue de toutes les garanties qui y sont attachées, telle que celle de bonne livraison, de conformité de l'actif, contre les vices cachés. La banque ne doit pas transférer ces risques à son client puisque cela dénature la transaction et contredit les préceptes de *charia,* notamment l'équité et le partage des risques.

588. D'ailleurs, elle subit principalement le risque lorsque son client, le donneur d'ordre,

[524] H. NASSER, «*Quels types de risques crédit spécifiques à la finance islamique?»*, First conference on risk management in Islamic finance, organisée conjointement par Université Paris Dauphine et ARROW Financial Consulting, Jan. 2010, Paris, p. 10.

[525] H. NASSER, « *Gestion des risques spécifiques en finance islamique : expérience de la banque Al-Baraka d'Algérie »*, Séminaire international sur les services financiers et la gestion des risques dans les banques islamiques, Université Frehat Abbas-Sétif-Algérie, avril 2010, p. 54.

[526] *Supra* nn° 293-395.

n'exécute pas sa promesse d'achat du bien après son acquisition par la banque. Le simple fait que le client signe une promesse d'achat, ne garantit pas la revente pour la banque islamique. De même, le report de temps entre le contrat de vente entre la banque islamique et le fournisseur et celui signé entre la même banque et le client oblige la banque à supporter tous les risques liés à la propriété du bien, par exemple, sa détérioration avant la signature du second contrat. De plus, en cas de décès du client, la banque serait contrainte de chercher un nouvel acquéreur. En effet, une promesse d'achat ne suffit pas à elle seule à transférer les engagements du client sur ses ayants droits. Là encore, la banque islamique devra chercher un nouvel acquéreur. De plus, le simple fait pour la banque islamique de mentionner dans le premier contrat (entre elle et le fournisseur), la personne émettrice de l'ordre d'achat (l'acheteur final) comme son agent recevant la marchandise achetée par elle ne suffit pas à faire disparaître le risque qu'elle supporte puisqu'il n'y a pas transfert de propriété tant que le second contrat ne peut être signé que si la banque est devenue propriétaire du bien.

589. S'y ajoute le risque de non-livraison de la marchandise ou de livraison d'une marchandise non conforme aux spécifications contractuelles.

590. En conséquence, le risque de contrepartie le plus important est lié au contrat *mourabaha* et la diversité d'appréhension de la nature juridique de ce contrat peut susciter des soucis au niveau du règlement des litiges[527].

591. Pareillement, dans un contrat *salam*[528] (vente à livraison différée) adossé à un *salam* parallèle, le retard ou défaut de livraison du bien par le vendeur à la date convenue selon les modalités contractuelles (la qualité et la quantité) représente un risque de crédit, est susceptible d'engager la responsabilité de la banque envers le deuxième acheteur. La banque doit alors rembourser le prix et indemniser ce dernier ou achète un bien similaire à des conditions probablement plus onéreuses pour satisfaire ses obligations. En plus, le défaut de paiement de l'acheteur final, ou en cas de contrat agricole les facteurs climatiques hors la volonté de la partie, représentent un risque de contrepartie.

592. Dans une transaction *istisna*[529] (vente d'immeuble à construire) accompagnée

[527] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique», Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 60.

[528] *Supra* nn° 398-402.

[529] *Supra* nn° 215-292.

d'*istisna* parallèle, la banque est exposée à un risque de crédit en cas de non-achèvement de la construction/fabrication de l'actif par l'entreprise chargée de ces travaux surtout si elle a payé d'avance. De même, la réalisation du bien sans respecter les prescriptions contractuelles ainsi que le défaut ou retard de paiement du client acheteur malgré la construction du bien constituent un risque de crédit.

593. Dans le contrat *ijara*[530] (crédit-bail), le défaut ou le retard de paiement des loyers par le locataire, la banque encourt le risque de contrepartie. Toutefois, elle peut saisir le bien loué et minimiser ainsi son risque. D'autres risques relatifs à l'obligation d'entretien, d'usage conforme, de droit de contrôle, sont supportés par la banque. Elle est aussi responsable des vices cachés susceptibles d'affecter l'usage du bien loué, et ainsi le preneur a la faculté de résilier le contrat. En outre, sauf faute du preneur, elle doit supporter les frais de remise en état de service du bien en cas de détérioration, sauf s'il y a perte ou destruction totale ; dans ce dernier cas, le contrat est résilié de plein droit.

594. Dans les contrats de *moudaraba*[531] (commandite) et *moucharaka*[532] (*joint venture*), la banque joue le rôle d'investisseur dans le premier cas et d'associée dans le second. De ce fait, elle peut s'exposer au risque de défaut d'investissement du capital ou au non-paiement des profits.

595. En effet, les banques ne favorisent pas beaucoup la pratique de financement participatif en raison de taux élevé de risque de crédit y attaché. Ce risque résulte de l'absence de garanties, d'un taux important d'aléa moral, d'une sélection adverse et aussi du manque de personnel qualifié au niveau des banques en matière d'évaluation technique des projets[533].

596. En revanche, certains économistes relèvent qu'en refusant de pratiquer ces modes de financement, les banques ne bénéficient pas en réalité de la diversification du portefeuille, ce qui peut conduire à une aggravation de risques et non à une atténuation des risques de

---

[530] *Supra* nn° 21-292.

[531] *Supra* n° 95.

[532] *Supra* n° 153.

[533] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique», Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 62.

crédit[534].

597. Ainsi, il est recommandé que la banque fasse une bonne étude de faisabilité des projets à financer avant de fournir les fonds selon ce mode de financement. De plus, en application de l'approche partenariale, la banque peut participer au capital des entreprises financées, à la prise de décisions et à la gestion de l'entreprise, ce qui permet une bonne utilisation des fonds et une réduction de l'aléa moral.

598. Certains facteurs spécifiques au financement islamique affectent l'ampleur du risque de crédit comme :

- l'interdiction des taux d'intérêt, puisque la banque ne peut pas rééchelonner les dettes en appliquant des frais supplémentaires ou une marge renégociée et ainsi des clients peuvent être volontairement défaillants. Mais, la banque peut les pénaliser à condition de verser les montants reçus à des œuvres de bienfaisance caritatives[535].

- L'interdiction des dérivés de crédit[536], étant des instruments de taux, mais la banque peut utiliser les garanties personnelles ou d'une tierce personne ou les dépôts de liquidité comme techniques pour minimiser les risques[537].

- La tangibilité de l'actif financé : cette exigence constitue une sécurité supplémentaire pour la banque pour bien gérer le portefeuille de crédit, étant fortement collatéralisé, et ainsi la banque peut avoir une vision plus claire quant à l'allocation des fonds en termes de diversification sectorielle et éviter le risque de concentration dans l'actif bancaire[538].

599. Le risque de crédit est d'autant plus important que la probabilité de défaut est forte et

---

[534] *Ibid.*, p. 64.

[535] RIBH, le Journal de la Finance Islamique : http://ribh.weebly.com/reponses.html.

[536]Un dérivé de crédit est un produit financier à terme visant à transférer le risque de crédit d'un actif d'une contrepartie "acheteuse de protection" vers une contrepartie "vendeuse de protection" en échange d'une rétribution financière. La protection pourra être exercée lors de l'occurrence d'un événement de crédit sur l'actif sous-jacent du dérivé de crédit.

[537] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 54.

[538] A. HASSOUNE, « *Risk issues at Islamic Financial Institutions* », *Moody's global credit research*, Jan. 2008.

que le montant de la partie non payée de la créance est élevé[539].

B. Risque de marché

600. Le risque de marché est le risque de pertes potentielles sur les positions de bilan et de hors-bilan, résultant des fluctuations des prix des matières premières, des taux d'intérêt / rentabilité, des cours de change ou de la valeur des titres. Autrement dit, ce risque sous-entend principalement le risque du prix des actions, celui de taux d'intérêt, celui de change et celui du prix des biens et services.

601. Ce risque peut avoir une macro ou une micro source résultant systématiquement du mouvement général des prix et des politiques adoptées dans une économie donnée, et d'une manière non systématique, du changement du prix d'un bien spécifique ou d'un instrument particulier de marché pour des évènements particuliers à tel bien ou instrument.

602. Comme en cas de risque de crédit, les banques conventionnelles peuvent utiliser soit la méthode standard, soit leur modèle interne pour évaluer leur risque de marché. Le traitement de ce risque varie selon la nature du risque de marché considéré.

603. Dans les banques conventionnelles, le risque de taux d'intérêt est associé à la détention des titres de créance, y compris les obligations convertibles[540], et d'autres instruments liés à ce taux. Le décalage des échéances entre les éléments d'actif, de passif et des autres éléments hors-bilan conduit à une variation du mouvement du prix et crée éventuellement ce risque.

604. Alors que dans les banques islamiques, soumises aux principes de prohibition de l'intérêt et d'adossement de la transaction aux actifs, le risque de marché implique un risque de la volatilité du taux de rendement, et un risque de variation du prix de l'actif sous-jacent, et en plus celui de la variabilité du taux de change[541].

605. La banque islamique est exposée également au risque de taux, équivalent au risque

---

[539] K. TOUMI, *op. cit.*, p. 53.

[540] Ce sont des titres de créance ou émissions de dette ou d'actions prioritaires convertibles en actions ordinaires de l'émetteur à un prix déterminé.

[541] W. GRAIS & A. KULATHUNGA, « *Capital structure and Risk in Islamic Financial Services* », in *Islamic finance: The regulatory challenge*, dir. S. ARCHER & R. ABDEL KARIM eds, John WILEY &SONS. Singapore: Wiley Asia, 2007.

du taux d'intérêt pour les banques conventionnelles[542]. Comme les taux d'intérêt, les taux de rendements sont alignés avec la périodicité des flux financiers futurs de chaque contrat, que ce soient périodicités mensuelles ou trimestrielles[543].

606. Dans un contrat *mourabaha*, si le client annule son ordre d'achat, la banque islamique se trouve obligée de vendre l'actif à un tiers au prix du marché, probablement inférieur au prix d'achat initialement prévu pour sa revente à ce client. Ainsi, elle peut subir une perte. De plus, sa détention de cet actif l'expose à subir des coûts additionnels, pour le stockage ou les assurances.

607. Dans le contrat *salam* parallèle, en cas de défaut du vendeur (risque de crédit), la banque encourt un risque de perte résultant du paiement d'un prix du marché supérieur au prix payé initialement pour pouvoir acheter le bien sur le marché.

608. Dans le contrat *istisna*, en cas de défaut de paiement par l'acheteur, la banque peut décider de vendre l'actif construit ou fabriqué à un autre acheteur à un nouveau prix potentiellement inférieur au prix initial prévu dans le premier contrat.

609. Dans le contrat *ijara*, si le client ne loue pas l'actif, la banque (qui a déjà acquis l'actif ou a fait un ordre d'achat de cet actif non annulable) doit chercher un autre client pour le lui louer (ou le lui vendre) en contrepartie d'un loyer (ou prix de vente) inférieur au loyer (ou prix d'achat) initialement convenu.

610. Le financement d'actif à revenu fixe expose les banques au risque du taux de rendement puisque ce rendement reste inchangé jusqu'à l'échéance[544] (sauf si la banque peut insérer des clauses d'indexation dans les contrats après l'obtention de l'accord de leur comité de *charia).*

611. Similairement, l'adoption des instruments participatifs (*moudaraba, moucharaka*) augmente l'exposition de la banque à ce risque puisque le ratio de partage des profits et des pertes est inconnu à l'avance et est susceptible de varier d'une période à une autre[545].

---

[542] K. TOUMI, *op. cit.*, p. 57.

[543] M.A. M'rad, « *Les risques de marché en finance islamique* », *Bridgers one*, Paris, jan. 2010, p.47.

[544] A. TOUSSI, *La banque dans un système financier islamique*, L'Harmattan, coll. *Éthique économique*, Paris, 2010, p.72.

[545] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle,

C. Risque de liquidité

612. Le risque de liquidité provient de difficultés à mobiliser des fonds à coût raisonnable par l'emprunt[546] ou à vendre des actifs financiers. Il peut aussi résulter de l'incapacité à revendre les titres détenus dans une courte durée *sans une décote substantielle par rapport au prix coté sur le marché*[547].

613. Le système financier des banques islamiques souffre de certaines faiblesses structurelles, qui pèsent sur leur solvabilité et les exposent au risque de liquidité[548].

614. Ce risque résulte principalement de la transformation des échéances à savoir emprunter à court terme et prêter à long terme[549].

615. Les banques islamiques sont de plus en plus exposées au risque de maturité[550]. D'ailleurs, pour assouplir partiellement cette contrainte, le Marché financier islamique international (IIFM) a été inauguré le 11 août 2002 à Bahreïn, dans le but de développer et de standardiser des instruments destinés à améliorer la gestion de la liquidité des banques islamiques[551].

616. Il existe deux types de risque de liquidité :

- Risque sur les actifs : il résulte d'un écart important entre le prix demandé et le prix offert. Il faut détenir les actifs pour une période plus longue que prévue et assurer des provisions de liquidité ou des réserves.
- Risque sur le passif : il s'agit de tarissement des sources de financement qui ne sont pas encore dus, ou des financements qui doivent être effectués à des conditions très onéreuses et non économiques[552].

Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 59.

[546] *Ibid.,* p. 60.

[547] M.A. M'rad, « *Les risque de marché en finance islamique* », *Bridgers one*, Paris, jan. 2010, p.37.

[548] V. SUNDARARAJAN & L. ERRICO, « *Islamic Financial Institutions and Products in the Global Financial System: Key Issues in Risk Management and Challenges Ahead* », *International Monetary Fund*, working paper WP/02/192, Nov. 2002, pp. 1-28.

[549] K. TOUMI, *op. cit.*, p. 61.

[550] A. HASSOUNE, « *La solvabilité des banques islamiques : forces et faiblesses* », *Revue d'économie financière,* vol. 72, n° 3, 2003, pp. 277-297.

[551] *Ibid.*

[552] M.A M'rad, « *Les risque de marché en finance islamique* », *Bridgers one*, Paris, jan. 2010, p.75.

617. Une étude de KHAN et AHMED montre qu'à l'inverse des banques conventionnelles, l'absence de marchés monétaires interbancaires islamiques, l'interdiction de taux conventionnels dans les banques islamiques, la lenteur du développement de nouveaux instruments financiers islamiques sont parmi les facteurs qui favorisent l'exposition des banques islamiques à ce risque [553].

618. Par conséquent, certaines banques islamiques préfèrent ne pas s'engager dans des contrats à long terme ou des contrats présentant un grand risque de liquidité comme les contrats *moucharaka, salam, istisna* ou *ijara,* et préfèrent s'engager dans des contrats de financement en fonds propres étant à court terme comme *moudaraba* ou *moucharaka*[554].

619. Paradoxalement, le risque de liquidité peut provenir d'excès de liquidités : Les banques islamiques sont confrontées d'une part au faible développement et à la pénurie d'instruments de placements de long terme compatibles avec la *charia* et d'autre part à l'impossibilité de transférer l'excédent de liquidités à des organisations qui ne sont pas compatibles avec la *charia*[555].

II. Risque opérationnel et juridique

620. Les banques islamiques et conventionnelles partagent aussi le risque opérationnel (A) et le risque juridique (B).

A. Risque opérationnel

621. Actuellement, il n'existe aucune définition universelle du risque opérationnel[556]. Le Comité de Bâle définit ce risque comme le risque de pertes résultant de carences ou de défauts attribuables à des procédures et systèmes internes ou à des évènements extérieurs. Ils comprennent l'exposition à des amendes, pénalités et dommages pour fautes résultant de

---

[553] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique», Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ére éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 162.

[554] *Ibid.*, p. 70.

[555] A. LEVY, *Finance islamique : opérations financières autorisées et prohibées vers une finance humaniste,* Gualino lextenso, coll. *Côté simple finances*, Paris, 2012, p. 214.

[556] Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire, *Gestion du risque opérationnel*, oct. 1998, p. 4.

http://www.bis.org/publ/bcbs42fr.pdf. Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire, *Saines pratiques pour la gestion et la surveillance du risque opérationnel, Banques des règlements internationaux,* févr. 2003, 12 pp. : http://www.bis.org/publ/bcbs96fre.pdf

l'exercice de surveillance prudentielle ainsi que des transactions privées excluant les risques stratégiques et de réputation[557].

622. Dans les banques islamiques, ce risque est particulièrement dû au manque de spécialistes et de personnel qualifiés pour bien exercer les activités financières islamiques et aussi à l'incompatibilité de logiciels utilisés par les banques conventionnelles avec le système spécifique de fonctionnement des banques islamiques[558].

623. Tous les établissements voient un lien entre leurs risques de crédit, de marché et opérationnel, un problème de nature opérationnelle sur une transaction (par exemple défaut de règlement) pouvant causer des risques de marché ou de crédit[559].

B. Risque juridique

624. Les banques conventionnelles sont peu exposées au risque juridique du fait de la stabilisation de leur processus de fonctionnement et la standardisation des contrats de financement utilisés. Mais, les banques islamiques ou les banques conventionnelles qui offrent des services financiers islamiques ou ont des succursales islamiques font face à ce risque d'une manière différente.

625. Ce risque peut être d'origine interne ou externe : parmi les risques juridiques internes, il s'agit des erreurs ou imprécisions dans la rédaction ou formulation des contrats, défaillance des services juridiques de la banque (e.g. le règlement des contentieux, gestion des sûretés, suivi des incidents sur fonctionnement de comptes), violation des textes et règlements en vigueur. Alors que les ambigüités et insuffisance des textes législatifs et règlementaires, déficience du système judiciaire, abus ou mauvaise interprétation des instances judiciaires sont censés être des risques externes.

626. En outre, les banques islamiques font face à des risques juridiques supplémentaires eu égard au manque d'uniformisation des contrats, l'absence de cadre juridique pour résoudre les problèmes liés à l'exécution de ces contrats et l'absence de surveillance du bon fonctionnement du système islamique. S'y ajoutent les spécificités relatives à leur

[557] Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire, *Convergence internationale de la mesure et des normes de fonds propres,* Banque des Règlements Internationaux, 2006, p.157 : http://www.bis.org/publ/bcbs128fre.pdf

[558] A. TOUSSI*, La banque dans un système financier islamique*, L'Harmattan, coll. *Éthique économique,* Paris, 2010, p. 72.

[559] Comité de Bâle sur le Contrôle Bancaire, *Gestion du risque opérationnel*, *op. cit.*

responsabilité contractuelle envers leurs contreparties ; la non-conformité d'un instrument à la *charia*, la détermination du droit applicable et la qualification des instruments financiers islamiques par les juridictions, ou l'administration fiscale.

627. Ce risque s'analyse principalement en difficultés liées à la documentation et la mise en œuvre des contrats islamiques, résultant en risque de litige et possibilité d'engager la responsabilité contractuelle de la banque islamique selon le contrat en question :

- Dans un contrat *mourabaha* : la banque ne peut pas s'exempter de sa responsabilité de garantie des vices cachés ou défauts de fabrication. De plus, l'absence de clause obligeant le donneur d'ordre à honorer sa promesse d'achat, et l'absence de clause pénale au profit de la banque participent à l'ampleur de telle responsabilité.
- Dans un contrat *salam* : la banque peut subir un risque juridique en cas d'indétermination précise concernant les marchandises (nature, quantité ou prix) et pareillement lorsque le contrat est non adossé à un *salam* parallèle.
- Dans un contrat *ijara* : Les banques islamiques, en leur qualité de propriétaires des actifs du projet, assument les risques et les pertes liés à l'actif, dont le plus important est le risque lié à la destruction de l'actif dans la mesure où le financement est fondé seulement sur l'actif. Comme par exemple, dans un contrat *ijara*, le preneur à bail n'est pas responsable de la dégradation ou la destruction du bien loué résultant d'un évènement indépendant de sa volonté sauf s'il est établi qu'il n'a pas pris les précautions nécessaires et raisonnables pour conserver le bien[560]. Le décalage du temps pour le transfert de propriété à la date prévue ou à l'expiration du contrat, y compris le transfert des responsabilités de la banque, propriétaire de l'actif, à son client, locataire ou acheteur, suscite un souci de conciliation entre ces deux mécanismes[561]. Et pareillement, la nécessité de la protéger contre d'éventuels abus du

[560] M. BOUREGHADA, « *Le financement islamique, une alternative à la finance conventionnelle* », in La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 196.

[561] En vertu du contrat de services, le preneur à bail accomplit certaines taches de maintenance pour prendre soin du bien, et potentiellement contracter les assurances nécessaires et ainsi en cas de dommages causés au bien, le financier a recours à la société qui a manqué à ses obligations en vertu du contrat de service, et à ce titre une indemnité peut être prévue ainsi que le remplacement du bien par le preneur en cas de sa destruction pour garantir la continuité du contrat. De plus, ils peuvent avoir recours à un véhicule *ad hoc*, généralement filiale du financier islamique qui contracte à son titre, ce qui permet de limiter certains risques de responsabilité en cas de dommages environnementaux aux personnes ou aux biens puisque la banque n'est pas directement la propriétaire des actifs. Mais telle utilisation de l'entité est susceptible de constituer un obstacle au regard du monopole bancaire français, puisque un monopole est institué en droit français en faveur des établissements de crédit seuls habilités à effectuer à titre habituel des opérations de banque (C. mon. fin., article L. 511-5) si les

preneur. Pour minimiser ces risques, le preneur et le bailleur peuvent convenir sur un contrat de service, ou la banque peut créer un véhicule *ad hoc* à ces fins.

- Dans un contrat *istisna* : ce risque consiste en le souci de responsabilité entrepreneuriale de la banque en plus de la gestion des délais et des coûts de réalisation.
- Dans les modes de financement participatifs (*moudaraba*¸ *moucharaka*), le défaut d'énumération des cas de mauvaise gestion du client entrepreneur ou associé, comme en cas de défaillance du dernier, et en cas de *moucharaka* dégressive, le problème de la formulation de l'option de rachat de la part de la banque (remboursement du capital) à la valeur marchande ou à un prix à convenir au moment du rachat.

628. Enfin, la plupart des contrats inhérents aux instruments financiers islamiques attribuent compétence aux juridictions de droit commun et désignent le droit positif, sous réserve de conformité à la *charia*, comme le droit applicable en cas de litige. Certains contrats stipulent que le droit applicable ne doit pas être contraire à la *charia*. Mais la plupart des juridictions saisies soit rejettent une telle clause soit ne peuvent pas l'appliquer faute de compétence ou de bonne connaissance des règles de *charia*.

629. Etant de nature particulière, les banques islamiques sont exposées à des risques uniques à l'inverse de leurs contreparties conventionnelles (§ II).

§ II : <u>Risques uniques aux banques islamiques</u>

630. La particularité du fonctionnement des banques islamiques, des principes de *charia*, et des modes de financement participatifs, de nouveaux risques sont uniquement subis par ces banques.

631. Ces risques s'analysent en risque de non-conformité (I), risques liés aux dépôts (II), et risque de concentration (III).

I. Risque de non-conformité

632. Lors d'un financement islamique, la conformité de la transaction aux préceptes de

---

opérations de financement islamiques constituent des activités de banque au regard du droit français. M. BOUREGHADA, *op. cit.*, p. 197-198.

charia est la préoccupation majeure dans le système bancaire en global et particulièrement aux clients qui veulent investir sans violation de ces principes.

633. Certains facteurs permettent aux clients de vérifier le respect de tels principes par leurs banques, comme l'existence de comité consultatif de *charia* au sein de la banque ; le contrôle de gestion et audit légitime ; l'utilisation des contrats et des exemplaires conformes à la *charia*[562].

634. Ce risque résulte principalement du manque des professionnels qualifiés et des experts aux niveaux juridique, islamique et financier.

635. Certaines infractions peuvent être sous forme d'une clause dans les contrats participatifs garantissant le capital au fournisseur de fonds ou prévoyant un partage des pertes sans rapport avec les apports respectifs ou prise de participation dans les sociétés illicites[563]. Un contrat de *salam* n'est pas valable en cas d'indétermination quantifiée ou quantifiable des biens ou à défaut de règlement immédiat du prix. Dans le contrat d'*ijara,* la banque, en tant que propriétaire, doit supporter les obligations attachées à sa propriété comme la maintenance ou l'assurance et ne pas les transférer indûment à son client, locataire. Le contrat d'*istisna* peut être dénaturé s'il porte sur un bien non susceptible de fabrication ou de construction.

636. De plus, cette exigence de conformité s'étend au respect des normes internationales pour pouvoir avoir accès aux marchés financiers internationaux, comme le maintien du ratio de solvabilité (8%) fixé par les accords de Bâle[564].

637. Par exemple, dans la mesure où la banque islamique détient un actif avant de transférer sa propriété au client, elle doit supporter des frais additionnels par suite, comme le coût de stockage, assurances ou dommages pour les produits périssables. S'agissant donc du risque de stock, qui découle de l'exigence de conformité à la *charia*. Ce risque de stock peut également se décomposer en risque de contrepartie en cas de défaillance du client *in fine,* en risque de marché en cas de variation du prix ou risque opérationnel concernant la gestion

[562] M. ALBELTAGUI, *Les banques islamiques : théorie, application et défis*, 1ère éd., Dar Ashrouq Al-Daweleya, Le Caire, 2012, p. 109.

[563] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 64.

[564] M. ALBELTAGUI, *op. cit.,* p. 110.

courante de ce bien[565].

II. Risques liés aux dépôts

638. Comme tout établissement bancaire, une banque islamique est une institution qui reçoit des dépôts. Mais la structure de son bilan dans le passif est sensiblement différente de celle dans le bilan de la banque conventionnelle.

639. Le passif de la banque islamique comprend différentes catégories de dépôts ; d'une part, des dépôts que la banque peut utiliser à des fins d'investissement et d'autre part, des comptes courant non rémunérés.

640. Dans la première catégorie, se trouvent les comptes d'investissement participatifs, en application du principe de partage de profits et de pertes sur la base d'une *moudaraba*. A la différence de la deuxième catégorie, la banque ne garantit ni le remboursement du principal ni d'un taux de rendement. En tant que *moudaraba,* les profits sont alors distribués selon un ratio prédéfini et le fournisseur des fonds subit la totalité des pertes sauf négligence ou mauvaise gestion ou violation du contrat de la part de la banque.

641. Dans cette mesure, la banque peut s'exposer a multiples risques, à savoir le risque de retrait imprévu (A), le risque fiduciaire (B) ou le risque commercial déplacé (C).

A. Risque de retrait imprévu

642. La valeur réelle des dépôts d'épargne demeure incertaine à cause de la variabilité du taux de rendement sur ces dépôts, les banques sont par suite exposées au risque de dépréciation des dépôts, cherchant à la préservation des actifs financiers contre ce risque en cas de suspicion de perte[566].

643. Ce risque se justifie par une mauvaise performance sur les dépôts d'investissement, ce qui nécessite un certain degré de surveillance et de contrôle par les actionnaires sur les dirigeants et ainsi incitant les derniers à prouver l'efficacité de leur gestion des fonds

[565] A. MASSIERA, *Finance d'entreprise et finance de marché en zone franc*, L'Harmattan, Paris, 2001, p. 208.

[566] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique* », *Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 60.

d'investissement notamment dans les intérêts de leurs titulaires[567].

644. De même, la stipulation d'un taux de rendement faible sur les comptes d'investissement participatifs, voire son inexistence, expose la banque au risque de retrait massif des fonds par leurs titulaires[568]. Ce taux faible peut être interprété par les déposants comme un manquement au contrat d'investissement ou indice d'une mauvaise gestion des fonds par la banque[569].

645. Il arrive parfois que la banque respecte les injonctions de la *charia* mais elle est incapable de payer des taux de rendement compétitifs à leurs contreparties conventionnelles, ce qui peut aussi entrainer des retraits de dépôts.

B. Risque fiduciaire

646. La fiducie en droit français est à rapprocher de celui de *trust* en droit américain[570]. Le risque fiduciaire implique le risque de réputation des banques islamiques.

647. Selon le standard de l'AAOIFI, en 1999, le risque de réputation est identifié lorsque les clients perdent confiance en leur banque suite à la non-conformité des opérations bancaires avec les principes de la finance islamique ou bien à cause d'une mauvaise gestion des fonds[571].

C. Risque commercial déplacé

648. Contrairement aux titulaires de comptes courants, les titulaires de comptes d'investissement peuvent supporter une partie ou la totalité des pertes sur la valeur des actifs, ce qui pourrait être une source d'aléa moral pour les dirigeants des banques et des

---

[567] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 85-86.

[568] S. ARCHER & R.A. ABDEL KARIM, «*On capital structure, risk sharing and capital adequacy in Islamic banks* », *International Journal of theoretical and applied finance,* vol. 9, n° 3, 2006, pp. 269-280.

[569] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique », Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 60.

[570] A. TOUSSI*, La banque dans un système financier islamique*, L'Harmattan, coll. *Éthique économique,* Paris, 2010, p. 74.

[571] K. TOUMI, « *L'impact des comptes d'investissement participatifs sur le ratio prudentiel des banques islamiques », Les cahiers de la finance islamique*, n° 2, École de Management Strasbourg, 2010.

actionnaires[572].

649. Ce risque est identifié pour la première fois par l'AAOIFI[573] (1999). Selon le Conseil des services financiers islamiques (IFSB)[574], le risque commercial déplacé réfère au risque découlant de la gestion des actifs par la banque, *moudareb*, pour le compte du titulaire du compte d'investissement, *rab al-mal,* lorsque la banque renonce partiellement ou totalement à sa part du profit quand elle l'estime nécessaire en raison de la pression commerciale afin d'augmenter le rendement payable au titulaire du compte[575].

650. Ainsi, il s'agit d'un transfert d'une part des profits des actionnaires vers les titulaires des comptes d'investissement, ce qui sous-entend un transfert de risque, théoriquement supporté par les titulaires de ces comptes vers les actionnaires, d'où le nom attribué à ce risque spécifique : le risque commercial déplacé[576].

651. Ce risque résulte de la volatilité des rendements des actifs financés par les fonds déposés en compte d'investissement participatifs, qui se manifeste par la différence entre le taux de rendement réel et celui espéré par les titulaires des comptes d'investissement, généralement équivalent à un taux sur un investissement alternatif (ex. benchmark rate, le taux d'intérêt sur les dépôts conventionnels, taux de rendements sur les dépôts islamiques de la concurrence, etc.). Par conséquent, sous pression commerciale, la majorité des banques islamiques a tendance à offrir une rémunération compétitive en augmentant le taux attribué aux déposants.

652. Ce risque est dû à la pression concurrentielle exercée sur les banques islamiques face aux autres banques (conventionnelles et/ou islamiques) pour attirer et maintenir des

---

[572] H. HAMZA & Z. SAADAOUI, « *Investment deposits, risk-taking and capital decisions in Islamic banks*», *8th International conference on Islamic economics and finance*, Studies in Economics and Finance, vol. 30, issue 3, 2013, pp.244-265.

[573] *Accounting and Auditing Organization of Islamic Financial Institutions* (*AAOIFI*) - Organisation de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques : http://www.aaoifi.com/aaoifi/

[574] *Islamic Financial Services Board* (*IFSB*) – Conseil des services financiers islamiques : http://www.ifsb.org/membership.php

[575] IFSB, *Guiding principles of risk management for institutions (other than insurance institutions) offering only Islamic financial services*, 2005; norme 76: « *Displaced Commercial Risk refers to the risk arising from assets managed on behalf of Investment Account Holders which is effectively transferred to the Islamic Financial Institutions own capital because the IFI forgoes part or all of its Mudarib's share (profit) of on such fund, when it considers this necessary as a result of commercial pressure in order to increase the return that would otherwise be payable to Investment Account Holder's*».

[576] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 169.

investisseurs[577].

653. Pour mieux gérer ce risque, la banque islamique peut s'engager dans des techniques de lissage des taux de rendements par un transfert de revenu en faveur des titulaires de comptes d'investissement. Elle peut aussi faire varier le ratio de partage du profit réduisant ainsi sa rémunération en tant que *moudareb,* ou même abandonner sa commission au-dessous de la part contractée et attribuer temporairement de faibles bénéfices ou de plus grandes pertes aux actionnaires et ce, au profit des titulaires des comptes d'investissement[578].

III. Risque de concentration

654. Dans la finance islamique, la concentration des actifs bancaires reste une faiblesse caractéristique, comme dans les pays du Golfe. Les raisons en sont nombreuses : des économies nationales faiblement diversifiées, des marchés de capitaux encore peu profonds, une demande de produits de financement encore peu sophistiquée, ainsi que la très faible présence des banques locales sur les marchés internationaux du crédit[579].

655. Pour minimiser ce risque, la diversification sectorielle, géographique, couvrant plusieurs activités, est recommandée[580].

656. Sans doute, l'existence et l'augmentation des risques peut nuire beaucoup à la stabilité financière mondiale. Ainsi, il vaut mieux règlementer et contrôler les marchés financiers, d'où la nécessité d'appliquer des techniques de gestion prudentielle des risques (Section II).

---

[577] IFSB, Guiding principles of risk management for institutions (other than insurance institutions) offering only Islamic financial services, 2005, p.29.

[578] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 170.

[579] A. HASSOUNE, « *La solvabilité des banques islamiques : forces et faiblesses* », *Revue d'économie financière,* vol. 72, n° 3, 2003, pp. 277-297.

[580] M. A. CHATTI, *Diversification bancaire, performance, éthique ; Alternative ou complémentarité ?*, Thèse en cotutelle, Université Paris Ouest Nanterre La Défense et Institut Supérieur de Gestion de Tunis, Paris, 2010, p. 84.

SECTION II

GESTION PRUDENTIELLE DES RISQUES

657. Pour assurer leur rentabilité, les banques prennent de grands risques, parfois inhabituels si elles considèrent des chances de gain importantes.

658. La crise des *subprimes*[581] a mis en lumière les carences du cadre de régulation du secteur financier et bancaire, ainsi que le caractère inadapté des outils à la disposition des autorités de supervision pour réduire les risques que le secteur peut faire peser sur l'économie, ce qui a conduit à une menace sérieuse de la stabilité bancaire.

659. La régulation des institutions financières est généralement classée dans ce qu'on appelle *la régulation de* l'activité *bancaire et la régulation prudentielle* ; la régulation de l'activité bancaire vise à protéger les intérêts de la clientèle en imposant des exigences minimales du capital bancaire et mettant des informations très précises à la disposition du public, alors que la régulation prudentielle vise la sécurité systémique permettant leur développement à travers la mise en place d'un ensemble de normes applicables à toutes les banques[582].

660. Tirant les leçons de la crise financière, le législateur français a réformé le cadre de régulation du secteur financier et bancaire par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires[583], s'agissant d'une réforme structurelle des banques en séparant les activités bancaires utiles au financement de l'économie et à l'emploi des activités spéculatives sur dérivés de matière première agricole ou via le *trading* à haute fréquence pour limiter les risques pour les déposants.

---

[581] La crise des *subprimes* est la crise du marché de crédits hypothécaires américains à risque déclenchée à partir du second trimestre 2006. Elle s'est transformée en crise financière internationale et a entrainé la faillite de la banque américaine *Lehman Brothers* en septembre 2008. Elle a conduit à une récession économique à travers le monde.

[582] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques : analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique*», *Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 90 - 91.

[583] Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L).

661. Les institutions islamiques de réglementation prudentielle, telles que l'AAOIFI et l'IFSB, reconnaissent la particularité du fonctionnement des banques islamiques et procèdent ainsi à des ajustements de l'Accord de Bâle dans le but de développer une approche plus sensible aux caractéristiques de ces banques[584].

662. Il convient d'étudier la règlementation prudentielle française (§ I) et l'adéquation des Accords de Bâle aux banques islamiques (§ II).

§ I : Réglementation prudentielle française

663. Pour renforcer la sécurité bancaire contre les risques et la stabilité financière, le législateur français a instauré un système qui met en place des organes de contrôle et une règlementation prudentielle cohérente.

664. En vertu de la loi du 24 janvier 1984[585], le législateur a instauré le Comité de la règlementation bancaire, responsable d'élaborer des normes de gestion appelées « règlementation prudentielle » pour garantir la liquidité, la solvabilité et l'équilibre de la structure financière des banques. La Commission bancaire est alors créée pour contrôler le respect de la règlementation professionnelle et examiner les conditions d'exploitation des établissements de crédit. Elle a été remplacée par l'Autorité de contrôle prudentiel, qui devient aujourd'hui l' l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution[586].

665. De par la nécessité de la gestion prudentielle des difficultés rencontrées par les systèmes bancaires des pays développés, une règlementation internationale « Bâle »a été proposée en 1988 par le Comité de Bâle et est entrée en vigueur en 1993.

666. Certaines entreprises sont jugées par l'Etat trop importantes pour être soumises à

[584] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques, op. cit*., p. 157.

[585] Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit.
http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000504724
http://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/Politique_Monetaire/l8446.pdf

[586] *Infra* n° 671.

une faillite. En cas de difficulté, une intervention étatique est requise, ainsi désignée par l'expression économique « *too big to fail* »[587].

667. A partir de 2008, à l'occasion de la crise économique, le Gouvernement français s'est intéressé à sécuriser l'investissement dans son pays en stabilisant son système bancaire et adopter une politique publique.

668. A cette occasion, deux organismes ont été créés pour sécuriser les liquidités et les fonds propres des banques dans une période de crise de confiance sur les marchés interbancaires :

- D'une part, la Société de financement de l'économie française (SFEF)[588] : la SFEF est créée en octobre 2008 pour permettre aux banques de se refinancer à moindre coût sur les marchés grâce à la garantie de l'Etat. Elle a annoncé la fin de ses émissions à l'automne 2009. Cette société a été « mise en sommeil»[589] comme il a été décidé dans le cadre de la Loi de Finance 2010, et une possibilité de la réactiver jusqu'au 31 décembre 2010 en cas de *« circonstances exceptionnelles caractérisées par une perturbation grave de l'accès des établissements de crédit aux marchés financiers constatée par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'économie*»[590].
- D'autre part, la Société de prise de participation de l'État (SPPE), dont l'Etat est l'unique actionnaire, permet d'augmenter les fonds propres des banques en levant des financements sur les marchés, bénéficiant de la garantie inconditionnelle, irrévocable et à la première demande de l'Etat. Ainsi, elle vise à préserver la stabilité financière et soutenir le financement de l'économie[591].

---

[587] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « *Les réactions au problème « too big to fail » : le renforcement des règles prudentielles en droit français », Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 61, 2011, p. 109.

[588] La SFEF est une société de type coopératif où participe l'essentiel du monde bancaire français, y compris des filiales de banques étrangères en France (HSBC par exemple). L'Etat n'en est pas majoritaire (33%).

[589] http://www.assemblee-nationale.fr/13/budget/plf2010/b1967-tIII-a17.asp#P3354_314065, Article 54-II (A).

[590] http://www.assemblee-nationale.fr/13/budget/plf2010/b1967-tIII-a17.asp#P3354_314065, Article 54-3 II (A).

[591] http://sppe-gouv.com/pages/qui_sommes_nous.htm.

669. Abordons en expliquant les normes prudentielles (I) et ensuite examinons le contrôle des banques conventionnelles (II).

I. Normes prudentielles

670. Visant à éviter la faillite des banques en période de crise et à garantir la sécurité du système bancaire, le législateur français impose aux établissements de crédit une réglementation prudentielle relativement stricte.

671. Il s'agit de règles, de ratios et de seuils que certains établissements doivent respecter sous peine de sanctions par l'Autorité de Contrôle Prudentiel (ACP qui devient *ACP* « et de résolution » *ACPR*)[592]. Et ainsi, cette supervision prudentielle constitue la garantie principale contre les risques systémiques.

672. Les mesures adoptées par le Comité de Bâle ont été transposées en droit français après avoir fait l'objet de directives n° 2006/48/CE[593] et n° 2006/49/CE du 14 juin 2006 dans l'ordonnance n° 2007-571 du 19 avril 2007[594] ainsi que l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement[595] et la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires[596].

673. Les règles prudentielles sont définies aux articles L. 511-40 à L.511-45 du Code

---

[592] Art. 24 (I.) de la Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L).

[593] Directive du Parlement et du Conseil UE n° 2006/48 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit, 14 juin 2006, JO 30 juin 2006, n° L 177.

[594] Ordonnance n° 2007-571 du 19 avril 2007 relative aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement et aux sociétés de crédit foncier (NOR : ECOX0700040R).

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000428556&dateTexte=&categorieLien=id

[595] Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement (NOR : EFIT1309910R).

[596] Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L).

monétaire et financier, sous la section intitulée : « *Dispositions prudentielles et contrôle interne* ». S'y ajoutent les articles L. 511-47 à L.511-50 ajoutés par le deuxième article de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires[597] pour compléter la section 7 du chapitre 1er du titre 1er du livre V du Code monétaire et financier.

674. Selon l'article L. 511-40 du Code monétaire et financier, concernant l'actif d'un établissement de crédit ou d'une société de financement, en justifiant à tout moment que son actif excède effectivement d'un montant au moins égal au capital minimum mentionné à l'article L. 511-11 du Code, le passif dont il est tenu envers les tiers.

675. L'article L. 511-11 précité dispose que les établissements de crédit et les sociétés de financement doivent disposer d'un capital libéré ou d'une dotation versée d'un montant au moins égal à une somme fixée par le ministre de l'Économie. C'est ainsi qu'un règlement du Comité de la réglementation bancaire et financière, modifié à plusieurs reprises, prévoit un capital minimum selon les catégories et les missions des établissements de crédit[598].

676. L'article L. 511-41, alinéas 1 et 2, du Code monétaire et financier dispose que « *les établissements de crédit et les sociétés de financement sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants, et plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur situation financière. Ils doivent, en particulier, respecter des ratios de couverture et de division des risques* ».

677. Cette référence aux ratios trouve son origine, en matière de solvabilité, dans les exigences de Bâle II du 26 juin 2004[599].

---

[597] Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L).

[598] Règl. CRBF n° 92-14, 23 déc. 1992, relatif au capital minimum des établissements de crédit (modifié par les règlements n° 94-04 du 8 décembre 1994, n° 98-06 du 7 décembre 1998, n° 2000-10 du 8 décembre 2000, n° 2002-13 du 21 novembre 2002 et les arrêtés du 9 février 2006 et du 29 octobre 2009, art. 1).

[599] Les normes Bâle II (le Nouvel Accord de Bâle) constituent un dispositif prudentiel destiné à mieux appréhender les risques bancaires et principalement le risque de crédit ou de contrepartie et les exigences

678. Tous les travaux du Comité de Bâle et ses recommandations se concentrent sur le ratio de fonds propres. Il s'agit d'imposer un rapport minimum entre les fonds propres d'une banque et les risques inhérents sur le marché ou sous forme de crédits à ses clients.

679. Suite à la liquidation de la banque allemande Herstatt, le Comité de Bâle a été créé en 1974. Ce Comité se concentre sur le risque de crédit.

680. L'Accord de Bâle de 1988 a adopté une approche rigide, nommée ratio Cooke[600]. Cet Accord est devenu une norme de référence pour la détermination de l'adéquation du capital des banques à l'échelle mondiale bien qu'il doive s'appliquer uniquement dans quelques pays[601]. Dans cette approche, le ratio des fonds propres réglementaires d'un établissement de crédit par rapport à l'ensemble des engagements de crédit pondérés de cet établissement ne peut pas être inférieur à 8%.

681. Cette norme a été introduite en droit français, sous l'article 2-1 de l'arrêté du 20 février 2007[602], relatif aux exigences de fonds propres applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement, qui dispose que ces établissements sont tenus de respecter en permanence un ratio de solvabilité au moins égal à 8 %. Ce ratio est égal au rapport entre les fonds propres globaux et la somme :

- d'une part, du montant des expositions pondérées au titre du risque de crédit et de dilution ;
- d'autre part, des exigences de fonds propres au titre de la surveillance prudentielle des risques de marché et du risque opérationnel multipliées par 12,5.

682. A cet égard, les fonds propres sont divisés en trois catégories :

---

en fonds propres.

[600] Ce ratio est nommé au nom de Peter Cooke, un directeur de la Banque d'Angleterre qui avait été un des premiers à proposer sa création et fut son premier président.

[601] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques : analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique*», *Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 94.

[602] Arrêté du 20 février 2007 : modifié par les arrêtés du 19 oct. 2007, du 11 sept. 2008, du 29 oct. 2009, du 25 août 2010, du 13 déc. 2010 et du 23 nov. 2011.

- Les fonds propres de base (*Tier 1*) : on y retrouve le capital social, les réserves, les résultats non distribués, les instruments hybrides dans les limites de 15% (instruments innovants) et de 35% (instruments non innovants). Ils permettent d'absorber des pertes en continuité d'exploitation.
- Les fonds propres complémentaires (*Tier 2*) : il s'agit des dettes subordonnées à durée indéterminée (*Upper Tier 2*) ou déterminée (*Lower Tier 2*). Ils sont destinés à absorber les pertes plutôt en cas de liquidation.
- Les fonds propres sur-complémentaires (*Tier 3*) : ce sont des dettes subordonnées, (les dettes dont le remboursement n'intervient qu'après celui de toutes les autres dettes), à durée déterminée pour la couverture de risques de marché. En la matière, un système de déductions est appliqué dans le calcul des fonds propres prudentiels pour prendre en compte seulement les montants réellement disponibles.

683. Le ratio Cooke a été fortement critiqué pour plusieurs raisons : d'une part il ne prend pas en compte quelques risques comme le risque opérationnel, d'autre part le mode de calcul du risque a introduit la possibilité d'un arbitrage réglementaire.

684. L'Accord de Bâle I a été ensuite modifié pour prendre en compte les risques de marché (risque de taux, risque de change, risque sur actions, risque sur matières premières) et les risques liés aux flux du hors bilan. En 1996, cet Accord a été révisé pour introduire le risque de marché comme complément du risque de crédit. Et l'Amendement de 1996 a permis aux banques d'utiliser soit une approche standard soit leurs modèles internes.

685. Malgré cet aménagement, il était nécessaire d'améliorer certaines imperfections et d'imposer un dispositif prudentiel et transparent, en juin 2004. Le Comité de Bâle a adopté un nouvel Accord « Bâle II », publié finalement en juin 2006.

686. Bâle II a proposé une adaptation à la complexité du système bancaire en définissant un cadre plus homogène pour l'appréciation des risques bancaires réels, créer un système interne de gestion des risques, et concilier entre le capital règlementaire et le capital économique.

687. Le ratio Mc Donough fut alors substitué au ratio Cooke, contraignant toujours les établissements de crédit à constituer des fonds propres au titre des risques de crédit et de marché et innovant en prenant en compte du risque opérationnel.

688. Sous Bâle II, le ratio Mc Donough a été créé, mais la définition du capital demeure presque inchangée à celle du ratio Cooke. En plus, un système de contrôle interne des banques est établi et le risque opérationnel est reconnu.

689. Les fonds propres règlementaires définis par Bâle II sont constitués des fonds propres de base et des fonds propres complémentaires :

- Fond propres de base : ils sont essentiellement constitués des capitaux propres et des réserves publiées. Les réserves résultent des bénéfices après impôt non distribués aux actionnaires. Les banques peuvent aussi introduire des instruments hybrides de dette et de capital, sans dépasser 15% du montant des fonds propres de base. Le montant des fonds propres de base doit au moins être égal à 4% des actifs pondérés du risque de la banque. Ces fonds sont d'une importance particulière permettant d'apprécier les marges bénéficiaires et la capacité concurrentielle des banques.
- Fonds propres complémentaires : ils sont constitués de la dette subordonnée, des instruments hybrides de dette et de capital non inclus dans les fonds propres de base, des réserves non publiées et des réserves de réévaluation et des provisions générales ou réserves générales pour pertes sur prêts. Ces fonds ne doivent pas dépasser 50% du total des fonds propres.

690. Les dépôts et les autres ressources financières constituent la part la plus importante de la dette des banques. Ils sont généralement détenus par de petits déposants qui n'ont ni les moyens ni l'expertise pour contrôler la prise de risque de la banque. Mais, les dépôts ne constituent pas des fonds stables en cas de crise car les déposants peuvent rapidement convertir leurs dépôts en monnaie et les retirer quand la solvabilité de la banque est douteuse.

691. Les établissements de crédit peuvent avoir recours à des ressources marchéisées

pour se financer. Il s'agit des obligations, certificats de dépôt, papiers commerciaux et titres de dette. Ces ressources ne sont pas des fonds stables, elles sont source de risque de levier supplémentaire mais peuvent contribuer aussi à discipliner la prise de risque de la banque.

692. Le dispositif de Bâle II repose sur trois types de piliers :

- Pilier I : il concerne le calcul du ratio de solvabilité. Le ratio des fonds propres règlementaires demeure inchangé à 8% couvrant les risques subis. Ce nouvel Accord prend en compte les risques opérationnels (fraudes et erreurs) en complément du risque de crédit ou de contrepartie et des risques de marché. On passe du ratio Cooke où fonds propres règlementaires > 8% des risques de crédits, à un ratio Mc Donough où les fonds propres de la banque > 8% des risques de crédits + risques de marché + risques opérationnels.

    - Dans la mesure du risque de crédit, il y a deux possibilités : (i) les banques peuvent utiliser une approche standardisée, basée sur les notations externes effectuées par les agences de notation (Standard and Poor's, Moody's, Fitch IBCA), (ii) les banques peuvent préférer une approche par les notations internes. Telle approche est utilisée par les établissements de crédit disposant d'un savoir-faire reconnu par les autorités de contrôle en termes de mesure et de gestion des risques. La banque connaît cinq paramètres pour calculer le risque de crédit : la probabilité de défaut de paiement, la perte de non-paiement, l'exposition au risque de non-paiement, l'échéance de facilité et la granularité[603].

[603] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques : analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique*», *Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002 : La *probabilité de défaut* mesure la probabilité d'occurrence d'un défaut sur une contrepartie donnée dans un horizon donné. Elle est généralement mesurée par le biais d'une notation effectuée par la banque. *L'exposition en cas de défaut* correspond au montant dû par la contrepartie au moment où elle fera défaut sur un engagement donné à un horizon correspondant à celui utilisé pour la probabilité de défaut. Quant au *taux de recouvrement*, il mesure la part du montant de l'exposition au moment du défaut que la contrepartie sera à même de rembourser. Du taux de recouvrement découle son complémentaire qui est le *taux de perte* en cas de défaut. Et enfin, *le délai imparti* à l'emprunteur pour honorer ses engagements correspond à la durée du crédit. La "granularité" est la mesure de la concentration d'un seul emprunteur au sein d'un portefeuille des crédits de la banque, plus ce portefeuille est dispersé

- Dans l'approche simple, la banque estime la probabilité de défaut de ses débiteurs et utilise d'autres paramètres et valeurs fournies par l'autorité de contrôle.
- Dans l'approche complexe, les banques déterminent les cinq paramètres. En plus, le risque opérationnel est pris en compte dans le calcul du ratio de solvabilité et e risque de marché est déjà introduit après la réforme de 1995.

- Pour le risque de marché, 2 méthodes sont possibles : standard ou modèle interne.
- Pour le risque opérationnel, 3 méthodes peuvent être utilisées : l'approche de base « indicateur de base » fondée uniquement sur le produit net bancaire de l'établissement, l'approche standard définie ci-dessus et l'approche avancée basée sur les modèles internes de mesure des risques opérationnels développés par la banque et acceptés par l'autorité de contrôle.

- Pilier II : ce pilier est la suite logique du premier pilier. Il s'agit de mécanismes de la surveillance prudentielle pour identifier et évaluer les risques de perte et leur probabilité d'occurrence et de plus vérifier que la banque dispose suffisamment de fonds propres pour pouvoir faire face à une crise, et en cas d'anomalie le régulateur peut imposer des augmentations des fonds propres[604].
- Pilier III : les établissements sont soumis à la discipline de marché et tenus de publier des informations très complètes sur leur situation, y inclus la nature, le volume et les méthodes de gestion de leurs risques ainsi que sur l'adéquation de leurs fonds propres pour permettre aux opérateurs de marché de les évaluer.

693. En revanche, Bâle II n'échappe pas aux critiques, dont les plus principales sont : en premier lieu, il ne traite pas tous les risques comme par exemple le risque de liquidité ; en second lieu, il existe des problèmes de fonctionnement des marchés

---

entre les emprunteurs, plus les risqué non-systématiques des emprunteurs sont diversifies et moins sont les exigences en matière de couverture du risque de crédit par le capital propre.

[604] M. LYONNET DU MOUTIER, *Financement sur projet et partenariats public-privé*, 2e éd., Éditions Colombelles ems management & société, coll. *Les essentiels de la gestion*, 2012, p. 238.

financiers, des agences de notation, etc.

694. De plus, la crise financière de la fin des années 2000 et ses conséquences en termes de pertes subies et de faillites d'établissements financiers ont mis en évidence l'incapacité du dispositif de Bâle II pour garantir la sécurité et la stabilité du système bancaire dans son ensemble[605]. Les banques devront donc se recapitaliser fortement et en parallèle adopter de nouvelles techniques de gestion de bilan et de gestion des risques dans le cadre d'une démarche intégrée[606].

695. Une nouvelle règlementation prudentielle devient nécessaire. C'est Bâle III qui a été entériné en novembre 2010 lors du sommet du G20 de Séoul. Cet Accord a proposé quelques changements dans l'objectif de maintenir la solvabilité des banques, développer leur capacité à absorber les crises et minimiser les risques de débordement vers l'économie réelle, et en conséquence créer une stabilité financière.

696. Définissons ainsi, d'une manière synthétique, les grandes lignes des principales mesures de cet Accord [607]:

- Amélioration du niveau et de la qualité des fonds propres des banques (« *tier one*[608] et *core tier one* ») : cette mesure vise à renforcer la capacité des banques à absorber des pertes. Ce dispositif envisage également d'améliorer la qualité du « noyau dur » des capitaux bancaires et d'allouer des fonds propres de bonne, voire de meilleure qualité aux activités les plus risquées. Il est aussi envisagé de développer la cohérence et la transparence du capital de base.
- Instauration des ratios de liquidité : il s'agit de la mise en place deux ratios de liquidité, à savoir le *liquidity coverage ratio* (ratio à court terme) et le *net stable*

---

[605] E. LAMARQUE, *Management de la banque : risques, relation client, organisation,* préf. G. HIRIGOYEN, Pearson, 3e éd., Paris, 2011, p. 80.

[606] *Ibid.*

[607] M.-C. JOLYS, « *Bâle III : les impacts à anticiper* », *KPMG S.A.*, Paris, mars 2011, p. 9 (http://www.kpmg.com/FR/fr/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Bale_III_impacts_a_anticiper_mars2011.pdf).

[608] Le *tier one* est constitué du capital et des réserves non distribuées (y compris les participations minoritaires et les participations des institutions financières)

funding ratio (ratio à long terme). Le *liquidity coverage ratio* (LCR)[609] : dont l'exigence minimale est de 100 % et qui a pour but de favoriser la résistance immédiate des banques à une éventuelle situation d'illiquidité. En d'autres termes, ce ratio oblige les banques à maintenir en permanence un stock d'actifs liquides pour pouvoir faire face à une crise aigue pendant un mois. Le *net stable funding ratio* (NSFR) : ce ratio vise à remédier aux asymétries de financement et inciter les banques à recourir à des ressources stables pour financer leurs activités sur un an.

- Maîtrise de l'effet de levier : en introduisant un nouveau ratio afin de maîtriser la croissance des bilans. Ce ratio est défini par le rapport des fonds propres sur le total du bilan (actif ou passif) mais il ne pondère pas les actifs détenus en fonction des risques auxquels ils exposent la banque.
- Couverture des risques de portefeuille de négociation : s'agissant des mesures de réduction du risque systémique, renforcement des exigences en matière de gestion du risque de contrepartie, application de charges de capital additionnelles au titre de pertes potentielles de valeur des expositions liées à un risque de défaut et de dégradation éventuelle de la notation de la contrepartie (CVA : « *Credit Valuation Adjustment* » et IRC : « *Incremental Risk Charge* »), meilleure prise en compte du risque de corrélation entre les institutions financières, ainsi que le renforcement des exigences en capital au titre des expositions logées dans le portefeuille de négociation y compris les expositions de titrisation, sources de pertes massives pendant la crise.

697. La production de garanties, d'hypothèques, de crédits dérivés et les autres arrangements sont des instruments importants pour la réduction des risques de crédit : Ces instruments favorisent l'allègement dans l'affectation du capital pour la couverture de risques encourus, mais cette opération est conditionnée par l'existence de systèmes de gestion performants et de diffusion d'informations fiables, y inclus autres détails

[609] Le Comité de Bâle a adopté le 6 janvier 2013 un texte apportant des assouplissements (i) aux règles de calcul du ratio LCR et (ii) au calendrier de mise en œuvre. Deloitte Conseil, « *Bâle III et la gestion de la liquidité : nouveaux éclairages sur la mise en œuvre* », Neuilly-sur-Seine, avril 2013, pp. 17.

précisés dans l'Accord[610].

698. Suite à la dernière crise financière, le législateur français a créé la loi de séparation et de régulation des activités bancaires[611] dans l'objectif de remettre la finance au service de l'économie réelle.

699. L'article L. 511-47 du Code, inséré par cette loi, dispose que les établissements de crédit ou les groupes financiers comportant un établissement de crédit dont les activités de marchés sont significatives (le seuil serait précisé par décret) ne peuvent réaliser des opérations sur compte propre que lorsque celles ci ont une utilité avérée pour le financement de l'économie. Les cas envisagés sont limitativement énumérés dans l'article qui propose une définition précisant le type d'opérations visées qui correspondraient à :

- la prestation de services d'investissement à la clientèle, entendus notamment comme la fourniture aux clients des établissements de services de couverture (par exemple, via la vente de produits dérivés répondant au besoin de couverture des risques du client), de financement (par exemple, via la prise ferme de titres émis par le client) ou d'investissement ; et qui doivent être rémunérées par le client et donnent lieu à une gestion saine et prudente des risques y afférents;
- la couverture des risques propres de l'établissement. Il s'agit par exemple des positions sur dérivés prises par l'établissement pour réduire ses propres risques, qu'il s'agisse de risques de marché ou de crédit (par exemple pour réduire son exposition au risque de taux). Le texte précise que l'établissement devra apporter la preuve de la pertinence économique de l'instrument de couverture et de sa relation avec les risques identifiés ;
- l'activité de tenue de marché. Celle-ci correspond à la présence permanente d'un intervenant sur le marché qui apporte de la liquidité à ce marché. C'est une activité

[610] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques : analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique*», *Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 97- 98.

[611] Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L).

essentielle au financement de l'économie dans la mesure où les investisseurs n'acceptent de se porter contrepartie sur le marché primaire (par exemple dans le cadre d'une opération de placement de titres) que s'ils ont une garantie suffisante sur la liquidité secondaire des titres ;

- la gestion prudente de la trésorerie du groupe. La notion de « gestion prudente » sera traduite par des règles spécifiques à cette fonction qui fera l'objet d'une surveillance propre ;
- les opérations d'investissement du groupe. Il s'agit des opérations où le groupe intervient en acquérant des titres dans l'intention de les détenir durablement. Ces activités sont le complément naturel des activités de crédit.

700. De plus, le groupe ne pourra pas avoir d'exposition non sécurisée vis-à-vis de certains fonds ou entités à effet de levier dont les caractéristiques seront fixées par arrêté du ministre de l'économie. L'effet de cette disposition est d'interdire au groupe de détenir des parts d'un fonds alternatif de type *hedge fund*. Son objet est également d'éviter que le groupe transfère ses activités spéculatives dans un fonds dont il détiendrait l'intégralité des parts ou qu'il financerait intégralement sans sûreté, ce qui aboutirait en pratique à exposer ce groupe de la même manière que si ces activités étaient conservées en son sein.

701. L'article L. 511-48 vise à cantonner les activités spéculatives dans les groupes bancaires et à interdire certaines activités nuisibles au bon fonctionnement de l'économie et des marchés. En prévoyant la constitution, au sein des groupes bancaires visés à l'article Ier, d'une filiale qui accueillerait les activités ne correspondant pas aux activités ayant un lien direct avec le service aux clients ou le financement de l'économie. Cette filiale doit être agréée par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution comme entreprise d'investissement ou, le cas échéant et par dérogation aux dispositions du même article L. 511-47, comme établissement de crédit. Elle doit être aussi capitalisée et financée de manière autonome, comme si elle n'appartenait pas au groupe bancaire qui la contrôle. Elle sera donc soumise sur une base individuelle aux exigences prudentielles des banques, de même que le groupe qui la contrôle vis-à-vis d'elle, en particulier en matière de grands risques. Par ailleurs, certaines activités

spéculatives préjudiciables au fonctionnement des marchés seront interdites au sein de cette filiale : celles qui portent sur les matières premières agricoles et les opérations de *trading* à haute fréquence.

702. Malgré l'importance de la règlementation prudentielle, telle règlementation ne peut pas garantir la stabilité financière, un contrôle des banques conventionnelles (II) demeure nécessaire.

II. Contrôle des banques conventionnelles

703. Le contrôle bancaire vise à maintenir la stabilité et garantir la confiance des déposants et du public en général dans le système financier. Toute institution bancaire, qu'elle soit classique ou islamique, est contrôlée et surveillée par la banque centrale qui fixe le cadre de ce contrôle.

704. L'organe responsable de tel contrôle doit jouir d'une certaine indépendance opérationnelle et disposer des moyens nécessaires pour avoir accès aux informations et les collecter. Ainsi, il doit encourager la bonne gestion et renforcer la transparence et la discipline du marché. Cet organe doit comprendre la nature de l'activité bancaire et bien gérer les risques encourus, en évaluant le profil de risque de chaque banque et affecter les ressources nécessaires pour faire face à ces risques.

705. La loi bancaire de 1984 a créé la Commission bancaire, chargée de contrôler les établissements de crédit et de sanctionner leurs manquements. La Commission bancaire exerçait sa mission générale de surveillance des établissements de crédit à l'égard de l'ensemble des établissements : banques commerciales, banques mutualistes et coopératives, et sociétés financières. En premier lieu, le contrôle portait sur le respect par les établissements des dispositions législatives et règlementaires régissant leur activité, notamment sur le maintien des ratios prudentiels. Elle examinait principalement les conditions d'exploitation des établissements et veillait à la qualité de leur situation financière. Elle s'assurait aussi du respect des règles de bonne conduite de la profession bancaire.

706. En 1997, le Comité de Bâle a instauré un cadre général des principes fondamentaux pour un bon contrôle bancaire : l'existence de politiques économiques judicieuses, d'une infrastructure publique, d'une discipline de marché, de procédures pour un règlement efficace des problèmes, d'un environnement sain[612].

707. La loi de modernisation de l'économie de 2008 (art. 152, 2° (a))[613] procède au rapprochement, d'une part, entre autorités d'un même secteur et, d'autre part, entre la Commission bancaire et l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles.

708. En janvier 2010, l'Autorité de contrôle prudentiel, autorité administrative indépendante, sans personnalité morale, est fondée par fusion de la Commission bancaire, de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM), du Comité des entreprises d'assurance et du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

709. Suite à la variation des méthodes et techniques d'évaluation des risques bancaires dans chaque pays, chaque Etat doit avoir un système de contrôle et de surveillance qui lui est conforme et efficace[614].

710. Ainsi, en 2013, le législateur français a visé par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires[615] le renforcement de la régulation des acteurs bancaires et des pouvoirs des autorités de supervision en matière bancaire et financière.

711. Dans cette optique, ajouté par cette loi, l'article L. 511-49 du Code monétaire et financier prévoit un renforcement de la surveillance des activités de marchés à travers

---

[612] T. KHAN & H. Ahmed, *op. cit.*, p. 108.

[613] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, NOR: ECEX0808477L

http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050.

[614] T. KHAN & H. Ahmed, *op. cit.,* p. 106. A cet égard, il existe quatre approches utilisées par les différents pays : (i) systèmes de contrôle du *rating* des banques (tel que CAMELS) ; (ii) ratio financier et systèmes d'analyse de groupe homogène ; (iii) systèmes d'évaluation des risques bancaires ; et (iv) modèles statistiques.

[615] Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L).

un contrôle interne des établissements, qui devront mettre en place les règles et les procédures permettant de s'assurer de la bonne application des principes fixés par la loi. Ces règles et procédures seront approuvées par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et l'Autorité des marchés financiers qui disposeront, en particulier, d'une cartographie des unités en charge de ces opérations et de leurs mandats.

712. L'article L. 511-50 de ce Code, créé par la même loi, prévoit par ailleurs que la non-conformité à ces règles et notamment l'absence de cartographie pourront justifier un refus d'agrément par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution qui disposera de l'ensemble de ses pouvoirs de police pour faire respecter les dispositions de la présente loi.

713. En vertu de cette loi, les pouvoirs de l'Autorité de contrôle prudentiel, qui deviendra l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), sont significativement renforcés en matière de prévention et de gestion des crises bancaires qui s'ajouteront à ses pouvoirs de supervision[616]. Elle devient ainsi l'autorité française chargée de la résolution bancaire.

714. Selon l'article L. 612-33-1 du Code, inséré par le troisième article de cette loi, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution a le pouvoir d'interdire à un établissement des activités susceptibles de faire courir un risque systémique et elle peut aussi leur interdire, même en l'absence de risque avéré pour leur propre solvabilité, d'investir dans un produit ou de le commercialiser.

715. En outre, la loi met en place un régime de résolution bancaire, afin de doter les pouvoirs publics de nouveaux pouvoirs qui leur permettront de mieux prévenir et gérer les crises bancaires.

716. Indépendamment de ces prérogatives nouvelles de l'ACPR dans le cadre des mesures dites de résolution, l'autorité bénéficie d'un renforcement de ses pouvoirs en

[616] Art. 24 de la Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L).

matière de gouvernance des entités du secteur bancaire[617].

717. Chaque banque devra être dotée d'un plan préventif de rétablissement et de résolution bancaire indiquant comment le superviseur peut intervenir si elle menace de faire défaut. Sur la base de ces plans, l'ACPR pourra obliger les banques à prendre des mesures, y compris une évolution de leur structure[618].

718. Dans l'objectif d'assurer la stabilité du système financier dans son ensemble, une surveillance macro-prudentielle est nécessaire. La loi a modifié la dénomination du conseil de régulation financière et du risque systémique, qui devient le Haut Conseil de stabilité financière. Ce Conseil est chargé d'identifier le développement d'un risque systémique au sein du secteur bancaire, il est doté de pouvoirs d'intervention pour limiter ce risque en imposant, sur proposition du gouverneur de la Banque de France, des exigences en fonds propres supplémentaires ou en fixant, sur la base d'une telle proposition, des critères ou des conditions pour l'octroi du crédit par les banques[619].

719. Par ailleurs, la loi renforce les missions du Fonds de garantie des dépôts, qui devient le Fonds de garantie des dépôts et de résolution, afin d'en faire le fonds de résolution français qui peut intervenir, auprès d'un établissement soumis à une procédure de résolution pour la mise en œuvre des décisions prises par l'ACPR[620].

720. Ainsi, la pratique standard internationale des banques conventionnelles et les normes prudentielles en matière de gestion et de résolution de leurs risques semblent

---

617 S. TANDEAU DE MARSAC, « *Loi de séparation et de régulation des activités bancaires : Le renforcement des pouvoirs de l'ACP* », Revue Banque, n°759, mars 2013. S. TANDEAU DE MARSAC, « *Loi de séparation et de régulation des activités bancaires : Vers le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation », Revue Banque*, n°758, févr. 2013. E. FERNANDEZ-BOLLO, « *Les banques ont tout intérêt à jouer le jeu, car la loi de séparation est équilibrée », Revue banque*, n°761, Dossier « Séparation des activités bancaires», juin 2013, pp. 35-37.

618 La Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L) a ajouté par son article 26 une sous-section 3 « *Mesures de prévention et de résolution des crises bancaires* » dans la section 2 du chapitre III du titre 1er du livre VI du Code monétaire et financier sous forme des articles L. 613-31-11 à L. 613-31-19.

619 Titre V « *Surveillance macro-prudentielle* » de la Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L).

620 Art. 25 de la Loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L).

cohérentes. Nonobstant, la loi de séparation bancaire est susceptible de soulever des controverses doctrinales quant à l'efficacité de ses dispositions, notamment quant à la filialisation de certaines activités financières et à l'exposition de cette filiale aux grands risques[621].

721. Toutefois, la particularité des instruments financiers compatibles avec la *charia* et du profil des risques des banques islamiques suscitent la question d'adéquation des Accords de Bâle à ces banques (§ II).

§ II : Adéquation des Accords de Bâle aux banques islamiques

722. Les banques islamiques doivent être assujetties à des techniques standards qui ne sont pas en contradiction avec les principes de la finance islamique.

723. Dans cette mesure, la soumission de ces banques aux normes prudentielles de l'Accord de Bâle II peut susciter quelques difficultés :

- l'Accord de Bâle II n'a pas pris en compte ou a mal pris en compte le risque d'interprétation des règles religieuses ou de bonne conformité à la *charia*, le risque fiduciaire spécifique aux banques islamiques et aussi l'enchevêtrement des risques spécifiques aux produits islamiques[622] ;
- l'adhésion des banques islamiques au système interbancaire doit être conforme aux normes réglementaires internationales ;
- la nécessité d'un encadrement normatif et réglementaire standardisé sur le plan international compatible avec les prescriptions de *charia* devient impérative.

---

[621] Certains points ont été mis en lumière sur le projet de loi de séparation bancaire, ainsi soulignés dans G. GIRAUD, « *Le projet de loi de séparation bancaire français est-il suffisant ?* », *Revue banque*, n° 758, mars 2013, pp. 18-19 ; ainsi que dans D. D'AMARZTT, « *Loi française de séparation : c'est en étant pionnier qu'un pays peut donner le "la"* », *Revue banque*, n° 761, Dossier « *Séparation des activités bancaires* », juin 2013, pp. 24-26.

[622] A. HARZI, «*Les banques islamiques à l'heure des exigences règlementaires*», First conference on risk management in Islamic finance, organisée conjointement par Université Paris Dauphine et ARROW Financial Consulting, Jan. 2010, Paris, p.5.

724. Les régulateurs se sont préoccupés alors d'instaurer une règlementation prudentielle et des mécanismes de gestion des risques compatibles avec la nature particulière des banques islamiques.

725. Depuis 1991, les gouverneurs des banques centrales et les autorités monétaires des pays membres de l'organisation de la conférence islamique (OCI)[623] ont déployé des efforts de réglementation et de contrôle à plusieurs niveaux. La banque islamique de développement (BID) a joué un rôle important dans l'élaboration de procédures et de règles de standardisations conformes à la *charia*, susceptibles d'être adoptées à l'échelle internationale. D'autres institutions internationales essayent d'harmoniser des normes de réglementation entre les pays, comme l'Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques (AAOIFI), le Conseil des services financiers islamiques (IFSB), l'Agence de notation islamique internationale, le Centre de gestion des liquidités islamiques, et le Marché financier islamique international[624].

726. Les normes comptables établies par l'AAOIFI, n'ayant pas encore acquis de caractère obligatoire, ne sont appliquées que par un certain nombre de pays. Dans d'autres pays, comme Malaisie et Golfe, leurs banques islamiques sont soumises aux normes de Bâle depuis 2010 mais fonctionnent différemment des banques classiques[625].

727. En plus, l'IFSB met en place des normes prudentielles spécifiques aux banques islamiques (I), largement basées sur l'Accord de Bâle II, avec des ajustements pour développer une approche plus adaptée aux particularités des banques islamiques et aux caractéristiques des produits compatibles avec la *charia*. S'y ajoute un contrôle des banques islamiques (II).

---

[623] S'agissant presque de 56 Etats-membres, comme l' Egypte, Tunis, Yémen, Maroc, Malaisie, Liban, etc. Pour plus de détails, consultez le site de l'Organisation http://www.oic-oci.org/oicv2/states/ (dernière consultation le 17 août 2013).

[624] M. EL QORCHI, « *La finance islamique est en marche - Finance & Développement*», *Fonds Monétaire International*, déc. 2005, p. 46-49.

[625] A. LEVY, *Finance islamique : opérations financières autorisées et prohibées vers une finance humaniste,* Gualino lextenso éditions, coll. *Côté simple finances*, Paris, 2012, p. 209. Pour plus de détails sur le rôle de certains de ces organismes/conseils, consultez M. U. CHAPRA & T. KHAN, « *Règlementation et contrôle des banques islamiques* », *La Banque islamique de développement*, étude spéciale n° 3, 2010, pp. 1-116.

I. Normes prudentielles de l'IFSB

728. A la différence d'une banque conventionnelle, la structure de capital d'une banque islamique est essentiellement basée sur les fonds propres et les fonds provenant des comptes d'investissement participatifs[626]. Les titulaires de ces comptes autorisent la banque à investir leurs fonds dans des projets à risque, en pleine connaissance que la banque ne garantit ni le dépôt ni le taux de rendement. La banque mobilise les fonds collectés auprès des investisseurs (*rab-al-mal*), selon le contrat « *moudaraba* à deux volets », en sa qualité d'entrepreneur (*moudareb*). Après, ces fonds seront utilisés par des entrepreneurs et la banque assume le rôle d'un investisseur (*rab-al-mal*). Parfois, la banque investit ses fonds propres de plus.

729. Pratiquement, les banques islamiques investissent l'actif bancaire dans des activités lucratives compatibles avec la *charia*, par des modes de partenariat (*moudaraba, moucharaka*), ou dans des opérations commerciales (*mourabaha, istisnaâ*, *salam, ijara*).

730. En général, on ne peut s'opposer à l'idée que les banques islamiques doivent remplir les conditions exigées par les normes internationales[627]. En revanche, vu la spécificité structurelle du bilan des banques islamiques et la particularité des risques qu'elles encourent, certaines normes destinées aux banques classiques ne peuvent pas être appliquées aux banques islamiques[628].

731. L'origine des difficultés réglementaires en cette matière réside également dans la faible connaissance des risques associés à ces produits, combinée à la relative nouveauté

---

[626] K. TOUMI, « *L'impact des comptes d'investissement participatifs sur le ratio prudentiel des banques islamiques », Les cahiers de la finance islamique*, n° 2, École de Management Strasbourg, 2010, p. 40 et s. Les comptes d'investissement participatif sont classifiés en deux types : (i) à caractère restrictif où la banque jouit d'une responsabilité limitée dans la gestion des fonds d'investissement, les titulaires des comptes d'investissement sélectionnent les projets auxquels sont affectés leur fonds et ils sont fortement impliqués dans la gestion et la prise e décision, (ii) à caractère non restrictif où la banque jouit d'une responsabilité complète dans la gestion des fonds d'investissement.

[627] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques : analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique», Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 113.

[628] *Ibid.*

de la majorité des produits et la rareté des informations disponibles[629].

732. D'ailleurs, l'Accord de Bâle II ne reconnaît pas les contrats islamiques puisque l'accord a été conçu tout en respectant la structure du passif et de l'actif des banques conventionnelles[630].

733. Il est nécessaire d'instaurer un système de supervision et de règlementation en considération des spécificités structurelles et fonctionnelles des banques islamiques afin de développer la stabilité du marché financier islamique, y inclus l'intégration de la finance islamique dans le système international et ainsi protéger les déposants contre le taux de rendement faible.

734. En 2005, l'IFSB a été créé et a identifié des normes règlementaires prudentielles pour les banques islamiques, inspirées en grande partie de l'Accord de Bâle II et malgré l'importance de cet Accord dans l'évolution de la règlementation prudentielle des banques islamiques et son adaptation à la diversité et la complexité de l'activité bancaire islamique, ce dispositif présente certaines faiblesses quant au calcul du ratio prudentiel[631].

735. L'IFSB a publié en décembre 2005 les standards d'adéquation du capital pour seulement les institutions offrant des services financiers islamiques (autre que les institutions d'assurance) « en anglais - *Capital Adequacy Standard for Institutions (Other Than Insurance Institutions) Offering Only Islamic Financial Services* ». Ces standards viennent en complément des normes de Bâle II qui sont compatibles avec les banques islamiques.

736. L'Accord de Bâle II impose un ratio de solvabilité égal à 8% des actifs pondérés aux risques, cette règle demeure inchangée et applicable aux banques islamiques. Le calcul du capital règlementaire se base seulement sur l'approche standard, l'approche

---

[629] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 69.

[630] K. TOUMI, *op. cit.*, p. 43.

[631] *Ibid.*, p.41.

Indicateur de Base du pilier I de cet Accord et l'amendement 1996 pour déterminer les exigences en fonds propres relatives respectivement au risque de crédit, risque opérationnel et risque de marché[632]. Mais les approches avancées de mesure des risques ne sont pas développées dans cet Accord ; ce choix est justifié par le manque des données financières historiques sur les institutions financières islamiques[633].

737. La méthode de calcul des RW (Risk Weights) est dérivée de celle proposée par Bâle II : cette méthode reflète en termes de pondération de risques un accord contractuel entre une banque islamique et une contrepartie. A l'inverse des banques conventionnelles, les actifs dans les banques islamiques ne sont pas basés sur une dette ou « *Riba based* », mais ils sont plutôt composés d'opérations plus diverses comme le financement d'opérations commerciales à des partenariats d'investissements[634].

738. En plus, l'IFSB instaure la mesure par les exigences d'adéquation du capital « en anglais - *Capital Adequacy Requirements* (CAR) »: ils peuvent varier selon les différents niveaux du contrat en fonction de la transformation du risque ; par exemple dans un contrat *mourabaha* oui *ijara* : la banque doit acquérir un actif physique, le vendre à crédit ou le louer. Ainsi la banque est exposée à un risque de marché sur les actifs physiques au moment de l'acquisition, puis à un risque de crédit si la vente est conclue avec un paiement différé ou si l'actif fait l'objet d'une location[635]. Il s'agit d'enchevêtrement du risque de crédit et du risque de marché.

739. L'Accord de IFSB (2005) reconnaît également les principaux instruments bancaires islamiques (*sukuk, mourabaha, ijara*) et définit les risques auxquels font face les banques islamiques. Il propose d'affecter les pondérations au risque de crédit et au risque de marché suivant la nature de l'instrument financier islamique et sa phase

[632] K. TOUMI, *op. cit.*, p. 43.

[633] *Ibid.*

[634] A. HARZI, «*Les banques islamiques à l'heure des exigences règlementaires*», First conference on risk management in Islamic finance, organisée conjointement par l'Université Paris Dauphine et ARROW Financial Consulting, Jan. 2010, Paris, p. 10.

[635] *Ibid.*, p. 8.

d'exécution selon une approche matricielle[636].

740. Les pondérations au risque de crédit sont similaires à l'approche standard de l'Accord de Bâle II. Les fonds d'investissement sont mobilisés sur la base de partage des pertes et des profits, ils ne devraient pas être le sujet des exigences minimales de capital sauf au cas où la banque veut garantir les fonds en cas de pertes résultantes d'une mauvaise gestion de sa part (risque fiduciaire) : théoriquement, selon cette définition, le dénominateur du ratio prudentiel exclut la totalité du risque de crédit et de marché des actifs financés par les fonds d'investissement et inclut seulement le risque opérationnel associé (*Standard formula*) ; en pratique la banque absorbe dans certaines conditions les pertes normalement supportées par les titulaires des comptes d'investissement[637].

741. La spécificité du ratio prudentiel est affectée par la nature des comptes d'investissement participatif. Les comptes d'investissement sont mobilisés sur la base du principe de *moudaraba* : la banque investit le capital des titulaires de ces comptes, et partage le profit réel avec eux sans supporter aucune perte encourue sauf en cas de pertes résultantes de négligence, de mauvaise gestion des fonds ou du non-respect des clauses contractuelles. Le capital investi par la banque ne fait pas partie de son capital, ainsi n'est pas garanti par la banque et ne fait pas l'objet des exigences minimales en capital[638].

742. La gestion des comptes d'investissement occupe une place primordiale pour les banques islamiques[639] :

- La banque peut utiliser des techniques de lissage des taux de rendement sur les comptes d'investissement pour protéger leurs titulaires contre une dégradation des revenus générés par les actifs financés par ces fonds, ainsi leur garantir une rémunération comparable à celle du marché. Dans cet objectif, la banque peut

[636] K. TOUMI, *op. cit.*, p.44.

[637] *Ibid.*

[638] *Ibid.*, p. 45.

[639] *Ibid.*

investir une grande part des comptes non rémunérés dans des actifs à court terme de faible risque et de rendement certain, ou la banque retient des réserves à partir des profits attribuables aux titulaires des comptes d'investissement et aux actionnaires[640]. Pour la rétention des réserves afin d'atténuer le risque commercial translaté, la banque peut utiliser une pratique standard, soit *Profit Equalization Reserve* (PER), *soit Investement Risk Reserve* (IRR) :

- Les réserves de péréquation des résultats (*Profit Equalization Reserve*) : elles sont retenues à partir du revenu brut résultant de *Moudaraba* pour allouer les profits entre les actionnaires et les titulaires des comptes d'investissement.
- Les réserves pour risques d'investissement (*Investement Risk Reserve)* : elles sont retenues à partir des profits attribués seulement aux titulaires des comptes d'investissement après la déduction de part du *moudareb* [641] pour faire face aux futures pertes sur les investissements financés par compte d'investissement de Moudaraba.

- La banque peut faire varier le ratio de part du *moudareb* en distribuant réellement une part variable selon taux de rendement réel à la place de la part initialement précisée.

743. En effet, en raison de l'ampleur des risques absorbés, les comptes d'investissement sont en principe positionnés entre deux catégories extrêmes : des dépôts conventionnels purs et des dépôts d'investissements purs[642]. Il incombe aux régulateurs d'identifier la nature des comptes d'investissement, étant donné qu'elle diffère selon la banque islamique et la juridiction dans laquelle elle opère. Cette identification affecte le niveau de risque encouru par les actionnaires et par conséquent le capital de la banque. En pratique, les banques peuvent être tenues à garantir un capital minimum pour couvrir le risque commercial translaté.

---

[640] *Ibid*., p. 46.

[641] IFSB, *Guiding principles of risk management for institutions (other than insurance institutions) offering only Islamic financial services*, 2005, Norme 80, p. 20.

[642] K. TOUMI, *op. cit.,* p. 47.

744. Pour pondérer le risque de crédit, le risque de marché et le risque opérationnel, l'IFSB a mis en place une norme règlementaire (*Supervisory discretion formula*) qui propose d'inclure le dénominateur du ratio de fonds propres, un facteur « α »[643] :

- Plus la valeur de « α » est grande, plus la banque absorbe les risques qui devraient être normalement supportés par les titulaires des comptes d'investissement.
- Si la valeur de « α » est nulle, les fonds d'investissement sont équivalents à des capitaux propres et les titulaires des comptes d'investissement subissent la totalité des pertes ; ainsi les risques des actifs financés par les fonds d'investissement ne font pas l'objet des exigences minimales en capital.
- Si la valeur de « α » est égale à l'unité, les fonds d'investissement sont assimilables à des dépôts conventionnels ; le principal et le rendement sont alors implicitement garantis et la banque supporte la totalité des pertes.

745. L'IFSB laisse à la discrétion des autorités de supervision nationale la détermination de la valeur de « α »[644]. Mais il a été reproché à ces autorités de fixer arbitrairement la valeur de « α » à un certain niveau et de l'imposer aux banques sous leur contrôle[645]. Mais l'IFSB ne propose pas de méthodes avancées pour l'estimation des risques à cause de difficultés inhérentes au manque des données financières fiables sur les institutions financières islamiques qui empêchent les banques de prendre des mesures plus fines des risques liés à l'activité bancaire islamique[646].

II. Contrôle des banques islamiques

746. La nature participative de la finance islamique, et la nécessité de conformité des instruments financiers à la *charia*, y ajoutant la faible familiarité des opérateurs conventionnels avec ses instruments accentuent l'importance d'un contrôle interne efficace des banques islamiques.

---

[643] *Ibid.*

[644] IFSB, *op. cit.*, Norme 79, p. 20.

[645] K. TOUMI, *op. cit.*, p. 48.

[646] K. TOUMI, *op. cit.*, p. 48.

747. Comme en cas de finance conventionnelle, le contrôle interne dans la finance islamique vise principalement à :

- assurer une gestion parfaite et efficace de toutes ses ressources, financières, économiques, humaine, etc.
- procurer l'information authentique au moment opportun afin de protéger les intérêts de ses clients et de ses actionnaires et garantir sa capacité concurrentielle face à ses compétitives conventionnelles.
- appliquer les lois, des règles, des normes, et des principes éthiques inhérents à l'activité.

748. Dans le cadre du contrôle des banques islamiques, on distingue trois « étapes» ; le contrôle financier, le contrôle opérationnel et la conformité à la *charia* :

- Le contrôle financier s'adresse à la fois aux banques islamiques et aux banques conventionnelles.
- Le contrôle opérationnel quant à lui ne s'adresse qu'aux banques islamiques dont le risque est plus élevé en raison de l'aspect participatif de ces banques aux projets qu'elles financent. La banque centrale aide donc les autres banques dans les études à mener sur la « validité » et la « faisabilité » des projets en demande de financement afin de réduire les risques d'erreur auxquels elles sont sans arrêt confrontées.
- La conformité à la *charia* souligne l'importance de l'existence d'un comité *charia*, ou *sharia board* en anglais. Le comité *charia* se compose de spécialistes en droit islamique qui se prononcent sur la conformité à la *charia* des produits financiers islamiques. De plus, ce comité exerce un rôle d'audit sur le fonctionnement du contrôleur interne en matière de *charia*.

749. Selon l'IFSB dans les principes directeurs sur la gouvernance d'entreprise à destination des institutions offrant exclusivement des services financiers islamiques à l'exclusion des institutions d'assurance islamique (*takaful*) et des fonds communs de placement islamiques, il existe différentes façons pour structure un comité *charia* pour

déterminer son mode de gouvernance[647]. Par exemple, chaque institution financière islamique (IFI) dans les Émirats arabes unis est dotée d'un comité *charia* interne qui statue sur la conformité des produits proposés par l'IFI. Alors que la Banque centrale de Malaisie a opté pour la création d'un comité *charia* central qui supervise les comités *charia* de chaque IFI malaise.

750. Ainsi, il existe deux types de contrôles chariatiques : (i) un contrôle interne, par un groupe de vérification interne à l'IFI et dont la mission se limite aux opérations quotidiennes ; et (ii) un contrôle externe, par un groupe de spécialistes qui ne sont pas des employés de l'IFI et qui ne perçoivent pas de salaire, mais une rémunération annuelle en contrepartie du service fourni, et ce contrôle est parfois complété par un contrôle central au niveau étatique[648].

751. Comme les banques conventionnelles, la banque centrale peut soutenir les banques islamiques en matière de formation et les aider à résoudre le problème de prêteur de dernier recours, probablement à travers la constitution d'un fonds commun, comme les réserves statutaires.

752. Une étude de KHAN et AHMED montre que le Comité de Bâle précise quelques conditions préalables pour un contrôle bancaire efficace, telles que l'existence de politiques économiques judicieuses, d'une infrastructure publique, d'une discipline de marché, de procédures pour un règlement efficace des problèmes, d'un environnement sain[649].

753. Pour assurer une surveillance efficace des banques, d'autres conditions doivent être remplies par les organes de régulation et de contrôle des banques : par exemple, un

---

[647] IFSB, *Guiding Principles on Corporate Governance for Institutions Offering Only Islamic Financial Services (excluding Islamic insurance – takaful- and islamic mutual funds),* Dec. 2006, p. 8, § 6. L'IFSB constate qu' « il n'existe pas un «modèle unique» de gouvernance d'entreprise qui puisse fonctionner dans tous les pays ; chaque pays, voire chaque organisation, devrait développer un modèle propre qui réponde à ses besoins et à ses objectifs particuliers ».

[648] F. ACHI & E. FORGET, «*La gouvernance des comités charia», Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, étude 14, mars-avril 2011, pp. 27-30.

[649] T. KHAN & H. Ahmed, « *La gestion des risques : analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance islamique», Banque islamique de développement*, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, p. 108.

environnement favorable à la concurrence loyale, un contrôle légal, un cadre juridique favorable et l'autre partie des conditions doit être remplie par les banques islamiques, y compris le développement d'un marché interbancaire avec des instruments conformes à la *charia*, le traitement de certains problèmes de la jurisprudence islamique, le développement de systèmes de contrôle interne et de gestion des risques, etc.[650]

754. Concernant la bonne surveillance des banques, les banques islamiques sont tenues de respecter les principes de divulgation et de transparence.

755. Il est proposé de constituer un conseil commun de conformité à la *charia*, qui réunit des experts économiques et juridiques. Ce conseil est chargé de garantir la fiablité et le développement des banques islamiques à travers une gestion efficace des risques et un contrôle prudentiel de ces banques.

756. Pour bien remplir sa mission, ce conseil doit être conscient des particularités du système financier islamique, ses forces, ses faiblesses, ses avantages, ses inconvénients et les futurs défis. Il doit être doté d'une grande expertise des normes de règlementation et de contrôle établies par le Comité de Bâle, l'IFSB, etc.

[650] *Ibid.*, p. 115.

CONCLUSION DU TITRE II

757. En considération de l'interdiction de s'enrichir injustement, la finance islamique partage avec la finance conventionnelle les exigences de justice et d'équité.

758. Constatons que la finance islamique s'inspire de sa valorisation de l'argent. Celle-ci ne reconnaît aucune valeur intrinsèque à l'argent sauf s'il est associé à un travail productif. Ainsi, la banque islamique se rémunère à travers son intervention dans des activités économiques et industrielles, que ce soit sous forme de partenariat ou d'investissement. Ces considérations expliquent l'impératif de la tangibilité de l'actif sous-jacent, un des principes majeurs de la finance islamique.

759. A contrario, la banque conventionnelle se trouve principalement rémunérée par l'écoulement du temps en imposant un intérêt sur son client, sans considération au résultat du projet financé. Mais, sans être une exigence, la banque conventionnelle peut également financer des investissements immobiliers et d'infrastructure. Ce qui souligne la fragilité de l'application du principe islamique de la tangibilité de l'actif en cas de finance conventionnelle.

760. A ces fins, la finance islamique ne se contente pas d'exiger que la transaction soit adossée à un actif tangible, elle aussi adopte le principe d'interdiction de *gharar*, consistant en incertitude, aléa hasardeux, ignorance, spéculation ou risque excessif, sous peine de nullité du contrat. Alors que le droit français applique une approche plus limitative notamment au niveau des contrats aléatoires, ce qui ne rend pas invalides les contrats futurs ou les produits dérivés comme en cas de finance islamique.

761. Toutefois, l'interdiction de *gharar* ne contredit pas la nécessité de prise des risques lors d'une transaction dans l'objectif de légitimer le profit reçu, ce qui consiste en une sorte de risques obligatoires, considérés comme indissociables de l'activité bancaire. Et évidemment, l'esprit de la finance conventionnelle est proche de ces concepts.

762. En revanche, la diversification du portefeuille et du fonctionnement de chaque

banque met en lumière que même si certains risques sont communs aux banques conventionnelle et islamique, une certaine particularité qualifie les risques de la finance islamique, notamment le risque commercial déplacé, l'enchevêtrement du risque de crédit et du risque de marché, le risque de non-conformité à la *charia.*

763. Au demeurant, des réformes législatives et réglementaires demeurent souhaitables pour garantir une gestion efficace et une bonne surveillance des activités bancaires et du marché dans son ensemble.

CONCLUSION DE PREMIERE PARTIE

764. De prime abord, nous constatons que certains montages de financement islamique trouvent leurs correspondants en finance conventionnelle. Même si un courant de pensées estime que cette dernière favorise l'endettement, celle-ci met évidemment en place des mécanismes de financement participatif ou de financement de projets et d'infrastructures. Ce qui souligne un rapprochement avec la finance islamique, comme par exemple dans le cadre de *moudaraba*, *moucharaka*, *ijara, istisna*, etc.

765. Nonobstant, ce rapprochement nous semble parfois nuancé. Ce qui est justifié, en premier lieu, par les divergences de nature et de fonctionnement de la banque d'un système à un autre. La finance islamique fait jouer la banque un rôle qui ne lui est pas souvent reconnu dans le contexte classique de la banque conventionnelle ; il ne s'agit pas alors d'une simple relation entre emprunteur-prêteur mais d'une relation plus complexe impliquant éventuellement un double transfert de propriété lors d'une même transaction (comme en cas de *mourabaha*), ou d'une relation locataire-bailleur (*ijara*), ou entre investisseurs (*moudaraba* et *mourabaha*).

766. En deuxième lieu, comme nous l'avons souligné, le financement islamique fait preuve de l'ampleur des principes de la tangibilité de l'actif sous-jacent et de l'interdiction de toute forme d'incertitude excessive. Or, ces principes se voient fragiles dans la finance conventionnelle par recours à l'utilisation des modes spéculatifs et abstraits.

767. En troisième lieu, sans dénier que certains risques sont communs entre ces systèmes de financement, la finance islamique emporte des risques qui lui sont uniques, tels que l'enchevêtrement de risques de crédit et de marché. L'importance de ces risques peut freiner le développement de la finance islamique.

768. Ces diversifications ne contredisent pas l'existence de certaines concordances, même si elles sont simples, tant au niveau des modes contractuels de financement qu'au niveau des techniques financières dans chaque système.

DEUXIEME PARTIE

DIVERGENCES DANS LE PROCESSUS CONTRACTUEL DU FINANCEMENT

769. Le processus contractuel du financement s'inscrit conformément aux principes de chaque système : plus précisément, un droit canonique islamique en finance islamique et un droit positif laïc en finance conventionnelle.

770. En vertu du droit islamique, la banque n'est pas autorisée à recevoir des intérêts sur les fonds mis à la disposition de son client. A des fins de substitution au crédit à intérêt, la finance islamique a développé le concept de participation active de la banque à travers deux montages principaux, la *moucharaka* et la *moudaraba* et il en résulte en une rémunération bancaire variable selon l'issue de l'investissement. Dans le même sens, la finance islamique a mis en place des montages de financement d'ordre commercial où la banque tire son profit selon une marge fixe et connue à l'avance.

771. Or, en droit français, rien n'interdit à la banque de fixer librement un taux d'intérêt dans un contrat de financement, sous réserve du respect des dispositions d'usure. Ainsi, la banque se trouve rémunérée en fonction de l'écoulement du temps et du montant du crédit, sans s'engager dans une approche participative ou active d'investissement. Toutefois, même si cela ne constitue pas la pratique courante, la banque peut accorder un prêt participatif ou intervenir dans des activités de financement de projet et d'infrastructures.

772. Par conséquent, l'intermédiation financière peut se transformer d'une relation classique emprunteur-prêteur en une nouvelle forme de relation entre associés ou entrepreneur-acheteur et investisseur-revendeur/locataire. Ce qui met en relief que le régime d'exécution du contrat sera bien distinct dans chaque relation, et donc des droits spécifiques coexistent avec différentes obligations. La qualification juridique de chaque relation impactera également sur la défaillance et la responsabilité des contractants.

773. Toutefois, ces divergences entre les deux systèmes ne sont pas assez simples, elles sont nuancées à un certain niveau et compliquées à un autre.

774. Il est ainsi important de traiter ces divergences quant aux mécanismes de la concrétisation du profit (Titre I) d'une part et à la mise en œuvre du contrat de financement (Titre II) d'autre part.

TITRE I

CONCRETISATION DU PROFIT

775. Dans la finance islamique, la rationalité de l'« *homo islamicus* » se conçoit lorsque la poursuite de son intérêt propre respecte les contraintes liées à l'intérêt social[651]. En revanche, la finance conventionnelle est principalement fondée sur la rationalité économique et la satisfaction maximum des besoins personnels, s'agissant de l'« *homo œconomicus* ».

776. Qualifiée de finance alternative, socialement responsable et participative[652], la finance islamique tente de privilégier des principes d'éthique morale et financière, sans toutefois oublier son objectif de réaliser des profits.

777. Les techniques de concrétisation du profit bancaire témoignent parfois de son originalité. D'une part, à la différence de la finance conventionnelle, elle condamne toute forme d'intérêt. D'autre part, elle peut utiliser alternativement des instruments financiers participatifs des profits et des pertes (risques)[653].

778. La finance conventionnelle, quant à elle, se méfie beaucoup de toute sorte de risques et ainsi cherche à garantir sa rentabilité au maximum. Dans ce contexte, sa rémunération se concrétise plutôt selon un taux d'intérêt connu à l'avance. Elle ne consacre pas le principe de partage des profits comme son homologue islamique.

779. Dans cette mesure, on remarque que la finance conventionnelle et la finance islamique sont divergentes quant à la concrétisation du profit déterminé sous forme d'un taux de rémunération (Chapitre I) ou d'un ratio de partage des profits (Chapitre II)[654].

---

[651] H. MARTIN-SISTERON, « *Financements éthiques* », *Revue Lamy droit du financement,* 2013, para. 5393.

[652] G. SAINT-MARC, « *Paris, le nouveau centre de la Finance islamique en Europe* », Conférence à l'Université de Lyon, 20 nov. 2009, p. 2.

[653] E. ANAS, « *Le principe de partage des profits ou des pertes dans le cadre des banques islamiques : illustration modélisée des contrats de financement participatifs moudaraba et moucharaka* », *Global Journal of Management and Business Research*, vol. 11, nov. 2011, p. 1.

[654] Dans notre étude, pour définir les bases de la rémunération de la banque conventionnelle, nous utilisons le terme « taux» de la rémunération, s'exprimant en pourcentage, pour référer au taux d'intérêt déterminé en fonction de la notion du temps. Quant au « ratio » de partage des profits pour référer à une part de profit inconnue à l'avance et variable en proportion selon le résultat de l'investissement dans le cadre de la finance islamique.

CHAPITRE I

DETERMINATION DU TAUX DE LA REMUNERATION

780. La finance islamique ainsi que son homologue conventionnel partagent la même finalité lucrative de toute opération de financement mais en adoptant des fondements différents.

781. En effet, la finance islamique privilégie le travail et le considère comme la source de production qui permet de légitimer une rémunération[655]. Cette considération va en parallèle avec les objectifs islamiques de rentabilité et d'efficacité[656], sous réserve du respect des impératifs éthiques et des exigences économiques et d'intérêt général[657]. En conséquence, la notion du temps sans travail et productivité n'a aucune valeur monétaire.

782. Dans le contexte abstrait de la finance conventionnelle, la rémunération de la banque dépend de la maturité et du montant de la dette. Ainsi, celle-ci se préoccupe des capacités de son emprunteur à respecter ses engagements contractuels et à rembourser le capital de la dette, y compris les intérêts, à l'échéance. Ce qui met en exergue la valeur temporelle de l'argent.

783. Dans cette mesure, le système financier islamique, comme celui conventionnel, s'occupe en premier lieu de la recherche de rentabilité en adoptant des montages spécifiques (Section I). Néanmoins, la banque ne dispose pas d'une liberté absolue quant au choix de ces montages étant donné que la pratique d'application d'un taux d'intérêt est encadrée (Section II).

---

[655] C.-B. GENEVIEVE, *La finance islamique,* 2e éd., Revue banque édition, coll. *Marchés finances,* Paris, 2012, p.30.

[656] I. ABADA, *Les indices de succès des banques islamiques : étude comparée*, Thèse, Université de Yarmouk, Jordanie, 2008. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « *Les principes de la finance islamique : présentation et illustration* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, étude 13, mars-avril 2011, pp. 24-26.

[657] M. RUIMY, *La finance islamique,* Arnaud Franel éditions, coll. *Finance d'aujourd'hui*, Paris, 2008, p. 8.

SECTION I

MONTAGES DE RECHERCHE DE RENTABILITE

784. La structure de capital d'une banque conventionnelle diffère de celle d'une banque islamique, ce qui affecte évidemment les fondements de rentabilité dans chaque système.

785. Dans le contexte conventionnel, l'origine d'une bonne rentabilité des capitaux propres provient de la rentabilité de l'actif économique et/ou de la pure construction financière qu'est l'effet de levier, alors que dans celui islamique, c'est la rentabilité des actifs qui traduit en grande partie la rentabilité des capitaux propres[658].

786. L'absence d'effet de levier financier en finance islamique résulte en effet de la connexion entre le coût de la ressource et le rendement escompté puisque la rémunération de la banque est directement liée à la rentabilité du projet financé, ainsi que de l'existence des comptes d'investissement participatifs[659] à la différence de la banque conventionnelle[660].

787. Par ailleurs, les formes de l'intermédiation bancaire y impactent, étant donné que la banque conventionnelle s'appuie essentiellement sur l'endettement alors que l'islamique repose sur l'issue de l'investissement ou sur la performance des actifs sous-jacents.

788. L'esprit entrepreneurial prime dans la finance islamique permettant ainsi à la banque de s'engager activement dans des activités économiques et des projets d'investissement (§ I) ; alors que dans le cadre de la finance conventionnelle, la banque favorise presque une approche passive consistant en le financement par crédit à intérêt (§ II).

---

[658] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques,* Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 130. Quant à La rentabilité des capitaux propres des banques islamiques dans un cycle de taux, consultez A. HASSOUNE, « *La solvabilité des banques islamiques : forces et faiblesses* », *Revue d'économie financière,* vol. 72, n° 3, 2003, pp. 277-297.

[659] Par souci de clarification, les comptes d'investissement participatif en financement islamique jouent le même rôle que les capitaux propres de la banque, alors que les comptes courants ne sont que des comptes de dépôt sans transformation mais impliquent du coût des ressources, ce qui rend la rentabilité bancaire moins importante.

[660] B. FEVRY, «*Interaction de la finance islamique et de la finance conventionnelle : capacité à répondre aux crises financières*», in *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, sous dir. C. SAINT-PROT & T. RAMBAUD, Karthala, coll. *Etudes géopolitiques 11*, 2012, pp. 56-57.

§ I : Esprit entrepreneurial de la banque islamique

789. Le droit islamique est essentiellement compatible avec l'esprit d'entreprise, il valorise le travail et encourage le commerce licite.

790. La prospérité de l'individu ne doit pas résulter d'un enrichissement sans cause, mais elle doit résulter d'un effort productif ou d'une activité génératrice de valeur ajoutée[661].

791. Dans cette optique, la finance islamique récuse le commerce de l'argent[662]. S'agissant purement d'un moyen d'échange et de commerce ou de financement d'économie[663], l'argent n'a aucune valeur intrinsèque en soi.

792. Par comparaison à une opération de crédit classique, le taux d'intérêt fixé à l'avance traduit la valeur temporelle de l'argent. Toutefois, même si le contrat stipule que la charge d'intérêt sera déterminée par référence à un certain taux, connu ultérieurement à la date de remboursement, cet intérêt variable, stipulé ex-post, est censé être illicite en droit islamique, donc le report de sa fixation *in fine* ne le rendant pas pour autant licite, en raison de l'absence d'équivalence entre l'intérêt perçu par le prêteur et le coût d'opportunité supporté à cause du prêt consenti.

793. De plus, l'intérêt est critiqué au regard de la *charia* parce qu'il n'est pas associé à un travail ou une exploitation économique, considéré comme un rendement certain, garanti et bien déterminé.

794. Toutefois, certains ont critiqué le système bancaire islamique en prévoyant qu'il permet un rendement sans subir de risques tout en déniant la valeur temporelle de l'argent[664]. Mais cet argument n'est pas exact parce que selon la théorie économique moderne et d'analyse, la finance islamique se base sur l'adossement des transactions à des actifs sous-

---

[661] H. BENZHA, « *Le financement de la PME en finance islamique* », *Ribh - le journal de la finance islamique*, 17 mars 2008, p. 1. I. KARICH, *Le système financier islamique : de la religion à la banque*, Larcier, *coll. Financiële cahiers financiers*, Bruxelles, 2002, p. 30.

[662] Sourate La Vache (*Al-Baqara*), verset 275 : « *... cela parce qu'ils disent : le commerce est tout à fait comme l'intérêt. Alors que Dieu a rendu licite le commerce et illicite l'intérêt ...* ». R. SAADALLAH, « *Finance islamique et développement* », *Les cahiers de la finance islamique*, n° 3, Ecole de Management Strasbourg, 2011, p. 4.

[663] K. BEN JEDIDIA DAOUD, « *L'intermédiation financière participative des banques* », *Les cahiers de la finance islamique*, n° 3, Ecole de Management Strasbourg, 2011, p. 15.

[664] A. M. KHAN, « *Accounting Issues and concepts in Islamic Banking », in « Development of an Accounting System for Islamic Banks* », London: Institute for Islamic Banking and Insurance, 1994, p. 13.

jacents et non pas sur les techniques d'endettement comme en cas de finance conventionnelle[665].

795. Autrement dit, comme nous l'avons souligné ci-dessus, la finance islamique utilise des mécanismes juridiques de substitution pour se rémunérer[666]. Ces mécanismes consistent en des opérations de partenariat, de vente à crédit ou de location, tous sont liés à des activités économiques réelles, ce qui démontre une parfaite synchronisation de la sphère réelle et de la sphère monétaire de l'économie[667].

796. En cas de financement participatif, l'accent serait mis sur la rentabilité et le taux de rendement de l'investissement concerné, d'où l'importance du choix des investissements les plus productifs pour accroître l'efficacité du processus de financement et la renforcer dans les secteurs réels, alors qu'en cas de financement commercial, l'argent n'est pas donnée d'emblée, mais le profit dépend de la performance des actifs[668].

797. Ce qui veut dire que le bénéfice issu de l'investissement participatif est seulement probable et ne peut être déterminé qu'après la fin des travaux du projet[669]. Dans les modes d'ordre commercial, la marge bénéficiaire peut correspondre au profit escompté par la banque, ainsi explicitement connu et accepté par les deux parties[670].

798. En général, l'écoulement du temps influe sur les déterminants du prix, mais ne donne pas droit à une rémunération séparée et le capital doit être mis en situation de risque[671].

799. Le taux de rendement doit dépendre de certains facteurs, notamment les moyens de

---

[665] M. KHAN, « *The challenges for Islamic banking* », in « *Anthology of Islamic banking* », London: Institute of Islamic Banking and Insurance, 2000, p. 628.

[666] S. JAHEL, « *Droit des affaires et religions* », *Revue internationale de droit comparé,* vol. 53, n° 4, oct.-déc. 2001, pp. 879-910.

[667] R. SAADALLAH, « *Le financement islamique : concept et principes généraux* », Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, p. 20.

[668] M. AL-JARHI, «*Islamic banking, finance and insurance: philosophical underpinnings* », in *Islamic banking and finance: fundamentals and contemporary issues,* dir. S. ALI & A. AHMAD, Islamic development bank, Jeddah-Saudi Arabia, 2007, p. 16.

[669] M. BADAWY, « *Développement des modes de financement bancaire dans les banques islamiques* », *Revue du musulman contemporain*, n° 21, jan.-mars 1980, pp. 91-118.

[670] I. CEKICI, «*Développement de la finance islamique en France : les premiers pas de l'administration fiscale», Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 35, févr. 2009, p.79.

[671] M. RUIMY, *La finance islamique,* Arnaud Franel éditions, coll. *Finance d'aujourd'hui*, Paris, 2008, p. 13.

financement, le risque lié à l'investissement, l'érosion du pouvoir d'achat liée à l'inflation[672].

§ II : Financement conventionnel par crédit à intérêt

800. La banque conventionnelle favorise d'ores et déjà les opérations de crédit à intérêt plus que les autres moyens de financement de nature participative ou commerciale. Dans ce cadre, elle se soucie principalement du remboursement du principal et de l'intérêt (*riba*) de la dette, sans un intéressement aux circonstances[673] ou aux résultats du projet, positifs ou négatifs.

801. Le droit français reconnaît expressément le droit du prêteur à recevoir une rémunération en contrepartie du service rendu dans le cadre d'une opération de crédit qualifiée, selon l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, d'un contrat à titre onéreux[674].

802. D'une part, cette qualification met en exergue la différence de principe entre un contrat de crédit et un contrat de prêt, tant que le dernier est de nature gratuite[675], et d'autre part elle ne déroge pas à la règle posée pour un simple prêt d'argent comme visé par l'article 1905[676] du Code civil consacrant la légalité de la stipulation d'intérêt.

803. Outre les commissions, la rémunération du prêteur prend la forme d'intérêt. Les contractants sont libres quant au choix du type de taux d'intérêt applicable (I) tout en étant soumis à l'obligation de mention écrite du taux (II).

I. Choix du type de taux d'intérêt

804. En droit français, le taux d'intérêt représente la rémunération de la privation de

---

[672] I. KARICH, *Le système financier islamique : de la religion à la banque*, Larcier, coll. *Financiële cahiers financiers*, Bruxelles, 2002, p. 43.

[673] W. M. KHAN, « *Towards an interest-free Islamic economic system – a theoretical analysis of prohibiting debt financing* », *Islamic economic series,* vol. 11, United Kingdom, 1985, p. 26.

[674] C. mon. fin., art. L. 313-1 : « *Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie* ».

[675] C. civ., art. 1876 : « *Ce prêt est essentiellement gratuit* ».

[676] C. civ., art. 1905 : « *Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent …* ».

jouissance du capital pendant la période du prêt[677].

805. L'article 1905 du Code civil prévoit que les parties peuvent librement fixer un taux d'intérêt conventionnel dans le contrat de prêt[678].

806. Ce taux sera calculé en pourcentage selon la durée et le montant du prêt, en considération des risques encourus et des sûretés reçues par le prêteur. La valeur du taux peut être fixe ou variable. S'y ajoute une référence spécifique au taux effectif global.

A. Taux fixe

807. Lorsque le taux est fixe, il demeure inchangé dès la signature du contrat pour toute la durée du contrat, sauf en cas de remboursement anticipé ou de renégociation du crédit. Il est préféré pour un prêt d'une longue durée, de plus de 15 ans, afin que l'emprunteur puisse gérer effectivement son budget sur toute la durée du contrat. Cette modalité, considérée comme un moteur de sécurité, sert à définir et stabiliser dès le départ les mensualités et le coût total du crédit.

808. Il existe trois options de remboursement :

- Remboursement à échéances progressives : il est possible de payer une mensualité légère durant les premiers mois du prêt et le montant dû augmentera au fil des ans.
- Remboursement à échéances constantes : les mensualités sont stables jusqu'à la fin du contrat.
- Remboursement à échéances modulables : les modalités de remboursement du crédit immobilier sont adaptées à la situation financière de l'emprunteur.

809. Malgré la sécurité relative que cette catégorie de taux offre à l'emprunteur, ce dernier ne bénéficie pas d'une baisse du taux de crédit si la tendance du marché est à la baisse.

B. Taux variable

810. Il est également possible de souscrire un crédit à un taux d'intérêt variable pour permettre sa révision régulièrement chaque année sur la base d'un indice de référence,

---

[677] P. SIMLER & F. TERRE, *Le crédit et ses garanties,* 1ère éd., LexisNexis, coll. *Juris-compact,* 2004, p. 574.

[678] Article 1905 du Code civil : « *Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt d'argent, soit d'argent, soit de denrées, ou autres choses mobilières* ».

comme l'EURIBOR[679].

811. Cependant, un taux variable constitue une sorte d'incertitudes dans le futur pour le budget de l'emprunteur puisque ce dernier ne connaît à l'avance le changement éventuellement subi sur le coût du prêt ou le montant des mensualités jusqu'à l'échéance. Une hausse des taux peut faire allonger la durée du crédit et augmenter le montant des mensualités augmente.

812. Dans le but de plafonner une éventuelle hausse du taux d'intérêt résultant en une forte perturbation du budget de l'emprunteur, il est plus rationnel d'opter pour un crédit à taux variable capé[680]. Les contractants peuvent aussi s'accorder sur le *swap* de taux d'intérêts pour passer d'un taux à un autre, sans modifier le contrat initial[681].

C. Taux effectif global (TEG)

813. Désormais, la pratique bancaire a ajouté à ce taux nominal proprement dit un certain nombre de frais et commissions qui viennent compléter la rémunération du prêteur. S'agissant du TEG, qui représente le véritable coût total du crédit et qui doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt.

814. Cette notion était introduite afin de pouvoir comparer valablement la véritable rémunération du prêteur au taux de l'usure. De plus, le législateur a créé en matière de crédit à la consommation le taux annuel effectif global[682].

815. Le TEG comprend non seulement le taux d'intérêt mais également les frais, commissions, ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, afférents à l'opération de crédit : comme les frais de dossier, frais de timbre et d'enregistrement, frais et honoraires relatifs à la rédaction des actes notariés, frais de constitution de garantie (sous réserve des

[679] Euribor est défini comme le taux du marché monétaire européen, égal à la moyenne arithmétique des taux offerts sur le marché bancaire européen pour une échéance déterminée (entre 1 semaine et 12 mois). Il est publié par la Banque centrale européenne à partir de cotations fournies quotidiennement par 64 banques européennes. http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition_euribor.html (dernière consultation le 19 août 2013).

[680] Un taux variable est capé lorsque la variation maximum du taux est connue au moment de la conclusion du contrat.

[681] Centre de Recherche sur le Droit des Affaires, *Le contrat de financement : étude comparative et prospective du crédit bancaire*, sous dir. L. AYNES, Lexis Nexis, coll. *Le Droit des Affaires,* Paris, 2006, p. 45.

[682] C. consom., art. R. 313-1.

dispositions de l'article L. 313-1, alinéa 2 du Code de la consommation)[683].

816. Sont généralement exclus du TEG les frais et débours qui ne sont pas obligatoires pour l'obtention d'un crédit comme les clauses pénales, les primes d'assurance de l'immeuble financé, les indemnités de résiliation ou de remboursement anticipé, les commissions et tous les frais dont l'objet est de rémunérer des services distincts du crédit[684].

817. Aux termes de l'article L.313-2 du Code de la consommation, sous réserve d'une peine d'amende, l'impératif de la mention du TEG s'applique sur tout écrit constatant un contrat de prêt.

818. Les dispositions ayant trait au TEG s'appliquent indistinctement aux professionnels et aux non-professionnels, à la différence de celles relatives à l'usure. Ce taux doit être calculé de façon à représenter le coût réel total du crédit, pour permettre à l'emprunteur de comparer entre plusieurs offres de prêt et choisir celle la plus satisfaisante et vérifier aussi si le taux proposé n'est pas usuraire selon l'article L.313-2 du Code de la consommation.

819. On remarque que la législation française sur le taux d'intérêt est abondante par rapport à celle islamique, quasi-inexistante comme nous le soulignons ci-dessous, en raison de la prohibition d'intérêt (*riba*). De plus, elle est règlementée et exige spécialement la mention écrite du taux d'intérêt (II).

II. Obligation de mention écrite du taux d'intérêt

820. Le droit français exige dans le contrat de prêt un certain formalisme protecteur de l'emprunteur. Ce formalisme consiste en une double exigence de stipulation par écrit, quant au taux d'intérêt et au taux effectif global (TEG).

821. D'une part, le deuxième alinéa de l'article 1907 du Code civil précise que le taux de l'intérêt conventionnel doit être fixé par écrit. Cette disposition est d'application générale et il ne peut y être dérogé même en matière d'intérêts afférents au solde débiteur d'un compte courant[685]. D'autre part, le Code de consommation reprend cette exigence quant au TEG en

[683] C. consom., art. L. 313-1. P. SIMLER & F. TERRE, *Le crédit et ses garanties,* 1ère éd., LexisNexis, coll. *Juris-compact,* 2004, p. 577.

[684] *Ibid*, p. 578.

[685] *Ibid.,* p. 575.

vertu de l'article L. 313-2[686].

822. L'absence de stipulation écrite du taux d'intérêt est sanctionnée tant au niveau civil que celui pénal.

823. Sur le plan civil, le juge n'est pas tenu de rechercher si l'absence d'écrit est de nature à induire l'emprunteur en erreur sur les conditions du prêt. Le non-respect des articles 1907 du Code civil et L. 313-2 du Code de la consommation est, à lui seul, sanctionné par la nullité relative de la stipulation d'intérêt convenu, avec substitution au taux conventionnel du taux légal ; mais le contrat du prêt demeure valable. Par conséquent, le juge ne peut pas statuer d'office sur cette nullité, elle doit être invoquée par l'emprunteur. L'action en nullité se prescrit par cinq (5) ans pour obtenir le remboursement des intérêts excédant le taux légal, indûment perçus.

824. Sur le plan pénal, selon l'article L. 313-2 du Code de la consommation, repris dans l'article L. 313-4 au Code monétaire et financier, le défaut de stipulation du TEG est sanctionné par une peine d'amende de 4500 euros.

825. Nous avons démontré que la finance dans le système bancaire islamique comme dans celui français est dominée par la recherche maximale du profit. Toutefois, dans un objectif majeur de ne pas exploiter abusivement l'emprunteur en état de besoin, chaque système limite la libre détermination du taux de la rémunération bancaire. Autrement dit, la rémunération ne doit pas toujours consister en la pratique d'un taux d'intérêt, ce qui met en exergue la nécessité d'encadrement de son application (Section II).

[686] C. consom., art. L. 313-2 : « *Le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section* ».

SECTION II

ENCADREMENT DE L'APPLICATION DU TAUX D'INTÉRET

826. La rationalité existe dans la finance islamique comme dans la finance conventionnelle. Mais, son interprétation et son domaine d'application sont bien distincts d'un système à un autre en considération d'autres préoccupations majeures.

827. Toutefois, dans les deux systèmes, la pratique du taux d'intérêt a fait l'objet de plusieurs polémiques. En droit islamique, la question principale est de savoir dans quelle mesure une telle pratique est encadrée, s'agissant d'un encadrement absolu, voire d'une prohibition ou s'agissant d'une autorisation de cette pratique mais sans violer un certain cadre juridique et éthique. Alors qu'en droit français, la question semble plus facile d'une manière apparente, puisque le législateur reconnaît l'aspect onéreux d'une opération de crédit, donc il est possible plutôt de parler de restrictions sur la libre imposition d'un taux d'intérêt sur l'emprunteur. Néanmoins, cette question est plus détaillée à la profondeur et suscite certaines controverses.

828. Dans cette perspective, on remarque qu'en pratique, le droit islamique prohibe le taux d'intérêt (§ I) alors que le droit français se contente de plafonner ce taux (**§** II).

§ I : Prohibition de l'intérêt en droit islamique

829. En effet, l'interdit en finance islamique est finalement cantonné par des principes de sagesse et de réalité, attribuant plus de liberté, pourvu que l'économie réelle ne soit pas perdue de vue par le monde de la finance[687].

830. A l'inverse du droit français, l'islam proscrit toute forme de paiement ou de perception d'intérêt. Ce qui désigne le *riba*, qualifié d'interdit pacificateur[688].

831. Cette interdiction peut s'expliquer en l'essence par le rôle assigné à la monnaie dans

[687] G. PARLEANI, « *Regards pragmatiques sur la finance islamique* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, dossier 12, mars 2012.

[688] *Ibid.*

le système économique islamique[689] et par la philosophie éthique musulmane où prime la rentabilité réelle.

832. Commençons par étudier les fondements de la prohibition du *riba* (I), puis examinons le contournement de cette prohibition (II).

I. Fondements de la prohibition du *riba*

833. Il importe d'abord de définir la notion de *riba* (A) pour ensuite analyser les sources scripturaires de sa prohibition (B).

A. Notion de *riba*

834. Le terme « *riba* » trouve son origine dans le verbe arabe « *raba* » qui signifie augmenter ou accroître une chose à partir d'elle-même[690]. Dans la terminologie du Coran, ce terme se réfère essentiellement à la pratique de prêter de l'argent en contrepartie d'un taux d'intérêt ou de rendement préfixé[691]. Toutefois, la portée de cette notion n'est pas perçue de façon unanime, elle ne se limite pas à une telle pratique et, de plus, la cause de prohibition du *riba* ne s'analyse pas uniquement en la fixation d'intérêt ou de rendement au préalable.

835. Schacht, un spécialiste de droit islamique, dans son Encyclopédie de l'Islam, définit le *riba* comme « … *proprement accroissement, comme terme technique usure et intérêt, de même que d'une façon générale, tout avantage pécuniaire illégitime sans équivalent de service rendu*»[692].

836. Pour le juriste Linant de Bellefonds, « *On hésite à traduire riba par le mot usure, associé dans nos esprits au seul contrat de prêt d'argent. En droit musulman, la notion de riba est tellement vaste qu'elle embrasse pratiquement tous les contrats synallagmatiques,*

---

[689] J. LASSERRE-CAPDEVILLE & S. HAZOUG, « *Le compte de dépôt et la finance islamique* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, étude 33, nov. 2011.

[690] M. F. OULD-BAH, *Les systèmes financiers islamiques : approche anthropologique et historique*, préf. A.W. OULD CHEIKH, éd. Karthala, Paris, 2011, p. 76.

[691] I. UI HAQ, « *Economic doctrines of Islam*: *a study in the doctrines of Islam and their implications for poverty, employment and economic growth* », *The International Institute of Islamic Thought*, USA, 1996, p. 117 et s.

[692] J. SCHACHT, *Encyclopédie de l'Islam,* éd. Leiden, Paris, 1936, p. 1227. Dans le même sens, J. SCHACHT, *Encyclopédie de l'Islam,* t. VIII, Maisonneuve et Larose, Paris, 1994, pp. 508-510. H.-L. VEDIE, « *Le religieux et la finance* », in *L'enjeu du dialogue des civilisations : actes du forum franco-saoudien pour le dialogue des civilisations (Riyad, 6-10 mars 2009),* sous dir. J.-P. MACHELON & C. SAINT-PROT, coll. *Etudes géopolitiques 10*, p. 128.

en fait, elle correspond au profit illicite »[693].

837. De plus, il est précisé que « *la signification du mot « riba » est difficile à appréhender, car comme tout terme juridique étranger, il n'a pas son homologue exact dans une autre langue et dans un autre système juridique* »[694].

838. En Islam, le mot *riba* est toujours lié à un péché « *péché du riba* »[695]. Il en existe deux principales catégories[696] :

- *Riba an-nasia* « usure d'argent » : il consiste en une majoration du prix du fait de la stipulation d'un terme ou rééchelonnement dans le paiement d'une dette. Cette forme résulte d'un prolongement dans la durée du prêt ou d'un retard de l'emprunteur dans le paiement malgré l'arrivée de l'échéance. Ce qui conduit fréquemment à un surendettement de l'emprunteur et peut causer son appauvrissement. Cette catégorie désigne aussi le crédit *ribawi* (*riba* bancaire), comme pratiqué par la banque conventionnelle lorsque celle-ci octroie un crédit et impose un taux d'intérêt annuel ou mensuel ou en cas de retard du paiement par l'emprunteur.
- *Riba al-fadl* « usure d'augmentation » : il correspond au surplus quantitatif et/ou qualitatif dans les transactions de vente des marchandises. Par exemple, les vendeurs augmentent la valeur des marchandises en faisant croire aux acheteurs que cette augmentation est proportionnelle à l'amélioration de la quantité de ces marchandises. Son interdiction repose sur le récit du Prophète, aux termes duquel « *Echangez de l'or pour de l'or, de l'argent pour de l'argent, du blé pour du blé, de l'orge pour de l'orge, des dattes pour des dattes, du sel pour du sel, mesure pour mesure, et de main à main (immédiatement) et tout surplus est riba* ».

839. Dans cette mesure, traitant les produits fongibles (produits qui peuvent être estimés et remplacés en fonction du poids, du volume ou en nombre), ce récit vise leur échange, leur

---

[693] Y. LINANT DE BELLEFONDS, « *L'autonomie de la volonté en droit musulman* », *Revue algérienne tunisienne de droit,* 1958, p. 93, ainsi noté par M.F. OULD-BAH, *Les systèmes financiers islamiques : approche anthropologique et historique*, préf. A.W. OULD CHEIKH, éd. Karthala, Paris, 2011, p. 92.

[694] E. SCHAEFFER, « *La prohibition de l'intérêt (riba) en droit coranique et le financement d'une économie moderne », Revue juridique et politique indépendante et coopération*, 1984, pp. 651-679.

[695]A. TOUSSI, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, l'Harmattan, coll. *Ethique économique*, Paris, 2010, p. 60-61.

[696] W. AL-ZUHAYLI, « *The juridical meaning of riba* », trad. I. ABDUL RAHIM & A. THOMAS, in *Interest in Islamic economics – understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, p. 26, pp. 33-34.

prêt ou leur vente, notamment en ce qui concerne les denrées alimentaires, comme le blé, le froment, l'orge, les dattes, le sel ou les métaux précieux, l'or et l'argent. A cette époque, les denrées alimentaires étaient des produits de première nécessité mais en quantité insuffisante pour les besoins de la population, ce qui les rendait plus précieux que partout ailleurs. Ainsi, le fait de faire une spéculation sur ces produits peut causer des inconvénients considérables pour les consommateurs.

840. L'étendue du *riba* ne se limite pas à ces six produits mentionnés dans le récit mais s'étend par analogie par le consensus des quatre écoles de jurisprudence islamique à d'autres éléments, qui sont variables selon leur compréhension particulière de la raison sous-jacente de l'interdiction de chaque produit[697]. La majorité de ces écoles admettent l'or et l'argent pour référer à la monnaie, comme moyen d'échange[698].

841. En effet, le fait générateur et la nature des biens échangés sont des critères pour permettre la qualification de *riba*. On ne peut pas donc généraliser à l'extrême ces restrictions à toute denrée.

842. Les six produits cités ci-dessus sont quantifiables et susceptibles de générer un intérêt. Si l'or et l'argent sont d'espèce différente, ils ont cependant la même nature fiduciaire, alors que les autres produits ont une nature alimentaire malgré leur différence d'espèce (blé, orge, sel, datte)[699].

843. Ainsi, lorsque les biens échangés se rattachent au même fait générateur, sont de même nature et de même espèce, une égalité quantitative et qualitative est exigée (or contre or, blé contre blé) ; cette règle peut trouver son application en cas de crédit bancaire et donc tout surplus injustifié est interdit, qu'il naisse au comptant ou à terme. Si les biens se rattachent au même fait générateur, sont de la même nature mais d'espèce différente (or contre argent, blé contre orge), leur échange peut se faire au comptant avec la possibilité de stipuler un différentiel de prix au regard des conditions de l'échange et ce différentiel est licite lorsque la valeur des biens est fixée par recours à un marché de référence[700]. Alors que

---

[697] E. H. KHALIL, « *An overview of the Sharia'a prohibition of riba* », in *Interest in Islamic economics - understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, p. 68.

[698] M. EL-GAMAL, *A Basic Guide to Contemporary Islamic Banking and Finance,* Editions ISNA Islamic Banking & Finance Series, June 2004, p. 3.

[699] I. CEKICI, « *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques* », *Revue Lamy Droit des Affaires*, oct. 2008, n° 31, p. 108.

[700] *Ibid.*

lorsque les choses négociées ne sont pas rattachées au même fait générateur, et ne sont ni de la même nature, ni de la même espèce (or contre blé, argent contre dattes), il est permis de les échanger (vendre) à terme avec un différentiel de prix, ce qui permet de justifier la licéité de la mise de fonds à disposition du client en stipulant une marge bénéficiaire tant que l'opération est adossée à un actif réel[701].

844. Pour conclure, afin d'éviter tout risque d'intérêt usuraire lors des transactions de ventes ou d'échanges, il faut que l'échange ou la vente des biens identiques ou quasi-identiques soit simultané et égal ; et lorsque les biens sont dissemblables, l'échange peut être à terme avec un différentiel de prix.

845. Dans cette optique, Thomas a défini certains points à titre liminaire pour déterminer les transactions financières libres de *riba*, lorsque [702]:

- un produit ou un service doit être délivré ;
- la partie qui va tirer un profit doit avoir subi un véritable risque commercial ou financier, autrement dit, il faut être de bonne foi lors de la transaction et accepter la perte ainsi que le bénéfice ;
- le contrat entre les parties, verbal ou écrit, doit être clairement défini ;
- les parties doivent faire face à un marché ouvert, avec accès juste aux informations, sans intention de nuire ou tromperie ou fraude ;
- le profit doit être le résultat des activités licites au regard de la *charia*.

B. Sources scripturaires

846. Les fondamentales sources scripturaires de l'Islam sont le Coran et la Sunna. Le Coran a interdit graduellement la pratique du prêt à intérêt (*riba*) et la Sunna permet de mieux saisir l'ampleur de sa gravité.

1. Textes Coraniques

847. Selon une approche progressive, le Coran condamne fermement l'intérêt et l'usure, dénommé le *riba*.

---

[701] *Ibid.*

[702] A. THOMAS, « *What is riba?* », in *Interest in Islamic economics - understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, p. 132.

848. Dans un premier temps, le Coran décrit l'intérêt comme une augmentation de l'argent qui n'a aucune valeur auprès de Dieu. En opposant le bénéfice tiré de l'aumône à la malédiction résultante de la pratique d'usure, le Coran établit une exhortation à donner l'aumône au lieu de l'usure « *Tout ce que vous donnerez à usure pour augmenter vos biens aux dépens des biens d'autrui ne les accroît pas auprès de Dieu, mais ce que vous donnez en aumône, tout en cherchant la bénédiction de Dieu, voilà ce qui multipliera vos biens*[703] ».

849. Dans un deuxième temps, pour avertir les juifs à cause de leur oppression, le Coran prévoit qu'ils seront condamnés parce qu'ils n'ont pas respecté l'interdiction de l'usure *: « parce qu'ils se sont écartés du chemin de Dieu, car ils prennent des intérêts usuraires qui leur étaient pourtant interdits et parce qu'ils mangent illégalement les biens des gens. A ceux d'entre eux qui sont mécréants Nous avons préparé un châtiment douloureux*»[704].

850. Ensuite, le Coran réfère à la pratique contemporaine de l'anatocisme (l'intérêt composé) et s'adresse plutôt aux musulmans : « *O vous les croyants ! Ne pratiquez pas l'usure en multipliant démesurément votre capital. Et craignez Allah afin que vous réussissiez !…* »[705].

851. Puis, définitivement, le Coran condamne expressément l'intérêt usuraire : « ... *ceux qui mangent [pratiquent] de l'intérêt usuraire ne se tiennent [au Jour du Jugement Dernier] que comme se tient celui que le toucher de Satan a bouleversé. Cela, parce qu'ils disent : « La vente est semblable à l'intérêt » alors que Dieu a rendu licite le commerce et illicite l'intérêt, celui qui renonce au profit de l'usure dès qu'une exhortation de son Seigneur lui parvient gardera ce qu'il a gagné. Son cas relève de Dieu. Mais ceux qui retournent à l'usure seront les hôtes du feu où ils demeurent immortels…* »[706].

852. D'ailleurs, le Coran ordonne l'anéantissement des « *profits usuraires » et la « fructification de l'aumône» : « ... Dieu anéantira les profits de l'intérêt usuraire et fait fructifier les aumônes. Et Dieu n'aime pas le mécréant pécheur…* »[707].

853. Cette prohibition est aussi soulignée aux termes de ces versets de même sourate,

[703] Sourate Les Romains (*Ar-Rûm*), verset 39.

[704] Sourate Les Femmes (*An-Nisa'*) verset 161.

[705] Sourate La Famille d'Imran (*Al-Imran*), verset 130.

[706] Sourate La Vache (*Al-Baqara*), verset 275.

[707] *Ibid.*, verset 276.

«*Ceux qui ont cru ont fait le bien, ont accompli la prière, et acquitté l'aumône ; ils auront certes leur récompense auprès de leur Seigneur. Ils n'éprouveront alors aucune crainte : ils ne seront pas affligés*»[708] ; « *…Ô les croyants ! craignez Dieu ; renoncez au reliquat de l'intérêt usuraire, si vous êtes croyants …* »[709] ; « *Si vous ne le faites pas, alors recevez l'annonce d'une guerre de la part d'Allah et son Messager. Et si vous repentez, vous aurez vos capitaux. Vous ne léserez personne et vous ne serez point lésés* »[710].

854. Ces textes coraniques se réfèrent aux pratiques communes de nos jours lorsque les prêteurs doublent, voire triplent la dette en cas de défaillance du débiteur.

855. Ces quatre sourates ont été révélées dans leur ordre chronologique, ce qui démontre le renforcement de la mise en garde et de l'interdiction[711].

856. Dans cette optique, une grande partie de la doctrine islamique affirme que ce n'est pas seulement l'usure qui est interdite, mais le moindre prêt à intérêt. Ainsi, toute transaction à base d'intérêt usuraire (*ex-ante*) est prohibée, impliquant tout gain à risque unilatéral, et exigeant l'intérêt sans participer aux risques ou sans être lié à un travail productif.

857. Nonobstant, sans faire l'objet d'une condition contractuelle explicite ou implicite, le débiteur peut payer volontairement un surplus au capital au créancier et de même il n'est pas interdit de rémunérer le capital.

2. Récits Prophétiques

858. Dans ce sens, le Prophète a précisé que « *Le Messager de Dieu a maudit celui qui consomme l'usure, celui qui le donne à consommer, celui qui libelle (la transaction) et les témoins. Ils sont tous pareils* »[712]. De plus, « *Eloignez-vous des sept fautes dévastatrices. Il énuméra parmi les sept la consommation du riba* »[713].

859. Lors de l'un de ses sermons, le Prophète a récité que « *Un dirham d'usure consommé*

[708] *Ibid.*, verset 277.

[709] *Ibid.*, verset 278.

[710] *Ibid.*, verset 279.

[711] A. TOUSSI, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique,* l'Harmattan, coll. *Ethique économique,* Paris, 2010, p. 67.

[712] Sahih Muslim, ainsi cité par M. HENDAZ, « *Retour aux sources de l'islam sur l'interdiction de l'usure et des intérêts (riba)* », ACERFI, Série : les fondements de la finance islamique, 2009.

[713] Sahih al-Bukhari ; Sahih Muslim, ainsi cité par *Ibid.*

par un homme est plus grave auprès de Dieu que trente-six fornications commises par un homme »[714]. Par ailleurs, « *Le riba possède soixante-treize portes, la moindre est comparable à ce qu'un homme commette l'adultère avec sa propre mère* »[715].

860. Selon la littérature de ces fondements, on remarque l'universalité du principe de la prohibition de *riba,* ce qui est certes en harmonie avec l'un des objectifs principaux de l'islam, à savoir l'égalité entre tous les hommes, quels que soient leur nationalité, sexe, foi ou la couleur de leur peau. Ainsi, aucune dérogation n'est acceptable, quels que soient la nature de l'opération (prêt ou autre mode de financement) ; la qualité des parties contractantes (une banque, fournisseur financier, gouvernement, individu); l'objectif du financement (une consommation ou un investissement); la base de la stipulation du taux d'intérêt (prolongement du délai de remboursement ou clause contractuelle); ou la forme de la rémunération (un montant payé à l'avance, ou en versements périodiques).

861. Toutefois, techniquement, l'ampleur de cette prohibition n'est pas unanime et une partie de la doctrine a eu tendance à contourner la prohibition du *riba* (II) pour répondre à des besoins économiques en premier lieu.

II. Contournement de la prohibition du *riba*

862. Le débat sur le *riba* est à double dimensions ; d'une part sur l'interprétation du concept de *riba* (A) et d'autre part sur l'universalité de sa prohibition (B).

A. Interprétation du concept de *riba*

863. Techniquement, la définition de *riba* est une question controversée, surtout depuis le développement bancaire moderne. Cette question est soulevée d'une part quant à la différence entre le *riba* et intérêt, et d'autre part à la distinction entre intérêt/*riba* et profit.

1. Intérêt et *riba*

864. Certains tendent à limiter le concept de *riba* au taux d'intérêt excessif, et d'autres adoptent une interprétation plus large pour étendre sa prohibition à tout intérêt ou gain interdit.

[714] Al-Bayhaqi, Shu'a al-iman, ainsi cité par *Ibid.*

[715] Al-Hakim, al-Mustadrak, ainsi cité par *ibid.*

865. Les tenants de l'approche libérale, considérant le *riba* est l'usure, affirment que l'objectif principal de prohibition de *riba* est d'éviter l'exploitation des pauvres au moyen de prêts à la consommation usuraires. Et dans cette optique, ils ont proposé de fixer un seuil au-delà duquel l'intérêt fixé sera qualifié de *riba* et ainsi interdit.

866. Cette réflexion a induit à l'autorisation de l'intérêt dans certains codes civils et commerciaux de la majorité des pays arabes, (à l'exception de Liban et du Royaume d'Arabie Saoudite), et à interdire seulement l'anatocisme étant proche du *riba*[716].

867. En revanche, le Code commercial du Royaume de l'Arabie Saoudite évite l'utilisation du mot «intérêt» et le remplacer par «profit» et «commission» pour toute transaction commerciale, y compris les prêts, et de plus, son droit bancaire interdit explicitement la banque centrale d'appliquer intérêt[717].

868. On distingue donc selon la nature du système bancaire de chaque pays, on remarque qu'il existe trois catégories : (i) les pays à secteur bancaire nationalisé comme Lybie et Syrie, (ii) les pays où les banques étrangères exercent leurs activités en même temps que les banques locales, sous un contrôle plus ou moins renforcé de l'Etat sur le système bancaire, comme Arabie Saoudite et Liban, (iii) et enfin les pays à secteur bancaire islamisé, où le système bancaire est complètement islamisé comme Iran, Pakistan et récemment Soudan et d'autres qui adoptent un système mixte, où les banques conventionnelles fonctionnent à coté des banques islamiques, comme la Malaisie, les pays du Golfe et l'Egypte[718].

869. Toutefois, cette approche n'est pas unanime, voire n'a pas précisément défini, quand est-ce que le taux d'intérêt devient excessif pour être qualifié de *riba*. D'ailleurs, même s'ils définissent un certain seuil, l'imposition d'un taux d'intérêt demeure en contradiction avec le principe d'équivalence des prestations contractuelles et peut ainsi nuire à l'équilibre du contrat.

870. Alors que les partisans de l'approche extensive, considérant que tout intérêt est

---

[716] F. NOMANI, « *The problem of interest and Islamic banking in a comparative perspective: the case of Egypt, Iran and Pakistan », Review of Middle East economics and finance*, vol. 1, issue 1, 2003, p. 39.

[717] *Ibid.*, p. 38-40.

[718] S. TAHIR, « *Islamic banking theory and practice: a survey and bibliography of the 1995-2005 literature* », *Journal of economic cooperation*, vol. 28, n° 1, 2007, p. 2. M. IQBAL, A. AHMAD & T. KHAN, *Défis au système bancaire islamique,* 2e éd., Banque islamique de développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 1998, p. 16.

considéré comme *riba*, se basent principalement sur les principes directeurs de la finance islamique, notamment la justice, l'équité, l'interdiction de l'enrichissement illicite et l'exploitation injuste, en soulignant que ces contraintes existent notamment en cas d'un contrat d'adhésion, comme le crédit à intérêt.

871. En effet, le Coran ne traite pas l'objet de *riba* dans l'isolement. S'agissant d'une question éthique et morale, mais non seulement, cette question a des enjeux économiques importants notamment au niveau de la distribution de richesses et du bien-être de la société.

872. En outre, cette partie de la doctrine considère que le crédit *ribawi* est censé être intrinsèquement interdit dans l'objectif d'éviter un dédommagement à un contractant à la suite de tout changement brusque des prix des matières premières quelle que soit la cause et, de même, de ne pas abuser ou exploiter l'incapacité d'un débiteur de s'acquitter de sa dette.

873. Il est opportun de considérer la prohibition de *riba* dans l'ensemble des préceptes et l'esprit de la *charia* en général et les principes de la finance islamique en particulier[719].

874. Essentiellement basé sur l'équité et l'équivalence des prestations contractuelles, le droit islamique considère que l'existence de l'intérêt dans un prêt est avérée lorsque d'une part, la rémunération de la banque est fixée lors de la conclusion du contrat en fonction de la durée du prêt et d'autre part lorsqu'elle consiste en un excédent monétaire au montant principal du prêt, sans intéressement au résultat du projet financé. Il est également interdit au prêteur de tirer un avantage de son prêt, sauf si cet avantage est librement accordé par l'emprunteur après remboursement du prêt sans en constituer une condition tacite ou explicite.

875. Dans un processus de production, quand un intérêt fixe doit être supporté par l'emprunteur, le prix des marchandises augmente et finalement ce sont les consommateurs qui subissent, même indirectement, cette surcharge. Donc, le producteur est surchargé et ne doit pas produire à un prix inférieur à ce taux fixe d'intérêt. Ce qui conduit à imposer une charge financière injuste pour l'économie.

---

[719] Pour une étude plus détaillée sur les raisons de prohibition du *riba* en droit islamique, consultez M. EL-GAMAL, « *An attempt to understand the economic wisdom (hikma) in the prohibition of riba* », in « *Interest in Islamic economics - understanding riba* », sous dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, p. 109-123. M. U. CHAPRA, « *Why has Islam prohibited interest? Rationale behind the prohibition of interest* », in *Interest in Islamic economics – understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, p. 95-110.

876. Cette prohibition témoigne du souci majeur qui est la protection des parties faibles au contrat de financement, les débiteurs, des pratiques abusives de leurs prêteurs. Ainsi, réaliser un gain au détriment des autres représente un acte frauduleux, une action répréhensible.

877. Le *riba* implique aussi augmentation de la monnaie, soit doublement ou triplement de la somme principale, les prêteurs peuvent préférer ne pas travailler, ce qui décourage le commerce et affaiblit la compétitivité économique réelle.

878. Considérant aussi que le taux d'intérêt représente le loyer de l'argent constitue une source de détournement de l'argent de ses principales fonctions, ce qui peut conduire à l'inflation.

2. Profit et intérêt/*riba*

879. Conformément aux principes du droit islamique, la finance islamique a développé certains montages de financement alternatifs au *riba*, classés en deux grandes catégories : ceux qui sont d'ordre participatif à revenu aléatoire et ceux qui sont d'ordre commercial à revenu fixe.

880. Dans la première catégorie, il s'agit des contrats de *moudaraba* ou de *moucharaka.* Ces contrats sont principalement basés sur le principe de partage des profits et (parfois) des pertes. Les profits résultant du projet financé sont en principe répartis entre la banque et son client selon un ratio prédéterminé en premier cas et au prorata des contributions respectives en deuxième cas. Ainsi, la rémunération bancaire se trouve indépendante du contrat et sera déterminée en fonction de l'issue de l'investissement.

881. En l'absence du partage des profits et des pertes, il s'agit des contrats fondés sur du commerce, comme les contrats de vente (*mourabaha*, *salam*, *istisna*) ou de location (*ijara*). La différence entre le prix de vente et le prix d'achat ou de location représente le profit.

882. On remarque bien que la prohibition du *riba*/intérêt n'est pas justifiée simplement par le fait que c'est fixe, puisque en finance islamique le revenu bancaire peut être fixe, comme en cas de loyer dans l'*ijara* ou de marge bénéficiaire dans *mourabaha.* Autrement dit, le fait que le profit est fixe ou connu à l'avance n'est pas l'unique raison de la prohibition du *riba*, mais la question se pose sur quelles bases ce revenu est fixé. Et dans cette optique, le profit de la banque islamique ne dépend pas exclusivement de la maturité de la dette ou de son montant, comme en cas d'intérêt conventionnel. Ce profit est déterminé

dans des transactions licites et conformes au regard de la *charia.*

883. Par ailleurs, le droit islamique considère que le profit et le risque sont indissociables. Ainsi, un profit sans risque consiste en un enrichissement injuste et proscrit en islam. Toutefois, les opérations d'endettement/de financement de la banque conventionnelle ne sont pas exemptes de risques. Nonobstant, il importe de noter que le financement conventionnel implique plusieurs risques mais de nature différente par comparaison au cas de financement islamique. En d'autres termes, l'intermédiation financière islamique fait subir la banque des risques importants issus d'un financement participatif ou liés à sa qualité, étant acheteur/revendeur, locataire, investisseur ou associée, ainsi qu'une incertitude afférente aux futurs revenus qui dépendent du marché. Alors que la banque conventionnelle, même si elle supporte certains risques, peut garantir le remboursement du capital et des intérêts.

884. En outre, à l'inverse du profit de la banque islamique, l'existence des risques supportés par la banque conventionnelle ne légitime pas l'imposition ou la perception d'intérêt. Le droit islamique exige également la licéité des secteurs d'investissement (exclusion des activités portant sur l'alcool, les armes, la pornographie, etc.) et la tangibilité des actifs sous-jacents, ce qui n'est pas le cas lors des opérations d'endettement conventionnelles[720]. Ce qui met en exergue que l'économie réelle est une des préoccupations majeures de la finance islamique.

885. Dans une opération de financement par *mourabaha* ou par *istisna*, la marge bénéficiaire de la banque désigne son « profit » ou son « revenu » qui n'est pas d'un point de vue islamique de l'intérêt parce que l'opération s'adosse à un bien réel et non sur un actif monétaire conformément aux règles qui régissent le fait générateur du *riba.*

886. Dans le cadre de l'instruction fiscale française sur les opérations de *mourabaha*[721],

---

[720] M. SIDDIQI, « *Riba, bank interest and the rationale of its prohibition* », 1st ed., *Islamic Development Bank*, Saudi Arabia, 2004, p. 45-48. Voir aussi *supra* nn° 328-345.

[721] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 «Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale (CET), régime applicable aux opérations de murabaha»*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S1/10 (NOR : ECE L 10 00001 J). http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes110.pdf (BOI-DJC-FIN-10-20120912). Selon cette instruction, le revenu correspond au « *coût du différé de paiement (...) égal à la différence entre le montant des flux financiers prévus au contrat relatifs au paiement de l'actif, à l'exception de ceux afférents à la commission éventuelle du financier, et le prix d'acquisition de cet actif par le financier* ». On renvoie le lecteur à la première partie de notre étude où on examine la définition et les caractéristiques des opérations de *mourabaha* en vertu de cette instruction fiscale.

d'*istisna*[722], ce revenu est assimilable à l'intérêt conventionnel. Dans ce sens, cette instruction précise que « *sur le plan économique, le revenu du Financier [banque]constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable, sur le plan fiscal, aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'un financement conventionnel* », « *Par conséquent, les règles fiscales doivent être appliquées, pour le Financier, en regardant le Revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le Client, comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent. Les autres éléments du prix (plus-value, Commission, etc.) demeurent quant à eux taxables selon les règles de droit commun applicables au Financier et au Client considérés* »[723].

B. Universalité de la prohibition du *riba*

887. Il existe également des divergences dans l'interprétation du Coran au sein même du monde musulman à cause de la diversité des modèles d'évolution sociale et éthique et des résistances ou adhésions qu'ils suscitent, bien éloignée d'une supposée cohérence ou intransigeance d'un islam aux caractères culturels immuables[724].

888. En mai 1965, le deuxième Congrès islamique de l'Académie de recherches islamiques s'est réuni en Egypte, à El-Azhar, et a décidé que quelle que soit le niveau et le type de crédit, et sans intéressement à la nécessité, les intérêts dans toutes les formes des opérations bancaires (compte courant, contrat à terme) sont illicites[725].

---

[722] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010* « *Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, régime applicable aux opérations d'istisna* », Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S4/10 (NOR: ECE L 10 00004 J). http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes410.pdf (BOI-DJC-FIN-40-20120912). Dans cette instruction, le revenu doit être expressément désigné comme la contrepartie du service financier rendu au client et qui résulte du différé de paiement consenti à ce dernier. On renvoie le lecteur à la première partie de notre étude où on examine la définition et les caractéristiques des opérations *d'istisna* en vertu de cette instruction fiscale.

[723] Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 "Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale (CET), régime applicable aux opérations de murabaha* », Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S1/10, p. 4. Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 "Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, régime applicable aux opérations d'istisna"*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S4/10, p. 5.

[724] D. DE COURCELLES, « *La finance islamique est-elle aujourd'hui une chance pour l'éthique ? », in La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 26.

[725] M. F. OULD-BAH, « *Fondement fiqhi de la finance islamique* », *Techniques financières et développement*, n° 90, ainsi cité par D. SAÏDANE, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, préf. A. DE BRESSON, 2e

889. En décembre1985, l'Académie du *Fiqh* Islamique de l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI), réunie à Djeddah, a considéré que tout surplus consenti en contrepartie du report d'un prêt est *riba*[726]. Il s'agit de condamner toute sorte de richesse accumulée qui ne résulte pas d'une activité économique reposant sur l'effort créateur d'un surplus de richesses légitimes[727].

890. En 1989, le premier *mufti* d'Egypte, le jurisconsulte officiel et suprême du pays, a émit une *fatwa* (avis juridique), selon laquelle les certificats de la Banque nationale d'Egypte (Banque Ahli) étaient licites au regard du droit musulman. Cette *fatwa* fut contestée par le Grand Imam de l'Université El-Azhar du Caire, du chef que les certificats en question produisaient un intérêt, ce qui n'est pas autorisé par le droit islamique. Le *mufti* expliqua sa position dans un ouvrage complet et dans plusieurs articles publiés dans la presse de grande diffusion : en premier lieu, les opérations de dépôt et de prêt sont assimilables à des commandites (*moudaraba*) parfaitement licites, lorsque l'acquéreur de ces certificats est le commanditaire et la banque est le commandité, gestionnaire des fonds ; et en deuxième lieu, puisque le droit islamique n'interdit pas la fixation à l'avance du profit tiré de cette transaction le taux d'intérêt consiste simplement en une méthode de calcul sans léser personne, relevant de l'accord mutuel des parties ; et enfin ces produits aidaient l'Etat dans la réalisation d'investissements bénéfiques à l'ensemble de la société[728].

891. Dans une autre *fatwa*, Youssef al-Qaradhaoui, un théologien islamique égyptien, a autorisé les musulmans résidant dans des pays non-musulmans et qui ne peuvent pas bénéficier de prêts sans intérêt, à avoir recours au prêt à intérêt dans l'unique but d'acheter un bien indispensable et de première nécessité[729].

892. Alors que l'Académie du *Fiqh* Islamique de l'OIC a décidé à l'unanimité que le logement constitue l'un des besoins principaux de l'être humain et qui doit être possédé par des moyens légitimes et de ressources financières licites mais le mécanisme utilisé par les banques immobilières et d'habitation de prêter à intérêt, pour un petit ou grand taux, est

---

éd., Revue Banque édition, coll. *les essentiels de la banque et de la finance,* Paris, 2011, p. 52-53.

[726] *Ibid.,* p, 52-53.

[727] *Ibid.*

[728] F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *Dunod*, Paris, 2009, p. 225-226.

[729] M. F. OULD-BAH, « *Fondement fiqhi de la finance islamique* », Techniques financières et développement, n° 90, ainsi cité par D. SAÏDANE, *op. cit.*, p. 54.

illicite par la *charia* puisqu'il implique de *riba*[730]. Il importe de noter que la distinction entre l'état de nécessité et l'état de besoin semble parfois nuancée en droit islamique.

893. Par souci de clarification, les jurisconsultes définissent l'état de nécessité comme désignant tout ce qui est vu comme l'essentiel sans lequel la personne ne peut pas vivre, alors que l'état de besoin suppose que l'on puisse vivre sans la prise en possession d'une telle chose, mais que la personne rencontre des difficultés ou un embarras en son absence[731]. A la différence de l'état de besoin, l'état de nécessité, étant rarement conçu, peut rendre licite l'interdit[732]. Comme par exemple les *fatwas* qui ont estimé que le prêt à intérêt, sous certaines conditions, peut être licite puisqu'il justifiait un état de nécessité, faisant ainsi une exception aux règles générales[733]. D'ailleurs, cette légitimation est temporaire et se termine dés la fin de cet état de nécessité. Les jurisconsultes ont également considéré que lorsque le besoin devient général ou public, il est censé être une nécessité particulière et une *fatwa* permet de déterminer un tel ou tel état[734].

894. En effet, le principe de nécessité doit satisfaire à 4 conditions cumulatives[735] :

- la nécessité doit être réelle et sérieuse et non seulement présumée ;
- le prêt doit être dans les limites de la nécessité ;

---

[730] S. AL-SAWI, « *Réexamens civilisés de Fatwa de légitimité des prêts ribawi pour financer l'achat de logements dans les sociétés occidentales* », Dar al-Andalosse al-Khadra, Djeddah, 2000, p. 6. S. AL-SAWI, « *A polite reconsideration of the fatwa permitting interest-based mortgages for buying homes* », trad. U. HASAN, 1st ed., June 2001, p. 6. Consultez ce lien http://unity1.files.wordpress.com/2009/06/analysis-of-fatwas-on-mortgages.pdf (dernière consultation le 25 août 2013).

[731] Sourate La Vache (*Al-Baqara),* verset 173 : « *Certes, Il vous est interdit la chair d'une bête morte, le sang, la viande de porc et ce sur quoi on a invoqué un autre qu'Allah. Il n'y a pas de péché sur celui qui est contraint sans toutefois abuser ni transgresser, car Allah est Pardonneur et Miséricordieux»*. Sourate Les Vestiaux (*Al-An'am*), et verset 119 de la même sourate : « *Qu'avez-vous à ne pas manger de ce sur quoi le nom d'Allah a été prononcé? Alors qu'Il vous a détaillé ce qu'Il vous a interdit, à moins que vous ne soyez contraints d'y recourir. Beaucoup de gens égarent, sans savoir, par leurs passions. C'est ton Seigneur qui connaît le mieux les transgresseurs*».

[732] Il existe deux règles en droit islamique : Les nécessités qui légitiment les interdits ; et les besoins qui sont en même valeur/statut que les nécessités. Ces règles sont admises à l'unanimité entre les jurisconsultes de toutes les écoles de jurisprudence islamique mais des divergences au niveau de leur champ d'application.

[733] Par exemple, une *fatwa* a prévu que la personne (ou plus généralement les personnes dans les pays non-musulmans) peut prendre un crédit auprès d'une banque conventionnelle qui impose de l'intérêt pour pouvoir acheter un logement, et sous certaines conditions, comme nous le soulignons, elle a considéré qu'il s'agit d'un état de nécessité concernant une communauté, alors que la personne ne peut pas recourir à un tel crédit pour acheter une voiture, supposant qu'il s'agit simplement d'un besoin personnel.

[734] Y. AL-QARADHAOUI, *Les règles gouvernant la fiqh des transactions,* 1ère éd., Dar Ashrouq, Le Caire, 2010, p. 119-131.

[735] *Ibid.*

- il ne doit exister aucun autre moyen légitime que le prêt à intérêt ;
- La personne doit rembourser le prêt des qu'elle est capable.

895. En 2002, Hasan Abbas Zaki, ancien ministre égyptien de l'Economie, président du Conseil d'Administration de la Société Arabe Internationale de Banque (SAIB), a adressé une question à Sayed Tantawi, Imam de la mosquée d'El-Azhar au Caire, une des nombreuses voix officielles de l'Islam. La question porte sur la légitimité d'un profit défini à l'avance considéré comme une contrepartie de l'investissement des épargnes des clients par cette société[736].

896. Dans sa fatwa, évoquée déjà en 1995, il a répondu que « *Lorsque la banque fixe à ses clients un niveau de profit, elle le fait sur la base d'études minutieuses des conditions du marché –tant national qu'international- et de la situation socio-économique du secteur et de ses niveaux moyens de profit. La fatwa précise que le niveau de profit peut varier à la hausse comme à la baisse. [..] Cette détermination préalable du niveau de profit est bénéfique pour le client et pour la banque. Le client connaît son droit et peut organiser sa vie en conséquence. Le banquier, lui, doit fournir des efforts pour réaliser un profit suffisant pour rémunérer le client et réaliser un profit pour sa propre entreprise. […] Pour conclure, la détermination préalable du profit de ceux qui investissent à travers des banques est licite et il n'existe aucune équivoque dans ce type d'opération*»[737].

897. Pour synthétiser, selon l'Imam Tantawi, le fait de préfixer le profit pour les déposants dont les fonds sont investis par la banque ou par une autre institution financière à travers des agences d'investissement est autorisée sans aucune suspicion. Il ajoute que ce type de transaction est évalué en fonction de son intérêt, et ne fait pas partie des domaines de la foi et des actes de culte, qui ne peuvent faire l'objet d'aucun changement[738].

898. Comme le souligne M. El-Gamal[739], cette *fatwa* n'a pas dit catégoriquement que tous

---

[736] M. F. OULD-BAH, *L'argent de Dieu : contribution à une anthropologie musulmane économique des systèmes financiers musulmans,* Thèse, Université Paul Verlaine de Metz, 2007, ainsi cité par D. SAÏDANE, *op. cit.,* p. 55.

[737] M. EL-GAMAL, « *Interest and the paradox of contemporary Islamic law and finance* », *Fordham International Law Journal*, vol. 27, n° 108, 2003. E. H. KHALIL & A. THOMAS, «*The modern debate over riba in Egypt* », in *Interest in Islamic economics – understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, p. 87-88.

[738] M. EL-GAMAL, «*The recent Azhar fatwa: its logic, and historical background*», Rice University, 2003. Consultez le site http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/azharfatwa.pdf (dernière consultation le 25 août 2013).

[739] Mahmoud EL-GAMAL est professeur d'économie et de statistique, et président du département de l'économie

les intérêts de la banque sont autorisés et estime que l'Imam Tantawi a précisé que les intérêts sur les dépôts bancaires et sur les prêts bancaires sont considérés comme *riba* et ainsi interdits[740].

899. M. El-Gamal conteste aussi les *fatwas* de l'Imam Tantawi (1989) et de Sheikh Wasil (1997) qui autorisent l'intérêt de la banque conventionnelle considéré comme une part dans les profits résultant des investissements productifs et non pas un *riba* prohibé[741]. Il précise que non seulement cet argument repose sur une compréhension partielle de la prohibition de *riba* basée essentiellement sur l'exploitation, mais il est également déficient en ignorant le fait que la plupart du *riba* utilisé dans l'Arabie préislamique était en effet à des fins commerciales et de financement d'affaires[742].

900. En 2005, Thomas a souligné que d'après ses études, les musulmans ne sont pas conscients que les gouvernements pratiquent une sorte de manipulation en tentant d'influencer et d'osciller les jurisconsultes islamiques pour autoriser l'intérêt comme ne faisant pas partie de *riba*, comme ce qui s'est passé en Egypte[743].

901. Selon nous, la position de al-Qaradhaoui, supposant qu'il n'existe aucune alternative licite ou moyen de financement compatible avec les principes de *charia* autre que le prêt à intérêt, il est possible d'admettre le recours à ce prêt en considération de la primauté de l'intérêt général et de la nécessité de satisfaire aux besoins personnels de premier degré selon le droit islamique. Ce recours ne doit pas aller à l'encontre du principe islamique de nécessité, en autorisant un prêt à intérêt afin de satisfaire à un besoin humain indispensable et primordial, en tenant en compte que le droit islamique n'envisage plus la complexité de la vie humaine mais la souplesse, le miséricorde et le bien-être parmi ses premiers objectifs. Nonobstant, ce principe demeure permis dans des limites très strictes et rigoureuses.

---

islamique, des Finances et de la Gestion à l'Université de Rice, à Houston, Texas, Etats-Unis.

[740] *Ibid.*

[741] M. EL-GAMAL, « *An economic explication of the prohibition of riba in classical Islamic jurisprudence* », *Proceedings of the Third Harvard University Forum on Islamic Finance*, Cambridge: Center for Middle Eastern Studies, Harvard University, 2000, p. 32-33.

[742] *Ibid.*

[743] Abdulkader Thomas est président et chef de la direction du « SHAPE ™ Financial Corporation » (www.shapefinancial.com), à Vienne, en Virginie et au Koweït. Il est aussi conseiller aux États-Unis et de la communauté financière internationale en matière de structuration financière conforme à la *charia*.

Pour plus d'informations, consultez

http://www.islamicfinancetraining.com/v01_trainer.asp?showpage=trainer1 (dernière consultation le 25 août 2013).

902. Concernant la *fatwa* de l'Imam Tantawi, elle ne nous semble pas compatible avec le contexte islamique d'une transaction de *moudaraba,* en vertu de laquelle l'investisseur et l'entrepreneur partagent les profits selon le résultat du projet et participent aux pertes, sauf en cas de violation du contrat ou de mauvaise gestion de la part de l'entrepreneur. Ainsi, lorsque, d'une part, la banque investit les dépôts de ses clients et leur fixe un rendement à l'avance alors que le résultat final du projet financé est normalement aléatoire, nous ne pouvons pas le considérer comme profit distinct du *riba*. De plus, d'autre part, même si la banque fait des études de faisabilité des projets et se voit compétente pour pouvoir estimer correctement les profits et les pertes d'un projet, cela ne suffit pas pour légitimer ce taux préfixé, notamment en raison de la possibilité de survenance d'évènements politiques ou économiques qui peuvent affecter négativement le revenu prévu. Ajoutons que la *moudaraba,* à vrai dire, est basée sur le concept de partage équitable des profits et des pertes ; une fixation d'un profit au préalable peut donc se voir comme une sorte de garantie du remboursement du capital, y compris le profit, excluant la participation du déposant aux risques vraiment liés à l'investissement, et non pas comme prévus par la banque d'après ses études.

903. Enfin, selon la majorité de la doctrine, dont nous partageons l'avis, le revenu obtenu par la banque est considéré licite lorsqu'il varie selon la rentabilité du projet financé, en partageant les risques éventuellement subis (comme les transactions de *moudaraba* ou *moucharaka*) ou lorsqu'il s'agit d'une commission sur une opération de vente ou de location d'un actif tangible non monétaire (comme en cas de *mourabaha* ou *ijara*). De plus, la banque a droit à être rémunérée pour ses charges d'exploitation et ses coûts opératoires en contrepartie du service rendu.

904. Ces polémiques affectent aussi la question de validité d'un contrat qui contient une stipulation de *riba*, est-ce que tout le contrat sera nul ou seulement cette stipulation. Les points de vue de chaque école islamique divergent à cet égard[744] : pour les hanafites et hanbalites, un tel contrat de n'est pas invalidé par une *riba* stipulation, le terme répréhensible est tout simplement supprimé et l'opération semble rester valide sous forme de prêt gratuit ; alors que pour les malékites, la résiliation de tout le contrat dépend du contenu de la stipulation *riba* : si elle est assez significative, l'ensemble du contrat est annulé, et si elle ne

[744] N. SALEH, «*Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law: riba, gharar and Islamic banking*», Cambridge University Press, 118 pp., 1986, rév. par S.M. HASANUZZAMAM, *JKAU: Islamic Econ.,* vol. 3, 1991, p. 116.

l'est pas alors seulement la stipulation *riba* elle-même est nulle. Les chaféites semblent être divisés sur cette question ; pour certains, un contrat de prêt avec *riba* est nul, puisque le Prophète a récité que « tout prêt qui stipule un avantage pour le prêteur est *riba* »; et d'ailleurs lorsque ce contrat est subordonné à une condition qui n'est pas remplie, il est juste de le considérer comme nul ; pour d'autres il est simple de seulement supprimer la stipulation *riba,* puisque le prêt est en l'essence gratuit, et admettre la validité du reste du contrat.

905. En effet, la règlementation de l'usure n'est pas unique au droit islamique, elle remonte au droit romain et à la religion juive. Dans l'histoire de l'économie occidentale[745], la licéité de la pratique de l'intérêt, ou de l'usure, a également fait l'objet de plusieurs polémiques. Dans le même sens, le législateur français a imposé le plafonnement du taux d'intérêt (§ II).

§ II : Plafonnement du taux d'intérêt en droit français

906. En dépit de l'admission du prêt à intérêt, le droit français a fixé un certain plafond au taux d'intérêt, au-delà duquel il s'agit de l'usure. La liberté du prêteur se trouve donc limitée pour ne pas abuser de la situation de l'emprunteur d'une part par l'interdiction de l'usure (I) et d'autre part par sa répression (II)[746].

I. Interdiction de l'usure

907. Dans le dictionnaire Littré, le mot usure a deux sens : il peut s'agir, d'une part, de toute espèce d'intérêt que produit l'argent, et d'autre part, c'est le profit qui est retiré d'un prêt au-dessus du taux légal ou habituel.

908. La législation française en matière de l'usure a connu une évolution importante dans

[745] C. CARDAHI, « *Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit modern et de la loi islamique* », *Revue internationale de droit comparé,* vol. 7, n° 3, juill.-sept. 1955, pp. 499-541.

[746] Dans cette partie, par souci de clarification, nous mettons en lumière la règlementation de l'usure sous le Code de consommation pour avoir une vision plus globale et claire sur telle législation, pour pouvoir l'examiner par comparaison à la règlementation du *riba* en droit islamique. Pour avoir une vision sur l'histoire de l'usure dans la position juive et catholique, consultez A.-V. LE FUR, « *Faut-il modifier la législation sur l'usure ?* », *Droit Bancaire et Financier,* in *Mélanges AEDBF-France IV*, sous dir. J.-J. DIAGRE, *Revue Banque édition*, 2004, p. 181-185.

l'objectif de faciliter aux PME et porteurs de projet de trouver des financements et permettre à la banque de consentir des microcrédits à des conditions rémunératrices.

909. Aujourd'hui, sa règlementation repose sur l'article L. 313-3, alinéa 1er, du Code de la consommation, ainsi modifié par l'article 6 (3) de l'Ordonnance du 27 juin 2013[747], qui définit le prêt usuraire. Aux termes de cet article « *Constitue un prêt usuraire tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour des opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'autorité administrative après avis du Comité consultatif du secteur financier. Les catégories d'opérations pour les prêts aux particuliers n'entrant pas dans le champ d'application des articles L. 312-1 à L. 312-3 sont définies à raison du montant des prêts*».

910. Son deuxième alinéa dispose : « *Les crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament sont, pour l'application de la présente section, assimilés à des prêts conventionnels et considérés comme usuraires dans les mêmes conditions que les prêts d'argent ayant le même objet* ».

911. La qualification juridique du prêt usuraire dépend de l'existence d'un prêt conventionnel (A) consenti à un taux d'intérêt usuraire (B).

A. Prêt conventionnel

912. La prohibition de l'usure relève du principe. L'article L. 313-3 précité vise en premier lieu tout « prêt conventionnel ».

913. Par exception, le Code de la consommation, selon le dernier alinéa de l'article L. 313-3, écarte l'interdiction de l'usure « *aux prêts accordés à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale*». Il exclut ainsi « les entreprises » du champ d'application des dispositions du Code de la consommation relatives à l'usure. Seul le découvert en compte professionnel demeure dans

[747] Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement (NOR : EFIT1309910R).

le domaine de l'usure[748]. Cette définition est reprise par l'article L. 313-5-1 du Code monétaire et financier.

914. L'usure ne saurait pouvoir être retenue en présence de n'importe quel contrat[749] : les magistrats l'écartent, à titre d'illustration, lorsqu'il s'agit d'une clause pénale[750], et d'un taux d'intérêt de retard fixé par la loi[751].

915. Concernant la clause pénale, elle sert seulement à fixer les dommages-intérêts dus par le débiteur qui n'exécute pas son obligation. Considérée ainsi comme une sanction de l'inexécution du contrat, elle ne rentre pas dans le champ d'application des règles réprimant l'usure en droit français.

916. Concernant le taux d'intérêt de retard, ce taux est fixé par la loi pour compenser le préjudice subi par le Trésor du fait de l'encaissement tardif de sa créance. Les dispositions des articles L. 313-3 et L. 313-4 du Code de la consommation, applicables aux seuls prêts conventionnels et crédits accordés à l'occasion de ventes à tempérament, sont inapplicables à ce type de taux.

917. Pour déterminer les situations qui échappent à l'application des règles de l'usure, il convient donc de prendre en considération trois éléments relatifs à la personne de l'emprunteur, à l'activité financée et à la technique de financement :

- Qualité de l'emprunteur : il doit être une personne physique agissant dans un cadre professionnel ou une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale. Ainsi, le plafonnement est applicable pour les non-professionnels non seulement au niveau des

[748] C. mon. fin., art. L. 313-5-1 ainsi modifié par l'article 3 (6) de l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement (NOR : EFIT1309910R): « *Pour les découverts en compte, constitue un prêt usuraire à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle, commerciale, artisanale, agricole ou professionnelle non commerciale tout prêt conventionnel consenti à un taux effectif global qui excède, au moment où il est accordé, de plus du tiers, le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit et les sociétés de financement pour les opérations de même nature comportant des risques analogues telles que définies par l'autorité administrative après avis du Conseil national du crédit et du titre* ».

[749] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, «*Le prêt usuraire* », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 31, oct. 2008, p. 99.

[750] Com., 22 févr. 1977 : n° 75-15.054, *Bull. des arrêts Cour de Cassation*, n° 58, p. 51.

[751] Com., 27 sept. 2005: n° 03-14.636, *Bull. civ. IV*, n° 184, p. 198.

prêts bancaires, ou autres crédits délivrés par les banques, mais aussi au niveau des ventes à tempérament de biens ou services assorties d'une stipulation d'intérêt.

- Activité financée : Il est nécessaire d'opérer une distinction en fonction de l'activité exercée. Peu importe que l'on se trouve en présence d'une personne morale de droit privé ou d'une personne morale de droit public. Les règles relatives à l'usure visent la majorité des activités économiques et celles professionnelles non commerciales y inclues les activités libérales plutôt commerciales, alors que les personnes morales exerçant une activité professionnelle ou une mission d'intérêt général ne sont plus soumises aux règles relatives à l'usure.

- Technique de financement : Cette disposition a écarté du champ de la règlementation de l'usure la quasi-totalité des crédits consentis aux sociétés ainsi que la plupart de crédits consentis aux personnes physiques exerçant une activité marchande (entrepreneurs individuels, commerçants, artisans) sauf les découverts en compte.

918. En pratique, les lois d'usure concernent maintenant principalement les prêts à la consommation et les découverts en compte pour les entreprises. Or, force est de constater que les magistrats se montrent favorables à une application étendue de l'usure ; et la Cour de cassation se montre dans le même temps favorable à une application générale des dispositions relatives à l'indication du taux effectif global, ce qui peut être vu comme une volonté de prévenir l'usure[752].

B. Taux d'intérêt consenti

919. L'article L. 313-3 précité vise en deuxième lieu le caractère usuraire ou non du taux d'intérêt consenti, qui sera déterminé au regard d'un élément de référence. Avant la loi Neiertz du 31 décembre 1989, deux taux (taux effectif moyen et taux butoir) avaient été institués[753].

920. Désormais, dans la mesure où le calcul du taux usuraire est réalisé par la comparaison du taux effectif global au seul taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit. Ce mode de calcul implique dès lors de

[752] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, *op. cit.*, p. 99-100.

[753] M. CABRILLAC & C. MOULY, *Droit pénal de la banque et du crédit*, éd. Masson, 1982, p. 190.

définir les notions de taux effectif global[754] et de taux effectif moyen.

921. Le taux effectif moyen, quant à lui, peut être défini comme la moyenne des taux pratiqués au cours d'un trimestre civil par les établissements de crédit pour les catégories d'opérations de même nature comportant des risques analogues. Ces taux sont calculés par la Banque de France[755]. Le ministre chargé de l'Économie et des Finances doit faire procéder à la publication, chaque fin de trimestre, au *Journal officiel*, des taux effectifs moyens ainsi que des seuils de l'usure correspondant et sont applicables pour le trimestre suivant. Les taux peuvent être corrigés en cas de variation d'une ampleur exceptionnelle du coût des ressources des établissements de crédit et doivent être publiés dans les 45 jours suivant la constatation de la variation[756].

922. Comme prévu par l'article D. 313-8 du Code de la consommation, les établissements de crédit sont tenus de porter à la connaissance des emprunteurs les seuils d'usure correspondant aux prêts qu'ils leur proposent, comme c'est le cas pour les conditions générales de banque visées à l'article R. 312-1 du Code monétaire et financier[757].

923. On remarque que le champ d'application de la législation en vigueur est très large, en prévoyant un même traitement pour tous les entrepreneurs exerçant d'activité sociétaire ou individuelle, qu'ils soient des personnes morales de droit public ou de droit privé.

924. Le taux d'usure affaiblit la rationalité du crédit, en diminuant l'effet de rationnement du plafond de taux de crédit et la banque peut exiger des sûretés supplémentaires pour réduire ses risques.

925. Nonobstant, on crainte que le déplafonnement et la dépénalisation du taux d'usure dans cette mesure puisse conduire à un accroissement des marges et un surendettement de l'emprunteur. Ce qui peut produire à des effets défavorables sur la liquidité des banques, et

---

[754] *Infra* n° 820-824.

[755] C. consom., art. D. 313-6 : « *Les taux effectifs moyens qui ont été pratiqués au cours d'un trimestre civil par les établissements de crédit pour les catégories d'opérations de même nature comportant des risques analogues, telles que définies par l'arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances prévu par l'article L. 313-3, sont calculés par la Banque de France. Le ministre chargé de l'économie et des finances fait procéder à la publication au Journal officiel de la République française de ces taux ainsi que des seuils de l'usure correspondant qui serviront de référence pour le trimestre suivant ; il procède, le cas échéant, aux corrections des taux observés, conformément aux dispositions du deuxième alinéa de l'article D. 313-7*».

[756] C. consom., art. D. 313-7.

[757] C. mon. fin., art. R. 312-1, al. 1: « *Les établissements de crédit sont tenus de porter à la connaissance de leur clientèle et du public les conditions générales de banque qu'ils pratiquent pour les opérations qu'ils effectuent*».

créer une crise financière notamment lorsque les sûretés fournies à la banque ne suffisent pas à couvrir les risques pris.

II. Répression de l'usure

926. La répression du délit d'usure en France n'a cessé d'évoluer au fil des temps. Abordons par les éléments constitutifs de ce délit (A) puis les sanctions du taux usuraire (B).

A. Éléments constitutifs du délit d'usure

927. Aux termes de l'article L. 313-5 du Code de la consommation : « *Quiconque consent à autrui un prêt usuraire ou apporte sciemment à quelque titre et de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, son concours à l'obtention ou à l'octroi d'un prêt usuraire ou d'un prêt qui deviendrait usuraire au sens de l'article L. 313-3 du fait de son concours est puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 45 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement* ».

928. Le délit implique donc, pour pouvoir être caractérisé, la présence d'un élément matériel (1) et d'un élément moral (2).

1. L'élément matériel

929. L'article L. 313-5 du Code de la consommation prévoit deux éléments matériels distincts pour caractériser le délit d'usure.

930. En premier lieu, par référence à « *quiconque* », est donc sanctionné le fait de consentir à un tiers un prêt usuraire, peu importe la qualité de ce tiers. Le délit d'usure peut donc être commis aussi bien par un particulier que par un professionnel du crédit.

931. En second lieu, de manière plus large, constitue également l'élément matériel du délit le fait d'apporter « *à quelque titre et de quelque manière que ce soit, directement ou indirectement, son concours à l'obtention ou à l'octroi d'un prêt usuraire ou d'un prêt qui deviendrait usuraire* ». Dans ce cas encore, la référence à « quiconque » a vocation à s'appliquer. Cette hypothèse semble proche de la complicité, prévue à l'article 121-7 du Code pénal, mais elle n'exige pas, pour pouvoir être retenue, l'existence d'une infraction principale, comme c'est le cas pour la complicité.

932. Le délit d'usure constitue un délit instantané, lequel est consommé par le fait même

de la convention intervenue, il en découle qu'il importe peu que l'auteur des faits ait déjà perçu des intérêts.

2. L'élément moral

933. D'ailleurs, l'article L. 313-5 du Code de la consommation fait référence au terme « *sciemment* », démontrant que l'acte matériel doit être nécessairement commis de façon intentionnelle pour pouvoir être poursuivi. Cependant, ce terme ne vise, dans l'article, que celui qui apporte son concours à l'obtention ou à l'octroi d'un prêt usuraire.

934. En effet, il est de principe, en vertu de l'article 121-3 du Code pénal, qu'il n'y a pas de crime ou de délit sans intention de le commettre, hormis lorsque la loi en dispose autrement.

935. L'élément moral est donc la commission de l'un des éléments matériels précités en connaissance du caractère usuraire du crédit. Ni les textes, ni la jurisprudence, exigent un dol spécial, c'est-à-dire la volonté de parvenir à un résultat précis. Les personnes de bonne foi ayant participé à une convention usuraire, en ignorant des commissions versées, doivent échapper à la répression. L'élément moral sera bien souvent déduit des circonstances de fait.

936. La preuve de l'élément intentionnel est facilitée par la publication des taux de référence, de sorte que le prêteur ne pourra pas invoquer sa méconnaissance de ces derniers.

B. Sanctions du taux usuraire

937. Sur le plan civil, le prêt usuraire n'est pas sanctionné par la nullité, mais le prêteur doit restituer les sommes indûment perçues qui s'imputeront de plein droit sur les intérêts normaux échus et subsidiairement sur le capital de la créance. Par contre, si la créance est éteinte en capital et intérêts, les sommes indûment perçues doivent être restituées avec les intérêts légaux du jour où elles auront été payées[758]. L'emprunteur dispose aussi d'une action en remboursement de ce qui a été payé au-delà du plafond légal.

938. Sur le plan pénal, l'usure est un délit sanctionné par un emprisonnement de deux ans et une amende de 45.000 Euros ou de l'une de ces deux peines[759]. Le Code de la consommation régit la répression de l'usure selon les articles L. 313-3 et suivants et D. 313-

[758] C. consom., art. L. 313-4.

[759] C. consom., art. L. 313-5.

6 et suivants.

939. Ce délit s'applique aux opérations de crédit consenties aux personnes physiques, consommateurs, à l'exclusion des prêts consentis aux entreprises commerciales, industrielles ou financières. Cette dépénalisation permet de faciliter l'accès au crédit pour certaines entreprises, qui pouvaient se voir refuser tout crédit en raison du risque élevé qu'elles représentent pour leur prêteur.

940. La suppression du délit prévu à l'origine seulement à l'égard des personnes morales a été étendue aux personnes physiques agissant pour leurs besoins professionnels (entrepreneurs individuels).

941. Seule demeure la sanction civile (les perceptions excessives sont imputées de plein droit sur les intérêts normaux et subsidiairement sur le capital de la créance) pour les découverts en compte qui leur sont consentis[760].

942. Parallèlement la sanction civile prévue dans le Code monétaire et financier en matière de découverts en compte consentis aux entreprises marchandes a été élargie afin d'inclure également les entrepreneurs individuels.

943. Le droit islamique adopte ainsi une approche plus rigoureuse quant à l'imposition d'un taux d'intérêt. Sans supprimer le bénéfice de la rémunération bancaire, il prohibe le paiement et la perception de toute forme d'intérêt dans toute opération de crédit. S'agissant donc de la prohibition du *riba*, qui s'entend comme un intérêt ou une charge supplémentaire sur le montant principal de la dette qui est déterminée en fonction de l'écoulement du temps et sans être associée à un travail.

944. Le droit français est plus libéral à cette question. Il reconnaît au prêteur le droit d'être rémunéré sur la base d'un taux d'intérêt, sous réserve de certaines conditions limitatives de la liberté contractuelle.

945. Selon nous, la délimitation du champ d'application de la règlementation française sur l'usure, principalement en considération de la nature de l'activité et de la qualité de l'emprunteur, ne répond pas aux mêmes exigences envisagées par la prohibition du *riba* en droit islamique.

[760] Crim., 3 nov. 2005: n° 04-87.835 *Bull. crim.*, n° 277, p. 964.

946. Dans le cadre de la finance islamique, le droit proscrit toute sorte de paiement qui dépasse le montant principal prêté. Cette prohibition de portée générale ne distingue pas entre la qualité des contractants, la nature de l'opération, le montant du prêt, etc.

947. Ce principe n'est pas évidement surprenant en considération de l'idéologie et le concept de la rationalité islamique. Ainsi, le caractère absolu et universel de cette prohibition et l'étendue de son interprétation témoignent du souci majeur de l'islam en termes de justice, charité et équité. Ces objectifs ne contredisent pas avec son esprit entrepreneurial, en encourageant le commerce licite et s'orientant vers l'économie réelle. Il est donc opportun de considérer cette prohibition au regard de l'ensemble des principes et des contraintes de la finance islamique, étant un ensemble homogène.

948. Alors que dans le cadre de la finance conventionnelle sous le régime du droit français, la pratique d'un taux d'usuraire n'est interdite que pour une catégorie des emprunteurs, excluant une autre catégorie qui n'en est pas moins importante, à savoir les entrepreneurs (sauf pour les découverts en compte).

949. Or, la volonté commune de la finance islamique et de la finance conventionnelle de promouvoir le développement économique et de couvrir les besoins de financement à une large communauté est mise en œuvre par des montages bien différents.

950. Parmi ces techniques, le mode de financement basé sur le partage des profits entre la banque et son client. Dans ce cas, le profit sera déterminé selon un ratio de partage des profits (Chapitre II).

CHAPITRE II

DETERMINATION DU RATIO DE PARTAGE DES PROFITS

951. Même si la profitabilité représente l'un des intérêts majeurs de chaque système financier, elle n'est ni l'unique ni la principale base qui préside aux décisions de la banque islamique[761].

952. Dans ce cadre, la finance islamique fait primer l'intérêt général et l'équité contractuelle dans ses opérations de financement. A ces fins, elle exige une approche participative aux risques entre les acteurs, impliquant un partage équitable des profits et des pertes[762], ce qui souligne l'ampleur de l'approche participative en droit islamique (Section I).

953. En droit français, le législateur précise qu'une opération de crédit doit avoir un aspect onéreux. Selon la doctrine, le caractère onéreux implique toute forme de rémunération « *directe ou indirecte, voire sur une indexation du capital et non pas uniquement sur de l'intérêt* »[763]. Le droit français a introduit le prêt participatif et en conséquence, la banque peut être rémunérée sur une base participative aux profits. En revanche, son champ d'application est limité et une stipulation d'intérêt demeure probable, ce qui démontre la limitation de l'approche participative française (Section II).

---

[761] P. GENRE & A.-S. VASSENAIX-PAXTON, *Finance islamique et immobilier en France : comprendre pour agir,* Livre blanc, préf. T. DISSAUX, DTZ Asset Management &NORTON ROSE, juill. 2010, p. 15.

[762] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 25.

[763] R. GUILLEN, *Lexique des termes juridiques*, *éd. Dalloz*, 1995, ainsi cité par C. SERHAL & I. CEKICI, «*L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique*», *Banque & droit*, n° 126, juill.-août 2009, p. 14.

SECTION I

AMPLEUR DE L'APPROCHE PARTICIPATIVE ISLAMIQUE

954. A défaut du recours au système de crédit à intérêt, le système financier islamique de partenariat reflète son fondement principal, à savoir la prohibition de toute rémunération fixe calculée sur l'écoulement du temps. Ce principe implique le partage des risques entre le fournisseur de fonds et le bénéficiaire, remplaçant la relation classique prêteur-emprunteur par une relation entre associés.

955. L'économie islamique privilégie toujours le collectivisme et rejette toute sorte d'individualisme. Ce qui se traduit par la favorisation de la solidarité et la justice sociale[764] en se basant sur les préceptes de la religion musulmane[765].

956. Alternativement au défaut de stipulation d'intérêt, la finance islamique met en place le principe du partage des profits afin de garantir au prêteur une rémunération sans fixer un taux d'intérêt[766].

957. Il est important d'aborder par les fondements du principe de partage des profits (§I) et ensuite présenter les aspects pratiques du partenariat islamique (§ II).

§ I : <u>Fondements du principe de partage des profits</u>

958. En stimulant l'investissement des fonds[767], le Prophète a édicté deux règles essentielles qui autorisent la prise des risques étroitement liés à, ou indissociables de, la transaction[768], afin de légitimer le profit tiré [769]:

---

[764] C.-B. GENEVIEVE, *La finance islamique,* 2e éd., Revue banque édition, coll. *Marchés finances,* Paris, 2012, p.29.

[765] *Ibid.*, p. 13.

[766] C.-B. GENEVIEVE, *op. cit.*, p. 13.

[767] M. AL-BELTAGUI, «*Vers l'instauration d'un paradigme comptable pour évaluer les instruments d'investissement dans les banques islamiques (mourabaha, moudaraba, moucharaka)*», intervention au colloque international organisé sur le thème « Vers la *rationalisation de la démarche des banques islamiques* », Emirats Arabes Unis – Dubaï, 3-5 sept. 2005, p. 5.

[768] M.-f. SHAHARI, « *Shariah –compliant derivatives: issues and challenges* », BNP Paribas Najmah, Bahreïn, 18 oct. 2011, p. 3.

[769] M. AYUB, *Understanding Islamic Finance, Chichester,* John Wiley & Sons, coll. *Wiley Finance*, *LTD*,

- La règle de « *el-ghourmou bil ghounmi* » : ce qui signifie que « gain en contrepartie de la perte ». Toute partie qui s'engage dans une transaction sociétaire économique et supporte un risque sera rémunérée proportionnellement par un profit. Ce profit représente la balance entre la contribution au capital et le rendement reçu[770]. Ainsi, selon cette règle, la banque n'est pas seulement un intermédiaire entre les déposants et les investisseurs, mais elle est aussi une associée.

- La règle de « *al-kharaj bil damane »* : Celui qui garantit le principal d'une chose peut recevoir un rendement à travers telle chose.

959. Dans cette optique, la part de chaque partie dans les profits et les pertes dépend indubitablement des résultats de l'opération. Les profits ne seront répartis, en principe, qu'après réalisation effective des bénéfices.

960. Toute convention permettant de garantir à une partie de récupérer son concours indépendamment de ces résultats est nulle et non avenue[771].

961. Par exception, les parties peuvent convenir que des avances peuvent être néanmoins prélevées, qui seront régularisées à la clôture de la *moucharaka* ou de l'exercice selon le cas[772].

§ II : <u>Aspects pratiques du partenariat islamique</u>

962. Autrefois, les caravanes étaient financées par les riches et convoyées par les moins riches mais plus expérimentés ; et enfin le convoyeur et le financier partageaient les bénéfices et les pertes. Ce qui démontre que le concept du partage des profits et des pertes n'est pas nouveau.

London, United Kingdom, 2007, p. 81-82.

[770] M. BADAWY, « *Développement des modes de financement bancaire dans les banques islamiques* », *Revue du musulman contemporain*, n° 21, jan.-mars 1980, pp. 91-118.

[771] Groupe banques populaires, « *La finance islamique* », Dossier documentaire, Maroc, mars 2007, p. 18. Dans le même sens, en droit français, spécialement en droit des sociétés français, selon l'article 1844-1 du Code civil français: « *La stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites* ». Il s'agit de la clause léonine. L'existence de telle clause dans un contrat ne le rend pas nul, la clause est seulement réputée non écrite.

[772] Groupe banques populaires, *op. cit.*, p. 18.

963. Actuellement, les principaux montages de financement islamique participatif en fonds propres s'analysent en *moudaraba* « commandite » et *moucharaka* « *joint stock* » (permanente ou dégressive)[773].

964. On se contente de mettre en exergue l'application de ce principe dans ces contrats et on renvoie à la première partie de notre étude pour une analyse plus détaillée.

965. Dans un contrat *moudaraba*, la banque fait un apport en numéraire et le client participe par son travail et son expertise. En cas de profit, chacun est rémunéré selon son apport selon un ratio convenu alors qu'en cas de pertes, c'est la banque qui les supporte entièrement et le client perd son travail, sauf en cas de négligence ou de mauvaise gestion par ce dernier[774]. Il convient de noter que le processus de détermination des profits du projet et de l'estimation de ses actifs et passifs durant l'activité du projet est une question d'ordre comptable[775], et notre étude n'est pas consacrée à cette question[776].

966. Une autre forme de *moudaraba* est dénommée la *moudaraba à deux volets* (*two-tiers moudaraba*), lorsque la banque investit les fonds de ses déposants par l'intermédiaire de ses clients: dans sa relation avec le déposant, la banque est l'entrepreneur (*moudareb*) alors que dans sa relation avec son client, elle est censée être propriétaire des fonds (*rab al-mal*) et son client est l'entrepreneur (*moudareb*)[777]. Néanmoins, la banque ne peut pas fixer ou garantir un bénéfice aux déposants calculé en pourcentage du montant de leurs fonds déposés, quels

---

[773] Parmi les contrats de financement islamique participatif, il existe la société par actions, s'agissant d'une forme commune aux systèmes conventionnels et islamiques. En revanche, son domaine d'investissement en droit islamique doit être licite au regard de la *charia*, excluant l'usage de toute forme d'endettement. M. AYUB, «*Islamic banking and finance: theory and practice»*, rev. M. OBAIDULLAH, *J.KAU: Islamic econ.,* vol. 17, n° 1, 2004, pp. 45-49. KPMG Algérie SPA, « *Guide des banques et des établissements financiers en Algérie »,* Algérie, 2012, p.67. Dans sa résolution n° 63 (1/7), le Conseil de l'Académie du *Fiqh* Islamique a rappelé le principe d'égalité des droits résultant des actions d'une société, dans son article 6 : « *Les actions privilégiées ne peuvent pas être émises, ayant des caractéristiques financières qui permettent de garantir le capital ou de garantir un certain profit ou les fournir en cas de liquidation ou au moment de répartition des bénéfices* ». Council of the Islamic Fiqh Academy, « *Resolution n° 63 (1/7) concerning financial markets* », in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Saudi Arabia, 2000, p. 127-135.

[774] Groupe banques populaires, *op, cit.*, p. 7.

[775] M. BADAWY, *op. cit.*, pp. 91-118.

[776] Pour plus de détails sur la distribution des profits, consultez A.-H. GHARBI, «*Les mécanismes de distribution des profits dans les banques islamiques : les alternatives équitables entre les actionnaires et les investisseurs»*, *Revue de chercheur*, n° 7, Algérie, 2009-2010, pp. 169-180.

[777] Pour plus de détails, voir aussi L'Economiste, *Finance islamique : le détail des solutions Halal*, ainsi cité par Groupe banques populaires, *op. cit.*, p. 24.

que soient les résultats comptables de la banque[778].

967. Dans un contrat de *moucharaka*, soit par participation à un investissement existant ou nouveau, les associés partagent en principe les profits et les pertes selon leur contribution au capital. Ainsi, la marge de rémunération demeure inconnue à l'avance et variable selon l'issue de l'investissement. Dans cette optique, la banque doit faire des études très subtiles et très approfondies avant de s'engager à financer un projet.

968. Quant à la gestion, tous les associés dans une *moucharaka* ont droit à la gestion de l'investissement, et aussi ils sont libres de choisir une tierce personne pour en être chargée. A la différence, dans la *moudaraba¸* la banque peut subir de risques particuliers en raison de l'absence d'un contrôle effectif ou d'intervention de sa part sur la gestion de son client entrepreneur, et s'y ajoutent les problèmes d'agence, de risque moral et de défaut de sûretés par le client[779].

969. En dépit de la liberté contractuelle des associés pour déterminer, d'un commun accord, le ratio du bénéfice alloué à chacun d'entre eux, qui pourra différer du ratio de leur participation au capital, l'associé dit «*sleeping partner*» ne peut réclamer plus que le ratio de son investissement et en cas de pertes, chacun contribue au prorata de son apport[780].

970. Certains modes de financement conventionnel sont en harmonie avec l'esprit de la *charia* et transposables dans le système financier islamique, alors que d'autres comme le contrat de dette classique en sont écartées[781]. Le droit français adopte une approche limitée quant au partage des profits dans le cadre de financement (Section II).

---

[778] Dans l'article de M. HAMIDULLAH, «*Le monde musulman devant l'économie moderne* », *Cahiers de l'Institut de science économique appliquée* , n° 120, déc. 1961, pp. 24-41 : « *par contre* », écrit Hamidullah, « *si la banque dit à la fin de l'année :nous avons réalisé des bénéfices ; après déduction des frais de fonctionnement, des impôts au gouvernement et des réserves contre les éventualités, nous sommes en mesure de vous payer, disons 3% (à titre de participation proportionnelle aux gains), l'Islam l'admet volontiers*». C'est ainsi rapporté par J. CHARBONNIER, *Islam : droit, finance et assurance*, préf. L. A. BARRIERE, éd. Larcier, Groupe De Boeck, coll. *Cahiers financiers*, Bruxelles, 2011, p. 108.

[779] Groupe banques populaires, *op. cit.*, p. 7.

[780] H. MARTIN-SISTERON, « *Le montage de financement par projet charia compliant », Journal des sociétés*, Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 20.

[781] E. JOUINI & O. PASTRE, *La finance islamique : une solution à la crise¸* préf. G. MESTRALLET, Economica, Paris, 2009, p. 18.

SECTION II

LIMITATION DE L'APPROCHE PARTICIPATIVE FRANÇAISE

971. L'approche participative aux profits n'est pas exclusive à la finance islamique. En droit des sociétés français, chaque associé a droit aux bénéfices et contribue à proportion de sa part dans le capital social, et en cas d'un apport en industrie, la part de cet associé est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté[782].

972. Nonobstant, les associés sont libres de convenir autrement, à condition de ne pas attribuer à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérer de la totalité des pertes ou vice-versa, ce qui est réputé non écrit[783].

973. Une compatibilité de principe entre les deux ordres juridiques permet de rapprocher ainsi la commandite de la *moudaraba*.

974. Dans le même sens, dans le Code monétaire et financier, le législateur français a introduit le prêt participatif[784]. Cette pratique est bien connue à l'étranger sous le nom de « prêts subordonnés », inspirée du modèle anglo-américain dit « *subordinated loans* ».

975. Dans notre étude, on s'intéresse à mettre en lumière la similitude nuancée avec le prêt participatif (§ I) et en même temps traiter son particularisme (§ II).

§ I : <u>Similitude nuancée avec le prêt participatif</u>

976. Le principe de partage des profits et pertes est de l'essence des prêts participatifs. Dans ces contrats, la rémunération du prêteur selon la clause de participation sera indexée sur les profits de l'entreprise, et en conséquence le prêteur participatif et l'associé peuvent être dans des situations identiques[785].

977. Le droit français, comme en droit islamique, sous l'article L. 313-17 du Code

[782] C. civ., art. 1844-1, al. 1.

[783] C. civ., art. 1844-1, al. 2.

[784] C. mon. fin., art. L. 313-13 à L. 313-20.

[785] J.-F. QUIEVY, «*Prêt participatif*», *Rép. soc. Dalloz*, mars 2011, n° 1.

monétaire et financier[786], reconnaît aux parties la liberté contractuelle pour définir les modalités de rémunération dans la clause participative. C'est à elles de déterminer l'élément qui sert à calculer la participation du prêteur aux résultats de l'emprunteur, comme le bénéfice net, avant ou après impôts, le bénéfice brut d'exploitation, avant ou après provisions, ou encore le chiffre d'affaires[787].

978. Aucune disposition du Code monétaire et financier n'interdit que le taux d'intérêt fixe ne soit égal à zéro et que par conséquent la rémunération du prêt participatif ne puisse dépendre exclusivement de la clause de participation[788].

979. En outre, les parties ne peuvent pas anticiper les résultats de l'investissement, et ne peuvent non plus fixer une rémunération indépendamment de ces résultats. La rémunération peut dépendre de la participation au bénéfice, l'intéressement au chiffre d'affaires, la plus-value de cession du bien financé ou une clause faisant référence à l'excédent brut d'exploitation[789].

980. De plus, le prêteur participatif, conformément aux préceptes de *charia*, subit les pertes selon le prorata de sa participation dans les capitaux propres de l'entreprise[790].

981. Au regard des sûretés, le prêt participatif, considéré comme créance de dernier rang[791]. De par sa nature, la prise de sûretés est en principe exclue[792]. Cette interdiction de consentir des sûretés correspond pleinement au principe de partage des profits et pertes dans la finance islamique[793]. Ce qui signifie que la rémunération ne doit plus être garantie mais comme nous l'avons souligné ci-dessus, elle sera indexée sur des variables selon la rentabilité ou la profitabilité de l'investissement.

---

[786] C. mon. fin., art, L.313-17 : «*Sans préjudice des articles L. 313-1 à L. 313-6 du code de la consommation, l'intérêt fixe du prêt participatif peut être majoré dans les conditions qui sont déterminées par le contrat, notamment par le jeu d'une clause de participation au bénéfice net de l'emprunteur ou au bénéfice réalisé par l'emprunteur lors de l'utilisation des biens dont l'acquisition a été financée totalement ou partiellement par ce prêt ou à la plus-value réalisée lors de leur cession ou sous forme de rétrocession de la marge réalisée*».

[787] C. SERHAL, « *La structuration de produits Chari'a compatibles* », in « *La finance islamique à la française: un moteur pour l'économie, une alternative éthique* », sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 216.

[788] *Ibid.*

[789] *Ibid,* p. 222.

[790] *Ibid,* p. 222.

[791] Y. BACHELOT, « *Prêts participatifs* », *J.Cl. J.Cl. Banque, crédit et bourse*, fasc. 1910, 1er sept. 2003.

[792] Com. 11 juin 1996: n° 94-16.532, 94-16.826, *Bull. civ.* IV, n° 171, p. 147, *D. Aff.* 1996, n° 29, p. 897.

[793] C. SERHAL, *op. cit.*, p. 221.

982. Toutefois, selon la Cour de cassation, rien n'interdit que le remboursement d'un prêt participatif soit garanti par un cautionnement, sous réserve que celui-ci soit consenti spécialement à cette fin et une restriction au champ d'application du contrat de cautionnement, fixé par la loi, ne peut résulter d'une instruction ministérielle[794].

983. En dépit de cette similitude apparente avec la finance islamique, les prêts participatifs ont des aspects particuliers (§ II).

§ II : Particularisme de prêt participatif français

984. En effet, la majorité des établissements bancaires se méfie de prêts participatifs, essentiellement en raison de la difficulté à gérer la clause participative puisqu'ils n'y sont guère habitués et de plus à l'exclusion du bénéfice des sûretés[795].

985. La nature juridique mixte du prêt participatif affecte sa compatibilité avec le contrat de *moucharaka* islamique. En effet, le prêts participatif est, au regard de l'appréciation de la situation financière des entreprises qui en bénéficient, assimilé à des fonds propres[796].

986. Toutefois, fiscalement, la rémunération du prêteur est considérée comme une charge sur l'entreprise même si elle est fixée selon les résultats. Il demeure une créance, comme de dernier rang ou d'avant dernier rang et sera remboursable *après le désintéressement complet de tous les créanciers privilégiés ou chirographaires*[797], mais avant les titres participatifs[798] et les titres de capital[799].

987. D'ailleurs, le prêt participatif est soumis aux dispositions légales sur l'usure, et ainsi

---

[794] Com., 31 mai 1994 : n° 92-10.795, *inédit*.

[795] C. SERHAL, *op. cit.*, p. 215.

[796] C. mon. fin., art. L. 313-14.

[797] C. mon. fin., art. L. 313-15 : « *En cas de liquidation amiable, de liquidation judiciaire ou de redressement judiciaire par cession de l'entreprise débitrice, les prêts participatifs ne sont remboursés qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires. Sauf stipulations contractuelles contraires ayant requis l'accord global de l'ensemble des titulaires de prêts participatifs ceux-ci sont, pour les répartitions à intervenir, placés sur le même rang*». Consultez aussi C. SERHAL, *op. cit.*, p. 215.

[798] C. com., art. L. 228-36, al. 4 : « *Pour l'application de l'article 26 de la loi n° 78-741 du 13 juillet 1978 relative à l'orientation de l'épargne vers le financement des entreprises, les prêts participatifs ne sont remboursés qu'après désintéressement complet de tous les autres créanciers privilégiés ou chirographaires à l'exclusion des propriétaires de titres participatifs* ».

[799] C. mon. fin., art. L. 313-17, al. 2, pose le principe de subordination de paiement des actionnaires par rapport aux prêteurs participatifs. V. *supra* n° 13. C. SERHAL, *op. cit.*, p. 219-220.

l'intérêt fixe majoré par la clause participative ne doit plus donner lieu à créer un taux effectif global supérieur au taux de l'usure[800]. Ce qui ne fait pas rapprocher les prêts participatifs des fonds propres au moyen d'une participation du prêteur aux résultats comme en cas de financement islamique en fonds propres par *moucharaka*.

988. La stipulation de la clause participative dans le prêt participatif n'est pas d'ordre public, ainsi, les parties peuvent ne pas la stipuler. Aussi, son défaut ne change pas la nature du prêt participatif.

989. Par comparaison à la portée générale du financement islamique participatif, selon l'article L. 313-13 du Code monétaire et financier, le prêt participatif est réservé aux entreprises « artisanales, industrielles et commerciales »[801]. Le législateur a visé l'Etat, tous les établissements de crédit, les entreprises d'assurance et les « sociétés commerciales »[802]. Par exception, lorsque l'emprunteur est une entreprise individuelle, le prêteur participatif ne contribue pas aux pertes de l'entreprise, puisque ce prêt n'emporte pas la constitution d'une société entre les parties[803].

990. En cas de *moucharaka*, la banque islamique et son client partagent les risques, ainsi que les profits et les pertes. De plus, ils ont tous les deux à participer à la gestion, pourvu que celle-ci ne soit pas exclusive à l'un d'entre eux sauf selon leur accord commun. En cas de prêt participatif, rien n'interdit aux parties de prévoir conventionnellement le principe de partage des pertes, le prêt est ainsi participatif aussi bien sous l'angle de la répartition des profits que sous l'angle de la participation aux pertes[804]. Néanmoins, la participation dans le prêt participatif n'emporte pas une participation à la gestion.

991. Considéré comme le titulaire d'obligations émises par une société, le créancier d'un prêt participatif n'a, en rien, la qualité d'associé ou d'actionnaire de l'entreprise, quelle que soit sa participation aux résultats[805], il est créancier sous ou hypo-chirographaire et sa créance constitue une dette de l'entreprise bénéficiaire. Ce qui sollicite l'attention c'est que

---

[800] Y. BACHELOT, « *Prêts participatifs* », *J.Cl. J.Cl. Banque, crédit et bourse*, fasc. 1910, 1er sept. 2003.
[801] Com., 7 mars 1995 : *D.* 1998, p. 88.

[802] Y. BACHELOT, *op. cit*.

[803] C. mon. fin., art. L. 313-13, al. 2 : «*L'attribution d'un prêt participatif à une entreprise individuelle n'emporte pas, par elle-même, constitution d'une société entre les parties au contrat*.»

[804] A.-M. MADIGNIER, « *Nature juridique des prêts participatifs* », *in Prêts participatifs et prêts subordonnés : un nouveau mode de financement*, sous dir. J.-J. CAUSSAIN et B. MERCADAl, Feduci, 1983, p. 81.

[805] Y. BACHELOT, *op. cit*.

la *moucharaka* est plutôt proche du contrat de société que du prêt participatif, dont elle n'est pas véritablement un équivalent[806]. La Cour de cassation considère que « *ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles que l'octroi du prêt ou de garantie peut conduire à la prise de contrôle d'une société* »[807].

992. En droit islamique, certaines contraintes quant à la licéité de du domaine de l'activité doivent être respectées. Il est exigé que l'objet du financement porte sur des actifs *halal* et toute participation même indirecte à une activité telle les casinos, l'armement, le commerce de porc est interdite. Ces restrictions peuvent s'appliquer sur un prêt participatif pour être conforme à la *charia*. D'ailleurs, l'emprunteur doit respecter le ratio d'endettement financier/valeur de l'entreprise exigé au cas où il veut contracter une dette à intérêt, s'agissant d'un ratio de 33%.

993. De plus, le législateur français impose une certaine formalité à la validité du prêt participatif : il exige l'accord de tous les actionnaires d'une société pour lui octroyer un prêt participatif. Cet accord est exprimé conformément aux conditions requises pour l'approbation des comptes, en assemblée générale ordinaire, à la majorité simple des voix (SNC ou société civile artisanale), des parts (SARL) ou des actions (SA, SCA, SAS)[808]. A défaut de tel accord, la clause de participation, voire le contrat de prêt lui-même si celle-ci constituait une condition déterminante du consentement des parties, est sanctionnée par la nullité relative, stipulée en faveur de l'emprunteur[809].

994. En conclusion, la finance islamique, de par ses sources morales et religieuses, consacre le partage « équitable » des profits et des pertes et le considère comme alternatif au recours au crédit à intérêt, découlant de la prohibition d'intérêt.

995. Dans cette mesure, nous avons remarqué que le régime des prêts participatifs présente une relative similitude avec les préceptes de *charia*, ce qui peut faciliter l'accueil de la finance islamique en droit français[810] dans cette optique.

---

[806] J.-F. QUIEVY, *op. cit.*

[807] Com. 29 mars 1994: n° 91-20.394, *Bull. civ.* IV, n° 138, p. 108 *; Rép. Soc. Dalloz*, 2011, n° 69, obs. J.-F. QUIEVY.

[808] C. mon. fin., art. L. 313-17, al. 3.

[809] J.-F. QUIEVY, *op. cit*.

[810] P. DUPICHOT, « *Fiducie et finance islamique* », *Dalloz* 2010, p. 1064 et s.

996. Nonobstant, cette similitude est limitée dans le contexte de partage des profits en finance islamique, notamment parce que la rémunération du prêteur participatif comprend généralement un intérêt fixe.

997. Puisqu'en droit islamique, tout ce qui n'est pas interdit est permis, toute forme de *moucharka* semble acceptable pourvu qu'elle ne viole pas les principes de *charia*. Ainsi, on peut envisager un ajustement des règles du prêt participatif qui sont contraires à la *charia*.

CONCLUSION DU TITRE I

998. La finance islamique donne une parfaite illustration des incidences de la morale, la solidarité et de la religion sur ses enjeux économiques.

999. L'intégration en droit français d'un système bancaire qui condamne la pratique d'intérêt, que ce soit un taux excessif ou non, n'est pas impossible dans la mesure où il existe des modes alternatifs et efficaces issus de la finance islamique. Autrement dit, la question n'est pas seulement d'interdire l'intérêt mais c'est de bien garantir la solidité du système bancaire sans imposer un taux d'intérêt aux emprunteurs, d'où la nécessité de chercher des techniques innovatrices pour augmenter la disponibilité de crédit, sans faire subir la banque des risques anormaux.

1000. Toutefois, la volonté de faire cette intégration peut se heurter à plusieurs risques impliqués dans le financement islamique participatif et qui seront nouveaux au système bancaire conventionnel. Ces risques se traduisent notamment en asymétrie d'informations, déséquilibre entre les droits de gestion et de contrôle, problème de sélection des porteurs de projets, coûts liés aux études de faisabilité pour la sélection des meilleurs projets d'agence ainsi qu'au monitoring des projets en vertu de la relation de partenariat entre la banque et ses clients[811]. Ce qui justifie que les banques islamiques ne les pratiquent pas souvent.

[811] Dans ce sens, consultez H. A. DAR & J. R. PRESLEY, « *Lack of profit loss sharing in Islamic banking: management and control imbalances », International journal of Islamic financial services*, vol. 2, n° 2, July - Sept. 2000, pp. 3-18.

TITRE II

MISE EN ŒUVRE DU CONTRAT DE FINANCEMENT

1001. Dans chaque système juridique, le contrat constitue la loi des parties. Le droit français reconnaît la force obligatoire du contrat[812]. Il s'agit, en droit islamique, d'une obligation spirituelle impérative[813].

1002. En dépit de la différence de principe dans le fonctionnement de la banque islamique et celle conventionnelle, les deux partagent certains principes d'origines légale, éthique et morale, tels que le principe d'égalité contractuelle, celui d'équilibre contractuel et celui de solidarité contractuelle, ce qui souligne l'idéologie commune entre les deux systèmes.

1003. Le principe d'égalité contractuelle requiert que la partie en situation d'infériorité puisse contracter et exécuter en pleine connaissance de cause et que l'autre partie en position plus expérimentée ne puisse pas abuser de sa situation de force[814].

1004. Le principe d'équilibre contractuel exige l'équilibre entre les prestations, ainsi qu'entre les droits et les obligations des parties. Ce qui justifie la potentielle intervention du juge, censée être une exception à la force obligatoire, dans le but de rééquilibrer le contrat, ou de réduire les clauses pénales manifestement excessives, voire d'admettre la révision du contrat pour imprévision. Toutefois, la théorie d'imprévision n'est pas en principe admise en droit français, mais la Cour de cassation semble limiter son champ d'application aux seuls cas « extrêmes » où le changement des circonstances économiques ne créé pas un simple déséquilibre dans le contrat mais prive une obligation contractuelle de toute contrepartie réelle et donc de toute « cause »[815]. Et un projet de réforme du droit des obligations

---

[812] C. civ., art. 1134: « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faite* ».

[813] Sourate La Table Servie (*Al-Maida*) ; verset 1 : « *Oh ! Vous qui croyez, remplissez tous vos contrats* » ; Sourate Les Femmes (*An-Nisa'*), verset 33 : « *Oh croyants soyez fidèles à vos engagements contractuels* ». C. SERHAL, « *La structuration de produits Chari'a compatibles* », in « *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique* », sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 205.

[814] Ce principe est prescrit dans le Coran, sourate La Vache (*Al-Baqara*), verset 279 : "*Et si vous vous repentez, alors vous aurez vos capitaux ; et point ne léserez ni ne serez lésés*". F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, Paris, 2009, p. 11.

[815] Le droit français consacre la théorie de l'autonomie de la volonté des parties contractantes (C. civ., art.1134) et par conséquent les principes d'intangibilité du contrat et de sa force obligatoire. Au nom de ces principes, la Chambre civile, le 3 mars 1876 a rejeté la théorie d'imprévision du contrat dans son arrêt « Canal de Craponne », comme suit « *Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse apparaître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants* ». Mais, la doctrine favorise l'admission de cette théorie pour des motifs de bonne foi et d'équité et en se référant à une notion de solidarité contractuelle. Dans ce sens, en 1992, l'arrêt « Huard » a introduit par le biais de la notion de bonne foi une obligation de renégociation du contrat entre une firme pétrolière et son distributeur à l'occasion de changements dans l'économie du contrat et une solution similaire a été retenue en 1998 dans l'arrêt « Chevassus Marche ». S'y ajoute l'arrêt de la Cour le 16 mars 2004. Ces arrêts ont imposé une obligation de renégocier les

actuellement à l'étude prône l'introduction de la théorie de l'imprévision.

1005. S'y ajoute le principe de solidarité contractuelle. Ce dernier principe vise la fraternité contractuelle, comme la base d'une collaboration, d'une union d'intérêts. Autrement dit, chaque contractant doit prendre en considération par-delà son propre intérêt les intérêts du contrat et de la partie adverse. Ce qui implique les obligations de bonne foi[816], de loyauté, de collaboration et de coopération, le devoir de conseil et l'octroi du délai de grâce à un débiteur en difficulté.

1006. Par ailleurs, le principe de justice est un des principes sous-jacents du financement, au niveau islamique, marqué par le partage des risques, les droits de propriété, et la sainteté du contrat[817]. La finance islamique réserve le respect des obligations contractuelles et la divulgation des informations comme un devoir sacré, dans l'objectif de réduire l'asymétrie des informations et l'aléa moral[818].

1007. En dépit de la souplesse apparente de droits islamique[819] et français des contrats, la défaillance des contractants est réglementée avec une certaine rigidité dans chaque système. A cet égard, il s'agit d'une mise en œuvre des principes mentionnés ci-dessus et de sanction de leur inobservation.

1008. Ces principes affectent les droits et les obligations des contractants (Chapitre I) d'une part et leur défaillance (Chapitre II) d'autre part.

---

contrats devenus déséquilibrés sur le fondement de l'exigence de bonne foi. Cependant, ces arrêts demeurent isolés et ne mettent pas d'obligation de la renégociation du contrat. Toutefois, en droit administratif, l'idée d'imprévision est admise lorsque que l'événement est imprévisible, extérieur aux parties et bouleverse l'économie du contrat. A cet égard, consultez : Com. 3 nov. 1992 : n° 90-18.547, *Bull. IV*, n° 338, p. 241 ; *RTD civ.* 1993 p. 124, note J. MESTRE. Com. 24 nov. 1998: *Bull. IV*, n° 277; *JCP* 1999, I, 143, obs. CH. JAMIN ; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. MESTRE et 646, obs. P.Y. GAUTIER. Civ. 1re, 16 mars 2004, *D.* 2004, jurisprudence p. 1754.

[816] Cette obligation présume la sincérité des parties et leur volonté de respecter les termes contractuels. Consultez F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *Dunod*, Paris, 2009, p.11.

[817] T. S. ZAHER &M. KABIR HASSAN, « *A comparative literature survey of Islamic finance and banking », Financial markets, institutions & instruments*, vol. 10, n° 4, nov. 2001, p. 155.

[818] Z. A. AZIZ, « *Islamic finance and global financial stability », IFSB & IDB*, April 2010, p. 16.

[819] C. SERHAL, *op. cit,*, p. 205.

CHAPITRE I

DROITS ET OBLIGATIONS DES CONTRACTANTS

1009. Dans un financement conventionnel, la banque se préoccupe principalement de garantir le remboursement de ses fonds et s'intéresse à la capacité de l'emprunteur, à sa solvabilité et au paiement de la dette principale, y compris l'intérêt, peu importe l'usage de l'argent ou l'objectif visé[820]. Autrement dit, l'emprunteur doit rembourser tout le capital et l'intérêt préfixé, peu important la manière poursuivie pour gagner de l'argent et restituer le prêt.

1010. Alors qu'en cas de financement islamique, la banque s'intéresse à l'usage des fonds prêtés, et incite à stimuler une activité économique et des investissements réels, ce qui justifie que la manière de réalisation des profits ou des pertes et de la méthode de leur calcul affecte le rendement de leur investissement[821].

1011. Ces objectifs affectent les modalités de fonctionnement d'une banque islamique qui sont variables de celles de fonctionnement d'une banque conventionnelle.

1012. D'ailleurs, rappelons que la relation contractuelle est régie par les principes de justice, d'entraide, de consentement libre et d'honnêteté de la part des parties à un contrat, et ceux permettant d'éviter la fraude, la fausse déclaration et l'inexactitude des faits et la négation de l'injustice ou l'exploitation aux quels es soumise la validité des contrats, que ce soit en droit islamique[822] ou en droit français.

1013. En conséquence, les contractants bénéficient des droits et s'engagent à des obligations qui dépendent essentiellement du concept et de nature du financement en cause d'une part et du droit applicable d'autre part.

1014. Dans ce chapitre, pour être plus précis, nous étudierons dans une optique générale les règles qui régissent les droits et les obligations des parties, uniquement au niveau contractuel

---

[820] A.L.M. ABDUL GAFOOR, *Islamic banking and finance: another approach*, *APPTEC Publications*, Kuala Lumpur, Malaysia, Dec. 1999, p. 11.

[821] *Ibid.*

[822] M. AYUB, *Understanding Islamic Finance, Chichester,* John Wiley & Sons, coll. *Wiley Finance*, *LTD*, London, United Kingdom, 2007, p. 64.

lors d'un financement. Les droits et obligations des parties découlant de chaque contrat de financement sous l'empire du système français ou islamique sont examinés dans la partie consacrée à l'étude de la structure des contrats.

1015. Dans cette optique, nous abordons ce chapitre par les droits et les obligations du fournisseur de financement[823] (Section I), et ensuite les droits et les obligations du bénéficiaire[824] (Section II).

[823] Il s'agit de la banque (banquier) ou du financier. La qualification des parties au contrat de financement dépend de la nature de l'opération en cours et aussi du droit applicable. La spécificité des modes de financement islamique n'implique pas toujours une relation entre un emprunteur et un prêteur. En pratique, en matière de financement classique, le banquier utilise principalement les fonds déposés à des fins de crédit, il est le plus souvent qualifié de prêteur. Alors qu'en matière de financement islamique, la banque peut, en plus d'octroyer des crédits, utiliser les fonds déposés à des fins de commerce, d'investissement et de rentabilité, ce qui permet de qualifier la banque islamique d'investisseur ou de partenaire. En outre, à la différence de la finance conventionnelle, la finance islamique adopte le principe de partage des profits et des pertes dans certaines transactions, comme *moudaraba* et *moucharaka*. Ce principe l'exigence de la justice sociale et la prohibition d'un enrichissement sans cause et d'exploitation déloyale. En conséquence, un contrat qui permet à l'une des parties prenantes d'exploiter de façon déloyale sa contrepartie ou de percevoir injustement un gain au détriment de ce dernier est réputé nul. Consultez I. BARI &B. RADI, « *Au-delà de la crise : La finance islamique est-elle un moyen de régulation ?* », *Ethique publique*, vol. 13, n° 2, 2011, pp. 12-13.

[824] C'est le client bancaire, voire l'emprunteur. Sa dénomination, notamment dans la terminologie arabe, diffère selon le type de chaque contrat : il peut s'agir du *moudareb* dans le contrat de *moudaraba*, *sharik* dans la *moucharaka*.

SECTION I

DROITS ET OBLIGATIONS DU FOURNISSEUR DE FINANCEMENT

1016. La banque conventionnelle favorise le financement sous la forme d'un prêt à un taux d'intérêt fixé d'avance en utilisant le plus souvent les fonds déposés[825]. Alors qu'une banque islamique offre des services bancaires conformément aux principes de *charia*[826], excluant toute transaction incluant perception d'intérêt.

1017. L'utilisation des moyens de financement divergents d'un système à un autre, fait jouer à la banque un rôle de nature particulière, et ainsi à avoir des droits et supporter des obligations dans un contexte spécifique.

1018. Tout d'abord, nous allons traiter les droits du fournisseur de financement (**§** I), puis nous examinerons ses obligations (**§** II).

§ I : <u>Droits du fournisseur de financement</u>

1019. La banque islamique partage certains droits avec la banque conventionnelle, tels que le droit de recevoir le paiement de la totalité du montant du financement à la date d'échéance, le droit d'être bien et correctement informée en ce qui concerne le client et l'importance du crédit, et de disposer d'une action légale judiciaire en cas de défaut ou violation du contrat[827].

1020. Toutefois, la qualification juridique de l'intermédiation financière affecte les droits du fournisseur de financement (I) ; de plus la jouissance et l'ampleur de ces droits varient en fonction de la possibilité d'octroi de sûretés par le client (II).

---

[825] Pour plus d'informations sur les types de dépôts dans les banques islamiques et leur mobilisation, consultez S. SYED ALI & A. AHMAD, « *Islamic banking and finance : fundamentals and contemporary issues* », Seminar proceedings n°. 47, Islamic Development Bank, 1st ed., Saudi Arabia, 2007, p. 15-16.

[826] K. TOUMI, *Structure de capital, profitabilité et risques des banques islamiques*, Thèse en cotutelle, Université de Montpellier I et Université de SFAX, 8 déc. 2011, p. 15.

[827] Bank Negara Malaysia, *Islamic finance*, Banking info, House financing-I, 10 Oct. 2003, p. 14.

I. Qualification juridique de l'intermédiation financière

1021. Pareillement à une banque conventionnelle, la banque islamique joue le rôle d'intermédiaire financier entre épargnants/investisseurs et demandeurs de capitaux.

1022. Cette intermédiation crée une relation de représentation qui donne à la banque le droit, voire la faculté d'investir les fonds des déposants et ainsi de les représenter lors de ces transactions. Dans cette optique, la banque conventionnelle emprunte aux déposants et prête à ceux en besoin de financement, puis gagne de l'argent sur la différence entre le taux d'intérêt moins élevé versé sur les dépôts et le taux d'intérêt plus élevé pratiqué pour les clients. A contrario, la banque islamique n'a pas le droit de verser ou de percevoir un intérêt[828] ; elle ne se fonde pas exclusivement sur le prêt, elle a recours à d'autres opérations comme vente, crédit-bail/location-vente et instruments basés sur le partenariat pour gagner de l'argent.

1023. En conséquence, la banque est autorisée à utiliser ces fonds dans les domaines qu'elle estime utiles et profitables. Sous réserve que dans le cadre du financement islamique, la banque doit satisfaire au désir des déposants pour investir dans des activités licites au regard du droit islamique[829]. Dans le même sens, le droit français partage l'exigence de licéité de la cause du contrat, voire des activités à financer, notamment conformément à la règlementation sur le blanchiment des capitaux provenant d'activités criminelles ou finançant le terrorisme. Ainsi, un contrat de financement d'une activité illicite est entache de nullité absolue d'ordre public. Toutefois, le contexte de licéité de l'activité financée s'applique dans une approche différente dépendant des bases juridiques et morales applicables selon chaque système.

1024. D'ailleurs, le mode de financement utilisé affecte l'ampleur des droits de la banque. Plus particulièrement dans le financement par partenariat, comme les contrats de *moudaraba* et *moucharaka*, la banque islamique devient un investisseur direct, et a le droit à participer au projet qui lui est soumis. Dans sa relation avec les déposants, elle leur distribue les revenus et les bénéfices réalisés, en en faisant de véritables associés[830]. Et avec son client,

---

[828] Centre du Commerce International (ITC), *Le système bancaire islamique : guide à l'intention des petites et moyennes entreprises*, Genève, 2009, p. 17.

[829] S. FAROOK, « *On corporate social responsibility of Islamic financial institutions », Islamic economic studies*, vol. 15, n° 1, July 2007, p. 34.

[830] J. CHARBONNIER, *Islam : droit, finance et assurance*, préf. L. A. BARRIERE, éd. Larcier, Groupe de

elle joue le rôle d'un principal dans la *moudaraba* ou un partenaire dans la *moucharaka*[831]. Chaque partie ressent alors la nécessité de s'assurer du respect des engagements contractuels par l'autre partie, et des risques susceptibles de « fausser » le jeu d'une coopération « normale »[832]. Dans le financement d'ordre commercial, comme *mourabaha* ou *ijara*, la banque islamique est la propriétaire de l'actif ou d'une partie d'actifs financé.

1025. A l'inverse, le plus souvent, la banque conventionnelle n'est pas engagée dans les transactions de partenariat, d'achat-revente ou de location avec son client, à l'exception notamment du prêt participatif ou du crédit-bail. Elle s'intéresse plutôt à garantir le remboursement du capital emprunté, y compris les intérêts dus, indifféremment du projet financé et des résultats attendus. Elle bénéficie aussi des sûretés sur les actifs du projet et devient propriétaire de ces actifs au moment de la réalisation de telles sûretés[833].

II. Octroi de sûretés

1026. Il est assez courant en pratique que la banque conventionnelle conditionne l'octroi d'un financement à la réception de sûretés, sous forme d'hypothèques, gage ou caution, auprès de son client.

1027. Alors que cette question est différemment conçue en droit islamique, selon le financement en cause. En droit islamique, la banque ne peut pas toujours imposer à son client de fournier de sûretés. Cela varie selon qu'il s'agit d'un financement en fonds propres (A) ou par dette (B).

Boeck, Bruxelles, 2011, p. 101.

[831] K. JOUABER-SNOUSSI, *La finance islamique*, éd. La Découverte, coll. *Repères*, Paris, 2012, p. 25.

[832] J. CHARBONNIER, *op. cit.*, p. 130.

[833]Il est intéressant de noter que les projets les plus importants dans les pays du Golfe sont mis en place par un financement mixte, comportant à la fois une tranche islamique et une tranche conventionnelle. Le projet de centrale électrique d'*Al Hidd* à Bahrein en 2002, premier projet énergétique de ce type, dont le financement d'un montant de 255 millions de dollars intégrait une tranche islamique de 55 millions de dollars. Le projet *Qatargas* II, de construction d'infrastructure de gaz naturel liquéfié au Qatar, un des financements les plus importants dans le domaine gazier, d'un montant de 6,5 milliards de dollars, incluait une tranche islamique de 530 millions de dollars. Le projet *Marafiq*, projet de centrale électrique et d'unité de dessalement d'eau de mer en Arabie Saoudite, est d'un montant de 2.725 millions de dollars dont une tranche islamique de 600 millions de dollars. Dans ce type de financement mixte, il convient de cohabiter entre les droits des financiers conventionnels et ceux des financiers islamiques dans le cadre de conventions inter-créanciers. Consultez M. BOUREGHADA, « *Le financement islamique, une alternative à la finance conventionnelle* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie-une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure Finance, Paris, 2008, p. 192-193 (note n° 18)

A. Financement en fonds propres

1028. Dans ce cadre, il s'agit des contrats de *moudaraba* et *moucharaka*, considérés comme des contrats de fiducie.

1029. En principe, la banque islamique n'a pas le droit d'exiger l'obtention de sûretés auprès de son client, pour assurer un certain rendement sur le principal du capital ou même un minimum de profit sur l'investissement.

1030. Dans le contrat de *moudaraba*, la banque peut subir des risques importants résultant d'une transgression ou manquement contractuel par l'entrepreneur, le fiduciaire.

1031. Mais l'interdiction de perception de sûretés a suscité la doctrine, conduisant à diverses positions : certains ne l'ont pas approuvé et d'autres l'ont permis à condition de les utiliser seulement dans le but d'atténuer le préjudice causé par la transgression de l'entrepreneur[834]. De plus, l'Académie du *Fiqh* Islamique a décidé que l'octroi de sûretés par une tierce personne doit être gratuit et indépendant du contrat de *moudaraba*[835].

1032. Alors, la majorité des banques demande à l'entrepreneur de fournir soit une sûreté directe (comme un gage), soit une sûreté par une tierce personne. Et ainsi, l'exigence de sûreté est devenue autorisée comme une exception aux règles générales ; mais elle se limite à la transgression (*ta□addi*) de l'entrepreneur.

1033. Dans la transaction de *moucharaka*, en tant que copropriétaires, la banque et son partenaire, le client, doivent partager les risques encourus lors de l'investissement au prorata de leurs pourcentages respectifs de propriété.

1034. Mais, il ressort des documents que la banque islamique considère son investissement dans la transaction de *moucharaka* comme investissement d'une dette sécurisée plutôt qu'une contribution en fonds propres.

1035. Dans cette mesure, la banque peut obtenir de sûretés de son partenaire pour garantir la bonne performance des obligations[836], ainsi atténuer les effets d'un éventuel manquement

---

[834] A. MUHI AL-DIN AHMAD, « *Les opinions islamiques de moudaraba Fatwa al-moudaraba* », Recueil des *fatwas* économiques, n° 3, Groupe de Dallah al-Baraka, 1996, pp. 48-49.

[835] Islamic Development Bank & Islamic Fiqh Academy, *Resolution n° 65*, in «*Resolutions and Recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000*», 1st ed., Saudi Arabia, 2000.

[836] W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin*

contractuel par ce dernier.

B. Financement par dette

1036. En cas de financement par dette, la banque islamique n'est pas libre pour imposer intérêt ou pénalité. Elle doit compter sur sa propre capacité à surveiller l'usage par le débiteur du crédit ainsi que l'objet financé[837]. Mais, elle ne peut pas dépendre uniquement de la fiabilité de son débiteur pour faire face aux risques importants éventuellement subis.

1037. Alors, en pratique, elle a eu recours à exiger que son débiteur fournisse de sûretés ou de caution par une tierce personne.

1038. En conséquence, certains contrats de *mourabaha* incluent une clause de sûretés et représentations[838]. En vertu de laquelle, le client représente et garantit que les marchandises de *mourabaha* soient conformes aux spécifications indiquées par le fournisseur et que le fournisseur ait un titre sans réserves à ces marchandises ; cette clause est courante dans cette transaction lorsque la banque désigne le client comme son mandataire aux fins de l'achat des produits auprès du fournisseur[839]. Unetelle stipulation inverse, d'une part, les obligations des contractants, et contredit, d'autre part, les règles de *daman* applicables au contrat de vente, selon lesquelles, notamment, le vendeur est responsable, personnellement, de la délivrance de l'objet sans réserves (*daman al-istihqaq*) et de le délivrer en conformité avec les spécifications convenues.

1039. Selon M. Hegazy, le transfert des obligations du vendeur à l'acheteur est d'autant plus ironique dans le cadre d'un contrat de *mourabaha*, précisément parce que la majoration ou la marge bénéficiaire que le vendeur reçoit est justifiée par son effort à identifier les marchandises, supporter le risque de leur perte, et le coût de leur transport à l'acheteur[840]. De plus, il estime qu'il s'agit d'une opération purement commerciale de prêt à but lucratif, sans effet significatif ou substantiel pour l'échange de marchandises sous cette forme si telle

---

International Law Journal, vol. 25, n° 4, p. 810.

[837] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 814-815.

[838] Il est permis que la banque islamique bénéficie de représentations et garanties (*representations and warranties*) d'un tiers, qui peuvent être assignées à son client.

[839] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 825.

[840] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 825.

marge est justifiée par le financement de l'achat des produits du fournisseur[841].

1040. Par ailleurs, les transactions de *salam* et d'*istisna* tendent à inclure une sûreté de la performance d'un tiers (généralement d'une banque) de la part du producteur et de l'acheteur final des marchandises, et pareillement une sûreté d'un tiers sous forme d'une lettre de crédit islamique est fréquente en cas de *mourabaha*[842].

1041. Les obligations du fournisseur de financement (§ II) méritent aussi l'attention d'être étudiées.

§ II : Obligations du fournisseur de financement

1042. En général, la banque est soumise à des obligations générales, dont les plus importantes sont celles de bonne foi, d'information, de conseil et de mise en garde ainsi que le secret bancaire et le devoir de vigilance[843]. Son manquement à ses obligations est susceptible de constituer une faute civile de nature à engager sa responsabilité à l'égard de ses clients ou des tiers[844], et probablement sa responsabilité pénale.

1043. Notre étude, examine, selon une vision générale, les obligations de la banque, qui affectent leur relation contractuelle avec le client, en liaison avec l'opération de financement. Nous nous limiterons à l'étude des obligations envers le client de la banque, excluant celles envers la caution, les tiers ou les autorités.

1044. Nous commencerons par étudier les obligations générales communes du fournisseur de financement (I) et traiter par la suite les obligations spécifiques au fournisseur islamique (II).

I. Obligations générales communes

1045. Certaines obligations sont communes entre la banque islamique et celle conventionnelle, comme les obligations de confidentialité et de secret professionnel (A), les

[841] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 825.

[842] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 815.

[843] F. BOUCARD, « *Les nouvelles obligations du banquier* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, dossier 4, jan. 2011, para. 2.

[844] *Ibid.*, para. 3.

obligations liées à l'information (B) et celles liées à la prudence (C).

A. Obligation de confidentialité et de secret professionnel

1046. Dans sa profession, la banque est amenée à détenir des informations de nature confidentielle. Elle doit assurer la protection de la vie privée de sa clientèle et préserver le secret nécessaire aux affaires[845].

1047. A ces fins, en droit français, l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier soumet au secret professionnel toute personne employée dans un établissement de crédit[846]. Et donc, la banque ne doit communiquer à personne les informations bancaires, hormis son client, le bénéficiaire du secret. Cette obligation s'étend à tous ceux qui travaillent ou agissent pour le compte de la banque. Les informations couvertes sont celles qui portent sur des renseignements confidentiels présentant un caractère privé, tels que la vie privée ou la fortune des particuliers. Et de même, ce secret constitue un empêchement légitime opposable au juge civi1 qui ne cesse pas même si l'établissement concerné est partie au procès[847]. Mais, l'obligation à chacun d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité[848] ne peut être paralysée par un secret qui porterait sur des informations de caractère factuel[849]. Dans le cadre d'une demande d'un prêt, cette obligation

---

[845] Sur cette question, F.-J. CREDOT, « *Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques* », *LPA*, 17 fév. 1993, p. 8 ; T. Bonneau, « *Communication de pièces et secret bancaire* », *Revue de droit bancaire et bourse*, 1995, p. 94.

[846] C. mon. fin., art. L. 511-33, comme modifié par l'article 4 (28) de l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement (NOR : EFIT1309910R): « *Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit, d'une société de financement et ou d'un organisme mentionné au 5 de l'article L. 511-6 ou qui est employée par l'un de ceux-ci est tenu au secret professionnel* ». Dans le même sens, Article L. 526-35 du même Code stipule que « *Tout membre d'un conseil d'administration et, selon le cas, d'un conseil de surveillance et toute personne qui, à un titre quelconque, participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de monnaie électronique ou qui est employée par un établissement de monnaie électronique est tenu au secret professionnel*».

[847] R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 2e éd., *Dalloz*, 2008, p. 336, para. 312.22, et, R. ROUTIER, *op. cit.,* 2011, p. 634, para. 512.22.

[848]En effet, l'intérêt supérieur de la justice exprimé par l'article 10 du Code civil limite la portée du secret bancaire qui ne revêt pas un caractère absolu, et commande que dans une circonstance qui ne se heurte à aucun obstacle légitime, les renseignements sollicités puissent être fournis à un expert lui-même astreint au secret. La Cour de cassation a décidé que « *Il résulte de la combinaison de l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984, devenu l'article L. 511 du Code monétaire et financier, et de l'article 10 du Code civil que le pouvoir du juge civil d'ordonner à une partie ou à un tiers de produire tout document qu'il estime utile à la manifestation de la vérité, est limité par l'existence d'un motif légitime tenant notamment au secret professionnel* » : Com., 25 févr. 2003: n° 00-21.184, *Bull. civ.* IV, no 26, p. 30; D. 2003, p. 1162, note V. AVENA-ROBARDET; *RTD com.* 2003, p. 343, obs. D. LEGEAIS; *RTD civ.* 2003, p. 477, obs. J. HAUSER. Consultez également A.MANGA, « *La pérennité du secret bancaire»*, *JCP G* n° 50, II 10195, 10 déc. 2003.

[849] Selon la Cour de cassation, le secret bancaire interdit de fournir « *des renseignements autres que simplement*

ne couvre pas les éléments purement factuels[850] relatifs à la demande de prêt, ses modalités précises et la réponse motivée donnée par la banque.

1048. Une telle obligation vise à protéger effectivement les intérêts du client de la banque[851] ainsi que d'assurer la confidentialité d'informations recueillies par la banque. C'est à la fois un moyen de protection de la personne du client et de défense du secret des affaires et aussi un moyen qui renforce la confiance dans le système bancaire français.

1049. Semblablement, une banque islamique est tenue de garder confidentielles les informations de sa clientèle, ce qui est stipulé explicitement par exemple par la loi de Banque Centrale de Bahreïn sur les banques islamiques[852]. Cette obligation trouve ses origines dans la *charia*, comme citée par le Prophète. Il s'agit d'une obligation contractuelle qui relève aussi de l'obligation de bonne foi. Le Prophète a précisé que tous les musulmans doivent respecter leurs engagements contractuels, sauf une condition qui rend licite *(halal*) l'illicite (*haram)* ou vice versa.

1050. D'ailleurs, les principes directeurs sur les systèmes de *charia* gouvernance pour les institutions offrant des services financiers islamiques, publiés par le Conseil des services financiers islamiques[853] (*Islamic financial Services Board* - «*IFSB*») en Décembre 2009, traitent de manière exhaustive les questions de confidentialité applicables aux banques islamiques concernant les contrats, ainsi que les devoirs et les responsabilités de conseils consultatifs de *charia* à cet égard.

1051. Selon les principes de IFSB, les membres du conseil de *charia* devraient s'assurer

---

commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité ». Cela rejoint la jurisprudence élaborée par les juridictions du fond, de laquelle il ressort, de manière générale, que le banquier ne peut communiquer que sur des « *éléments purement factuels* » : TGI Carpentras, réf., 17 sept. 1997 : *BICC* 1998, n° 263 *; D.* 1998. 625, note O. STAES.

[850]La dénomination, l'immatriculation et le lieu du siège social, identifiant le client d'une banque comme bénéficiaire du virement, sont couverts par le secret professionnel et ne peuvent être communiqués à un tiers sans l'accord du client.

[851] Par exemple, la banque ne doit pas communiquer des informations concernant son client à l'associé ou la société mère de ce client. Et au niveau de la clientèle, cette obligation interdit à la banque de fournir à un client qui formule la demande des renseignements autres que simplement commerciaux d'ordre général et économique sur la solvabilité d'un autre de leurs clients, ce qui est souligné par la Cour de cassation dans son arrêt : Com. 18 sept. 2007: n° 06-10.663 (n° 1000 FS-P+B), *D.* 2007, p. 2466, note X. DELPECH.

[852] Central Bank of Bahrein, *Rulebook*, vol. 2 « *Islamic banks* », Principles of business, Oct. 2007. Il s'agit du quatrième principe « confidentialité ».

[853] IFSB, *Guiding Principles on shariah governance systems for institutions offering Islamic financial services*, dec. 2009. M. PARKER, « *Protecting confidentiality in Islamic financial contracts and structures* », *Arab news,* 28 August 2011.

que l'information interne obtenue durant l'exercice de leurs fonctions est gardée confidentielle. Dans ce sens, les informations confidentielles réfèrent aux « *informations reçues par les membres du comité de conformité de charia ou de conseil consultatif de charia durant l'exercice de leurs fonctions qui n'ont pas de nature publique et ne sont pas autorisées à être rendues publiques ; comprenant les informations reçues sous scellés, expressément indiquées ou désignées par la banque islamique doit être gardée confidentielle, ou se rapportant aux processus de délibération de l'institution* ». De plus, l'IFSB précise que « *les informations qui ne sont pas considérées comme confidentielles comprennent les règles et les principes de charia, les rapports et les déclarations / résolutions du comité de conformité de charia publiés par l'institution financière islamique pour la connaissance du public, et les autres informations divulguées dans des documents ou des procédures publics* ».

1052. Tout manquement à l'obligation de confidentialité est sanctionné par le droit applicable au contrat. Ainsi, la banque qui viole cette obligation encourt des sanctions civiles, pénales et disciplinaires. Sur le plan civil, sa responsabilité civile peut être engagée à cause du préjudice subi notamment par son client. Sur le plan pénal, c'est un délit de violation du secret professionnel et, le cas échéant, un délit de divulgation d'informations nominatives susceptibles de porter atteinte à la réputation ou à la considération des personnes. Alors que sur le plan disciplinaire, selon le droit français, l'obligation de respect du secret bancaire constitue une obligation légale et l'Autorité de Contrôle Prudentiel peut prononcer une sanction disciplinaire à l'encontre de l'établissement de crédit en cas de transgression des dispositions légales ou règlementaires s'imposant à sa profession[854].

1053. Une telle obligation est soumise aux exceptions d'ordre général, voire d'origine légale et d'intérêt public, rendent inopposable le secret professionnel du banquier à plusieurs autorités[855], s'agissant parfois des autorités judiciaires de nature pénale[856]. S'y ajoutent la

[854] C. mon. fin., art. L. 613-21, I.

[855] C. mon. fin., art. L. 511-33, al. 2.

[856] Au niveau pénal, il s'agit d'une juridiction répressive, agissant dans le cadre d'une procédure pénale. Ce qui est souligné par l'article 132-22 du Code pénal: « *Le procureur de la République, le juge d'instruction ou le tribunal saisi peuvent obtenir des parties, de toute administration, de tout établissement financier, ou de toute personne détenant des fonds du prévenu, la communication des renseignements utiles de nature financière ou fiscale, sans que puisse être opposée l'obligation au secret* ». De plus, d'après l'article 57, alinéa 2, de la loi du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit que les officiers de police judiciaire agissant sur réquisitions du procureur de la République dans le cadre d'une enquête préliminaire ne peuvent se voir opposer le secret bancaire. Et la Cour de cassation, Chambre criminelle, l'a rappelé dans son arrêt daté le 27 avril 1994 : Crim. 27 avril 1994: n° 93-82.976, *Bull. c.iv.* 1994 n° 152 p. 348; *D.* 1994, p. 402,

renonciation[857] libre et éclairée du client[858], en matière de douanes[859], lors des difficultés de l'entreprise[860], ainsi qu'en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme[861].

B. Obligations liées à l'information

1054. Normalement, il existe une asymétrie d'information entre la banque, étant professionnelle[862], et son client profane. Celle-ci est supposée connaître davantage des informations importantes grâce à son expertise et ses compétences. Ainsi, les obligations de renseigner son client (1), le devoir de conseil (2) et le devoir de mise en garde (3) incombent sur la banque.

1. Obligation de renseigner son client

1055. En raison de l'inégalité d'accès à l'information entre le client et sa banque, la

---

note C. GAVALDA; *Rev. scien. crim.* 1994, p. 776, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE.

[857]Com. 11 avril 1995: n° 92-20.985, *Bull. civ. IV*, n° 121, p. 107*; D.* 1996, p. 573, note H. MATSOPOULOU; *RTD Civ.* 1996, p. 166, note J. MESTRE; *RTD Com.* 1995 p. 635, note M. CABRILLAC.

[858] Le client doit renoncer selon son consentement libre du client, issu de manière expresse au vu d'une information complète lui permettant de prendre sa décision de manière éclairée : CE 30 déc. 2009: n° 306173, *JurisData* n° 2009-017446; *JCP A* 2010, act. 38, obs. J.-G. S.; *RD banc. fin.* 2010, n° 86, obs. MATHEY.

[859] L'article 43, al. 1er du Code des douanes précise que « *les agents des douanes ayant le grade d'inspecteur ou d'officier et ceux exerçant les fonctions de chef de bureau, de brigade ou de poste et ceux spécialement mandatés, peuvent exiger la communication des papiers et documents de toute nature relatifs aux opérations intéressant leur service* ». D'ailleurs, d'après les articles 65 et 455 du même Code, le secret professionnel des établissements de crédit prévu par l'art. 57 de la Loi n° 84-46 du 24 janv. 1984 (article L. 511-33 du Code monétaire et financier) n'est pas opposable aux agents des douanes exerçant le droit de communication prévu par l'article 65 du Code des douanes. De plus, en application de l'article 65-1 du Code des douanes, les agents des Douanes habilités, agissant dans le cadre d'un contrôle d'importations de marchandises prohibées, peuvent exiger des établissements de crédit la communication des documents de toute nature relatifs aux opérations intéressant leur service, sans que le secret professionnel prévu par l'article 57 de la loi du 24 janvier 1984 puisse leur être opposé : Crim. 3 mai 2001: n° 00-81.691 94-82.951, Bull. crim. n° 107, p. 330; RTD com. 2001, p. 992, obs. B. BOULOC.

[860] Le président du tribunal (C. com., art. L. 611-6, dernier al.), le juge commis par lui (. com., art. L. 621-1, al. 3), le juge-commissaire (C. com., art. L. 623-2) peut se faire communiquer par le banquier les informations qu'ils jugent utiles sur l'entreprise, de nature à donner informations exacte sur la situation économique, financière, sociale et patrimoniale du débiteur, nonobstant toute disposition législative et réglementaire contraire, même si le banquier n'est pas mis en cause. De plus, selon l'article L. 611-6 du Code de commerce, un expert judiciaire nommé par le président du tribunal dans le cadre d'une procédure collective peut obtenir communication des informations couvertes par le secret.

[861] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « *La finance islamique : une finance douteuse ?* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 5, étude 32, sept. 2009.

[862] C. mon. fin., art. L. 511-11. Il convient de noter que la notion de professionnel a donné lieu à plusieurs divergences d'interprétation pour déterminer ses critères, la majorité des auteurs se sont mis d'accord pour définir un professionnel, d'une part son mode d'action « *à savoir l'exercice d'une activité professionnelle à titre intéressé et habituel* » ; d'autre part son organisation ; et enfin une maîtrise professionnelle traduite par une compétence … par rapport à un profane.

dernière peut se trouver débitrice envers le premier d'une obligation d'information satisfaisante[863], ce qui permet de sanctionner l'abus de position à l'encontre d'une personne inexpérimentée.

1056. L'obligation de renseigner le client bancaire peut être perçue de manières active et passive ; activement lorsqu'on reproche à la banque de n'avoir pas été assez active pour rechercher le renseignement, et passivement quand elle devait le divulguer[864].

1057. Pareillement au droit francçais, le droit islamique insiste sur cette obligation dans l'objectif d'éliminer toute forme d'incertitude (*jahle*) ou d'aléa (*gharar*). De plus, en termes de validité du contrat, le droit exige que les termes du contrat soient bien clairs et précis. Ainsi, le contrat ne doit pas être douteux ou incertain pour autant que les droits et les obligations des contractants sont concernés.

1058. Cette exigence sous-entend aussi l'obligation de respecter le formalisme. Dans cette mesure, les deux systèmes juridiques, français et islamique, exigent que le contrat de crédit soit écrit : dans le Coran, la 2ème sourate, verset 282, cite « *Ô les croyants ! Quand vous contractez une dette à échéance déterminée, mettez-la en écrit ; et qu'un scribe l'écrive, entre vous, en toute justice …*»[865]. Dans le même sens, en droit français, l'article L 311-11 du Code de la consommation stipule que « *l'offre de contrat de crédit est établie par écrit ou sur un autre support durable* ». Ce formalisme d'écrit permet d'assurer que le client obtienne de claires et précises informations. En général, tout formalisme imposé doit être respecté par la banque, dont l'inobservation peut conduire à la nullité du contrat. Même si la banque doit informer son client de la nature de ses engagements à son égard, elle ne peut s'abriter derrière l'ambiguïté de la rédaction d'une formule inscrite par ce dernier[866].

1059. Plus clairement, le droit français du crédit au consommateur, mobilier ou immobilier, repose également sur l'objectif d'une bonne information de l'emprunteur, par le biais de la

---

[863] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, LGDJ, Paris, 1992, n° 174, ainsi cité par O. MADJOUR, *La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit : Etude de droit comparé français-algérien*, Thèse, Université Jean Moulin Lyon 3, 11 déc. 2009, p. 43 : Pour l'auteur, l'ignorance légitime existe lorsque le créancier de l'information ne peut connaitre celle-ci, ou lorsqu'il fait confiance légitime à son cocontractant.

[864] R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 2e éd., *Dalloz*, 2008, p. 381, n° 321.21 ; R. ROUTIER, *op. cit.*, 3e éd., 2011, p. 689, para. 521.21.

[865] Sourate La Vache (*Al-Baqara*), verset 282. C'est le verset qui est relatif à la dette, censé être le verset coranique le plus long et intitulé « verset de la dette ».

[866] R. ROUTIER, *op. cit.*, 2008, p. 489, para. 352.15 ; R. ROUTIER, *op. cit.,* 2011, p. 799, para. 552.15.

rédaction de contrats contenant des mentions précises et obligatoires. Par ailleurs, le législateur, en matière de crédit, impose à la banque de mentionner le TEG (Taux Effectif Global) dans le contrat de prêt[867]. Outre la peine d'amende, le manquement à l'obligation de mentionner le TEG entraîne la nullité de la clause d'intérêt conventionnel, et donc la perte de ces intérêts conventionnels substitués par les intérêts au taux légal[868]. Il peut aussi le cas échéant se voir imposer des délais de paiement suivant le droit commun[869], même si les mesures de grâce n'ont été demandées par l'emprunteur pour la première fois qu'en cause d'appel[870]. Telle obligation ne se limite pas seulement à mentionner le TEG mais ce TEG ne doit pas être erroné[871].

1060. En finance islamique, la lésion est l'une des causes de nullité du contrat. Il existe deux types de lésion, une lésion mineure qui est tolérée et une lésion majeure qui est une cause de nullité si elle atteint un des seuils suivants : 5% en matière de meuble, 10% en matière de bétail, et 20 % en matière immobilière, et ainsi si les conditions de lésion sont réunies, l'acheteur peut soit demander la résolution du contrat, soit accepter son exécution[872].

1061. D'ailleurs, la banque doit informer son client de toute modification apportée aux termes du contrat[873]. Parfois, il est conclu qu'une telle modification doit faire l'objet d'un accord commun des parties contractantes.

---

[867] C. consom., art. L. 313-2.

[868]Civ. 1re, 21 janv. 1992 : n° 90-18.123, *inédit*.

[869]C. civ., art. 1244-1.

[870] Civ. 1 re, 27 juin 2004: n° 02-12.598, *Bull. civ.* I, n° 187, p. 155.

[871] Il existe plusieurs hypothèses : tel TEG pouvait équivaloir à une absence de TEG, sanctionnée par la nullité de la stipulation d'intérêt, il pouvait aussi affecter la régularité de l'offre de crédit, et se traduire par la perte des intérêts pour le banquier Si le financement relève du droit de la consommation : C. consom., art. L. 311-33 et L. 312-33. Parfois, il peut être perçu comme un véritable dol du banquier entraînant la nullité du contrat de crédit : consultez dans ce sens R. ROUTIER, *op. cit*, 2008, p. 396, para. 323.27 ; R. ROUTIER, *op. cit.,* 2011, p. 706-709, para. 523.27. Egalement, la mention erronée du taux effectif global encourt la nullité de la clause d'intérêt du contrat de prêt, affectée par la prescription quinquennale de l'action en annulation de telle clause, commençant à courir à compter de la révélation à l'emprunteur de cette erreur : Civ. 1re, 27 mars 2006: n° 04-10.876, *Bull. civ.* I, n° 135, p. 125; *Juris-Data* n° 2006-032542, *RTD banc. fin*., mai-jiun 2006, p. 15, note F.-J. CREDOT, T. SAMIN. Et si d'aventure, après la substitution du taux légal, la banque ne défère pas à l'injonction qui lui est faite de produire un décompte détaillé pour établir sa nouvelle créance, elle est expurgée de tout intérêt tant légal que conventionnel[871]. CA Chambéry, 1er juill. 2002: AFUB n° 020701A, http://www.afub.org/jurisprudences_tiers/AFUB_CA_020701A.pdf.

[872]Medjelle Ottoman, art. 165, ainsi cité par A. KHOUILDI, *op. cit.*, p. 35-36.

[873] Bank Negara Malaysia, *Islamic finance*, Banking info, House financing-I, 10 Oct. 2003, p. 15.

2. Devoir de conseil

1062. Le devoir de conseil suppose que l'emprunteur se trouve obligé à effecteur un choix[874], il incite à choisir entre plusieurs options sur de vagues critères d'opportunité, orienter sa décision et – à livrer une opinion sur ce qu'il conviendrait de faire ou pas[875].

1063. En effet, la banque est écartelée entre son devoir de prudence et de loyauté (voire de conseil) et son obligation de non-ingérence dans les affaires de son client : autant l'obligation d'information et de mise en garde s'imposent à elle sans aucun doute, autant l'obligation de conseil est très controversée en raison d'un devoir de non-immixtion du prêteur qui l'oblige à laisser son client prendre ses décisions seul, faire ses choix d'investissement ou de gestion sans être orienté par la banque. Si toutefois, la banque estime que les choix sont mauvais, elle peut toujours refuser le crédit, et parfois ce refus devient une obligation sous peine d'être condamnée pour soutien abusif[876], autrement dit la fourniture d'un crédit excessif, sauf application de l'article L650-1 du Code de commerce[877].

1064. Le contenu du conseil donné est apprécié en considération des connaissances que le client emprunteur est censé posséder en la matière[878]. Cette obligation ne s'applique pas aux faits déjà connus par tous[879], mais elle porte sur les informations nécessaires dont la connaissance par le client est de nature à dégager la responsabilité du banquier[880]. Nonobstant, parfois, telle connaissance n'est pas toujours un obstacle à l'admission de la

---

[874] M. STORCK, « *L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit* », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 31, oct. 2008, p. 84 et s.

[875] R. ROUTIER, *op. cit.*, 2011, p. 792, para. 551.11.

[876] La jurisprudence est abondante ; par exemple, Com. 18 janv. 1994, n° 91-15279 ; 22 mai 2001, n° 99-10437 ; Le juge sanctionne la banque lorsque le crédit est manifestement hors de proportion avec les facultés de l'emprunteur ou avec les « *perspectives de rentabilité de l'opération* » : Com. 20 nov. 2001 : n° 99-13.894, *Bull.,* n° 186, p. 180, *RTD com.* 2002 p. 119, note M.-H. MONSIERIE-BON ; Civ. 1re, 21 févr. 2006 : n° 02-19.066, *Bull. civ.* I, n° 91, p. 86 à propos d'une banque qui « *avait pris en accordant les prêts un risque élevé, à la limite de ce qui était raisonnable* ; *D.* 2006, p. 1618, obs. J. FRANÇOIS; *Rev. dr. immo.* 2006, p. 294, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN. Com. 30 oct. 2000 : n° 97-21.154, *Bull.* n° 170, p. 150; Com. 10 déc. 2003 : n° 01-03.746, *Bull.* n° 199, p.; 221.

[877] C. com., art. L650-1 : « *Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci* ».

[878] R. ROUTIER, *op. cit.*, 2008, p. 487, para. 352.11. Dans le même sens, R. ROUTIER, *op. cit.,* 2011, p. 797, para 552.11.

[879]Civ. 3ème, 6 mars 2002 : n° 99-20.637, *inédit*, *Rev. dr. immo.* 2002, p. 211, note B. BOUBLI ; *RTD Civ.* 2003 p. 81, note J. MESTRE.

[880] Com., 4 juin 1991 : n° 89-15.742, *D.* 1993, p. 55, note M. VASSEUR.

responsabilité de la banque. Dans ce sens, la Cour de cassation retient la responsabilité de la banque lorsque « *les renseignements que l'établissement financier prétendait avoir obtenus de la banque de l'emprunteur étaient, en raison de la modicité des opérations figurant sur le compte de ce dernier, de nature à confirmer sa situation financière très précaire et les risques d'une insolvabilité contre laquelle l'unique bien de M. X... ne pouvait être pris en considération sans exposer celui-ci à une ruine certaine*[881]. *Alors qu'elle pourrait être retenue pour une insuffisance d'information sur l'impossibilité de dénouer une opération dans les conditions conformes à ses indications*[882] *ou en cas d'octroi d'un crédit avec légèreté* »[883]. Dans un autre sens, la Cour de cassation retient que la banque n'est pas responsable dès lors qu'elle n'a pas « *proposé l'investissement litigieux mais a simplement relevé qu'il appartient à [son client], qui revendiquait être un gestionnaire avisé, de procéder lui-même à des vérifications d'autant plus approfondies que l'enjeu financier et économique était important*»[884].

1065. Dans cette mesure, le client doit respecter les exigences de transparence et de bonne foi lors de sa relation contractuelle avec la banque. Donc, si, par exemple, le client omet volontairement de signaler à la banque tous les prêts souscrits, ce qui empêche la banque d'être en mesure d'apprécier exactement sa situation, donc la banque est censée être délibérément trompée et ne peut se voir reprocher un manque de conseil[885].

3. Devoir de mise en garde

1066. Récemment, la jurisprudence française a créé le devoir de mise en garde, consacré par les trois arrêts rendus par la première Chambre civile, le 12 juillet 2005[886] et précisé en

[881] Civ. 1re, 8 juin 1994: n° 92-16.142, *Bull. civ.* I, n° 206, p. 150; *RTD Com.* 1995, p. 170, note M. CABRILLAC.

[882] Com., 19 oct. 1999: n° 96-17.799, *inédit*.

[883] *Ibid.*

[884] Com., 7 juill. 2004 : n° 02-15.208, Rép. dr. com., *Responsabilité du banquier*, F. PASQUALINI, n° 79, octobre 2005.

[885] CA Rouen, 11 mai 2004 : RG 02/04525*Juris-Data* n° 242803, *JCP E* 2005, 782, p. 870, n° 41, obs. A. SALGUEIRO.

[886] Civ. 1 re, 12 juill. 2005 : n° 03-10.770, n° 02-13.155, n° 03-10.921 : *Bull. civ.* I, n° 325, p. 269; *Bull.civ. I*, n° 324, p. 268 ; *Bull.civ.* I, n° 327, p. 271; *D.* 2005, p. 2276, note X. DELPECH; *D.* 2005, p. 3094, note B. PARANCE; *RTD Com*. 2005, p. 820, note D. LEGEAIS; *Rev. dr. immo.*2006, p. 123, note H. HEUGAS-DARRASPEN.

Chambre mixte le 29 juin 2007[887].

1067. La mise en garde consiste pour la banque à attirer l'attention de son client sur les risques d'une opération donnée[888]. Il s'agit plus particulièrement d'une mesure de défense qui vise à assurer la sécurité d'une opération susceptible d'être compromise par une menace déjà perceptible[889].

1068. En application de ce devoir, la banque a le droit de refuser un financement, et parallèlement de ne pas octroyer un financement qui peut aggraver la situation de l'entreprise et causer un préjudice aux tiers, d'où l'obligation de mise en garde du client par la banque si le financement est contraire aux usages bancaires. Ainsi, elle ne doit pas faire courir de risques inconsidérés à ses clients. D'ailleurs, la banque doit prendre toutes les raisonnables mesures pour identifier et prévenir ou gérer les conflits d'intérêts qui peuvent être préjudiciables à l'intérêt du client[890], et doit orienter indirectement son client vers la bonne décision.

1069. Dans cette optique, la Cour de cassation a distingué entre l'emprunteur averti et celui qui est profane ; « *si l'emprunteur averti ne peut faire grief à la banque de lui avoir accordé le prêt qu'il a lui-même sollicité, dès lors qu'il ne prétend pas que celle-ci aurait eu sur sa situation financière des renseignements que lui-même avait ignorés*»[891] . Mais lorsqu'il s'agit d'un emprunteur profane, la banque doit vérifier les capacités financières de cet emprunteur et ne peut pas lui accorder un prêt excessif au regard de ses facultés contributives, agissant ainsi, la banque manque à son devoir de mise en garde[892]. Plus tard,

---

[887] Ch. mixte, 29 juin 2007 : n° 05-21.104, *Bull. ch. mixte* n° 7 ; n° 06-11.673,*Bull. ch. mixte* n° 8, *D.*2007, p. 1950 note V. AVENA–ROBARDET, *D.* 2007, p. 2081, note S. PIEDELIEVRE

[888] Civ ; 1re, 27 juin 1995: n° 92-19.212, *Bull. civ.* I, n° 287, p. 200; *D.* 1995, p. 621, note S. PIEDELIEVRE; *RTD Civ.* 1996, p. 384, note J. MESTRE. « *Manque à son devoir de conseil l'établissement de crédit qui consent un prêt dont les charges sont excessives au regard de la modicité des ressources de l'emprunteur, sans avoir mis en garde cet emprunteur sur l'importance de l'endettement résultant de l'octroi de ce prêt ».* M. STORCK, *op. cit.*

[889] R. ROUTIER, *op. cit.*, 2008, p. 514, para. 361.21. Dans le même sens, R. ROUTIER, *op. cit.*, 2011, p. 827, para. 561.21

[890]Au niveau de la banque islamique, Central Bank of Bahrein, *Rulebook*, vol. 2 « *Islamic banks* », Principles of business, Oct. 2007. C'est le deuxième principe « Conflits d'intérêts ».

[891]Civ. 1re, 12 juill. 2005: n° 03-10.770, n° 02-13.155: *Bull. civ.* I, n° 325, p. 269 ; *Bull.civ. I*, n° 324, p. 268; *D.* 2005, p. 2276, note X. DELPECH; *D.* 2005, p. 3094, note B. PARANCE; *RTD Com*. 2005, p. 820, note D. LEGEAIS; *Rev. dr. immo.* 2006, p. 123, note H. HEUGAS-DARRASPEN.

[892]Civ. 1re, 12 juill. 2005: n° 03-10.921: *Bull. civ.* I, n° 327, p. 271; *D.* 2005, p. 2276, note X. DELPECH; *D.* 2005, p. 3094, note B. PARANCE; *RTD Com*. 2005, p. 820, note D. LEGEAIS; *Rev. dr. immo*. 2006, p. 123, note H. HEUGAS-DARRASPEN.

en 2006, la Chambre commerciale a mis clairement à la charge du banquier un devoir de mise en garde, sans nettement distinguer entre l'emprunteur profane et averti[893]. Il est censé être utile de mettre l'emprunteur en garde à la formation du contrat, plus spécifiquement au moment de la conclusion du contrat[894]. Dans les arrêts de la Chambre mixte, datés du 29 juin 2007, la Cour a abandonné le qualificatif « profane » au profit de « non averti » ce qui permet d'étendre le mécanisme protecteur du devoir de mise en garde aux professionnels.

1070. Ce devoir, dû au « profane » ou, plus généralement, celui qui ne dispose pas de « la compétence pour apprécier la portée des obligations », sous-entend deux obligations principales, l'obligation de s'informer sur les capacités financières de l'emprunteur d'une part, et lorsque celles-ci sont insuffisantes voire simplement trop justes au regard des charges du prêt, celle de l'alerter sur les risques encourus d'autre part[895]. Ainsi, la banque ne pourra se prévaloir de son ignorance pour se soustraire à sa responsabilité. L'octroi abusif d'un crédit peut engager la responsabilité du banquier lorsqu'il est en connaissance de la situation du crédité ou ne pouvait raisonnablement l'ignorer, mais il ne serait pas responsable en cas d'informations erronées fournies par le client, ce qui constitue une cause d'exonération tirée de la faute du créancier/victime. En conséquence, la banque doit consentir à l'emprunteur un crédit adapté[896].

1071. La plupart du temps, le devoir de la mise en garde est dû eu égard à « la lourdeur de l'endettement né de l'octroi » du concours[897]. Notamment, l'obligation d'alerter s'impose quand le montant des mensualités de remboursement du prêt est progressif, dès lors que l'endettement total qui en résulte excède les facultés contributives de l'emprunteur[898].

---

[893] Com., 3 mai2006 : n° 02-11.211, *Bull. civ.* IV, n° 102, p. 100 ; *D.* 2006, p. 1445, note X. DELPECH ; *D.* 2006, p. 1618, note J. FRANÇOIS; *Rev. dr. immo.*2006, p. 294, note H. HEUGAS-DARRASPEN ; RTD Civ. 2007 p. 103, note J. MESTRE et B. FAGES.

[894] Ch. mixte, 29 juin 2007 : n° 05-21.104, *Bull. civ.* 2007, Ch. mixte, n° 7; *D.* 2007, p. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2007, p. 2081, obs. S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2008, p. 871, obs. D. R. MARTIN ; *RTD Civ.* 2007, p. 779, obs. P. JOURDAIN.

[895]Civ. 1re, 21 févr. 2006 : n° 02-19.066, *Bull. civ.* I, n° 91, p. 86; *D.* 2006, p. 1618, obs. J. FRANÇOIS; *Rev. dr. immo.* 2006, p. 294, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN. R. ROUTIER, *op. cit.*, 2008, p. 519, para. 362.21 ; R. ROUTIER, *op. cit.,* 2011, p. 835, para. 562.21.

[896] Lors de l'octroi d'un crédit, le banquier est tenu d'un devoir de mise en garde au regard des « capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts » : Mixte, 29 juin 2007 : n° 05-21.104, *Bull. civ.* 2007, Chambre mixte, n° 7; *D.* 2007, p. 1950, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.* 2007, p. 2081, obs. S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2008, p. 871, obs. D. R. MARTIN ; *RTD Civ.* 2007, p. 779, obs. P. JOURDAIN.

[897] Civ. 1 re, 12 juill. 2006: n° 05-12.699, *Bull. civ.* I, n° 398, p. 342.

[898] Civ. 1 re, 12 juill. 2006: n° 04-13.192, *Bull. civ.* I, n° 397, p. 342.

1072. De plus, ce devoir suppose un risque préexisté, et encouru par l'emprunteur, si le risque est élevé au-delà du raisonnable, la banque doit vérifier si les emprunteurs sont avertis et sinon, il doit les alerter sur l'importance de ce risque[899].

1073. La jurisprudence française sanctionne la violation par la banque de son devoir de mise en garde par l'attribution de dommages-intérêts afin de compenser une perte de chance de ne pas avoir contracté le prêt : le dommage résultant d'un manquement à l'obligation de mise en garde consistant en une perte de chance de ne pas contracter se manifeste dès l'octroi des crédits[900]. Le dommage réel consiste en le risque excessif lié à l'endettement de l'emprunteur, ainsi plus la probabilité de réalisation du risque est grande, plus la réparation est élevée ; mais lorsque le risque de défaillance de l'emprunteur est faible ou moyen, le montant des dommages-intérêts sera lui-même faible ou moyen[901]. Mais la jurisprudence française n'admet la réparation de ce dommage qu'à la mesure de la perte de chance, c'est-à-dire de la probabilité que l'emprunteur n'aurait pas (ou aurait quand même) souscrit le prêt s'il avait été averti de ces risques. Le préjudice réparable diffère donc du risque d'endettement.

C. Obligations liées à la prudence

1074. Lors de sa mission, la banque rencontre plusieurs risques et fraudes. Ce qui peut lui être préjudiciable ainsi qu'à son client et aux tiers au cours des opérations bancaires. Ce qui souligne l'importance d'une mission de contrôle, de surveillance des opérations par la banque à la demande de ses clients. Ces obligations tiennent à influer le contrat et l'intérêt du client bancaire. Elles consistent en le devoir de vigilance (1) et obligation de se renseigner (2).

1. Devoir de vigilance

1075. C'est un devoir plutôt d'origine jurisprudentielle, mais constitue une obligation

---

[899] Civ. 1 re, 21 févr.2006 : n° 02-19.066, *Bull. civ.* I, n° 91, p. 86; *D.* 2006, p. 1618, obs. J. FRANÇOIS; *Rev. dr. immo.* 2006, p. 294, obs. H. HEUGAS-DARRASPEN.

[900]Com. 26 janv.2010, n° 08-20.505, *inédit*, n° 08-18.354, *Bull. civ.* IV, n° 21; *D.* 2010, p. 934, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; *RTD Com.* 2011, p. 770, obs. D. LEGEAIS; *RTD Com*. 2011, p. 775, obs. B. BOULOC.

[901] M. MIGNOT, « *Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et de sa caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir de contracter ?* », in *Le crédit : aspects juridiques et économiques,* sous dir. J. LASSERRE-CAPDEVILLE et M. STORCK, Colloque à l'Université de Strasbourg, 14-15 et 16 sept. 2011, *Dalloz*, Paris, 2012, p. 81.

ponctuelle résultant aussi de textes législatifs.

1076. Par application de ce devoir, la banque doit généralement identifier son client, ainsi que recueillir « les informations relatives à l'objet et à la nature » de la relation d'affaires et tout autre élément pertinent sur son client[902]. De plus, pendant la relation d'affaires, la loi exige une «connaissance actualisée » du client et un « examen attentif des opérations effectuées», afin que l'assujetti soit toujours en mesure d'évaluer la cohérence des opérations en question au regard de la connaissance qu'il a du client[903].

2. Obligation de se renseigner

1077. Le devoir de vigilance implique une obligation de se renseigner en procédant à des investigations supplémentaires pour choisir un comportement approprié. Ce devoir répond à un impératif de protection des intérêts du client mais également des tiers[904]. La banque ne doit pas se satisfaire de données brutes délivrées par son client, mais doit de plus utiliser son raisonnement professionnel et conduire des analyses propres avant d'accepter ou de refuser le financement du client. D'ailleurs, la banque doit s'assurer de la régularité et de la sincérité des documents comptables qui lui étaient présentés par le client en vue de l'obtention de crédits importants[905]. Aucune partie ne doit être engagée ou réagir aveuglément sans avoir une connaissance suffisante, ou risque sur soi-même dans l'aventure sans connaître les résultats ou les conséquences[906].

1078. De plus, il existe certaines obligations du banquier islamique qui soulignent la différence de la base idéologique de l'économie islamique, d'où la spécificité des obligations du fournisseur de financement islamique (II).

II. Obligations spécifiques au fournisseur de financement islamique

1079. Malgré la ressemblance des obligations de la banque islamique avec celles de la banque conventionnelle, on ne peut pas ignorer l'existence d'une certaine divergence et

---

[902] C. monét. fin., art. L. 561-6, al. 1.

[903] C. monét. fin., art. L. 561-6, al. 2.

[904] F. BOUCARD, « *Les devoirs généraux du banquier* », *J.Cl. com.,* fasc. 343, 25 oct. 2002.

[905] Com. 22 mai 1985: n° 84-10.139, *Bull. civ.* IV, n° 164, p. 138.

[906] M. AYUB, *Understanding Islamic Finance, Chichester,* John Wiley & Sons, coll. *Wiley Finance*, *LTD*, London, United Kingdom, 2007, p. 143.

particularité entre les obligations de chaque banque[907].

1080. En termes généraux, la banque islamique, a priori son comité de conformité de *charia « Sharia Board »* est responsable d'examiner la validité du contrat au regard des principes et des règles de *charia*.

1081. Le fournisseur de financement islamique peut être tenu d'une obligation de garantie des vices cachés (A), ou d'immixtion dans les affaires du client (B). Il importe de noter que ces obligations sont particulières à certains montages de financement, et de plus l'immixtion dans les affaires de son client se voit plutôt sous forme d'une participation ou de surveillance[908].

A. Garantie des vices cachés

1082. En financement islamique, notamment dans le cadre du contrat de *mourabaha*, la banque joue le rôle de vendeur. Ainsi, en sa qualité de propriétaire de l'objet, elle doit subir les risques y afférents et garantir les vices cachés.

1083. Cette obligation est régie par l'article 1641 du Code civil français, précisant que dans un contrat de vente tout vendeur doit garantir « *les défauts cachés de la chose vendue qui la rendent impropre à l'usage auquel on la destine (...)* ».

1084. Mais, l'activité de la banque conventionnelle n'implique pas essentiellement des opérations d'achat et revente.

1085. Donc, l'article 1641, mentionné ci-dessus, fait peser sur la banque islamique l'obligation de garantie des vices cachés « obligation non prévue par la *charia* » en cas de *mourabaha*, opération d'achat-revente, de nature *a priori* temporaire[909].

B. Immixtion dans les affaires du client

1086. L'immixtion dans les affaires du client par la banque est une question controversée

[907] Il est important de noter que les obligations spécifiques au fournisseur islamique, comme mentionnées ci-dessus, s'appliquent pour certains contrats de financement, il ne s'agit pas de règles ou d'obligations générales en cas de financement islamique.

[908] Pour des raisons relatives à la comparaison entre la banque islamique et la banque conventionnelle en droit français, nous avons utilisé le terme « immixtion » comme nous l'expliquons ci-dessous.

[909] J. CHARBONNIER, *Islam : droit, finance et assurance*, préf. L. A. BARRIERE, éd. Larcier, Groupe de Boeck, coll. *Cahiers financiers*, Bruxelles, 2011, p. 125.

tant en droit français qu'en droit islamique. En effet, il ne s'agit d'une obligation contractuelle, pesant sur la banque, qu'en fonction de la nature de son intermédiation dans certaines opérations. Autrement dit, une telle immixtion peut sous-entendre le devoir du conseil ou de la mise en garde du client par la banque, ou plus largement une participation à la gestion du projet selon la technique de financement en cause.

1087. En droit français, en matière de crédit, la banque n'a pas à s'immiscer dans le choix ou dans les affaires de son client, par exemple en réalisant de son propre chef des opérations pour le compte de ce dernier ou en l'incitant à prendre telle ou telle décision, il s'agit du principe de non-ingérence du banquier, encore dénommé principe de non-immixtion[910]. Ainsi, même si la banque doit tenir compte des risques prévisibles de l'opération projetée par le client mais elle n'a pas à se substituer à celui-ci dans une appréciation de la viabilité de l'opération à financer, ce qui semble être une limite au développement d'un devoir de conseil[911].

1088. Toutefois, elle doit s'informer sur les affaires de son client avant de les financer, afin d'éviter un soutien abusif ou un financement octroyé à une entreprise illicite. Ainsi, la banque est placée justement en position de neutralité.

1089. Ce principe a une double finalité : d'une part, la protection du client contre les ingérences de la banque dans ses propres affaires et d'autre part, la préservation de l'intérêt de la banque contre les actions en responsabilité qui pourraient être engagées contre elle dans les hypothèses où l'opération effectuée se révélerait préjudiciable pour le client ou pour les tiers.

1090. Par exception, les parties au contrat de crédit, par exemple, peuvent s'accorder que la banque s'engage à contrôler l'affectation des fonds[912]. Ainsi, le contrat peut contenir une clause prévoyant l'exigibilité anticipée des sommes empruntées pour cause d'emploi à un autre objet que celui initialement envisagé, telle clause est censée être stipulée dans le seul intérêt du prêteur et ainsi un créancier de l'emprunteur ne peut s'en prévaloir pour fonder

[910]J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « *Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?* », *Banque & Droit*, n° 100, mars-avril 2005, pp. 11-19.

[911] M. STORCK, « *L'obligation d'information, de conseil, de mise en garde du banquier dispensateur de crédit* », *Revue Lamy droit des affaires,* n° 31, oct. 2008, p. 84 et s.

[912]Com., 3 juill. 2001 : n° 98-17.016, *inédit*.

une action en responsabilité à l'encontre de la banque[913].

1091. Sans confondre avec le devoir du conseil de la banque, il est possible que les clients d'une banque soient en relation avec un conseiller de clientèle qui, sans être tenu d'une obligation de conseil, en raison du défaut d'un contrat de conseil conclu avec le client et donnant lieu à une rémunération, peut orienter ce dernier dans ses choix et lui proposer des services ou prestations[914].

1092. Cette obligation de non-immixtion s'efface quand le législateur oblige le professionnel de faire preuve de vigilance[915]. Ainsi, selon ce devoir de vigilance, la banque doit s'assurer que les opérations qu'elle va traiter ne présentent pas une anomalie apparente et, en présence d'une telle anomalie, elle doit mettre en œuvre toutes les mesures nécessaires pour éviter le préjudice qui résulterait pour le client ou pour un tiers de la réalisation de cette opération[916]. A défaut d'anomalie apparente, l'inaction du banquier ne peut être source de sa responsabilité, et il ne sera pas responsable du préjudice subi, ainsi la victime en supporte les risques et les conséquences[917].

1093. Or, en droit islamique, la banque sélectionne avec rigueur les projets qu'elle souhaite financer et surveille constamment la rentabilité du projet. A ces fins, elle intervient en tant qu'actionnaire en supportant les pertes avec son client[918] et insiste parfois pour avoir un siège au conseil d'administration dans la société où elle investit. Elle peut aussi intervenir en sa qualité de principal dans une relation d'agence avec son client, l'agent, et dans cette mesure elle peut lui donner des instructions et peut surveiller les activités ou le résultat d'investissement.

1094. Nonobstant, cette immixtion n'est pas une règle dans tous les modes de financement islamique, elle doit faire l'objet d'un accord commun entre les parties. Les conditions relatives au rôle de la banque et à l'ampleur de son intervention dans le projet financé

---

[913]Com., 27 mars 2001 : n° 98-13.346, note F. PASQUALINI, *Rép. com., responsabilité du banquier*, oct. 2005, (dernière mise à jour : juin 2012).

[914] M. STORCK, *op. cit.*

[915] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « *La finance islamique : une finance douteuse ? », Revue de droit bancaire et financier*, n° 5, étude 32, sept. 2009.

[916] F. BOUCARD, « *Les devoirs généraux du banquier* », *J.Cl. com.,* fasc. 343, 25 oct. 2002.
[917] Com. 29 jan. 2002 : n° 99-16.571, *Bull. civ.* IV n° 20, p. 20.

[918] M. K. HASAN & M. K. LEWI, *Handbook of Islamic banking*, Edward Elgar Publishing, Inc., United Kingdom, 2007, p. 98.

doivent être bien définis et précis dans son accord avec le client.

1095. Telle obligation suscite les enjeux particulièrement au niveau des contrats de fiducie. Ainsi, dans un contrat de *moudaraba*, l'entrepreneur (*moudareb*) est responsable entièrement de la conduite de la gestion de l'activité sans aucune possibilité d'immixtion de la part du financier (*rab al mal*)[919]. Dans cette structure, malgré sa non-immixtion dans la gestion de l'activité, le financier (*rab al mal*) dispose d'un droit de regard, voire de participation à l'activité dans une certaine mesure, sous réserve de l'accord préalable du *moudareb*[920]. Et dans un contrat de *moucharaka,* la banque et le client sont des partenaires au projet. Tous les deux ont le droit de partager la gestion de l'entreprise, chacun au prorata de sa contribution au capital, sauf s'ils conviennent de choisir un d'entre eux ou un tiers pour assumer la gestion.

1096. Dans les autres modes de financement islamique, comme la *mourabaha*, l'*ijara*, la banque se contente de financer son client mais ne participe pas activement dans la gestion des affaires de ce dernier, s'agissant ainsi des transactions d'ordre commercial sous forme de financement par dette.

1097. Après avoir analysé les droits et les obligations du fournisseur de financement, il est intéressant d'étudier aussi les droits et les obligations du bénéficiaire de financement (Section II).

[919] P. GRANGERAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », Banque & Droit*, n° 97, sept.- oct. 2004, p. 54.

[920] *Ibid.*

SECTION II

DROITS ET OBLIGATIONS DU BÉNÉFICIAIRE DE FINANCEMENT

1098. Soulignons ci-dessus, les traits attachés à chaque transaction financière sous l'empire d'un tel ou tel système affectent la qualification juridique des parties contractantes. Ainsi, en matière de financement conventionnel ; il s'agit principalement d'un contrat de prêt créant une relation prêteur-emprunteur entre la banque et son client, alors qu'en matière de financement islamique, la banque peut s'engager dans des opérations autres que le prêt, comme le crédit-bail, la *mourabaha*, et la *moucharaka,* et donc la relation entre la banque et son client ne se limite pas à celle de prêteur-emprunteur.

1099. Dans toute opération de financement, il peut exister une inégalité entre les prestations contractuelles, d'une part et les droits et les obligations des contractants, d'autre part. La banque, étant le fournisseur du financement est dans une position forte et plus favorable par rapport au bénéficiaire du financement, son client. Ce qui met en exergue la nécessité d'application des principes directeurs du droit des contrats, comme la justice, l'équité, l'équilibre des prestations, la transparence et la clarté des termes du contrat[921].

1100. Dans cette section, nous examinerons ci-dessous les droits et les obligations principaux du bénéficiaire de financement, sans réexaminer les droits du bénéficiaire résultant des obligations de son fournisseur.

1101. On aborde par les droits du bénéficiaire (**§** I), et ensuite ses obligations (**§** II).

§ I : <u>Droits du bénéficiaire</u>

1102. Certaines obligations du fournisseur peuvent correspondre le plus souvent aux droits du bénéficiaire, son client. Par exemple, concernant les obligations liées à l'information[922], imposées sur le fournisseur, son client, quelque soit le droit applicable, a le droit à recevoir une information exacte, complète et bien claire sur les conditions du contrat et ses engagements contractuels avant de signer le contrat. Ce qui démontre l'ampleur de la

[921] D'ailleurs, le droit de consommation adopte des mesures protectrices du consommateur lors d'un contrat de crédit. Notre étude ne s'étend pas à cette partie.

[922] *Supra* nn° 1054-1073.

relation de confiance entre le banquier et son client et justifie aussi la sanction de l'abus de position de l'expérimenté par la banque sous les systèmes français et islamique.

1103. Lors de l'octroi d'un financement, le droit du client au remboursement anticipé de sa dette peut soulever quelques controverses notamment en ce qui concerne la pénalité de ce remboursement.

1104. En général, selon un accord commun entre les parties, le bénéficiaire du financement peut rembourser par anticipation le montant du capital emprunté mais la nature de l'opération en cause et le droit applicable influent sur la portée de ce droit et les conditions de remboursement par anticipation.

1105. En cas de financement islamique, ce droit peut être exercé dans le cadre des transactions d'ordre commercial, non fondées sur le partage des profits et des pertes, comme la *mourabaha*, l'*ijara*, le *salam* et l'*istisna*. La banque ne peut pas imposer d'intérêt sur l'emprunteur à cette occasion, et par conséquent, toute obligation de verser des intérêts est réputée nulle[923].

1106. Nonobstant cette interdiction, la banque peut imposer des frais, généralement fixés sous forme d'un forfaitaire ou en fonction d'un « x » nombre de mois de profit (le profit d'un 1 mois par exemple), et elle peut aussi minimiser la dette sous forme d'un rabais (*ibra'*)[924].

1107. Toutefois, ces frais ne sont pas exigés si la banque a reçu un préavis de l'emprunteur dans un délai raisonnable selon les termes du contrat, ou si le remboursement a eu lieu après une période minimum de financement ainsi déterminée[925].

1108. Alors qu'en cas de financement conventionnel, le concept de remboursement anticipé est perçu d'une manière différente : le terme du contrat de crédit à intérêt est présumé fixé dans l'intérêt commun des parties. Mais le droit admet aussi la validité de principe

---

[923] H. SMITH LLP (en collaboration avec G. LUTZ et STIBBE), « *Guide de la finance islamique* », Paris, 2009, p. 2.

[924] Bank Negara Malaysia, *Islamic finance*, Banking info, House financing-I, 10 Oct. 2003, p. 12. Dans le même sens, Institut Bank – Bank Malaysia, « *Islamic banking handbook*», Financial sector talent enrichment programme, 1st ed., 2010, p. 85 (Consultez le site: http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2010/11/Islamic-Banking-Handbook-FINANCIAL-SECTOR-TALENT-ENRICHMENT-PROGRAMME.pdf).

[925] Bank Negara Malaysia, *Islamic finance*, Banking info, House financing-I, 10 Oct. 2003, p. 12.

d'accepter le remboursement par anticipation de la dette.

1109. En droit français, cette question est soumise à des règles différentes selon la matière en cause. En matière de crédit immobilier, le législateur a précisé que l'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, le prêt. Ce remboursement est soumis aux termes du contrat, qui peut même interdire « *les remboursements égaux ou inférieurs à 10 % du montant initial du prêt, sauf s'il s'agit de son solde*[926] ». De plus, le contrat de prêt peut comporter une clause « *aux termes de laquelle, en cas de remboursement par anticipation, le prêteur est en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus, celle-ci ne peut, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, est fixé suivant un barème déterminé par décret* »[927].

1110. Mais, une telle indemnité ne peut excéder « *la valeur d'un semestre [6 mois] d'intérêt sur le capital remboursé au taux moyen du prêt, sans pouvoir dépasser 3 % du capital restant dû avant le remboursement* »[928]; et dans le cas où un contrat de prêt est assorti de taux d'intérêts différents selon les périodes de remboursement, elle « *peut être majorée de la somme permettant d'assurer au prêteur, sur la durée courue depuis l'origine, le taux moyen prévu lors de l'octroi du prêt* »[929].

1111. Et l'article L312-21, al. 2., dernier alinéa, du Code de la consommation précise que « *Pour les contrats conclus à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière, aucune indemnité n'est due par l'emprunteur en cas de remboursement par anticipation lorsque le remboursement est motivé par la vente du bien immobilier faisant suite à un changement du lieu d'activité professionnelle de l'emprunteur ou de son conjoint, par le décès ou par la cessation forcée de l'activité professionnelle de ces derniers* ».

1112. En matière de crédit à la consommation[930], à l'exclusion des transactions de locations

[926] C. consom., art. L312-21, al. 1.

[927] C. consom., L312-21, al. 2.

[928] C. consom., art. R312-2.

[929] C. consom., art. R. 312-2.

[930] C. consom., art. L. 311-22 : « *L'emprunteur peut toujours, à son initiative, rembourser par anticipation, en partie ou en totalité, le crédit qui lui a été consenti. Dans ce cas, les intérêts et frais afférents à la durée résiduelle du contrat de crédit ne sont pas dus.*

avec option d'achat, aucune indemnité n'est due par l'emprunteur qui souhaite rembourser son prêt par anticipation. Toutefois, le prêteur peut refuser un remboursement partiel anticipé inférieur à un montant fixe par décret.

1113. D'ailleurs, la banque conventionnelle peut exiger la réception d'un préavis de tel remboursement, en fixant une date minimum à cet égard.

1114. Il ne faut pas confondre entre le droit de remboursement anticipé de l'emprunteur et l'exigibilité anticipée de la dette qui lui est imposée selon son accord avec le prêteur dans certaines conditions, comme par exemple en cas de défaillance contractuelle des parties que nous entendons étudier dans le deuxième chapitre de ce titre.

1115. Après avoir traité les droits du bénéficiaire de financement, il importe de présenter ses obligations les plus importantes (**§** II).

§ II : <u>Obligations du bénéficiaire</u>

1116. Certaines obligations sont communes (I) pour le bénéficiaire d'un financement conventionnel et celui d'un financement islamique. Mais, d'autres sont avec différences nuancées (II).

I. Obligations communes

1117. Comme tout contractant, le bénéficiaire, dans un contrat de financement, quel que ce soit le droit applicable, est soumis aux obligations générales, consistant en le respect de ses obligations contractuelles, les obligations de bonne foi, de transparence et de loyauté. Par exemple, à l'occasion de la souscription d'un crédit, le client doit fournir à sa banque les informations et les données nécessaires correctes et exactes. En outre, au moment de la

---

Aucune indemnité de remboursement anticipé ne peut être réclamée à l'emprunteur dans les cas suivants : 1° En cas d'autorisation de découvert ; 2° Si le remboursement anticipé a été effectué en exécution d'un contrat d'assurance destiné à garantir le remboursement du crédit ; 3° Si le remboursement anticipé intervient dans une période où le taux débiteur n'est pas fixe ; 4° Si le crédit est un crédit renouvelable au sens de l'article L. 311-16. Dans les autres cas, lorsque le montant du remboursement anticipé est supérieur à un seuil fixé par décret, le prêteur peut exiger une indemnité qui ne peut dépasser 1 % du montant du crédit faisant l'objet du remboursement anticipé si le délai entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit est supérieur à un an. Si le délai ne dépasse pas un an, l'indemnité ne peut pas dépasser 0, 5 % du montant du crédit faisant l'objet d'un remboursement anticipé. En aucun cas l'indemnité éventuelle ne peut dépasser le montant des intérêts que l'emprunteur aurait payés durant la période comprise entre le remboursement anticipé et la date de fin du contrat de crédit convenue initialement. Aucune indemnité autre que celle mentionnée au présent article ni aucuns frais ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur en cas de remboursement par anticipation ».

conclusion du contrat, il doit avoir une intention sérieuse de respecter ses engagements contractuels et de rembourser la dette à la date d'échéance.

1118. En réponse aux obligations d'information et de conseil pesant sur la banque, l'emprunteur doit lire et comprendre tous les termes et les conditions de son financement, ainsi que les observer tout le temps au cours de son financement[931].

1119. Cette ressemblance des obligations du bénéficiaire dans les financements islamique et conventionnel n'empêche pas l'existence de certaines obligations présentant des différences nuancées (II).

II. Obligations avec différences nuancées

1120. Toutefois, certaines obligations s'appliquent dans un contexte diffèrent dans les deux systèmes, dont les plus importantes sont celle de remboursement (A) et celle de consentir une sûreté (B).

A. Obligation de remboursement

1121. Dans une opération de crédit, lors d'un financement conventionnel, le remboursement s'effectue en nominal et intérêts fixés. La capacité de remboursement du prêt (ratio d'endettement) détermine généralement le montant du prêt (ligne de crédit) et certaines banques ayant même des grilles de majoration des taux peuvent relever régulièrement le taux d'intérêt lorsque l'emprunteur manque un ou plusieurs paiements afin de pénaliser ce dernier[932].

1122. En cas de financement islamique, le prêt doit être octroyé à titre gratuit, s'agissant d'un *qard hassan*. Ce type de contrat vise principalement à entraider une personne qui rencontre des difficultés financières et aucun profit ne doit en être tiré pour le créancier que dans le sens de faire un acte de bienfaisance.

1123. Or, l'obligation de remboursement ne joue que dans les contrats d'ordre commercial à revenu fixe, considérés comme les contrats de « dette » islamique. Toutefois, il ne s'agit pas d'imposition ou de perception d'un taux d'intérêt. Cette obligation est différemment

[931] Bank Negara Malaysia, *Islamic finance*, Banking info, House financing-I, 10 Oct. 2003, p. 15.

[932] Centre du Commerce International (ITC), *Le système bancaire islamique : guide à l'intention des petites et moyennes entreprises*, Genève, 2009, p. 58.

conçue selon la nature de l'opération en cause : dans les montages participatifs, le client partage les profits avec la banque, il ne s'agit pas donc d'une obligation de remboursement proprement dite ; alors que dans les montages non-participatifs, considérés comme transactions d'ordre commercial et qualifiés de financement islamique par dette, le client rembourse la banque par tranches, avec la marge convenue à l'avance.

1124. Cette marge ne doit pas être assimilée à un taux d'intérêt, que ce soit fixe ou variable. Soulignons dans la première partie de notre étude sur la structure contractuelle du financement, il s'agit des opérations commerciales qui doivent être adossées à un actif sous-jacent et la banque se rémunère sur la base de la performance de l'actif et le temps ne fait pas l'objet d'un échange indépendant mais il porte sur ce bien dont la valeur détermine en priorité le prix de vente. Or, dans le financement par crédit à intérêt, la transaction porte sur un objet monétaire et permet ainsi de générer de l'argent avec l'argent, sous forme d'intérêt déterminé selon l'échéance de remboursement et le montant du crédit.

1125. Néanmoins, le facteur temps n'est pas totalement nié ; il influence le prix ; mais en financement islamique, il ne fait pas l'objet d'une rémunération séparée[933]. A titre d'exemple, en cas de *mourabaha*, la marge bénéficiaire sera d'autant plus importante que le délai de paiement accordé sera long[934] ; mais le montant de cette marge ne varie pas dans le temps, il est fixé au préalable et ne varie pas durant la durée du délai de paiement accordé. En cas d'*ijara*, le client doit verser régulièrement les loyers périodiques et en cas de disparition du bien détenu par la banque, les paiements doivent cesser[935]. Alors que l'*istisna* implique le paiement d'un bien de manière échelonnée dans le temps au fur et à mesure de sa réalisation ; et le *salam* porte sur l'acquisition à terme d'un bien déterminé moyennant un paiement au comptant[936].

1126. Dans le cadre d'une *moucharaka* dégressive (*moucharaka moutanaqssa*)[937], pour le

---

[933] R. SAADALLAH, « *Le financement islamique : concept et principes généraux »,* Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, p. 19.

[934] J.-M. MOULIN, « *Principes et moyens de la finance islamique* », *Journal des sociétés,* Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 15.

[935] *Ibid.*

[936] AIDIMM & IFAAS, « *Quels marchés et quelles opportunités pour les banques de détail ?* », Rapport sur la finance islamique, 2011, p. 53.

[937] La banque participe au financement d'un projet avec l'intention de se retirer progressivement du projet après son désintéressement total par le promoteur. Ce dernier versera, à intervalle régulier à la banque la partie de

rachat de la part de la banque par son client associé, le remboursement se fera par la mise en jeu d'options de vente au profit de la banque portant sur des tranches de participation permettant ainsi un remboursement échelonné du financement participatif à un prix déterminé, et pouvant intégrer une part d'intérêt qui sera prise en compte dans le calcul du prix de revente de la participation de la banque, mais non pas d'intérêt fixe puisque le prix de revente devra être fixé *ab initio* et la partie variable, quant à elle, dépendra de la disponibilité d'un *cash flow* généré par les revenus du projet[938].

1127. En droit français, outre le taux d'intérêt nominal, le taux effectif global (TEG) en relation avec le contrat en cause doit être remboursé[939]. L'article L. 313-2 du Code de la consommation est conçu à portée générale et s'applique sans distinction entre professionnels et non-professionnels. Aux termes de cet article, il faut mentionner par écrit le TEG dans tout contrat de prêt. La doctrine s'incline alors pour adopter une interprétation extensive du contrat de prêt[940] en y intégrant la notion d'opération de crédit[941].

1128. A ce stade, se pose la question de savoir si un contrat de financement islamique peut être vu comme une opération de crédit au sens du droit français. Une opération de crédit, telle que définie par l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, suppose une mise à disposition de fonds et un aspect onéreux de l'opération[942]. L'article n'a pas précisé que cet

---

bénéfices lui revenant comme il peut réserver une partie ou la totalité de sa propre part pour rembourser l'apport en capital de la banque. Après la récupération de la totalité de son capital et des bénéfices qui lui échoient, la banque se retire du projet. Cette formule s'apparente aux participations temporaires dans le *banking* classique. Consultez H. BENZHA, « *Le financement de la PME en finance islamique* », *Ribh - le journal de la finance islamique*, 17 mars 2008, p. 4.

938 P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. - oct. 2004, p. 54.

939 C. consom., art. L. 313-2 : « *Le taux effectif global déterminé comme il est dit à l'article L. 313-1 doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt régi par la présente section. Toute infraction aux dispositions du présent article sera punie d'une amende de 4 500 euros* ».

940 Il existe trois types de prêt : le prêt à usage ou *commodat* qui désigne le prêt des choses dont on peut user sans les détruire (C. civ., art 1875 et s) ; le prêt de consommation qui porte sur les choses qui se consomment par l'usage (C. civ., art 1892 et s) et enfin le prêt à intérêt (C. civ., art 1905 et s). Les deux premiers types sont considérés par essence comme gratuits. Le troisième trouve son application dans l'article 1905 du Code civil qui dispose qu'il est permis de stipuler l'intérêt en matière soit de prêt d'argent, soit de prêt de denrée ou autres choses mobilières. Dans le cadre de cette étude, nous nous concentrons sur le prêt à intérêt pour le rapprocher de la notion d'opération de crédit bancaire.

941 Vasseur avait résumé cette notion de la manière suivante « *si tout prêt est une opération de crédit, toute opération de crédit n est pas un prêt* ». M. VASSEUR, *Droit et économie bancaire, Les cours du droit Institutions bancaire,* Fasc. I-A, 4e éd, 1985-1986, p 74, ainsi cité par I. CEKICI, *op. cit.,* p. 110.

942 C. mon. fin., art. L. 313-1 : « *Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie. Sont assimilés à des*

aspect doit se manifester uniquement par une stipulation d'intérêt, ce qui permet d'inclure toute forme de rémunération directe ou indirecte, voire une indexation du capital[943].

1129. La nature de l'engagement de la banque a un impact sur la qualification juridique de l'opération, il peut s'agir d'une mise à disposition de fonds future ou immédiate. Les montages de financement islamique par dette reflètent un scénario complexe, superposant deux niveaux de transactions et des transferts de propriété successifs dans le cadre d'une relation triangulaire : entre la banque et le fournisseur de l'actif sous-jacent d'une part et entre la banque et le client final d'autre part (*mourabaha*, *ijara*, *salam* et *istisna*) et d'autres montages (*moudaraba*, *moucharaka*) adoptent une approche participative des profits et des pertes.

1130. Admettons que les contrats de financement islamique peuvent être qualifiés d'opérations de crédit[944], consistant en mise à disposition de fonds à titre onéreux[945], se pose la question d'application du TEG[946] sur ces contrats. Selon l'article L. 313-1, alinéa 1 du

---

opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat ». Les opérations de crédit peuvent se classifier en plusieurs catégories ; autre que les opérations de crédit à intérêt classiques, les promesses unilatérales de prêt (ouverture de crédit, le crédit différé) ; les crédits permettant la mobilisation des créances (l'escompte, la cession professionnelle de créance « cession Dailly », l'affacturage) ; et les engagements par signature sont considérées comme des opérations de crédit, que nous n'entendons pas étudier ici.

[943] R. GUILLEN, « *Lexique des termes juridiques* », éd. Dalloz, 1995, ainsi cité par C. SERHAL & I. CEKICI, «*L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique*», *Banque & droit*, n° 126, juill.-août 2009.

[944] Selon une étude amenée par Serhal et Cekici, il estime que les opérations *d'ijara*, de *moudaraba* et de *mourabaha* ne sont pas qualifiées d'opérations de crédit et échappent ainsi à l'exigence de mention écrite du TEG. Selon lui, le contrat d'*ijara* peut prendre la forme d'une location-vente ou d'un crédit-bail en droit français, alors que selon l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier ces opérations sont assimilées à des opérations de crédit. Nonobstant il a noté que la jurisprudence (arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 12 novembre 1979 - n° 79-90.165) ne reconnaît pas l'application du TEG sur le crédit-bail en le considérant comme un contrat de louage assorti au profit du locataire d'une promesse de vente unilatérale. La *moudaraba* se rapproche d'un contrat de *commandite* française, et de ce fait n'est pas considérée comme une opération de crédit et donc le TEG ne lui est pas applicable. Pareillement, la *mourabaha* est juridiquement considérée comme un simple contrat de vente, ainsi qualifiée par l'instruction fiscale publiée au Bulletin officiel des impôts du 25 février 2009. Consultez C. SERHAL & I. CEKICI, « *L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique* », *Banque & droit*, n° 126, juill.-août 2009.

[945] Selon nous, les transactions *d'ijara*, de *moudaraba* et de *mourabaha* permettent à la banque de mettre à la disposition de son client des fonds dans l'objectif de financer des opérations d'acquisition ou de location des biens ou des projets d'investissement. Leur qualification de location, de commandite et de vente ne doit pas contredire leur finalité financière considérée comme la cause principale à l'origine d'une telle relation contractuelle. En contrepartie de ce financement octroyé par la banque, celle-ci reçoit une rémunération sous forme de marge bénéficiaire ou de profit à l'issue de l'investissement, ce qui souligne le caractère onéreux de ces transactions. De ce fait, nous pouvons admettre de considérer ces transactions comme des opérations de crédit en droit français.

[946] En considération de l'interprétation extensive de la notion de contrat de prêt pour englober la notion d'opération de crédit bancaire.

Code de la consommation[947], le TEG comprend les intérêts, les frais, les commissions et les rémunérations de toute nature. Or, le droit islamique prohibe toute stipulation d'intérêt, ainsi il est plus opportun d'écarter toute référence à la mention d'intérêt dans le calcul du TEG islamique. Ainsi, il conviendrait de redéfinir l'assiette du TEG pour l'adapter à la nature particulière des contrats de financement islamique. Leur adossement à des actifs sous-jacents permet, comme le souligne Cekici[948], de considérer les frais d'évaluation de ces actifs dans le calcul du TEG. Nous pouvons leur ajouter les frais de dossier, les dépenses réelles ainsi que les commissions de la banque. En cas de *mourabaha*, la banque est rémunérée via la fixation d'une marge bénéficiaire qui remplace la stipulation d'intérêt[949] dans une opération de crédit classique, et ainsi peut être intégrée dans le calcul du TEG[950]. De plus, en cas de *moucharaka*¸ la banque partage les profits et les pertes résultant du projet financé, les parts sociales détenues par les contractants dans le bien et/ou l'activité financés peuvent être aussi considérés dans le calcul du TEG[951].

1131. Quelle que soit la qualification donnée à un contrat, le juge a le pouvoir souverain de requalifier le contrat sans s'arrêter à la dénomination que les parties avaient proposée[952], en tenant en compte la volonté des parties, mais sans dénaturer le contrat si ses clauses sont

---

[947] C. consom., art. L. 313-1, al. 1 : « *Dans tous les cas, pour la détermination du taux effectif global du prêt, comme pour celle du taux effectif pris comme référence, sont ajoutés aux intérêts les frais, commissions ou rémunérations de toute nature, directs ou indirects, y compris ceux qui sont payés ou dus à des intermédiaires intervenus de quelque manière que ce soit dans l'octroi du prêt, même si ces frais, commissions ou rémunérations correspondent à des débours réels* ».

[948] I. CEKICI, « *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France* », *Revue Lamy droit des affaires*, oct. 2008, p. 111.

[949] Dans son instruction fiscale, si certaines conditions sont remplies, la marge bénéficiaire reçue par la banque dans le cadre d'une transaction de *mourabaha* correspond au « profit » escompté par la banque et assimilable, sur le plan fiscal, à l'intérêt. Direction générale des finances publiques, *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 « Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale (CET), régime applicable aux opérations de murabaha"*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S1/10 (NOR : ECE L 10 00001 J) : http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes110.pdf - (BOI-DJC-FIN-10-20120912). I. CEKICI, «*Développement de la finance islamique en France : les premiers pas de l'administration fiscale», Revue Lamy droit des affaires*, n° 35, févr. 2009, pp.79-81.

[950] I. CEKICI, « *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France », Revue Lamy droit des affaires*, oct. 2008, p. 111.

[951] Dans son arrêt, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que « *le coût des parts sociales dont la souscription est imposee par l'etablissement prêteur comme une condition d'octroi du prêt, constitue des frais entrant necessairement dans le calcul du taux efectif global* ». Civ. 1re, déc. 2010 : n° 09-67-089, *JurisData* n° 2010-023213 ; RD bancaire et financier 2011, comm. 4, note N. MATHEY. C. SERHAL & I. CEKICI, « *L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique*», *Banque & droit*, n° 126, juill.-août 2009. F.-J. CREDOT & T. SAMIN, « *Taux effectif global* » in « *Droit commun des techniques de crédit* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars-avril 2011, pp. 54-55.

[952] C. proc. civ., art. 12, al. 1.

claires et précises. De la qualification attribuée à l'opération, dépendra l'application ou le refus d'appliquer le TEG.

1132. La différence de l'objet du remboursement dans les deux formes de financement, islamique et français, n'empêche pas que dans les deux systèmes, cette obligation de remboursement doit être exécutée au moment convenu dans le contrat[953] et que les banques rencontrent un risque important de crédit, voire de non-remboursement.

1133. En droit islamique, à l'instar d'un manquement contractuel, le retard du règlement de sa dette exigible contredit ses principes ; mais il importe de distinguer, à cet égard, entre le débiteur solvable et celui en difficulté.

1134. Comme le Prophète l'a souligné, *la personne aisée qui retarde le paiement de sa dette se soumet à la peine et la disgrâce*[954]. De plus, le Prophète a ordonné aux débiteurs de rembourser au plus vite leurs dettes, mettant sévèrement en garde ceux qui décèdent sans avoir acquitté leurs dettes[955] : *« En vérité, le plus grand péché avec lequel un serviteur peut rencontrer Allah, après les kabâïr (péchés majeurs) qu'Il a interdit, c'est qu'il meure alors qu'il avait une dette (non remboursée) et qu'il n'a rien laissé pour que celle-ci soit honorée*[956] **».** De plus, le Prophète a récité que *« L'âme du croyant reste suspendue en raison de sa dette, tant que celle-ci n'est pas acquittée »*[957]. Autrement dit, cette personne ne pourra donc accéder à l'espace noble auquel il aspire tant que sa dette ne sera pas payée.

1135. De plus, au nom de la solidarité, l'Islam a encouragé ceux qui sont dans l'aisance et ceux qui sont gratifiés de la richesse matérielle permettant d'aider les personnes qui sont dans le besoin. Le Prophète a incités les créanciers à faire preuve de compréhension, de douceur et de magnanimité à l'égard de leurs débiteurs qui se trouvent dans la gêne et en

---

[953] Le Prophète a cité que « *Le meilleur parmi vous est celui qui est le meilleur dans le paiement de ses dettes* ». Ce récite témoigne de l'obligation de restituer tout ce que les gens nous ont confié, ce qui sous-entend une obligation de justice et d'honnêteté.

[954] Z. CHAABANE, commentaire sur l'article de M. AL-ZORKA « *Est-ce qu'il est acceptable par la Chariaa d'imposer une compensation pour le créancier à cause de l'atermoiement du débiteur ?* », *Revue des recherches de l'économie islamique,* vol. 2, n° 2, 1985, p. 217. Consultez aussi T. USMANI, *An introduction to Islamic finance*, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 94.

[955] M. PATEL, « *L'enseignement du Messager de Dieu (saw) concernant les dettes* », 17 déc. 2010, voir URL : http://www.finance-muslim.com/2010/12/enseignement-dettes (dernière consultation : le 23 juill. 2013).

[956] Abou Moûssa Al Ach'ariy. *Mousnad Ahmad et Sounan Abou Dâoûd – « dhaïf » (faible) selon Al Albâni dans « DhaïfSounanAbiDâoûd »*, ainsi cité par M. PATEL, *op. cit*.

[957] Abou Houraïra. *(Mousnad de l'Imâm Châfi'i, Mousnad Ahmad, SounanTirmidhi, Ibn Mâdjah et Dâramiy-authentifié par Al Albâni),* ainsi cité par M. PATEL, *op. cit.*

difficulté d'honorer leurs engagements. Dans un récite, il est indiqué que le Prophète a cité *« Qu'Allah fasse miséricorde à l'homme qui est bienveillant et généreux lorsqu'il vend, achète (s'acquitte de ce qu'il doit) et réclame (le paiement de sa créance)* »[958]. D'ailleurs, le Prophète a stipulé que *« Celui qui donne un répit à un (débiteur) sans argent ou qui efface (partiellement ou complètement) sa dette, Allah lui donnera place sous l'ombre (de Son Trône le Jour du Jugement Dernier)»*[959]**.** *S'y ajoute, le récit du Prophète que « Celui qui aimerait qu'Allah l'épargne de la peine du Jour du Qiyâmah, qu'il donne un délai (de règlement) supplémentaire ou qu'il pardonne à son débiteur qui se trouve dans une situation (financière) difficile*[960] *».* Ce qui incite à adopter une attitude bienveillante considérée comme une source importance de mérite et de récompense pour le musulman.

1136. Le droit français n'exonère pas l'emprunteur de son obligation de remboursement, mais la sanction relève plutôt, en pratique, de la discrétion de la banque et de sa volonté d'accorder un délai de paiement à son emprunteur défaillant ou en difficulté pour rembourser le crédit. Le plus souvent, ce délai s'accompagne d'une augmentation du taux d'intérêt. Nonobstant, la banque peut appliquer une pénalité de retard à son client. Une telle pratique en droits islamique et français suscite certaines controverses doctrinales que nous étudions dans le deuxième chapitre, ci-dessous, de ce titre consacré à la défaillance des contractants.

1137. Plutôt que de demander des délais de paiement à la banque prêteur, et avant que la banque impose des pénalités, le client emprunteur peut demander officiellement auprès du juge du tribunal d'instance, par la remise des documents attestant des difficultés (ressources, charges et remboursements en cours), un délai de grâce de 2 ans au maximum pendant lequel les remboursements du crédit seront suspendus et les sommes dues ne produisent pas d'intérêt.

B. Obligation de consentir une sûreté

1138. Nous avons examiné dans quelle mesure la banque peut imposer à son client de fournir de sûretés, peu importe le type de financement en cause. Or, se pose ici le problème des implications d'une telle pratique qui fait créer une sorte de droit à la banque et imposer

[958] *Sahîhoul Boukhâri,* y ainsi référé par M. PATEL, *op. cit*.

[959] *Sahîh Mouslim*, cité par Aboul Youssr (radhiya Allâhou 'anhou), un compagnon du Prophète, y ainsi référé par M. PATEL, *op. cit*.

[960] *Sahîh Mouslim,* y ainsi référé par M. PATEL, *op. cit*.

une obligation sur l'emprunteur à cet égard.

1139. En général, lors du financement, la banque se repose largement sur la solvabilité de son client et s'intéresse également aux flux de trésorerie prévus du projet financé[961]. De plus, en finance conventionnelle ou islamique, un certain nombre de sûretés comme le gage, le nantissement ou l'hypothèque (*rahn* en droit islamique)[962] peuvent être mis en place.

1140. Nonobstant, en cas de prêt conventionnel sur gage, l'intérêt est imputé sur le prêt et le collatéral est utilisé en cas de défaut. Or, la banque islamique n'applique aucun taux d'intérêt[963] mais utilise le collatéral[964] pour sécuriser son financement. Comme par exemple, en cas de *mourabaha*, l'opération est souvent sécurisée par la remise des biens en propriété (propriété-sûreté) au financier par le client final et en cas d'*ijara*, la banque conserve la propriété du bien tout au long du contrat, de sorte que le bien fait office de collatéral pour garantir son opération[965]. Ensuite, à un certain stade de la transaction, tous les risques seront supportés par l'entrepreneur et le fournisseur du capital obtiendra un revenu prédéterminé à l'avance[966].

1141. Alors que le financement de partenariat implique une conception de solidarité entre la banque et le demandeur de fonds ainsi qu'un partage des profits et des pertes, y inclus les risques des projets financés sans exiger de sûretés.

1142. D'ailleurs, dans le secteur bancaire islamique, même si rarement utilisé, un tiers peut fournir une caution à titre gratuit sous la forme d'un acte bénévole[967]. Néanmoins, il est

---

[961] M. K. HASAN& M. K. LEWIS, Handbook of Islamic banking, Edward Elgar Publishing, Inc., United Kingdom, 2007, p. 117. En droit français, la banque se soucie de financer des projets viables, sinon, elle est sûre de ne pas être remboursée et, par ailleurs, elle risque d'être poursuivie en responsabilité pour soutien abusif, sauf l'application de l 'article L 650-1 du Code de commerce en cas de procédure collective.

[962] P. GRANGEREAU& M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. - oct. 2004, p. 60. Plusieurs problèmes et polémiques se suscitent derrière la simplicité apparente du domaine de droit des sûretés que nous n'entendons pas envisager.

[963] Z. A. AZIZ, « *Islamic finance and global financial stability », IFSB & IDB*, April 2010, p. 24.

[964] M. K. HASAN &M. K. LEWIS, *op. cit.*, p. 155. Dans sourate La Vache (*Al-Baqara*), verset 283 « *Mais si vous êtes en voyage et ne trouvez pas de scribe : eh bien, nantissez-vous d'un gage »* témoigne de la validité du *rahn* en droit islamique.

[965] J.-M. MOULIN, « *Principes et moyens de la finance islamique* », *Journal des sociétés,* Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 15.

[966] K. BEN JEDIDIA DAOUD, « *L'intermédiation financière participative des banques islamiques* », *Les cahiers de la finance islamique*, n° 3, Ecole de Management Strasbourg, 2011, p. 24.

[967] M. AYUB, *op. cit.*, p. 13.

impossible de nantir une créance future ou d'octroyer une quelconque sûreté sur un bien n'existant pas au moment de la constitution de la sûreté[968].

[968] P. GRANGEREAU& M. HAROUN, *op. cit.*, p. 60-61.

CHAPITRE II

DEFAILLANCE DES CONTRACTANTS

1143. En général, durant l'exercice de ses missions, la liberté du banquier n'est pas absolue ; il doit respecter toutes les exigences légales et réglementaires lui sont applicables.

1144. Plus particulièrement, un banquier islamique est soumis à une obligation contractuelle implicite à l'égard de ses actionnaires et des détenteurs du compte d'investissement pour fonctionner conformément aux lois et aux principes de *charia*[969]. Dans cet esprit, il doit donc vérifier l'absence de l'intérêt ainsi prohibé, l'inexistence de la spéculation, la licéité de l'activité financée, la tangibilité de l'actif financé et applique le principe de partage des profits et des pertes[970].

1145. Dans le cadre d'un financement, s'ajoutent à ces exigences générales les termes du contrat liant le banquier à son client. Les droits et les obligations des contractants constituent le socle du contrat.

1146. A défaut de respect du contrat, les contractants se trouvent défaillants et leur responsabilité contractuelle peut être engagée, et parfois le défaillant est condamné à une sanction pécuniaire convenue entre les contractants.

1147. Il est intéressant de commencer par examiner la portée de la responsabilité contractuelle (Section I) et ensuite de traiter la possibilité de l'imposition de sanction pécuniaire au défaillant (Section II).

---

[969] S. FAROOK & R. LANIS, «*Banking on Islam? determinants of corporate social responsibility disclosure*», University of Technology, Sydney, Australia, 2007, p. 361;

[970] F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, Paris, 2009, p. 68 et s. Pour plus d'informations sur les principes de la finance islamique, consultez K. KHALDI, « *Islamic financial intermediation: equity, efficiency and risk* », *International research journal of finance and economics*, n° 65, 2011, pp. 148-150. Institut Bank – Bank Malaysia, *Islamic banking handbook*, Financial sector talent enrichment programme, 1st ed., 2010, p. 225-228. Consultez URL: http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2010/11/Islamic-Banking-Handbook-FINANCIAL-SECTOR-TALENT-ENRICHMENT-PROGRAMME.pdf

SECTION I

PORTEE DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE

1148. En droit français, le contrat de financement est soumis aux principes de droit commun régissant l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat. D'ailleurs, Certains principes jurisprudentiels ont été instaurés pour permettre au juge d'apprécier le caractère fautif ou non des agissements des contractants.

1149. Le droit islamique envisage la responsabilité sous le contexte de *daman*, qui désigne le fait de garantir le dommage, spécifiquement le dommage matériel, quelle qu'en soit la cause[971]. Littéralement, le terme de *daman* peut être interprété différemment : Les chaféites, les malékites et les hanbalites utilisent le mot *daman* pour référer à la caution (*kafala*) dans l'objectif de répondre à la responsabilité d'une partie (*dhimmah*) à une partie, alors que les hanéfites l'utilisent pour référer à l'obligation d'indemniser, dans le sens financier, un préjudice causé à l'autre. Toutefois, selon la majorité des jurisconsultes, ce terme consiste en la responsabilité de supporter la perte résultant de la destruction de l'objet[972].

1150. En revanche, l'esprit contractuel du droit français et de celui islamique, en matière de responsabilité contractuelle, partage apparemment les mêmes fondements pour engager la responsabilité d'un contractant défaillant. Alors que dans un contexte plus approfondi, la pratique adoptée lors d'une transaction de financement suscite certains enjeux.

1151. Notre étude se limitera à exposer en premier lieu les fondements de la responsabilité contractuelle en droits français et islamique (§ I), et en second lieu à examiner l'application des principes de la responsabilité (§ II) par la banque islamique[973].

---

[971] H. YANAGIHASHI, « *L'évolution de la théorie de responsabilité contractuelle en droit Hanafite et en droit Malikite », Orient*, vol.28, 1992, pp.147-165.

[972] M. ALI ELGARI, «*Credit risk in Islamic banking and finance», Islamic Economic Studies*, vol. 10, n° 2, March 2003, p. 13.

[973] La banque islamique joue le rôle d'intermédiation financière beaucoup plus fort que dans le cas de la banque conventionnelle. En général, elle assume une responsabilité bancaire, bien évidemment, plus grande qu'en cas de financement conventionnel. Dans l'optique d'examiner la capacité des banques islamiques à concurrencer les banques conventionnelles et à supporter les risques inhérents à leur financement, nous nous sommes intéressés à expliquer les risques les plus importants dans le cadre des instruments de financement les plus pratiqués, par référence aux clauses de responsabilité ainsi rédigées dans les exemplaires des contrats adoptés par certaines banques islamiques. Il faut noter que les banques se voient hostiles à la divulgation de leurs exemplaires contractuels de financement, censés être confidentiels et purement pour leur usage professionnel. A défaut d'avoir accès à des exemplaires concernant tous les modes de financement exposés dans la première partie de

§ I : Fondements de la responsabilité

1152. En principe, comme en droit français, la faute, le dommage et le lien de causalité sont également les conditions de l'engagement de la responsabilité contractuelle en droit islamique[974].

1153. Dans cette vision objectiviste adoptée par le droit islamique, « *le délit, c'est tout fait qui cause à autrui un dommage* »[975]. Ce dommage entraîne réparation vue sous l'angle du rétablissement d'un équilibre rompu, pouvant s'analyser en une simple restitution[976].

1154. Donc, le fait dommageable est l'élément essentiel générateur de délit, qui peut consister soit en (i) l'illicéité, en cas de commission d'acte non permis par la loi ou le contrat, qu'il y ait ou non faute (destruction par erreur du bien d'autrui alors qu'on le croyait le sien); (ii) l'état délictueux, lorsqu'un fait illicite et un dommage coexistent sans qu'il soit nécessaire de rechercher un lien de causalité, une inexécution contractuelle, ou simplement une exécution non entièrement conforme, même en l'absence de préjudice ; et (iii) le risque, qui suppose que le détenteur d'une chose la conserve dans son intérêt propre et doit donc assumer le risque de la perte de celle-ci (le créancier porte le risque de la perte du gage)[977].

1155. Ainsi, si le contractant exécute ses engagements contractuels avec bonne foi, il ne pourra lui être imputé une quelconque responsabilité, même si les objectifs du projet ne sont pas atteints.

1156. Les choses matérielles dont l'utilité ou la valeur a été diminuée peuvent faire l'objet du dommage, ce qui élimine les biens incorporels ainsi que le dommage moral[978].

1157. Plus particulièrement, le droit islamique des affaires exige l'équilibre entre les contreparties et l'équité dans toute transaction. Ces objectifs se matérialisent par certains

---

notre étude, y compris leurs correspondants en financement conventionnel, nous nous concentrons notre analyse sur les montages examinés.

[974] Civ. l^re^, 18 nov. 1997: n° 95-17.283, *inédit* ; Civ. 3^ème^, 3 déc. 2003: n° 02-18.033, *Bull. civ*. III n° 221 p. 196, *D.* 2005 p. 185, note P. DELEBECQUE, P. JOURDAIN, et D. MAZEAUD, *RTD Civ*. 2004 p. 295, note P. JOURDAIN. Consultez W. AL-ZUHELY, *Encyclopédie de la jurisprudence islamique et les transactions contemporaines*, vol. 12, Dar al-Fikre, Damas, 2010, p. 160.

[975] C. CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, Paris, 2005, p. 151.

[976] F. GUERANGER, *Finance islamique : Une illustration de la finance éthique*, Dunod, Paris, 2009, p. 53.

[977] *Ibid.*

[978] *Ibid.*

principes, dont nous évoquons les plus importants.

1158. C'est le principe, notamment, de l''interdiction des profits sans risque de perte « *kharaj bil-daman* ». Il est parfois interprété comme une forme de prohibition de tout profit non-accompagné par risques « *ribh ma la yudman* »[979] ; il en va de même du principe de pas obtenir de rémunération sans risque « *al-ghorm bil ghonm*» [980].

1159. En matière de financement, s'y ajoute la prohibition de l'enrichissement sans cause (*akl al-mal bil-batel*)[981], de l'usure (*riba*, qui inclut tout élément d'intérêt ou augmentation du montant principal du prêt), et de l'incertitude excessive ou la prise spéculative de risques (*gharar fahish*).

1160. Le droit islamique appréhende le principe d'indemnisation dans le sens d'une sanction. La réparation est conçue dans le sens de rétablir de manière objective l'équilibre que le préjudice a rompu[982].

1161. En principe, un contractant est tenu à indemniser l'autre seulement si la perte ou le dommage subi par ce dernier résulte de la faute du premier. Donc, il s'agit du dommage réel, actuellement subi et résultant de la faute du contractant qui peut être compensé.

1162. En droit français, il s'agit du principe de la réparation intégrale qui établit une stricte équivalence entre le montant des dommages et intérêts et la réparation du préjudice. Ce principe découle des articles 1382 et 1149 du Code civil qui prévoient respectivement que «*Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* » et que « *Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après* ».

1163. De plus, dans le cadre d'un financement conventionnel, le contrat peut imposer de larges indemnités sur le client dans l'objectif de protéger la banque de tout risque, notamment en ce qui concerne la propriété ou l'usage de l'actif. Comme par exemple,

---

[979] W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, p. 791.

[980] M. ALI ELGARI, *op. cit.*, p. 12.

[981] Sourate Les Femmes (*An-Nissa*), verset 29 : « *Ô les croyants! Que les uns d'entre vous ne mangent pas les biens des autres illégalement…* ».

[982] F. GUERANGER, *op. cit.*, p. 54.

l'emprunteur ne peut être exonéré de son obligation de remboursement en cas de diminution du chiffre d'affaires réalisé par l'activité financée[983]. Alors que dans cette situation, la banque islamique peut avoir recours à une assurance ou à demander des garanties à son client.

1164. Aussi, la banque conventionnelle peut préciser plusieurs cas de défaillance, allant même au-delà du contrôle de l'emprunteur. Ce qui lui permet de mettre fin prématurément au contrat ou de demander le paiement anticipé des montants dus.

1165. Nonobstant, une telle pratique peut être exercée par la banque islamique puisque le client est en défaut, à condition de ne pas lui faire subir les conséquences d'un événement au-delà de son contrôle. Ainsi, la force majeure et le cas fortuit exonèrent de la responsabilité : « *L'on est responsable de son fait, mais l'on n'est responsable que de son fait* »[984].

1166. En revanche, il est possible, mais limité, de modifier la responsabilité contractuelle : le dépositaire peut ne pas être stipulé responsable même si la perte survient de son fait ; l'inverse ne peut être convenu au bénéfice du créancier gagiste[985].

1167. Rappelons qu'il importe que les parties à une transaction subissent d'une manière équilibrée et équitable les risques y afférents. Mais en pratique, la banque, étant la partie la plus forte, peut transférer des risques à son client. Ce qui rend problématique l'application des principes de responsabilité (§ II) au niveau du financement islamique.

§ II : <u>Application des principes de responsabilité</u>

1168. Les principes régissant la responsabilité islamique (*ahkam al-daman*) influent considérablement sur la pratique de financement. Et leur application représente un défi pour la plupart des banques islamiques.

1169. Dans le cadre du financement islamique, un lien existe effectivement entre la

---

[983] P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. – oct. 2004, p. 60.

[984] C. CHEHATA, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, Paris, 2005, p. 157.

[985] F. GUERANGER, *op. cit.*, p. 54.

légitimité du profit et le risque supporté. On se situe plutôt dans la théorie du risque bien connue en droit français.

1170. Pour assurer l'équilibre des prestations et l'équité, comme visés par le droit islamique, il est interdit à une partie de subir tous les risques d'une affaire ou d'être tenue à une indemnisation qui dépasse le préjudice subi à cause de sa faute.

1171. Dans une perspective de responsabilité (*daman*), les contrats de financement islamique peuvent être divisés en (i) contrats de fiducie (*'uqud al-amana*)[986] (I) et (ii) contrats de garantie implicite ou de responsabilité (*'uqud al-daman*)[987] (II).

I. Contrats de fiducie

1172. Dans les contrats de fiducie, il s'agit d'un transfert de possession, et non de propriété des fonds. La banque, en tant que fournisseur de capital, subit le risque de perte des actifs financés et le client, en tant que fiduciaire, agit au nom de la banque, mais censé être exonéré de ce risque.

1173. Ces contrats impliquent un niveau élevé des risques supportés par la banque, et des problèmes de manque d'un soutien organisationnel et réglementaire approprié. Ils ne sont pas souvent pratiqués par les banques islamiques en raison du standard souple de responsabilité appliqué au fiduciaire et les restrictions relatives à la sécurité et aux moyens de recours, résultant en une augmentation de risques que la banque ne peut pas parfois atténuer[988].

1174. Examinons la mise en œuvre des règles de responsabilité dans le contrat de *moudaraba* (partenariat silencieux) (A), et de *moucharaka* (*joint-venture*) (B)[989].

---

[986] Il est plus approprié d'utiliser l'expression de contrats de fiducie, plutôt que contrats de partage de profits et de pertes, étant donné que les contrats de *moudaraba* et de *moucharaka* illustrent le principe de partage de profits et de pertes, alors que le contrat de *wakala* permet le paiement d'une redevance fixée en contrepartie d'un service rendu par l'agent.

[987] Les contrats d'échange constituent aussi des contrats de responsabilité (*'uqūd al-damān*). Consultez W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, p. 792.

[988] W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, p. 793.

[989] De plus, le contrat de mandat (*wakala*) est un contrat de type fiduciaire. Mais, on traite seulement les contrats de *moudaraba* et *moucharaka*, fondés sur le principe de partage des profits.

A. Contrat de *moudaraba*

1175. Rappelons que le contrat de *moudaraba* est conclu entre le fournisseur du capital (*rabb al-mal*) et l'entrepreneur (*moudareb*), en vertu duquel le dernier s'engage à investir et gérer le capital fourni en échange d'un certain pourcentage de profits.

1176. Malgré la présomption d'innocence (1) dont bénéficie l'entrepreneur, ce dernier doit respecter les termes du contrat (2) et la coutume applicable (3), mais sans être obligé à garantir un rendement (4) à son fournisseur.

1. Présomption d'innocence

1177. L'entrepreneur agit ainsi comme fiduciaire (*amin*) ou agent (*wakil)* pour le compte du fournisseur et il devient partenaire (*sharik)* au capital en cas de distribution de profits. En cas de pertes, il n'est pas responsable du manque de profit ou de l'occurrence de perte, sauf s'il a commis un acte de transgression. De plus, il perd le fruit de son travail[990] et ne sera pas compensé pour son temps ou ses efforts.

1178. En principe, en sa qualité de fiduciaire, il bénéficie d'une présomption réfutable d'honnêteté, de loyauté et de compétence en fonction de la propriété qui lui a été confiée par le contrat, puisqu'il n'a pas commis de transgression (*ta'addi*) ou d'un manquement (*taqsir*)[991]. La transgression désigne le fait d'outrepasser les limites qui lui sont imposées soit par la loi, soit par le contrat conclu avec le propriétaire, soit par la coutume[992].

1179. Il incombe au fournisseur du capital de prouver le manquement et l'occurrence d'un dommage réel[993]. Si la preuve est établie, l'indemnisation de la banque en vertu des règles de *daman* est limitée aux dommages réels, c'est-à-dire les dommages qui se produisent sur un actif existant et identifiable, excluant dommages qui pourraient être recouvrables selon les règles conventionnelles de responsabilité, tels que le manque à gagner (même s'il est

---

[990] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance,* Idaratul Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 31.

[991] A. AL-KHAFIF, *La responsabilité islamique (daman) dans la jurisprudence islamique,* 107, Ma□had al-Buhūth wa al-Dirāsāt al-□Arabiyah, Le Caire, 1971, ainsi cité par W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, p. 798.

[992] H. YANAGIHASHI, « *L'évolution de la théorie de responsabilité contractuelle en droit Hanafite et en droit Malikite* », *Orient*, vol. 28, 1992, p.148.

[993] W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, p. 806-808.

certain que la perte ait lieu dans le futur) ou les dommages moraux[994].

1180. Toutefois, en pratique, les banques islamiques ne sont pas généralement toujours prêtes à autoriser leurs clients dans les contrats de fiducie à bénéficier de la présomption d'innocence. Parfois, elles ont tendance à reverser cette présomption en imposant au client de prouver qu'il n'a pas commis de manquement.

2. Respect du contrat

1181. Lors de la gestion de l'investissement, l'entrepreneur doit respecter les restrictions à l'investissement comme définies dans le contrat par le fournisseur. Le fournisseur du capital ne peut pas intervenir dans la gestion, il peut seulement donner instructions à l'entrepreneur au début du contrat, comme par exemple pour limiter les activités à une certaine zone géographique ou un secteur économique spécifique ou restreindre l'entrepreneur de mélanger le capital de *moudaraba* avec d'autres fonds ou de prêter à autrui sans le consentement de la banque.

1182. La Banque islamique jordanienne (*Jordan Islamic Bank « JIB »)* utilise un exemplaire du contrat de *moudaraba.* Dans sa clause n° 4, l'entrepreneur s'engage à n'utiliser le capital de *moudaraba* que dans les objectifs visés contractuellement, et il sera responsable en cas de *mokhalfa* [violation], *darar* [préjudice], *ta□addi* [transgression] ou *taqsir* [manquement][995]. Dans la clause n° 11, il est stipulé que toute perte du capital de *moudaraba* sera déduite de profits [réalisés par l'investissement] et si les pertes dépassent ces profits, elles seront déduites du capital de *moudaraba*[996].

1183. Dans un autre exemplaire de la Banque islamique de fonds (*Dar al-Mal al-Islami*), une institution financière islamique de premier rang, la clause n° 18 prévoit que « *Il est requis par la charia que le moudareb est tenu responsable (damin) du capital de moudaraba s'il est prouvé qu'il a manqué aux termes du contrat de moudaraba ou qu'il était négligent*

[994] Ces limitations se basent sur les principes de l'interdiction de l'enrichissement sans cause (*akl al-mal bil-batil)* ; de l'intérêt, s'agissant de perception ou paiement (*riba)* et de l'incertitude/aléa (*gharar).* Pour plus de détails, consultez W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 828.

[995] M. USMAN SHIBIR, *Les transactions financières contemporaines dans la jurisprudence islamique*, 6e éd., Dar al-Nafā'is, Amman, 2007, p.354.

[996] M. USMAN SHIBIR, *op. cit.*, p. 356.

ou imprudent en la bonne garde du capital »[997].

1184. Parfois, il est stipulé que *« le moudareb doit faire des efforts raisonnables pour assurer l'usage appropriée du capital de moudaraba* » [998]. Et le *moudareb* est exonéré de toute responsabilité pour la perte du capital de *moudaraba,* à moins que cette perte ait été «*causée par la mauvaise conduite, grave ou intentionnelle du moudareb* »[999].

1185. En raison de la spécificité de cette transaction et à défaut d'une participation effective à la gestion, le fournisseur du capital peut subir plusieurs risques, notamment le manque de ressources internes adéquates pour suivre le partage des risques, et d'autres relatifs à l'aléa moral (*moral hazard*) et aux coûts de l'agence[1000].

3. Respect de la coutume

1186. L'entrepreneur doit également investir et gérer le capital de *moudaraba* conformément à la coutume applicable ; ainsi en cas de manquement, il sera responsable en cas de pertes[1001].

1187. Il s'agit d'utiliser des critères objectifs entièrement basés sur la coutume applicable pour déterminer si l'entrepreneur a commis un acte de transgression.

1188. À cet égard, le savant médiéval Baghdadi, de l'école *hanéfite,* a donné certains exemples qui illustrent l'application de la coutume :

- « *Le moudareb (l'entrepreneur) peut vendre au comptant ou à crédit parce que les commerçants le font souvent (dhalika min sun□al-tujjar). Toutefois, s'il vend à*

[997] Exemplaire de contrat de moudaraba entre la Banque islamique de fonds (*Dar al-Mal al-Islami*) et les compagnies d'assurance islamique, clause 18, ainsi cité par W. HEGAZY, « Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions», Wisconsin International Law Journal, vol. 25, n° 4, p. 808. Il est important de noter que dans ce dernier exemple, la banque islamique était la *moudareb.* Alors que dans le premier cas de la Banque islamique jordanienne, elle était le fournisseur du capital. Il semble que la banque islamique peut appliquer les règles de responsabilité islamique (*daman)* lorsque telle application la place dans une position favorable vis-à-vis de leurs clients.

[998] Exemplaire de contrat de *moudaraba* daté le 11 oct. 2000, clause 6.2, ainsi cité par W. HEGAZY, *op. cit.,* p. 808.

[999] *Ibid.*

[1000] Z. H. ORHAN ÅSTRÖM**,** « *Enhancing the structure of Islamic banking by lessening the asymmetric information pertaining to profit and loss sharing instruments », 8th International conference on Islamic economics and finance - sustainable growth and inclusive economic development from an Islamic perspective*, Doha-Qatar, 19-21 Dec. 2011.

[1001] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 802.

crédit, il ne peut pas proposer un délai de paiement ou un calendrier qui n'est pas habituellement acceptable entre les marchands car son pouvoir est limité par ce qui est habituel entre les personnes (al-amr al-ma□ruf bayn al-nass) »[1002].

- « *L'entrepreneur peut acheter un animal pour l'utiliser pour le transport. Il peut ne pas acheter un navire à cette fin. Il peut, toutefois, louer un bateau car il est coutumière chez les marchands de louer des navires pour le transport* ».

- « *Si le fournisseur du capital (rabb al-mal) ne dit pas explicitement à l'entrepreneur (moudareb) « investir le capital de moudaraba comme vous voulez, ou comme vous souhaitez investir votre argent » (i□mal bi-ra'yik), l'entrepreneur ne sera pas responsable s'il mêle le capital de moudaraba avec le sien, à condition que ce mélange soit habituel pour les entrepreneurs dans telle communauté. De plus, l'entrepreneur ne sera pas responsable si l'interdiction par les fournisseurs du capital de ce mélange est courante dans telle communauté. Ainsi, s'il y a un conflit entre les règles coutumières applicables, le doute est en faveur de l'entrepreneur* »[1003].

1189. En effet, la pratique de *moudaraba* est un exemple de la coutume approuvé par le Prophète, qui a agi comme entrepreneur pour le compte de sa femme Khadija.

1190. De plus, la référence à la coutume pour déterminer la transgression de l'entrepreneur marque l'importance de son rôle comme source de droit islamique[1004]. Elle constitue par ailleurs une forme de protection intégrée pour le fournisseur du capital, plus notamment en cas de *moudaraba* illimité (*moudaraba moutlaqa*). Ce qui distingue le critère de manquement en droit islamique de celui en droit civil, bon père de famille[1005].

1191. Selon M. Hegazy, l'entrepreneur peut être tenu responsable lorsque son acte, même si raisonnable et prudent, est incompatible avec la coutume locale, comme par exemple en cas de *moudaraba* illimité, en raison de l'investissement dans des actions étrangères alors

---

[1002] A. M. BAGHDADI, *Encyclopédie de responsabilités islamiques dans la doctrine de al-Imam al-Azam Abi Hanifa al-Nu□man*, al-Matba□ah al-Khayriyah, Le Caire, 1890, p. 305.

[1003] A. M. BAGHDADI, *op. cit.,* p. 312.

[1004] Dans la jurisprudence islamique littérale, la coutume (*'Urf*) est classifiée comme une source légale non-textuelle ou une source basée sur l'*ijtihād*. Elle ne doit pas violer des textes Coraniques ou de récites du Prophète ou le consensus (*ijmā□*). Consultez Y. QASIM, *Les bases de règles de légitimité*, Dar al-Nahda al-□Arabiyya, Le Caire, 1985, p. 205-210.

[1005] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 803.

que cela n'est pas coutumier dans telle communauté d'affaires[1006].

4. Garantie d'un rendement

1192. Alors que même si l'entrepreneur est exonéré de subir le risque de perte du capital de *moudaraba* investi pour le compte de son fournisseur, il n'est pas tenu à garantir un minimum rendement.

1193. On remarque que la Banque islamique Faisal d'Egypte (*Faisal Islamic Bank of Egypt – «* FIBE») stipule que « *Selon l'étude [de faisabilité], le total de profits est prévu à atteindre [--] % par an. Le contrat prévoit également que le moudareb [l'entrepreneur] tienne les livres de comptabilité relatifs au projet de moudaraba et lui impose une pénalité sous forme de réduction du pourcentage de profits attribué au moudareb [l'entrepreneur] en cas de manquement à tenir ces livres*»[1007].

1194. Une telle obligation contractuelle exigeant que l'entrepreneur garantisse le capital de *moudaraba* ou même un rendement minimum sur l'investissement du capital est non-exécutoire et le contrat est considéré comme annulable *ijara* (*ijara fasida*)[1008]. Dans ce cas, l'entrepreneur aurait droit au loyer qu'il méritait « *quantum meruit rent* » (*ajr al mithl*) et tout profit résultant de l'investissement du capital de *moudaraba* est transmis au fournisseur de fonds[1009].

1195. Mais, certains savants contemporains comme Sheikh 'Abd al-Wahhab Khallaf, Sheikh 'Abd al-'Azim Baraka, et récemment, Muhammad Sayyid Tantawī[1010], ont contesté la restriction portant sur la garantie d'un rendement fixe en argumentant qu'il n'existe pas de texte de *charia* pour soutenir telle restriction. Selon eux, le besoin du fournisseur du capital de stipuler une garantie d'un rendement minimum peut être justifié afin de protéger l'intérêt public en lumière de l'augmentation de la corruption dans la société. Selon Khallaf, cette stipulation est censée être dans l'intérêt des deux parties, donc elle doit être permise étant donné que Dieu ne met aucune restriction à tout ce qui porte intérêt sans causer préjudice

[1006] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 803.

[1007] Abd al-Mun□im Abu Zayd, *Vers le développement du système de moudaraba dans les banques islamiques*, 2000, p. 432, ainsi cité par W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 805.

[1008] A. M. BAGHDADI, *op. cit.*, p. 303.

[1009] A. M. BAGHDADI, *op. cit.*

[1010] M. S. TANTAWI, *Les transactions bancaires et les règles de leur légitimité,* Le Caire, 1991, p. 134-135, ainsi cité par W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 801.

(*darar*) à autrui. Et ainsi, selon lui, l'interdiction de telle pratique résulte en un préjudice collectif délibéré ou inutile (*idrar*), ce qui est en contradiction avec le récite du Prophète « *ni tort ni riposte disproportionnée au tort* » [1011] - « *la darar wa-la dirar* »[1012].

B. Contrat de moucharaka

1196. Dans le contrat de *moucharaka*, tous les partenaires peuvent participer à la gestion de l'entreprise. En conséquence, ils peuvent partager les profits et les pertes au prorata du ratio de leur contribution.

1197. Leur responsabilité est normalement illimitée. Ainsi, lorsque les dettes de l'entreprise dépassent son actif et l'entreprise va en liquidation, chaque partenaire est responsable selon sa part. Toutefois, si les partenaires ont tous convenu qu'aucun partenaire ne contractera aucune dette au cours de l'entreprise, l'extra passif sera supporté seulement par le partenaire qui a violé telle condition[1013].

1198. Toutefois, la pratique de certaines banques islamiques contredit avec ces règles du partage équitable des risques et des pertes.

1199. En ce qui concerne le risque de perte, dans un contrat de *moucharaka*, exemplaire adopté par une grande banque islamique aux États-Unis, sa clause 5.4 du même contrat impose au client, considéré comme un partenaire financier et copropriétaire de l'actif, l'obligation de souscrire et maintenir une police d'assurance contre la perte ou les dommages de l'actif entier[1014].

1200. D'ailleurs, sa clause n° 8 stipule que le client doit « *indemniser et tenir [la banque islamique inoffensive] contre et de tout dommage, toute réclamation et toute obligation découlant de ou en relation avec le contrôle ou l'usage de l'actif par le client ou de la conduite de ses affaires ou de toute activité ou de travail qui peut être autorisé ou subi par le client dans ou en relation avec l'actif, y compris, sans limitation, tout dommage ou préjudice*

[1011] B. DUPRET, « *La normalisation islamique du droit positif », Journal of Legal Pluralism*, n° 42, 1998, p. 206.

[1012] A. A.-W. KHALLAF, *Majallat Liwā' al-Islām,* 1951, comme cité par M. S. TANTAWI, *Les transactions bancaires et les règles de leur légitimité,* Le Caire, 1991, p. 135, ainsi noté par W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 801.

[1013] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance,* Idaratul Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 32.

[1014] W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, p. 811.

causé aux personnes ou à l'actif, et les coûts et la responsabilité découlant de ces réclamations. Si [la banque islamique], sans commettre une faute, devient une partie à un litige en relation à l'actif, intenté par ou contre [la banque islamique], le client devra l'indemniser et la tenir inoffensive. L'indemnisation prévue par le présent paragraphe doit inclure tous les frais juridiques et les honoraires d'avocat engagés par [la banque islamique] en relation à telle réclamation, action ou procédure. Le client libère par la présente [la banque islamique] de toute responsabilité résultant de tout accident, dommage ou préjudice causé aux personnes ou aux biens, ou concernant les biens et nonobstant que ces actes ou omissions soient actives ou passives »[1015].

1201. Dans ce contrat, la clause n° 5.5, « *le client ne doit pas détruire, endommager ou nuire à l'actif, ou permettre à l'actif d'être détérioré ou commettre des dégradations sur l'actif, et doit maintenir l'actif pour empêcher sa détérioration ou la diminution de sa valeur. S'il est endommagé, le client doit le réparer promptement* ». D'ailleurs, la clause n° 5.1 précise que le client dispose de tous les avantages fiscaux et les charges liées à l'actif. . . [et] doit payer le montant total de toutes les taxes dues, bien qu'il soit un propriétaire partiel de l'actif jusqu'à la fin de ce contrat de copropriété *moucharaka*.

1202. Ces obligations contractuelles semblent incompatibles avec les principes de responsabilité islamique, d'une part en raison de controverses relatives à l'admissibilité de l'assurance conventionnelle selon la doctrine islamique contemporaine, et d'autre part en tant que copropriétaires de l'actif, à la fois la banque islamique et le client doivent partager le risque de perte, ainsi que les coûts y afférents pour atténuer ce risque, au prorata de part de leur propriété, et pareillement pour la maintenance de l'actif détenu conjointement.

1203. La pratique bancaire ne se limite pas aux contrats de fiducie, les contrats de responsabilité (II) occupent une place importante.

II. Contrats de responsabilité

1204. Sous cet angle, il s'agit des contrats de vente (*bay'*) et ses dérivés, comme vente avant fabrication (*istisna*), vente à terme (*salam*), vente commandée (*mourabaha*), prêt

[1015] Contrat de copropriété moucharaka, daté 26 août 2002, comme cité par W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions », Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, p. 811.

(*qard*), et location (*ijara*)[1016].

1205. Les contrats d'achat-revente (*mourabaha, salam, istisna*) et même le contrat de location (*ijara*) emportent transfert de propriété du bien financé, du fabricant au banquier puis immédiatement ou à terme au client, l'emprunteur[1017]. Ainsi, à un certain stade lors de la transaction, la banque islamique est la propriétaire de tout ou partie de cet actif, et ensuite il est le plus souvent transféré au client.

1206. Nous nous sommes intéressés à étudier notamment le contrat de *mourabaha* pour le donneur d'ordre (A) et le contrat d'*ijara* (B).

A. Contrat de mourabaha pour le donneur d'ordre

1207. Dans le schéma classique de *mourabaha*, la banque acquiert un produit spécifique dans le but de le revendre à l'un des ses clients pour un prix de revente plus élevé que le prix d'acquisition. Mais cette forme expose la banque au risque du refus du client d'exécuter sa promesse d'achat. Alors, la banque préfère pratiquer la *mourabaha* pour le donneur d'ordre (*mourabaha lil-amer bil shira'*) jusqu'à ce que telle promesse d'achat devienne exécutoire. Ainsi, si le client manque à son obligation d'achat de ce produit, il doit compenser la banque pour tout dommage résultant de ce refus[1018].

1208. Lors de cette transaction, la banque peut subir le risque de garantie des vices cachés (1) et le risque de perte (2).

1. Risque de garantie des vices cachés

1209. En sa qualité de revendeur, la banque islamique peut supporter le risque de garantie des vices cachés.

1210. La banque aura tendance à faire supporter tel risque par des tiers. A ces fins, elle peut conclure une assurance, répercute la prime d'assurance sur le prix de revente du bien et le

[1016] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 792. On se contente d'examiner les contrats les plus pratiqués dans cette analyse.

[1017] P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. – oct. 2004, p. 59.

[1018] W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, p. 345.

faire subir *in fine* par l'emprunteur, ce qui résulte en un surcoût du financement[1019].

2. Risque de perte

1211. Ce type de contrat implique le risque de perte, auquel est confrontée la banque islamique, en sa qualité de propriétaire de l'actif.

1212. En principe, selon les règles de daman applicables au contrat de vente, ce risque est transféré du vendeur à l'acheteur au moment de la livraison. Certains jurisconsultes attribuent à la remise de documents représentant la propriété de l'objet (comme le titre ou un certificat d'inventaire) la même crédibilité que la livraison physique de tel objet, y compris l'effet du transfert du risque de perte à l'acheteur[1020].

1213. En pratique, la banque tend à raccourcir la période durant laquelle elle est légalement responsable de la perte de l'objet du contrat, notamment celle qui commence dés l'acquisition de l'objet du contrat jusqu'à sa livraison au client.

1214. Les conseils de *charia* des banques islamiques diffèrent quant à la durée minimale pendant laquelle la banque est tenue de détenir la propriété de l'objet de *mourabaha* avant son transfert au client : certains conseils n'exigent pas de délai minimum entre l'acquisition de la propriété de l'objet du fournisseur et sa vente au client par la banque ; et d'autres nécessitent un certain temps, un intervalle minimal, même quelques minutes entre les deux ventes, la première du fournisseur à la banque et l'autre de la banque à son client[1021].

1215. Dans cette optique, certains contrats de *mourabaha* sont conclus entre la banque islamique et son client dès, ou en même temps (en arabe, *bi-mujarrad* ou *fi nafs al-waqt*), que l'expéditeur des marchandises financées reçoive ces marchandises du fournisseur[1022].

1216. Parfois, il s'agit parfois d'un transfert exprès de risque de perte de l'actif au client

---

[1019] Or, s'agissant d'un financement réalisé en France, en créant une société *ad hoc* détenue par le prêteur dans un pays étranger signataire de la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise de 1980 (CVIM) : cette société peut acquérir le bien puis le revendre à l'emprunteur. Ainsi le prêteur peut bénéficier indirectement du régime favorable de la CVIM en matière de garantie des vices cachés. La CVIM pose notamment un délai préfixe maximum de deux ans à compter de la livraison pour l'exercice par l'acheteur d'une action en non-conformité contre le vendeur. Consultez P. GRANGEREAU & M. HAROUN, *op. cit.*, p. 59-60.

[1020] W. HEGAZY, « *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, p. 821.

[1021] *Ibid.*, p. 818-819.

[1022] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 818-819.

pendant toute la durée de la transaction de *mourabaha*, dès leur vente par le fournisseur jusqu'à leur livraison au client. Ce qui garantit que la banque ne supporte aucun risque.

1217. Il est aussi courant que la banque conclut une assurance contre le risque de pertes de l'objet du contrat et ajoute la valeur de telle assurance sur le prix de *mourabaha* payé par le client[1023].

1218. Toutefois, il est légitime que la première vente du fournisseur à la banque et la promesse d'achat ferme et irrévocable par le client ont lieu à la fois et la deuxième vente de la banque à son client aura lieu à une date postérieure à la première vente.

1219. Selon M. Hegazy, la banque islamique désire éliminer tel risque puisqu'étant institution financière dépositaire, elle n'est pas équipée pour gérer et surveiller les actifs financiers, mais non les types de risques opérationnels et ceux de propriété impliqués dans les véritables opérations de vente à crédit, que seuls les commerçants sont équipés pour gérer[1024].

1220. Nonobstant, le fait de rendre la transaction de *mourabaha* comme mode exempte de risques est contesté et condamné lors de certaines conférences de jurisprudence islamique, considérant les contrats de *mourabaha* contenant de clauses à ces fins comme nuls.

B. Contrat d'*ijara*

1221. Dans le contrat d'*ijara*, la banque, en tant que propriétaire et bailleur du bien loué, supporte les obligations de garantie qui pèsent traditionnellement sur le bailleur lors de cette transaction. Ce risque ne peut pas être transféré directement au client, et la banque peut donc mettre en place un mécanisme proche d'assurance[1025].

1222. Elle est aussi responsable pour assumer d'une part toutes les obligations issues de la propriété et la maintenance de l'actif, et d'autre part le risque de sa perte et les coûts associés à la réduction ou la gestion de ce risque, pendant toute la durée du bail.

1223. En ce sens, tout dommage ou perte causés par des facteurs indépendants de la

[1023] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 822.

[1024] W. HEGAZY, *op. cit.*, p. 823.

[1025] P. GRANGEREAU & M. HAROUN, « *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. – oct. 2004, p. 60.

volonté du locataire, pendant telle durée, seront à la charge du bailleur. Mais, le plus souvent, la banque tend à éviter le risque de perte en le déplaçant au locataire et à imposer au locataire les coûts de la maintenance du bien.

1224. Alors, toutes les obligations relatives à l'utilisation de l'actif seront à la charge du locataire, son client[1026]. Ainsi, il doit indemniser le bailleur pour tous les dommages à l'actif loué causés par sa mauvaise utilisation ou sa négligence.

1225. Concernant l'indemnisation, les restrictions islamiques applicables à la responsabilité fiduciaire concernant les dommages recouvrables s'appliquent également aux transactions non fiduciaires, lors d'un financement d'ordre commercial.

1226. Pour concilier cette rigidité, certaines banques islamiques ont eu recours à imposer une sanction pécuniaire (Section II) à leur client en cas de défaut[1027].

[1026] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance,* Idaratul Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 111. Dans le même sens, consultez un standard contrat d'*ijara muntahia bi-tamleek* adopté par la Banque islamique jordanienne, dans M. USMAN SHIBIR, *Les transactions financières contemporaines dans la jurisprudence islamique*, 6e éd., Dar al-Nafã'is, Amman, 2007, p. 327-332.

[1027] Il importe de distinguer entre les sanctions de l'inexécution d'une obligation en nature et celles de l'inexécution d'une obligation de sommes d'argent : s'il s'agit d'une obligation en nature, on ne peut pas imposer à une personne de l'exécuter en nature par violence, ce qui rend difficile de se prémunir contre l'inexécution d'une telle obligation. Dans ce cas, on peut avoir recours parfois à la clause pénale. Mais, Malinvaud estime que ce moyen n'aboutit nullement à l'exécution en nature de la prestation promise, ainsi le bon choix du cocontractant est recommandé[1027]. A l'inverse, s'il s'agit d'une obligation en sommes d'argent, d'une créance monétaire, on peut facilement garantir son exécution, ce qui assure au créancier une satisfaction équivalente. Notre étude est limitée à la réparation pécuniaire. Pour plus de détails, consultez P. MALINVAUD, *Manuel Droit des obligations*, 10e éd., Litec, Paris, 2007, p. 311.

SECTION II

IMPOSITION DE SANCTION PECUNIAIRE

1227. Le droit français instaure un régime spécial de réparation du dommage résultant de l'inexécution d'une obligation pécuniaire. Dans un contrat de financement, le retard de paiement d'une dette peut être sanctionné par l'octroi des dommages-intérêts, soit de dommages-intérêts compensatoires (clauses pénales), soit de dommages-intérêts moratoires (intérêts de retard). Les dommages-intérêts compensatoires visent à réparer la perte due à l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat, alors que les dommages-intérêts moratoires compensent le retard dans l'exécution d'une obligation de somme d'argent[1028].

1228. A l'inverse, le droit islamique règlemente très rigoureusement l'inexécution d'une obligation en somme d'argent. Il adopte une approche plus extensive pour prohiber toute forme d'indemnisation fixée au préalable, soit par une clause pénale ou par une pénalité de retard. Une partie de la doctrine islamique considère que toute clause qui impose forfaitairement une compensation en cas de non-règlement ou de règlement tardif de la dette, ainsi que, toute clause qui fixe un taux intérêt calculé selon la durée de l'inexécution, sont prohibées, sous réserve de quelques aménagements. Une autre partie paraît plus flexible et permet la perception d'une pénalité de retard sous certaines conditions.

1229. On remarque que le régime de réparation du retard du paiement, ou de non-paiement, de la dette exigible est soumis à des règles spécifiques sous chaque système juridique, d'une part le législateur français autorise la stipulation de pénalités de retard en la soumettant à certains règles (**§** I) et d'autre part, il n'y a pas de position unanime dans le droit islamique pour autoriser ou prohiber la pénalité de retard, ce qui suscite beaucoup de controverses doctrinales (**§** II).

§ I : <u>Autorisation de la pénalité de retard</u>

1230. Dans le Code civil, les articles 1146 à 1155 règlementent l'inexécution d'une obligation contractuelle. Plus précisément l'article 1153 concerne les obligations qui portent

[1028] F. LEDUC, « *Régime de la réparation – modalités de la réparation – règles communes aux responsabilités contractuelle et délictuelle – principes fondamentaux », J.Cl. Responsabilité civile et assurances*, fasc. 201, 2006.

sur une somme d'argent. Mais, il ne distingue pas de manière explicite entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts moratoires.

1231. Nonobstant, l'article 1153 réfère au principe d'indemnisation du dommage « *résultant du retard dans l'exécution* » : il s'agit donc des dommages-intérêts moratoires (*mora* en latin signifie retard)[1029].

1232. Dans le contrat de financement, le défaut de paiement, voire le simple retard dans le paiement des échéances, justifie l'indemnisation du prêteur, soit par dommages-intérêts compensatoires (clause pénale), soit dommages-intérêts moratoires (intérêts moratoires). Un cumul entre les deux est possible sous certaines conditions.

1233. Il est intéressant de traiter successivement le régime de la clause pénale (I) et celui des intérêts moratoires (II).

I. Clause pénale

1234. En principe, le pouvoir d'appréciation des dommages-intérêts est réservé au juge. Par exception, le législateur français reconnaît aux contractants le droit de fixer, forfaitairement et d'avance, le montant d'indemnisation dans une clause pénale[1030].

1235. La clause pénale est régie par les articles 1152 et 1226 à 1233 du Code civil. Elle permet de compenser la perte subie par le créancier en cas d'inexécution totale, partielle ou tardive par le débiteur de son obligation contractuelle[1031].

1236. Mais en même temps qu'elle sanctionne l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, elle sert aussi à inciter le débiteur à exécuter son obligation[1032]. Ce qui souligne d'une part, la nature triple de la clause pénale (A) au vu de ses aspects contractuel, indemnitaire et comminatoire.

[1029] *Ibid.*

[1030] P. JOURDAIN, *Les principes de la responsabilité civile*, 6e éd., Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2010, p. 144.

[1031] A. ANZIANI & L. BÉTEILLE, « *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires »,* Rapp. d'information n° 558 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, déposé au Sénat (session 2008-2009), 15 juill. 2009, p. 73.

[1032] P. MALAURIE, A. LAURENT & P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, 2009, Paris, p. 542-543.

1237. Également, l'inexécution de l'obligation peut conduire à la résolution du contrat, sans préjudice de la révision judiciaire des dommages-intérêts compensatoires[1033]. Ainsi, la mise en œuvre de la clause pénale (B) peut susciter quelques difficultés, exigeant l'intervention du juge pour établir l'équilibre des relations contractuelles.

A. Nature triple de la clause pénale

1238. La clause pénale a une triple nature[1034] : elle est le fruit de la volonté des parties contractantes, d'où son aspect contractuel (1). Elle détermine une réparation forfaitaire accordée au créancier en cas de défaut ou de retard de paiement par le débiteur et aussi peut faire pression sur le débiteur : c'est son double aspect indemnitaire et comminatoire (2)[1035].

1. Aspect contractuel

1239. Bien distincte de l'obligation garantie, la clause pénale est étroitement liée au contrat original dont elle garantit la réalisation, d'où son caractère accessoire, mais sans occulter son caractère autonome tiré de son origine contractuelle[1036].

1240. Elle doit faire l'objet d'une stipulation conventionnelle expresse dans le contrat de prêt. Ce qui affirme que le principe de la liberté contractuelle s'impose à la clause pénale.

1241. Ainsi, la clause pénale ne peut résulter d'un texte législatif ou d'une règlementation ; autrement dit, toute pénalité résultant d'une loi ou d'un règlement n'est pas qualifiée de clause pénale.

1242. Toutefois, certaines mentions légales sont obligatoires visant à protéger l'emprunteur, le locataire ou l'accédant pour les informer des conséquences de l'inexécution de leurs obligations[1037]. De plus, elle doit respecter les dispositions d'ordre public, concernant le plafonnement légal ou règlementaire, surtout en matière de droit de la consommation. Ce qui permet de protéger le consommateur et plus généralement les contractants en état

---

[1033] J. DUBOS, « *Intérêts et commissions : cours, capitalisation et paiement des intérêts », J.Cl. Banque, crédit, bourse*, fasc. 511, 2000.

[1034] P. MALAURIE, A. LAURENT & P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit*.

[1035] C. civ., art. 1226 : « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ».

[1036] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, Paris, 1992, p. 9.

[1037] Pour plus d'informations, v. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 32-33.

d'infériorité technique, juridique et économique[1038].

1243. D'ailleurs, en vertu de cette clause, le débiteur se trouve obligé à exécuter ses obligations contractuelles. Et sinon, elle fixe une peine pour sanctionner telle inexécution illicite de l'obligation garantie et compenser la perte patrimoniale subie par le créancier. Ce qui met en exergue son double aspect, indemnitaire et comminatoire (2).

2. Aspects indemnitaire et comminatoire

1244. Au sens de l'article 1229 du Code civil, la clause pénale vise à compenser le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution de l'obligation contractuelle, c'est son aspect indemnitaire[1039]. Alors qu'en vertu de l'article 1226[1040], la clause pénale est prévue « *pour assurer l'exécution d'une convention* », ce qui traduit son aspect comminatoire.

1245. La Cour de cassation l'a rappelé, en définissant la clause pénale comme une « *évaluation conventionnelle de dommages-intérêts pour le cas de rupture de la convention contraignant le débiteur à s'exécuter* » [1041].

1246. Dans un contrat de crédit-bail, la Cour a cassé l'arrêt de la Cour d'appel, qui a violé les articles 1134 et 1152 du Code civil. Elle a jugé que « *l'indemnité due en cas de résiliation pour inexécution qui, tant par l'anticipation de l'exigibilité des loyers dès la résiliation du contrat que par le paiement d'une année de loyer supplémentaire, majorait les charges financières pesant sur le débiteur, était stipulée à la fois pour le contraindre à l'exécution du contrat et comme évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice subi par le bailleur du fait de la rupture fautive de celui-ci* » [1042].

1247. Selon cet arrêt, on remarque que la clause pénale, à caractère comminatoire, permet

---

[1038] Pour plus d'informations, v. D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 35-39.

[1039] C. civ., art. 1229 : « *La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard* ». C. civ., art. 1152 : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ».

[1040] C. civ., art. 1226 : « *La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ».

[1041] Civ. 1re, 10 oct. 1995: n° 93-16.869, *Bull. civ.* I, 1995, n° 347, p. 243; *D.* 1996, p. 486, note B. FILLION-DUFOULEUR; *D.* 1996, p. 116, note P. DELEBECQUE.

[1042] Civ. 3e, 21 mai 2008 : n° 07-12848, *Bull. civ.* III, 2008, n° 94 ; *RTD Com.* 2008, p. 610, note D. LEGEAIS.

de garantir l'exécution d'une obligation tandis que la clause d'indemnisation forfaitaire ne garantit que l'évaluation de la réparation. Donc, si une indemnité, comme par exemple une indemnité de résiliation répondait aux critères de la clause pénale, elle ne peut pas échapper à sa qualification de clause pénale[1043].

1248. Également, la Cour a décidé qu'une clause d'indemnisation d'immobilisation « *ayant pour objet de faire assurer par l'acquéreur l'exécution de son obligation de diligence* » est, malgré sa qualification impropre, une clause pénale qui doit donc être soumise au régime de celle-ci, en particulier être révisée si elle est manifestement excessive[1044].

1249. Dans un contrat de prêt, la Cour a distingué entre la clause pénale et une autre, en décidant que « *les intérêts conventionnels sont exigibles jusqu'à l'échéance fixée pour le remboursement de la dette, il résulte que, si le débiteur ne s'est pas libéré à la date prévue, ces intérêts continuent à courir jusqu'au payement effectif et ce, en l'absence de toute mise en demeure* »[1045].

1250. Par ailleurs, la Cour a décidé que « … *la clause pénale fixant les dommages-intérêts moratoires dus par l'emprunteur s'il ne rembourse pas à l'échéance prévue les sommes empruntées ne joue que comme la sanction de l'inexécution par lui de ses obligations et n'est pas soumise aux dispositions du décret-loi du 8 août 1935 relatif à l'usure qui ne visent que le taux de l'intérêt dû par tout emprunteur* »[1046].

1251. Concernant la détermination du taux effectif global, la Cour a jugé que la clause pénale ne fait pas partie du calcul de ce taux[1047]. Sur cette base, la peine fixée dans telle clause est due en cas d'inexécution du contrat par l'emprunteur alors que la rémunération fixée au moment de la conclusion du crédit est payable lors de l'exécution du contrat.

1252. La clause pénale est donc bien distincte des notions voisines. Sa mise en œuvre (B)

[1043] D. LEGEAIS, « *Crédit-bail : Critère de qualification de la clause pénale* », *RTD Com*. 2008, p. 610.

[1044] Civ. 3e, 24 sept. 2008 : n° 07-13.989, *Bull. civ.* 3, 2008, n° 139 ; *D.* 2008, p. 2497, note G. FOREST; *RTD Civ.* 2008 p. 675, note B. FAGES.

[1045] Civ. 1re, 20 jan. 1971 : n° 69-13.597, *Bull. civ.* I, n° 26, p. 21.

[1046] Civ. 1re, 10 oct. 1967 : *Bull. civ.*, n° 287.

[1047] Civ. 1re, 1er fév. 1978 : n° 76-14.087, *Bull. civ.* I, n° 44, p. 38. Dans cet arrêt, la Cour de cassation a décidé que « *L'article 3 de la loi du 28 décembre 1966 sur l'usure qui dispose notamment que pour la détermination du taux effectif global d'un prêt, sont ajoutés aux intérêts, les frais, commissions et rémunérations de toute nature directs ou indirects, n'impose pas de tenir compte dans ce calcul du jeu des clauses pénales qui n'interviennent que comme la sanction de l'inexécution par l'emprunteur de ses obligations ».*

suscite aussi quelques enjeux.

B. Mise en œuvre de la clause pénale

1253. La stipulation contractuelle de dommages-intérêts dans une clause pénale ne suffit pas pour garantir leur octroi au créancier. Cela doit satisfaire à certaines conditions, telles que la faute du débiteur et sa mise en demeure (1). De plus, le juge dispose d'un pouvoir de révision, voire de suppression de la clause pénale (2).

1. Faute du débiteur et sa mise en demeure

1254. En principe, pour engager la responsabilité contractuelle du débiteur, trois conditions doivent être réunies : faute du débiteur, préjudice subi par le créancier et un lien de causalité entre la faute et le préjudice. En cas de clause pénale, la faute du débiteur est caractérisée par l'inexécution de l'obligation contractuelle, hors de toute force majeure.

1255. Par exception, la Cour de cassation a rappelé dans un récent arrêt que « l*a clause pénale, sanction du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de l'inexécution*»[1048] , même en l'absence d'un préjudice subi par le créancier. La clause pénale, ayant pour objet de fixer une réparation forfaitaire, est donc due en l'absence de toute preuve de préjudice. On en déduit qu'il suffit de prouver seulement le manquement sanctionné par la clause.

1256. De plus, l'application de la clause pénale dépend en principe de la mise en demeure préalable du débiteur. Cette formalité résulte d'un acte d'huissier ou d'une assignation, voire encore d'une simple lettre recommandée mais il faut qu'il en ressorte une interpellation suffisante. Mais, les parties peuvent convenir que la mise en demeure ne sera pas nécessaire.

1257. Selon l'article 1146 du Code civil[1049], cette mise en demeure doit avoir lieu pendant que l'obligation principale est susceptible d'être exécutée, au-delà, la mise en demeure n'est plus nécessaire. Et à partir de laquelle, la créance résultant de la clause pénale est elle-même

---

[1048] Civ. 3ème, 20 déc. 2006 : n° 05-20.065, *Bull. civ.* III, n° 256, p. 218 ; *RDI* 2007, p. 351, note O. TOURNAFOND. Dans le même sens, Civ. 3ème, 12 janvier 1994 : n° 91-19.540, *Bull. civ.* III, n° 5, p. 3 ; *RTD Civ.* 1994, p. 605, note J. MESTRE.

[1049] C. civ., art. 1146 : « *Les dommages et intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation, excepté néanmoins lorsque la chose que le débiteur s'était obligé de donner ou de faire ne pouvait être donnée ou faite que dans un certain temps qu'il a laissé passer. La mise en demeure peut résulter d'une lettre missive, s'il en ressort une interpellation suffisante* ».

productive d'intérêts au taux légal[1050].

1258. En cas de résolution, ou *a fortiori*, de résiliation du contrat principal, la clause pénale survit. Le contrat est normalement résolu à cause de son inexécution par le débiteur. Or, la cause de la clause pénale est là pour sanctionner une inexécution illicite de l'obligation principale garantie[1051]. Pareillement, la caducité du contrat principal n'affecte pas la validité de la clause pénale, destinée à produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties[1052].

1259. En revanche, il en va autrement en cas de nullité du contrat car la nullité sanctionne la validité du contrat, plutôt au stade de sa formation ; le contrat est censé n'avoir jamais existé et par conséquent, il n'est pas question d'inexécution. Ainsi, la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale selon l'article 1227 du Code civil.

1260. Dans l'objectif d'assurer l'équité et l'équilibre, la force obligatoire de la clause pénale peut être remise en cause, et le juge peut réviser ou même supprimer cette clause (2).

2. Pouvoir judiciaire de révision ou de suppression de la clause pénale

1261. Avant la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975 sur les clauses pénales, en application de l'article 1152, le créancier ne pouvait ni obtenir ni demander plus ou moins que ce qui était prévu par la clause pénale.

1262. Les lois du 9 juillet 1975 et du 11 octobre 1985 ont modifié l'article 1152 du Code civil, en lui ajoutant un second alinéa, qui prévoit que : « *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite».*

1263. En effet, par conjugaison de ces lois, le pouvoir de révision de la clause pénale par le juge peut, non seulement, affaiblir la force obligatoire du contrat, mais encore fragiliser le lien créé par la clause pénale[1053]. Cet article 1152 constitue ainsi une exception à l'article

[1050] Com., 21 juillet 1980 : n° 79-10.597, *Bull. civ.*, n° 309.

[1051] D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 101.

[1052] Com., 22 mars 2011: *Bull. civ.,* n° 09-16660; *D.* 2011, p. 2179, note A. HONTEBEYRIE; *RTD Civ.* 2011, p. 345, note B. FAGES.

[1053] D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 1.

1134, qui consacre le principe de la force obligatoire du contrat et on peut légitimement penser qu'il doit être interprété strictement[1054].

1264. Selon D. Mazeaud, la notion de clause pénale conserve un intérêt particulier à l'égard du pouvoir de révision du juge. Son objet ne se limite pas à réparer un préjudice mais aussi à sanctionner une inexécution illicite, d'où sa nature dualiste d'indemnité et de peine privée. Dans cette optique, le juge doit la maintenir à un niveau sensiblement supérieur au préjudice réel si elle est stipulée comme peine privée, et il peut l'adapter au montant du dommage subi s'il s'agit d'une indemnisation forfaitaire[1055]. Aussi, D. Mazeaud considère qu'*à fortiori*, en l'absence d'un préjudice, le juge doit prononcer une peine même s'il modère la clause pénale[1056].

1265. La Cour de cassation a adopté une application extensive du pouvoir judiciaire de révision de la clause pénale, en prononçant qu'il « *n'y a pas lieu de distinguer s'il s'agit d'une inexécution ou d'un retard dans l'exécution ou si l'inexécution est totale ou partielle, pour l'exercice du pouvoir des juges de modérer la peine, lorsque celle-ci est manifestement excessive* »[1057].

1266. Les avis de la doctrine divergent en ce qui concerne l'appréciation du caractère manifestement excessif de la clause pénale, que ce soit d'une manière subjective ou objective[1058].

1267. La Cour de cassation s'est prononcée sur le moment auquel le juge doit se placer pour apprécier la clause pénale et a jugé que « *pour apprécier le caractère excessif d'une clause pénale, les juges doivent se placer à la date de leur décision. ... ce caractère doit être apprécié au moment où la pénalité s'est trouvée exigible et non après que les paiements partiels ont réduit le montant de la dette* »[1059].

1268. Le juge peut aussi, en vertu de l'article 1231, réduire la peine en cas d'inexécution partielle « *à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier* ». Cette

---

[1054] D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 6.

[1055] D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 7.

[1056] D. MAZEAUD, *op, cit,*, p. 7.

[1057] Civ. 1re, 1er fév. 1978 : n° 76-14.087, *Bull. civ.* I, n° 44, p. 38.

[1058] D. MAZEAUD, *op, cit.*, p. 57-58.

[1059] Civ. 1re, 10 janv. 1998 : n° 96-13.458, *Bull. civ.* I, 1998, n° 98, p. 65; *RTD Civ.* 1999 p. 97, note J. MESTRE.

faculté judiciaire ne peut pas être écartée par une clause contraire. Dans ce cas, l'appréciation du juge ne doit tenir compte que de la disproportion entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant de l'indemnité, et non du comportement du débiteur[1060]. Ce caractère s'apprécie en fonction du but de la clause et non en considération de la situation de surendettement des débiteurs[1061].

1269. Ce pouvoir judiciaire est contrôlé par la Cour de cassation : « *les juges du fond doivent préciser en quoi le montant de celle-ci est manifestement excessif ou dérisoire, il n'a pas à motiver spécialement sa décision, quand, faisant application pure et simple de la convention, il refuse de modifier la somme forfaitairement prévue à ce titre* » [1062].

1270. Par conséquent, l'intervention judiciaire jouit d'un caractère exceptionnel ; et ainsi la mission d'équité que le juge exerce lui permet d'instaurer l'équilibre des relations contractuelles, de corriger les excès sans se substituer à la volonté des parties au point de s'affranchir totalement du contrat initial[1063].

1271. Également, dans la mesure où la clause pénale vise seulement à compenser une perte, ainsi qualifiée d'indemnité[1064], le juge peut la supprimer en l'absence d'*un préjudice susceptible de dédommagement*[1065]. Selon D. Mazeaud, la position de la Cour de cassation se justifie par un double souci. D'une part, par une logique de protection, le juge, *au nom de l'équité*, peut rééquilibrer le contrat au profit du débiteur de la clause pénale[1066]. En l'espèce, le contrat d'approvisionnement exclusif pouvait être qualifié de contrat d'adhésion, et les emprunteurs sont en état d'infériorité économique lors de la création du contrat, lors de son exécution ou même encore à l'occasion de son inexécution, d'où, la nécessité d'intervention du juge pour établir un certain équilibre de forces entre les parties contractantes. D'autre part, par une logique indemnitaire, le juge, au nom de la liberté, peut réviser la clause

---

[1060] Com., 11 fév. 1997: n° 95-10.851, *Bull. civ.* IV, 1997, n° 47, p. 42; *RTD Civ.* 1997, p. 654, J. MESTRE.

[1061] Civ. 1re, 14 nov. 1995: n° 94-04.008, *Bull. civ.* I, 1992, n° 412, p. 287; *RTD Com.* 1996, p. 118, note G. PAISANT; *RTD Com.* 1996, p. 333, note G. PAISANT.

[1062] Civ. 3e, 14 janv. 1987: n° 85-15.101, *Bull. civ.* 3, 1987, n° 8, p. 5. Pour plus d'informations, voir D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 53-54.

[1063] D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 51.

[1064] C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé,* préf. A. SERIAUX, t. 486, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, 2007, Paris, p. 126.

[1065] Com., 16 juillet 1991 : *Bull. civ*. n° 89-19.080 ; *D.* 1992 jur. p. 365, note D. MAZEAUD.

[1066] D. MAZEAUD, « *Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée* », *Dalloz* 1992, p. 365.

pénale, voire même exclure son application en cas d'absence totale de préjudice[1067].

1272. Selon M. Boubli, le juge doit « *adapter la réparation au préjudice effectivement subi*»[1068]. Ainsi, il convient de lui refuser une liberté discrétionnaire dans l'exercice de son pouvoir d'équité pour réviser une clause pénale manifestement excessive. A l'inverse, B. Boccara reconnaît une liberté relative au juge, afin de pouvoir réviser librement la peine manifestement excessive sans toutefois la réduire en deçà du seuil de l'excès manifeste[1069].

1273. Alors que F. Chabas a proposé que « ... *le juge doit jouir de la liberté la plus complète pour réduire la peine ... mais pourvu qu'il ne descende pas au-dessous de la valeur du préjudice*» [1070]. Cette proposition a été reprise par la Cour de cassation. Elle a affirmé que « *le juge du fond, souverain dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier, fixe librement le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale, dès lors qu'il l'estime manifestement excessive, sans pouvoir toutefois allouer une somme inférieure au montant du dommage* »[1071].

1274. Donc, la portée du pouvoir de révision du juge dépend de l'importance du préjudice : la peine contractuellement prévue peut donc être réduite au-delà du préjudice ou adaptée purement et simplement à celui-ci, mais ne peut pas être révisée en deçà du montant du dommage.

1275. D. Mazeaud rappelle que le juge dispose d'une liberté relative en cas de réalisation du préjudice et d'une liberté absolue en cas d'absence de préjudice, soit simplement de réduire la peine, soit de la supprimer[1072]. Dans cette optique, la logique indemnitaire suppose la nature réparatrice de la clause pénale, exigeant l'existence d'un préjudice et reconnaissant au juge le pouvoir de supprimer la clause pénale en l'absence d'un préjudice.

1276. A l'instar de la clause pénale, spécialement en matière pécuniaire, le préjudice

---

[1067] D. MAZEAUD, « *Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée* », *Dalloz* 1992, p. 365.

[1068] M. BOUBLI, « *La mort de la clause pénale ou le déclin du principe* d'*autonomie de la volonté* », *Journal des Notaires* 1976, p. 945 et s.

[1069] B. BOCCARA, « *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire* », *JCP*, 1975, I, n° 2742.

[1070] F. CHABAS, « *La réforme de la clause pénale* », *Dalloz* 1976, c*hron.*, p. 229 et s.

[1071] Civ. 1re, 24 juill. 1978: n° 77-11.170, *Bull. civ.* I, n° 280, p. 219.

[1072] D. MAZEAUD, « *Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée* », *Dalloz* 1992, p. 365 et s.

découlant du retard dans le règlement de la dette peut être réparé en fonction des intérêts moratoires (II), qui compensent l'écoulement du temps.

II. Intérêts moratoires

1277. Dans le contrat de prêt, le débiteur est tenu d'une obligation pécuniaire, consistant à remettre au créancier une somme d'argent en contrepartie du prêt consenti. L'inexécution de telle obligation ou le retard dans le règlement de la dette cause certainement un préjudice au créancier.

1278. Les règles de réparation du dommage causé par l'inexécution d'une obligation en argent sont énoncées par les articles 1153 et suivants du Code civil. Et en vertu de l'article 1153 du Code civil, le contrat de prêt peut stipuler des intérêts dits moratoires[1073].

1279. Les intérêts moratoires sont définis comme des intérêts calculés en pourcentage du montant du capital sur la base du taux d'intérêt légal en fonction de la durée de l'opération.

1280. Le principe de la réparation forfaitaire par les dommages-intérêts moratoires est justifié par l'inadaptation relative du mécanisme de réparation par les dommages-intérêts compensatoires d'un dommage subi par l'inexécution d'une obligation en somme d'argent. Cette réparation est applicable en cas d'inexécution d'une obligation, autre que celle du paiement d'une somme d'argent.

1281. On examine, en premier lieu, le taux des intérêts moratoires (A) et en second lieu, leur mise en œuvre (B).

A. Taux des intérêts moratoires

1282. Les intérêts moratoires peuvent courir soit au taux conventionnel « intérêts conventionnels » ou, à défaut, au taux légal « intérêts légaux ». Le taux conventionnel est convenu entre les contractants, alors que le taux légal est fixé une fois par an par décret.

[1073] Art. 1153, C. civ. : « *Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages-intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans la condamnation aux intérêts au taux légal, sauf les règles particulières au commerce et au cautionnement. Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte. Ils ne sont dus que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent telle une lettre missive s'il en ressort une interpellation suffisante, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit. Le créancier auquel son débiteur en retard a causé, par sa mauvaise foi, un préjudice indépendant de ce retard, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance* ».

1283. Le Code monétaire et financier distingue entre un taux d'intérêt légal simple et un taux d'intérêt légal majoré. Concernant le taux simple, l'article L. 313-2 dispose que « *Le taux de l'intérêt légal est, en toute matière, fixé par décret pour la durée de l'année civile. Il est égal, pour l'année considérée, à la moyenne arithmétique des douze dernières moyennes mensuelles des taux de rendement actuariel des adjudications de bons du Trésor à taux fixe à treize semaines* ». Et concernant le taux majoré, l'article L. 313-3 dispose que « *En cas de condamnation pécuniaire par décision de justice, le taux de l'intérêt légal est majoré de cinq points à l'expiration d'un délai de deux mois à compter du jour où la décision de justice est devenue exécutoire, fût-ce par provision. Cet effet est attaché de plein droit au jugement d'adjudication sur saisie immobilière, quatre mois après son prononcé. Toutefois, le juge de l'exécution peut, à la demande du débiteur ou du créancier, et en considération* de la situation du débiteur, exonérer celui-ci de cette majoration ou en réduire le montant ».

1284. Il est également intéressant d'étudier la mise en œuvre des intérêts moratoires (B).

B. Mise en œuvre des intérêts moratoires

1285. L'article 1153 du Code civil précise les conditions d'octroi des intérêts moratoires (1). cela suppose la détermination de leur point de départ et leur capitalisation (2).

1. Conditions d'octroi

1286. Sanctionnant le retard du règlement de la dette, les intérêts moratoires sont dus de plein droit, sans que le créancier ait établi un préjudice. Constatons que le préjudice subi par le créancier est présumé (a). Mais, telle présomption ne garantit pas absolument au créancier la responsabilité du débiteur pour payer les intérêts moratoires sans sa mise en demeure (b).

a. Présomption du préjudice du créancier

1287. En vertu de l'article 1153, alinéa 2, du Code civil, leur allocation suppose une présomption irréfragable du préjudice du créancier résultant du retard de paiement de la dette exigible. Il est sous-entendu que l'obligation du débiteur doit consister en une somme d'argent, déterminée ou déterminable. Telle obligation doit être valide, exigible, et plutôt liquide ; elle n'a pas été exécutée malgré son échéance et son exécution demeure toujours possible.

1288. Le législateur n'a pas expressément exigé la preuve d'une perte pour obtenir des

intérêts moratoires mais la perte demeure le fondement de leur octroi. En effet, le créancier n'a pas à prouver qu'il a subi un préjudice, étant donné que le préjudice est déjà présumé. Ainsi, ces intérêts sont alloués de plein droit au créancier, sans que ce dernier soit tenu de justifier d'aucun préjudice[1074]. Ce qui traduit l'automaticité de l'indemnisation forfaitaire du retard dans le paiement d'une somme d'argent.

1289. Nonobstant, au nom du principe de la liberté contractuelle, et puisque l'article 1153 n'est pas d'ordre public, les parties peuvent exiger la preuve d'un préjudice subi par le créancier pour l'octroi des intérêts moratoires. Mais, en l'absence de clause contraire, le débiteur qui démontre que le créancier n'a subi aucun préjudice du fait du retard ne peut échapper pour autant au paiement des intérêts moratoires. Il ne peut non plus réduire le montant des intérêts dus au créancier en prouvant que le montant est disproportionné au préjudice et que le préjudice subi est moindre que celui que réparent les intérêts légaux[1075].

1290. L'existence d'une perte est réaffirmée par la possibilité d'allocation des dommages-intérêts supplémentaires si la victime invoque « *un préjudice indépendant de ce retard* »[1076].

1291. En dépit de la présomption irréfragable de l'existence et l'étendue du préjudice, ainsi établie par l'article 1153 du Code civil, le débiteur ne peut être exonéré de sa responsabilité qu'en cas de force majeure ou du fait du créancier, l'empêchant de payer sa dette à l'échéance.

1292. De plus, la mise en demeure du débiteur (b) est nécessaire pour lui faire signaler la volonté du créancier d'être payé et ainsi engager sa responsabilité légitimement.

b. Mise en demeure

1293. La survenance de l'échéance rend la dette immédiatement exigible, mais ne vaut pas mise en demeure du débiteur. Ce qui veut dire que le seul fait que l'emprunteur n'ait pas payé à l'échéance ne cause pas au créancier un préjudice tenant au retard[1077].

[1074] C. civ., art. 1153, al. 2.

[1075] Civ., 10 juill. 1895, cité par « *Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle – Inexécution d'une obligation en argent* », *J.-Cl.* Responsabilité civile et Assurances, fasc. 20, 25 mai 2001.

[1076] C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé,* préf. SERIAUX (A.), t. 486, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, 2007, Paris, p. 125.

[1077] P. MALAURIE, A. LAURENT & P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 4e éd., Defrénois, Lextenso

1294. Selon l'article 1153, le créancier doit mettre en demeure son débiteur défaillant et les intérêts ne commencent à courir que du jour de la sommation de payer, ou d'un autre acte équivalent dont ressort une interpellation suffisante. La mise en demeure peut prendre la forme d'un acte d'huissier, commandement de payer, ou citation en justice. Une lettre recommandée avec accusé de réception, sans comporter une interpellation suffisante, ne répond pas aux exigences légales. Elle est faite avant toute action en justice, pour demander au cocontractant d'exécuter son obligation.

1295. Mais, les parties peuvent aussi décider, même tacitement, que la seule échéance de la dette vaudra mise en demeure. En 2003, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé que « *le débiteur est tenu du dommage né de l'inexécution de ses obligations, indépendamment de toute mise en demeure antérieure* »[1078]. En revanche, en 2004, la chambre commerciale a jugé que les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation[1079].

1296. Par exception, la loi prévoit dans certains cas spécifiques que les intérêts commencent à courir de plein droit, comme en cas de clôture d'un compte courant, à compter duquel le solde porte intérêt de plein droit, ainsi il n'y a pas d'exigence d'une sommation de payer pour être condamné au paiement d'un intérêt légal.

1297. Suite à la mise en demeure, les intérêts moratoires peuvent s'imposer, d'où il convient de connaître leur point de départ et leur capitalisation (2).

2. Point de départ et capitalisation

1298. Le législateur a fixé d'une part le point de départ protecteur pour les débiteurs (a), et a permis d'autre part la capitalisation des intérêts moratoires sous certaines conditions (b).

a. Point de départ

1299. Pour fixer le point de départ des intérêts moratoires, on distingue entre les intérêts moratoires fondés sur la responsabilité du débiteur et ceux fondés sur l'existence d'une procédure.

éditions, coll. *Droit civil*, 2009, Paris, p. 527.

[1078] Civ. 1re, 6 mai 2003 : n° 00-17.383, *inédit*.

[1079] Com., 16 juin 2004 : n° 02-20.480, *inédit*.

1300. Concernant les intérêts moratoires fondés sur la responsabilité du débiteur, en vertu de l'article 1153 du Code civil, la sommation à payer constitue le point de départ de ces intérêts à taux légal. En principe, les juges doivent respecter ces termes et ne peuvent fixer un autre point de départ des intérêts moratoires, en retardant ou en avançant le moment où ils commencent à courir, sauf si la loi dispose autrement ou si la convention l'a prévue. En effet, le contrat peut prévoir que les intérêts courront de plein droit, automatiquement, dès l'arrivée du terme, sans mise en demeure ; le créancier est dispensé de la mise en demeure qui résulte de la seule arrivée de l'échéance.

1301. Concernant les intérêts moratoires fondés sur l'existence d'une procédure, l'article 1153-1[1080] du Code civil dispose qu'en toute matière, la condamnation à une indemnité emporte intérêt au taux légal à compter du jugement, même en l'absence de demande ou de disposition spéciale de la décision. En cas de confirmation pure et simple de la demande de paiement d'une somme d'argent, l'indemnité porte de plein droit intérêt à compter du jugement de première instance, mais dans les autres cas, l'indemnité allouée par le juge ne porte intérêt qu'à compter de la décision d'appel[1081]. Cet automatisme est repris en appel selon l'article 1153-1, al. 2.

1302. De plus, le juge peut toujours déroger à la règle selon laquelle les intérêts de l'indemnité courent de la date de sa décision et fixer un autre point de départ[1082], à compter par exemple de la date d'assignation, qui vaut sommation de payer, et non à celle du jugement[1083].

1303. En revanche, ni d'office par le juge, ni par convention des parties, les intérêts légaux et les intérêts conventionnels, pour la même somme d'argent au cours de la même période, peuvent se cumuler[1084].

1304. Les intérêts moratoires peuvent se capitaliser sur les intérêts échus des capitaux, ainsi prévus par l'article 1154 du Code civil. On traite ensuite la capitalisation des intérêts

[1080] Issu de la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation.

[1081] J. NORMAND, « *Le pouvoir de fixer d'office le point de départ des intérêts légaux. Son étendue et ses conditions d'exercice* », *RTD Civ*. 1991, p. 395.

[1082] F. GREAU, *Recherches sur les intérêts moratoires*, préf. F. CHABAS, Defrénois, t. 21, coll. *Doctorat et Notariat*, 2006.

[1083] Com., 18 juill. 1989: n° 87-19.625, *Bull. civ.* 1989, IV, n° 235, p 158 ; *RTD Civ.* 1990 p. 142, note R. PERROT; *RTD Civ.* 1991 p. 350, note P. JOURDAIN.

[1084] Civ. 1re, 15 mars 2005: n° 03-10.711, *Bull. civ.* I, 2005, n° 133, p. 114

moratoires (b).

b. Capitalisation

1305. En principe, les intérêts ne sont pas capitalisés de plein droit. Leur capitalisation doit être provoquée. Selon l'article 1154 du Code civil, elle peut-être judiciaire ou conventionnelle pourvu que, soit dans la demande, soit dans la convention, il s'agisse d'intérêts dus au moins pour une année entière[1085].

1306. Qualifié d'ordre public, cet article impose des conditions pour la capitalisation des intérêts, dans l'objectif de protéger le débiteur en besoin d'argent contre les abus du créancier au moment de la conclusion du contrat de prêt.

1307. En premier lieu, les intérêts échus doivent être dus au moins pour une année entière. Ainsi, une capitalisation de tous les mois ou tous les trimestres est inapplicable[1086]. Par exemple, doit être annulée une convention de capitalisation des intérêts échus chaque six mois[1087].

1308. En deuxième lieu, la capitalisation des intérêts est conditionnée par l'absence de faute du créancier pour. Par exemple, lorsque le créancier a fait obstacle à la liquidation de la

---

[1085] C. civ. , art. 1154. Consultez aussi Civ. 3e, 17 juin 1998 : n° 96-19.230, *Bull. civ.* III, n° 128, p. 86 ; *RDI* 1998 p. 639, note P. MALINVAUD. En cas de capitalisation judiciaire, les tribunaux acceptent les demandes tendant à la capitalisation des intérêts, même à défaut de leur échéance à la date de la demande. Au cas où le débiteur a remboursé le principal de la dette, le cours des intérêts s'arrête et le créancier doit solliciter par une demande distincte la capitalisation des intérêts restant non payés. Ainsi, les intérêts dus au jour du paiement du principal de la dette et non payés produisent des intérêts à leur tour conformément à l'article 1153 du Code civil. Consultez S. BERTOLASO, « *Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle – Inexécution d'une obligation en argent* », *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances,* fasc. 20, 25 mai 2001, para. 30.

[1086] Par exception, en matière de compte-courant « entre professionnels » (et non pas d'un compte courant de consommateur), l'interdiction de l'anatocisme pour une durée inférieure à une année entière n'est pas de mise. Cette solution découle d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 22 mai 1991 (Com. 22 mai 1991 : n° 89-19697*)* duquel il découle que la capitalisation des intérêts d'un compte courant se produit de plein droit à chaque arrêté périodique par fusion dans le solde résultant dudit arrêté : « *Vu l'article 1154 du Code civil ; Attendu que, pour exclure la capitalisation des intérêts pendant le fonctionnement du compte courant, la cour d'appel a retenu que, si l'effet novatoire, c'est-à-dire l'incorporation au capital de l'intérêt par la seule vertu de son inscription en compte, expliquait la capitalisation le plus souvent trimestrielle des intérêts, il ne saurait justifier en l'espèce, en l'absence d'une convention spéciale d'anatocisme conclue entre les parties, une pratique contraire aux dispositions de l'article 1154 du Code civil selon lesquelles l'intervalle entre deux capitalisations est une année entière au moins ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que la capitalisation des intérêts d'un compte courant se produit de plein droit à chaque arrêté périodique par fusion dans le solde résultant dudit arrêté, d'où il suit que l'article 1154 du Code civil n'était pas applicable, la cour d'appel a violé ce texte* ».

[1087] Civ. 1re, 4 fév. 1975 : n° 73-13.818, *Bull. civ*. I, n° 45, p. 42.

créance[1088], que par sa faute et le retard ou obstacle qu'il oppose, il n'a pu être procédé à la liquidation de la dette[1089], les juges du fond peuvent écarter l'application de l'article 1154 du Code civil. Pareillement, la demande d'anatocisme est rejetée à cause de la faute du créancier qui a causé le retard du règlement de la dette, lorsqu'il était incapable de soumettre aux juges un décompte sérieux de sa créance[1090].

1309. Suite à tout ce qui précède, on remarque que le droit français autorise la fixation forfaitaire d'une indemnisation pécuniaire, sous forme de clause pénale ou d'intérêts moratoires.

1310. A l'inverse, la stipulation préalable d'une pénalité financière pour sanctionner le paiement tardif ou le non-paiement de la dette fait l'objet de plusieurs controverses doctrinales islamiques (§ II).

§ II : <u>Controverses doctrinales islamiques</u>

1311. C'est un enjeu commun pour tous les produits de la finance islamique, y inclus les *sukuk*[1091]. A défaut d'un consensus universel dans toutes les juridictions islamiques à cet égard[1092], certains sont restrictifs et affirment la prohibition absolue de l'imposition d'une pénalité de retard et d'autres sont plus libérales et la valident sous certaines conditions.

1312. Le droit islamique s'intéresse moins à la qualification de la clause imposant une pénalité de retard au débiteur qui n'a pas réglé sa dette à l'échéance, qu'à la substance de telle clause et à sa mise en œuvre. Peu importe qu'elle soit qualifiée d'une pénalité de retard ou d'une clause pénale ou autrement, mais l'essentiel c'est la substance de cette stipulation.

[1088] Civ.1re, 14 mai 1992 : *Bull. civ.* I, n° 142, p. 96; *D.* 1992, p. 225, note M. GRIMALDI ; RTD Civ. 1993 p. 175, note J. PATARIN. Dans le même sens, Com., 20 oct. 1992 : n° 90-13.072, *Bull. civ.* IV, n° 319, p. 227.

[1089] CA Paris, 19 juin 2008 : *Juris-Data* n° 2008-374334 ; *Bull. civ.* n° 06/17276.

[1090] CA Pau, 8 déc. 1989 : *Juris-Data* n° 1989-046139.

[1091] Le *sukuk* est un titre financier islamique, similaire à une obligation conventionnelle, respectant les préceptes religieux de la *charia*, par l'interdiction de l'intérêt et de la spéculation. Il consiste en la vente du titre par son émetteur à un groupe d'investisseurs, à relouer à l'émetteur contre un loyer fixé à l'avance. Il confère un droit de créance à son propriétaire qui reçoit un profit selon le rendement de l'actif sous-jacent. Après, l'émetteur les rachète à une date ultérieure précise et au prix d'émission. Sa rémunération corresponde à une part de profit et non à un intérêt fixe.

[1092] A. LAHSASNA & L. SZE LIN, *Issues in Islamic capital markets: Islamic bond/sukuk, 3rd International Conference on Business and Economic Research* (*3rd ICBER 2012*) *Proceeding*, Indonesia, 12-13 March 2012, p. 496-497.

1313. Cette stipulation, dénommée clause pénale ou pénalité de retard[1093], à laquelle la banque islamique a parfois recours, est destinée à dissuader le paiement retardé de la dette et aussi éviter des pertes de chances.

1314. Il est intéressant de bien préciser d'abord le concept de pénalité de retard (I), et ensuite, d'examiner les enjeux de telle imposition (II).

I. Concept de pénalité de retard

1315. En droit islamique, dans le contexte du financement, la compensation (*taawid*) se réfère à la demande ou l'action judiciaire pour compenser le dommage réel subie par le financier suite au retard du paiement de la dette due, alors qu'une pénalité (*gharama*) se réfère au montant imposé en cas de retard de règlement de la dette, sans besoin de prouver le dommage réel subi[1094].

1316. Commençons par la définition de la clause pénale. Dans le glossaire des linguistes arabes, la clause pénale est définie comme la fixation par les contractants d'une somme à payer par celui qui manque à son obligation contractuelle. Cette définition considère le principe de liberté contractuelle des parties. Mais, elle ne précise pas certaines particularités relatives à la clause pénale, comme par exemple si la clause pénale est accessoire ou autonome par rapport au contrat original et si le manquement à l'obligation contractuelle est dû à une cause étrangère[1095].

1317. Plus généralement, la clause pénale est un accord supplémentaire pour engager le contractant qui manque à son obligation contractuelle, sans cause étrangère, à payer la compensation estimée au contrat[1096]. Cette définition souligne d'une part le caractère contractuel de la clause pénale et son caractère accessoire par rapport au contrat original. Et d'autre part, elle impose la compensation au contractant défaillant à son obligation

[1093] Il est important de bien noter que dans cette section, le concept de pénalité de retard est assimilé à celui de la clause pénale en pratique. Notre étude se limite à celle qui est relative à sanctionner l'inexécution d'une obligation pécuniaire.

[1094] Mohammad Abdul Razaq AL-TABTABAE, *La compensation du dommage et la pénalité pour retard du règlement des dettes : une étude pratique sur les institutions financières islamiques au Kuwait,* Les questions contemporaines en finance islamique : discussion dans le colloque international des érudits islamiques *2006*, Banque Negara de Malaisie, 2008, p. 91, ainsi cité par Bank Negara Malaysia, *Shariah resolutions in Islamic finance,* 2e ed., 2010, p. 129.

[1095] G. BAHRE, *La théorie de la clause pénale entre la doctrine et le droit*, Mémoire, Université d'Hebron, Palestine, 2009, p. 140.

[1096] *Ibid.*

contractuelle que ce soit le créancier ou le débiteur du prix.

1318. En 2000, lors de sa douzième session à Riyadh, l'Académie du *Fiqh* Islamique a décidé que la pénalité de retard est légalement définie comme l'accord entre les deux parties contractantes pour estimer le dédommagement subi par la partie lésée en cas d'inexécution ou retard d'exécution de l'obligation contractuelle par l'autre partie[1097].

1319. De même, la pénalité de retard peut être stipulée dans le contrat original, ou séparément dans un contrat ultérieur, mais préalablement à l'occurrence du dommage.

1320. Une partie de la doctrine estime qu'il existe deux types de la clause pénale : (i) celle qui s'applique en cas de retard dans l'achèvement de travaux ou de défaillance de les achever complètement, une telle clause est exécutoire en vertu du principe de force obligatoire des contrats ; et (ii) celle qui s'applique en cas de retard du règlement de dette, comme dans les contrats de vente à terme[1098]; et concerne la compensation en cas de manquement à une obligation de faire ou une obligation de payer une somme d'argent.

1321. Il est permis de l'insérer dans tous les contrats de financement, sauf dans les contrats dont l'obligation initiale est une dette de somme d'argent, et dans ce dernier cas, elle relèverait dés lors d'un « *riba* » (usure) au sens strict[1099].

1322. Le plus souvent, la clause pénale est utilisée pour se référer au deuxième type d'obligation de payer. C'est ce type de cause qui fait l'objet de plusieurs controverses et critiques doctrinales.

1323. S'agissant d'un contrat de financement islamique, impliquant une dette en somme d'argent, la pénalité financière imposée en cas de manquement du débiteur à son obligation de payer la dette à l'échéance se rapproche du contexte de dommages-intérêts moratoires en droit français. Aussi, comme en droit français, telle pénalité a un double aspect, étant un moyen de pression pour garantir l'exécution du contrat original et aussi une sanction en cas

---

[1097] Cette session a duré depuis le 23 septembre 2000 jusqu'au 28 septembre 2000. Académie du *Fiqh* Islamique, « *Résolution n° 109 (3/12) concernant la pénalité de retard* », in « Résolutions et recommandations du Conseil de l'*Académie du Fiqh Islamique* : 1985-2000 », version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000, p .274.

[1098] A. LAHSASNA & L. SZE LIN, « *Issues in Islamic capital markets: Islamic bond/sukuk* », *3rd International Conference on Business and Economic Research* (*3rd ICBER 2012*) *Proceeding*, Indonesia, 12-13 March 2012, p. 496.

[1099] Académie du *Fiqh* Islamique, *Résolution n° 109 (3/12) concernant la pénalité de retard*, *op. cit.*, p .275.

de manquement à une obligation contractuelle sans excuse[1100].

1324. En revanche, parfois, le terme de compensation est utilisé pour faire référence à la pénalité imposée au débiteur en cas de paiement tardif de la dette. Par exemple, le Conseil consultatif de *charia* de la Commission des Valeurs Mobilières de Malaisie, (*Shariah Advisory Council of the Securities Commission of Malaysia* « *SAC* »), a décidé que l'imposition d'une compensation (*taawidh)* ou une clause pénale (*shart jazai*) selon la terminologie arabe est une pénalité acceptée par les parties contractantes, considérée comme une compensation qui peut être légitimement réclamée par le créancier (la banque) lorsque le débiteur (l'emprunteur) est défaillant ou en retard pour rembourser le prêt[1101].

II. Enjeux de l'imposition de pénalité de retard

1325. Généralement, dans un contrat de financement, la banque peut imposer une pénalité financière pour garantir la bonne exécution du contrat.

1326. En droit islamique, une telle pratique n'est pas considérée valide selon une partie de la doctrine. Certains sont extrémistes, et d'autres sont libérales.

1327. Les jurisconsultes extrémistes sont favorables à la prohibition absolue de la pénalité de retard (A). D'autres sont plus libérales en permettant sa perception sous certaines conditions (B).

A. Prohibition absolue de la pénalité de retard

1328. En droit islamique, l'imposition d'une pénalité financière en cas de retard du règlement d'une dette de somme d'argent relève de la prohibition du *riba*. Le *riba* est non seulement tout intérêt excessif ou usure, mais c'est évidemment tout intérêt consistant en la rémunération du crédit, sans constater aucun lien avec le risque encouru dans l'opération financée[1102].

1329. Telle prohibition est justifiée essentiellement par l'impossibilité que l'argent crée à

[1100] G. BAHRE, *La théorie de la clause pénale entre la doctrine et le droit*, Mémoire, Université d'Hebron, Palestine, 2009, p. 141.

[1101] Securities Commission Malaysia, *Resolutions of the Securities Commission Shariah Advisory Council*, 2e ed., 2006, p. 125-128.

[1102] N. MATHEY, « *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire* », *Revue de droit bancaire et financier,* n° 2, dossier 13, mars 2012.

lui seul de l'argent, sans travail, ou sans prise de risque sur un sous-jacent[1103]. Ce qui s'analyse en une interdiction de la rémunération de l'écoulement du temps en fixant un taux d'intérêt à l'avance.

1330. Dans le même sens et contrairement au droit français, qui légitime et règlemente le paiement des intérêts moratoires, le droit de la République Islamique de l'Iran considère tel paiement des dommages-intérêts moratoires comme paiement lucratif, usuraire et donc interdit[1104]. En Iran, le Conseil gardien de la Constitution assimile les dommages et intérêts moratoires à des intérêts imposés sur l'argent, ainsi à l'usure, et donc prohibés. Alors que la doctrine espère concilier les nécessités de justice et de réparation des préjudices injustement causés et aussi le respect des préceptes de *charia*[1105].

1331. Ainsi, une partie de la doctrine estime que quelle que soit la qualification de la clause fixant le taux de pénalité en cas de retard du paiement de la dette, que ce soit une clause pénale, pénalité de retard ou une compensation de retard du règlement de la dette, une telle clause n'est pas autorisée en islam. Il s'agit donc de *riba* en cas de report du règlement de la dette contre une pénalité financière, pour compenser l'écoulement du temps.

1332. En outre, la volonté contractuelle des parties ne légitime pas que le débiteur ne paie rien de plus en cas de règlement à la date d'échéance, mais qu'en cas de retard, il soit condamné à payer une pénalité financière s'ajoutant au principal de la dette, ou à payer une compensation du retard ; pareillement la fixation de cette pénalité par le juge ou par l'arbitre ne la rend non plus légitime vis-à-vis de la *charia*[1106].

1333. Malgré la position extrémiste de cette partie de la doctrine, certains jurisconsultes et organisations musulmanes favorisent la perception conditionnée de la pénalité de retard (B).

B. Perception conditionnée de la pénalité de retard

1334. Le principe de pénalisation des défaillants est censé être universellement accepté.

[1103] G. PARLEANI, « *Regards pragmatiques sur la finance islamique* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, dossier 12, mars 2012.

[1104] S. O. SAEDI, *Le retard dans l'exécution des obligations contractuelles : étude comparée du droit français et iranien*, Thèse, Paris I Panthéon-Sorbonne, 2011.

[1105] *Ibid.*

[1106] A. M. A. ALSAWA, « *La clause pénale dans les dettes : étude doctrinale comparée* », Conférence sur le rôle des institutions bancaires islamiques dans l'investissement et le développement, Université de Sharjah, Émirats arabes unis, 2002.

Mais, c'est la modalité de cette pénalisation qui ne l'est pas, à cause des enjeux le rattachant au *riba*[1107] en droit islamique. Malgré le respect de la liberté contractuelle, cette liberté est encadrée dans la mesure de ce qui est permis et prohibé selon les préceptes de la *charia*.

1335. À des fins de justice et d'équité, il est possible d'imposer au débiteur défaillant une pénalité financière dans le contrat. Son caractère exécutoire[1108] est subordonné à certains facteurs.

1336. En premier lieu, il faut vérifier que les conditions sont satisfaites pour condamner le débiteur à cette pénalité (1). En second lieu, telle pénalité doit être dirigée vers des œuvres de bienfaisance (2). En troisième lieu, la nature du contrat de financement islamique affecte son autorisation ou prohibition (3). En quatrième lieu, la solvabilité du débiteur défaillant est aussi importante à cet égard (4). Et finalement, il est aussi très intéressant d'étudier la structure islamique en Malaisie, en exposant les résolutions de quelques Conseils consultatifs de *charia* à l'égard de l'imposition de la pénalité de retard (5).

1. Condamnation du débiteur

1337. En application des principes de la responsabilité contractuelle, la condamnation du débiteur à une sanction pécuniaire suppose sa faute, un dommage subi par le créancier et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Par conséquent, si le dommage résulte d'une cause étrangère, la pénalité n'est pas due.

1338. Normalement, le retard d'un contractant dans l'exécution de son obligation contractuelle, et pareillement l'omission d'exécuter son obligation à l'échéance est présumé causer un préjudice à son contractant.

1339. En droit français, nous avons remarqué que la clause pénale s'applique du seul fait du manquement au contrat, sans besoin de prouver un préjudice quelconque.

[1107] M. SALEH, *La compensation en cas de retard du règlement entre partisan et opposant*, Magasine bancaire (*Majallat al-masarif)*, n° 1, Juin 2002, Khartoum, para. 92-93, ainsi cité par M. SIDDIQI, « *Riba, bank interest and the rationale of its prohibition* », 1st ed., Islamic Development Bank, Saudi Arabia, 2004, p. 74.

[1108] Il est aussi admis que le juge peut modifier le montant de la pénalité s'il le considère justifié ou estime le montant exagéré s'il est saisi par une partie. Consultez Académie du *Fiqh* Islamique, *Résolution n° 109 (3/12) concernant la pénalité de retard*, in *Résolutions et recommandations du Conseil de l'Académie du Fiqh Islamique : 1985-2000*, version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000, p .275.

1340. Mais, en droit islamique, le seul retard du paiement de la dette ne permet pas d'assurer la compensation du retard, censé être *riba* dans le sens strict et prohibé par la *charia*. Le préjudice susceptible d'être compensé en la matière du paiement tardif de la dette est soumis à certaines règles conformes à la *charia*.

1341. D'une part, on ne peut pas être dédommagé contre un préjudice moral, alors qu'il est permis d'être dédommagé contre un préjudice financier effectif, une perte réelle que la partie lésée subit et un manque à gagner qu'elle souffre, excluant tout préjudice moral[1109]. La pénalité de retard ne s'impose pas si la partie engagée par le contrat prouve qu'elle n'a pas violé indépendamment le contrat ou que telle violation n'a pas causé un préjudice pour l'autre partie engageante[1110].

1342. De plus, au Kuwait, lorsqu'un Comité chargé de mettre le projet de Code civil Kuwaiti, inspiré des principes de *charia*, a approuvé la possibilité de condamner le débiteur capable à une compensation financière en cas de retard du paiement[1111], il a justifié cette condamnation par la certitude du préjudice subi par le créancier.

1343. Le simple fait de priver le créancier de profiter de son argent investi ne suffit pas pour justifier cette condamnation. La compensation doit être acceptée vu l'occurrence d'un dommage exceptionnel par le créancier, comme par exemple quand il a conclu une transaction selon laquelle il doit payer une certaine somme en une date bien fixe, supposant que son débiteur paiera sa dette comme prévu et suite au retard du débiteur, le créancier a dû terminer cette transaction et sera condamné à une compensation[1112]. Egalement, le dommage peut être considéré comme exceptionnel si le créancier a lui-même obtenu un prêt et lorsqu'il comptait sur le remboursement de la dette par son débiteur à l'échéance pour régler sa propre dette mais n'a pas pu la rembourser suite au retard de son débiteur, ce qui a conduit à l'exécution forcée sur sa maison et sa vente[1113].

[1109] Académie du *Fiqh* Islamique, *Résolution n° 109 (3/12) concernant la pénalité de retard*, publiée dans *Résolutions et recommandations du Conseil l'*Académie du *Fiqh* Islamique *: 1985-2000*, version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000, p .275.

[1110] *Ibid.*

[1111] Z. CHAABANE, commentaire sur l'article de M. AL-ZORKA « *Est-ce qu'il est acceptable par la Chariaa d'imposer une compensation pour le créancier à cause de l'atermoiement du débiteur ?* », *Revue des recherches de l'économie islamique,* vol. 2, n° 2, 1985, p. 216.

[1112] *Ibid.*

[1113] *Ibid.*

1344. Si les conditions de principe pour engager la responsabilité du débiteur défaillant sont satisfaites, la perception de la pénalité de retard demeure conditionnée par son orientation à des œuvres de bienfaisance (2).

2. Orientation de la pénalité à des œuvres de bienfaisance

1345. Cekici est d'avis de plusieurs juristes que la prohibition de *riba* s'étend à la répression de toute stipulation rémunérant l'écoulement du temps, comme pénalité de retard ou clause pénale ou même indemnité pour remboursement anticipé, sauf si telles sommes sont reversées à des œuvres de charité[1114].

1346. En application de la règle de l'enrichissement injuste, il est ainsi formellement interdit à un bailleur de fonds de réaliser un profit financier résultant des pénalités de retard payées par un débiteur en défaut de paiement. En revanche, il est permis (et accepté par un certain nombre de *scholars*) à un bailleur de fonds d'imposer le paiement de pénalités de retard, dès lors qu'il s'agit d'une incitation à un paiement rapide[1115]. Toutefois, les pénalités de retard perçues par le financier ne pourront être conservées par ce dernier que dans la mesure où elles correspondent à la somme des frais qu'il a réellement encourus du fait du retard de paiement et tout montant ne correspondant pas à de tels frais devra être distribué à des œuvres de charité[1116].

1347. Mais aussi, la nature du contrat de financement (3) en question joue un rôle important dans la détermination du caractère exécutoire de la pénalité de retard.

3. Nature du contrat de financement

1348. Dans cette étude, on s'intéresse aux contrats de financement islamique les plus pratiqués, comme le contrat de bail (*ijara*), contrat de vente à tempérament (*mourabaha*), et d'autres contrats.

a. Contrat d'*ijara*

1349. En droit français, on peut imposer une pénalité de retard, dans un contrat de crédit-

[1114] I. CEKICI, « *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques* », *Revue Lamy droit des affaires*, oct. 2008, n° 31, p.3.

[1115] H. SMITH LLP (en collaboration avec G. LUTZ et STIBBE), *Guide de la finance islamique*, Paris, 2009, p. 3-4.

[1116] *Ibid.*

bail, sous forme de pourcentage du loyer dû en cas de retard du paiement. Mais, dans un contrat islamique, on ne peut pas appliquer cette forme de pénalité, parce que, d'une part, elle est assimilable à un taux d'intérêt, et d'autre part, la philosophie musulmane réprouve toute clause dans un contrat de financement qui pénalise un débiteur de bonne foi déjà en difficulté[1117].

1350. Ainsi, en principe, la *charia* interdit telle imposition en cas de retard de paiement des loyers, qui est seulement sanctionné par l'exigibilité anticipée des loyers et l'expiration du contrat[1118].

1351. Toutefois, le Mufti Taqi[1119] est d'avis que le fait d'imposer une charge financière sur le loyer en guise de pénalité, constitue un *riba* et il a proposé que le locataire s'engage à verser un certain montant au fonds de bienfaisance à défaut du paiement du loyer à la date prévue[1120].

1352. Ainsi, il est permis d'insérer dans le contrat d'*ijara* une clause de responsabilité du locataire, pour le condamner à payer une certaine charité, même en l'absence de compensation du coût d'opportunité durant la période de défaut pour dissuader le retard de paiement du locataire [1121]. Ce qui correspond à l'exigence de l'orientation de la pénalité de retard imposée à des œuvres de bienfaisance[1122].

1353. D'ailleurs, telle pratique suscite des enjeux dans le contrat de *mourabaha* (b).

b. Contrat de *mourabaha*

1354. Supposant que la banque achète un actif pour le compte de son client et le revend au client moyennant des paiements (échelonnés ou non sur une période déterminée) à un prix

[1117] E. JOUINI et O. PASTRE, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*, Rapp. remis à Paris Europlace, Paris, déc. 2008, p. 36.

[1118] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « *La finance islamique : une finance douteuse* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 5, étude 32, sept. 2009, para. 22 ; et aussi publié dans *Les cahiers de la finance islamique*, n° 2, déc. 2010, Ecole de Management Strasbourg, p. 16. Dans le même sens, J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « *Les principes de la finance islamique : présentation et illustration* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, étude 13, mars-avril 2011, para. 22.

[1119] http://en.wikipedia.org/wiki/Muhammad_Taqi_Usmani: Hadhrat Mufti Taqi est un musulman hanafite du Pakistan, expert dans les domaines de la jurisprudence islamique, l'économie, le Hadith et tasawwuf.

[1120] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance,* Idaratul Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 120.

[1121] *Ibid*.

[1122] *Supra* n° 266.

fixé d'avance entre les parties, il s'agit de la transaction de m*ourabaha*[1123]. Lors de cette transaction, la banque est rémunérée par la majoration du prix d'achat de l'actif, et le montant de la marge bénéficiaire reste fixe pendant toute la période du contrat, même durant la durée du délai de paiement accordé[1124].

1355. Au Pakistan, le 23 décembre 1999, la Commission de Transformation du Système Financier, dans la Banque d'État de Pakistan, Banque Centrale de Pakistan, conformément au jugement de la Cour Suprême sur le *riba*, a approuvé les bases de modes de finance islamique, tels que *mourabaha, mousharaka, moudarba* et *ijara*. Ces bases ont été aussi approuvées par le Conseil de *charia* de cette banque. Dans ces bases, la Commission a confirmé la position adoptée par certains juristes et banques islamiques, en permettant à la banque, dans un contrat de *mourabaha*, d'imposer une pénalité de retard au client, calculée à un certain pourcentage par jour ou par an, en cas de retard ou défaut du paiement, qui sera reversée à un fonds de bienfaisance constitué par la banque mais ne pourra pas être utilisée par la banque comme profit ou revenu[1125].

1356. En revanche, l'Académie du *Fiqh* Islamique, dans sa résolution n° 51 (2/6)[1126] concernant la vente à tempérament, a résolu qu'il n'est pas permis d'imposer tout montant s'ajoutant au montant principal en cas de retard du paiement des échelonnements après une date spécifique, que ce soit une condition prévue à l'avance dans le contrat ou réclamée sans condition préalable. Mais, elle a décidé que même si le débiteur est solvable[1127], telle interdiction s'applique mais c'est prohibé (*haram*) pour ce débiteur de retarder le paiement des échelonnements après leur exigibilité. Elle permet d'ailleurs que le vendeur s'accorde avec l'acheteur (débiteur), au moment de la conclusion du contrat, qu'en cas de retard du paiement de certains échelonnements, tous les autres restants deviennent immédiatement exigibles avant leur échéance.

[1123] E. JOUINI et O. PASTRE, *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*, Rapp. remis à Paris Europlace, Paris, déc. 2008, p. 34.

[1124] *Ibid.*

[1125] State Bank of Pakistan, *Essentials and model agreements for Islamic modes of financing*, 15 April 2005. Consultez ce site : http://www.sbp.org.pk/press/Essentials/Essentials%20of%20Islamic.htm (dernière consultation le 18 juil. 2013).

[1126] Académie du *Fiqh* Islamique, *Résolution n° 51 (2/6) concernant la vente à tempérament*, in Résolutions et recommandations du Conseil de l'*Académie du Fiqh Islamique* : 1985-2000, version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000, p.107.

[1127] Selon le Prophète, « *la personne aisée qui retarde le paiement de sa dette se soumet à la peine et la disgrâce* ». T. USMANI, *op. cit.*, p. 94.

1357. En principe, dans le contrat de *mourabaha*, une fois le prix est fixé, il ne peut pas faire l'objet d'une augmentation, même en cas de défaut de son paiement par le client à la date prévue[1128]. Selon le Mufti Taqi, cette restriction peut être abusée par les clients malhonnêtes qui peuvent intentionnellement retarder le règlement du prix à la date de leur échéance, puisqu'ils savent qu'ils ne seront pas condamnés à une pénalité en cas de défaut contractuel[1129]. Il propose que certaines précautions soient prises par le gouvernement ou la banque centrale, dans les pays où les banques fonctionnent conformément aux principes de *charia*, en instaurant un système dissuasif à ces défaillants afin de les pénaliser en interdisant tout octroi de facilité financière par une banque islamique à leur profit[1130]. Cette mesure semble difficile dans les pays où il existe un système dualiste de financement, parce que le client peut emprunter auprès de la banque conventionnelle s'il ne le peut pas à travers de la banque islamique[1131].

1358. Dans l'objectif de résoudre tel souci, quelques juristes musulmans contemporains ont suggéré d'engager la responsabilité des clients malhonnêtes, qui retardent délibérément le paiement de la dette, à compenser la banque islamique pour le dommage subi à cause de ce défaut. Et, ils ont estimé que le montant de cette compensation soit équivalent au profit distribué par la banque créditrice à ses déposants pendant la période de défaut, à condition:

- qu'un délai de grâce soit octroyé au débiteur défaillant, pour une période d'un mois au moins après la date d'échéance, pendant lequel plusieurs notifications hebdomadaires lui seront envoyées, pour l'avertir qu'il doit payer le prix dû et à défaut, il sera condamné à une compensation.
- qu'il soit prouvé, sans aucun doute, que le client est en défaut sans excuse valable, sauf si son défaut est dû à la pauvreté. Dans ce cas, aucune compensation ne peut lui être réclamée et une grâce doit lui être accordée[1132].
- que la compensation soit dépendante du profit réalisé par le compte d'investissement de la banque pour le distribuer aux déposants : si un certain bénéfice est réalisé, une

[1128] T. USMANI, *op. cit.*, 1998, p. 91.

[1129] *Ibid.*

[1130] *Ibid.*, p. 92.

[1131] *Ibid.*

[1132] Sourate La Vache (*Al-Baqara*), verset 280 : « *A celui qui est dans la gêne, accordez un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité! Si vous saviez !* ».

compensation est possible, mais à défaut, aucune indemnité ne peut être réclamée au client[1133].

1359. Nonobstant, le Mufti Taqi et la majorité des jurisconsultes contemporains se sont opposés à cette proposition, en la considérant ni conforme aux préceptes de la *charia*, ni en mesure de résoudre le problème de défaut : ils ont considéré que toute charge supplémentaire prélevée du débiteur est un *riba,* pratiqué dans la période de *Jahiliyyah* (avant l'Islam), et que l'octroi d'un délai de grâce d'un mois au débiteur en est différent[1134].

1360. Mais, en pratique, il est difficile pour une institution financière de conduire une enquête sur la situation financière de chaque client pour constater si ce dernier est en faillite ou insolvable ou capable de payer sa dette, surtout que tout client peut revendiquer que tel retard est dû à son état de difficulté ou en pauvreté[1135].

1361. De plus, selon le Mufti Taqi, telle proposition n'a pas de différence praticable significative entre un financement islamique et celui conventionnel ; puisque d'une part la banque conventionnelle peut aussi donner un délai de grâce à son client en difficulté, elle ne peut non plus recouvrer d'intérêt de l'emprunteur ; et d'autre part le fait que la compensation soit égale au taux de profit réalisé sur le compte d'investissement est basé sur le concept de coût de l'opportunité de l'argent qui n'est pas reconnu par la *charia,* puisque l'argent n'a ni rendement défini, ni valeur intrinsèque[1136]. Par ailleurs, cette condamnation peut être prononcée même si le compte d'investissement n'a pas réalisé de bénéfice pendant cette période de défaut parce que la culpabilité du débiteur défaillant est établie et elle n'a pas de lien avec le bénéfice du compte de placement de la banque[1137].

1362. Selon Siddiqi, le recours à une action judiciaire pour obtenir du tribunal qu'il ordonne une compensation n'est pas une « solution » souple pour les banques islamiques, elles préfèrent un mécanisme qui leur permet de la recevoir automatiquement cette compensation[1138]. Quelques juristes classiques n'ont pas même accepté l'idée de fixer une

[1133] T. USMANI, *op. cit.*, p. 92-93.

[1134] T. USMANI, *op. cit.*, p. 93.

[1135] *Ibid.*

[1136] T. USMANI, *op. cit.*, 1998, p. 93-95.

[1137] T. USMANI, *op. cit.*, 1998, p. 94.

[1138] M. SIDDIQI, *Riba, bank interest and the rationale of its prohibition*, Islamic Development Bank, *Saudi Arabia*, 2004, p. 74.

pénalité de retard par le tribunal, alors que d'autres juristes, comme les Imams Ahmad et Abu Yousuf, et aussi la majorité des juristes contemporains lui reconnaissent une validité, et c'est la position préférée[1139].

1363. Comme une alternative légitime, il a été proposé que le débiteur, dans le contrat de *mourabaha*, s'engage à payer un certain montant à un fonds de bienfaisance, crée par la banque islamique et parfois précisé dans le contrat, à défaut du règlement de sa dette à l'échéance ; et la banque ne doit pas l'utiliser comme revenu, mais peut s'en servir pour accorder des prêts sans intérêt aux personnes qui en ont besoin[1140].

1364. Cette proposition s'est fondée sur la décision de quelques juristes malékites qui ont considéré prohibée par la *charia* l'imposition d'une pénalité financière en cas de défaut du débiteur. Afin de garantir un prompt paiement à la banque, ils ont accepté que le débiteur s'engage, de sa propre initiative, à verser un certain montant (sur la base de ...% par an pour chaque jour de retard) à des œuvres de bienfaisance en cas de défaut ; et par tel engagement, une obligation morale ou religieuse est créée sur le débiteur, qui n'est pas nécessairement exécutoire par les tribunaux[1141]. Cette suggestion est adoptée et appliquée par quelques banques islamiques[1142].

1365. Toujours dans le même esprit, l'imposition de pénalité de retard dans les autres contrats de financement islamique a été discutée (c).

c. Autres contrats de financement

1366. Rappelons que l'Académie du *Fiqh* Islamique [1143] a permis aux parties d'insérer une pénalité de retard dans tous les contrats de financement, sauf dans les contrats dont l'obligation principale est une dette de somme d'argent puisqu'il s'agit ainsi de *riba*[1144].

[1139] T. USMANI, *op. cit.,* p. 94.

[1140] T. USMANI, *op. cit.*, p. 96-98.

[1141] T. USMANI, *op. cit.*, p. 97.

[1142] T. USMANI, *op. cit.*, p. 98.

[1143] Académie du *Fiqh* Islamique, *Résolution n° 109 (3/12) concernant la pénalité de retard*, in *Résolutions et recommandations du Conseil de l'*Académie du *Fiqh* Islamique *: 1985-2000*, version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000, p. 275. La Fiqh Académie de l'Organisation de la Conférence Islamique est aussi nommée le Conseil de l'Académie du *Fiqh* Islamique, issu de l'Organisation de la Conférence Islamique (*Fiqh Academy of the Organisation of Islamic Conference*).

[1144] *Ibid.*

1367. La Banque centrale de Pakistan adopte la même position libérale dans les contrats d'*ijara,* de *salam* et *d'istisna* selon laquelle, les contractants peuvent convenir dès le départ (*ab initio*) qu'une pénalité s'impose au locataire en cas de retard dans le paiement du loyer, qui sera calculée au taux convenu en pourcentage par jour / an ; mais elle doit être utilisée à des fins de charité[1145].

1368. En revanche, l'Académie du *Fiqh* Islamique adopte une position restrictive concernant la pénalité de retard dans le contrat de *salam ;* ainsi dans sa résolution n° 85 (2/9), elle a décidé que : « *il n'est pas permis d'exiger le paiement d'une pénalité de retard sur une vente salam, car cette livraison non effectuée vaut créance et il est illicite, au regard de la charia, de réclamer une plus-value sur une dette du fait du non-règlement de cette dette dans les délais voulus* »[1146]. Dans le même sens, Hideur précise que dans le contrat de *salam*, il n'est pas valide d'insérer une clause pénale en cas de livraison tardive ou de non-livraison de marchandises[1147].

1369. Toutefois, ce n'est pas le cas dans le contrat *d'istisna.* Dans sa résolution n° 65 (3/7) sur le contrat *d'istisna*, l'Académie du *Fiqh* Islamique a décidé que : « *le contrat d'istisna peut, par consentement mutuel des paries, inclure une clause de pénalité, sous réserve du cas de force majeure* »[1148].

1370. La différence de position de l'Académie du *Fiqh* Islamique selon la nature du contrat de financement peut se justifier par la différence de nature de l'obligation contractuelle dans chaque cas. Le contrat de *salam* est plutôt traité comme un contrat de vente, et donc l'obligation principale de payer le prix n'est pas susceptible de pénalité car cela reviendrait à

[1145] State Bank of Pakistan, *Essentials and model agreements for Islamic modes of financing*, 15 April 2005. Consultez ce site : http://www.sbp.org.pk/press/Essentials/Essentials%20of%20Islamic.htm (dernière consultation le 18 juil. 2013). Les banques peuvent également s'adresser aux tribunaux compétents pour obtenir une compensation de dommages direct et indirect subis, excluant le coût d'opportunité. Et elles peuvent aussi vendre la sécurité ou la sûreté obtenues sans avoir besoin d'une intervention judiciaire.

[1146] Académie du *Fiqh* Islamique, *Résolution n° 85 (2/9) concernant la vente à livrer (Salam) et ses applications modernes*, in Résolutions et recommandations du Conseil de l'*Académie du Fiqh Islamique* : 1985-2000, version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000, p. 202.

[1147] N. HIDEUR, *Le mode de financement salam : entre les exigences shari'a et les contraintes opérationnelles*, Séminaire annuel du Coffis en association avec al-Baraka, 2e éd., Paris, 2010, p. 10.

[1148] Académie du *Fiqh* Islamique, *Résolution n° 65 (3/7) concernant le contrat de fabrication (Aqd Al-Istisn'a)*, in Résolutions et recommandations du Conseil de l'*Académie du Fiqh Islamique* : 1985-2000, version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000, p. 147, para. 4. Cette résolution est aussi citée par A. M. AHMED, &A.S. ABU GUDDAH, *Shariah opinion (Fatwa) on istisna', contracting & salam,* Albaraka Banking Group, 2007, p. 10 : http://www.albaraka.com/media/pdf/Research-Studies/RSIS-200706201-EN.pdf.

un *riba* puisque c'est une somme d'argent qui produirait de l'argent. Alors qu'en cas de contrat *d'istisna,* il s'agit d'une obligation de faire, une dette de fabrication qui pèse sur le fabricant, alors la pénalité est autorisée, sauf en cas de cause hors sans contrôle, comme la force majeure.

1371. La solvabilité du débiteur défaillant (4) affecte également la validité de l'imposition de la pénalité de retard.

4. Solvabilité du débiteur défaillant

1372. L'islam est fondé sur la solidarité, celle-ci se manifeste lorsque le créancier accepte un étalement des échéances, voire une remise de la dette sans pénalité, lorsque le débiteur est en difficulté pour rembourser à l'échéance[1149].

1373. Mais, le retard du débiteur pour payer sa dette à l'échéance ne signifie pas toujours son insolvabilité et son incapacité pour régler la dette exigible ; parfois, le débiteur est solvable et son retard est intentionnel[1150]. Ce qui conduit à classifier les débiteurs en deux types : un débiteur insolvable et un débiteur solvable.

1374. Concernant le débiteur insolvable, les juristes musulmans sont unanimes pour accorder un répit (délai de grâce) à ce débiteur, incapable de régler sa dette[1151], comme prévu dans le Coran[1152]. Aussi, l'Académie du *Fiqh* Islamique a approuvé l'octroi du répit, en le subordonnant au fait que le débiteur n'ait pas de fortune au-delà de ses besoins fondamentaux pour payer la dette en espèces ou en nature[1153].

1375. Alors que si le débiteur est solvable, les avis des juristes divergent concernant l'imposition d'une pénalité financière[1154]. Selon le Prophète, « *Le retard du paiement de la*

[1149] F. GUERANGER, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, Dunod, Paris, 2009, p.66.

[1150] Z. CHAABANE, commentaire sur l'article de M. AL-ZORKA « *Est-ce qu'il est acceptable par la Chariaa d'imposer une compensation pour le créancier à cause de l'atermoiement du débiteur ?* », *Revue des recherches de l'économie islamique,* vol. 2, n° 2, 1985, p. 217.

[1151] A. LAHSASNA &t L. SZE LIN, « *Issues in Islamic capital markets: Islamic bond/sukuk* », *3rd International Conference on Business and Economic Research (3rd ICBER 2012) Proceeding*, Indonesia, 12-13 March 2012, p. 496-497.

[1152] Sourate La Vache (Al-Baqara), verset 280: « *A celui qui est dans la gêne, accordez un sursis jusqu'à ce qu'il soit dans l'aisance. Mais il est mieux pour vous de faire remise de la dette par charité! Si vous saviez !* ». N. MATHEY, « *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, dossier 13, mars 2012, para. 22.

[1153] A. LAHSASNA & L. SZE LIN, *op. cit.*, p. 496-497.

[1154] M. A. LADIN, « *The principles of compensation and penalty charges in dealing with loan default in Islamic*

dette par le débiteur solvable est injuste »[1155], et aussi « *La personne aisée qui retarde le paiement de sa dette se soumet à la peine et la disgrâce* »[1156].

1376. En effet, la majorité des juristes musulmans (*Jumhur Oulémas*) considère que ce débiteur doit rembourser le capital et aussi tout profit réalisé sur la pénalité usurpée. Ils ont estimé que le retard du règlement d'une dette par un débiteur solvable est injuste, comme un péché et une transgression[1157].

1377. Dans le même sens, Mathey a énoncé que malgré l'interdiction de *riba*, il est possible de stipuler des pénalités de retard à l'emprunteur solvable, sous certaines conditions, puisque ce dernier est censé capable de payer aux échéances convenues[1158].

1378. Les résolutions de Conseils consultatifs de *charia* (5) en Malaisie ont essayé d'unifier la pratique des banques islamiques à cet égard.

5. Résolutions de Conseils consultatifs de charia

1379. La Malaisie a une structure de gouvernance bien en conformité avec la *charia*. La nomination de conseillers de *charia* (*Shariah Advisers*) est très importante pour assurer et maintenir la confiance du public dans les marchés de capitaux islamiques, en veillant à ce que la gamme des produits et services offerts par les acteurs du marché soient en pleine conformité avec les principes de la *charia* [1159].

1380. En juin 1996, la Commission de Valeurs Mobilières de Malaisie (*Securities Commission of Malaysia – SC*) a établi un Conseil consultatif de *charia* « Conseil Consultatif de *charia* de SC », (« *Shariah Advisory Council of the Securities Commission of Malaysia* »), en vertu de l'article 18 de la Loi sur la Commission des Valeurs Mobilières en 1993. Ce Conseil sert à examiner et donner des conseils sur toutes les questions liées aux

---

finance », *International Shariah Scholars Dialogue 2006*, Bank Negara Malaysia, 2008, p. 120-122.

[1155] Z. CHAABANE, commentaire sur l'article de M. AL-ZORKA « *Est-ce qu'il est acceptable par la Chariaa d'imposer une compensation pour le créancier à cause de l'atermoiement du débiteur ?* », *Revue des recherches de l'économie islamique,* vol. 2, n° 2, 1985, pp. 103-112.

[1156] T. USMANI, *An introduction to Islamic finance,* Idaratul Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998, p. 94.

[1157] A. LAHSASNA et L. SZE LIN, *op. cit.*, p. 496-497.

[1158] N. MATHEY, « *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, dossier 13, mars 2012, para. 22.

[1159] http://119.110.108.29:9117/293_254_254/Web/WebPage/Introduction-of-Securities-Commission-Malaysia-s-Shariah-Advisory-Council/Introduction-of-Securities-Commission-Malaysia-s-Shariah-Advisory-Council.html.

marchés des capitaux islamiques en conformité avec les principes de la *charia*. Grâce à ce Conseil, la Commission est en mesure de publier des lignes directrices sur le respect de la *charia*. Ce qui permet de promouvoir la centralisation et l'harmonisation des décisions de *charia*, notamment en ce qui concerne les titres financiers.

1381. En mai 1997, le Conseil consultatif de *charia* de la Banque Negara de Malaisie[1160] « Conseil consultatif de *charia* de BNM », (« *Bank Negara Malaysia's Shariah Advisory Council* ») a été créé en tant que la plus haute autorité de *charia* dans le cadre de la finance islamique en Malaisie[1161]. Récemment, sous la loi 2009 de la Banque Negara de Malaisie, le rôle et les fonctions du Conseil consultatif de *charia* de BNM ont été renforcés. Il lui a été accordé le statut de l'organisme unique compétent pour décider sur les questions relatives à la finance islamique, et l'assurance islamique, *takaful*. En effet, il est le conseiller de la Banque Negara. Ses décisions priment sur toute décision contradictoire rendue par un organisme ou comité de *charia* en Malaisie. Le Conseil consultatif de *charia* de BNM pose des règles obligatoires, aux quelles doivent se référer le tribunal et l'arbitre en ce qui concerne toutes les procédures relatives à l'activité financière islamique.

1382. Il est intéressant de traiter les résolutions du Conseil consultatif de *charia* de SC (a) et celui de BNM (b).

a. Conseil consultatif de charia de SC

1383. On rappelle que le Conseil consultatif de *charia* de SC n'a pas distingué entre la compensation (*taawidh)* et la clause pénale (*shart jazai*) dans la terminologie arabe, ainsi définie comme une pénalité acceptée par les parties contractantes, considérée comme une compensation qui peut être légitimement réclamée par le créancier (la banque) lorsque le débiteur (l'emprunteur) est défaillant ou en retard pour rembourser le prêt[1162].

1384. Le Conseil, dans sa 12ème réunion, le 14 juillet 1999, a autorisé l'imposition d'une compensation (*taawid)* en cas de retard du paiement dans le cadre du financement islamique[1163].

[1160] C'est la Banque Centrale de Malaisie.

[1161] http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=7&pg=715&ac=802.

[1162] Securities Commission Malaysia, Resolutions of the Securities Commission Shariah Advisory Council, 2e ed., 2006, p. 125-128.

[1163] *Ibid.*, p. 125.

1385. Dans une résolution ultérieure de ce Conseil, lors de sa 30ème réunion, le 8 novembre 2000, il a largement abordé la question du paiement tardif de la dette sous la rubrique de la compensation en autorisant le paiement d'une compensation :

- à l'égard des arrérages de paiements dus;
- en cas de défaillance de paiement après la date d'échéance concernant les contrats d'échange (*uqud muawadat*), y compris les titres de créance islamiques;
- en cas de retard délibéré du paiement du principal ou du profit : -le taux de compensation pour retard de règlement du profit est fixé à 1% par an des arrérages qui ne peuvent pas être aggravées, alors que le taux de compensation sur le paiement retardé du principal est basé sur le taux de marché applicable dans le marché monétaire interbancaire islamique, qui ne peut être aggravé non plus[1164].

1386. Le Conseil a aussi décidé que le montant de la compensation doit satisfaire aux règles suivantes, s'ajoutant à celles mentionnées ci-dessus :

- Le maximum de la compensation imposé pour toute dette impayée ne doit pas dépasser le montant total du solde impayé; et
- La compensation reçue peut être utilisée par les financiers impliqués et distribuée selon le taux bancaire en vigueur de ratio de distribution de profit[1165].

1387. L'approche du Conseil est fondée sur deux récits du Prophète et une analogie comme suit :

- il est injuste d'ajourner le remboursement de dette pour un nanti (*matl alghani zulm*); et
- il ne faut pas nuire à soi-même ou à autrui (*la darar wa la dirara fi il-islam*).
- Et par analogie, le retard du paiement dû est considéré comme analogue à l'usurpation et dans les écoles chaféite et hanbalite, l'usurpateur est

[1164] *Ibid.*, p. 125.

[1165] *Ibid.,* p. 126.

responsable et doit compenser la perte subie par le propriétaire en cas de perte[1166].

1388. Les résolutions du Conseil consultatif de *charia* de BNM (b) sont presque similaires à celles du Conseil consultatif de *charia* de SC, on les expose en détail.

b. Conseil consultatif de charia de BNM

1389. Dans sa 4ème réunion datée le 14 février 1998, sa 95ème réunion datée le 28 janvier 2010, et sa 101ème réunion datée le 20 mai 2010, le Conseil consultatif de *charia* de BNM a autorisé la banque islamique à imposer une charge de retard du paiement[1167], incluant les concepts de la pénalité (*gharama*) et la compensation (*taawid*), sous réserve des conditions suivantes :

- La compensation peut être exigée en cas de retard du paiement des obligations financières résultant des contrats d'échange (comme la vente ou la location) et le contrat de prêt (*qard*) ;
- La compensation peut être imposée seulement après la date d'échéance du financement, comme convenue entre les contractants, servant à compenser le préjudice réel qu'elle a subi ;
- La pénalité perçue par la banque ne doit pas lui être considérée comme un revenu, mais elle doit être versée aux organismes de bienfaisance[1168].

1390. Le Conseil consultatif de *charia* de BNM se fonde sur les mêmes règles énoncées par le Conseil consultatif de *charia* de SC eu regard à l'autorisation de l'imposition de la compensation[1169].

1391. On remarque que certains conseils islamiques en Malaisie, comme le Conseil consultatif de *charia* de SC, dans sa 20ème réunion, datée le 14 juillet 1999, et le Conseil consultatif de *charia* de BNM, ont même tendance à fixer la pénalité à 1% en cas de retard

[1166] *Ibid.*, p. 126-127.

[1167] Le conseil utilise le concept de « *late payment charge* » pour référer à tous les deux concepts de pénalité (*gharama*) et la compensation (*taawid*).

[1168] Bank Negara Malaysia, *Shariah resolutions in Islamic finance,* 2e ed., 2010, p. 129-130.

[1169] *Ibid.*, p. 130-131.

du règlement de la dette, sans pouvoir être aggravée[1170].

1392. De plus, dans sa 50ème réunion le 26 mai 2005, sa 61ème réunion le 24 août 2006, et sa 100ème réunion le 30 avril-1er mai 2010, le Conseil consultatif de *charia* de BNM a décidé que le juge peut imposer une charge (*taawid* ou *gharama*) pour paiement tardif sur la dette, objet du jugement rendu par le tribunal, et notamment en matière de financement islamique et d'assurance islamique (*takaful*), en se basant sur les méthodes de pénalité (*gharama*) et compensation (*taawid*) calculées selon le vrai dommage subi, conformément aux mécanismes suivants :

- le tribunal impose cette charge au taux de 8%, prévue par la procédure judiciaire ; et de par ce taux, la banque créditrice obtient une compensation correspondant au dommage réel subi.
- Pour déterminer le taux de compensation pour ce dommage, le Conseil a accepté d'utiliser le taux moyen pondéré du jour au lendemain (*weighted average overnight rate*) du marché monétaire islamique comme référence ;
- Le montant total de la compensation ne doit pas dépasser le montant principal de la dette. Si le taux applicable en l'espèce par le jugement dépasse le dommage réel, la balance est reversée par le créancier à une organisation de bienfaisance ainsi déterminée par la Banque Negara de Malaisie[1171].

1393. En 2010, un Comité d'harmonisation de droit (*Law Harmonisation Committee « LHC »*) a été créé à la Banque Negara de Malaisie, qui a accepté les règles du Conseil consultatif de *charia* de BNM relatives à la sanction du retard du paiement en tant que règles conformes à la *charia* (*Shariah position*)[1172].

[1170] Securities Commission Malaysia, *Resolutions of the Securities Commission Shariah Advisory Council*, 2e ed., 2006, p. 91.

[1171] Bank Negara Malaysia, *Shariah resolutions in Islamic finance,* 2e ed., 2010, p. 133-134.

[1172] http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=260&pg=830&ac=861.

CONCLUSION DU TITRE II

1394. En conclusion, dans le monde d'affaires financières, la banque qu'elle soit conventionnelle ou islamique doit protéger ses intérêts et faire face aux clients malhonnêtes ou insolvables qui peuvent conduire à sa faillite.

1395. Nous avons démontré que les droits et obligations des contractants dans la finance islamique ont une nature spécifique par rapport à ceux des contractants dans la finance conventionnelle. Cette distinction est rationnelle étant donné que chaque système porte sur des fondements différents et implique ainsi des risques uniques.

1396. Ce qui justifie l'importance de la prise des sûretés pour éviter une crise financière à tous les niveaux, local ou mondial, en général et au niveau de la banque concernée en particulier.

1397. La question d'imposition d'une pénalité de retard peut satisfaire à des urgences économiques d'une part et servir à persuader les débiteurs de respecter leurs obligations contractuelles et rembourser leurs dettes à l'échéance d'autre part.

1398. Dans cette optique, le droit français a édicté des règles, parfois obligatoires, pour autoriser aux banques à percevoir des dommages-intérêts moratoires afin de sanctionner le retard du paiement de la dette exigible.

1399. Mais en droit islamique, il n'y avait pas de consensus au sein de la doctrine islamique pour définir la pénalité de retard ou pour mettre en œuvre un régime unique à cet égard. L'existence de plusieurs interprétations doctrinales et jurisprudentielles pour prohiber ou autoriser l'imposition d'une pénalité de retard témoigne de la flexibilité accordée aux banques islamiques pour préserver leurs intérêts conformément aux préceptes de la *charia* et garantir en même temps la confiance de leurs clients.

1400. De par le principe de la prohibition du *riba*, on s'accorde à dire qu'il est interdit de rémunérer l'écoulement du temps, de créer de l'argent sans aucun investissement et risque, et d'être enrichi injustement. Mais, si le *riba* est interdit, le droit islamique est

pourtant fondé sur l'équité et la protection de l'intérêt social. Il ne sera pas légitime ainsi d'accepter qu'un débiteur solvable retarde le paiement de sa dette et fasse subir à la banque un véritable préjudice sans garantir à celle-ci une certaine compensation.

1401. En conséquence, il est jugé opportun d'imposer une pénalité de retard sous réserve de certaines conditions :

- que la pénalité ne soit ni excessive ni dérisoire, et qu'elle permette à la banque de l'utiliser pour accorder des prêts sans intérêt ou dans des œuvres de bienfaisance ;
- que soit sanctionné l'atermoiement du débiteur solvable qui retarde intentionnellement le règlement de sa dette, en conformité avec les récits du Prophète et eu regard de la force obligatoire du contrat.
- que la pénalité serve à compenser le dommage réel subi par le créancier du fait du retard du règlement ou même de non-règlement de la dette.
- que la pénalité ne fixe pas un pourcentage calculé en fonction de la durée de l'inexécution, mais prenne une forme forfaitaire, qui ne dépend ni du prix ni de la durée du retard.
- enfin, que la pénalité ne soit pas imposée en cas de force majeure ou de pauvreté du débiteur auquel il est recommandé d'attribuer un délai de grâce.

CONCLUSION DE DEUXIEME PARTIE

1402. Plusieurs courants de pensée estiment que la finance islamique n'est qu'une sorte de finance conventionnelle déguisée. Toutefois, ce courant est controversé et suscite quelques enjeux.

1403. En effet, même si le droit français condamne l'usure, cette restriction n'est que sectorielle, n'étant pas applicable aux entrepreneurs individuels et professionnels, sauf en cas de découvert en compte. Mais, une telle interdiction ne suffit pas pour considérer que la divergence entre les deux systèmes n'est que superficielle. La prohibition en droit islamique s'entend par celle de *riba,* définie comme toute forme d'intérêt et non seulement l'intérêt excessif. De plus, son champ d'application ne distingue pas entre la nature des contractants, le type de financement ou la maturité du contrat.

1404. En outre, le prêt participatif français ne représente qu'une simple similitude avec l'approche participative de la finance islamique. Nous avons souligné qu'en vertu de ce contrat, la rémunération de la banque demeure fixée selon un intérêt fixe, qui sera « majoré » selon la clause participative. Cette forme de « prêt » ne peut être un substitut à la *moucharaka*, le principal mode de financement islamique participatif, que si elle ne viole pas les principes de *charia*.

1405. L'intervention de la banque dans chaque montage de financement se présente sous un contexte particulier. On ne s'étonne pas de trouver la banque islamique tenue d'obligations spécifiques qui sont originales par rapport à celles de la banque conventionnelle, ce qui résulte aussi en particularisme de la nature des droits et des obligations du client bancaire sous chaque système.

1406. Ces divergences se répercutent sur la portée des risques subis par la banque. Celle-ci, en droits français et islamique, tente de les minimiser ou même les transmettre à son client. En revanche, le cadre permis pour ces mesures est différent dans chaque relation et emporte des effets sur la défaillance contractuelle.

1407. Non seulement les obligations mais aussi les modes de réparation de la défaillance contractuelle sont bien distinctes. Sur le terrain pécuniaire, cette distinction découle principalement du principe de prohibition de *riba* en droit islamique. Néanmoins, les polémiques qui entourent l'interprétation de la notion de *riba* et l'étendue de cette prohibition affectent la validité de l'imposition d'une pénalité de retard dans un contrat islamique.

1408. Enfin, malgré la concordance relative entre la finance islamique et la finance conventionnelle au niveau de la structure contractuelle, on ne peut pas négliger qu'il existe des divergences importantes entre ces deux systèmes au niveau du processus contractuel.

CONCLUSION GENERALE

1409. Fiction éthique ou paradigme alternatif ? Deux approches essentielles pour apprécier la finance islamique. L'une ressort de la présomption d'utilisation des subterfuges, couverte par le titre d'éthique islamique pour contourner les interdits de ce droit afin de pouvoir concurrencer les banques conventionnelles, et donc détourner une telle finance de ses vrais objectifs; et l'autre est due à la résilience des banques islamiques face à la dernière crise financière qui a touché le système bancaire occidental et au recours de ce dernier à la finance islamique en la considérant comme modèle alternatif.

1410. En effet, la finance islamique est par essence basée sur cinq piliers stricts, irrigués par des objectifs éthiques et religieux et représentés par des structures contractuelles de financement.

1411. Au niveau conceptuel, ces principes ne sont pas tous exclusifs à la finance islamique. A l'évidence, l'esprit du droit français présente certaines similarités nuancées avec cette finance. La prohibition de *riba* se rapproche de l'interdiction de l'usure ; la condamnation de *gharar* et de *mayssir* ressemble à l'exigence d'avoir un objet déterminé ou déterminable ainsi qu' à l'encadrement du jeu ; l'exigence de licéité (*halal*) de l'investissement est proche de la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs ; le partage des profits et des pertes (PPP) est similaire à l'obligation de partage des profits et des pertes en droit des sociétés et au régime des prêts participatifs[1173], l'adossement de la transaction à un actif s'apparente plutôt au régime d'achat-revente en matière immobilière ou à celui de crédit-bail.

1412. D'ailleurs, au niveau contractuel, certains contrats de financement islamique trouvent leurs correspondants en droit français, comme entre la *moudaraba* et la commandite, la *moucharaka* et le prêt participatif, l'*ijara* et le crédit-bail, la *mourabaha* et le régime juridique d'achat-revente dans le cadre de financement d'actifs immobiliers, ainsi que l'*istisna* et la vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement.

1413. De cette perspective, nous pouvons considérer que le droit français est, comme

[1173] S'y ajoutent le régime des titres participatifs et des obligations participatives en droit français, mais notre étude ne couvre pas ces domaines.

le qualifie une partie de la doctrine, adapté à la finance islamique[1174] « *sharia friendly* »[1175].

1414. Toutefois, la compatibilité de l'esprit du droit français avec les principes religieux islamiques ne suffit pas pour garantir une réception paisible de la finance islamique au sein de la laïcité du système juridique français.

1415. De prime abord, s'agit-il d'une remise en cause de la laïcité du droit français ? Sans s'engager que jusqu'à une certaine limite en faveur de la finance islamique, la réception de cette finance ne nécessite la modification d'aucun principe substantiel du droit français[1176]. Même s'il existe des différences de sources et de nature entre ces deux systèmes juridiques, la relation contractuelle ne doit ni se soustraire ni contrarier le droit positif applicable dans une juridiction, au risque de voir le contrat annulé ou réputé inexistant et, donc, aucune force obligatoire ne peut lui être reconnue[1177].

1416. De plus, au regard de la *charia*, il n'existe pas d'exigence de choisir le droit islamique comme le droit applicable au contrat mais ce dernier ne doit pas en même temps contrarier les préceptes de *charia*. Ainsi, l'insertion de tels principes religieux doit s'inscrire dans les limites des règles impératives du droit positif[1178].

[1174] E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 101-104.

[1175] Expression empruntée à G. SAINT-MARC, « *La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française?* », *Bulletin Joly Bourse*, avril 2009, n° 2, p. 153. Pour le même auteur, « *La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française ?* », *Bull. Joly Bourse*, n° 2, 1er avril 2009, p. 153 et s.

[1176] O. ROCHDAHOU, « *La réception de la finance islamique en France*», *Revue banque*, n° 759, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique* », mars 2013.

[1177] J.-M. MOULIN, « *La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française ?* », in *Défis actuels du droit financier* – pratique des affaires, sous dir. A. COURET, Centre Sorbonne Finance, Joly éd. – Lextenso éd., 2010, p. 503.

[1178] Cette exigence est soulignée dans la position de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) sur les OPCVM islamiques, en stipulant qu'il est possible d'inclure dans des décisions d'investissement des critères extra-financiers participant de telle ou telle religion à condition de satisfaire à toutes les règles de validité posées par le droit objectif français en matière de gestion collective. AMF, *Position n° 2007-19 « Critères extra-financiers de sélection de titres et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique »,* 17 juill. 2007, modifiée le 9 jan. 2013. Dans ce sens, aucun juge n'accepterait de faire produire des effets à un contrat qui ne respecte pas les règles du droit applicable. Dans leur rapport, MM. Jouini et Pastré ont fait référence à une décision des juges anglais (*Shamil Bank of Bahrain Ec* vs *Beximco*

1417. Quant au choix du droit applicable par les contractants, s'agissant des contrats internationaux, le droit français se voit libéral en consacrant le principe d'autonomie de la volonté[1179]. Ainsi, les contractants peuvent intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale[1180]. Toutefois, le fait de considérer la *charia* comme une loi peut susciter plusieurs controverses, précisément en raison du défaut de sa codification et de son harmonisation comparable au droit français[1181]. Il est possible de lui reconnaître le caractère normatif susceptible de lier ses destinataires et considérer ses principes comme des règles de droit[1182]. D'ailleurs, selon le Règlement de Rome I, les contractants peuvent choisir une loi nationale qui leur semble la plus adéquate pour appliquer la *charia* à leur lien contractuel[1183].

1418. Dans cette mesure, sans dénaturer la finance islamique, une articulation entre les principes de droit islamique et les règles de droit français est utile dans l'objectif principal d'assurer la sécurité juridique des transactions.

1419. Certaines réformes françaises témoignent d'une telle articulation. Mais en considération de l'intérêt majeur de la Place financière de Paris à assurer une intégration

---

Pharmaceuticals Ltd (n°1) Court of appeal (Civil Division) 28 January 2008), qui souligne que les principes de *charia* ne constituent pas un socle de règles susceptibles de venir supplanter le droit anglais. E. JOUINI & O. PASTRE, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, p. 15-16.

[1179] Art. 3 (1), Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), publié au Journal Officiel de l'Union Européenne le 4 juillet 2008, L177/10.

[1180] Préambule (13°), Règlement (CE) n° 593/2008, *op. cit.,* L177/6.

[1181] La *charia* est en effet un ensemble de non seulement des règles juridiques prévues dans le Coran et les récits du Prophète (*Sunna*), censées être les deux sources primordiales, acceptées par l'ensemble de la communauté musulmane (*oumma*), mais s'y ajoutent le consensus (*ijma*) des différentes écoles de *fiqh* islamique et l'analogie (*qiyas*)[1181] qui permettent d'adapter la *charia* aux exigences de la modernisation de la vie, sans violer les dispositions des deux premières sources.

[1182] G. AFFAKI, « *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, p. 152.

[1183] Préambule (13°), Règlement (CE) n° 593/2008, *op. cit*. Quant à la notion du droit islamique, la législation de certains pays s'inspire plus ou moins fortement de la *charia* comme le Koweït, le Bahreïn, les Émirats arabes unis. Dans d'autres pays, la *charia* a été introduite en tant que « source du droit » dans leur législation comme le Soudan et l'Égypte. Mais, il ne s'agit pas purement de codification de *charia* au sens strict.

parfaite de la finance islamique, d'autres aménagements semblent encore souhaitables[1184], notamment en raison de la complexité des structures juridiques de financement islamique, afin de réduire les risques liés à ce financement au regard de son coût global et à l'exigence de fonds propres[1185].

1420. Dans un financement par *mourabaha*, un double transfert de propriété survient, le premier entre la banque/acheteur et le vendeur initial et le second entre la banque/revendeur et son client final/acheteur. Lors de la première opération, la banque doit supporter des risques non habituellement supportés dans le cadre du financement classique au niveau de sa responsabilité concernant notamment les risques de destruction totale ou partielle en sa qualité de détenteur du bien, et ensuite lors de sa revente en sa qualité de revendeur au regard de la garantie des vices cachés (ordre public en droit français). La solution idéale serait d'exonérer la banque de cette obligation. Mais, s'il semble difficile d'annuler une telle obligation, étant d'ordre public, ou même d'insérer une clause d'exonération ou de limitation de la responsabilité de la banque, d'autres solutions demeurent envisageables[1186] afin de limiter l'étendue des obligations et des risques de la banque, comme par exemple permettre à cette dernière de créer un véhicule *ad hoc* (*special purpose vehicle « SPV »*) non bancaire,

---

[1184] Notre étude se limite à mettre en évidence les réformes souhaitables et les propositions qui sont relatives à notre analyse contractuelle en finance islamique et non pas l'ensemble de la finance islamique (incluant les *sukuk* et le *takaful* (l'assurance islamique)). De plus, Nous nous sommes concentrés à les traiter au regard des instruments de financement par dette les plus utilisés et dont le rendement est censé être plus certain que les contrats participatifs comme *moudaraba* et *moucharaka.*

[1185] Le législateur français, conscient des leçons tirées de la crise financière, a réformé le cadre de régulation du secteur financier et bancaire par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires (NOR : EFIX1239994L). Cette loi vise à séparer les activités bancaires utiles au financement de l'économie et à l'emploi des activités spéculatives sur dérivés de matière première agricole ou via le *trading* à haute fréquence pour assurer une stabilité financière et limiter les risques pour les déposants. Elle a pour objectif également à renforcer les mécanismes de surveillance des risques et de résolution des crises bancaires.

[1186] En effet, l'obligation de garantie des vices cachés dans une transaction entre vendeur professionnel et acheteur consommateur est une sorte de justice contractuelle. Et les droits français et islamiques partagent cet objectif de justice dans les relations contractuelles. Une suppression totale de cette obligation semble difficile à être adoptée en droit français puisqu'on parle d'ordre public et en même temps peut se voir injuste lorsque le client est profane. Toutefois, dans le cadre des opérations bancaires, il importe de considérer la nature particulière de l'activité bancaire traditionnelle qui ne joue pas normalement le rôle de vendeur/revendeur comme en cas de finance islamique et de grands risques inhérents à telle obligation. C'est pour cela qu'il nous semble opportun d'envisager un certain compromis entre cette exigence et la particularité fonctionnelle bancaire en adoptant un assouplissement de la rigidité de ces dispositions légales.

considéré comme vendeur occasionnel et non professionnel, pour réaliser cette opération à la place de la banque. Il est possible, également, dans le cadre d'achat/vente simultanés[1187], de considérer la banque comme un simple intermédiaire financier non tenu de cette obligation et de la faire peser sur le vendeur initial dans le contexte de ses activités habituelles de vente. Le raisonnement repose, en effet, sur la finalité de l'operation de *mourabaha* aux termes du financement du client bancaire, et sur sa nature qui s'apparente avant tout à une opération de crédit. Par ailleurs, pour limiter la responsabilité de la banque « même indirectement », l'existence d'un vice caché, si établie, peut être considéré comme un manquement du vendeur initial à son devoir de bonne foi[1188], ce qui pourrait justifier le droit d'indemnisation de la banque[1189]. Il est aussi possible d'accorder à l'acheteur le droit de suspendre le paiement du prix d'achat tant qu'il ne bénéficie pas d'une possession paisible et utile du bien, ce qui rapproche la garantie des vices cachés du régime de la garantie d'éviction sous l'article 1653 du Code civil.

1421. Toutefois, l'utilisation d'un SPV non bancaire ne permet pas de bénéficier de cession Dailly[1190] à titre de garantie des créances du tiers emprunteur sur ses propres clients, celle-ci étant réservée aux établissements de crédit. Alors, on partage d'avis les spécialistes selon lesquels il convient d'admettre la cession civile de créance à titre de garantie[1191].

[1187] En d'autres termes, lorsque la revente du bien financé intervient concomitamment au premier achat.

[1188] C. civ., art. 1134, al. 3 : « *Elles doivent être exécutées de bonne foi* ».

[1189] Pour faciliter l'intermédiation de la banque dans cette transaction, nous pouvons éventuellement admettre la subrogation du client dans les droits de la banque envers le vendeur initial comme une exception à l'effet relatif du contrat pour les fins de l'indemnisation de ce dernier par le vendeur, sans engager la responsabilité de la banque. Une réflexion à cette possibilité semble utile.

[1190] La loi du 2 Janvier 1981 dite « loi DAILLY » et son décret d'application dorénavant codifié aux dispositions des articles L 313-23 et suivants du Code monétaire et financier, ont simplifié la procédure de cession et de nantissement des créances lorsqu'il s'agit de réaliser ces opérations au profit d'un établissement de crédit qui mobilise les créances de ses clients. Le mécanisme est le suivant : Tout crédit qu'un établissement de crédit consent à une personne morale de droit privé ou de droit public, ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle, peut donner lieu au profit de cet établissement, à la cession ou au nantissement par le bénéficiaire du crédit, de toutes créances que celui-ci peut détenir sur un tiers, personne morale de droit public ou de droit privé, ou une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle.

[1191] Cette opinion est partagée avec Jouini et Pastré dans leur rapport (E. JOUINI & O. PASTRE, *op. cit.*, p.

1422. En outre, nous avons souligné que le contrat *d'ijara* peut s'apparenter au contrat de crédit-bail (contrat nommé dans le Code monétaire et financier) ou au contrat de location-vente (contrat innommé). L'avantage dans ce dernier contrat est que la banque est assurée par le transfert automatique de propriété du bien au preneur, contrairement au crédit-bail où la banque prend le risque de conserver le bien à défaut d'exercice de l'option d'achat par le locataire[1192]. Il serait utile de faire de la location-vente un contrat nommé en la matière et de bien définir ses règles[1193].

1423. De plus, en cas de crédit-bail, considéré comme une opération de crédit en droit français[1194], le monopole bancaire est réservé aux établissements de crédit ou aux sociétés de financement[1195]. Il serait souhaitable d'exonérer de l'agrément bancaire les SPV ou de leur reconnaître un régime particlulier pour mieux s'adapter à ces techniques de financement[1196].

1424. Dans la même technique, comme le souligne Saint-Marc, en cas de rupture d'une opération avec un crédit-bailleur pour en conclure une seconde avec un autre crédit-bailleur, portant sur le même actif, il faut subir les conséquences fiscales liées à la levée de l'option, ce qui consiste en un surcoût défavorable à l'application de la finance

---

120) et avec Saint-Marc (G. SAINT-MARC, « *Finance Islamique et droit français*», Gide Loyrette Nouel (AARPI), Tables rondes organisées par la Commission des Finances du Sénat, 14 mai 2008, p. 15). Dans ce sens, il s'agit d'inverser la jurisprudence de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 26 mai 2010 (n°09-13.388) qui a précisé les conséquences de la solution dégagée par l'arrêt de principe du 19 décembre 2006 (n°05-16.395). Dans cet arrêt, la Cour de cassation a refusé de reconnaître la validité d'une cession de créance non-professionnelle à titre de garantie et elle a requalifié le montage en nantissement de créance, ce qui fragilise la situation du créancier en cas de procédure collective du constituant. Consultez J.-L. GUILLOT & M. BOCCARA, « *Jurisprudence bancaire : cession de créance à titre de garantie / Cour de cassation, ch. Com. 19 déc. 2006* », *Revue Banque*, n° 689, avril 2007, pp. 75-77.

[1192] H. MARTIN-SISTERON, « *Le montage de financement par projet charia compliant* », *Journal des sociétés*, Dossier La finance islamique, n° 77, juin 2010, p. 21.

[1193] E. JOUINI & O. PASTRE, *op. cit,* p. 120. G. SAINT-MARC, « *Finance Islamique et droit français* », *op. cit.*, p. 15.

[1194] C. mon. fin., art. L. 313-1.

[1195] L'article L. 511-1 est ainsi remplacé par l'article 4 (4°) de l'Ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement (NOR : *EFIT1309910R*).

[1196] Il est possible d'autoriser toute filiale à 90 % d'un établissement de crédit à bénéficier du statut bancaire de sa société mère (concept de "prêt de licence bancaire") ce qui ne contreviendrait pas aux dispositions de la directive 2006/48 CE (à transposer). H. MARTIN-SISTERON, *op. cit.*, p. 25. G. SAINT-MARC, « *Finance Islamique et droit français*», *op. cit.*, p. 16.

islamique en France. Alors il serait opportun de prévoir que lorsque la propriété d'un actif est transférée entre crédit-bailleurs, cela ne débouche sur aucune conséquence fiscale particulière pour le crédit-preneur et ce sera l'occasion d'accroître la concurrence entre crédit-bailleurs[1197]. On estime aussi utile d'étendre l'application du crédit-bail aux particuliers pour mieux accommoder la finance islamique en France.

1425. Par ailleurs, l'introduction des opérations de financement compatibles avec la *charia* en droit français peut se heurter à la problématique de l'exigence de mention écrite du taux effectif global (TEG). Comme nous l'avons souligné[1198], cette mention peut s'appliquer à une opération de crédit en adoptant une interprétation extensive de la notion d'un contrat de prêt. Il nous semble que le droit islamique ne s'oppose pas à la finalité éthique de cette exigence aux termes de la nécessité de transparence dans les transactions et la protection des non-professionnels contre l'usure. De plus, cette exigence permet de plafonner l'onérosité de ces montages contractuels de financement puisqu'une grande liberté en matière de la marge bénéficiaire de la banque peut être source de dérives.

1426. Si nous pouvons admettre la qualification des contrats de financement islamique par des opérations de crédit au sens du droit français, le calcul du TEG prend en compte les intérêts, les commissions, et les rémunérations ayant un lien direct avec le crédit. Or, le droit islamique prohibe toute stipulation d'intérêt. Nous pouvons ainsi redéfinir l'assiette du TEG pour en admettre de nouvelles composantes afin de pouvoir s'adapter à la nature particulière des contrats de financement islamique. Il est plus opportun d'écarter toute référence à la mention d'intérêt dans le calcul du TEG islamique et du fait de leur corrélation avec l'économie réelle en vertu de la nécessité de les adosser à des actifs tangibles, il est possible, comme le souligne Cekici[1199], de considérer les frais d'évaluation des actifs sous-jacents dans le calcul du TEG et y ajouter les frais de gestion des dossiers, les commissions de la banque et les dépenses en relation directe

[1197] G. SAINT-MARC, *op. cit.*, p. 16.

[1198] *Supra* n° 1130.

[1199] I. CEKICI, « *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France* », *Revue Lamy droit des affaires*, oct. 2008, p. 111.

avec le financement en cause[1200].

1427. A ce stade, se posent deux questions, la première question concerne le pouvoir souverain du juge pour requalifier le contrat s'agissant d'une opération de crédit ou non. Une jurisprudence unanime pour définir les critères exigés pour considérer ou rejeter la qualification d'un contrat de financement islamique par une opération de crédit est souhaitable afin de décider sur l'application de l'exigence de mention écrite du TEG ou sur le refus d'une telle application. Et la deuxième question, si nous admettons une telle qualification, il convient de prendre en considération l'exigence du monopole bancaire, d'où l'importance de l'agrément des banques islamiques pour pouvoir conclure des opérations de crédit islamiques.

1428. Les opportunités d'accueillir la finance islamique en France peuvent se heurter aussi à des réactions émotionnelles qui renoncent au droit islamique. Dans cette optique, il importe de distinguer entre la finance islamique et le droit islamique[1201].

1429. Dans un contexte économique, la finance islamique est conçue comme un ensemble de principes d'éthique, destinée à toute la communauté, sans distinction entre musulmans et non-musulmans, ayant une vocation universelle et visant le développement économique en entier. Ayant un fondement religieux et juridique à la fois connu sous le terme de « règles de transactions de *charia – mou'amalat*», elle partage les mêmes objectifs que toute religion monothéisme, à savoir le judaïsme et le christianisme (culture judéo-chrétienne), en termes de justice sociale, de solidarité, d'équité et de transparence. Ses règles sont bien distinctives de celles de la *charia* relatives aux rituels religieux (*ibadat*)[1202] qui sont un moyen et une épreuve pour tester

[1200] Nous partageons l'avis de Cekici, comme nous l'avons souligné dans notre étude, du fait de considérer les opérations de *mourabaha* et de *moucharaka* comme des opérations de crédit, il est possible d'intégrer la marge bénéficiaire du premier contrat ainsi que les parts sociales du second contrat lors du calcul du TEG islamique. I. CEKICI, « *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques en France* », *op. cit.*, p. 111 et s.

[1201] La *charia* désigne droit et religion à la fois. Dans notre étude, nous l'utilisons pour faire référence aux règles financières de droit islamique.

[1202] Les rituels religieux concernent le culte et consistent en les cinq piliers de l'Islam, à savoir l'attestation de l'unicité de Dieu (Allah), la prière (*Salat*), l'aumône (*zakat*), le jeûne (□*awm* en *Ramadan*) et le pèlerinage à la Mecque (*hajj*) si c'est possible.

la foi du croyant. Ainsi, la portée de la finance islamique dépasse sa seule dimension religieuse pour pouvoir s'acclimater au contexte juridique français. De plus, l'existence d'une importante population musulmane en France pourrait être considérée comme un indice positif pour assurer un développement croissant d'une telle finance[1203], s'ajoutant à l'investissement envisagé notamment par les monarchies du Golf en France suite à son accueil de la finance islamique.

1430. Par ailleurs, la sensibilisation à l'égard de la finance islamique résulte d'un courant de pensées, relativement faible, qui préconise de rejeter cette finance en la considérant comme un moyen essentiel pour le financement du terrorisme. Ce qui nous apparaît une réflexion infondée et inadéquate, notamment en considération des objectifs visés par celle-ci et de ses mécanismes de fonctionnement. D'autres lient cet objectif de financement de terrorisme et la mise en place du *zakât* par l'Islam. La *zakât* désigne l'aumône purificatrice légale, qui est un des piliers de l'Islam visant à mieux distribuer les richesses et subvenir aux besoins des pauvres. Le but de la *zakât* est de réaliser l'équilibre et la justice sociale, d'empêcher le monopole de l'argent par les riches et d'encourager la circulation des biens. Et d'un point de vue purement religieux, celui qui s'acquitte de la *zakât* protège son argent et le bénie, ainsi il purifie par là son cœur, élève son âme et fait fructifier ses biens et Dieu lui multiplie les mérites[1204].

1431. Toutefois, on ne peut pas considérer que la finance islamique est « idéale » ou

---

[1203] Il est important de noter que l'adjectif «islamique» attaché a la finance islamique peut être considéré comme une « arme à double tranchant » : d'une part, il peut s'agir d'un facteur attractif pour une partie des musulmans qui veulent choisir et prendre leurs décisions financières selon les principes de *charia* et d'autre part, il peut être considéré comme une innovation formelle apposée d'une étiquette islamique qui vise seulement à remplacer et concurrencer les techniques de financement classiques. Ces différents courants résultent notamment du fait que certains musulmans refusent de mêler religion et transactions commerciales dans l'objectif d'éviter que la religion soit utilisée comme une publicité uniquement pour des raisons commerciale, parfois vues amorales et bien distinctes de l'esprit loyal de la religion. Ces défis sont étroitement liés aux risques de réputation et de perte de conformité de la finance islamique mais ils ne sont pas insurmontables.

[1204] Sourate La Vache (*Al-Baqara*), verset 267 : « *Oh les croyants! Dépensez des meilleures choses que vous avez gagnées et des récoltes que Nous avons fait sortir de la terre pour vous. Et ne vous tournez pas vers ce qui est vil pour en faire dépense…* ». Selon le Prophète, « *Dieu est bon et n'accepte que ce qui est bon* ». Ces sources scripturaires encouragent l'investissement licite au regard de la *charia* « *halal* », y inclus ses ressources et rejette toute forme ou ressource illicite « *haram* ». Ce qui témoigne que la *zakât* doit avoir des ressources licites et sinon, elle n'est plus acceptée par Dieu. Dans le même sens doit fonctionner la finance islamique.

« exempte de défauts » ; elle souffre de certaines faiblesses qui découlent de son caractère hétérogène tant dans ses origines que dans ses règles. De plus, elle implique des risques importants en raison de la particularité de ses montages de financement qui impactent sur la nature de son intermédiation financière ainsi que sur ses droits et obligations.

1432. Dans un premier temps, il s'agit des incertitudes quant au contenu de la *charia* en raison de la multiplication et la diversification de *fatwas* ainsi que des interprétations des écoles de *fiqh*[1205].

1433. La *fatwa* est un avis juridique donné par un spécialiste de loi religieuse (*mufti*) pour répondre à une question particulière. Elle est limitée à une période et un espace géographique, ou plutôt, un espace reconnaissant l'une des écoles d'interprétation. Considérées comme subjectives, les *fatwas* peuvent être contradictoires. Toutefois, une *fatwa* ne reste qu'un avis juridique n'ayant force obligatoire que dans le cadre d'un code législatif ou si elle est adoptée. En d'autres termes, on n'est pas obligé de suivre une *fatwa* quelconque. Plusieurs recommandations du Prophète définissent quelques lignes directrices qui trouvent leur application à cet égard [1206]. Ces récits soulignent qu'une

[1205] Les quatre principales écoles (*madhabib*) du sunnisme sont le hanafisme, le malékisme, le chaféisme, et le hanbalisme. La *charia* est distincte du *fiqh*, celle-ci est comme la règle de droit et celui-là est considéré comme l'instrument d'adaptation de ces règles aux différents problèmes et faits sociaux. Cette pluralité d'opinions, d'écoles ou de doctrines est due à plusieurs facteurs, à savoir : la souplesse de la *charia* et sa capacité à s'adapter à toutes les circonstances de temps et d'espace ; les différences de compréhension des textes du Coran et de la Sunna ; la différence des méthodes d'interprétation du texte lorsque certains s'attachent à la lettre (littéralistes), et d'autres à l'esprit, à la finalité du texte (finalistes) ; et les conditions d'authenticité du récit utilisé comme fondement juridique pour justifier ou condamner une action. Comme le souligne le Prophète, cette divergence au sein de la communauté est une miséricorde pour les hommes (ainsi rapporté par Le *Hâfidh al-Bayhaqî*, dans son livre « Explication des récits prophétiques importants [« *al-Madkhalou 'Ilâ s-Sounani l-Koubrâ*»]. En considération de la nature innovatrice de l'industrie financière mondiale, cette souplesse peut être également un facteur en faveur du développement de la finance islamique à cette échelle.

[1206] Le Prophète récite que : « *Laisse ce qui provoque en toi le doute pour ce qui ne suscite en toi aucun doute* », ainsi que « *Demande la fatwa à ton cœur, demande la fatwa à ton âme. Le bien est ce à propos de quoi l'âme se tranquillise et le cœur se tranquillise. Le péché est ce qui se trame dans l'âme et qui va et vient dans le cœur, même si on te donne des fatwas sur le sujet*». Par souci de précision, ce dernier récit ne concerne que les actes et les choses qui ne relèvent pas du culte ; ou n'ont pas été clairement déclarés obligatoires, permis ou interdits dans le Coran ou les récits ; mais sont douteux. Dans le même sens, selon le Prophète, « *En vérité, ce qui est licite* [*halal*] *est clair, et ce qui est illicite* [*haram*] *est clair ; et entre les deux se trouvent des choses douteuses ; peu sont les gens qui connaissent si elles relèvent du licite ou de l'illicite. Celui qui s'éloigne des choses douteuses a certes préservé sa religion et son honneur, et celui qui y les choisit finira par commettre l'interdit ...*». Ainsi en effet, le *halal* est si apparent et manifeste qu'il ne

fatwa, répondant à des questions douteuses, qui ne relèvent ni du culte ni des matières où le licite et l'illicite sont bien clairs, n'a pas en soi une valeur probante pour obliger autrui à la poursuivre. Ainsi, par exemple, en cas de *fatwa* autorisant le *riba,* suscitant un doute, il convient de la délaisser. L'homme peut se remettre au jugement de sa conscience, notamment lorsque certains qui n'ont pas de savoir religieux peuvent lui donner une réponse que son âme a du mal à accepter.

1434. Si nous envisageons une codification des normes financières de *charia*, ce souci de multiplication et d'hétérogénéité des *fatwas* ne doit pas créer d'enjeux importants.

1435. D'ailleurs, plusieurs efforts de standardisation et d'harmonisation de ces normes financières méritent aujourd'hui d'attirer l'attention[1207]. Certains instituts de recherche islamique sont aussi établis, comme l'Institut de recherche islamique de l'Université de Al-Azhar au Caire, Egypte (*Majma al-bohouth al-Islamiyya*), l'Institut de *fiqh* de la Ligue islamique mondiale et l'Institut de *fiqh* de l'Organisation de coopération islamique, le Comité permanent de la *fatwa* ainsi que le Conseil des Grands Oulémas au Royaume d'Arabie saoudite.

1436. Avec la croissance de la finance islamique et la complexité de ses instruments de financement, il est nécessaire de créer des comités consultatifs de *charia* au sein de chaque banque, composés de juristes religieux, économiques, comptables et financiers, pour s'assurer de l'adéquation des montages de financement avec les règles de la *charia*. En d'autres termes, ce comité doit vérifier et certifier la conformité des produits proposés à la *charia*, ainsi le label « islamique » ne suffit pas pour remplacer cette

---

donne lieu au moindre doute ou au moindre soupçon. Et le *haram* est aussi clair et caractérisé sans équivoque. Entre ces deux types, existent des choses qui se ressemblent et créent une confusion pour une catégorie des personnes, qui ne sont pas des experts religieux. Ainsi, il faut délaisser tout acte ou toute chose qui inclut un doute. Toutefois, il ne s'agit en aucun cas d'une possibilité de se baser uniquement sur son cœur pour distinguer ce qui est permis de ce qui est interdit.

[1207] A titre de rappel, l'Organisation de comptabilité et d'audit pour les institutions financières islamiques (*AAOIFI*) établit des standards en matière de comptabilité, d'audit, de gouvernance et d'éthique pour les institutions financières islamiques; le Conseil des services financiers islamiques (*IFSB*) fournit un ensemble d'instructions sur les meilleures pratiques pour la mise en œuvre d'une gestion prudentielle efficace des risques de ces institutions et assurer la suffisance de capital. Dans le même sens, le Marché financier islamique ayant pour objectif le développement d'un marché financier international basé sur la *charia* ; Agence islamique internationale de notation (*IIRA*) pour offrir des notations d'institutions et d'instruments financiers comme les *sukuk*.

certification. Il est également possible de créer une commission centrale du contrôle de l'activité de toutes les banques islamiques, y compris leurs comités *charia*, pour garantir la compatibilité de leur fonctionnement et de leurs décisions avec les préceptes de *charia*. A cet égard, le manque de capital humain bien expérimenté et qualifié peut être un défaut mais il est possible de le combler avec la création d'une sorte d'échanges des séminaires et des publications et de créer un partenariat avec les formations supérieures dans les pays émergents de telle finance. Ce qui semble être une bonne opportunité pour la France pour concurrencer et occuper une place primordiale à cette fin.

1437. Dans un deuxième temps, lors du financement islamique, la banque peut être amenée à supporter des risques importants, notamment quant à l'enchevêtrement du risque de crédit et du risque de marché. Comme par exemple, lors d'une opération de *mourabaha*, ces risques découlent essentiellement d'une part, de l'absence d'un engagement ferme du client donneur d'ordre pour acheter le bien acquis par la banque sur son ordre, ainsi s'agissant d'une simple promesse unilatérale d'achat ; et d'autre part, de la non-stipulation des pénalités en cas de son refus de finaliser la vente. Ainsi, la banque se trouve obligée de garder le bien tout en cherchant un autre acquéreur et éventuellement de vendre enfin le bien à un prix inferieur au prix d'acquisition initial. A cet égard, un assouplissement de ces règles est certainement désirable afin de minimiser les risques afférents à ce type de financement, comme le fait de reconnaître unanimement la validité de la conclusion d'une promesse unilatérale d'achat assortie d'une clause de dédit à terme extinctif, et dont le montant sera fixé par référence aux frais exposés par la banque lors de son acquisition du bien ou admettre la licéité de la stipulation d'une « garantie de sérieux » au profit de la banque. Il est évident que l'ensemble des risques subis par une banque islamique, que ce soit à l'occasion de son fonctionnement ou de son intermédiation contractuelle lors du financement de son client nécessite un système solide et efficace pour bien gérer et surveiller ces risques.

1438. En conclusion, la finance islamique apparaît équitable et solidaire dans ses principes, participative et concrète dans ses mécanismes, éthique et pérenne dans ses objectifs. Elle présente une concordance avec l'esprit du droit français et met en place des structures contractuelles qui se rapprochent de celles de financement conventionnel.

Toutefois, par comparaison, ces structures islamiques demeurent distinctes principalement en raison de la prise en compte des critères pouvant primer sur la seule loi du profit. Ce qui témoigne qu'il ne s'agit pas d'une fiction éthique.

1439. Sa résistance face à la crise fait voir la finance islamique comme un nouveau paradigme à la finance conventionnelle et comme correcteur des problèmes à l'origine de telle crise. Nonobstant, nous pouvons douter de sa capacité à devenir une alternative persistante à la finance conventionnelle notamment en raison de certaines fragilités et faiblesses qui peuvent freiner son développement.

1440. Ainsi, même si certaines réformes françaises sont souhaitables pour intégrer la finance islamique en France, cela n'interdit pas à cette finance de continuer à s'améliorer pour s'adapter plus harmonieusement au financement de l'économie mondiale.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX ET SPECIAUX

ABDUL GAFOOR (A.L.M.),

Islamic banking and finance : another approach, APPTEC Publications, Kuala Lumpur, Malaysia, Dec. 1999.

ABDULLAH (D.V.) & CHEE (K.),

Islamic Finance: Why It Makes Sense - Understanding Its Principles and Practices, Marshall Cavendish Business Editions, Singapore, 2010.

AGLIETTA (M.) & RIGOT (S.),

Crise et Rénovation de la Finance, Odile Jacomb économie éditions, Paris, 2009.

AHMED (H.),

Theoretical foundations of Islamic economics, 1st ed. Islamic Development Bank, Saudi Arabia, 2002.

AL-BELTAGUI (M.),

Les banques islamiques : théorie, application et défis, 1ère éd., Dar Ashrouq Al-Daweleya, Le Caire, 2012.

AL-DARIR (M.),

Le gharar dans les contrats et ses effets dans les pratiques contemporaines, 1ère éd., Banque islamique du développement, Série des conférences d'éminents scientifiques n° 4, Royaume d'Arabie Saoudite, 1993.

AL-QARADHAOUI (Y.),

Les règles gouvernant la fiqh des transactions, 1ère éd., Dar Ashrouq, Le Caire, 2010.

AL-SIOUTY (G.),

Les ressemblances et les analogues dans les règles et branches de fiqh chaféite, 2e éd., t. 1, Librairie de Nezar Mostafa Al-Baze, Royaume d'Arabie Saoudite, 1997.

AL-ZUHELY (W.),

Encyclopédie de la jurisprudence islamique et les transactions contemporaines, vol. 12, Dar al-Fikre, Damas, 2010.

AN-NABHANI (T.),

Le système économique en Islam, Dar al-Oummah, Beyrouth, 2004.

ARTUS (P.),

La Crise Financière, causes, effets et réformes nécessaires, éd. PUF et Descartes & Cie, coll. *Les Cahiers-Le Cercle des économistes,* 2008.

AYNES (L.), (sous dir.)

Le contrat de financement : étude comparative et prospective du crédit bancaire, Centre de Recherche sur le Droit des Affaires, Lexis Nexis, coll. *Le Droit des Affaires,* Paris, 2006.

AYUB (M.),

Understanding Islamic Finance, Chichester, John Wiley & Sons, coll. *Wiley Finance*, *LTD*, London, United Kingdom, 2007.

BACHET (D.) & NASZALYI (P.),

L'autre finance : existe-il des alternatives à la banque capitaliste ?, *éditions du Croquant*, Broissieux, 2011.

BAGHDADI (A. M.),

Encyclopédie de responsabilités islamiques dans la doctrine de al-Imam al-Azam Abi Hanifa al-Nu□man, al-Matba□ah al-Khayriyah, Le Caire, 1890.

CABRILLAC (M.) & MOULY (C.),

Droit pénal de la banque et du crédit, éditions Masson, Paris, 1982.

CHAPRA (M. U.),

Vers un système monétaire juste : Analyse de la monnaie et de la politique bancaire et monétaire à la lumière des enseignements islamiques, 1ére éd., Série de traduction de travaux en économie islamique, n° 10, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 1997.

CHARBONNIER (J.),

Islam : droit, finance et assurance, préf. L. A. BARRIERE, éd. Larcier, Groupe De Boeck, coll. *Cahiers financiers*, Bruxelles, 2011.

CHARLES (A.),

Le financement des entreprises, Economica*,* coll. *Connaissance de la gestion,* Paris, 2008.

CHEHATA (C.),

Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman, Dalloz, Paris, 2005.

CHERIF (M.),

Les taux d'intérêt, 2e éd., Revue Banque, coll. *Les essentiels de la banque et de la finance,* Paris, 2008.

CHOUDRY (M.), DAVIS (H.A.) & FABOZZI (F.J.),

Introduction to Structured Finance, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey and Canada, 2006.

COMAIR-OBEID (N.),

Les contrats en droit musulman des affaires, préf. P. FOUCHARD, éd. Economica, coll. *Droit des affaires et de l'entreprise*, Paris, 1995.

COUREL (A.) & LE NABASQUE (H.),

Les Défis actuels du droit financier, Joly éditions, coll. *Pratique des affaires*, 2010.

DEKEUZER-DEFOSSEZ (F.),

Droit bancaire, 10e éd., Dalloz, coll. *Mémentos Dalloz. Série Droit privé,* Paris, 2010.

DE SERVIGNY (A.),

Le risque de crédit face à la crise, 4e éd., Dunod DL, coll. *Gestion-Finance*, Paris, 2010.

EL-GAMAL (M.),

- *A Basic Guide to Contemporary Islamic Banking and Finance*, Editions ISNA Islamic Banking & Finance Series, June 2004.
- *Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques,* trad. par J. HAVERALS, préf. M. DESCHAMPS, De Boeck, Bruxelles, 2006.

FAROOK (S.) & LANIS (R.),

Banking on Islam? determinants of corporate social responsibility disclosure, University of Technology, Sydney, Australia, 2007.

FRISON-ROCHE (M.-A.),

Droit Finance Autorité (les modes de régulation juridique propres aux autorités de marchés financiers), Paris, 1999.

FRISON-ROCHE (M.-A.) & BONFILS (S.)

Les grandes questions du droit économique, Presses universitaires de France, coll. *Quadrige*, Paris, 2005.

GAUDIN (M.),

Le crédit au particulier : aspects économiques, techniques, juridiques et fiscaux, SEFI, coll. *Banque et stratégie*, Québec, 1996.

GAVALDA (C.) & STOUFFLET (J.),

Droit bancaire : Institutions comptes opérations services, 8e éd., Litec, Coll. *Les manuels*, Paris, 2010.

GENEVIEVE (C.-B.),

La finance islamique, 2e éd., Revue banque édition, coll. *Marchés finances,* Paris, 2012.

GENRE (P.) & VASSENAIX-PAXTON (A.-S.),

Finance islamique et immobilier en France : comprendre pour agir, Livre blanc, préf. T. DISSAUX, DTZ Asset Management &NORTON ROSE, juill. 2010.

GOURIEROUX (C.) & TIOMO (A.),

Risque de crédit : une approche avancée, Economica, coll. *Économie et statistiques avancées,* Paris, 2007.

GREAU (F.),

Recherches sur les intérêts moratoires, préf. F. CHABAS, Defrénois, t. 21, coll. *Doctorat et Notariat*, 2006.

GRUA (F.),

Les contrats de base de la pratique bancaire, LITEC Affaires Finances, Paris, 2001.

GUERANGER (F.),

Finance islamique : une illustration de la finance éthique, Dunod, Paris, 2009.

HASSAN (M. K.) & LEWIS (M. K.),

Handbook of Islamic banking, Edward Elgar Publishing, Inc., United Kingdom, 2007.

IBN-RUSHD (A.),

Les introductions préliminaires, révisé par M. HAGY et S. A'RABE, T. 2, 1ère éd., Dar al-Gharbe al-Islami, Liban, 1988.

IQBAL (M.), AHMAD (A.) & KHAN (T.),

Défis au système bancaire islamique, 2e éd., Banque islamique de développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 1998.

JONATHAN (B.),

Finance d'entreprise, Pearson Education France, Paris*,* 2008.

JOUABER-SNOUSSI (K.),

La finance islamique, éd. La Découverte, coll. *Repères*, Paris, 2012.

JOUINI (E.) & PASTRE (O.),

La finance islamique: une solution á la crise ?, préf. G. MESTRALLET, Economica, Paris, 2009.

JOURDAIN (P.),

Les principes de la responsabilité civile, 6e éd., Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2010.

KARICH (I.),

Le système financier islamique : de la religion à la banque, Larcier*,* coll. *Financiële cahiers financiers*, Bruxelles, 2002.

KETTELL (B.),

Introduction to Islamic banking and finance, John Wiley & Sons, coll. *Wiley Finance Series,* 2011.

LAMARQUE (E.),

Management de la banque : risques, relation client, organisation, préf. G. HIRIGOYEN*,* 3e éd., Pearson Éducation France, Paris, 2011.

LE GALLOU (C.),

La notion d'indemnité en droit privé, préf. A. SERIAUX, t. 486, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, Paris, 2007.

LEGEAIS (R.),

Grands systèmes de droit contemporains: Approche Comparative, 2e éd., Litec-LexisNexis, Paris, 2008.

LEGUEVAQUES (Ch.),

Droit des défaillances bancaires, Economica, coll. *Pratique du droit,* Paris, 2002.

LEVY (A.),

Finance islamique : opérations financières autorisées et prohibées vers une finance humaniste, Gualino lextenso éditions, coll. *Côté simple finances*, Paris, 2012.

LYONNET DU MOUTIER (M.),

Financement sur projet et partenariats public-privé, 2e éd., Éditions Colombelles ems management & société, coll. *Les essentiels de la gestion*, 2012.

MACHHOUR (A. A.-L.),

L'investissement dans l'économie islamique, préf. A.-H. AL-GHAZALI, 1ère éd., Dar Madbouly, Le Caire, 1991.

MALAURIE (P.), LAURENT (A.) & STOFFEL-MUNCK (P.),

Les obligations, 4e éd., Defrénois, Lextenso éditions, coll. *Droit civil*, Paris, 2009.

MASSIERA (A.),

Finance d'entreprise et finance de marché en zone franc, L'Harmattan, coll. *Economie Afrique*, Paris, 2001.

MATTOUT (J.-P.),

Droit bancaire international, 4e éd., Revue Banque Edition DL, coll. *Droit Fiscalité,* Paris, 2009.

MAZEAUD (D.),

La notion de clause pénale, préf. F. CHABAS, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit privé*, Paris, 1992.

MILLS (P.S.) & PRESLEY (J.R.),

Islamic Finance, Theory and Practice, Ed. Palgrave MacMillan Press, London, 1999.

MULLER (A.-C.),

Droit des marchés financiers et droit des contrats, Economica DL, coll. *Recherches juridiques,* Paris, 2007.

MUSA (M.-Y.),

La législation islamique et ses effets dans la jurisprudence occidentale, al-Maktabat ath-Thaqafiya, Le Caire, 1960.

NAZIM ALI (S.),

Islamic Finance: Current Legal and Regulatory Issues, Islamic Finance Project Islamic Legal Studies Program, Harvard Law School, Cambridge Massachussetts*,* 2005.

NEAU-LEDUC (P.),

Droit Bancaire, 4e éd., Dalloz, coll. *Cours Dalloz*. Série Droit privé, Paris, 2010.

NEUVILLE (S.),

Droit de la banque et des marchés financiers, Presses Universitaires de France, Paris, 2005.

OULD-BAH (M.F.),

Les systèmes financiers islamiques : approche anthropologique et historique, préf. A.W. OULD CHEIKH, éd. Karthala, Paris, 2011.

PATEL (M.),

L'actionnariat en droit musulman : statut et conditions, *ACERFI*, 2010.

PELTIER (F.),

Introduction au droit du crédit, 2e éd., La revue banque éditeur France, 1990.

QASIM (Y.),

Les bases de règles de légitimité, Dar al-Nahda al-Arabiyya, Le Caire, 1985.

RONCALLI (T.),

La gestion des risques financiers, 2e éd., Economica, Paris, 2009.

ROUTIER (R.),

- *Obligations et responsabilités du banquier*, 2e éd., *Dalloz-Sirey*, 2008.
- *Obligations et responsabilités du banquier*, 3e éd., *Dalloz*, 2011.

ROUX (M.),

Finance Éthique, structures, acteurs, et perspectives en France, Revue Banque Edition, coll. *Marchés-Finance,* 2005.

RUIMY (M.),

La finance islamique, Arnaud Franel éditions, coll. *Finance d'aujourd'hui*, Paris, 2008.

SAÏDANE (D.),

- *La finance islamique à* l'heure de la mondialisation, préf. A. DE BRESSON, 1ère éd., Revue Banque édition, coll. *Les essentiels de la banque*, Paris, 2009.

- *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, préf. A. DE BRESSON, 2e éd., Revue Banque édition, coll. *les essentiels de la banque et de la finance,* Paris, 2011.

SALGUEIRO (A.),

Les modes d'évaluation de la dignité de crédit d'un emprunteur, L.G.D.J., coll. *des thèses / directeurs scientifiques*, Paris, 2006.

SCHACHT (J.),

- *Encyclopédie de l'Islam,* éd. Leiden, Paris, 1936
- *Encyclopédie de l'Islam,* t. VIII, Maisonneuve et Larose, Paris, 1994.

SIMLER (P.) & F. TERRE (sous dir.),

Le crédit et ses garanties, 1ère éd., LexisNexis, coll. *Juris-compact,* 2004.

TOUSSI (A.),

- *La banque dans un système financier islamique*, L'Harmattan, coll. *Ethique économique,* Paris, 2010.

- *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique,* l'Harmattan, coll. *Ethique économique,* Paris, 2010.

USMAN SHIBIR (M.),

Les transactions financières contemporaines dans la jurisprudence islamique, 6e éd., Dar al-Nafã'is, Amman, 2007.

USMANI (M.T.),

An introduction to Islamic finance, Idaratul-Ma'arif, Karachi, Pakistan, 1998.

Articles et chroniques

ABDALLAH (A.),

« *Le contrôle religieux au sein des banques : une particularité de la finance islamique* », *Bulletin Joly Bourse*, n° 7-8, juill.-août 2013, p. 374 et s.

ABDULL MUTALIP (A.),

« *Islamic venture capital and private equity: legal issues and challenges* », *Azmi & Associates*, Malaysia, 2000.

ABELLARD (D.) & BORDES (A.),

« *Le financement des fonds d'investissement* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, Dossier 19, mai 2008, pp. 75-77.

ABOZAID (A.),

« *Modes de financement islamiques contemporains : entre les spécificités techniques des contrats et les objectifs de la chariah* », trad. par M. BOUDJELLAL, *Études en Économie Islamique,* vol. 5, n° 1, déc. 2011, pp. 21-43.

ACHI (F.) & FORGET (E.),

«*La gouvernance des comités charia», Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, étude 14, mars-avril 2011, pp. 27-30.

AFFAKI (G.),

« *L'accueil de la finance islamique en droit français : essai sur le transfert d'un système normatif* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, pp. 145-172.

AL-BELTAGUI (M.),

«*Vers l'instauration d'un paradigme comptable pour évaluer les instruments d'investissement dans les banques islamiques (mourabaha, moudaraba, moucharaka)*»,

intervention au colloque international organisé sur le thème « *Vers la rationalisation de la démarche des banques islamiques* », Emirats Arabes Unis – Dubaï, 3-5 sept. 2005.

ALI (R.) & BOYS (P.),

« *Le débat sur la standardisation : éthique, principes et standards dans la finance islamique* », *Journal des sociétés,* n° 77, Dossier La Finance islamique, juin 2010, pp. 34-38.

ALI ELGARI (M.),

«*Credit risk in Islamic banking and finance», Islamic Economic Studies*, vol. 10, n° 2, March 2003, pp. 1-25.

AL-JARHI (M.),

«*Islamic banking, finance and insurance: philosophical underpinnings* », in *Islamic banking and finance: fundamentals and contemporary issues,* dir. S. ALI & A. AHMAD, Islamic development bank, Jeddah-Saudi Arabia, 2007, pp. 1-24.

AL-JARHI (M.) & IQBAL (M.),

« *Banques islamiques : réponses à des questions fréquemment posées* », *Banque Islamique de Développement*, document périodique n° 4, 2002, pp.1-80.

AL-KITANE (M.),

« *L'effet du gharar sur la performance des contrats et les conséquences résultantes de non-livraison de l'objet du contrat* », Conférence des organisations légales pour les institutions financières islamiques, Bahreïn, 26-27 mai 2010.

AL-SAATI (A.-R.),

«*The permissible gharar (risk) in classical Islamic jurisprudence*», *J. KAU: Islamic Econ.*, vol. 16, n° 2, 2003, pp.1-22.

ALSAWA (A. M. A.),

«*La clause pénale dans les dettes : étude doctrinale comparée* », Conférence sur le rôle des institutions bancaires islamiques dans l'investissement et le développement, Université de Sharjah, Emirats arabes unis, 2002.

AL-SAWI (S.),

- « *Réexamens civilisés de Fatwa de légitimité des prêts ribawi pour financer l'achat de logements dans les sociétés occidentales* », Dar al-Andalosse al-Khadra, Djeddah, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000.

- « *A polite reconsideration of the fatwa permitting interest-based mortgages for buying homes »*, trad. U. HASAN, 1st ed., June 2001. Consultez ce lien http://unity1.files.wordpress.com/2009/06/analysis-of-fatwas-on-mortgages.pdf (dernière consultation le 25 août 2013).

AL-ZUHAYLI (W.),

«*The juridical meaning of riba*», trad. I. ABDUL RAHIM & A. THOMAS, in *Interest in Islamic economics – understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, pp. 25-52.

ANAS (E.),

« *Le principe de partage des profits ou des pertes dans le cadre des banques islamiques : illustration modélisée des contrats de financement participatifs moudaraba et moucharaka* », *Global Journal of Management and Business Research*, vol. 11, nov. 2011, pp. 1-18.

ANZIANI (A.) & BÉTEILLE (L.),

« *Responsabilité civile : des évolutions nécessaires »,* Rapp. d'information n° 558 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale, déposé au Sénat (session 2008-2009), 15 juill. 2009.

ARCHER (S.) & ABDEL KARIM (R.A.),

«*On capital structure, risk sharing and capital adequacy in Islamic banks*», *International Journal of theoretical and applied finance,* vol. 9, n° 3, 2006, pp. 269-280.

ASHOUR (Y.),

« *The importance of murabaha in long-term finance programs in the Islamic banking industry*», *American Journal of Islamic Social Sciences*, vol. 16, n° 4, 1999, pp. 87-102.

ASHOUR ABDEL-HAMID (A.-G.),

« *Financement par participation dans les institutions financiers islamiques* », intervention à la 14ème conférence annuelle scientifique sur le thème « *Les institutions financières islamiques : repères et perspectives d'avenir* », vol. 4, 2005, Émirats arabes unis.

AYUB (M.),

«*Islamic banking and finance: theory and practice*», rev. M. OBAIDULLAH, *J.KAU: Islamic econ.,* vol. 17, n° 1, 2004, pp. 45-49.

AZIZ (Z. A.),

« *Islamic finance and global financial stability* », *IFSB & IDB*, April 2010.

BACHELOT (Y.),

« *Prêts participatifs* », *J.Cl. Banque, crédit et bourse*, fasc. 1910, 1er sept. 2003.

BADAWY (M.),

« *Développement des modes de financement bancaire dans les banques islamiques* », *Revue du musulman contemporain*, n° 21, jan.-mars 1980, pp. 91-118.

BADIBANGA (S.),

« *Finance islamique : une solution à la crise économique* ? », *Journal Afrik.com*, Dossier : Finance islamique, 11 mars 2013. http://www.afrik.com/finance-islamique-une-

solution-a-la-crise-economique (dernière mise à jour : 4 sept. 2013).

BARI (I.) & RADI (B.),

« *Au-delà de la crise : La finance islamique est-elle un moyen de régulation ?* », *Ethique publique*, vol. 13, n° 2, 2011. (Article mis en ligne le 30 oct. 2012, consulté le 1er févr. 2013. Consultez sur http://ethiquepublique.revues.org/871).

BELABES (A.),

« *Épistémologie des principes de la finance islamique* », *Les cahiers de la finance islamique*, n° 2, École de Management Strasbourg, 2010, pp. 5-11.

BENDJILALI (B.),

« *La moucharaka ou mode de financement de la participation* », Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, pp. 32-54.

BEN JEDIDIA DAOUD (K.),

« *L'intermédiation financière participative des banques islamiques », Les cahiers de la finance islamique*, n° 3, Ecole de Management de Strasbourg, 2011, pp. 12-32.

BENZHA (H.),

« *Le financement de la PME en finance islamique* », *Ribh - le journal de la finance islamique*, 17 mars 2008, pp. 1-7.

BERTOLASO (S.),

« *Régime de la réparation – Modalités de la réparation – Règles communes aux responsabilités délictuelle et contractuelle – Inexécution d'une obligation en argent* », *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances,* fasc. 20, 25 mai 2001.

BOCCARA (B.),

« *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire* », *JCP*, 1975, I, n° 2742.

BONNEAU (T.),

« *Communication de pièces et secret bancaire* », *Revue de droit bancaire et bourse*, 1995.

BOUBLI (M.),

« *La mort de la clause pénale ou le déclin du principe* d'*autonomie de la volonté* », *Journal des Notaires*, 1976.

BOUCARD (F.),

- « *Les nouvelles obligations du banquier* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 1, dossier 4, jan. 2011, pp. 101-104.
- « *Les devoirs généraux du banquier* », *J.Cl. com.,* fasc. 343, 25 oct. 2002.

BOUREGHDA (M.),

« *Le financement islamique, une alternative à la finance conventionnelle* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, pp. 181-230.

CADO (R.) & KOURADINE (S.),

«*La finance islamique : une alternative financière éthique et durable pour les territoires»*, *Kosset Finance et Global Secure Finance SF&T*, 9 déc. 2009, pp. 1-7.

CARDAHI (C.),

«*Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit modern et de la loi islamique*», *Revue internationale de droit comparé,* vol. 7, n° 3, juill.-sept. 1955, pp. 499-541.

CASAL (C.),

« *Les contrats de maintenance : aléa et risques d'annulation* », *Cabinet Derriennic associés*, Expertises des Systèmes d'Information, n° 314*,* mai 2007*,* pp. 179-181.

CAUSSE (G.),

« *Remède aux crises financières ou retour au « vrai capitalisme » ?* », *Revue banque*, n°759, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique* », avril 2013, p. 78-80.

CAUSSE (G.) & HIDEUR (N.),

« *La gestion des risques dans les banques islamique*s », *La revue du financier*, n° 182-183, mars-juin 2010, pp. 73-88.

CEKICI (I.),

- «*Développement de la finance islamique en France : les premiers pas de l'administration fiscale», Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 35, févr. 2009, pp.79-81.
- «*Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*», *Revue de droit bancaire et financier,* n° 2, étude 15, mars-avril 2011, pp. 31-34
- « *La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations de crédit islamiques* », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 31, oct. 2008, pp. 107-111.

CHAABANE (Z.),

Commentaire sur l'article de M. AL-ZORKA « *Est-ce qu'il est acceptable par la Chariaa d'imposer une compensation pour le créancier à cause de l'atermoiement du débiteur ?* », *Revue des recherches de l'économie islamique,* vol. 2, n° 2, 1985, pp. 103-112.

CHABAS (F.),

« *La réforme de la clause pénale* », *Dalloz* 1976, c*hron.*.

CHAPRA (M. U.),

«*Why has Islam prohibited interest? Rationale behind the prohibition of interest*», in *Interest in Islamic economics - understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, pp. 95-110.

CHAPRA (M. U.) & KHAN (T.),

« *Règlementation et contrôle des banques islamiques », La Banque islamique de développement,* étude spéciale n° 3, 2010.

CHARLTON (B.) & GARCIA-BENNETT (R.),

«*Islamic asset finance*», *Freshfields Bruckhaus Deringer LLP*, Briefing, July 2004, pp. 56-88.

CREDOT (F.-J.),

« *Le secret bancaire : son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques* », *LPA*, 17 févr. 1993.

CREDOT (F.-J.) & SAMIN (T.),

« *Taux effectif global* » in « *Droit commun des techniques de crédit* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars-avril 2011, pp. 54-55.

D'AMARZTT (D.),

« *Loi française de séparation : c'est en étant pionnier qu'un pays peut donner le "la"* », *Revue banque*, n° 761, Dossier « *Séparation des activités bancaires* », juin 2013, pp. 24-26.

DAR (H. A.) & PRESLEY (J. R.),

« *Lack of profit loss sharing in Islamic banking: management and control imbalances*», *International journal of Islamic financial services,* vol. 2, n° 2, July – Sept. 2000, pp. 3-18.

DE BALANDA (J.- B.) & BOURABIAT (F.),

« *Fiducie et finance islamique », Droit & patrimoine,* n° 192, Dossier « *Quel avenir pour la fiducie ?* », mai 2010, pp. 84-93.

DE BRESSON (A.) & D'ARMAILLE (C.),

« *Les objectifs de la Place financière de Paris* », *Revue banque*, n° 758, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique* », mars 2013, pp. 72-73.

DE COURCELLES (D.),

- « *La finance islamique est-elle aujourd'hui une chance pour l'éthique ? », in La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, pp. 19-31.
- « *Charia et institutions financières islamiques »*, in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, pp. 53-86.

DOGHRI (L.),

« *Les marchés de capitaux et leurs instruments »*, Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ére éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, pp. 188-204.

DUBOS (J.),

« *Intérêts et commissions : cours, capitalisation et paiement des intérêts »*, *J.Cl. Banque, crédit, bourse*, fasc. 511, 2000.

DU MARAIS (B.),

« *La contribution des grandes religions et éthiques à la résolution de la crise financière* », *Revue Banque,* n° 759, Dossier *« La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique* », avril 2013, pp. 74-75.

DUPICHOT (P.),

«*Fiducie et finance islamique*», *Dalloz,* 2010.

DUPRET (B.),

«*La normalisation islamique du droit positif», Journal of Legal Pluralism*, n° 42, 1998, pp. 199-220.

DURAND (F.) & HAZOUG (S.),

« *La murabaha* », *Revue de droit bancaire et financier,* n° 2, mars-avril 2013, étude 16, pp. 34-37.

EBRAHIM (M.-S.),

« *Integrating Islamic and conventional project finance»*, Proceedings of the Second Harvard University forum on Islamic finance : Islamic finance into the 21st Century Cambridge, Massachusetts, 1999, pp. 183-193.

EL-GAMAL (M.),

- «*An economic explication of the prohibition of riba in classical Islamic jurisprudence»¸ Proceedings of the Third Harvard University Forum on Islamic Finance*, Cambridge: Center for Middle Eastern Studies, Harvard University, 2000, pp. 31-44.

- « *An attempt to understand the economic wisdom (hikma) in the prohibition of riba* », in *Interest in Islamic economics - understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006.

- « *Interest and the paradox of contemporary Islamic law and finance* », *Fordham International Law Journal*, vol. 27, n° 108, 2003.

- « *The recent Azhar fatwa: its logic, and historical background* », Rice University, 2003.(http://www.ruf.rice.edu/~elgamal/files/azharfatwa.pdf:dernière consultation le 25 août 2013).

EL-HAWARY (D.), GRAIS (W.) & IQBAL (Z.),

- «*Regulating Islamic financial institutions: the nature of the regulated», World Bank policy research,* working paper WP/3227/2004, March 2004, pp. 1-48.

- «*Diversity in the regulation of Islamic financial institutions», The Quarterly Review of Economics and Finance,* vol. 46, n° 5, 2007, pp. 778-800.

EL QORCHI (M.),

« *La finance islamique est en marche -Finance & Développement* », *Fonds Monétaire International*, déc. 2005, pp. 46-49.

ERRICO (L.) & FARAHBAKSH (M.),

« *Islamic banking: issues in prudential regulations and supervision », International Monetary Fund*, working paper WP/98/30, 1998, pp. 1-32.

FAROOK (S.),

« *On corporate social responsibility of Islamic financial institutions* », *Islamic economic studies*, vol. 15, n° 1, July, 2007.

FERNANDEZ-BOLLO (E.),

« *Les banques ont tout intérêt à jouer le jeu, car la loi de séparation est équilibrée* », *Revue banque*, n° 761, Dossier « Séparation des activités bancaire», juin 2013, pp. 35-37.

FEVRY (B.),

«*Interaction de la finance islamique et de la finance conventionnelle : capacité à*

répondre aux crises financières», in *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, sous dir. C. SAINT-PROT & T. RAMBAUD, Karthala, coll. *Études géopolitiques 11*, 2012, pp. 49-61.

GABBANI (M.),

« *Islamic project finance* », Chair of ethics and financial norms, Paris I Pantheon – Sorbonne University and King Abdul Aziz University, Seminar of 1st June 2011.

GHARBI (A.-H.),

« *Les mécanismes de distribution des profits dans les banques islamiques : les alternatives équitables entre les actionnaires et les investisseurs* », *Revue de chercheur*, n° 7, Algérie, 2009-2010, pp. 169-180.

GHOUL (W.),

«*The dilemma facing Islamic finance and lessons learned from the global financial crisis», Journal of Islamic economics, banking and finance*, vol. 7, n° 1, Jan. - march 2011, pp.57-76.

GIRAUD (G.),

« *Le projet de loi de séparation bancaire français est-il suffisant ?* », *Revue banque*, n° 758, mars 2013, pp. 18-19.

GODARD (B. G.) & MARTIN (F.),

« *Les financements islamiques ou "éthiques" », Les nouvelles fiscales,* n° 1069, juin 2011.

GRAIS (W.) & KULATHUNGA (A.),

«*Capital structure and Risk in Islamic Financial Services* », in *Islamic finance: The regulatory challenge*, dir. S. ARCHER & R. ABDEL KARIM eds, John WILEY &SONS. Singapore: Wiley Asia, 2007.

GRANGEREAU (P.) & HAROUN (M.),

« *Financements de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », *Banque & Droit*, n° 97, sept. - oct. 2004, pp. 52-61.

GUILLOT (J.-L.) & BERARD (P.-Y.),

« *Les critères extra-financiers de sélection des actifs des OPCVM : AMF, position n° 2007-19* », *Revue Banque*, n°759, avril 2013, pp. 85-88.

GUILLOT (J.-L.) & BOCCARA (M.),

« *Jurisprudence bancaire : cession de créance à titre de garantie / Cour de cassation, ch. Com. 19 décembre 2006* », *Revue Banque*, n° 689, mars 2007, pp. 75-77.

GURULKAN (H.),

« *Islamic securitization : a legal approach* », *Çektir & Başarı Law Firm*, Istanbul, Oct. 2010.

HAMRA-KROUHA (M.),

« *Aspects juridiques des investissements islamiques et intérêts patrimoniaux* », *Gazette du Palais*, n° 352, 18 déc. 2007.

HAMZA (H.) & SAADAOUI (Z.),

«*Investment deposits, risk-taking and capital decisions in Islamic banks*», *8th International conference on Islamic economics and finance*, Studies in Economics and Finance, vol. 30, issue 3, 2013, pp. 244 – 265.

HANIF (M.),

« *Differences and similarities in Islamic and conventional banking* », *International journal of business and social science,* vol. 2, n° 2, Feb. 2011, pp. 166-175.

HARON (S.),

«*A comparative study of Islamic banking practices», J. KAU: Islamic Economies*, vol. 10, Malaysia, 1998, pp. 23-50.

HARZI (A.),

«*Les banques islamiques à l'heure des exigences règlementaires*», First conference on risk management in Islamic finance, organisée conjointement par l'Université Paris Dauphine et ARROW Financial Consulting, Paris, jan. 2010.

HASSOUNE (A.),

- « *La Finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation : la finance islamique globale connaît une croissance vertigineuse mais fragmentée* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie-une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure Finance, Paris, 2008, pp. 87-126.

- «*Risk issues at Islamic Financial Institutions*», *Moody's global credit research*, Jan. 2008.

- « *La solvabilité des banques islamiques: forces et faiblesses* », *Revue d'économie financière,* vol. 72, n° 3, 2003, pp. 277-297.

- Entretien sur «*Les chiffres clés de la finance islamique*», *Journal des sociétés,* Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, pp. 61 -64.

HEGAZY (W.),

« *Islamic liability (Damān) as practiced by Islamic financial institutions* », *Wisconsin International Law Journal*, vol. 25, n° 4, pp. 791-829.

HOBEIKA (S.),

« *Finance islamique et ISR : convergence possible?* », Centre de recherche ISR de Novethic, sous dir. d'A.-C. HUSSON-TRAORE, Paris, mai 2009, pp. 1-24.

HOLDEN (K.),

« Islamic finance: « legal hypocrisy » moot point, problematic future bigger concern », *Boston university international law journal,* vol. 25, 2007, pp. 341-368.

HIDEUR (N.),

« *Le mode de financement salam : entre les exigences shari'a et les contraintes opérationnelles* », Séminaire annuel du Coffis en association avec al-Baraka, 2e éd., Paris, 2010.

JAHEL (S.),

- « *L'adéquation du droit musulman classique aux procédés de financement et de garantie* », *RTD com.*, 1985.
- **«** *Droit des affaires et religions* », *Revue internationale de droit comparé,* vol. 53, n° 4, oct. – déc. 2001, pp. 879-910.

JOBST (A. A.),

«*The economics of Islamic finance and securitization*», *International Monetary Fund (IMF)*, working paper WP/07/117, August 2007, pp. 1-35.

JOHANSEN (B.),

« *Le contrat Salam. Droit et formation du capital dans l'Empire abbasside (XIe- XIIe siècle)* », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, n° 4, EHESS, 2006, pp. 863-899.

JOLYS (M.-C.),

« *Bâle III : les impacts à anticiper* », *KPMG S.A.*, Paris, mars 2011

(http://www.kpmg.com/FR/fr/IssuesAndInsights/ArticlesPublications/Documents/Bale_III_impacts_a_anticiper_mars2011.pdf).

JOSHI (V.),

« *Islamic finance - understanding an impending financial phenomenon », International journal of management and strategy (IJMS)*, vol. 3, issue 4, Jan. - June 2012, pp. 1-14.

JOUINI (E.) & PASTRE (O.),

« *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris : dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros*», Rapp. remis à Paris Europlace, 8 déc. 2008, pp. 1-35.

KAHF (M.),

«*Outlines of a brief framework of tawarruq (cash procurement) and securitization in Shariah and Islamic banking»*, *working paper for the Seminar of AAOIFI*, 15 Feb. 2004, Bahrain, pp. 1-6.

KALEEM (A.) &AHMAD (S.),

« *Banker's perception towards bai salam method for agricultural financing in Pakistan», Journal of financial services marketing,* n° 15, Dec. 2010, pp. 215-227

KAMALI (M.H.),

- «*Uncertainty and risk-taking (Gharar) in Islamic Law»*, *International Islamic University Malaysia (IIUM) Law Journal*, vol.7, n° 2, June 1999, pp. 199-216.
- « *Islamic commercial law, an analysis of options* », *The American Journal of Islamic Social Sciences*, vol. 14, n° 3, 1997, pp. 17- 37**.**

KAYED (R. N.) & HASSAN (M. K.),

« *The global financial crisis and Islamic finance* », *Thunderbird International Business Review,* vol. 53, n° 5, Sept. - Oct. 2011, pp. 551- 564.

KEENAN (R.),

« *Islamic project finance: structures and challenges* », *Project finance NewsWire*,

Chadbourne & Parke LLP, Feb. 2010, Dubai.

KHALDI (K.),

« *Islamic financial intermediation: equity, efficiency and risk* », *International research journal of finance and economics*, n° 65, 2011, pp. 148-150

KHALIL (E. H.),

« *An overview of the Sharia'a prohibition of riba* », in *Interest in Islamic economics - understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, pp. 53-67.

KHALIL (E. H.) & THOMAS (A.),

«*The modern debate over riba in Egypt*», in *Interest in Islamic economics – understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., London & New York, 2006, pp. 68-94.

KHAN (M .),

«*The challenges for Islamic banking*», in *Anthology of Islamic banking*, London: Institute of Islamic Banking and Insurance, 2000, pp. 627-630.

KHAN (M.A.)

«*Accounting Issues and concepts in Islamic Banking*», in « *Development of an Accounting System for Islamic Banks* », London: Institute for Islamic Banking and Insurance, 1994.

KHAN (S. R.)

« *An Economic Analysis of a PLS model for the financial sector*», *Pakistan Journal of Applied Economics*, vol. 3, no. 2, 1984, pp. 89-106.

KHAN (T.) & AHMED (H.),

« *La gestion des risques : analyse de certains aspects liés à l'industrie de la finance*

islamique», Banque islamique de développement, Document occasionnel n° 5, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 2002, pp. 1-201.

KHAN (W. M.),

«*Towards an interest-free Islamic economic system – a theoretical analysis of prohibiting debt financing*», *Islamic economic series,* vol. 11, United Kingdom, 1985.

KHOUILDI (A.),

« *Les points de convergence entre certaines dispositions du Code civil français et les principes de la finance islamique* », Séminaire du Coffis, Paris, 6 févr. 2012, pp. 1-56.

LADIN (M. A.),

« *The principles of compensation and penalty charges in dealing with loan default in Islamic finance* », *International Shariah Scholars Dialogue 2006*, Bank Negara Malaysia, 2008, pp. 120-122.

LAGARDE (C.),

« *La France est prête à accueillir la finance islamique* », *SALAMNEWS*, Dossier Focus : spécial finance islamique, n° 5, jan. – févr. 2009.

LAHSASNA (A.) & SZE LIN (L.),

« *Issues in Islamic capital markets : Islamic bond/sukuk», 3rd International Conference on Business and Economic Research* (*3rd ICBER 2012*) *Proceeding*, Indonesia, 12-13 March 2012, pp. 496-497.

LAMBAK (S.),

«*Shariah juristical effect of gharar in predetermining takaful contribution*», *International Journal of Education and Research,* vol. 1, n° 2, Feb. 2013, pp. 1-12.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.),

- « *Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier ?* », *Banque et Droit,* n° 100, mars-avril 2005, pp.11-19.

- «*Le prêt usuraire* », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 31, oct. 2008, pp. 98-102.

- « *La finance islamique : une finance douteuse ?* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 5, étude 32, sept. 2009.

- « *La finance islamique : une finance douteuse ?* », *Les cahiers de la finance islamique*, n° 2, École de Management Strasbourg, 2010, pp. 12-20.

- «*Les réactions au problème « too big to fail » : le renforcement des règles prudentielles en droit français», Revue Lamy Droit des Affaires*, n° 61, 2011, pp. 109-113.

- « *Les principes de la finance islamique : présentation et illustration* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, étude 13, mars-avril 2011, pp. 24-26.

LASSERRE-CAPDEVILLE (J.) & HAZOUG (S.),

«*Le compte de dépôt et la finance islamique*», *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, étude 33, nov. 2011.

LEDUC (F.),

« *Régime de la réparation – modalités de la réparation – règles communes aux responsabilités contractuelle et délictuelle – principes fondamentaux* », *J.Cl. Responsabilité civile et assurances,* fasc. 201, 2006.

LE FUR (A.-V.),

« *Faut-il modifier la législation sur l'usure ?* », *Droit Bancaire et Financier,* in *Mélanges AEDBF-France IV*, sous dir. J.-J. DIAGRE, *Revue Banque édition*, 2004, pp. 181-206.

LEGEAIS (D.),

- « *Crédit-bail : Critère de qualification de la clause pénale* », *RTD Com.* 2008.
- « *Les nouvelles obligations du banquier* », *Revue de droit bancaire et financier,* Dossier 29, sept. 2012, pp. 73-76.

M'rad (M.A.),

«*Les risques de marché en finance islamique»*, *Bridgers one*, Paris, jan. 2010, pp. 1-52.

MAAZOUZ (J.),

« *Finance islamique en France : entre résistance idéologique et défaut méthodologique», Revue banque,* n° 759, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique »,* avril 2013, pp. 72-73.

MADIGNIER (A.-M.),

« *Nature juridique des prêts participatifs* », *in Prêts participatifs et prêts subordonnés : un nouveau mode de financement*, sous dir. J.-J. CAUSSAIN et B. MERCADAl, Feduci, 1983.

MANGA (A.),

« *La pérennité du secret bancaire»*, *JCP G* n° 50, II 10195, 10 déc. 2003.

MARTIN-SISTERON (H.),

- « *Le montage de financement par projet charia compliant », Journal des sociétés*, Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, pp. 17-25.
- « *Adapting the demands of the Islamic moral order to project finance: prospects for French law in connection with an istisna'a - ijara (construction financing and lease-to-own) structure*», Chair of ethics and financial norms, Paris I Pantheon – Sorbonne University and King Abdul Aziz University, Seminar of 1st June 2011, pp. 1-59.

- « *OPCVM islamique, un mode de financement innovant pour les infrastructures ?*», *Revue banque*, n° 758, Dossier « *ISR : va-t-il devenir la norme ?* », mars 2013, pp. 69-71.

- « *Financements éthiques »*, *Revue Lamy droit du financement,* 2013.

MASMOUDI (F.) & BELABED (T.),

« *La finance islamique dans le contexte de la crise financière : opportunités et défis* », Capmena, mars 2010, pp. 1-7.

MATHEY (N.),

« *La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire* », *Revue de droit bancaire et financier,* n° 2, dossier 13, mars-avril 2012, pp. 81-85

MAZEAUD (D.),

« *Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée* », *Dalloz* 1992.

MIGNOT (M.),

« *Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et de sa caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir de contracter ?* », in *Le crédit : aspects juridiques et économiques,* sous dir. J. LASSERRE-CAPDEVILLE et M. STORCK, Colloque à l'Université de Strasbourg, 14-15 et 16 sept. 2011, vol. 1, *Dalloz*, Paris, 2012.

MOJUYE (J.-B.),

« *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures…) en France et aux États-Unis », Revue internationale de droit comparé*, vol. 58, n° 3, 2006, pp. 1015-1019.

MOULIN (J.-M.),

- « *La finance islamique : nouveau paradigme de la finance française* ? », in *Défis actuels du droit financier – pratique des affaires*, sous dir. A. COURET, Centre Sorbonne Finance, Joly éd. – Lextenso éd., 2010, pp. 487-510.

- «*Principes et moyens de la finance islamique*», *Journal des sociétés,* Dossier La Finance islamique, n° 77, juin 2010, pp. 11-16.

MUHI AL-DIN AHMAD (A.),

« *Les opinions islamiques de moudaraba "Fatwa al-moudaraba*" », Recueil des *fatwas* économiques, n° 3, Groupe de Dallah al-Baraka, 1996, pp. 48-49.

MZID (W.),

« *La finance islamique: principes fondamentaux et apports essentiels dans le financement de la croissance et du développement* », Emerging new economic policy makers in the Arab Mediterranean: Economic Agendas of Islamic actors, *The Papers IEMed.* coll., n° 13, European Institute of the Mediterranean (IEMed.), oct. 2012.

NAMMOUR (F.),

« *Activité bancaire islamique : l'expérience libanaise* », *Revue juridique de l'USEK*, n° 9, 2008, pp. 5-26.

NASR (S.),

«*Islamic finance in the Arab World : challenges and prospects», Cambridge Business & Economics Conference (CBEC)*, United Kingdom, 27-29 June 2011, pp. 1-28.

NASSER (H.),

- «*Quels types de risques crédit spécifiques à la finance islamique?»*, First conference on risk management in Islamic finance, organisée conjointement par Université Paris Dauphine et ARROW Financial Consulting, Jan. 2010, Paris, pp. 1-35.

- « *Gestion des risques spécifiques en finance islamique : expérience de la banque AlBaraka d'Algérie »*, Séminaire international sur les services financiers et la gestion des risques dans les banques islamiques, Université Frehat Abbas-Sétif-Algérie, avril 2010, pp. 1-89.

NOMANI (F.),

« *The problem of interest and Islamic banking in a comparative perspective: the case of Egypt, Iran and Pakistan* », *Review of Middle East economics and finance,* vol. 1, issue 1, 2003, pp. 37-70.

NOR (M.), ABDULLAH (A.), ALI (A.) & ZAKARIA (M.),

« *Historical development of Islamic institutions: A case of Malaysian government* », *African Journal of Business Management*, vol. 6 (8), 29 Feb. 2012, pp. 2766-2772.

NORMAND (J.),

« *Le pouvoir de fixer d'office le point de départ des intérêts légaux. Son étendue et ses conditions d'exercice* », *RTD Civ*., 1991.

NOURI (M.),

« *Le besoin de la conformité en France : spécificités et perspectives* », Coffis, 5 juin 2009.

ORHAN ÅSTRÖM (Z. H.),

« *Enhancing the structure of Islamic banking by lessening the asymmetric information pertaining to profit and loss sharing instruments* », *8th International conference on Islamic economics and finance - sustainable growth and inclusive economic development from an Islamic perspective*, Doha-Qatar, 19-21. Dec. 2011.

PARLEANI (G.),

« *Regards pragmatiques sur la finance islamique* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, dossier 12, mars-avril 2012, pp. 76-81.

PARKER (M.),

« *Protecting confidentiality in Islamic financial contracts and structures* », *Arab news*, 28 August 2011.

QUIEVY (J.-F.),

« *Prêt participatif* », *Rép. soc. Dalloz*, mars 2011.

RAMBAUD (T.),

« *La réception des mécanismes financiers islamiques en France* », in *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine,* sous dir. C. SAINT-PROT & T. RAMBAUD, Karthala, coll. *Études géopolitiques 11*, 2012, pp. 97-109.

RAZALI (S.),

« *Revisiting the principles of gharar (uncertainty) in Islamic banking financing instruments with special reference to Bay Al-Inah and Bay Al-Dayn towards a new modified model* », 6th International Islamic finance conference, Kuala Lumpur, Oct. 2008.

RIASSETTO (I.),

- « *Le « faith-based », un concept en droit des affaires », in Les concepts émergents en droit des affaires,* sous dir. E. LE DOLLEY, *LGDJ-Lextenso*, 2010*,* n° 27 et s.
- « *Les fonds islamiques* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, étude 18, mars-avril 2011, pp. 43-48.
- « *Le contenu du guide de bonnes pratiques des fonds d'investissement islamiques de l'association luxembourgeoise des fonds d'investissement (alfi)* », *Les cahiers de finance islamique*, n° 4, Ecole de Management Strasbourg, 2013, pp. 89-106.
- « *Finance alternative : quels fonds d'investissement pour quelles aspirations ?* », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 3, étude 28, mai 2013.

ROCHDAHOU (O.),

- « *La réception de la finance islamique en France», Revue banque,* n° 758, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique »,* mars 2013.

- « *La réception de la finance islamique en France», Revue banque,* n° 759, Dossier « *La réception de la finance islamique en France : face à la crise, une réponse éthique »,* avril 2013.

RUIMY (M.),

« *Finance islamique : propos sur la demande en dehors des terres d'Islam* », in *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine,* sous dir. C. SAINT-PROT & T. RAMBAUD, Karthala, coll. *Etudes géopolitiques 11*, 2012, pp. 75-95.

SAADALLAH (R.),

- « *Le financement islamique : concept et principes généraux »,* Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème « *Introduction aux techniques islamiques de financement* », actes de séminaire n° 37, 1ère éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, pp. 14-32.

- «*Finance islamique et développement*», *Les cahiers de la finance islamique*, n°3, École de Management Strasbourg, 2011, pp. 4-11.

SAINT-MARC (G.),

- « *Finance Islamique et droit français », Gide Loyrette Nouel (AARPI)*, Tables rondes organisées par la Commission des Finances du Sénat, 14 mai 2008, pp. 1-27.

- « *La finance islamique : un enjeu pour la France* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, pp. 291-305.

- « *La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française ?* », *Bulletin Joly Bourse*, n° 2, 1er avril 2009.

- «*Paris, le nouveau centre de la Finance islamique en Europe*», Conférence à l'Université de Lyon, 20 nov. 2009.

SAINT-PROT (G.),

« *La finance islamique, un système pertinent pour un monde en crise* », in *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine*, sous dir. C. SAINT-PROT & T. RAMBAUD, Karthala, coll. *Études géopolitiques 11*, 2012, pp. 13-26.

SALEH (N.),

«*Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law: riba, gharar and Islamic banking*», Cambridge University Press, 118 pp., 1986, rév. par S.M. HASANUZZAMAM, *JKAU: Islamic Econ.,* vol. 3, 1991, pp. 115-124.

SAMUELIAN (M.),

- « *Les fonds islamiques »*, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, étude 18, mars-avril 2011, pp. 43-48.
- « *L'agrément des banques islamiques en question* », Dossier « *Pays arabes - Europe : quelles stratégies pour les banques ?* », *Revue Banque*, n° 737 bis, juin 2011, pp. 27-28.

SARKER (M.A.),

« *Islamic business contracts, agency problem and the theory of the Islamic firm* », *International journal of Islamic financial services*, vol. 1, n° 2, July-Sept. 1999, pp. 1-15.

SCHAEFFER (E.),

«*La prohibition de l'intérêt (riba) en droit coranique et le financement d'une économie moderne», Revue juridique et politique indépendante et coopération*, 1984, pp. 651-679.

SERHAL (C.),

« *La structuration de produits Chari'a compatibles* », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, sous dir. J.-P. LARAMEE, Secure finance, Paris, 2008, pp. 200-229.

SERHAL (C.) & CEKICI (I.),

«*L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique*», *Banque & droit*, n° 126, juill.-août 2009.

SHAHARI (M.-f.),

«*Shariah –compliant derivatives: issues and challenges»,* BNP Paribas Najmah, Bahreïn, 18 oct. 2011.

SIDDIQI (M. N.),

- «*Riba, bank interest and the rationale of its prohibition*», 1st ed., *Islamic Development Bank*, Saudi Arabia, 2004, pp. 45-48.
- «*Islamic banking and finance in theory and practice: a survey of State of the art»*, *Islamic Economic Studies,* vol. 13, n° 2, Feb. 2006, pp. 1-48.
- «*Economics of Tawarruq: how its mafasid overwhelm the masalih»*, a position paper to be presented at the workshop on tawarruq: a methodological issue in Sharī'a-Compliant Finance, 1st Feb. 2007, pp. 1-7.

SMITH LLP (H.) (en collaboration avec G. LUTZ et STIBBE),

« *Guide de la finance islamique »*, Paris, 2009.

SOLE (J.),

« *Introducing Islamic banks into conventional banking systems», International Monetary Fund, working paper* WP/07/175, July 2007, pp. 1-28.

SUNDARARAJAN (V.) & ERRICO (L.),

« *Islamic Financial Institutions and Products in the Global Financial System: Key Issues in Risk Management and Challenges Ahead* », *International Monetary Fund*, working paper WP/02/192, Nov. 2002, pp. 1-28.

SYED ALI (S.) & AHMAD (A.),

« *Islamic banking and finance: fundamentals and contemporary issues* », Seminar proceedings n°. 47, Islamic Development Bank, 1st ed., Saudi Arabia, 2007, pp. 15-43.

TAHIR (S.),

«*Islamic banking theory and practice: a survey and bibliography of the 1995-2005 literature*», *Journal of economic cooperation*, vol. 28, n° 1, 2007, pp. 1-72.

TANDEAU DE MARSAC (S.),

- « *Loi de séparation et de régulation des activités bancaires : vers le renforcement des pouvoirs des autorités de régulation*», *Revue Banque*, n°758, mars 2013, pp. 60-62.
- « *Loi de séparation et de régulation des activités bancaires : Le renforcement des pouvoirs de l'ACP* », *Revue Banque*, n°759, avril 2013, pp. 55-57.

TATA (V.),

Development of effective insolvency regimes for Islamic financial institutions, Fifth Islamic financial stability forum, Islamic financial services board (IFSB), Bahrain, 29 March 2012.

THOMAS (A.),

« *What is riba?* », in *Interest in Islamic economics - understanding riba*, dir. A. THOMAS, Routledge Islamic Studies, 1st ed., Londres & New York, 2006, pp. 124-133.

TOUJKANI (M. H.),

« *Les contrats salam et istisna »*, Séminaire organisé à la République du Niger sur le thème « *Les Sciences de la chari'a pour les économistes : les sources du fiqh, ses principes et ses théories ; le fiqh des transactions financières et des sociétés ; et son application contemporaine* », actes de séminaire n° 44, 20-29 avril 1998.

TOUMI (K.),

« *L'impact des comptes d'investissement participatifs sur le ratio prudentiel des banques islamiques* », *Les cahiers de la finance islamique*, n° 2, École de Management Strasbourg, déc. 2010, pp. 40-50.

VEDIE (H.-L.),

- « *Le religieux et la finance »,* in *L'enjeu du dialogue des civilisations : actes du forum franco-saoudien pour le dialogue des civilisations (Riyad, 6-10 mars 2009)* »*,* sous dir. J.-P. MACHELON & C. SAINT-PROT, coll. *Études géopolitiques 10*, 2010.

- « *La finance islamique : une réponse à la crise financière et à ses défis ?* », in *La finance islamique et la crise de l'économie contemporaine,* sous dir. C. SAINT-PROT & T. RAMBAUD, Karthala, coll. *Etudes géopolitiques 11*, 2012.

VIANDIER (A.),

« La mesure des potentialités juridiques », intervention au colloque organisé par la Chambre de commerce et d'industrie de Paris sur le thème *Financement, capital et pouvoir dans l'entreprise : une nouvelle chance pour la commandite?*, *JCP E*, n° 48, 29 nov. 1994.

UI HAQ (I.),

« *Economic doctrines of Islam*: *a study in the doctrines of Islam and their implications for poverty, employment and economic growth* », *The International Institute of Islamic Thought*, USA, 1996.

WAMPFLER (B.),

« *Les principes de la finance islamique* », *Bulletin d'information du mardi* (BIM), n° 30, 17 septembre 2002.

WILSON (R.),

«*Islamic finance in Europe», European University Institute for MUSMINE*, Italy, 2007.

YANAGIHASHI (H.),

« *L'évolution de la théorie de responsabilité contractuelle en droit Hanafite et en droit Malikite* », *Orient*, vol. 28, 1992, pp.147-165.

ZAHER (T. S.) & KABIR HASSAN (M.),

« *A comparative literature survey of Islamic finance and banking* », *Financial markets, institutions & instruments*, vol. 10, n° 4, Nov. 2001, pp. 155-199.

ZEIN (M. M.),

« *Comparaison des modes de financement des banques islamiques et des banques classiques* », Séminaire organisé conjointement par l'Institut Islamique de Recherches et de Formation et de la Banque al-Baraka mauritanienne islamique sur le thème *Introduction aux techniques islamiques de financement*, actes de séminaire n° 37, 1ére éd., Royaume d'Arabie Saoudite, 1996, pp. 174-186.

RAPPORTS ET RESOLUTIONS DES ORGANISMES

Académie du *Fiqh* Islamique,

- *Résolution n° 65 (3/7) concernant le contrat de fabrication (Aqd Al-Istisn'a)*, in *Résolutions et recommandations du Conseil de l'Académie du Fiqh Islamique : 1985-2000*, version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000.

- *Résolution n° 85 (2/9) concernant la vente à livrer (Salam) et ses applications modernes*, in *Résolutions et recommandations du Conseil de l'Académie du Fiqh Islamique: 1985-2000*, version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000.

- *Résolution n° 109 (3/12) concernant la pénalité de retard*, in *Résolutions et recommandations du Conseil de l'Académie du Fiqh Islamique : 1985-2000*, version française, Banque Islamique de Développement, Royaume d'Arabie Saoudite, 2000.

Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AMF),

- *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 8 «*Murabaha to the Purchase Orderer*», 2010.

- *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 9 «*Ijara*h *and Ijarah Muntahia Bittamleek*», 2010.

- *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 10 «*Salam and Parallel Salam*» 2010.

- *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 11 « *Istisna'a and Parallel Istisna'a »*, 2010.

- *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 12 "*Sharika (Musharaka) and modern corporations*", 2010.

- *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 13 «*Mudaraba*», 2010.

- *Shari'a Standards for Islamic financial institutions*, shari'a standard no. 21 «*Financial paper (shares and bonds*)», 2010.

AIDIMM & IFAAS,

Rapp. sur «*Quels marchés et quelles opportunités pour les banques de détail?*», 2011.

Association d'innovation pour le développement économique et immobilier (AIDIMM) & Islamic Finance Advisory & Assurance Services (IFAAS),

« *Quels marchés et quelles opportunités pour les banques de détail ?* », Rapport sur la finance islamique, 2011.

Autorité des Marchés Financiers (AMF),

- *Position n° 2007-19* « *Critères extra financiers de sélection de titres et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique* », 17 juill. 2007, modifiée le 9 jan. 2013.
- Rapport annuel 2012, « *Chapitre II : Les prestataires de services d'investissement et les produits d'épargne* », pp. 30-63.

Bank Negara Malaysia,

- *Islamic finance*, Banking info, House financing-I, 1Oct. 2003.

- *Shariah Resolutions in Islamic finance*, 2e ed., Oct. 2010.

Central Bank of Bahrein,

Rulebook, vol. 2 « *Islamic banks* », Principles of business, Oct. 2007.

Centre du Commerce International (ITC),

Le système bancaire islamique : guide à l'intention des petites et moyennes entreprises, Genève, 2009.

Commission des Finances,

Rapport d'Information Sénat sur la finance islamique sur « *Première table ronde – L'intégration de la finance islamique dans le système financier global : quels enjeux pour la France ?* », session ordinaire de 2007-2008.

Conseil d'analyse économique,

« *La crise des subprimes* », Rapport préparé par P. ARTUS, J.-P. BETBEZE, C. DE BOISSIEU & G. CAPELLE-BLANCARD, La Documentation française, coll. *Les Rapports du Conseil d'analyse économique*, Paris, 2008.

Council of the Islamic Fiqh Academy,

- *Resolution n° 13 (1/3) concerning questions submitted by the Islamic Development Bank (IDB)*, in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Jeddah, Saudi Arabia, 2000.

- *Resolution n. 40-41 (2/5 & 3/5) concerning discharging of promise and murabaha for the orderer of purchase, in* « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Jeddah, Saudi Arabia, 2000.

- *Resolution n. 63/1/7 concerning financial markets,* in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Jeddah, Saudi Arabia.

- *Resolution n. 65/3/7 on 'Aqd istisna'a (manufacture contracts)*, in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Jeddah, Saudi Arabia.

- *Resolution n. 74/5/8 concerning Shari'a applications for the establishment of the Islamic market,* in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Jeddah, Saudi Arabia.

- *Resolution n. 85/2/9 concerning 'As-Salam (forward sale with immediate payment) and its modern applications,* in « *Resolutions and recommendations of*

the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000 », 1st ed., Jeddah, Saudi Arabia.

- *Resolution no. 109 (3/12) on « Penalty Provision »*, in « *Resolutions and recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000* », 1st ed., Jeddah, Saudi Arabia.

Deloitte Conseil,

« *Bâle III et la gestion de la liquidité : nouveaux éclairages sur la mise en œuvre* », Neuilly-sur-Seine, avril 2013, pp. 17.

Direction générale des finances publiques,

- *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 « Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale (CET), régime applicable aux opérations de murabaha »,* Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S1/10 - (BOI-DJC-FIN-10-20120912).

- *Instructions fiscales du 23 juill. 2010* « *Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, régime applicable aux opérations d'ijara »*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S3/10 - (BOI-DJC-FIN-30-20120912)

- *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 « Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, régime applicable aux opérations d'istisna »*, Bulletin Officiel des Impôts n° 78 du 24 août 2010, 4FE/S4/10 - (BOI-DJC-FIN-40-20120912).

- *Instructions fiscales du 23 juill. 2010 « Impôt sur le revenu (IR), impôt sur les sociétés (IS), taxe sur la valeur ajoutée (TVA), droits d'enregistrement, contribution économique territoriale, régime applicable aux sukuk d'investissement »* - (BOI-DJC-FIN-40-20120912).

European Central Bank (Eurosystem),

«*Islamic finance in Europe*», Occasional paper series n° 146, June 2013.

Groupe banques populaires,

La finance islamique, Dossier documentaire, Maroc, mars 2007.

Islamic Development Bank (IDB),

- Annual report 2007-2008.
- Annual report 2012-2013
- « *Tabung Haji as an Islamic financial institution: the mobilization of investment resources in an Islamic way and the management of Haji* », IDB Prize Winners' Lecture Series n° 4, 1st ed., Saudi Arabia, 1995.

Islamic Development Bank & Islamic *Fiqh* Academy,

Resolution n° 65, in «*Resolutions and Recommendations of the Council of the Islamic Fiqh Academy 1985-2000*», 1st ed., Saudi Arabia, 2000.

Islamic Financial Services Board (IFSB),

- *Guiding principles on shariah governance systems for institutions offering Islamic financial services*, Dec. 2009.
- *Guiding principles of risk management for institutions (other than insurance institutions) offering only Islamic financial services*, 2005.
- *Guiding Principles on Corporate Governance for Institutions Offering Only Islamic Financial Services (excluding Islamic insurance – takaful- and islamic mutual funds),* Dec. 2006.

Institut Bank – Bank Malaysia,

« *Islamic banking handbook*», Financial sector talent enrichment programme, 1st ed., 2010. (http://www.iefpedia.com/english/wp-content/uploads/2010/11/Islamic-Banking-

Handbook-FINANCIAL-SECTOR-TALENT-ENRICHMENT-PROGRAMME.pdf)

KPMG Algérie SPA,

« *Guide des banques et des établissements financiers en Algérie »,* Algérie, 2012.

Securities Commission Malaysia,

Resolutions of the Securities Commission Shariah Advisory Council, 2e ed., 2006.

State Bank of Pakistan,

Essentials and model agreements for Islamic modes of financing, 15 April 2005.

Sites Internet

- http://www.aidimm.com/glossaire/i/*ijara*-contrat_42.html
- http://www.islamicfinancetraining.com/v01_trainer.asp?showpage=trainer1
- http://www.banquezitouna.com/faq_6
- http://www.lesechos.fr/finance-marches/vernimmen/definition_contrat-a___terme.html
- http://www.blomdevelopment.com/development/subpage.aspx?pageid=10638
- http://www.nzibo.com/IB2/IFExplained.pdf.
- http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000504724
- http://www.banquefrance.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/Politique_Monetaire/l8446.pdf
- http://www.assemblee-nationale.fr/13/budget/plf2010/b1967-Tiiia17.Asp#_P3354_314065,
- http://sppe-gouv.com/pages/qui_sommes_nous.htm.
- http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000428556&dateTexte=&categorieLi en=id
- http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050.
- http://www.oic-oci.org/oicv2/states/
- http://www.atlantico.fr/decryptage/finance-islamique-est-elle-vraiment-differente-kaouther-jouaber-snoussi-392912.html
- http://ribh.weebly.com/reponses.html.
- http://www.bis.org/publ/bcbs42fr.pdf .
- http://www.bis.org/publ/bcbs96fre.pdf
- http://www.bis.org/publ/bcbs128fre.pdf.

- http://www.aaoifi.com/aaoifi/
- http://www.ifsb.org/membership.php
- http://www.aidimm.com/glossaire/s/shari-a-board-comite-de-conformite-shari-a_64.html
- http://www.finance-muslim.com/2010/12/enseignement-dettes
- http://www.legavox.fr/blog/maitre-haddad-sabine/point-depart-interets-moratoires-juge-3033.htm
- http://en.wikipedia.org/wiki/Muhammad_Taqi_Usmani
- http://www.aaoifi.com/aaoifi/TheOrganization/Overview/tabid/62/language/ar-BH/Default.aspx
- http://www.iifm.net/
- http://www.iirating.com/
- http://www.iicra.com/en/misc_pages/detail/85ae6798c0
- http://www.dmitrust.com/
- http://www.fiqhacademy.org.sa/
- http://www.sbp.org.pk/press/Essentials/Essentials%20of%20Islamic.htm
- http://www.albaraka.com/media/pdf/Research-Studies/RSIS-200706201-EN.pdf.
- http://www.ifsb.org/
- http://119.110.108.29:9117/293_254_254/Web/WebPage/Introduction-of-Securities-Commission-Malaysia-s-Shariah-Advisory-Council/Introduction-of-Securities-Commission-Malaysia-s-Shariah-Advisory-Council.html.
- http://www.iicra.com/en/misc_pages/detail/85ae6798c0
- http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes110.pdf.
- (http://ribh.files.wordpress.com/2008/01/1er-forum-francais-de-la-finance-islamique-paris-6-decembre-2007.pdf
- http://www.lexisnexis.fr/pdf/DO/BOI4fes410.pdf.

- http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=7&pg=715&ac=802.
- http://thatswhy.isdb.org/irj/go/km/docs/documents/IDBDevelopments/Internet/thatswhy/index-fr.html
- http://www.nsb.gov.eg/nsb/social/
- http://www.oic-oci.org/oicv2/home/
- http://www.albaraka.com/default.asp?action=category&id=18
- http://www.bnm.gov.my/index.php?ch=260&pg=830&ac=861
- http://www.oic-oci.org/oicv2/home/

INDEX

LES NUMEROS RENVOIENT AUX PARAGRAPHES

A

Actif tangible, 52, 330, 468, 473, 485, 492, 760, 903.
Aléa (gharar), 10, 51, 105, 204, 517, 528, 529, 531, 534, 536, 550, 555, 556, 557.

C

Commerce d'argent, 49, 462, 482, 781, 790, 791, 794, 878.
Contrats:
Ijara, 215 et s.
Istisna, 406 et s.
Moucharaka, 153 et s
Moudaraba, 95 et s.
Mourabaha : 293 et s
Salam, 368 et s.

D

Dérivés financiers, 51, 359, 402, 504, 598, 760.

E

Economie réelle, 11, 48, 467, 468, 494, 495.
Effet de levier, 291, 691, 696, 700, 785, 786.
Etats de besoin-nécessité, 538, 539, 540, 891, 893, 894.

I

Indemnisation, 1161, 1162, 1200, 1201, 1227.
Intérêt de retard, 1278, 1290, 1131, 1323, 1328 et s.
Investissement socialement responsable, 46, 117, 776, 955, 1141.

L

Lésion, 520, 521, 522, 524

N

Normes prudentielles, 636, 676, 681, 723, 726, 728, 730, 734.

O

OPCVM, 38, 112, 113, 114

P

Partenariat, 50, 131,132, 134, 136, 153, 953, 958.
Profit bancaire, 319, 332, 333, 342, 423, 459, 797, 867, 878, 895, 903.
Promesse unilatérale d'achat, 217, 242, 243, 300, 588, 1437.

R

Riba, 49, 175,176, 832, 834, 838, 843, 874, 879, 887.
Risques de propriété, 273, 274, 330.

S

Sûreté, 267, 276, 386, 389, 697, 924, 968, 981, 1029, 1040, 1142.

T

Taux d'intérêt usuraire, 49, 265, 266, 321, 334, 814, 816, 822, 838, 910, 913, 927.
Théorie d'imprévision, 434, 435, 437, 438.

V

Vente, 361, 396, 399, 403.
Vices cachés de la chose, 388, 419, 420, 587, 593, 627.

TABLES DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS……7
LISTE DES PRINCIPALES SIGLES ET ABREVIATIONS……..……..…..9
SOMMAIRE……...13
INTRODUCTION GENERALE 15
PREMIERE PARTIE 37
CONCORDANCES DE LA STRUCTURE CONTRACTUELLE DU FINANCEMENT 37
TITRE I.....41
RAPPROCHEMENT DES MODES DE FINANCEMENT 41
CHAPITRE I……..……...45
CONTRATS D'ORDRE PARTICIPATIF A REVENU ALEATOIRE……45
SECTION I 47
MOUDARABA (COMMANDITE) 47
§ I : Fonctionnement de *moudaraba*..... 49
I. Constitution de *moudaraba* 49
II. Gestion de *moudaraba* 55
III. Répartition des profits et des pertes 58
A. Quant aux profits 58
B. Quant aux pertes 59
§ II : Dissolution de *moudaraba*..... 60
SECTION II 63
MOUCHARAKA (JOINT VENTURE) 63
§ I : Fonctionnement de *moucharaka* 64
I. Constitution de *moucharaka*..... 65
A. Formes sociales 65
B. Conditions de validité 67
II. Gestion de *moucharaka*..... 71
III. Distribution des profits et des pertes..... 71
A. Quant aux profits 71
B. Quant aux pertes 73
§ II : Dissolution de *moucharaka* 74
CHAPITRE II……77
CONTRATS D'ORDRE COMMERCIAL A REVENU FIXE……..……..77

SECTION I 79
CONTRATS DE CREDIT 79
§ I : *Ijara* (crédit-bail) 79
I. Qualification juridique d'ijara en droit français 80
II. Validité d'*ijara* 83
A. Acquisition de l'actif 84
1. Prise de possession par le bailleur 84
2. Transfert de propriété au locataire 85
B. Objet du contrat 87
C. Paiement du loyer 88
1. Date d'exigibilité du loyer 88
2. Calcul du loyer 90
III. Exécution d'*ijara* 93
IV. Extinction d'*ijara* 96
§ II : *Mourabaha* (crédit à intérêt) 99
I. Mécanisme contractuel de *mourabaha* 100
II. Validité de *mourabaha* 103
A. Acquisition préalable du bien 103
B. Détermination du profit bancaire 105
III. Rapprochement du crédit à intérêt 106
A. Nature juridique de *mourabaha* 107
B. Rémunération de la banque 107
C. Extension de la dette 108
D. Paiement retardé 108
E. Remboursement anticipé 109
IV. Tawarruq 110
SECTION II 114
CONTRATS FUTURS 114
§ I : *Salam* (vente à livraison différée) 117
I. Règles strictes de validité 119
II. Ampleur des risques 122
III. Enjeux de *Salam* parallèle 124
A. Divergences doctrinales 125
B. Vente de la chose avant sa réception 128
§ II: *Istisna* (vente d'immeuble à construire) 130
I. Caractéristiques d'*istisna* 132

II. Extinction du contrat 137
A. Force obligatoire du contrat 138
B. Imprévision dans l'*istisna* 139
C. Pénalité de retard 140
CONCLUSION DU TITRE I 142
TITRE II 145
RESSEMBLANCES D'INGENIERIE FINANCIERE 145
CHAPITRE I 149
INTERDICTION DE L'ENRICHISSEMENT INJUSTE 149
SECTION I 150
TANGIBILITE DE L'ACTIF FINANCE 150
§ I : Etendue du principe de tangibilité 150
I. Importance du principe de tangibilité 151
II. Fragilité du principe de tangibilité 153
§ II : Domaine d'application du principe de tangibilité 154
SECTION II 159
PROHIBITION DU GHARAR 159
§ I : Appréciation du *gharar* 160
I. Contours de la notion de *gharar* 160
A. Théorie de l'objet et du prix 161
B. Lésion 162
C. Aléa en droit français 164
II. Critères d'appréciation de *gharar* 164
A. Degré de *gharar* 165
B. Conditions du *gharar* prohibé 167
§ II : Effets du *gharar* 169
I. Encadrement de la notion de *gharar* 169
II. Remise en cause de la validité du contrat 171
CHAPITRE II 173
RATIONALISATION DE LA PRISE DES RISQUES 173
SECTION I 174
IDENTIFICATION DES RISQUES 174
§ I : Risques communs aux banques islamiques et conventionnelles 174
I. Risques financiers classiques 174
A. Risque de crédit 175

B. Risque de marché 181
C. Risque de liquidité 183
II. Risque opérationnel et juridique 184
A. Risque opérationnel 184
B. Risque juridique 185
§ II : Risques uniques aux banques islamiques 187
I. Risque de non-conformité 187
II. Risques liés aux dépôts 189
A. Risque de retrait imprévu 189
B. Risque fiduciaire 190
C. Risque commercial déplacé 190
III. Risque de concentration 192
SECTION II 193
GESTION PRUDENTIELLE DES RISQUES 193
§ I : Réglementation prudentielle française 194
I. Normes prudentielles 196
II. Contrôle des banques conventionnelles 207
§ II : Adéquation des Accords de Bâle aux banques islamiques 211
I. Normes prudentielles de l'IFSB 213
II. Contrôle des banques islamiques 218
CONCLUSION DU TITRE II 222
CONCLUSION DE PREMIERE PARTIE 224
DEUXIEME PARTIE 225
DIVERGENCES DANS LE PROCESSUS CONTRACTUEL DU FINANCEMENT 225
TITRE I 229
CONCRETISATION DU PROFIT 229
CHAPITRE I 232
DETERMINATION DU TAUX DE LA REMUNERATION 232
SECTION I 233
MONTAGES DE RECHERCHE DE RENTABILITE 233
§ I : Esprit entrepreneurial de la banque islamique 234
§ II : Financement conventionnel par crédit à intérêt 236
I. Choix du type de taux d'intérêt 236
A. Taux fixe 237

B. Taux variable 237
C. Taux effectif global (TEG) 238
II. Obligation de mention écrite du taux d'intérêt 239
SECTION II 241
ENCADREMENT DE L'APPLICATION DU TAUX D'INTÉRET 241
§ I : Prohibition de l'intérêt en droit islamique 241
I. Fondements de la prohibition du *riba* 242
A. Notion de *riba* 242
B. Sources scripturaires 245
1. Textes Coraniques 245
2. Récits Prophétiques 247
II. Contournement de la prohibition du *riba* 248
A. Interprétation du concept de *riba* 248
1. Intérêt et *riba* 248
2. Profit et intérêt/*riba* 251
B. Universalité de la prohibition du *riba* 253
§ II : Plafonnement du taux d'intérêt en droit français 259
I. Interdiction de l'usure 259
A. Prêt conventionnel 260
B. Taux d'intérêt consenti 262
II. Répression de l'usure 264
A. Éléments constitutifs du délit d'usure 264
1. L'élément matériel 264
2. L'élément moral 265
B. Sanctions du taux usuraire 265
CHAPITRE II 268
DETERMINATION DU RATIO DE PARTAGE DES PROFITS 268
SECTION I 269
AMPLEUR DE L'APPROCHE PARTICIPATIVE ISLAMIQUE 269
§ I : Fondements du principe de partage des profits 269
§ II : Aspects pratiques du partenariat islamique 270
SECTION II 273
LIMITATION DE L'APPROCHE PARTICIPATIVE FRANÇAISE 273
§ I : Similitude nuancée avec le prêt participatif 273
§ II : Particularisme de prêt participatif français 275
CONCLUSION DU TITRE I 279

TITRE II **281**

MISE EN ŒUVRE DU CONTRAT DE FINANCEMENT **281**

CHAPITRE I……..…….285

DROITS ET OBLIGATIONS DES CONTRACTANTS……..…….285

SECTION I 287

DROITS ET OBLIGATIONS DU FOURNISSEUR DE FINANCEMENT 287

§ I : Droits du fournisseur de financement 287

I. Qualification juridique de l'intermédiation financière 288

II. Octroi de sûretés 289

A. Financement en fonds propres 290

B. Financement par dette 291

§ II : Obligations du fournisseur de financement 292

I. Obligations générales communes 292

A. Obligation de confidentialité et de secret professionnel 293

B. Obligations liées à l'information 296

1. Obligation de renseigner son client 296

2. Devoir de conseil 299

3. Devoir de mise en garde 300

C. Obligations liées à la prudence 303

1. Devoir de vigilance 303

2. Obligation de se renseigner 304

II. Obligations spécifiques au fournisseur de financement islamique 304

A. Garantie des vices cachés 305

B. Immixtion dans les affaires du client 305

SECTION II 309

DROITS ET OBLIGATIONS DU BÉNÉFICIAIRE DE FINANCEMENT 309

§ I : Droits du bénéficiaire 309

§ II : Obligations du bénéficiaire 312

I. Obligations communes 312

II. Obligations avec différences nuancées 313

A. Obligation de remboursement 313

B. Obligation de consentir une sûreté 319

CHAPITRE II……...322

DEFAILLANCE DES CONTRACTANTS……322

SECTION I 323

PORTEE DE LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE 323
§ I : Fondements de la responsabilité 324
§ II : Application des principes de responsabilité 326
I. Contrats de fiducie 327
A. Contrat de *moudaraba* 328
1. Présomption d'innocence 328
2. Respect du contrat 329
3. Respect de la coutume 330
4. Garantie d'un rendement 332
B. Contrat de moucharaka 333
II. Contrats de responsabilité 334
A. Contrat de mourabaha pour le donneur d'ordre 335
1. Risque de garantie des vices cachés 335
2. Risque de perte 336
B. Contrat d'*ijara* 337
SECTION II 339
IMPOSITION DE SANCTION PECUNIAIRE 339
§ I : Autorisation de la pénalité de retard 339
I. Clause pénale 340
A. Nature triple de la clause pénale 341
1. Aspect contractuel 341
2. Aspects indemnitaire et comminatoire 342
B. Mise en œuvre de la clause pénale 344
1. Faute du débiteur et sa mise en demeure 344
2. Pouvoir judiciaire de révision ou de suppression de la clause pénale 345
II. Intérêts moratoires 349
A. Taux des intérêts moratoires 349
B. Mise en œuvre des intérêts moratoires 350
1. Conditions d'octroi 350
a. Présomption du préjudice du créancier 350
b. Mise en demeure 351
2. Point de départ et capitalisation 352
a. Point de départ 352
b. Capitalisation 354
§ II : Controverses doctrinales islamiques 355
I. Concept de pénalité de retard 356

II. Enjeux de l'imposition de pénalité de retard 358
A. Prohibition absolue de la pénalité de retard 358
B. Perception conditionnée de la pénalité de retard 359
1. Condamnation du débiteur 360
2. Orientation de la pénalité à des œuvres de bienfaisance 362
3. Nature du contrat de financement 362
a. Contrat d'*ijara* 362
b. Contrat de *mourabaha* 363
c. Autres contrats de financement 367
4. Solvabilité du débiteur défaillant 369
5. Résolutions de Conseils consultatifs de charia 370
a. Conseil consultatif de charia de SC 371
b. Conseil consultatif de charia de BNM 373
CONCLUSION DU TITRE II 375
CONCLUSION DE DEUXIEME PARTIE 377
CONCLUSION GENERALE 379
BIBLIOGRAPHIE 395
INDEX 447
TABLES DES MATIÈRES 451

Vu et permis d'imprimer
Montpellier, le

Le Président de l'Université Montpellier I
Philippe AUGE

RÉSUMÉ

Le contrat de financement islamique à la lumière du droit français

La récente crise financière a mis en relief les failles d'un système financier international basé sur des opérations à haut degré de spéculation et une déconnexion entre l'économie réelle et l'économie financière. Elle a ainsi marqué l'avènement d'une ère nouvelle pour une finance éthique islamique. Visant principalement le bien-être de la société et le développement économique, la finance islamique consacre des principes de solidarité et de justice sociale. A ces fins, elle exige la licéité des secteurs de l'investissement, prohibe toute forme d'intérêt et d'incertitude excessive, favorise le partage des profits et des pertes entre les contractants et met aussi l'accent sur l'exigence de la tangibilité de l'actif financé. Sur la base de ces principes, elle adopte des montages contractuels de financement compatibles avec la *charia*, comme la *moudaraba, moucharaka*, *ijara*, *mourabaha*, etc. Toutefois, les piliers fondamentaux de cette finance ne lui sont pas proprement exclusifs.

L'esprit général du droit français partage avec la finance islamique quelques principes et permet également de mettre en place des contrats de financement qui trouvent leurs correspondants dans la finance islamique. Ainsi, sans contredire la laïcité du droit français, la France peut ambitionner de devenir le « leader européen » de la finance islamique. Cette ambition se manifeste par un soutien fort de la part des autorités et par des aménagements dans son cadre juridique et fiscal. Notre étude démontre qu'il existe une concordance conceptuelle entre la finance islamique et la finance conventionnelle mais que leur mise en œuvre emprunte des voies différentes. L'accueil et la promotion de la finance islamique en France ne semblent pas impossibles mais peuvent évidemment se heurter à des obstacles en droit français et à des faiblesses en finance islamique. Certaines réformes sont souhaitables tant au niveau du droit français qu'au niveau de la finance islamique pour pouvoir s'adapter plus harmonieusement et améliorer le financement de l'économie mondiale.

ABSTRACT

The Islamic financing agreement in the light of the French law

The recent financial crisis has highlighted the fragilities of an international financial system based on operations with high-level of speculation and disconnect between the real and financial economy. It has then marked the approach of a new era of an ethical Islamic finance. Aiming primarily at the well-being of society and the economic development, Islamic finance embodies the principles of solidarity and social justice. For these purposes, it requires investing in the permissible sectors; prohibits any form of interest and excessive uncertainty; promotes the sharing of profit and loss between contracting parties and focuses on the tangibility of the financed assets. Based on these principles, it adopts *sharia* compliant financial mechanisms such as *moudaraba*, *mousharaka*, *ijara*, *mourabaha*, etc. However, such fundamental pillars are not strictly exclusive to the Islamic finance.

The general spirit of the French law shares some principles with the Islamic finance and permits as well to implement financing agreements that have their correspondents therein. Thus, without prejudice to the secular nature of the French law, France can aspire to become the "European leader" of Islamic finance. This ambition is asserted through the strong support of the authorities and the amendments of its legal and fiscal framework. Our study shows that there is a conceptual similarity between Islamic finance and conventional finance but their implementation takes different paths. The introduction and the promotion of the Islamic finance in France do not seem to be impossible but may obviously face obstacles at the French level and weaknesses at the Islamic level. Some reforms are desirable in both the French law and the Islamic finance so that they can adapt more smoothly and improve the financing of the global economy.

DISCIPLINE : Droit privé

MOTS-CLÉS
Financement participatif – banque islamique - droit français - endettement – usure - spéculation - actif tangible - gestion des risques - droits et obligations des contractants - sûretés bancaires - responsabilité contractuelle - pénalité de retard.

KEYWORDS
Participatory financing - Islamic bank - French law - debt financing – usury - speculation - tangible asset - risk management – rights and obligations of contracting parties – banking guarantees – contractual liability –penalty for delay.

LABORATOIRE
Laboratoire de droit privé, Faculté de Droit, Université Montpellier I, 39 rue de l'Université, 34060 Montpellier cedex 2.