



ÉCOLE DOCTORALE N° 509

Centre de Droit et de Politique Comparés Jean-Claude ESCARRAS UMR-CNRS 7813

THÈSE : Présentée et soutenue publiquement par :

Mballo THIAM

Soutenue le : **20 décembre 2013**

Pour obtenir le grade de Docteur en Droit

Spécialité : **Droit Privé**

TITRE : *De la religion à la banque : Contribution à l'étude d'un droit bancaire islamique en France*

THÈSE dirigée par :

Madame Anne-Marie ROMANI, Maître de conférences à l'Université de Toulon

JURY

Monsieur Seydou DIOUF, Professeur à l'Université Cheikh Anta DIOP Dakar (Sénégal) –
Président du jury

Monsieur Mounir TABITE, Professeur à l'Université Hassan II Casablanca (Maroc) -
Rapporteur

Monsieur Georges CAVALIER, Maître de conférences à l'Université Jean Moulin Lyon 3 -
Rapporteur

Madame Anne-Marie ROMANI, Maître de conférences à l'Université de Toulon –Directeur
de recherche

Sommaire

SOMMAIRE	1
GLOSSAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS	8
INTRODUCTION GENERALE	10
PREMIERE PARTIE : LA BANQUE ISLAMIQUE, UN OXYMORE	27
TITRE I : ÉTUDE HISTORIQUE ET THEORIQUE DU SYSTEME ISLAMIQUE.....	32
CHAPITRE I : L'EVOLUTION DE L'INTERDICTION DE L'INTERET A TRAVERS LES DIFFERENTES RELIGIONS MONOTHEISTES	35
CHAPITRE II : LES PRINCIPES DES BANQUES ISLAMIQUES	103
TITRE II : ASSIMILATION DES BANQUES ISLAMIQUES AUX BANQUES CLASSIQUES	131
<i>Chapitre I: Les freins d'ordre idéologique</i>	<i>133</i>
CHAPITRE II) LA STRUCTURE BANCAIRE : DEFINITION DE LA BANQUE DOCTRINALE ET LEGISLATIVE.....	161
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	216
DEUXIEME PARTIE: LA BANQUE ISLAMIQUE, UN PARADOXE	220
TITRE I : L'ORGANISATION ET LA STRUCTURE DES BANQUES ISLAMIQUES....	224
CHAPITRE I : LES ORGANES DE CONTROLE INTERNE A CARACTERE RELIGIEUX	229
CHAPITRE II : LES ORGANES DE CONTROLE EXTERNE A CARACTERE ADMINISTRATIF, FINANCIER ET JURIDICTIONNEL	281
TITRE II : ÉMERGENCE D'UNE THEORIE GENERALE DU DROIT DES CONTRATS : UNE NECESSITE POUR L'INSTAURATION D'UN DROIT BANCAIRE ISLAMIQUE :	325

CHAPITRE I : DROIT DES AFFAIRES EN ISLAM : UN DROIT HETEROGENE	326
CHAPITRE II. L'INGENIERIE JURIDIQUE DES PRODUITS ISLAMIQUES	375
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	436
CONCLUSION GENERALE	438
BIBLIOGRAPHIE	443
TABLE DES MATIERES.....	488

Glossaire

Amanah, concept associant les notions de loyauté, d'honnêteté et de confiance, capital dans les rapports économiques ou financiers entre musulmans.

Bay al wafa, contrat de vente prévoyant la possibilité de rachat par le vendeur, équivalent de notre contrat de vente à réméré.

Bai mouajal, contrat par lequel une banque, ayant procédé à l'achat d'équipements, les met à la disposition de son client et les lui cède moyennant un règlement du prix par tranches.

Bancatakaful, bancassurance islamique.

Chahada, profession de la foi musulmane : « Il n'y a de vrai Dieu que Dieu, et Mahomet est son prophète », un des cinq piliers de l'islam.

Charia, loi islamique.

Chirka, contrat d'association.

Dalil, raisonnement *a contrario*.

Darura, principe permettant de s'affranchir d'une règle religieuse contraignante en cas de nécessité absolue.

Diya, « prix du sang », système coutumier d'indemnisation correspondant au *wergeld* germanique, et venu se substituer à la loi du talion.

Fahoua, raisonnement juridique *a fortiori*.

Faqih, pluriel *fouqaha*, juriste musulman, spécialiste du *fiqh*.

Fatwa, consultation demandée à un *faqih*. ou opinion résultant de cette consultation.

Fiqh, droit islamique.

Gharar, incertitude, absence de clarté (dans un texte).

Habous, catégorie de biens légués à une fondation religieuse et ayant un caractère inaliénable.

Hadith, dit, fait ou relation d'un acte du Prophète, rassemblés par ses disciples dans des recueils.

Hadj, Pèlerinage à La Mecque.

Halal, ce qui est permis par la Loi.

Haram, ce qui est interdit par la Loi.

Hawala, système basé sur la confiance réciproque et par lequel une personne transfère informellement une somme d'argent à une autre personne sans échange d'écrits et hors de tout cadre juridique, grâce à un réseau international d'intermédiaires officiels.

Hijra, ou hégire, migration de Mahomet et d'un groupe de ses compagnons, de La Mecque à Médine, en 622 de l'ère chrétienne, et marquant le point de départ de l'ère musulmane.

Hila (pluriel : *hiyal*), artifice, expédient permettant de contourner la lettre de la Loi.

Idjma, « consensus » obtenu au terme des efforts d'interprétation des textes (*idjtihad*), par les docteurs de la loi d'une époque, confrontés à une difficulté donnée.

Idjtihad, « effort », interprétation de la tradition par les spécialistes du droit, pour formuler une règle.

Ijara, contrat par lequel l'une des parties, une banque par exemple, acquiert des équipements ou des bâtiments et les loue à son client, lequel entre en possession et procède à des remboursements échelonnés tout en disposant d'une option d'achat.

Istina, contrat de vente d'un bien à construire ou à fabriquer, dont le versement du prix, au moment de la livraison, n'interviendra que si le client l'accepte.

Ikhtiyar, « choix », résultat d'un examen des solutions proposées par les anciens docteurs.

Jouhala, ignorance

Kafala, garantie.

Kitab, livre.

Khamassa, métayage au quint.

Kiyas, Sorte de raisonnements par analogie utilisés dans le cas de silence du Coran ou de la *Sunna* sur une question donnée.

Lahan, raisonnement juridique privilégiant l'approche par ellipse.

Mal, contrat d'échange de deux biens matériels.

Maslaha, intérêt général, notion servant à déterminer la licéité d'un contrat, d'une pratique, etc.

Maysir, jeu de hasard.

Mektoub, « c'est écrit », expression de la soumission du fidèle à Allah.

Microtakaful, micro-assurance islamique.

Moucharaka, contrat par lequel une personne finance un projet, l'argent fourni étant remboursé au fur et à mesure de l'avancement des travaux.

Moudaraba, sorte de « partenariat silencieux » consistant pour un prêteur (*rab el mal*) à remettre des fonds à un entrepreneur (*moudarib*) pour un projet et à lui en consentir la gestion.

Moudarib, une des parties au contrat de *moudaraba*.

Mouhtassib, agent chargé du contrôle de l'équité des transactions sur un marché, en termes de qualité, de poids et de prix.

Mourabaha, contrat de vente au prix majoré d'une marge convenue entre les parties, assimilable au crédit-bail.

Ouléma, savant dans le domaine religieux, docteur de la Loi, « personne dont on reconnaît l'autorité en matière de religion » (Y. Thoraval).

Oumma, communauté des croyants.

Orf, coutume.

Qard hassan, prêt vertueux, spécialement utilisé en microfinance, caractérisé par le fait que le prêteur s'oblige à ne pas presser l'emprunteur de rembourser en cas de retard de ce dernier, et symbole de l'esprit de fraternité inspirant les croyants.

Qirad, synonyme de *moudaraba*.

Rab el mal, personne apportant des fonds dans le cadre d'un contrat de *moudaraba*.

Rahn, contrat de gage.

Ramadan, jeûne prescrit le neuvième mois de l'année musulmane.

Retakaful, réassurance islamique.

Retrotakaful, rétrocession islamique.

Riba, intérêt financier, ou usure.

Sadaqa, aumône, versée gracieusement, ou prestation effectuée gratuitement, dans le but d'être agréable à Dieu, et se distinguant de la *zakat* par son caractère optionnel.

Salafia, tendance au retour à la religion des premiers temps.

Salam, contrat de vente d'un bien avec paiement différé.

Soukouk, ou *sukuk*, pluriel de *sak*, titres de participation, certificats d'investissement ou obligations possédant toutes les caractéristiques d'islamicité requises par la Loi.

Sourate, « ce qui est rangé », chapitre du Coran.

Sunna, « Tradition » islamique, constituée par les *hadiths* et autre source « première » du *fiqh*.

Taajir, opération par laquelle l'une des parties, généralement une banque, accorde à l'autre partie un crédit pour l'acquisition d'équipements ou de matériel.

Tabarru, donation effectuée dans un but charitable et non révocable par le donateur.

Takaful, assurance islamique de forme mutualiste.

Wakala, contrat permettant à une personne de se faire représenter pour l'accomplissement de certains actes.

Wakil, « agent », partie au contrat de *wakala*, chargée de gérer une affaire pour le compte d'une autre personne.

Waqf, contrat destiné à faire bénéficier une personne du produit d'un bien placé dans des conditions particulières.

Zakat, impôt islamique.

Liste des abréviations

ACERFI : Audit Conformité Et de Recherche en Finance islamique

ACP : Autorité de Contrôle Prudentiel

AMF : Autorité des Marchés Financiers

Art. : Article

AAOFI : *Accounting and auditing organization for islamic financial institution*

AIBI : Association internationale des banques islamiques

AIDIMM : Association internationale de développement et d'innovation immobilière

BAD : Banque Africaine de Développement

BID : Banque Islamique de Développement

CECEI : Comité des Etablissements de Crédit et des Entreprises d'Investissement

Cf : *Confer*

CMF. : Code Monétaire et Financier

DOC : Dahir des Obligations Civiles

Ed. : Édition

Ex. : Exemple

Etc. : *et caetera*

EURIBOR : *Euro Interbank Offered Rate*

FSA : *Financial Service Authority*

FMI : Fonds Monétaire International

num. : Numéro

p. : Page

PSL : Paix et Salut sur Lui

PPP : Partage des Pertes et des Profits

PUF : Presses Universitaire de France

OCI : Organisation de la Coopération islamique

OPC : Organisme de Placement Collectif

OPCVM : Organisme de Placement Collectif en Valeur Mobilière

Op. cit. : *opere citato*

IFAAS: *Islamic finance advisory and assurance services*

IFSB: *Islamic Financial Service Board*

LIBOR: London Interbank Offerd Rate

JO : Journal Officiel

JCP : Juris Classeur Périodique

Rev. D.B.F : Revue de Droit Bancaire et Financier

Rev. Banque : Revue banque

RTD. Civ. : Revue Trimestrielle de Droit Civil

RTD. Com : Revue Trimestriel de Droit Commercial

TRACFIN : Traitement du Renseignement et des Actions Contre les Circuits Financiers Clandestins

TEG : Taux Effectif Global

UCAD : Université Cheikh Anta Diop de Dakar

Introduction Générale

1. Au moment où je m'apprête à évoquer, en juriste, la question de la banque islamique, je ne peux m'empêcher de me remémorer un souvenir d'enfance. Très jeune, en attendant d'avoir l'âge requis par les autorités administratives pour m'inscrire à la formation française, je partais chaque matin à l'école coranique, où l'on nous initiait à l'Islam à la mesure de notre enfance. On nous expliquait le sens de certains versets du *Coran* en les traduisant en wolof¹, pour faciliter notre compréhension. Tous les matins en quittant la maison, comme chaque élève, je mettais dans mon petit sac conçu à cet effet, des bonbons et des morceaux de pain pour le goûter de la récréation. Mais à ce moment-là, la cour de récréation franco-arabe se transformait en un véritable *World Trade Center*, où des échanges et des trocs s'organisaient dans le désordre et les cris, dont les principaux acteurs étaient les élèves eux-mêmes. Le mot *riba* retentissait partout dans la cour de récréation, puisque à chaque fois que deux élèves s'apprêtaient à opérer une transaction de troc, l'un d'entre nous ne manquait pas de rappeler le *hadith*² du prophète que notre maître ne cessait de nous répéter et qui s'impose pour légitimer la transaction au regard de la loi musulmane : « *Du blé pour du blé à part égale et de main à main ; le surplus étant de l'usure ; de l'orge pour de l'orge à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure, des dattes pour des dattes à part égale et de main à main ; le surplus étant de l'usure. Du sel pour du sel à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. De l'argent pour de l'argent à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. De l'or pour de l'or à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure*³ ». Le respect de la prohibition découlant de ce *hadith*, et que nous devions appliquer à la lettre, constituait pour nous un obstacle à nos négociations d'enfant. Devenus adultes, nous avons bien conscience encore de cette interdiction et nous savons bien les contraintes qu'elle met sur notre chemin.

¹ La langue nationale du Sénégal, parlée par plus de 95 % de la population.

² Parole et actes du prophète Mohamed.

³ Rapporté par El Boukhari, 810-870, cité par S. Dhafer, in *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e éd. Revue banque éditions, 2011, p. 19.

Mais nous savons aussi que, pour la contourner, des mécanismes et des stratégies ont été mis en place afin de procéder à des opérations de prêt dans lesquelles le prêteur reçoit finalement plus que ce qu'il a fourni, mais sans transgresser le verset 275 *Sourate II* et le *hadith* cités précédemment, qui constituent les fondements de cette interdiction⁴. Dans ce but ont été conçus des paiements différés, ou des paiements échelonnés, permettant au débiteur de ne rembourser son créancier qu'au jour où ce dernier serait dans le besoin absolu. Ces subterfuges ou *hyales* étaient utilisés à l'insu de notre maître lorsque nous étions enfants : nous utilisions des procédés de légitimation de nos opérations, à l'image de la légitimation financière utilisée par la pratique. Si l'interdiction du *riba*⁵ nous empêchait de faire fonctionner à notre guise nos transactions extra-bancaires pendant la récréation, à plus forte raison le banquier qui exerce une fonction d'intermédiation, et qui a besoin de l'intérêt pour couvrir les risques mais aussi pour rémunérer son personnel, est disposé à utiliser tous les subterfuges. La mise en œuvre de ces techniques par des enfants en bas âge, dans un établissement coranique, était loin de nous fournir le sens exact du mot *riba* qui nous permet de comprendre avec exactitude le fonctionnement de cette banque.

2. Notre étude, fruit de cette réminiscence, s'inscrit dans cette logique afin d'aborder des éclaircissements sur la notion de *riba* et sur le fonctionnement des banques islamiques. Il apparaît que la mondialisation de la finance islamique (I) a influencé l'évolution du cadre juridique et réglementaire français en la matière (II). Ce processus repose sur le nécessaire établissement d'une articulation entre les règles qui régissent le fonctionnement des deux systèmes juridiques (III). Leur confrontation a permis de poser la fonction d'intermédiation opérée par le biais des contrats (IV).

⁴ Ceux qui bénéficient du *riba* seront élevés comme ceux qui ont été menés à la folie par le contact avec le diable ; ceci parce qu'ils disent : « Le commerce est comme le *riba* », alors que Dieu a permis le commerce et interdit le *riba*. Ainsi, ceux qui ont reçu l'admonition de leur seigneur et se désistent, peuvent avoir ce qui est déjà passé, leur cas étant du ressort de Dieu ; mais ceux qui récidivent seront les habitants de l'Enfer et y demeureront à jamais.

⁵ Littéralement excès, accroissement ou surplus. Il est traduit généralement par l'intérêt, l'absence d'équivalence ou de contrepartie venant de l'autre partie.

I) La mondialisation et le renouveau de la finance islamique

3. L'expansion fulgurante⁶ de l'industrie de la finance islamique au cours de cette dernière décennie est la conséquence de deux événements majeurs. Le premier est d'ordre politique et s'est traduit par l'indépendance de certains pays arabes⁷. La plupart de ces pays avait fait de la *charia*⁸ une source de leur droit positif, de sorte que cela marquait l'influence des règles religieuses dans leur réglementation bancaire. Cette transformation n'était pas chose facile dans ces pays nouvellement indépendants et bon nombre de ces États ont préféré maintenir le modèle classique en le faisant cohabiter avec le système islamique. Seuls trois pays⁹ ont réussi à adopter un modèle bancaire totalement conforme à la *charia*. Le second événement est d'ordre économique. Il est symbolisé, d'une part, par la hausse du prix du pétrole donnant naissance à une surliquidité importante dans les pays du Golfe, que ces derniers ont cherché à investir dans des institutions financières respectant les principes de la finance islamique. Et, d'autre part, l'attentat du 11 septembre 2001 a rendu frileux les bailleurs de fonds qui avaient précédemment choisi le modèle américain comme cadre d'investissement de leurs économies¹⁰. La crise économique de 2008 et le « printemps » des pays arabes sont venus augmenter le regain d'intérêt pour la finance islamique.

4. Dans ce contexte, toutes les puissances du monde ont essayé de trouver une solution à cette crise ou du moins de se protéger contre les turbulences économiques. Les premières

⁶ E. Brack, « Finance islamique », in *Systèmes bancaires et financiers des pays arabes : vers un modèle commun ?*, L'Harmattan, 2012, p. 75 ; Cf. Gh. Oussama, « La finance islamique : une récente histoire avec la France une longue histoire avec ses banques », *Revue d'économie financière* ; V. aussi, I. Karich, « Les préceptes de la charia », in *La finance islamique : tout est prêt !*, *Revue Échanges* juin, 2009, p. 39. Une industrie multinationale, comptant plus de 300 banques dans 45 pays à travers le monde ; 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*, Secure Finance, éd. Bruno Leprince, 2008, p. 87. ; O. Rochdahou, « La réception de la finance islamique en France », *Revue Banque*, mars 2013, n° 758, p. 67. Selon les dernières estimations de Standard & Poor's, les actifs de la finance islamique devraient atteindre les 3 000 milliards de dollars en 2015, soit un doublement des actifs depuis 2011.

⁷ Comme le Liban qui, depuis son indépendance en 1943, est devenu un modèle de développement au Moyen-Orient. Il y a aussi la Libye avec sa monnaie, tout juste après son indépendance, le 24 décembre 1951. (la livre libyenne)

⁸ La loi musulmane

⁹ Pakistan, Soudan et Iran

¹⁰ G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2^e éd. Revue Banque, 2012, p. 8.

études et rapports ont préconisé des surveillances et des contrôles plus efficaces du secteur bancaire voire financier¹¹.

L'exemple anglais est symbolique dans ce domaine, avec l'implantation de la première banque islamique en Europe, en 2004¹². En ce qui concerne les banques d'investissement et l'assurance islamique, l'Allemagne et le Luxembourg ne sont pas en reste¹³.

5. La finance islamique est loin d'être une finance récente, car elle date de l'époque du Prophète puisque des transactions fondées sur des pratiques prohibant l'intérêt étaient déjà pratiquées à Médine à cette époque¹⁴. Les premières traces d'une institution financière organisée en terre d'Islam remontent aux premiers *khoulaifa*¹⁵. Il y a plusieurs siècles, les caravaniers qui transportaient des produits entre La Mecque et le croissant fertile effectuaient des transactions financières très houleuses qui inquiétaient les *khoulaifa*, sur le plan comptable notamment, pour l'acquittement et la collecte de la *zakat*¹⁶. Pour la détermination de son montant, il était indispensable de soumettre ces opérations au contrôle des comptables¹⁷. Cela montre la très grande ancienneté des procédés. Les techniques de financement islamiques ne sont en effet pas nouvelles mais, par contre, l'implantation des banques et des institutions respectant à la fois les normes bancaires telles que prévues en France par la loi du 24 janvier 1984 et la *charia* est récente.

6. La naissance d'une banque islamique répondant à ces normes contradictoires est le fruit du travail d'un étudiant égyptien du nom d'Ahmed El Naggar¹⁸. Ce dernier avait fait ses études économiques en Allemagne et s'était inspiré du modèle allemand des caisses

¹¹ La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de la séparation et de régulation des activités bancaires n° JO, 27 juillet 2013, p. 12530 ; Th. Bonneau, « Séparation et régulation des activités bancaires commentaires des titres 1, 4, 5 et 8 de la loi du 26 juillet 2013 » : *JCP E.* 2013n 1483 ; J. L. Capdeville, « Séparation et régulation des activités bancaires, une avancée du droit », *JGP G.* n° 36, 2 septembre 2013, p. 1587.

¹² M. Ainley, « La FSA est prête à suivre les évolutions du marché », in *La finance islamique en Europe. Revue banque*, n° 696, novembre 2007, p. 34.

¹³ J. Ch. Serhal, S. Marc Gilles, « Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investissement », *Revue banque et droit*, 2006, n° 106, p. 29.

¹⁴ En Arabie saoudite

¹⁵ Pluriel de *Khalifa*, le guide ou le chef

¹⁶ *Coran* Verset 60, Sourate 9 « *Les Sadaqats ne sont destinés que pour les pauvres, les indigents, ceux qui y travaillent, ceux dont les cœurs sont à gagner (à l'Islam), l'affranchissement des jougs, ceux qui sont lourdement endettés, dans le sentier d'Allah, et pour le voyageur (en détresse). C'est un décret d'Allah ! Et Allah est Omniscient et Sage.* »

¹⁷ Cf. G.Causse-Broquet, D. Saci, « La comptabilité en pays d'Islam », in Pierre Traidmond Ed., *Finance et développement en pays d'Islam*, Edicelf, 1995, 255 pages.

¹⁸ H. Algabid, *Les banques islamiques*, Paris, Economica, 1990, p. 109.

d'épargne¹⁹ et avait transposé le système en Égypte. L'absence d'intérêt dans les prêts fut un signal fort pour la population rurale exclue du système bancaire en place en raison de ses revenus très faibles et des difficultés dues à l'application du taux d'intérêt.

7. L'accueil accordé à cette institution à ses débuts n'était cependant pas trop favorable à l'institution elle-même, car la population n'y croyait guère et certains y voyaient une tromperie voire un moyen de « bancariser » les musulmans qui refusaient de contracter avec le système classique fondé sur la pratique de l'intérêt. Mais les premiers résultats affichés quelques mois après son installation avaient au contraire attesté de sa crédibilité, aussi bien vis-à-vis des autorités que de cette tranche de la population exclue du fait de son rang social et de ses faibles revenus. Cette réussite lui a valu sa mondialisation avec l'instauration de la *Banque Islamique de Développement* (BID) qui correspond à ce que la banque mondiale est pour la finance conventionnelle. Ainsi, la création d'une banque islamique posait les limites du droit face à l'application d'une norme d'inspiration religieuse, la *Charia*. Souvent on attribue à l'Islam seul l'institution de banques n'exigeant pas d'intérêt, alors qu'il ne s'agit ni de la première religion monothéiste, ni de la seule à interdire le prêt à intérêt. De même que cela avait déjà été évoqué par Aristote, le judaïsme et le christianisme ont également adopté une position hostile au prêt à intérêt. Les Juifs ont posé une interdiction relative qui trouve sa limite dans les rapports entre Juifs et non Juifs, ce qui limite la portée de la prohibition aux relations entre deux juifs²⁰.

Chez les catholiques, saint Thomas d'Aquin condamne formellement le prêt à intérêt²¹ fondant l'interdiction sur la morale, pour éviter que le plus fort n'exploite le pauvre. Il serait intéressant de s'interroger si l'Islam est toujours fidèle à cette interdiction et, le cas échéant, quelles sont les raisons de cette fidélité. Quoi qu'il en soit, compte tenu de

¹⁹ A. Elizabeth Mayer, « Islamic Banking and credit policies in the Sadat Era » : The social Origin of Islamic Banking in Egypt, *Arab law Quaterly*, November 1985, vol. 1, n° 1, p. 32-50

²⁰ A. Toussi, *Le taux d'intérêt dans le système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 28. Deutéronome, 23 : 20, « À un étranger tu peux prêter avec usure mais à ton frère tu ne prêteras pas avec usure ». C'est la position de l'Ancien Testament alors que le Nouveau Testament ne comporte pas d'interdiction formelle de l'usure. Il est simplement recommandé de prêter sans s'attendre à recevoir quelque chose en retour.

²¹ Cf. Ch. Cardahi, « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 7, n° 3, juil.-sept. 1995, p. 499 et s. *Recevoir de l'intérêt pour l'argent prêté est en soi injuste, car c'est faire payer ce qui n'existe pas ; l'on pécherait contre la justice si, prêtant du vin ou du blé, on exigeait deux compensations, l'une à titre de restitution équivalent à la chose elle-même, l'autre pour le prix de son usage (usus) ; d'où le nom d'usure (usura)*

l'importance des enjeux, les nations occidentales sont évidemment concernées par cette question et la France n'est pas en reste. Dans ce contexte que les autorités financières françaises avaient entrepris depuis les années 2007 des études et des travaux permettant une intégration de cette industrie dans l'arsenal juridique français.

II) L'évolution du cadre général de la réglementation de la finance islamique en France

8. La France s'intéresse à la finance pour redynamiser son économie et satisfaire aussi les musulmans de France dont la plupart souhaiteraient une finance conforme à leurs convictions religieuses²². L'autorisation, depuis juin 2011, d'un compte bancaire conforme aux règles religieuses²³ sur le territoire français prouve la volonté des autorités françaises d'accueillir cette industrie. Ainsi, un rapport d'information a été réalisé en octobre 2007 par la Commission des finances du Sénat manifestant, à plusieurs reprises, la volonté des autorités de réception de cette finance islamique en France. Dans le même sens, la Commission des finances avait organisé une table ronde, le 14 mai 2008, relative aux « *Opportunités et modalités de développement de cette industrie en France* », lors de la quinzième édition du forum Paris Europlace, les 2 et 3 juillet 2008. Le ministre de l'Économie d'alors, Madame Lagarde, avait manifesté sa volonté de proposer des ajustements fiscaux et réglementaires afin de faciliter l'implantation de ces banques sans modifier les principales dispositions du code monétaire et financier²⁴ : « *Nous adapterons notre environnement juridique pour que la stabilité et l'innovation de notre place financière puissent bénéficier à la finance islamique*²⁵ ». Ces rapports ont été très vite suivis voire complétés par des textes législatifs ou réglementaires²⁶ : en ce sens, nous pouvons citer le travail exercé par l'Autorité des Marchés Public (AMF) qui a reconnu les *sukuk* comme

²² S. Hazoug, « La banque de détail islamique arrive en France », *Revue Infos Juridiques*, 2011, n° 122/123, p. 12.

²³ J. Lasserre Capdeville, S. Hazoug, « Le compte de dépôt et la finance islamique », *Revue de droit bancaire et financier*, 2011, n° 6, étude 33, p. 1.

²⁴ Rapport, E. Jouini, O. Pastré, « Les enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris », 8 décembre 2008, *Paris Europlace*, p. 22.

²⁵ Forum financier de l'association Paris Europlace, 2 juillet 2008.

²⁶ Cf. V. Bonnafos, « La réception de la finance islamique en droit français », *Annuaire Droit et Religions*, vol. 6, tome, 2, Presses universitaires d'Aix Marseille 3, 2012-2013, p. 535 et s.

étant des instruments financiers²⁷ en prévoyant les critères extra-financiers des OPVCM. Toutefois, ce n'est pas à l'AMF qu'il revient de vérifier la conformité de ce produit, d'où la nécessité d'instaurer un *charia board* en France. Il y a aussi les fiches publiées, le 23 juillet 2010, par l'administration fiscale prévoyant la neutralité du coût de certaines opérations islamiques qui donnent lieu à une double transaction, à la fois un achat et une vente, double transfert de propriété, double droit d'enregistrement. Ainsi, pour l'émetteur, la rémunération versée aux porteurs de *sukuk* est traitée fiscalement comme des intérêts déductibles des bénéfices imposables²⁸. Dans le but de limiter cette taxation qui va se répercuter sur le prix de revente du bien, la neutralité fiscale des opérations d'*ijira* et de *murabaha* ont été soumises à un régime dérogatoire. Cela montre que l'implantation de ces banques nécessite, certes, la mainmise et la coopération des autorités étatiques et financières, mais également des mécanismes permettant d'opérer des aménagements et des réformes sur les conditions d'agrément des banques islamiques et le régime juridique de leurs produits en droit français.

9. La France, qui cherche depuis bientôt cinq ans à installer une banque islamique sur son territoire national et qui a du mal à le réaliser, dispose pourtant de filiales islamiques des banques françaises, installées en Asie et dans les pays du Golfe²⁹. Ainsi, la Société Générale *Asset Management Alternatif Investment* a pu, dès 2008, collecter jusqu'à seize millions d'euros sur un certificat distribué exclusivement sur l'Île de la Réunion. Le Crédit Agricole *Asset Management* a enregistré en France la première SICAV islamique en utilisant comme indice de références le Dow Jones Islamic Market³⁰. La BNP et Cylon ont ouvert des unités

²⁷ G. Saint Marc, « La finance islamique : un enjeu pour la France », in *La finance islamique à la française*, op. cit. p. 295. La note de l'AMF sur les OPCVM islamiques avec la prise en compte des critères extra-financiers ; V. aussi AMF (2007). Position AMF n° 2007-19. *Critères extra-financiers de sélection des actifs et application aux OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique*, document créé le 17 juillet 2007, http://www.amf-france.org/documents/general/7876_1.pdf

²⁸ F. Barrière « Les *sukuk* d'investissement en France », *Revue Banque*, n° 758, mars 2013, p. 68.

²⁹ En 2003, BNP Paribas, présente depuis 1985 dans la région du Golfe, a ouvert à Bahreïn une unité spécialisée dans les opérations bancaires conformes à la loi musulmane appelée Najmah. Elle fournit aux clients qui vivent en Malaisie des produits conformes à leurs convictions religieuses. Le Crédit Agricole aussi s'intéresse à cette industrie par le biais de sa filiale Cylon, qui fonctionne à Bahreïn depuis 2004. La Société Générale s'intéresse activement à ces produits compatibles à la *charia* islamique grâce à sa filiale Asset Management Alternative Investissement (SGAMAL) ; plus récemment la Sofinco a implanté un établissement en Arabie Saoudite détenu à 50 % par la Sofinco et la banque Saudi Fransi. Il est spécialisé dans le domaine de l'automobile et des ménages. En 2005, la BNP Najmah a reçu le prix d'Euromoney pour le meilleur établissement financier islamique.

³⁰ H. Martin-Sisteron, « OPCVM islamique, un mode de financement innovant pour les infrastructures ? », *Revue Banque*, mars 2013, n° 758, p. 73.

spécialisées à Bahreïn et en août 2007 BNP Paribas a réalisé la seconde plus importante émission de *sukuk* en Arabie Saoudite, d'un montant de 650 millions de dollars³¹. Ces mêmes établissements refusent d'instaurer des banques islamiques en France, malgré la pression des acteurs économiques et politiques. Cela conduit évidemment à s'interroger sur la nature de ces obstacles d'ordre juridique, idéologique ou symbolique. L'examen de cette problématique passera nécessairement par une confrontation des deux systèmes juridiques.

III) L'articulation entre le droit musulman et le droit français

10. La confrontation de ces deux normes juridiques, d'inspiration opposée, décèle la problématique de la loi applicable, ce qui est un préalable pour comprendre l'étendue de la question et suggérer des aménagements et des ajustements juridiques. Il est donc nécessaire de comprendre la ligne de démarcation entre ces deux systèmes. Bien que le *riba*³² ne constitue pas le seul élément qui gouverne le fonctionnement de cette banque, il demeure l'épine dorsale de cette finance et le critère principal de distinction. Il est aussi nécessaire, pour toute étude où analyse qui s'intéresse à une institution financière islamique de quelque nature que ce soit, d'étudier le sens ou les variantes de ce mot.

L'analyse sémantique du mot *riba* doit attirer l'attention pour en mesurer la portée. S'agit-il de l'intérêt ou de l'usure ? Autrement dit, doit-on tenir compte de la conception extensive ou restrictive du mot *riba* ? Quel est le genre d'intérêt interdit, moratoire ou compensatoire ? Les réponses à ces questions ont donné lieu à une divergence tant dans les courants de pensée islamique qu'au sein des conseils religieux siégeant dans les banques islamiques. Les degrés de compréhension et d'interprétation des versets coraniques qui fondent cette interdiction sont différents d'une zone à une autre, d'un juriste à un autre. Ils varient en fonction des écoles et des courants de pensée. Cette divergence constitue un des obstacles majeurs pour l'avancée et le développement de cette finance, mais aussi pour son implantation dans un pays où la *charia* n'est pas source du droit positif. Un mouvement favorable à la pratique de l'intérêt avait pris naissance en Égypte dans l'université d'Al azhar³³, autorisant la pratique du *riba* en utilisant les *hyales* (ruse). Mais toutes les sources du *Coran* ont condamné, d'une manière absolue, la

³¹ A. Fulconis-Tielens, « La finance islamique a-t-elle un avenir prometteur en France ? », in *Dossier La finance islamique en Europe, Revue Banque*, nov. 2007, n° 696, p. 31.

³² Littéralement : excès, accroissement ou surplus. Il se traduit généralement par l'intérêt, l'absence d'équivalence ou de contrepartie venant de l'autre partie.

³³ Université religieuse spécialisée dans le *fiqh* (jurisprudence islamique), se trouvant en Égypte, au Caire.

pratique du *riba* sous toutes ses formes et quels que soient le montant et la forme du crédit, à la consommation ou à la production. Ces positions opposées sèment le doute au sein des conseils religieux qui contrôlent le caractère islamique de ces produits. Cette divergence fait perdre à cette finance toute sa crédibilité à l'égard de sa clientèle et devient un atout favorable aussi bien pour ses détracteurs que pour ses concurrents. Face à cette situation, il est sans doute nécessaire, voire impérieux, de trouver une finance qui soit à la fois conforme aux exigences religieuses de manière authentique et qui réponde aussi aux besoins de la population musulmane. Celle-ci craint souvent la finance conventionnelle qui n'offrirait plus la sécurité et les garanties nécessaires, notamment depuis la crise financière de 2008. Certains auteurs comme Jouini et Pastré³⁴ considèrent, du reste, que la finance islamique est une solution à cette crise financière.

11. Pour concurrencer les banques conventionnelles il est nécessaire, au préalable, que les banques islamiques adoptent un mode d'organisation identique ou similaire à celui des banques dites classiques. Cela pose un problème de conformité aux règles qui régissent l'organisation des banques classiques. Or, une telle mutation risquerait de lui faire perdre les raisons de sa création et ses fondements religieux, puisque ces deux systèmes ne sont pas régis par les mêmes règles. C'est ce qui a permis d'instaurer, dans les banques islamiques, des produits dits modernes qui, au commencement, n'existaient pas dans les catégories de produits proposés dans le système islamique. Certains de ces produits modernisés ne sont pas spécifiques à la banque, mais relèvent des produits de l'assurance islamique. L'analyse de ces produits nous permet de parler souvent d'un *système de finance islamique* plutôt que de banques islamiques. Ce système, en effet, ne se limite pas aux seules banques, il comprend en outre des institutions de placement et de banques et les compagnies d'assurances. Cependant, l'intérêt premier concerne les banques, puisque bon nombre de textes et d'interventions s'intéressent directement à ces banques et, d'ailleurs, une fois la banque acceptée et installée, elle pourra facilement commercialiser des produits d'assurance avec le procédé des banques-assurances. Il y a donc lieu de s'attacher à la définition de la banque islamique.

12. Une banque se définit en fonction des opérations qu'elle effectue. L'opération de banque, de crédit et la mise à disposition des moyens de paiement et de crédit en sont les

³⁴ E. Jouini, O. Pastré, *La finance islamique une solution à la crise*, Paris, Economica, 2009, p. 17.

principales activités³⁵. La notion de banque islamique va plus loin, car elle doit respecter deux règles provenant de deux systèmes juridiques différents³⁶, ce qui nécessite une harmonisation. Les règles qui régissent le droit musulman interdisent la pratique de l'intérêt, alors que le système classique fonctionne sur la base de l'intérêt et, face à ces règles contradictoires, il y a lieu de s'interroger sur les dispositions qui vont gouverner le fonctionnement d'une banque islamique en France. Est-ce la loi bancaire de 1984 codifiée dans le Code monétaire et financier, en son article L. 313.1, faisant de l'intérêt une condition essentielle d'une opération de crédit ? Les opérations bancaires, pratiquées dans le système islamique, seront-elles légales

au regard de la loi française ? Le crédit à taux zéro pratiqué dans certains établissements de crédit peut-il être assimilé à des opérations bancaires islamiques ? Les opérations bancaires islamiques sont-elles gratuites, ou onéreuses ?

La mise en place d'un mécanisme qui remplace l'intérêt dans les banques islamiques, le principe du partage des profits et des pertes, nous fournissent certains éléments de réponse à cette dernière interrogation. Son fonctionnement fait appel à d'autres principes et interdictions qui viennent renforcer celle du *riba*. Le financement dans ce système est limité par le *halal* (licite) et le *haram* (illicite). Tout financement ou projet doit être conforme aux règles religieuses et, à défaut, il sera considéré comme *haram* et exclu de ce domaine. Ce principe connu dans le droit musulman existe aussi, d'une certaine manière, en droit français, notamment dans les dispositions de l'article 6 du Code civil, qui impose le respect des règles d'ordre public et des bonnes mœurs. L'interdiction du *gharar*³⁷ et du *maysir*³⁸ fait partie des

critères qui sous-tendent le fonctionnement de cette finance. Le premier est un outil de protection du client consommateur très difficile à définir, mais la majeure partie des penseurs fait de ce principe un outil qui permet de sécuriser les transactions en les protégeant contre les vices cachés et les manœuvres dolosives. Le second instaure, quant à lui, un gage de sécurité pour les clients, puisque chaque fois que la spéculation intervient dans une transaction, la sécurité du client est mise en jeu et il devient nécessaire d'en assurer le maintien.

³⁵ L'article, L. 311-1 du Code monétaire et financier

³⁶ G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2^e éd., Revue Banque, 2011, p. 41.

³⁷ Aléatoire

³⁸ Spéculation

Le principe du *maysir* contribue aussi à améliorer et à renforcer cette sécurité. Ces trois³⁹ principes négatifs sont les corollaires du mécanisme qui remplace l'intérêt dans le système islamique. L'intérêt est interdit, mais le prêt est autorisé, d'où la nécessité de mettre en place un substitut de l'intérêt dont le régime juridique mérite un examen particulier, afin de savoir s'il peut substituer l'intérêt sur le plan juridique. Le principe du partage des profits et des pertes permet au banquier, dans le système islamique, d'être rémunéré et de prendre en charge en même temps les risques. La diversité et l'importance de ces principes ont en quelque sorte influencé les fondements de cette finance, ce qui a fait que ceux-ci ne se limitent pas au seul terrain religieux. En plus de ce dernier, il faut aussi considérer les fondements sociaux matérialisés par l'obligation de verser la *zakat* qui symbolise la solidarité et l'esprit de partage. Des fondements éthiques contribuent de même à renforcer les fondements religieux et sociaux.

13. Ce système se démarque du système classique, non seulement du point de vue de ses principes mais aussi de son organisation même. L'organisation des banques islamiques obéit à des règles spécifiques, notamment avec la présence du conseil religieux ou *charia board*, qui a pour rôle de contrôler la validité et la légitimité de ces produits au regard des règles religieuses. Cet organe sera examiné en comparaison des principes essentiels du fonctionnement de la banque afin de savoir s'il existe un organe identique en droit français pouvant exercer cette mission de conseil religieux. Toujours dans cette organisation, la place d'une banque centrale pose un problème majeur. La Banque Islamique de Développement (BID) dispose-t-elle de tous les éléments requis pour jouer le rôle d'une banque centrale ? Quels sont les aménagements requis pour l'implantation d'une banque centrale islamique ?

14. Malgré leur convergence sur certains points, l'implantation ou l'installation d'un système financier islamique en France nécessite de nombreuses réformes depuis les dispositions du Code civil jusqu'au Code de commerce en passant par le Code monétaire et financier. Il est nécessaire d'analyser les conditions requises par la loi bancaire de 1984 pour instaurer une banque au sens de cette loi bancaire. En droit français, une banque se définit en tenant compte des opérations qu'elle utilise et des critères requis pour sa validité. Parmi eux, il y a l'opération de crédit pour laquelle la contrepartie est une des conditions essentielles. Or,

³⁹ L'interdiction du *riba*, de la spéculation et de l'aléa

la banque islamique prohibe l'intérêt. Cette prohibition peut-elle faire perdre à la banque islamique sa qualité de banque au sens de la réglementation française ?

15. L'obligation de restitution incombe aussi au banquier dans le cadre de son contrat de dépôt ou de mandat le liant à son client. Toutefois, on peut se demander si la mise en œuvre du principe de partage des pertes et des profits ne porte pas atteinte à cette obligation du banquier.

Cette articulation conduit à examiner d'autres éléments relatifs à l'organisation bancaire islamique, notamment la qualification juridique de cette institution au sens de la loi de 1984 : s'agit-il d'une banque à proprement parler ou d'une organisation caritative ? L'étude organisationnelle nous permettra de répondre ou d'apporter des éléments de réponse à toutes ces questions posées. L'organisation d'une banque est sans doute nécessaire, mais ne suffit pas à elle seule pour faire fonctionner une banque, quelles que soient sa forme et ses dénominations. Cela pose actuellement un contentieux, bien que mineur aujourd'hui, mais qui pourrait constituer un obstacle majeur, une fois ces banques installées en France.

IV) La fonction d'intermédiation des banques et le droit des contrats

16. La fonction première d'une banque est de jouer le rôle d'intermédiaire financier, cette mission ne pouvant pas se faire sans l'instauration d'une relation contractuelle entre le banquier et son client. À la différence de la finance conventionnelle, la finance islamique tire ses fondements et ses racines du droit musulman, ce qui fait que la relation contractuelle doit être régie par les règles du droit musulman. L'influence de l'élément religieux dans ce droit aura sans doute des conséquences sur le droit des contrats. Parmi ces caractéristiques essentielles, nous pouvons noter la place du principe de la liberté contractuelle, car en droit musulman ce ne sont pas les parties qui dictent leurs clauses contractuelles. Elles doivent se soumettre aux contrats nommés déjà imposés par l'Islam, et tout autre contrat sera considéré comme nul au regard du droit musulman. Alors, comment harmoniser ces contrats de droit musulman face à ceux du droit français si l'on sait que le droit bancaire fonctionne sur la base des contrats dont les clauses sont voulues et acceptées par les parties conformément aux règles qui organisent le droit des contrats ? Ce côté souvent négligé par les promoteurs de cette finance semble même être relégué au second plan, alors que tel ne devrait pas être le cas. En ce sens, les conditions de formation de ces contrats sont totalement différentes dans les deux systèmes. Une harmonisation de ces deux groupes de règles est nécessaire pour la

création d'une banque islamique en France, ce qui passe par l'aménagement des règles juridiques. Il est donc impératif, pour étudier le droit bancaire islamique, de visiter le droit des obligations musulman, afin d'en déduire les obligations du banquier et éventuellement sa responsabilité dans ses rapports avec ses clients. L'examen du droit des contrats ne présente-t-il pas un caractère paradoxal au regard de cette finance, du fait qu'en droit musulman on ne peut instaurer des contrats non prévus par les règles religieuses ? L'avènement de nouveaux produits comme les *sukuk* et les *takaful* contribue à mieux satisfaire la clientèle tout en concurrençant le système classique. Cette modernisation est nécessaire et, au delà de l'idée de concurrence, elle permet aussi de satisfaire toute clientèle qui n'est pas composée exclusivement de musulmans, mais de personnes qui peuvent aussi être de confession différente. On peut se demander si elle ne transgresse pas les fondements de la *charia*. L'absence d'un droit des obligations harmonisé et reconnu par le droit musulman empêche-t-elle le banquier musulman de répondre à un certain nombre d'obligations professionnelles au même titre que le banquier classique ? D'ailleurs, le caractère nommé des contrats qui gouvernent le monde des affaires en général et le secteur bancaire en particulier pose des obligations religieuses voire éthiques. Les fondements religieux et éthiques commandent aussi, à leur tour, des règles qui peuvent être assimilées à des obligations.

17. L'ensemble de ces considérations permet d'en déduire un droit des obligations musulman permettant de poser un régime d'obligation qui s'impose au banquier. Une fois ce droit reconnu, il faut définir son régime et les conditions de sa mise en œuvre chaque fois qu'une opération de banque islamique est en jeu. La violation ou le non-respect d'une obligation donne lieu naturellement à la naissance d'une responsabilité, dont le régime mérite également d'être examiné. Toutes ces analyses peuvent être tirées de la comparaison du droit musulman et du droit français, notamment celui des obligations et celui, plus étroit, de la responsabilité du banquier. Classiquement, le banquier est tenu aussi bien à des obligations principales qui trouvent leurs sources dans le contrat qui le lie à son client qu'à d'autres obligations accessoires ou secondaires qui contribuent à la protection et à l'information du client, en imposant au banquier une obligation d'information, de conseil voire de mise en garde. Toutes ces obligations militent en faveur d'une meilleure garantie des droits du client

en lui offrant beaucoup plus de sécurité, ce qui rejoint un des fondements de la finance islamique, en l'occurrence l'éthique.

Cette analyse qui consiste à définir cette industrie, en passant par ses principes et ses fondements, ne nous permet pas de connaître les mécanismes de ces produits, même s'il nous permet d'avoir une idée de cette finance. Elle ne nous fournit que peu d'informations juridiques sur ces produits, alors que ce sont ces produits qui permettent de mieux maîtriser le fonctionnement des banques. Quelle que soit l'institution islamique concernée, banque ou compagnie d'assurances, elle fonctionne sur la base du *mourabaha*⁴⁰, *moudaraba*⁴¹ et de la *moucharaka*⁴².

18. Ces produits occupent une grande importance pour comprendre ce qu'est la banque islamique et il est nécessaire de les présenter d'une manière détaillée. Cela facilite la compréhension et la connaissance de cette finance, avant d'examiner le régime juridique et la qualification juridique des produits bancaires. La classification de ces produits atteste de l'ancienneté de cette finance, car les produits qui sont utilisés dans les banques islamiques existaient auparavant dans le cadre des échanges que les commerçants utilisaient à l'époque du Prophète.

19. Ce constat nous conduit à examiner les produits sous deux aspects, les produits classiques et les produits modernes qui présentent beaucoup de similitude avec certains contrats en droit français. La présentation de chaque produit doit débiter par un exposé du terme qui l'identifie ; son étymologie en arabe, en passant par son origine, est primordiale pour un juriste occidental qui essaie de comprendre cette finance sous un aspect purement juridique. Après cette présentation, il convient de justifier la légitimité de ces produits au regard du droit musulman. Si la légitimité des produits anciens ne pose pas de difficulté majeure, celle des produits modernes, comme les *sukuk*⁴³ et le *takaful*⁴⁴ est douteuse

⁴⁰ Contrat de vente d'un bien, comprenant une marge clairement et explicitement déterminée au-delà du montant d'acquisition de ce bien par l'intermédiaire.

⁴¹ Une forme de contrat par laquelle une partie procède à un apport en capital, tandis que l'autre partie fait un apport en industrie. Les parties de chaque partie sont déterminées lors de la formation du contrat

⁴² Contrat par lequel une banque islamique procède à un apport de fonds, lesquels sont mis en commun avec les apports monétaires d'une ou plusieurs entreprises, pour le financement en fond propres d'un projet ou d'une société.

⁴³ Titres de participations, bons, certificats d'investissement, renvoient aussi aux obligations islamiques.

⁴⁴ Système d'assurances conforme aux principes de la *charia*, fondé sur le principe de soutien et d'entraide mutuels

puisqu'ils tirent leur fondement de l'un des interdits principaux de cette finance : le *gharar*. Un produit comme le *salam*⁴⁵ pose des problèmes juridiques au regard du droit musulman, car en droit musulman existe le principe de simultanéité qui veut que le versement du prix et la délivrance du bien s'effectuent en même temps. Or, dans les contrats de *salam* et d'*istisna'a*⁴⁶ un tel principe n'est guère respecté. Les *sukuk* dérogent à l'un des principes de cette finance et pourtant ce principe a été posé d'une manière claire. On s'interroge sur les fondements qui permettent aux penseurs islamiques de légitimer ces produits, comme les deux précédemment cités, dont l'interdiction ne pose aucun doute, tant dans les sources secondaires que principales. La distinction entre ces deux produits justifie, dans le système islamique, la séparation de deux modèles bancaires différents, les banques d'affaires et les banques de détail.

20. Toutefois, la plupart des travaux et des recherches ont été l'œuvre de financiers et d'économistes, voire de sociologues, la touche du juriste étant minime. Pour être juste, nous pouvons citer le livre de François Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*⁴⁷ et la thèse récente de Mickaël Moaté⁴⁸. Ces deux travaux figurent parmi les rares études juridiques dans ce domaine. Mais en voulant examiner d'une manière trop large l'ensemble des aspects juridiques de cette finance, ils ont mis de côté certains pans de cette industrie.

Notre thèse, même si elle n'est pas la première dans ce domaine, veut s'intéresser, au-delà de ce qui a pu être déjà écrit, au statut juridique du conseil de *charia board* et aux conditions d'agrément d'une banque islamique, des points oubliés par les travaux précédents. Les juristes ont davantage orienté leur étude sur le droit appliqué en cas de contentieux, en oubliant le régime des contrats, tout en donnant la priorité à la loi des parties et au contrat, ce qui est naturellement logique et conforme aux règles du droit des contrats français, notamment l'article 1134 du Code civil : « *Les conventions légalement faites tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites...* ». Mais est-ce que ce qui est légal en droit français l'est en droit musulman ?

⁴⁵ Contrat d'achat d'un bien avec livraison différée en échange d'un règlement monétaire immédiat.

⁴⁶ Un contrat de vente de bien spécifique à construire ou à fabriquer, comprenant l'obligation, pour le manufacturier ou le constructeur, de les livrer à la date d'achèvement

⁴⁷ Paris, Dunod, 2009, 262 pages.

⁴⁸ M. Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique en France*, thèse soutenue à la Rochelle, le 9 décembre 2011. 417 pages

C'est la raison pour laquelle il serait plus judicieux de s'atteler de préférence au régime juridique de l'ensemble de ces produits ou contrats utilisés dans les banques islamiques.

Notre analyse s'inscrit dans la logique d'une ingénierie juridique qui aura pour tâche d'étudier chacun des produits que la banque islamique utilise, afin de trouver celui avec lequel il pourrait partager un régime et éventuellement une qualification juridique du droit français. Cette qualification peut ne pas être celle qui est la plus exacte, mais celle qui demande peu de modifications au regard des deux normes juridiques en présence, car des qualifications ont été faites sans pour autant tenir compte des considérations d'ordre religieux ou éthique et, comme le souligne Camus : « *Mal nommer les choses, ajoute du malheur au monde* »⁴⁹. Certains, comme M^e Gilles Saint Marc⁵⁰ ont mis en avant quelques traits de ressemblance qui existent entre le droit français et le droit musulman pour favoriser l'accueil des banques islamiques sur le sol français⁵¹.

21. Les deux systèmes juridiques ont beaucoup de points communs, comme le respect des bonnes mœurs et de l'ordre public, la règle du respect du *halal* et du *haram* en droit musulman ; l'encadrement du jeu et la prohibition de l'usure ; le principe du partage des profits et des pertes assimilable à celui du prêt participatif. Cette juxtaposition entre les principes qui fondent les deux systèmes juridiques ne permet pas d'assimiler les régimes juridiques de leurs contrats, c'est la raison pour laquelle il est nécessaire de passer en revue toutes les assimilations faites entre ces produits issus de la finance islamique et certains contrats du droit français. La présentation et l'examen juridique dans la seconde partie permettent de mieux comprendre le caractère paradoxal de cette finance.

22. L'étude et l'examen de chacun des produits, ou du moins ceux commercialisés dans les banques islamiques, sont nécessaires pour connaître leur régime juridique. La comparaison des deux systèmes juridiques différents a pu conduire à déceler des divergences allant à l'encontre de l'implantation du système bancaire islamique en France, recommandant des réformes relatives à la structure juridique des banques et à leur gouvernance. Ces

⁴⁹ Cité par A. Levy, *Finance islamique : opérations financière autorisées vers une finance humaniste*, Paris, Gualino, 2012, p. 25.

⁵⁰ Avocat à la Cour, associé du Cabinet Gide Loyrette Nouel à Paris. Président de la commission finance islamique de Paris Europlace, Chargé d'enseignement en droit des nouvelles techniques financières à l'université de Paris I.

⁵¹ 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*, Paris, Secure finance, 2008, p. 291 et s.

considérations imposent d'adopter une méthode comparative et transversale, s'inspirant des règles du droit bancaire et de celui des contrats d'une part, et un parallélisme entre le droit musulman et le droit français, d'autre part. Cela explique l'intitulé de notre thèse : « *De la Religion à la banque : essai d'une théorie générale de droit bancaire islamique en France* ».

Ces aménagements seront nécessaires tant sur le plan fiscal que juridique, ce qui se justifie par le caractère exceptionnel de ces produits et la forme des banques islamiques qui semble déroger à l'article L. 511-6 du Code monétaire et financier qui pose les conditions d'agrément d'une banque au sens de la loi française. L'étude du système bancaire islamique révèle deux caractères, d'une part, l'impression que les termes *banque* et *islamique* sont deux notions qui ne peuvent pas cohabiter et, d'autre part, le besoin de déroger à tout instant aux règles de la Loi musulmane pour adapter la banque aux nécessités juridiques locales, ce qui porte atteinte à celle-ci, d'où le caractère paradoxal de cette problématique.

23. Pour apporter un plus ample éclairage à ces observations, nous allons articuler cette thèse autour de deux grandes parties : La banque islamique, un oxymore , à travers lequel nous allons examiner si le couple *banque et Islam* va de pair, analyse qui passe nécessairement par l'étude de l'évolution ; ainsi le titre premier sera consacré aux fondements historiques, aux principes essentiels de cette banque, avant d'observer l'assimilation entre les deux systèmes bancaires dans un second titre. Cela conduira naturellement à la constatation du caractère paradoxal de cette banque, dont l'examen se fera dans la seconde partie, la banque islamique, un paradoxe. Contrairement à la première qui s'inspire de son origine pour étudier cet oxymore, la seconde articulera son analyse sur le fonctionnement de cette banque, en examinant l'organisation des banques islamiques dans un titre premier avant d'étudier le droit bancaire général des affaires dans un dernier titre. Ainsi, le caractère paradoxal de la banque islamique éclairera peut-être l'oxymore apparent que révèlent ces termes.

Première partie : La banque islamique, un oxymore

*« Ce que l'on déteste avec plus de raison, c'est la pratique du prêt à intérêt, parce que le gain qu'on en retire provient de la monnaie elle-même et ne répond plus à la fin qui a présidé à sa création. Car la monnaie a été inventée pour l'échange, tandis que l'intérêt multiplie la quantité de monnaie elle-même [...] car les êtres engendrés ressemblent à leurs parents, et l'intérêt est une monnaie née d'une monnaie. Par conséquent, cette dernière façon de gagner de l'argent est de toute la plus contraire à la nature ».*⁵²

24. Malgré l'engouement croissant qu'elle suscite dans les milieux professionnels et universitaires, la finance islamique reste un phénomène peu connu en dehors des pays du Golfe et certains pays arabes qui l'ont vue naître⁵³.

⁵² Aristote, *La Politique*, trad. J. Aubonnet, éd., les Belles Lettres, 1968-1973, Livre I, chapitre III. p. 31 ; G. Dostaler, « Thomas d'Aquin et le péché de l'usure », in *Alternatives économiques*, n ° 227, février 2009, pp. 72-74. L'auteur développe la position de Thomas d'Aquin, héritée d'Aristote, selon laquelle, « moyen d'échange et mesure de la valeur, l'argent n'a pas en soi d'utilité et faire payer pour l'utilisation de l'argent est illégitime ». Keynes reprendra en partie cette position en justifiant l'intérêt par la renonciation à la liquidité, il explicite également la vision du travail « [...] quant à l'argent monnayé, Aristote remarque qu'il a été principalement inventé pour faciliter les échanges ; donc son usage propre est d'être consommé, c'est-à-dire dépensé... En conséquence, il est injuste en soi de se faire payer pour l'usage de l'argent prêté, c'est en quoi consiste l'usure. ». La monnaie a été créée pour acquérir d'autres biens. Voir à ce titre Al-Ghazali, *Ihyaouloum ad-din*, Le Caire, 1993, Tome II, p. 68, cité par Bousquet G. H., Ed. Besson, 1995, p. 125. ; I. Chapellière, *Éthique et Finance en Islam*, Ed. Koutoubia 2009, p. 94. Selon l'auteur l'argent en lui-même est improductif, il ne peut générer des revenus du fait de l'écoulement du temps, Voir Geneviève Causse, « La finance islamique: les principes et les principales opérations », in *La finance islamique une autre Finance, La Revue du Financier*, juin 2010, sommaire 182-183, p. 26. D'autres penseurs tels que Saint-Thomas considèrent que la monnaie est un produit de la raison humaine et sa nature se déduit de l'étude de l'échange. Elle est avant tout un instrument de transaction et la cause matérielle des échanges. Or, le prêt monétaire à intérêt a pour conséquence de transformer la monnaie en sa propre fin, ce qui est contraire à sa nature et contredit la thèse de la stérilité de la monnaie. La monnaie est un bien consommable, son usage se confond avec sa consommation ; V. Philippe Bazard, *Le riba et conception monétaire en islam médiéval (VIIème-XIIème siècle)*, mémoire pour le diplôme de DEA, Paris 1 Année 93. p. 5 ; Cf. I. Karich, « Les préceptes de la charia », in *la finance islamique: tout est prêt ! Échanges, La revue des dirigeants financiers* juin 2009, n ° 266 p. 36.

⁵³ E. Jouini, O. Pastré, *La finance islamique une solution à la crise ?* Économisa, 2009.p. 9 ; Cf. J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique: une finance douteuse ? », *Revue droit bancaire et financier*, n ° 5 sept. 2009 étude 32 ; M. El- Gamal, *Finance Islamique aspect légaux, économique et pratiques*, De Boeck, 2^e éd. 2010. Selon l'auteur la connaissance de la finance islamique se limite bien souvent à des assertions simplificatrices du genre : « le Coran interdit les intérêts ». Même d'éminents journalistes se laissent aller à de telles réductions et à l'ironie. Ainsi dans un article récent du magazine Fortune, Useem (2002) décrit le processus de *murabaha* « le résultat d'une transaction *murabaha* est comparable à celui de la protection d'un intérêt puisque les charges financières demandées sont proches des taux d'intérêt prévalant sur le marché. Le bon Dieu est décidément dans les détails » ; A.Toussi, *La banque dans un système financier islamique*, l'Harmattan 2010, p. 11

L'arrivée de ces produits dans les places financières européennes a profondément bousculé le système juridique de certains pays. Ainsi on peut citer en Angleterre la création en 2004 de l'Islam *Bank Britain* et bien avant, vers le début des années 90, la présence d'une première institution financière, qui n'était autre qu'une filiale du groupe Saoudien, *Al Baraka*⁵⁴. Cette institution n'a pas vécu longtemps. Elle dut fermer ses portes en 1993, à la demande de la banque centrale britannique, car ce premier établissement financier, implanté en Grande-Bretagne s'était en fait montré incapable de respecter les exigences des autorités financières du pays⁵⁵.

25. L'une des missions des banques dans le système occidental est la mise en disposition des fonds du public, la gestion des moyens de paiements et des opérations de crédit⁵⁶ ce qui suppose la gestion des liquidités, l'attribution d'un coût au risque et l'octroi des crédits, en recourant à l'utilisation du taux intérêt⁵⁷. Or l'absence de taux d'intérêt pose un réel problème aux gestionnaires du risque et les bénéfices des banques islamiques doivent tendre vers le long terme et la non liquidité ; ce qui exige de l'institution la détention d'un haut niveau de liquidité⁵⁸, avec les implications que cela entraîne pour sa rentabilité⁵⁹.

26. Malgré cet échec, la banque islamique va voir le jour en Angleterre, le 6 août 2004, avec une autorisation de la *Financial Services Authority (FSA)*⁶⁰. Pour y arriver des réformes de grande envergure ont été effectuées, notamment la suppression en 2003 de la double taxe

⁵⁴ S. Diop, *Les Banques Islamiques : Le cas de la banque al baraka mauritanienne islamique*, mémoire de D.E.A., Perpignan, 1998, p. 80, in *Droit Institution, société Méditerranée, Islam et Afrique Francophones, Revue franco-maghrébine de droit*, 2000, n° 8, p. 161.

⁵⁵ Ch. J. Serhal, « La finance islamique: une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque et Droit* n° 106- mars-avril 2006, p. 36, C'est ce qu'avait expliqué le gouverneur de la banque centrale de l'époque, M. Eddie George, dans un courrier adressé à l'association des banquiers arabes.

⁵⁶ Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec 8^e ed. 2011, p. 21 ; V. aussi, Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 8 éd. Montchrestien, pp. 42-43 ; Ph. Neau-Leduc, *Droit bancaire*, 4^e ed Dalloz.2010 p. 13; Code Monétaire et Financier, l'article 311-1.

⁵⁷ M. Helene Raynier, *Droit du crédit*, Ar Chétype, 2012, p. 14.

⁵⁸ Depuis l'arrêté du 9 mai 2009 modifiant le règlement n° 97-02 du 21 fev. 1997 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, *JO*, 20 mai, p. 8412.

⁵⁹ O. F. Abdelhaqm., *Islamic Banking*, Thierry, Practice and Challenge, Zed Books, Londres, 1996, pp. 35- 36.

⁶⁰ Ch. Joseph Serhal, « La finance islamique: une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque et droit*, n° 106- mars-avril 2006, p. 36.

sur les emprunts « *stanp duty land tax* » suite aux conseils suggérés par un groupe de travail de la banque centrale d'Angleterre⁶¹.

27. En France, le système financier islamique est devenu une actualité depuis le 17 juillet 2007. L'Autorité des Marchés Financiers (AMF) a été la première en France à s'ouvrir aux concepts de la finance islamique: dans une communication l'AMF a admis que l'organisme de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) utilise des critères extra financier pour se conformer à la loi islamique, notamment en ayant recours à des comités de conformité à la charia sous réserve que la société de gestion de l'OPCVM conserve une certaine autonomie dans la gestion du fonds⁶². Cette volonté des autorités financières est accompagnée par un désir politique : nous pouvons citer, à cet égard, le discours de Madame Christine Lagarde, anciennement ministre de l'économie qui avait ainsi indiqué, lors du forum organisé par Paris Europlace⁶³ en juillet 2008, que « *la France apportera toutes les modifications fiscales et réglementaires nécessaires à l'émission des sukuk* »⁶⁴ obligations islamique s'apparentant aux *ABS*.

28. Cette volonté a été finalisée par la publication le 18 décembre 2008, de neuf fiches doctrinales concernant les opérations de *moudaraba* et les émissions de *sukuk*. Ces fiches ont été reprises dans des instructions fiscales publiées au Bulletin Officiel des impôts le 25 février

⁶¹ Instauration d'un conseil de religieux au sein du conseil d'administration des banques islamiques ; Voir M. Ainley, « Banque islamique au Royaume-Uni, La FSA est prête à suivre les évolutions du marché » in dossier La finance islamique en Europe *Revue banque* n°696 nov. 2007, p. 34.

⁶² I. Chapellière, « De l'éthique économique musulmane à la finance islamique: vers un renouvellement du concept de rationalité », in. « La finance islamique: une autre finance », *La Revue du Financier* juin 2010, sommaire 182-183, l'auteur compare le système juridique français avec le système turc pour en déduire que la France au même titre que la Grande Bretagne peut implanter le système malgré ces années de retard.

⁶³ [Http:// www. Paris-Europlace. net/files/rapport_finance_islamique.pdf](http://www.Paris-Europlace.net/files/rapport_finance_islamique.pdf); le forum français de la finance islamique qui s'est tenu dans la capitale française, est révélateur de l'intérêt de la place de Paris pour la finance islamique, et les perspectives de son développement. Cf. le dossier du journal Le Monde, du 18 décembre 2007. Le Forum institué « *L'industrie financière française et la place de Paris à l'heure de la finance Islamique* ». Sur le marché français. l'avance prise par la place de Londres inquiète les banquiers français et les pouvoirs publics, alors qu'avec une population musulmane estimée à 6 millions , soit le triple de celle du royaume uni, la France est un Etat membre de l'Union Européenne où la banque islamique paraît disposer d'un fort potentiel de développement, cela se manifeste par un foisonnement de conférences, séminaires et manifestations diverses qui lui sont consacrées dans de nombreux pays, musulmans ou non. G. Brayer, « *La finance Islamique, une autre finance* », in *La finance islamique: l'autre Finance*, éd. Société de législation comparée, 2008 p.10 ; I. Chapellière, « De l'éthique économique musulmane à la finance islamique: vers un renouvellement du concept de rationalité », in *La finance islamique: une autre Finance*, *La Revue du financier*, 14 juin 2010, sommaire 182-183. p. 14.

⁶⁴ Cf. F. Guéranger, *La finance islamique, Une illustration à la finance de l'éthique*, op. cit. p. 6.

2009⁶⁵. Cette volonté des politiques, acteurs du monde économique et juridique de vouloir adapter les règles juridiques à celles du droit musulman et d'envisager l'implantation de ces banques dans les sociétés occidentales n'ont pas été accueillies à l'unanimité. Cela a suscité de nombreuses appréhensions et polémiques à divers niveaux⁶⁶. Elles constituent pour certains une remise en cause du droit laïque, construite sur la séparation de l'Église et de l'État et elles accentuent le communautarisme⁶⁷.

29. La méconnaissance du sujet conduit certains à confondre la finance islamique et l'intégrisme religieux voire le financement du terrorisme, voire le blanchiment de fonds.⁶⁸

Cela montre qu'il serait nécessaire de dire ce qu'est réellement la banque islamique au regard du droit, ses principes et ses fondements, avant d'examiner la forme juridique de, ces banques, et de mettre en exergue la qualification juridique de cette banque au regard de la loi française du 24 janvier 1984⁶⁹. Rappelons que la loi sur la séparation et la régulation des activités bancaires vient d'être adoptée par une loi du 26 juillet 2013⁷⁰. Elle a essentiellement pour but de séparer les différentes fonctions de la banque tout en protégeant les déposants contre tout risque⁷¹. Cette question qui est simple en apparence mais complexe dans sa nature et son

⁶⁵ Bulletin officiel des impôts, instruction 4 FE/09, Cf. S. Churci. Joseph, « *La finance islamique une intégration possible dans le système bancaire français* ». *Banque et Droit* 2006, n°106, p.36. Saint Marc Gilles, « Le droit français est-il compatible avec la finance islamique? », *Revue Banque* 2008, n°703, p. 60 ; L'Autorité des Marchés Financiers (AMF) est un organisme public indépendant, doté de la personnalité morale et disposant d'une autonomie financière, elle a été créée par une loi dite de la sécurité financière du 1^{er} août 2003, loi n°2003-706 du 1 août 2003. Cf. V. Bonnafo, *La finance islamique en droit français*, Mémoire Aix Marseille III année 2009-2010 p. 55.

⁶⁶ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique, une finance douteuse ? », *op. cit.* p. 3.

⁶⁷ E. Jouini, O. Pastré, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de paris », *Rapport, Paris Euro Place*, décembre 2008; E. Jouini, O. Pastré, *La finance islamique une solution à la crise ?* Préface de Gérard Mestrallet, président Paris Europlace, Economica, 2009, p. 9.

⁶⁸ E. Jouini, O. Pastré, *op. cit.* p. 10.

⁶⁹ Loi n° 84-46, 24 janv. 1984, relative à la loi bancaire, JO 25 janvier et ses décrets n° 84-708 et n° 84-709, 24 juil. 1984. La nouvelle Loi bancaire est venue bouleverser le principe de banque universelle posé par la loi de 1984. Les principales lignes de cette réforme sont : La séparation des activités spéculatives ; le renforcement du contrôle et la protection des consommateurs . L'ordonnance du 27 juin 2013 (Ord. n°2013-544, JO 28 juin) relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement prise sur habilitation de la loi n°2012-1559 du 31 décembre 2012 (relative à la Banque publique d'investissement) est venue poser la distinction entre les établissement de crédit et les sociétés de financement dont les conditions sont moins contraignantes, car ces dernières ne reçoivent pas des fonds du public contrairement aux établissement de crédit. c'est la notion de fonds public qui marque la césure entre les deux catégories d'établissement. V. Dalloz Actualité, 1^{er} juillet 2013, note Xavier Delpech ; Ph. Lepoudre, « Crédit aux entreprises, « l'affacturage est la seconde source de financement court terme des entreprises », *Revue Banque* n° 763 sept. 2013, p. 60.

⁷⁰ JO, 27 juillet 2013.

⁷¹ Th. Bonneau, « Séparation et régulation des activités bancaires : propos conclusifs », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2013, p. 107.

intensité, est la condition sans laquelle aucune étude, ou recherche, ne peut être faite sur ce système. Qu'est-ce une banque islamique ? Pour répondre à cette question, il est nécessaire de comprendre les ressorts historiques et théoriques qui la sous-tendent (Titre I) avant de nous interroger sur la définition légale et doctrinale de la notion de banque, afin de voir si la banque islamique est une vraie banque au même titre que les banques occidentales (Titre II).

Titre I : Étude historique et théorique du système islamique

30. L'Islam signifie au sens propre « abandon à Dieu »⁷², et désigne la religion formée par la communauté des croyants. L'Islam est la dernière des religions monothéistes, révélée au 7^e siècle après J.C., après le christianisme et le Judaïsme. Le porteur de son message, son prophète, est Mohamed, qui a reçu le coran, parole de Dieu, par révélations régulières et disparates à partir de l'âge de 40 ans jusqu'à sa mort.

Comme toutes les religions monothéistes, l'Islam se base sur des règles et des principes qui constituent la règle de droit dans les sociétés de tradition musulmane⁷³. Les banques, quant à elles, constituent des institutions financières, qui sont des acteurs indispensables dans la vie économique et sociale. Elles assurent le rôle d'intermédiaire entre les personnes qui possèdent de l'argent et celles qui en ont besoin⁷⁴. Ce dernier rôle leurs confère des missions importantes, de gestionnaire de fonds, de refinancement de l'économie, voire même de commerçant⁷⁵.

31. Les termes « banques et banquiers », recouvrent juridiquement tous les établissements soumis à la loi bancaire, c'est-à-dire les « *personnes morales dont l'activité consiste, pour son propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public (..) et octroyer des crédits (...)* »⁷⁶.

⁷² H. Algabid, *Les banques islamiques*, Economica, 1990 p., 1 ; J. Charbonnier, *Islam, Finance et Assurance*, op. cit. 8 ; l'auteur distingue (L'islam et l'Islam), « Un usage apparu il y a quelque temps et qui a tendance à se répandre dans certaines disciplines, notamment dans les médias écrits, consiste à écrire islam dans tous les cas. Pour notre part, et conformément à une tradition bien établie, nous écrivons islam (i minuscule) quand il s'agit de religion, et Islam (i majuscule) quand nous évoquons la civilisation qui en émane ».

⁷³ G. Brayer, « La finance islamique, une autre finance », in *la finance islamique: l'autre Finance*, Société de législation comparée, 2008 .p . 12

⁷⁴ S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e éd. 2011, p. 89.

⁷⁵ L'article L. 110 al. 7 et 8 du Code de commerce, même si elles sont des personnes morales de statut civil : com. 17 juil. 2001, n° 98-18.435., *Dalloz*, 2001, AJ. 2409, obs. P. Leclercq. Cette même disposition considère toutes opérations de banque comme étant un acte de commerce : Cour d'Appel de Paris, 1^{er} avril 2005, *Dalloz*, AJ. 1148, obs. Ph. Delpech.

⁷⁶ la nouvelle lecture de l'article L. 511.1 du Code monétaire et financier issue de l'ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013, *JO* 28 juin , note de X. Delpech. cet article pose la distinction entre les établissement de crédit et des sociétés de financement en se fondant sur la notion de fonds public.

Le vocable « Banque islamique » sonne comme un oxymore pour certains⁷⁷, puisque selon ces derniers, la notion de banque ne rime par avec l'Islam. Avoir une telle idée c'est méconnaître le rôle de l'Islam, qui est à la fois religion et système juridique qui englobe tous les domaines de la vie du musulman : le droit, l'économie, la finance et l'éthique forment un tout indissociable⁷⁸. Cette unité au sein des différents domaines, nous permet de rapprocher les règles religieuses de celles de bonne conduite, qui régissent à la fois le spirituel et le temporel⁷⁹. Cette uniformisation des différents domaines en Islam, fait du commerce une activité légale, mais seul le prêt à intérêt est prohibé⁸⁰ « On pourrait dire tout aussi bien que l'Islam est à la fois une religion et une communauté temporelle, mieux encore, une composante qui prend en charge, en un seul et indissociable élan, les relations de chaque croyants les uns avec les autres sur le plan moral et politique »⁸¹. Le rôle de la banque en général est de contribuer au financement de l'économie, d'assurer le fonctionnement du système de paiement et apparaît comme celui d'un commerçant qui spéculer sur l'argent et le crédit⁸². Cette mission se fait sous la forme d'opérations de banques qui sont énumérées par l'article L 311-1 du Code monétaire et financier⁸³. Elles concernent la réception de fonds du public, les opérations de crédit et la mise à disposition de la clientèle ou la gestion des services de paiement. L'intérêt joue un rôle important dans chacune de ces opérations. En plus

⁷⁷ M. Ruimy., « Quelle vocation pour la finance islamique? », *Revue Échanges* juin 2009, p. 12.

⁷⁸ G. Causse-Broquet., *La finance islamique*, Revue Banque, France 2009, p.1 ; François Guéranger, *Finance islamique-une illustration de la finance éthique*, Ed. Dunod 2009, p. ; A. Toussi, *La banque dans le système financier islamique*, Ed. L'harmattan 2010, p. 15. Selon l'expression de Weber « l'islam est plus qu'une religion, puisqu'il a vocation à intervenir également et de manière la plus directe dans la gestion des biens matériels. Cité par G. Beauge (dir.), *Capitaux de l'islam*, C.N.R.S., 1990, p. 11.

⁷⁹ I. Kariche, *Le système bancaire en islam, De la religion à la banque*, Ed. Larcier Bruxelles 2002, p. 3.

⁸⁰ K. Malika, *Une banque originale la banque Islamique*, imprimerie Najah El-Jadidah, Casablanca, 2002, pp. 68-72. Selon, l'auteur seul un taux fixe et prédéterminé est interdit, V. aussi, A. Toussi, *Le taux d'intérêt dans le système financier islamique*, l'Harmattan 2010, p. 8.

⁸¹ L. Gardet, « Islam religion et communauté », *Revue de l'histoire des religions* 1969. V. aussi, A. Abderraziq, *L'Islam et les fondements du pouvoir*, La découverte Paris 1998, p. 38.

⁸² G. Ripert et R. Roblot par Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, t. II, 16^e éd., LGDJ, 2000, n° 2216. Cf I. Karich., *Le système bancaire islamique, de la religion à la banque*, Larcier, Bruxelles 2002, p. 1 ; G. Causse- Broquet, « La finance islamique les principes et les principales opérations », in *La finance islamique: une autre finance*, op.cit. p. 22. Selon l'auteur, la finance islamique est souvent présentée comme un ensemble de techniques permettant d'exercer une activité bancaire sans taux d'intérêt. En réalité elle constitue un système à part entière, s'appuyant sur une théorie économique elle-même construite sur des principes et règles de la charia.

⁸³ Si ce n'est que l'ordonnance du 15 juillet 2009 n° 2009-866, qui a modifié la référence aux instruments de paiements devenant des services bancaires de paiement.

il permet de rémunérer le banquier en répondant aux coûts de refinancement et assure la couverture des risques. La question s'est donc posée de savoir comment exercer une activité bancaire sans promouvoir d'intérêts ? Autrement dit par quel mécanisme le système bancaire islamique supporte-il, les risques et rémunère ses employés ? Y a-t-il une différence entre le profit et l'intérêt ? Bénéfice est-il synonyme d'intérêt ? Quel est le véritable sens du mot *riba*, intérêt ou usure ? L'intérêt est-il une condition de validité d'une opération de crédit ?

Pour répondre à ces questions, et avant même d'examiner les fondements de ces banques islamiques. Il serait nécessaire de relater l'évolution historique de l'intérêt à travers l'histoire des différentes religions monothéistes dans un chapitre premier, puisque l'islam n'est ni la seule, ni la première religion à prohibé la pratique de l'intérêt, avant d'aborder les principes des banques islamiques dans un second chapitre.

Chapitre I : L'évolution de l'interdiction de l'intérêt à travers les différentes religions monothéistes

32. L'intérêt est au cœur de l'activité économique, plus particulièrement dans celle du banquier, il est aussi vieux que le monde⁸⁴. Le banquier est un commerçant qui spéculé sur la monnaie et le crédit⁸⁵. En plus de sa place dans le secteur bancaire, l'intérêt joue un rôle indispensable, dans le maintien de l'emploi, car c'est à travers l'intérêt que le banquier sera rémunéré et c'est avec l'intérêt qu'il assure un certains nombres de risques liés à son activité. Bien qu'il soit remplacé dans le système bancaire islamique par le principe de partage des pertes et des profits, l'intérêt reste bien connu dans toutes les sociétés, et si primitive ou si ancienne soit-elle, on en retrouve des traces. Cette universalité du phénomène se manifeste par le fait qu'il a fait l'objet d'études et de réflexions non seulement dans toutes les religions monothéistes mais aussi chez les grands philosophes⁸⁶.

Les moralistes, les docteurs religieux et même certains États ont lutté de toutes les manières, avec tous les moyens possibles, qu'ils soient politiques, économiques voire même juridiques, afin de condamner la pratique de l'intérêt. Cette prohibition de l'intérêt trouve ses justificatifs dans divers pays selon l'époque et la conception religieuse dominante. Cette interdiction a évolué au fil du temps, avant d'être légalisée par le droit positif dans certains pays, ou encadrée par d'autres par le mécanisme de l'usure. L'intérêt et le prêt à intérêt sont considérés

⁸⁴ P. Gruson, *Les taux d'intérêt : Comprendre la valeur et le rendement d'un titre financier*, Dunod, Paris 1992, pp. 42 et s. En absence de stipulation d'intérêt conventionnels, le prêt est consenti à titre gratuit...Civ. 1^{er}, 26 nov. 1991, *Bul. Civ. I*, n° 335.

⁸⁵ G. Ripert et R. Roblot par Ph. Delebecque et M. Germain, *Traité de droit commercial*, t. II, 16^e éd., LGDJ, 2000, n° 2216. Cf R. Routier, *Obligations et Responsabilités*, Dalloz, 2008 pp. 40-41, l'auteur pose, le principe en matière de crédit, c'est précisément qu'il n'y a pas de droit au crédit. Nul ne peut donc en vertu de ce principe forcer un banquier à accorder son concours contre son gré. Cette solution est logique du point de vue économique car le banquier à qui on a confié des fonds ne doit pas les gérer à la légère : si la solvabilité n'est pas jugée suffisante, le banquier doit pouvoir librement décider de ne pas apporter son concours, et cette appréciation du risque client doit lui appartenir. Cass .Ass. plen. 9 octobre 2006, *Dalloz.06 Jur.* p. 2933, note D. Houtcieff; *JCP G.* 2006 II, 10175, note Th. Bonneau « hors le cas où il est tenu par son engagement antérieur, le banquier est toujours libre, sans savoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire, de proposer ou consentir un crédit quelle qu'en soit la forme, de s'abstenir ou de refuser de faire »

⁸⁶ Aristote, K. Marx. Cette similitude sur l'interdiction à travers les religions se justifie par la racine du mot *riba* et *ribbit*, désignant également l'intérêt dans la loi talmudique : *rb* indique, dans les deux cas d'espèce et signifie « beaucoup », « trop », voir I. Chapellière., *Ethique et Finance en Islam*, op. cit. p. 92 ; Cf. A. Toussi, *Le taux d'intérêt dans le système financier islamique*, l'Harmattan 2010, p. 8.

parmi les phénomènes économiques de la société les plus étudiés⁸⁷. Cette prohibition de l'intérêt trouve ses justificatifs dans divers pays selon l'époque et la conception religieuse dominante du pays. Il y a lieu, dans ce chapitre, d'examiner la raison d'être d'une telle interdiction à travers ces religions (section I), avant de s'intéresser aux fondements (section II).

Section I) L'intérêt à travers les religions monothéistes

33. Depuis les premières expériences sur l'économie et la finance, l'histoire est marquée par une polémique persistante sur la question de l'intérêt à travers les religions et les courants de pensées. C'est pourquoi, l'Islam, en interdisant la pratique de l'intérêt, ne constitue pas un précédent⁸⁸. Toutes les religions monothéistes ont fermement condamné la pratique de l'intérêt⁸⁹. Cette condamnation unanime se justifie par le caractère légaliste du Judaïsme tout comme celui de l'islam. Ces dernières prennent en compte le rapport entre l'homme avec Dieu, dans leur vie de chaque jour. Contrairement à l'Islam et au Judaïsme, le Christianisme est principalement une religion à caractère moraliste⁹⁰ et l'interdiction de l'intérêt avait pour but principal de moraliser l'économie avec l'instauration d'une société juste et équitable. Ce caractère moraliste ne fait que conforter l'interdiction de l'intérêt, ce qui justifie le fondement éthique et moral⁹¹ à côté des fondements religieux et sociaux. L'intérêt est traditionnellement prohibé (§I), avant d'être atténué par une partie de la doctrine religieuse (§II).

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ G. Causse Broquet, *Les banques Islamiques*, op. cit. p. 13. ; I. Chapellière., *Ethique et Finance en Islam*, op. cit. p. 91.

⁸⁹ I. Zeyyad Cekici, « La prohibition de l'intérêt et les opérations de crédit islamique en France » *Revue Lamy Droit des Affaires*, Octobre 2008, p. 1. Les religions chrétienne et musulmane s'accordent pour reconnaître l'usure comme péché pour trois raisons : le temps appartient à Dieu et ne doit pas être vendu, c'est la notion de délai qui est ici répréhensible ; percevoir un intérêt est faire preuve d'oisiveté, or, le travail doit être à la source du revenu, tel que l'affirmait Calvin : « le travail est chose si bonne si divine(...) qui rend le corps vigoureux et fort. Voir G. Tribou, *L'Entrepreneur musulman*, l'Harmattan, 1995.

⁹⁰ S. A. Aldeeb Abu-Sahlieh, « Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman », Conférence à la faculté de droit de Luxembourg, le 10 mars 2010, p. 7.

⁹¹ Cf. F. Guéranger, *La finance islamique, une illustration à la finance de l'éthique*, op.cit. 78 .

Paragraphe I : La condamnation traditionnelle de l'intérêt

34. Comme dans le Coran, chez les canonistes, de nombreuses références sont faites aux textes, par lesquelles la pratique de l'intérêt était condamnée. Parmi ces textes nous pouvons citer, ceux qui se situent dans l'ancien testament et qui traduisent une interdiction explicite de l'intérêt. « *Si tu prêtes de l'argent à quelqu'un de ton peuple, au pauvre qui est avec toi, tu ne seras pas à son égard comme un créancier, tu n'exigeras pas de lui d'intérêt* ».⁹² La position du cinquième livre de l'Ancien Testament est plus claire sur cette interdiction, car elle interdit toutes transactions usuraires entre les gens du peuple élu, mais elle autorise la pratique d'intérêt entre eux et les étrangers c'est-à-dire avec des gens d'un autre peuple. Ce qui caractérise, le coté limité et relatif de cette interdiction chez les juifs. « *Tu n'exigeras de ton frère aucun intérêt, ni pour argent, ni pour vivres, ni pour aucune chose qui se prête à intérêt* ».⁹³ Dans les écrits de l'Ancien Testament comme dans les sourates du Coran, l'intérêt ou le *riba* est analysé comme étant un moyen qui donne naissance à un déséquilibre entre les parties qui ont des capacités et des pouvoirs différents. « *L'intérêt est un vol raffiné(...) parce que le créancier prend de l'argent avec le consentement de son consommateur* »⁹⁴.

35. Cette interdiction est renforcée par la doctrine évangélique de l'intérêt chez Saint Luc, considéré comme l'auteur du troisième Évangile et des actes des apôtres, décrit dans le nouveau Testament, comme un compagnon de saint Paul, ami fidèle de l'apôtre: « *prêtez sans rien espérer en retour et votre récompense sera grande* »⁹⁵. C'est là une charité désintéressée, comme la *zakat* dans la religion musulmane, ce qui montre l'élément social dans ces deux religions. Cette double signification est admise par la doctrine, car si le texte ordonne de renoncer au remboursement d'un prêt, à plus forte raison, interdit-il le prélèvement d'un intérêt. Certains le considèrent non pas comme une interdiction mais comme un conseil à l'usage des meilleurs⁹⁶. Cette interdiction chez les chrétiens trouve son assise dans le courant

⁹² A. Toussi, *Le taux d'intérêt dans le système financier islamique*, L'Harmattan, 2010, p. 19 ; V. aussi Ancien testament XXII, 25, Luc 6 :34-35, Cité par I. Chapellière., *Ethique et Finance en Islam*, op. cit. p. 92.

⁹³ Le Lévitique XXV, 35-37, cité par Sami Aldeeb, « Les banques chez les juifs, chrétiens et musulmans », op.cit.p. 6.

⁹⁴ A. Weigort, *Intérêt et crédit dans le droit Talmudiques*, éd. L.G.D.J. 1979, p. 308.

⁹⁵ Saint Luc, Encyclopédie Encarta 97, cité par Sami Aldeeb, « Les banques chez les juifs, chrétiens et musulmans », op. cit. p. 6.

⁹⁶ Ch. Cardahi, « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique, in *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 7, n° 13, juil. Sept. 1995. p. 594.

de saint Luc et une caution philosophique, chez Aristote qui concevait mal une rémunération quelconque sans une contrepartie.

36. A une époque où le phénomène de l'intérêt était moins connu et où il y avait peu de réflexion sur la question le grand philosophe écrivait : « *L'intérêt est de la monnaie qui engendre de la monnaie et., de toutes les acquisitions, c'est celle qui est le plus contre nature. Cent ou mille pièces d'argent ou d'or restent matériellement au bout d'une année ce qu'ils étaient auparavant, ils ne font pas de petits ; ils éprouvent même plutôt une légère déperdition par l'usage et le frais...* »⁹⁷. Cette condamnation par Aristote de l'intérêt a été l'occasion pour tous les penseurs et philosophes⁹⁸ de s'intéresser à cette question de la même manière qu'Aristote avec des positions parfois beaucoup plus nuancées.

Parmi les plus virulents, figure Karl Marx, qui qualifiait l'intérêt comme une monstruosité et une inhumanité⁹⁹. Cette interdiction se retrouve évidemment chez les canonistes (I), elle se fonde chez d'autre sur l'inutilité du prêt à la consommation (II).

I) La prohibition chez les canonistes

37. L'appellation de canoniste provient du mot « canon » qui, selon le sens chrétien, signifie règle ou norme. Vers le milieu du III^e siècle, le mot fut employé pour désigner les doctrines reconnues officiellement par l'Eglise. Plus tard il fut utilisé pour désigner collectivement la liste des livres appelés saintes Écritures. Le terme canon désigne également le catalogue ou registre des Saints. L'expression « canons ecclésiastiques » renvoie aux prescriptions de l'autorité de l'Eglise qui virent le jour vers l'an 300. Cette expression fut d'abord appliquée plus spécifiquement aux décisions des conciles de l'Eglise vers le milieu du IV^e siècle. La thèse la plus célèbre dans ce courant est celle d'Albert le Grand¹⁰⁰.

Il développa les mêmes idées que les grecs, mais en substituant l'idée de charité à celle d'amitié. Ces auteurs se basent sur la Bible et Évangile pour développer un certains nombres d'arguments. Comme chez les grecs, pour les canonistes, l'argent ne peut engendrer de

Ce plafond repose en droit français sur la comparaison du TEG avec un taux de référence : Civ. 1^{er}, 22 avril 1997, Bull. Civ. I, n° 124, p. 83, *Dalloz aff.* 97, 698.

⁹⁷ Aristote, *Le Politique*, trad. J. Aubonnet, éd., les Belles Lettres, 1968-1973, Livre I, chapitre III. p. 23.

⁹⁸ Saint Albert le grand, Saint Thomas d'Aquin

⁹⁹ Marx et Keynes, « Devant la pensée économique contemporaine », in *Revue économique* vol. 1, n ° 2, 1950, pp. 201-215.

¹⁰⁰ Philosophe, il est célèbre pour avoir introduit la science et la philosophie grecque et arabes dans le monde médiéval. « Encyclopédie Encarta »

l'argent que par le travail, mais s'il y a un surplus il doit provenir du travail et non pas de l'argent en soi. « *L'argent n'engendre pas l'argent* ¹⁰¹ ». Leur second argument tient compte de la distinction des biens fongibles et des biens durables. Et l'argent est un bien consommable, qui disparaît par l'usage ou par la consommation. De là ils concevaient mal que l'on fasse payer successivement une chose et son usage qui sont inséparables. Dans leur troisième argument ils rejoignent la religion musulmane, sur le fait que le temps appartient à Dieu, donc nous ne pouvons pas faire payer à quelqu'un des intérêts par le seul fait de l'écoulement du temps ¹⁰². L'intérêt paie un bien commun à tous, le temps « l'usure est la fille du temps » or, le temps n'appartient à personne si ce n'est à Dieu, on ne peut donc pas le prêter. Cette doctrine allait même jusqu'à qualifier le débiteur qui paie un intérêt en contrepartie d'un prêt comme un homme qui n'est pas libre ¹⁰³. C'est ce déséquilibre ou cette asymétrie entre la situation du prêteur et celle de l'emprunteur qui rendait, selon Saint Thomas, l'intérêt illégitime. Et le catéchisme de l'Église Catholique, publié par Jean-Paul II en 1992, a aussi indiqué l'interdiction de l'intérêt ou du prêt à intérêt parmi les mesures juridiques prises « dès l'ancien Testament » pour venir en aide aux pauvres et lutter contre les systèmes financiers abusifs sinon usuraires ¹⁰⁴. Nous n'allons pas insister sur la littérature de l'interdiction de l'intérêt à travers la religion musulmane, car nous allons le développer plus amplement dans la section relative aux fondements religieux ¹⁰⁵.

38. L'islam condamne sans équivoque, la pratique de l'intérêt, dans toutes ses sources, et sous toutes ses formes qu'il s'agisse d'un prêt à la consommation ou à la production, qu'il s'agisse de l'usure dans les prêts ou les échanges ¹⁰⁶. D'après ce qui précède nous pouvons conclure que l'intérêt ou l'usure fut interdit dans toutes les religions monothéistes et à la suite de cette influence religieuse, certains philosophes ont, quant à eux, marqué leurs empreintes en développant des thèses allant dans la même mouvance de celles de ces religions.

¹⁰¹ Aristote, *Politique*, trad. J. Aubonnet, éd., les Belles Lettres, 1968-1973, Livre I, chapitre III. p. 30

¹⁰² Cf. M.Thiam, « Le temps dans le dénouement des opérations de banques : Le cas des banques islamiques », *Annuaire Droit et Religion*, Aix- Marseille Vol. 6, Tome 1, 2012-2013, p. 565.

¹⁰³ Saint Thomas d'Aquin, surnommé le docteur angélique et le prince de la scolastique, philosophe et théologien italien qui de par ses œuvres, est devenu la figure majeure de la philosophie scolastique et l'un des principaux théologiens catholiques « Encyclopédie Encarta » Texte dans : http://lesbontextes.ifastnet.com/magiste_re.htm

¹⁰⁴ I. Chapellière *Éthique et Finance en Islam*, op. cit. p. 93, pour l'auteur l'usure est un moyen d'exploiter les plus démunis.

¹⁰⁵ Paragraphe 1, p. 27.

¹⁰⁶ A. Toussi, *Le taux d'intérêt dans le système bancaire islamique*, op. cit. p. 66.

Pourquoi une telle condamnation absolue et unanime par toutes les religions de la pratique d'intérêt ? L'étude des causes de cette prohibition (A), complétée par la situation du débiteur serait indispensable pour apporter une réponse à cette question (B).

A) Les causes de cette prohibition :

39. Les raisons qui ont poussé, en tout temps, les penseurs et les docteurs religieux à combattre la pratique de l'intérêt et que certains continuent toujours d'exercer, sont liées à divers motifs. Ils tiennent principalement à la qualité du débiteur qui est souvent la partie faible du fait qu'il est dans le besoin. Il s'agit d'éviter que le pauvre qui est dans une position de faiblesse ne soit exploité¹⁰⁷ et que le prêteur profite de cette situation pour imposer sa loi. Mais il y a aussi d'autres arguments relatifs à la sanction du débiteur dans l'hypothèse d'un manquement à ses obligations ou à l'inexécution d'un contrat. Si le débiteur n'arrive pas à honorer ses dettes, les sanctions qui seraient prises par le créancier, aussi bien sur le plan civil et pénal, seront lourdes et contraire à la dignité humaine¹⁰⁸

B) La situation du débiteur

40. Le droit romain primitif était à son endroit implacable puisque le créancier saisissait lui-même le débiteur (*Manus injectio* : la main au collet) ou les biens (*pignoriscaptio* : la prise de gage) du débiteur¹⁰⁹. À cet égard on peut évoquer le droit romain des Douze tables selon lequel : « Pour s'acquitter d'une dette avouée ou d'un paiement juridique, que le débiteur aie trente jours de délai ; passé lequel, qu'il soit saisi et amené en justice. Faute de lui de payer ou de fournir caution, que le créancier l'emmène chez lui et qu'il l'enchaîne avec des courroies ou avec des fers aux pieds d'au moins quinze livres ou davantage, s'il veut...¹¹⁰ ».

Dans l'antiquité, le créancier détenait un pouvoir exorbitant sur le débiteur. Ainsi, à la mort de ce dernier le créancier s'empare de ses enfants pour les réduire en esclavage en échange du remboursement de la dette de leur père. L'esclavage pour dette semble être une pratique légitime à l'époque¹¹¹. Les lois germaniques ne sont pas plus favorable aux débiteurs, mais au contraire plus rigoureuses et contraignantes. La sanction du débiteur insolvable était la

¹⁰⁷ M. El-Gamal, *Finance islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques*, De Boeck, 2010. p. 79

¹⁰⁸ P. Michel Lecorre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz 2011, p. 18.

¹⁰⁹ Ph. Malaurie, L. Aynes, *Les obligations*, 5^e ed Defrénois, 2011, p. 625.

¹¹⁰ Cité par, A. Toussi, *Les banques dans le système bancaire islamique*, op. cit. p. 48.

¹¹¹ S. Aldeeb, « Les Intérêts et les banques en droit juifs, chrétien et musulman », Conférence de M. Albeed à la faculté de droit de Luxembourg, le 10 mars 2010, p. 4

mainmise du créancier sur la personne même du débiteur : la traduction de celui-ci en esclavage, était la conséquence légale de l'insolvabilité.

41. En France, jusqu'à la fin du XIX^e siècle et dans beaucoup de pays européens, le créancier avait le droit de faire tenir en prison son débiteur qui n'était pas en mesure d'honorer ces dettes. Cette sanction inhumaine et contraire à la dignité de l'homme était appliquée notamment à l'égard des dirigeants des entreprises qui n'étaient plus en mesure d'honorer leurs dettes¹¹². Dans ce droit classique, la faillite assume à la fois une fonction punitive et liquidative : on réprime le débiteur qui n'a pas pu tenir ces engagements, et l'on vend ce qui lui reste de fortune pour payer ces créanciers. La faillite est donc à la fois un délit pour le débiteur et une voie d'exécution pour le créancier.¹¹³ Cette procédure se transforme en une appréhension de la personne juridique, qui entraîne prise de possession générale et collective de tout son patrimoine.¹¹⁴ Cette procédure était tellement collective que, dans l'hypothèse où le débiteur était tué, les créanciers pouvaient se partager le cadavre.¹¹⁵ Ce sont ces sanctions, non seulement contraire aux droits de l'homme mais aussi à leur dignité, que subissaient les débiteurs ou les emprunteurs, qui avaient poussé certains penseurs à bannir ce type de prêt dans le but de défendre la dignité humaine contre de telles pratiques. C'est dans ce contexte que le législateur français est intervenu, par une loi du 25 janvier 1985¹¹⁶. L'article premier de cette loi devenu article L. 620-1 du Code de commerce dispose : « *Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif.* » cette loi place les créanciers en dernière position, se qui atteste la distinction entre la personne du débiteur et celle de l'entreprise. Cette position est renforcée par l'article 40 de cette même loi qui pose le principe de l'interdiction des créanciers antérieurs, avec l'obligation de revendiquer des bailleurs financier¹¹⁷.

¹¹² Percerou et Desserteaux, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd. Librairie Arthure Rousseau, Paris, 1935, n° 6, cité par P. Michel Lecorre, *op. cit.* p. 18.

¹¹³ P. M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, Dalloz Action, éd. 2011 p. 18.

¹¹⁴ G. Le Bras, « mot l'usure », *Dictionnaire de théologie catholique*, Paris, 1950, col. 2319.

¹¹⁵ P. M. Le Corre, *Droit et pratique des procédures collectives*, *op.cit.* p. 25.

¹¹⁶ La Loi n° 85-99 du 25 janvier 1985

¹¹⁷ Com. 15 oct. 1991, Dalloz, 1991, 632, note Derrida.

II) L'inutilité du prêt à la consommation

42. Il existe deux catégories de prêts, des prêts destinés à la production et d'autres à la consommation. Le prêt à la consommation était jugée contraire aux règles religieuses, du fait de la difficulté de l'application du principe de partage des profits et des pertes, mais aussi de son inutilité. Nous allons traiter le prêt à la consommation (A) , avant d'aborder le prêt à la production (B).

A) L'inadaptation du prêt à la consommation avec les principes religieux

43. Avec le prêt à la consommation, l'emprunteur est un homme besogneux qui se trouve dans l'embarras pour se suffire à lui-même, qui ne contracte un crédit que pour consommer, sans projet productif donnant naissance à des profits ou des pertes. Ce type de prêt ne donne pas de contre valeur ou une valeur ajoutée à l'emprunteur pendant le temps où l'argent emprunté est en sa possession. Et dans cette catégorie, les emprunteurs sont de simples particuliers, qui, souvent, ne peuvent résister à leur passion, et sont des emprunteurs dits voluptueux. Cette opération financière n'entrait pas dans la politique bancaire islamique de l'époque qui avait pour mission de combattre la pauvreté au sein de la communauté musulmane. Le prêt à la production semblait être plus apte pour réussir cette mission (B).

B) L'harmonie du prêt de production avec les règles religieuses

44. Le second type de prêt qui, comme son nom l'indique est un prêt de production permet à l'emprunteur de créer une valeur ajoutée produisant des profits¹¹⁸. Ce prêt à la production n'était pas trop pratiqué compte tenu de la taille des marchés et le niveau industriel de l'époque. Cela entraînait que seuls les prêts à la consommation étaient les plus pratiqués mais non seulement ils ne permettaient pas de résoudre les problèmes de l'époque mais ils contribuaient à les aggraver en provoquant des surendettements. De ce caractère inattendu il résultait une défaveur pour le prêt en général et plus particulièrement pour le prêt à la consommation. Cette conception du crédit se manifestait surtout dans certains pays où le prêt à la consommation était l'activité principale des banquiers, comme dans les villes phéniciennes et dans les sociétés arabes¹¹⁹. C'est cette préférence du prêt à la consommation au détriment du prêt à la production et son inutilité qui avaient donné naissance à un climat défavorable à ces types de prêts et à la notion de prêt à intérêts en général.

45. En effet le prêt, du point de vue économique, n'est plus un instrument de production mais un moyen d'exploiter les pauvres. Il en est ainsi aujourd'hui dans des pays comme la France, avec la recrudescence du crédit à la consommation, qui augmente le taux d'endettement des particuliers, ce qui a entraîné l'adoption d'une loi qui vise à allonger le délai de rétractation dans le domaine du crédit à la consommation en le faisant passer de 7 à 14 jours¹²⁰.

46. Il ne faut pas assimiler, l'intérêt et le capital, car le capital ne correspond pas toujours à l'argent ou la monnaie. Comme nous le rappelle Leroy Baulieu: « ce que le prêteur livre en réalité à l'emprunteur, c'est le capital, sous son expression la plus générale, la plus indéterminée, mais susceptible de se transformer en objets concrets, au choix et suivant les besoins de l'emprunteur. Ce qui fait, en substance, l'objet du transfert c'est la faculté appartenant au prêteur, par suite soit de ses épargnes, soit de son travail antérieur, soit des arrangements sociaux, de puiser dans l'actif social, jusqu'à concurrence d'une valeur

¹¹⁸ Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 8^e éd. Litec, 2011, p. 243.

¹¹⁹ Gh. Ghaussy, « Etude sur la théorie de l'ordre économique islamique », *Les capitaux en islam, op. cit.* p. 44.

¹²⁰ Cf. S. Piedelièvre, « La réforme du crédit à la consommation », *Dalloz*, 2010, 1952, n° 1 : La loi Lagarde : Réforme du crédit à la consommation et lutte contre le surendettement, Ministère de l'économie des finances 2011,

déterminée des objets de toutes nature à son choix. Or ces objets peuvent être soit des articles de consommations, soit des instruments de production ¹²¹»

Nous pouvons donc observer que la plupart des religions, du moins à l'origine, ont été, avec plus ou moins de rigueur, défavorables à l'intérêt. Uniquement préoccupées de répandre parmi les hommes les idées et les sentiments d'amour et de charité, elles considéraient comme une infraction aux relations charitables et comme une violation de la nature des choses un prêt qui comporte non seulement la restitution de la chose prêtée, mais encore un accroissement. Nous pouvons citer un exemple de cette hostilité à travers les propos d'un économiste espagnol très connu dans les études théologiques, qui résume la position de toutes les religions monothéistes sur leur condamnation sans équivoque de la prohibition de l'intérêt : « On sait que la loi judaïque primitive n'a admis le prêt à intérêt que dans les relations des hébreux avec les autres et non dans celle des hébreux entre eux ». On sait que le Coran interdit aussi l'intérêt et le Deutéronome dit : « *tu ne donneras pas à ton frère de l'argent à usure et tu n'exigeras pas de lui plus de grains que tu ne lui en as donné* » et le Lévitique confirme cette règle : « *tu ne prêteras à usure ni l'argent, ni grains, ni autre chose quelconque à ton frère, mais seulement à un étranger* » ¹²². Enfin on sait que l'Évangile de Saint Luc dit expressément : « aimez vos ennemis, faites-leur du bien et prêtez-leur sans en espérer aucun avantage » ¹²³.

47. Le reproche que la plupart des religions adressent à l'intérêt, c'est le fait que les prêteurs à intérêts s'enrichissent des misères du prochain, qu'ils tirent avantage de la faim et de « *la nudité des pauvres, que prêter à intérêt, c'est récolter là où l'on n'a rien semé.* » selon Saint Basile ¹²⁴.

¹²¹ Cf. A. Toussi, *Le taux d'intérêt dans le système bancaire islamique*, op. cit. p. 67.

¹²² Le Lévitique XXV, 35-37, V. S. Aldeeb, « Les banques chez les Juifs, Chrétiens et Musulmans », op. cit. p. 6.

¹²³ Cité par R. Draï, « La question de la monnaie dans le judaïsme », in *Ethique financière*, centre de recherche en éthique économique et des affaires et de déontologie professionnelle, Ed. Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, coll. « *Ethique et déontologie* », 2000, p. 78.

¹²⁴ V. L. Aragon, « L'usure mosaïque en terre de France » :

Disponible en ligne http://der.stuermmer.com/french/lusure_mosaïque_en_terre_de_france, consulté le 7 déc. 2011

48. Le trait commun de toutes les réflexions et analyse religieuses est l'affirmation de l'infécondité de l'argent : comme le disaient les romains « *l'écu n'engendre pas d'écu* »¹²⁵.

49. Cette condamnation du prêt à intérêt remonte donc à un temps très lointain comme étant contraire à la morale et à la justice sociale. Chez les Grecs, une doctrine de la lutte contre la pratique de l'intérêt apparaît pour la première sur les écrits d'Aristote, qui considère que l'activité économique toute entière est suspecte et dangereuse. Toute transaction, tout transfert de fonds qui donne lieu à une rémunération ou un paiement est immoral¹²⁶. Selon ce philosophe grec l'argent ne fait pas de petits. Il doit plutôt faciliter l'échange. Les romains n'étaient guère attirés à l'origine, par les activités bancaires et financières. Quant le besoin s'en faisait sentir, ils se contentaient de recourir au crédit mutuel « *mutum* » conçu, du moins à l'origine, comme une forme d'entraide excluant le taux d'intérêt. Comme le résume Lebras cette situation dans son article intitulé le mot l'usure : « comme le droit grec, le droit romain a connu le prêt à intérêt, mais tandis qu'il fut en Grèce un élément de prospérité, il n'engendre à que misère et troubles ... »¹²⁷.

C'est dans ce contexte que les Grecques ont réglementé le prêt à intérêt¹²⁸. Le prêt a eue une double fonction politique découlant de la nature de la chose prêtée. Les biens consommables, c'est-à-dire qui se pèsent, se comptent ou se mesure. Les prêt d'usage appelé *commodat* qui exige le transfert de propriété¹²⁹.

50. Cette condamnation unanime de l'intérêt dans les religions monothéistes à travers la plume de certains penseurs¹³⁰, pour garantir une justice sociale basée sur des relations commerciales ou financières guidées par des principes de solidarité et des règles participatives. Parmi ces théologiens qui ont développé des thèses pour innocenter le prêt à

¹²⁵ Cf. Aristote, *Les politiques*, op. cit. p. 12, l'auteur développe l'idée de la stérilité de la monnaie, « L'argent ne fait pas de petit ».

¹²⁶ Ch. Cardahi, « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique du droit moderne et de la loi islamique », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 7 n° 3, Juil. Sept. 1955, p. 499.

¹²⁷ G. Lebras, op. cit. p. 2320.

¹²⁸ Ch. Cardahi, « Le prêt à intérêt et l'usure dans la législation babylonienne, dans la Grèce antique et dans le Rome », in « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique », op. cit. p. 501

¹²⁹ A. Toussi, *Le taux d'intérêt dans le système bancaire islamique*, op. cit. p. 27.

¹³⁰ Cf. H. Benmansour, *L'Islam et le riba : pour une nouvelle approche du taux d'intérêt*, Dialogues Paris, 1996, p. 32. Baqer al-Sadr, Max Weber,

intérêt, on peut citer Saint Thomas au XIII^{ème} siècle qui autorise l'intérêt par le fait que. Selon, ce dernier le prêteur subit un double préjudice d'une part du fait de sa perte de droit de propriété pendant toute la durée de l'opération de prêt et d'autre part par le profit que l'emprunteur tire de son patrimoine.¹³¹ C'est cette thèse de Saint Thomas qui nourrit tout le développement en faveur de ce courant qui autorise la pratique du prêt à intérêt. Il est vrai que la thèse développée ci-dessus fait allusion aux prêts à la production. La distinction des deux catégories de prêt avait posé les premiers critères permettant à assouplir la condamnation de l'intérêt.

Paragraphe II : Assouplissement de la condamnation de l'intérêt

51. Malgré toutes ces interdictions et ces attaques contre l'intérêt, le prêt à intérêt a continué à occuper une place non négligeable dans le système économique de bon nombre de pays¹³². Pourtant pendant longtemps, la France était restée toujours fidèle à cette prohibition¹³³. La législation civile française était, du reste, pendant très longtemps considérée comme la plus sévère d'Europe au moment où tous ses voisins avaient validé le prêt à intérêt sous toutes ses formes¹³⁴.

Le droit français était fidèle à l'idéologie catholique de l'époque¹³⁵. Calvin a été le premier théologien de l'ère moderne à légitimer moralement la pratique du prêt à intérêt. Selon Calvin la Bible condamne l'intérêt là où devrait se manifester la charité, elle ne parle pas, en revanche, d'une autre pratique, dénommée « le prêt de production », c'est-à-dire le type de prêt qu'exige l'élargissement d'un marché et qui n'entre pas dans le cadre du devoir de charité¹³⁶.

52. En opposition avec cette opinion calviniste légitimant la pratique du prêt à intérêt, l'Eglise catholique continua à interdire cette pratique. Elle n'a levé l'interdiction des intérêts

¹³¹ Cité par Ph. Bazard, *Le riba et la conception monétaire en islam médiéval (VII^{ème}-XII^{ème} siècle)*, mémoire de DEA, Paris 1 Année 93. p.16 l'auteur ne cesse de percevoir dans l'intérêt une rente absolue, en raison de la distinction entre accord volontaire absolu et accord volontaire conditionné.

¹³² Cf. A. Lapidus, « Doctrine de l'usure et théorie de l'intérêt ». Contribution présentée à la 2^e journée internationale de l'économie monétaire et bancaire, Nice, juin 1985.

¹³³ P. Gruson, *Les taux d'intérêt comprendre la valeur et le rendement d'un titre financier*, Dunod, Paris, 1992, p. 14.

¹³⁴ F. Aftalion, P. Poncet, *Les taux d'intérêt*, Presses universitaires de France, 1984, pp. 3-4.

¹³⁵ Ce fut avec une loi de 1789 promulguée par un décret du 12 octobre 1789, que la France avait abrogé formellement l'interdiction de l'intérêt et fixe le taux de celui-ci à 5%. Les décrets n° 2002-927 et 2002-928 du 10 juin 2002 ont mis sur point le droit interne en conformité avec le droit communautaire, Cf. Banque et droit sept-oct. 2002, p. 44.

¹³⁶ S. Aldeeb, « L'intérêt et la banque en droit juif, chrétien et musulman », *op. cit.* p. 9.

que par le canon 1543 du Code de droit canonique de 1917¹³⁷. Dans le même temps, l'Angleterre était le pays où la légalisation de la pratique de l'intérêt avait eu lieu sans agitation doctrinale¹³⁸. Le développement de son industrie et la poussée de son commerce furent un corollaire du prélèvement de l'intérêt.

53. L'Italie qui fut un pays où l'Eglise avait une forte influence, avait cependant occupé une place phare dans le commerce de l'Europe. Sa position hybride faisant de ce pays un lieu de culte mais aussi une place commerciale, avait conduit le législateur à favoriser la pratique de l'intérêt. Son épanouissement économique faisait que ce pays ne pouvait pas vivre sans une économie basée sur la pratique de l'intérêt¹³⁹. Cette prohibition a connu des assouplissements doctrinaux (I) et des distinctions juridiques favorable à l'intérêt (II).

I) Assouplissements doctrinaux à la pratique de l'intérêt

54. Pour légitimer ainsi la notion d'intérêt plusieurs idées ont été avancées par le savant égyptien, Youssef al-Qardhaoui, vers la fin des années 90¹⁴⁰.

- L'intérêt est le prix du temps car un bien futur, à cause de la brièveté et de l'incertitude de la vie humaine, ne vaut jamais un bien présent de même qualité et quantité ;
- Il correspond à l'indemnité du préjudice éventuel que le prêteur peut subir du fait de l'abandon de sa chose, des circonstances imprévues pouvant se présenter pendant la durée du prêt et le fait de ne pas pouvoir disposer de l'objet prêté lui imposerait soit une perte matérielle soit des tracas et des ennuis.

¹³⁷ R. Denis, « La rémunération du capital à la lumière de la doctrine traditionnelle de l'Eglise catholique », in : *Catholica*, n°86, hiver 2004/05, reproduit dans : http://www.salveregina.com/Chretiene/Le_pret_a_interet_Ramel_et.htm. Si une chose fongible est donnée à quelqu'un en propriété et ne doit être restituée ensuite qu'en même genre, aucun gain à raison du même contrat ne peut être perçu ; mais dans la prestation d'une chose fongible, il n'est illicite en soi de convenir d'un profit légal, à moins qu'il n'apparaisse comme immodéré, ou même d'un profit plus élevé, si un titre juste et proportionné peut être invoqué (texte dans : <http://lesbonstextes.ifastnet.com/magistere.htm>)

¹³⁸ R. Dhordan, O. Clodong, *Les taux d'intérêt. Instrument monétaire au cœur de l'économie*, Les éditions d'Organisation, 1993, pp. 50-51.

¹³⁹ M. Johnner, « La liberté et l'argent : calvinisme et économie », *La Revue réformée*, p. 1.

¹⁴⁰ M. Fall Ba, « Fondement *fiqhi* de la finance islamique », *Techniques de finances et développement*, n° 90, en 2002, Hassan Abbas ZAKI, ancien ministre de l'économie, président du conseil d'Administration de la société arabe internationale de banque, a adressé la question suivante à Sayed Tantaoui, imam de la mosquée d'El-Azhar au Caire, une des nombreuses voix officielles de l'islam. « Les clients de la société internationale Arabe de Banque confient leurs avoirs et épargnes à la dite banque qui utilise et investit dans les opérations licites en contrepartie d'un profit à leur payer qui est défini au préalable une période convenue. Pouvez-vous nous dire le statut de cette opération du point de vue de la charia. Le texte de leur réponse a été formulée sous forme de fatwa stipule que les clients qui traitent avec cette société en leur confiant leur avoir et leur épargne. Cette opération est licite et ne présentant aucune équivoque

- L'intérêt constitue aussi la prime contre le risque de non restitution ou de retard dans la restitution ou encore des démarches et des frais qu'éventuellement on pourrait avoir à faire pour arriver à cette restitution ;

- L'intérêt représente aussi la récompense de l'abstinence et de l'épargne, beaucoup de personnes n'ayant été induites, sinon à l'épargne d'une façon absolue, du moins à un certain niveau d'épargne que par la perspective de cette rémunération perpétuelle qu'on nomme l'intérêt.

- Enfin et c'est l'élément suprême de l'intérêt du capital dans les sociétés modernes, l'élément qui est le régulateur même du taux de cet intérêt et qui est, au fond, le motif déterminant de la plus grande partie des prêts chez les peuples progressistes, c'est la productivité même du capital, c'est la possibilité pour l'emprunteur d'en tirer un profit, un accroissement, tout en le conservant indéfiniment en bon état et même valeur.

Ce sont ces causes qui ont permis de rendre la pratique du prêt à intérêt licite dans certains pays occidentaux mais cette acceptation, fera l'objet d'une réglementation dans ces pays dans le souci d'éviter tout abus. C'est cette réglementation qui fait apparaître le terme usure, qui n'était pas synonyme du mot intérêt.

55. . Dans le même temps, seule la religion musulmane est restée fidèle à cette interdiction, malgré la pression de certains docteurs avec le prononcé de certaines *fatwas* ou des *hiyal* ou des ruses. Les *hiyal* sont des artifices ou des expédients qui contournent la lettre de la loi et que l'on considère généralement comme acceptables, dans la mesure où, conçus dans une intention louable. Ils ne concernent pas un point fondamental du dogme. Ainsi de nombreux *oulémas* saisis d'un cas difficile, tout en proclamant leur soumission à la loi, vont-ils s'efforcer de découvrir « avec le Ciel des accommodements permettant d'éluder les solutions dogmatiques entachées d'un caractère théorique dangereusement absolu, et de pourvoir de façon plus pragmatique aux nécessités quotidiennes surgies depuis Mahomet (...) ». « Toute l'œuvre des *hiyal* (ruses), ces expédients juridiques parfaitement conformes à la lettre de la *Charia*, peut être définie (comme) l'emploi de moyens légaux à des fins extra-légales. Il s'agit de tourner les règles positives, sans offenser Allah ... C'est ainsi qu'en dépit de l'interdiction coranique, l'institution du prêt à intérêt a pu se réaliser couramment par deux ventes successives, fictives mais irréprochables en la forme, intervenant réciproquement entre deux

individus¹⁴¹ : le prix stipulé par le premier vendeur et qui n'a aucune mesure avec la valeur réelle de la chose, représente le capital prêté, la différence de celui-ci avec le prix stipulé pour la rétrocession constituant l'intérêt "camouflé" »¹⁴².

Par ailleurs, à titre de remèdes et afin de venir à bout des multiples difficultés rencontrées, les juristes musulmans ont dû faire appel à un certain nombre de notions, d'outils et de règles tels que : l'état de nécessité (A), la facilitation (*souhalat*) et le recours au *hiya* (B).

A) L'état de nécessité (*darura*)

56. Repose sur la croyance que Dieu désire libérer le croyant du poids des épreuves qui pèsent sur lui, conformément aux versets suivants : « *Dieu veut la facilité pour vous, il ne veut pas, pour vous, la contrainte* » (II, 185). Et, de même, « *Nous n'imposons à chaque homme que ce qu'il peut porter* » (XXIII, 62).

Aussi, selon l'enseignement d'El Ghazali (4^e siècle de l'hégire) auquel se conformèrent ensuite de nombreux jurisconsultes¹⁴³, la personne qui se trouve en état de nécessité peut s'affranchir d'un interdit divin. Encore faut-il qu'il s'agisse d'un réel impératif pour la personne concernée et qu'un intérêt d'ordre vital soit en jeu.

Comme l'a écrit Ibn Taimiya (1268-1328)¹⁴⁴, théologien hanbalite, la plus rigoriste des écoles juridiques, dans son traité de droit public : « *Il convient de ne pas oublier que Dieu n'impose à aucune créature de tâche au-dessus de ses forces* » ; et n'hésitant pas à user d'une image saisissante, il ajoute plus loin : « *Les hommes n'acceptent la justice que dans la mesure où elle les aide à satisfaire leurs besoins. Cette satisfaction des besoins devra être considérée comme faisant partie du service et de l'obéissance que l'on doit à Dieu. N'est-ce pas un devoir, pour l'homme, que de manger, de boire, de se vêtir ? L'homme a le devoir de se nourrir de chair de cadavre, si la nécessité l'y contraint, ainsi que l'enseignent la plupart des jurisconsultes (...)* »¹⁴⁵. Ce principe, largement utilisé par la grande majorité des juristes, a ainsi longtemps permis à tous les musulmans pieux de souscrire des polices d'assurance

¹⁴¹ Cette forme d'accord porte le nom de *mourabaha* et, selon S. Jahel (« *Le Khiyar Al-Charti, clause de repentir du droit musulman, et les intermittences de la volonté* », Mélanges Boyer, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 313) elle est abondamment pratiquée par les banques islamiques.

¹⁴² Cité par R. Charles, *Le droit musulman*, Presses Universitaires de France, 1953, pp. 25-26.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Cité par G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2^e éd., Revue banque éditions, 2012, p. 38.

¹⁴⁵ H. Laoust, *Le traité de droit public d'Ibn Taimiya*, Imprimerie catholique, Beyrouth, 1948, p. 143.

auprès de sociétés d'assurance conventionnelle dans un pays où n'existait aucun assureur islamique. De même, les entreprises *takaful*¹⁴⁶ dont le besoin de réassurance ne faisait aucun doute, pouvaient, en l'absence de tout fournisseur de réassurance islamique, invoquer l'état de nécessité pour passer des traités avec des réassureurs conventionnels. Enfin, en matière financière et en dépit de l'interdiction du *riba* empêchant une banque islamique de recourir à un endettement portant intérêt, les juristes admettent une telle formule à condition que ce soit dans des proportions raisonnables, avec un seuil généralement fixé à un tiers de la valeur comptable de l'entreprise, sur une période donnée (en principe douze mois).

B) La facilitation (*souhalat*) et Le recours aux sources secondaires

57. Elle représente un principe qui se déduit indirectement d'un verset du Coran : « *Nous vous éprouvons par un peu de crainte, de faim, par des pertes légères de biens, d'honneurs ou de récoltes* »¹⁴⁷. Il s'ensuit qu'il convient de rechercher tous moyens de faciliter l'existence des croyants, d'où notamment la règle de la liberté contractuelle, désormais admise par la majorité des jurisconsultes¹⁴⁸. Toutes les sortes d'obligations imaginables étant admises¹⁴⁹, à moins qu'elles ne fassent l'objet d'une prohibition explicite, la création des contrats innommés¹⁵⁰ utiles au développement et au commerce¹⁵¹ devient légitime et relève de l'ingéniosité des juristes¹⁵². Là encore, Ibn Taimiya a souligné l'évidence d'une telle opportunité : « *On suivra dit-il, le principe suivant : on n'interdira aux hommes aucune des transactions dont ils ont besoin, à moins qu'elles ne soient interdites par le Livre et la Sunna* »¹⁵³. Le recours aux sources secondaires avait permis d'atténuer l'interdiction (1), en faisant appel au mécanisme du *hiyal* (2).

1) Le recours aux sources secondaires

58. Certaines écoles ont parfois critiqué le recours à des sources secondaires du droit, telles que *qiyas* ou *hiyal*. Mais ces outils, et en particulier le dernier, qui consiste en des expédients

¹⁴⁶ Une forme d'assurance, fondée sur la solidarité ou la mutualité, dans le système musulman. Cette notion fera l'objet d'une analyse et d'une étude dans la deuxième partie de cette thèse.

¹⁴⁷ Le Coran, Verset 2, sourate 155.

¹⁴⁸ G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, 2^e éd., Revue banque éditions, 2012, p. 38.

¹⁴⁹ A. Abi Haidar, *La banque islamique : Essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, thèse Paris 2, 1991, p. 285.

¹⁵⁰ N. Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op.cit. p. 84.

¹⁵¹ Ch. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, 2005, p. 65.

¹⁵² Ce qui contribue à l'avènement d'un droit nouveau.

¹⁵³ Tout ce qui n'est pas interdit est permis en Islam.

ou des échappatoires et dont nous avons fourni précédemment un exemple¹⁵⁴, sont estimés importants dans la mesure où, permettant d'esquiver certaines interdictions, ils sont utilisés au service du bien-être de la communauté. J. Schacht met l'accent sur la situation de nécessité dans laquelle se trouvent les personnes recourant à de tels artifices :

2) Les *hiyals*

59. « Permettent à des gens qui, sans cela, sous la pression des circonstances, auraient agi contre les dispositions de la loi sacrée, de parvenir au résultat désiré tout en se conformant réellement à la lettre de la loi »¹⁵⁵. Cette interdiction ne veut pas dire que le capital ne doit pas être rémunéré. Ce qui est interdit c'est l'intérêt fixé d'avance. La formule de rechange aux taux d'intérêt fixes est la participation aux profits et le partage des pertes.

Le droit musulman n'interdit pas le fait qu'un débiteur paie volontairement un excédent au créancier¹⁵⁶. D'autre part le droit musulman permet d'emprunter à intérêt en cas de nécessité. L'état de nécessité est défini par le Prophète Mahomet : « *c'est quant du matin au soir on ne trouve pas de quoi se nourrir* ». De ce fait, les juristes ont défini la cessation de l'état de nécessité par le fait de calmer sa faim, à la différence de l'Imam Malik, qui le définit par le rassasiement¹⁵⁷. Les docteurs religieux et l'autorité religieuse de l'Université Al-Azhar, ont été influencés par le législateur de certains pays musulmans, tels que celui de l'Algérie et de l'Égypte qui ont autorisé dans leurs codes civils la pratique de l'intérêt, puisque ces législations, ne s'appliquent qu'aux personnes physiques. L'exemple le plus frappant est celui du Bahreïn, qui autorise les intérêts en matière commerciale¹⁵⁸.

60. Une jurisprudence venue de la plus haute juridiction islamique, Al-azhar, peut illustrer l'atténuation de cette prohibition, posée dans toutes les sources du droit musulman.

Les faits remontent à 1968, la faculté de médecine de l'université Al-azhar avait commandé des matériels médicaux auprès d'un commerçant et un premier paiement a été effectué, le jour même de la commande. Après la livraison, quelque temps après, l'acheteur s'est aperçu que le

¹⁵⁴ Cf. Paragraphe relatif à l'assouplissement du principe de l'interdiction du *riba*

¹⁵⁵ J. Schacht, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1983, p. 71.

¹⁵⁶ Un compagnon du Prophète avait consenti un prêt à Mohamed, ce dernier lui a rendu plus qu'il ne lui avait prêté. D'après un *hadith* « *le meilleur d'entre vous est celui qui rembourse mieux sa dette* », voir K. Malika : *Une banque originale, la banque islamique*, Imprimerie NajahEl-Jadidah, Casablanca, 2002, p. 77.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ L'article 76 du Code commerce du Bahreïn de l'année 1987 promulgué le 22 mars 1987 « *Le prêt en matière commerciale est assortie d'un intérêt* »

bien livré ne répondait pas aux conditions du contrat et il refuse de payer le reste du prix de vente du bien en question. Le fournisseur l'assigne en justice, en demandant le paiement de la somme restant due en plus des intérêts moratoires. Le tribunal administratif accueille la demande du fournisseur, ainsi que les intérêts relatifs au retard de remboursement, au taux de 4%. L'acheteur saisit la Cour administrative en soulevant l'exception d'inconstitutionnalité de l'article 226 du Code civil égyptien, relatif aux intérêts dits moratoires qui sanctionnent le retard dans les obligations de sommes d'argent. L'affaire est renvoyée devant la cour suprême qui condamne l'université à payer les intérêts moratoires à son fournisseur¹⁵⁹. Elle refuse l'argument de l'université en déclarant que l'article 2 de la constitution qui édicte que la charia est la source principale de la législation ne vise que les seules lois qui lui sont postérieures. Les textes antérieurs, dont le Code civil de 1984, ne saurait en revanche être attaqué pour inconstitutionnalité, puisque la nouvelle règle n'a pas d'effet rétroactif et qu'ils datent d'une époque où ils n'encouraient nullement un tel reproche.¹⁶⁰ Cette position du législateur dans certains pays musulman, tendant à légaliser la pratique des intérêts moratoires, dans leurs textes législatifs, soutenu par certaines juridictions, marque un assouplissement de cette interdiction qui est pourtant très forte et absolue dans toutes les sources du droit islamique.

61. Cette appréciation de l'intérêt a connu une évolution, non seulement dans les courants de pensées, mais aussi sur les écrits des trois religions monothéistes. Au départ il a été interdit dans toutes les religions et au fil du temps des tempéraments ont été apportés avant que l'intérêt ne soit canalisé à travers la notion d'usure. L'interdiction se retrouve au-delà d'une limite à partir de laquelle l'intérêt devient usuraire. La pratique de l'intérêt a été légitimée à travers les religions. Surtout en Europe, avec la poussée du commerce et des échanges commerciaux, l'intérêt était devenu un élément indispensable pour l'épanouissement de l'économie.

62. Après sa légalisation, il a fallu trouver un moyen de la réglementer afin d'éviter toutes pratiques abusives, certaines pratiques pouvant être néfastes pour le débiteur. C'est de cette réglementation qu'est née la distinction entre l'intérêt et l'usure.

¹⁵⁹ Dans son arrêt du 4 mai 1985 la Cour constitutionnelle s'est prononcée indirectement sur le fond de cette affaire en affirmant l'article 226 n'est pas conforme à la constitution.

¹⁶⁰ El – Mahdi, *Les intérêts moratoires, étude comparative avec la charia*, le Caire, 1986, pp. 15 et s.

I) Distinctions juridiques favorables à l'intérêt

63. Les thèses développées en faveur pour l'abandon de l'interdiction de l'intérêt ont été avancées sur la distinction entre l'intérêt et l'usure. La conception posée en France (A) en distinguant l'intérêt et l'usure est différente de la législation d'autres européens voire américains (B).

A) La législation française sur l'usure

64. En France, l'usure est définie « comme étant un taux d'intérêt excessif rattaché à une somme faisant l'objet d'un prêt ou d'un contrat similaire, il constitue un délit pénal exposant à une peine d'amende de 45.000 euros et ou à un emprisonnement de 2 ans¹⁶¹ ». Alors qu'autrefois y avait assimilation de l'usure et de l'intérêt c'est-à-dire le « prix du service rendu par le prêteur à l'emprunteur, et payé par ce dernier pour acquérir l'usage d'une somme pendant une période déterminée », aujourd'hui l'intérêt et l'usure se distinguent par le taux pratiqué, comparé à un taux de référence ou taux effectif global¹⁶². Ce taux permet aux autorités de faire pression sur les établissements de crédit et de surveiller le seuil autorisé par les organes régulateurs et de contrôle.

65. La législation de l'usure trouve son origine dans l'Ancien Testament, dans lequel chacun des trois livres¹⁶³ contiennent une prohibition du taux d'intérêt¹⁶⁴. Selon que l'intérêt s'adresse à tous les Juifs, à tous les pauvres ou entre les Juifs et les non Juifs. Puisque l'Europe continentale en général et la France en particulier sont tellement marquées par l'interdiction du prêt à intérêt défendu par Thomas d'Aquin au XIII^e siècle, ce qui a donné lieu à la limitation du taux.

66. La réglementation du taux d'intérêt élevé n'est pas chose récente en France¹⁶⁵, même si le phénomène a pris de l'ampleur au cours de ces dernières années avec la conjoncture économique menacée par la crise et l'augmentation du taux de chômage. C'est en fait, une loi

¹⁶¹ L'article L. 313. 3 du Code de la consommation ; S. Guinchard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 19^e éd. Dalloz, 2012, p. 878. Le délit d'usurier est apprécié au moment de la conclusion des contrats, V. TGI Sarreguemines, 23 nov. 2001, Banque et Droit janv. Fév. 2003, 65, obs. Guillot.

¹⁶² Cf. l'article L. 313.3 du Code de la consommation, son indication est obligatoire sous peine de sanction, Civ. 1^{er}, 21 jan. 1992, n° 02-12.598.

¹⁶³ L'Exode, le Lévitique et le Deutéronome.

¹⁶⁴ A. Toussi, *Le Taux d'intérêt dans le système financier islamique*, op.cit. p. 35; V. aussi Cohn, Haim H.: usury, in *The principles of jewish law*, édité par Menachem Elon, Encyclopaedia judaica, Jerusalem, 1975, colonnes 500-505.

¹⁶⁵ C. Alain, *Taux d'intérêt, plus value et épargne en France*, PUF, Paris, 1976, p. 8.

de 1807, qui a permis au législateur d'établir la distinction entre le taux d'usure et le taux légal¹⁶⁶. Le taux plafond en matière commerciale a été abrogé par une loi de 1886, qui a permis de faciliter la concurrence et de libéraliser le commerce. C'est en 1918 que le domaine de la loi civile fut étendu en matière commerciale, toutefois, cette loi de conjoncture n'a pas vécu longtemps. Elle sera remplacée par une loi de 1935, qui va restaurer les taux plafond et deux lois, du 28 décembre 1966 et du 31 décembre 1989 vont compléter celle de 1935 qui avait prévu des moyens de protection et d'encadrement suffisant pour les emprunteurs¹⁶⁷. Il est à noter que la France n'est pas le seul pays occidental à avoir légiféré sur l'usure, car ses voisins n'ont pas manqué l'occasion pour instaurer des outils garantissant la protection des emprunteurs¹⁶⁸. Par contre cette interdiction semble limitée à l'Europe¹⁶⁹.

B) La conception de l'usure dans d'autres pays

67. Ainsi dans des pays comme les États unis et le Canada, il n'existait pas une réglementation permettant de déterminer le taux d'usure, ce pouvoir était réservé aux tribunaux¹⁷⁰. Il a fallu attendre une loi du 19 décembre. 2012 qui impose aux banquiers et aux établissements habilités à octroyer des crédits de publier leur taux minimal d'intérêt¹⁷¹. Les lois fédérales américaines ont été abolies à partir de 1978.

68. Le Royaume-Uni s'est interrogé sur la réglementation des taux d'intérêt élevés pour régulariser le système bancaire et lutter en même temps contre la pauvreté, mais cette tentative s'est finalement soldée par un rejet. En Autriche aussi il n'existe pas de taux

¹⁶⁶ Cf. R. Routier, *Obligation et responsabilité du banquier*, op.cit. ; V. aussi Th. Bonneau, *Droit bancaire*, 9^e, Montchrestien, Paris, 2011. Cette distinction est matérialisée par le TEG Civ. 1^{er}, 22 jan. 2002, n° 99-13.456, *Dalloz*, 2002, Jur. 2670, note A. Debet.

¹⁶⁷ L. Attuel-Mendès, A. Ashta, « La législation française en matière d'usure et le développement de l'accès à crédit des micro-entreprises », *Cahiers du CEREN* 21 (2007) p. 8. Cf. Lois, n° 89-1010 du 31 décembre 1989 et n° 2005- 882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

¹⁶⁸ Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Le droit bancaire*, op. cit. p. 338.

¹⁶⁹ La directive européenne 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit à la consommation

¹⁷⁰ L. Attuel-Mendès, A. Ashta, « La législation française en matière d'usure et le développement de l'accès à crédit des micro-entreprises », *Cahiers du CEREN* 21 (2007) p.4

¹⁷¹ Art. 21 de la loi bancaire canadienne : [http:// canlii.ca/hckh8](http://canlii.ca/hckh8). ; Aux États unis aussi le taux d'intérêt a connu une baisse considérable entre sept. 2007 et déc. 2008, passant d'un taux de 4.75 à 0.25%. cf. [http:// général-rates.com](http://général-rates.com)

plafond, mais par contre il existe des réglementations destinées à empêcher l'exploitation de l'un des contractants en utilisant la notion de clauses abusives ou déloyales¹⁷².

69. D'autres pays ont suivi la voie française en instaurant des lois qui réglementent les taux d'intérêts trop élevés. Par exemple en Allemagne, l'appréciation du taux usuraire est laissée au pouvoir des juges qui se basent sur les moyennes des marchés publiés chaque mois par le Bundesbank pour les différents types de crédit. De manière générale est considéré comme taux usuraire en Allemagne le taux qui est le double du taux moyen pratiqué sur le marché du type de crédit considéré. Le taux qui excède de douze points le taux usuellement pratiqué sur le marché est également jugé usuraire. En Espagne, la loi du 23 juillet 1908 prévoyait la nullité de tout contrat dont l'intérêt est « notablement supérieur aux taux normal de l'argent et manifestement disproportionné »¹⁷³. Ce pays a fait des avancées remarquables dans ce domaine en instaurant un taux usuraire, qui est de 50%¹⁷⁴. Cette appréciation, à l'image de la législation allemande, est confiée aux juges, ce qui permet plus de souplesse, mais engendre vraisemblablement plus d'insécurité, car la détermination du taux usuraire est apprécié en fonction des clauses¹⁷⁵. En Italie, la loi considère comme usuraire, tout taux qui est supérieur au taux moyen, mais également un taux même inférieur lorsqu'il est appliqué à un emprunteur en grave situation financière¹⁷⁶. La France est, depuis peu, en train d'atténuer sa législation sur l'usure, pour faciliter le développement de la micro finance et du micro crédit¹⁷⁷. L'évolution de la législation française dans le domaine de l'usure était justifiée, en effet, par des arguments tenant à la difficulté de trouver des financements qui constitue le principal frein pour les porteurs de projets¹⁷⁸.

¹⁷² L'article 190ter du Code civil énonce qu'il est interdit de mentionner un taux d'intérêt nettement supérieur au taux usuel ;

¹⁷³ La loi du 07. 01. 2000 stipule que les taux d'intérêt ne peuvent être sensiblement supérieurs au taux d'intérêt moyen. Ainsi l'évaluation précise de l'usure est laissée à l'appréciation des tribunaux. V. Travaux parlementaires, Rapports « Accès des ménages au crédit en France : les législations sur l'usure sont différenciées en Europe » : disponible www.senat.fr/rap/r05-261/r05-261.

¹⁷⁴ A. Broder, *Histoire économique de l'Espagne contemporaine*, Economica, 1998, p. 298 ; V. aussi A. Huetz de Lemp, *L'économie de l'Espagne*, Armand Colin, Paris 1998, 303 pages.

¹⁷⁵ Au cours des années la Deutsche Bundesbank, a convergé vers l'idée d'un taux égal au double du taux moyen

¹⁷⁶ V. Travaux parlementaires, Rapports « Accès des ménages au crédit en France : les législations sur l'usure sont différenciées en Europe » : disponible www.senat.fr/rap/r05-261/r05-261; V. Banque de France, comité de suivi de la réforme de l'usure, Exercice 2012, p. 9.

¹⁷⁷ Loi sur l'initiative économique du 1^{er} Aout 2003 et Loi Lagarde de 2010

¹⁷⁸ L. Attuel-Mendés, A. Ashta, « La législation française en matière d'usure et le développement de l'accès a crédit des micro-entreprises », *Cahiers du CEREN* 21 (2007) p. 5.

70. Cette volonté de réformer l'usure était considérée comme une réponse nécessaire pour promouvoir le micro crédit et la micro finance. Aussi, après le renversement de la majorité parlementaire en 2002 et l'arrivée d'un gouvernement de droite au pouvoir, qui s'était donné comme principale mission la libéralisation de l'initiative économique¹⁷⁹. Dans ce contexte, le législateur a adopté le 1^{er} août 2003 la Loi sur l'initiative économique¹⁸⁰, qui prévoit la suppression des dispositions relatives à l'usure pour les personnes morales sauf pour les découverts en compte. Il faudrait attendre une loi du 2 août 2005 qui a dépenalisé et déplafonné le taux usuraire pour les entrepreneurs individuels. Par conséquent la sanction pénale¹⁸¹ qui figurait à l'article L 313- 5 du Code de la consommation ne s'applique plus et seule la sanction civile demeure¹⁸². Ce qui ne veut pas dire cependant qu'il n'existe plus de la législation sur l'usure en France, mais elle est seulement limitée aux crédits à la consommation et les découverts en compte pour les entreprises¹⁸³.

71. On peut, du reste, se demander pourquoi des pays comme la France qui avaient été si farouchement opposés à l'intérêt puis qui l'avaient admis en le limitant par la notion d'usure, ont été conduits finalement à dépenaliser et déplafonner l'usure ce qui est en contradiction avec la protection des emprunteurs. Pourquoi un tel délaissement et quelles sont les autres solutions permettant d'assurer la protection des consommateurs ?

On constate qu'en France que le taux de chômage est devenu tellement élevé que les autorités gouvernementales et patronales ont cherché des moyens pour remédier à ce phénomène social qui affecte l'économie française. Dans ce but, une nouvelle orientation a été adoptée, celle-ci s'oriente vers la création de nouvelles entreprises. Mais ces innovations nécessitent des financements et on constate que les banquiers ne voulaient pas prendre le risque de soutenir des petites entreprises qui ont un risque d'insolvabilité trop élevé. Le banquier une fois engagée, ne peut plus se désengager sous peine de commettre une rupture abusive¹⁸⁴. Parallèlement on constatait l'avènement et l'expansion de la micro finance qui pouvait constituer une réponse adéquate au chômage. C'est dans cette perspective que le législateur

¹⁷⁹ B. Bouloc, « La réforme de l'usure », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6 nov.-dec. 2003, p. 387.

¹⁸⁰ Loi numéro, 2003-721, 1^{er} Aout 2003.

¹⁸¹ Outre l'annulation de la stipulation d'intérêt, une amende de 45000 euros est prévue, Cass. Civ. 1^{er}, 21 jan. 1992, n° 90-18.120.

¹⁸² 45000 euros

¹⁸³ Montpellier, 16 mai 2003, *RD. Financier* 2004, 136.

¹⁸⁴ Cf. R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, 2^e ed, Dalloz 2008 p. 23.

français a abrogé les dispositions de l'article L 313-5 du Code de la consommation qui fait de l'usure un délit sanctionné pénalement et par la même occasion il a aussi supprimé le plafond de l'usure¹⁸⁵. Cette intervention a eu des effets positifs, car elle a permis la création d'entreprises par le biais de la micro finance qui va jouer un rôle contre le chômage et produire un effet de relance économique.

Cependant, au-delà de ces avantages, cette nouvelle position va donner naissance à des inconvénients d'une très grande envergure, car si le taux d'intérêt n'est plus plafonné les banquiers pourront l'utiliser à leur guise et les emprunteurs vont perdre leurs moyens de protection. Comment, alors, faire face à cette situation ? Il est vrai que cette loi sur la suppression de plafonnement ne s'applique pas aux prêts à la production et aux découverts en comptes pour les entreprises, selon l'article L 313-3 du Code de la consommation¹⁸⁶. Mais les entreprises doivent être protégées contre le comportement abusif des banques et la rupture brutale de crédit par le banquier¹⁸⁷.

72. On voit donc que la pratique de l'intérêt a beaucoup évolué dans les pays occidentaux. La condamnation traditionnelle de l'intérêt fondée sur des considérations religieuses et morales a cédé la place à une permissivité dangereuse¹⁸⁸. Qu'en est-il de la pratique de l'intérêt par référence aux préceptes coraniques ? Certes, la pratique du *riba* est toujours prohibée en Islam, cela ne veut pas dire que les opérations bancaires sont gratuites dans les pays de droit musulman, ou dans ceux qui appliquent la charia comme réglementation bancaire. Cela renvoie du reste à la double question : Qu'est-ce véritablement que le *riba* et cette notion trouve-t-elle une correspondance en droit français¹⁸⁹ ?

73. Au terme de cette sous-section, il convient de noter que même si l'Islam n'a pas été la seule religion à interdire la pratique de l'intérêt et le prêt à intérêt lui-même, elle est aujourd'hui la seule à avoir respecté ce principe, malgré, d'une part, la réaction de certains *oulémas* (sages) musulmans voulant moderniser le mode de fonctionnement du droit musulman et d'autre part, l'assouplissement de ces principes par la jurisprudence musulmane,

¹⁸⁵ Cass. Crim. 2 oct. 2002, n° 01-85.931, *Bull. Crim.*, n° 179

¹⁸⁶ Civ. 1^{er}, 21 février 2006, RJDA, 2006, n° 52, Droit des sociétés 2006, n° 87, obs. Lucas : cette disposition ne s'applique au découvert en compte courant.

¹⁸⁷ Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 20 oct. 2011, RG, n° 11/00420, Cf. F. Boucard, « La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit », in *Le crédit aspect juridiques économiques*, Dalloz, 2012, p. 18.

¹⁸⁸ J. Lasserre Capdeville, « Le prêt usuraire », *Revue Lamy droit des affaires*, oct. 2008, n° 31, pp. 98 et s.

¹⁸⁹ Ce point sera abordé dans la seconde cette section de ce chapitre premier.

notamment dans l'affaire évoquée précédemment de la faculté de médecine de l'université Al-azhar. Cette interdiction est inscrite dans toutes les sources du droit musulman aussi bien les sources principales que les sources secondaires et pour tous les types de conventions, qu'il s'agisse du prêt, de l'échange, du crédit à la consommation ou du prêt à la production¹⁹⁰. Elle est renforcée par la législation de certains pays musulmans¹⁹¹. On pourrait dire, du reste, que les dispositions des pays sanctionnant l'usure ou fixant un taux d'intérêt maximal, sont des réminiscences de l'interdiction prononcée par les trois religions monothéistes et notamment l'Islam. Cependant ce principe de l'interdiction de l'intérêt, même s'il est l'épine dorsale du système financier islamique, n'est pas le seul à fonder ce système. Il serait donc intéressant d'examiner les fondements de ce système et les principes qui contribuent au fonctionnement des banques islamiques.

¹⁹⁰ M. Fall Ba, « Fondement *fiqhi* de la finance islamique », *Techniques de financières et développement*, n° 90. Le prêt à intérêt est prohibé quelque soit l'opération de crédit, la durée ou les modalités de paiement. C'est ce qui découle des conclusions du deuxième congrès islamique de l'académie de recherche islamique ;

¹⁹¹ E. Brack, *Systèmes bancaires et financiers des pays arabes : Vers un modèle commun*, *op. cit.* p. 207, l'auteur cite l'Egypte, la Tunisie et le Royaume du Maroc.

Section II : Fondements de la banque islamique

74. Les banques islamiques sont des institutions financières apparues depuis les années 60 en Égypte¹⁹². Elles fonctionnaient dans le respect strict des règles religieuses, telle que l'interdiction de l'intérêt ou « *riba* », du *gharar* (incertitude), du *maysir* (spéculation)¹⁹³. Cette pratique découle d'un principe central du Coran, un interdit qui siège non seulement dans livre saint mais aussi dans la tradition du Prophète, dite *sunna*.

« ... O vous qui croyez ! Craignez Dieu. Renoncez, si vous êtes croyants à ce qui vous reste des profits de l'usure. Si vous vous rependez, votre capital vous sera conservé. Ne lésez personne et vous ne serez pas lésés...et ... ce que vous avez prêté à intérêt pour qu'il se multiplie aux dépens des biens des gens ne se multipliera guère auprès de Dieu ¹⁹⁴».

Ce principe de l'interdiction de l'intérêt n'est pas le seul fondement du système sur lequel repose la banque islamique. En plus de ces fondements religieux (§I), les banques islamiques doivent aussi respecter des règles éthiques (§II) qui permettent de promouvoir l'égalité et l'équité au sein de la communauté, en imposant l'obligation de verser la *zakat* (l'aumône). Il s'agit de principes d'ordre éthique et social qui constituent le socle du système des banques islamiques pour lesquelles la quête du profit, même si elle n'est pas interdite, est cependant bien encadrée.

¹⁹² H. Algahid, *Les Banques islamiques*, op. cit .p. 13.

¹⁹³ F. Guéranger, *Finance islamique-une illustration de la finance éthique*, Dunod, 2009, p. 1.

¹⁹⁴ Coran, verset 278 sourate 2.

Paragraphe I : Fondements religieux

75. Comme son nom l'indique, la banque islamique fonctionne dans le respect des règles de la *Charia*¹⁹⁵. Leur étude nécessite au préalable une analyse du droit qui le sous-tend, le droit musulman¹⁹⁶. C'est un droit qui régit toute la vie des musulmans aussi bien sur le plan social, politique qu'économique. L'Islam ne fait pas de distinction entre la loi laïque et la loi religieuse.

76. Le droit musulman désigne aussi la communauté formée par les croyants et la civilisation qui en est issue. Il est édifié sur le livre saint, le Coran ;¹⁹⁷ c'est ce droit qui dicte les règles que doit respecter le croyant dans tous ses comportements y compris dans sa quête perpétuelle de profit. Les sources du droit musulman sont donc spécifiques par rapport aux systèmes de droit dits « occidentaux ». La loi musulmane ne comprend pas seulement ses sources principales que sont le Coran et la *sunna*. Elle contient aussi d'autres sources. Celles-ci se composent, d'une part, des dogmes de la foi, *al'aquida*, à savoir tout ce qui touche à la croyance en Dieu, en ses attributs, dans l'au-delà, en d'autres termes, la métaphysique, découlant ainsi sur la théologie et la science de l'unicité. Elle contient aussi tout ce qui concerne l'émancipation de l'être dans ses rapports sociaux selon l'idéal auquel il doit aspirer et la voie qu'il doit emprunter pour y parvenir, *Al-mu'amalat*¹⁹⁸.

La loi musulmane contient en effet, avant tout un caractère spirituel dans lequel tout musulman puise ses repères dans ce monde et l'aspiration d'une récompense dans l'au-delà. Ce n'est que sur cette base que s'édifie une autre source, la jurisprudence, *al Fiqh*. Ce terme se traduit par la connaissance et la compréhension de la loi dans son aspect pratique. Ces trois éléments font partie de la charia. Les règles religieuses se fondent sur des fondements (I) et des sources (II).

I) Les fondements principaux

77. La théorie du droit musulman ou science des fondements du droit musulman, se base principalement sur quatre sources de la loi, des sources principales, le Coran et la *sunna*, et des sources secondaires le consensus général (*al-istihsan*) et le raisonnement par analogie (*al-*

¹⁹⁵ I. Karich, « Les préceptes de la charia », in *La finance islamique: tout est prêt !*, op. cit. p. 35. ; M. Ruimy, « Quelle vocation pour la banque islamique ? », in *La finance islamique: tout est prêt*, op. cit. p. 46.

¹⁹⁶ N. Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op. cit. p. 8.

¹⁹⁷ Coran, Verset 177 de la sourate 2 (la vache)

¹⁹⁸ L'activité économique est elle-même classée dans cette partie de la charia.

qiyas). D'autres sources complémentaires sont prises en compte par les écoles de pensées Islamiques. Nous pouvons citer, l'appréciation de l'érudit, l'intérêt public, et la présomption de continuité. Ces fondements sont composés des sources principales(A), appuyées par l'expérience de certains pays musulmans dans le domaine de la finance islamique (B).

A) Les sources principales du droit musulman

78. Ces sources principales sont composées du coran (1) et des textes de références (2), que nous allons examiner respectivement.

1) Le Coran

79. « *O vous qui croyez ! Croyez en Dieu et en son prophète, et au livre qu'il a révélé à son prophète et au livre qu'il a révélé auparavant. Quiconque ne croit pas en Dieu, à ses anges, à ses prophètes et au jour dernier, se trouve dans un profond égarement* »¹⁹⁹.

Ce verset résume bien le fondement de l'islam, l'importance du Coran et sa place dans la législation musulmane. Le Coran est le livre sacré des musulmans. Il est la parole directe d'Allah (swt)²⁰⁰ et représente la source principale du droit musulman et, en outre, la seule qui soit irréfutable. Il correspond en quelque sorte au code civil, politique, et religieux qui règle la conduite des musulmans. Le Coran est composé de 6236 versets répartis en 114 chapitres ou *sourates*. Parmi les règles qu'il édicte, certaines représentent des interdictions telles que la prohibition de l'intérêt. Comme dans tout système juridique ou législatif, le Coran, pose en plus de ses recommandations, des interdictions, et c'est la raison pour laquelle il est qualifié de droit normatif. Ces interdictions sont d'ordres et de degrés divers.

D'ordre confessionnel : c'est la défense d'associer une autre divinité à Allah, de croire aux idoles, d'abjurer l'Islam,

1. D'ordre moral ou social : défense de tuer, de mentir... ;
2. D'ordre matrimonial : défense d'épouser sa mère, sa fille, sa sœur... ;
3. D'ordre alimentaire : défense de consommer la chair de porc, la chair de la bête qui n'a pas été immolée rituellement, des boissons fermentées... ;

¹⁹⁹ Coran, Sourate IV, verset 136 « les Femmes ».

²⁰⁰ Initiale de *Sobhannahouwata'ala*, formule de glorification parmi d'autres qui sont prononcées lors de la mention de Dieu

4. D'ordre économique : défense de s'emparer des biens d'autrui, défense de stocker les produits du marché, de thésauriser sauf dans certaines conditions, défense de consentir ou d'octroyer des prêts à intérêts.

80. L'interdiction de l'intérêt en Islam est absolue²⁰¹ ; pour en prendre une réelle mesure il faut se référer à l'origine du mot dans la langue arabe. Le terme vient du verbe « *raba* » qui signifie « augmenter ». Il désigne donc une augmentation de l'un des biens échangés sans qu'il y ait compensation de cette augmentation.²⁰² La définition la plus courante du mot *riba* dans un contexte de la loi musulmane est celle « *d'un profit ou d'un gain illicite découlant d'une inéquivalence dans la contre-valeur des prestations réciproques au cours de l'échange entre deux ou plusieurs biens de la même espèce, du même genre et régis par la même cause efficiente*²⁰³. » Ce terme correspond à deux notions bien distinctes dans la terminologie de la finance occidentale : l'usure et l'intérêt²⁰⁴.

En soi, le *riba* ne contient pas nécessairement une connotation de faute, il peut désigner un accroissement licite. Ainsi tout taux prédéterminé et fixe, lié au capital et indépendant de la performance de l'investissement est considéré comme *riba*. Il est nécessaire de la distinguer avec certaines notions voisines tels que, le profit, l'usure et les commissions bancaires, voire les agios. Comme il a déjà été dit précédemment, l'usure est un taux intérêt excessif tel qu'il fait l'objet d'une interdiction figurant, par exemple, dans les dispositions du Code de la consommation et notamment au sein des articles L.313-3 à L.313-6 du dit Code²⁰⁵. Le droit français, contrairement au droit musulman, interdit le prêt usuraire mais autorise le prêt à

²⁰¹ I. Chapellière, *Ethique et Finance en Islam*, éd. Koutoubia 2009. p. 81 ; H. Benmansour, *L'Islam et le riba : pour une nouvelle approche du taux d'intérêt*, Dialogue Editions, Paris, 1996. Selon l'auteur la définition du mot *riba* dépasse de loin celle de l'intérêt ou même de l'usure, au sens contemporain. La polémique s'articule tout d'abord au tour du domaine d'application du *riba*

²⁰² Ag-Gaziry, al-fiqh'ala al-mazahid, Beyrouth, 2V, 1963. Il faut distinguer l'usure d'excédent ou usure de surplus ; Geneviève Causse, *La finance islamique: les principes et les principales opérations*, in *la finance islamique: une autre Finance* op.cit. p. 26, selon l'auteur le *riba* est tout intérêt stipulé contractuellement, calculé préalablement sur la base du capital initial prêté et du temps, convenu sans aucune relation avec les résultats éventuels de l'opération financée. ; M. EL-Gamal, *Finance islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques*, De Boeck. 2010, p. 77.

²⁰³ The general principles of Saudi, Arabian and Omani company laws, Londres, 1981.

²⁰⁴ E. Jouini, O. Pastré, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique », rapport présenté à la place de paris Novembre 2008 ; V. aussi les mêmes auteurs, *La finance islamique une solution à la crise ? op. cit.* p. 54.

²⁰⁵ Aux termes de l'article L. 313-3 du Code de la consommation, est déclaré 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 semestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues »

intérêt, bien que le crédit à taux zéro ou gratuit soit aussi connu dans le droit français²⁰⁶. En droit musulman, l'usure est contenue dans le *riba*, comme l'espèce est contenue dans le genre.²⁰⁷ Le terme d'usure pris dans son sens premier, à savoir tout surplus ou intérêt sous toutes formes, peut donc traduire le *riba*²⁰⁸. Même si les banques islamiques ne prélèvent pas des intérêts elles prennent des charges administratives fixées par la banque islamique de développement entre 2,5 et 3%, perçue annuellement et calculé à compter de la date d'engagement²⁰⁹ ou des profits avec la mise en œuvre du principe de partage des profits et des pertes.

81. L'intérêt dans les opérations de crédit et le profit ont le même but qui est la rémunération du capital, et si on analyse les dispositions du code monétaire et financier²¹⁰, qui définissent, l'opération de crédit, c'est le caractère onéreux de l'opération qui permet de qualifier l'opération de crédit. Comment la loi islamique autorise-t-elle le profit et interdit-elle -l'intérêt ?

La définition juridique du mot profit, permet de comprendre cette distinction.

Si le profit représente une rémunération ou une augmentation du capital obtenue par la transformation de celui-ci, grâce au travail ou à un effort produisant un bénéfice économique réel, l'intérêt, quant à lui, représente une augmentation du capital monétaire sans effort sur le seul fait de l'écoulement du temps²¹¹. La différence essentielle entre l'intérêt et le profit est que l'intérêt représente un coût fixe supporté par le projet économique et que ce prix se détermine dans la plupart des cas selon la conjoncture du marché monétaire sans relation de causalité avec la production ni le travail, alors que la part du profit représente un partage du rendement de l'entreprise et que cette part augmente ou diminue selon la productivité du projet. Cette distinction entre ces deux notions n'a pas réellement un intérêt en droit, puisque seul le caractère onéreux de l'opération suffit pour qualifier l'opération de crédit. Il est clair que le *riba* implique toujours une transaction qui suppose une contrepartie où l'équivalence

²⁰⁶ Y. Gérard, Th. Bonneau, Ph. Guillermin et A. Gourio, « Crédit gratuits et promotionnel : vraies et fausses rémunérations », *Revue de Droit bancaire et financier*, mars-avril 2007, p. 89.

²⁰⁷ B. Vachon, *le riba*, manuscrit sans date-in la salle de droit musulman, université de paris II.

²⁰⁸ M. Boizard, *Le régime juridique et fiscal de l'intérêt*, thèse, Paris I, 1986, pp. 8 et s; I. Chapellière, *Ethique et Finance en Islam*, op. cit. p. 85

²⁰⁹ H. Algabid, *Les Banques Islamiques*, éd. Economica 1990, p. 1.

²¹⁰ L'article L. 313-1 du Code monétaire et financier.

²¹¹ Selon Saint Thomas, le temps appartient à Dieu, Cf. J. Lasserre Capdeville, *Le prêt usuraire*, op. cit. p. 99.

des prestations n'est pas respectée ; ce qui rompt l'équilibre des obligations réciproques des parties et par conséquent, l'économie de base du contrat est ébranlée. Cela explique la prohibition divine de ces transactions par l'islam.

2) Les textes de référence relatifs à cette interdiction en droit musulman

82. Dans les six milles deux cents trente six versets du Coran, seuls cinq cents traitent dans la majeure partie des prescriptions rituelles qui ne s'intéressent pas directement, à l'organisation sociale. En fait, les versets qui concernent directement le droit dans son acception générale ne dépassent pas deux cents et ceux qui traitent des questions commerciales ou financières sont encore plus rares. Quatre sourates du Coran, mentionnent cette interdiction à des occasions différentes. L'expression de cette prohibition est représentée dans sa forme la plus claire à la *sourate II*, verset 275 au verset 281.

« Ceux qui se nourrissent de l'usure ne se dresseront au jour du jugement que comme se dresse celui que le Démon a violemment frappé. Il en sera ainsi parce qu'ils disent : la vente est semblable à l'usure ; mais Dieu a permis la vente et il a interdit l'usure. 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 retourneront à l'usure seront les hôtes du feu ou ils demeureront immortels. (...) O vous qui croyez ! Craignez Dieu ! renoncez si vous êtes croyants à ce qui vous reste des profits de l'usure. Si vous ne le faites pas attendez-vous à la guerre de la part de Dieu et de son prophète ».

83. On remarquera que les termes d'intérêt et d'usure sont ici interchangeables. L'importance de ce verset est le fait qu'il confirme la validité de la vente et du commerce malgré le fait que certains assimilent le prêt à intérêt à l'activité de commerce. Le commerce fut l'activité du prophète et il est considéré par les croyants comme étant une activité noble. Donc seul l'usure ou l'intérêt est prohibé. Cela implique l'absolue nécessité de se repentir pour ceux qui ont pratiqué l'usure : ils doivent renoncer « à ce qui reste des profits de l'usure » mais les récidivistes n'auront plus la chance de repentir ils seront irrémédiablement condamnés. Reconnaître le caractère illicite de l'usure est donc fondamental, car cela relève de l'affirmation de sa foi. L'avoir pratiqué peut être pardonné mais une seule fois. Comme dans toutes les règles de droit, la violation de cet interdit donne lieu à une ou des sanction(s). C'est le châtement annoncé (feu éternel) qui reste la sanction essentielle. Ce verset fait

allusion aux croyants qui se nourrissent de l'usure. Et d'autres versets, s'adresseront aux gens qui le pratiquent. C'est l'exemple du verset 39 de la sourate 30, les « Byzantins ».

« L'intérêt usuraire que vous versez pour accroître les biens d'autrui ne les accroît pas auprès de Dieu, mais ce que vous donnez en aumônes en désirant la face de Dieu voilà ce qui doublera vos biens »²¹².

A la différence du verset précédemment cité 275, celui-ci utilise le terme intérêt usuraire, qui est interdit, comme on sait, dans d'autres systèmes juridiques. Il convient de noter que cette interdiction n'est ici qu'une allusion ne venant en quelque sorte qu'en contrepoint de ce qu'il faut faire. En outre, l'adresse est faite au débiteur qui est exhorté à ne pas pratiquer l'usure car ce qu'il verse en plus serait mieux utilisé en aumônes.

Dans les deux autres sourates, III et IV versets 160 à 162, l'interdiction est aussi importante, mais elle n'était pas aussi claire que dans les deux précédentes. Dans la sourate IV, la condamnation est prononcée sous forme d'avertissement et de rappel de ce qui est advenu à d'autres peuples auxquels Dieu s'était adressé. Elle est là bien plus forte que dans la sourate précédente. Dans la sourate III, l'injonction est également nette mais elle a prêté à interprétation²¹³.

84. Rappelons que dans le Coran, les quatre sourates qui traitent de l'interdiction du *riba*, ont été présentées dans l'ordre chronologique. Cela atteste de la fermeté de cette interdiction dans la religion musulmane. Nul doute sur cette interdiction même mais le sens et la portée de ces versets sèment le doute voire même l'incompréhension au sein de certains courants de pensée. De ces interprétations et de ces explications naît un certain désaccord au sein de la communauté islamique. La première difficulté d'interprétation concerne la sourate III dans ses versets 130 à 132 « *de la famille d'IMRAN* ».

« O vous qui croyez !

Ne vivez pas de l'usure,

Produisant plusieurs fois le double

Craignez Dieu !

Peut être serez-vous heureux,

²¹² Coran, verset 39, sourate 30.

²¹³ Le *riba* est assimilé à du vol « ...ils dévorent le bien des autres en futilités... »

Craignez le feu préparé pour les incrédules

Obéissez à Dieu et au prophète

Peut être vous sera-t-il fait miséricorde ! ²¹⁴»

C'est évidemment le passage « *produisant plusieurs fois le double* » qui a permis à certains penseurs et savants musulmans du XIX^e siècle de soutenir que c'est l'usure doublée qui est en cause. Ce qui signifierait que ce sont les intérêts composés qui sont interdits. Toutefois, toutes les écoles de pensée musulmane sont unanimes sur la condamnation de l'intérêt mais le contentieux s'était transposé sur le sens exact de ces versets. Ces différents versets qui ont posé le principe de l'interdiction de l'intérêt sont interprétés différemment selon les écoles. Au départ on pensait que c'était le troc qui était interdit.

85. Mais ces versets coraniques ont été interprétés par la doctrine qui a trouvé son expression dans certains pays arabes et musulmans. En effet ces textes qui traitent du *riba* dans la religion musulmane et qui trouvent leur base dans le Coran, ont été reproduits dans la législation de certains pays musulmans, bien que le Coran, ne soit pas une source directe du droit dans certains de ces pays.

B) L'expérience de certains pays musulmans

86. La majeure partie des pays de confession musulmane valide la pratique du prêt à intérêt ou du moins ne l'interdit pas d'une manière officielle. La légalisation du prêt à l'intérêt dans ces pays est source d'un contentieux abondant.

Nous allons présenter le cas des pays du Maghreb (1) et celui des pays du Golfe et du moyen Orient (2).

1) Le cas du Maghreb : Maroc et l'Algérie

87. Le droit marocain du crédit n'est pas uniforme car il prévoit deux régimes de crédit. Certaines opérations sont soumises au système islamique, c'est le cas des crédits dits civils ; d'autres types d'opérations sont soumis au régime du crédit commercial. Ainsi doit-on distinguer, au Maroc, les crédits civils des crédits commerciaux mais aussi des crédits institutionnels et des crédits isolés²¹⁵. Cette conception hybride du droit du crédit marocain,

²¹⁴ Coran, verset III sourates 130 à 133.

²¹⁵ A. Nghaizi, « La finance islamique et le Maroc une longue histoire qui finit à commencer », in *Les cahiers de la finance islamique*, n° spécial, février 2013, *op.cit.* pp. 28 et s.

n'est pas admise par l'ensemble des classes politiques marocaines. Cependant pour ce qui est de la distinction entre le crédit institutionnel et le crédit isolé, il n'y a pas de discordance entre les modernistes et les islamistes. Par contre la distinction entre les crédits civils et les crédits commerciaux donne lieu à divergence au sein de la doctrine et à un contentieux abondant entre les islamistes et les modernistes.

Les modernistes considèrent le crédit civil en tant que service gratuit de prêt d'argent, alors qu'ils font du crédit commercial un prêt à intérêt, c'est-à-dire un service payant. Cette distinction est concrétisée dans le Dahir des obligations et des contrats et dans certains textes spéciaux. Ainsi l'article 870 du Dahir des Obligations et des Contrats, dispose : « *Entre musulmans, la stipulation d'intérêts est nulle, et rend nul le contrat, soit qu'elle soit expresse, soit qu'elle prenne la forme d'un présent ou autre avantage fait au prêteur ou à toute autre personne interposée* ». À côté de ce texte il y en a d'autres, tels que ceux régissant les marchés monétaire et financier mais aussi le Code de commerce qui sont en parfaite contradiction avec les dispositions du Dahir des Obligations et des Contrats. Cette discordance entre les modernistes et les islamistes va s'accroître avec l'arrivée des islamistes au parlement ce qui a donné lieu à un véritable affrontement politique. Pour les islamistes la laïcité est inconcevable voire impossible dans un pays musulman, car la loi islamique est au-dessus de tous. Ce principe figure dans la nouvelle constitution marocaine en son article 3 qui fait de l'Islam la religion de l'Etat²¹⁶.

88. La conception du crédit commercial au Maroc est synonyme de bail de fonds. Il constitue une opération de remise de fonds obligatoirement restituable, avec un taux d'intérêts librement négocié entre les débiteurs et les créanciers ou fixé par la loi selon une économie libérale ou dirigée. Le moyen juridique ou la nature juridique de ce crédit importe peu puisqu'il peut s'agir d'un contrat civil ou d'un contrat commercial, d'un contrat consensuel ou d'un contrat solennel.

89. Le crédit commercial s'oppose donc au crédit civil, nécessairement gratuit et sans intérêt conformément à l'interdit coranique. Cependant le commerce d'argent n'est pas nouveau au Maroc. L'activité traditionnelle des *Sarafs* (commerçants) en témoigne. Mais l'activité bancaire, quant à elle, est nouvelle, née au moment de la colonisation et qui devint,

²¹⁶ Disponible en ligne : <http://www.bladi.net/texte-integral-nouvelle-constitution-marocaine.html>.

avec l'indépendance, l'apanage des établissements de crédits. Un Dahir (décret) du 9 octobre 1913 fixe le taux d'intérêts dans les différents crédits et, après l'indépendance, il faut attendre un Dahir du 5 Août 1974 pour voir instituer le crédit de manière officielle. Par la suite, un dahir de 1993 vient poser des règles pour instituer un nouveau contrôle du système bancaire. Un Dahir de 2006 vint ensuite achever ce travail et mettre un terme à la polémique en instaurant, en matière commerciale, un crédit à titre onéreux ou prêt à intérêt qui marque la volonté de maintenir cette distinction entre crédit civil et crédit commercial. Cependant des produits alternatifs ont été instaurés par le gouvernement marocain pour répondre aux besoins des islamistes.

90. On voit donc que l'interdiction de la pratique de l'intérêt, n'a pas été faite de façon absolue. Même si certains pays qui sont de tradition musulmane souhaitaient se conformer aux règles de la loi islamique, en respectant le principe de l'équivalence et de la simultanéité qui fondent la question de l'intérêt dans la charia, ils n'ont pas pu aller jusqu'au bout de leur effort pour des raisons économiques voire politiques, puisque cette interdiction a été limitée aux seules personnes physiques²¹⁷. Aujourd'hui au Maroc l'arrivée des islamistes au gouvernement a fait de ce sujet, un thème d'actualité. Une annonce officielle a déclaré le démarrage des activités bancaires spécifiques au Maroc dès septembre 2012²¹⁸.

91. En Algérie, il n'existe aucune disposition dans le Code civil algérien du 26 septembre 1975²¹⁹, qui fixe clairement la prohibition du taux d'intérêt. Mais si on lit attentivement l'article 186 on peut y trouver des traces, ce dernier dispose que « *lorsque l'objet de l'obligation entre deux personnes privées consiste en une somme d'argent dont le montant est fixé au moment de la demande en justice, le débiteur est tenu, en cas de retard dans l'exécution, de réparer le dommage occasionné par le retard* ».

²¹⁸ A. Nghaizi, « La finance islamique et le Maroc une longue histoire qui finit à commencer », in *Les cahiers de la finance islamique*, n° spécial, février 2013, *op.cit.* pp. 28 et s.

²¹⁹ Cf. N. Heudeur, « Le Banking islamique en Algérie vingt ans après », in *Les cahiers de la finance islamique*, n° spécial, février 2013, Disponibles : <http://sfc.unistra.fr/enseignements/emba-finance-islamique/>; Loi n° 90-11 du 14 avril 1990 modifiée et complétée abrogée et remplacée par l'ordonnance 03-11 du 26 août 2003 modifiée et complétée

Ce texte fait allusion à la notion d'intérêt moratoire, qui est occasionné par l'inexécution de l'obligation ou son retard, de la part du débiteur. La question était donc de savoir si l'intérêt moratoire est interdit au même titre que le *riba* ? Comme pour l'intérêt dans le cadre d'un prêt, l'intérêt moratoire est né non seulement du retard dans l'exécution d'une obligation contractuelle, mais aussi de l'écoulement du temps. Ce même argument est avancé par ceux qui combattent le prêt à intérêt. La réponse à cette question avait divisé la doctrine et la jurisprudence musulmane dans l'affaire de la faculté de médecine de l'université Al-azhar. Pourtant les termes de l'article 454 du Code civil algérien, traitant du prêt à la consommation, est tout à fait clair. Il dispose qu' « *entre particuliers, le prêt est toujours sans rémunération, toute clause contraire est nulle et non avenue* ». Cet article est en droite ligne avec la conception de la prohibition de l'intérêt dans le système islamique. Du reste, le Code civil égyptien qui a inspiré plusieurs codes arabes²²⁰, a bien distingué dans l'article 1085 la notion de frais de la notion d'intérêt²²¹.

92. Il admet aussi bien les prêts à intérêt que les intérêts moratoires. Ainsi l'article 542 du Code civil Egyptien, dispose que: « *L'emprunteur est tenu de payer les intérêts convenus à leurs échéances ; à défaut de convention sur les intérêts, le prêt est censé être sans rémunération* ». L'article 226 du même Code pose le principe de la légalité ou de la validité de l'intérêt moratoire. Il dispose que « *le débiteur d'une somme d'argent est tenu, en cas de retard dans l'exécution de son obligation, de payer aux créanciers, en réparation du dommage occasionné par le retard, des intérêts au taux de 4% en matière civile et 5% en matière commerciale. Ces intérêts courent à compter du jour de l'action en justice*²²². *Ces intérêts ne peuvent pas dépasser le montant du capital* ».

Ce principe sur la prohibition et la validité du taux d'intérêt s'applique entre personnes physiques. Pour ce qui est des personnes morales ou du rapport entre une banque et une personne physique c'est la banque centrale qui détermine les intérêts en tenant en compte du marché international et de la place de la banque et de la capitalisation²²³.

²²⁰ S. Aldeeb, « *L'intérêt et les banques en droit juif, chrétien et musulman* » op. cit. p. 10

²²¹ M. Gamal Moursi Badr, « A propos du nouveau code civil algérien », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1978, pp. 368 et s.

²²² E. Brack, *Systèmes bancaires et financiers des pays arabes : Vers un modèle commun*, l'Harmattan, 2012, p. 207.

²²³ M. Mahmud Sidqi; Adb-al-Bir, HasanSa'id:Fawa'id al-bumuk halal am haram? Akhbar al-yom,

Cette position est, du reste, contraire à celle de l'Arabie saoudite dont la cour suprême où l'office suprême avait refusé d'appliquer les intérêts moratoires en disant que cette sanction, bien que conforme au droit des obligations, est contraire aux bonnes mœurs²²⁴.

2) Le cas des pays du Golfe et du moyen orient : la Jordanie, Le Koweït et la Turquie

93. L'article 640 du Code civil de la Jordanie pose cette interdiction, d'une manière claire. Cet article dispose que « *Si le contrat comporte une condition stipulant le bénéfice d'un profit excédant les obligations que le contrat comportent suivant sa nature, hormis l'obligation de servir une sûreté au créancier, le contrat reste valable, mais la condition sera réputée non écrite* ». Le législateur des Emirats arabes unis a emprunté les mêmes termes dans sa loi fédérale, n° 5 de 1985 promulguée le 15/12/1985, publiée au le journal officiel du 29/12/1985 n° spécial, p. 158²²⁵.

94. La loi n° 67-1980, portant nouveau Code civil koweïtien, publié au journal officiel n° 1335 du 5 janvier 1981 prévoit, dans son article 1^{er}, que la charia est la source première du système de droit du pays²²⁶. Cette inspiration islamique a obligé le législateur koweïtien à interdire le *riba* d'une manière très nette. Les articles 305 et 547 du Code civil disposent en effet qu' « *est nul tout accord portant sur la perception d'intérêts en contrepartie de la jouissance d'une somme d'argent ou d'un report de la date de l'exécution de l'obligation de remboursement* ».

Le législateur est allé plus loin en donnant dans l'article 305 une définition de la notion d'intérêt qui « *est considéré comme ... tout avantage ou commission, quelle qu'en soit la nature, stipulé par le prêteur, s'il est établi que cela ne correspond pas à un service effectif équivalent accompli réellement par le prêteur* ».

Rappelons que ces dispositions du Code civil koweïtien ne s'appliquent qu'aux relations civiles, autrement dit, la pratique de l'intérêt est autorisée dans les affaires commerciales voire

Le caire, 1992, p.14-15

²²⁴ Diwan al-madhalim, majmu'at al-mabadi al-shar'iyyahwal-nidhamiyyah al-latiqarrarathahay'atwa-liganwadawa'ir al-diwan de 1397 à 1399h, p. 22-25, V. aussi les dispositions du code civil égyptien relatives à l'intérêt. Une loi N° 74 de 1972 a prévu, dans ses articles 409-412 des dispositions relatives aux intérêts moratoires entre les particuliers

²²⁵ Cf. E. Brack, *Systèmes bancaires et financiers des pays arabes : Vers un modèle commun*, l'Harmattan, 2012, p. 223.

²²⁶ *Ibid* .

bancaires, ce qui rejoit à la fois la conception du crédit au Maroc . Ainsi les articles 297 sur les comptes courants et 378 sur les effets de commerce prévoient explicitement la pratique d'intérêts et leur capitalisation.

On constate donc ici encore que cette interdiction de la pratique de l'intérêt n'a pas été faite de façon absolue. Même si les pays qui sont de tradition musulmane voulaient se conformer aux règles de la loi islamique, en respectant le principe de l'équivalence et de la simultanéité, qui constituent les règles de fond relatives au principe de l'intérêt dans la charia ils n'ont pas pu aller jusqu'au bout de leur effort pour des raisons économiques voire politiques. C'est pourquoi cette interdiction a été limitée aux seules personnes physiques²²⁷. Cette limitation donne pouvoir aux banques de procéder à des prêts à intérêt puisque, en tant que personnes morales au regard du décret-loi portant code de commerce du 15 octobre 1980.²²⁸ Elles ne sont pas concernées par le champ d'application de ces interdictions. Les établissements financiers peuvent, en cas de dépôts de fonds et en vue d'encourager l'épargne, accorder un intérêt dont le taux est fixé par la loi. De même que les banques peuvent recevoir des intérêts sur les prêts qu'elles consentent à leurs clients.²²⁹ Il n'était pas tout à fait facile, pour certains pays musulmans, de se conformer aux règles de la loi islamique, cela pour les besoins de l'économie réelle. Seuls le Soudan, le Pakistan et l'Iran ont réussi à respecter les règles religieuses relatives à l'interdiction de l'intérêt.

95. La Turquie est de tradition et de confession musulmane hormis toute la plus grande partie du XX^e siècle post Attaturk, l'Etat est conçu comme une émanation de la religion et la religion comme l'essence de l'Etat. Cela explique que, dans ce pays, la population s'est détachée de plus en plus du système qui prônait la pratique de l'intérêt. Cela avait poussé le législateur turc à publier un décret autorisant la création des banques Islamique s en Turquie, le décret 83/7506 du 16 décembre 1983, publié au Journal Officiel 18256, daté du 19 décembre 1983. Ce texte contient 17 articles qui traitent des méthodes et des procédures de fondation des sociétés de finance spéciale, de leurs activités et de leur liquidation²³⁰. Dès les

²²⁷ Les articles 454 du Code civil algérien et les articles 213 à 218 du code libyen et l'article 186 du code civil algérien.

²²⁸ Le Code commerce koweïtien du 10/10/1980, *journal Officiel* 1981.

²²⁹ Les articles 455 et 456 du Code civil algérien

²³⁰ I. Chapellière., *Islam et Rationalité économique : De l'éthique musulmane à la Finance Islamique, Application au cas de la Turquie.*, thèse Aix- en Provence 2004 p. 199, l'autorisation d'établir une société de finance spéciale devrait être donnée par la banque centrale et le conseil des ministres. Dans la réalité, la banque

années 80 deux banques islamiques se sont installées en Turquie. L'une est la Al Baraka TurkOzel Finans Kurumu et l'autre est la société Faysal Finans, dont le principal actionnaire est le prince Mohamed Faysal. La naissance de ces banques islamiques en Turquie est semblable à celle du même type en Egypte²³¹. Donc le système Turc qui rattache les institutions de la finance au Code de commerce, a accepté que la législation soit conforme au Coran et que les opérations financières de crédit soient rémunérées par le profit et non pas par l'intérêt.²³²

96. Dès les premières années qui suivent la mort du Prophète, les écoles juridiques se développèrent. Cela se justifiait pour cette communauté musulmane par le souci de légiférer dans tous les domaines de la vie. Ainsi des juges avaient pour mission de régler selon les normes de la loi musulmane tous les types de contentieux, qui pouvaient prendre naissance au sein de cette jeune communauté. Le rôle de ces juges était de définir des pratiques qui devaient régir la vie des musulmans. Pendant cette période, des écoles se sont développées, parallèlement à des centres consacrés à l'élaboration du droit islamique et ces écoles ont eu deux sources différentes : les unes sont issues du rite sunnite et les autres du rite chiite. Le défaut de clarté des versets qui traitent de la question du *riba* dans le Coran, a poussé des juristes et des penseurs islamiques à trouver une solution à ce différend. Et dans ce courant de pensée certains sont favorables à la prohibition du *riba* et d'autres s'y opposent. Nous essayerons de donner un reflet de ce débat à travers des personnalités connues dans la doctrine arabe. Dans ces pays on distingue deux courants de pensées opposés, le premier est favorable à l'intérêt (a) et le second y est opposé (b).

centrale examinait le projet et proposait au conseil des ministres son approbation ou le rejet, celui-ci prenant la décision finale. ; Isabelle Chapellière, *Ethique et Finance en Islam*, op. cit. p.158, l'article 2 de la constitution mentionne « la république de Turquie est un Etat démocratique, séculier et social gouverné par la Loi, dans l'esprit de paix publique, de la solidarité nationale et de la justice , respectant les droits de l'homme, fidèle au nationalisme d'Atatürk et basé sur l'article 4 du préambule de l'article. Une partie de cette préambule affirme qu'il ne doit y avoir d'interférence d'aucune sorte que ce soit entre les sentiments et les affaires de l'Etat politique ». L'article 24, qui parle de liberté de culte dit clairement que la religion doit être séparée des autres questions : « personne n'est autorisée à exploiter ou à abuser de la religion, à des fins d'influence politique ou personnelle. »

²³¹ M. Galloux, *Finance islamique et pouvoir politique*, col. islamique, PUF, 1997. Selon l'auteur les banques islamiques en Egypte ont fondé leur discours de légitimation sur la possibilité qu'elles ont , en utilisant l'argument religieux, de mobiliser l'épargne et concourir ainsi au développement du pays, avec l'assentiment de l'Etat. En Turquie, l'Etat aurait eu, dès le début des années 80 une double stratégie, il s'agit d'une part de l'ouverture vers l'islamisme modéré et d'autre part d'accélérer le processus de libéralisation de l'économie.

²³² I.. Chapellière, *Ethique et Finance en Islam*, op. cit. p. 185

a) Les opinions favorables à l'intérêt :

97. La doctrine est loin d'être unanime sur cette question, et cela pour diverses raisons. La première est certainement due au sens exact du mot *riba*. Cette notion dépasse les simples notions d'usure et d'intérêt.²³³ Dans la langue arabe, la notion correspond d'une manière plus générale au profit illicite et à un accroissement de biens ou à un avantage sans équivalence de service rendu²³⁴. Dans la plupart du temps, les auteurs assimilent l'usure et l'intérêt alors qu'il s'agit de deux notions différentes. Le Coran ne fait pas cette distinction puisque le mot *riba* est traduit dans certains versets comme usure²³⁵. Cette différence sémantique est à l'origine de ce différend. Il faut tenir compte de l'existence de l'interdiction, dans les autres religions monothéistes, la prohibition de l'intérêt existait à l'origine, mais avec l'évolution des mentalités et dans le souci d'une meilleure prise en compte des réalités cette interdiction a été, abandonnée dans certaines religions, du moins atténuée.

On ne peut pas parler du droit civil en Egypte sans faire référence à Abd-al-Razzaq Al-Sanhuri qui est ce que Napoléon est pour le Code civil Français, autrement dit il est le père du Code civil égyptien²³⁶. Il pose au départ le principe exprimé dans le Coran et dans la Sunna et, même si au départ ces interdictions font allusion au contrat de troc et non pas au contrat de prêt, il a reconnu cette interdiction en se focalisant sur l'idée d'exploitation de la partie du contrat qui est en position de faiblesse. Mais il rejette les formes graves d'interdiction telle que les formes énoncées dans le Coran. Ce dernier permet ou reconnaît l'intérêt social et, de

²³³ M. Rumuy, *La Finance Islamique à l'heure de la Mondialisation*, Ed. Revue Banque. 2009, p. 46

²³⁴ Dictionnaire Larousse Arabe, Paris, 1987, p.571 ; les jurisconsultes le définissent généralement par « tout avantage ou surplus perçu par l'un des contractants sans aucune contrepartie acceptable et légitime du point de vue du droit musulman » voir AL-Jaziri (1986) nous verrons dans ce chapitre que le *riba* n'est pas un intérêt. Les experts bibliques ont reconnu qu'il y avait une différence entre intérêt légitime, qui rémunère le temps écoulé etc. et l'usure qui est un profit résultant de l'octroi de crédits. Cité par M. EL-Gamal, *Finance islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques*, De Boeck, 2010.p.77

²³⁵ El-Baqara (la Génisse), *Le Coran Sourate 2 Verset 275* « ceux qui avalent [pratiquent] le produit de l'usure se lèveront au jour de la résurrection comme celui que satan a souillé de son contact. Et cela parce qu'il disent : L'usure est la même chose que la vente [commerce] Dieu a permis la vente [le commerce], il a interdit l'usure . Celui à qui parviendra cet avertissement du seigneur et qui mettra un terme à cette iniquité obtiendra la pardon du passé ; son affaire ne regardera plus que Dieu. Ceux qui retourneront à l'usure seront livrés au feu ou ils demeureront éternellement. », M. EL-Gamal, *Finance islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques*, De Boeck, 2010. p.77, selon l'auteur le terme *riba* trouve son origine dans le verbe arabe *raba* qui signifie augmenté et faire accroître une chose à partir d'elle-même.

²³⁶ Cf. S. Aldeeb, « Les banques chez les Juifs Chrétiens et Musulmans », *op. cit.*

plus, il autorise l'épargnant à toucher les intérêts tirés du prêt puisqu'il est la partie faible du contrat²³⁷.

98. Le Coran condamne l'intérêt seulement en ce qu'il crée un déséquilibre entre les personnes. Cette conception de l'intérêt sera confortée par le juge égyptien Muhammad Sa'id Al-Ashmawi Ce dernier est le plus connu dans ce courant qui défend la légitimité de l'intérêt. Le juge Al-Ashmawi commence à établir une distinction entre la *fiqh* et la charia. Pour lui le terme *charia* ne signifie pas la loi mais plutôt la voie à suivre par le musulman, et il a été cité une fois dans le Coran.²³⁸ D'autre part, le Coran n'a pas établi une distinction entre l'usure et l'intérêt mais laisse plutôt une éventail de sanctions. Pour lui tout ce qui est dit dans le droit musulman provient du *fiqh*, œuvre des juristes qui sont faillibles. De plus il invoque l'absence de texte clair sur l'intérêt, car pour lui les textes interdisent le contrat de troc et non pas le contrat de prêt. et il fait en même temps allusion au verset coranique qui permet à un musulman de manger de la viande d'un animal mort lorsqu'il meurt de faim et qu'il a rien à manger. Si le Coran permet d'enfreindre cette interdiction bien mentionnée dans le texte, à plus forte raison peut-on enfreindre celle du *riba* qui est imposé par le *fiqh* et non pas par le Coran. Le juge rejoint le père du code civil égyptien lorsqu'il approuve la notion de nécessité pour admettre le prêt. Mais à la différence du premier, le juge définit la notion de nécessité²³⁹. Il propose de surcroît d'instaurer un système d'intérêt avec un contrôle et la fixation d'un taux plafond de sorte qu'au-delà d'un tel taux le prêt devient usuraire, entre 4 et 7 %²⁴⁰.

99. Différents arguments sont développés. Tout d'abord, le Coran n'a pas apporté de précision quant au contenu des versets interdisant les intérêts laissant aux croyants la possibilité de le faire et d'instituer des sanctions en cas d'abus.

Par ailleurs, l'interdiction des intérêts dont il est question dans le Coran ne se rapporte pas au contrat de prêt (*qard*), mais au contrat de troc. De plus, l'interdiction des intérêts concernait le cas d'un nécessiteux qui était dans la gêne pour subvenir à ses besoins. Aujourd'hui, par contre, l'emprunteur recherche souvent de l'argent pour faire du commerce. Enfin, les intérêts

²³⁷ Al-Ashmawi, Muhammad Sa'à : *Masadir al-haq fil-fiqh al-islami, Al-majma' al-ilmi al-arabi al-islami*, Beyrouth, 1955, vol.3, pp. 244-249

²³⁸ Coran, Sourate 45 Verset 18

²³⁹ Certes il existe aujourd'hui des gens qui empruntent pour subvenir à leur besoin immédiat et urgent, se loger, se nourrir ; ces besoins doivent être de la compétence des organismes sociaux tels que la banque sociale Nassir ou le Ministère du *Waqf* qui prêtent de l'argent sans intérêt ou à un taux préférentiel selon les besoins en question.

²⁴⁰ S. Al-deeb, « Banque et intérêt, dans les religions Juifs, Musulmans et Chrétien », *op. cit.* p. 12.

sur le dépôt de l'argent sous quelque forme que ce soit (simple carnet de dépôt, obligations, certificat d'investissement) sont considérés par les islamistes comme illicites alors que, s'agissant d'institutions modernes, ni le Coran ni la *Sunna* de Mahomet n'ont pu en parler. Ce genre d'intérêts perçus ne peut mener à l'exploitation ou à l'asservissement que veut éviter le Coran.

C'est dans cet esprit que la Cour d'appel égyptienne présidée par ce même juge Al-Ashmawi a réformé en 1986 une décision d'un tribunal de première instance qui avait refusé d'accorder des intérêts en se fondant sur le raisonnement suivant.

Le juge de première instance doit appliquer le droit positif en vertu de son serment d'investiture. Il est faux de dire que les intérêts, admis en Égypte depuis 1883, sont contraires au droit musulman. Le calife (successeur) Umar (d. 644) disait que le verset "*Dieu a permis la vente et il a interdit l'usure*" (2:275) fut parmi les derniers révélés à Mahomet et celui-ci est mort sans en clarifier le sens. Étant trop concis, les opinions les plus divergentes ont été exprimées par les juristes concernant les intérêts.

Le juge de première instance ne peut invoquer la constitution qui dit que les principes du droit musulman sont la source principale du droit, sans en spécifier le contenu. En raison des divergences des opinions, c'est au législateur égyptien et non au juge d'en choisir une en conformité avec les exigences de la situation et le juge est tenu d'appliquer la loi du législateur, le contraire violerait les normes juridiques et les principes instaurés.

100. Le Coran dit : "*O vous qui croyez, ne vivez pas de l'usure produisant le double deux fois*" (3:125). Ce verset fait penser beaucoup plus à l'usure caractérisée qu'au simple prêt à intérêt raisonnable. Le taux était de 100%. Le débiteur qui n'arrivait pas à rembourser sa dette à terme échu et qui obtenait un délai de grâce devait rembourser le double du double; sinon il devenait l'esclave de son créancier.

101. En interdisant tout prêt à intérêt, les oulémas ont créé un problème social et économique. Par la suite, pour résoudre le problème qu'ils ont créé, ils ont inventé les astuces telles que la vente *Salam* pour satisfaire les exigences économiques. L'agriculteur vend sa récolte qu'il livrera après la cueillette alors qu'il encaissera le prix immédiatement, ce qui lui donne les liquidités dont il a tant besoin. Mais cela présente beaucoup de risque pour le paysan. C'est pourquoi, du reste, certains législateurs (par exemple la Tunisie après l'indépendance) ont supprimé le contrat de vente *Salam*.

102. Il faut bien constater, du reste, que pour contrer l'interdiction les banques musulmanes ont recours à des ruses. Ainsi ces banques fonctionnent sur la base de contrats du type *ta'jir*, *moucharaka*, *moudaraba*, *mourabaha* qui sont des contrats de prêt à intérêt déguisés, avec cette particularité que l'intérêt n'est pas clairement arrêté d'avance. C'est évidemment une manière hypocrite d'aller contre les avis hostiles à l'intérêt.

b) Opinions défavorables à l'intérêt

103. Tous les pays arabes disposent de banques fonctionnant avec le système des intérêts, mais les autorités religieuses musulmanes continuent à affirmer que les intérêts, et par conséquent le système bancaire qui s'y livre, est illicite du point de vue musulman. Tel est le sens de la décision de l'Académie des recherches islamiques d'Al Azhar prise à l'occasion d'un congrès en 1965 auquel étaient représentés des savants de trente cinq pays musulmans. Selon cette opinion, l'illicéité se décline ainsi :

- 1) Les intérêts des prêts sous toutes leurs formes sont illicites.
- 2) Les intérêts sont illicites quel que soit leur taux.
- 3) Le prêt à intérêt est illicite. Il en est de même de l'emprunt contre intérêts, le péché qui en découle n'étant écarté qu'en cas de nécessité; toute personne devant apprécier elle-même quelle est sa nécessité.
- 4) Les activités bancaires comme les comptes courants, l'échange des chèques, les lettres de crédit, les traites internes sont licites. Les paiements contre ces opérations sont licites.
- 5) Les comptes à terme, les accréditifs et tout autre emprunt contre intérêts sont illicites.

Une décision de 1986 prise par l'Académie du droit musulman dépendant de la Ligue du monde musulman considère comme illicite pour un musulman d'avoir des transactions avec les banques usurières s'il lui est possible d'effectuer de telles transactions avec une banque musulmane.

Al-Qaradawi consacre un ouvrage répondant aux différentes objections soulevées notamment par le juge Al-Ashmawi²⁴¹.

104. Certains auteurs musulmans n'hésitent pas à prévoir une punition allant jusqu'à la peine de mort contre celui qui se livre à des transactions avec intérêts. Le cheikh Isma'il Khalil

²⁴¹ Cf. S. Aldeeb, « Les intérêts chez les Juifs, chrétiens et musulmans », *op. cit.* p. 9.

explique que celui qui nie l'interdiction des intérêts nie une interdiction prescrite clairement par le Coran et, de la sorte, devient un mécréant²⁴².

Mais alors que faire avec l'argent déposé dans les banques conventionnelles?

Mustafa Al-Zarqa, consulté par la Banque musulmane du développement, évoque l'école hanafite pour donner quelques réponses.

- Le musulman se trouvant dans un pays non-musulman peut licitement retirer des intérêts de son argent placé dans les banques étrangères.
- Est licite le placement des liquidités non utilisées de ladite banque dans les banques étrangères à concurrence de l'excédent non absorbé par les banques musulmanes de même que le profit qui en résulte. Il ajoute: *"Bien des choses légalement permises deviennent politiquement des devoirs dans certaines circonstances"*. Étant donnée la misère actuelle des pays musulmans, il est impensable d'abandonner ces fonds.

La décision de 1986 de l'Académie du droit musulman rattachée à la Ligue du monde musulman donne plusieurs indications :

- Un musulman doit retirer les intérêts déjà échus auprès des banques usurières mais il lui est interdit de les utiliser pour subvenir à ses propres besoins ou aux besoins des personnes qui dépendent de lui, ces intérêts devant être dépensés dans l'intérêt général des musulmans.
- Il n'est pas permis de laisser ces intérêts aux dites banques qui, à leur tour, "les donnent à des institutions juives et à des missionnaires chrétiens qui cherchent à convertir les gens au christianisme, l'argent des musulmans devenant de la sorte une arme contre les musulmans et pour détourner leurs fils de l'Islam".
- Il est interdit de continuer à avoir des liens avec ces banques usurières que ce soit avec ou sans intérêts.

105. Il faut aussi signaler que l'Islam n'interdit pas seulement les intérêts payés par les débiteurs lors du prêt mais il interdit aussi de percevoir des intérêts produits par les fonds déposés dans les comptes. Ainsi de simples carnets de dépôt, des obligations, des certificats d'investissement sont considérés par les Islamistes comme illicites²⁴³. Cette idée est rejetée par juge Al-Ashmawi du fait que l'épargnant qui dépose son argent est assuré pour la perte le

²⁴² Ibid.

²⁴³ Ibid.

vol et le seul moyen de payer le banquier est de lui permettre d'obtenir un avantage en retour ce qui justifie l'intérêt selon cette conception.

106. L'opinion défavorable à l'intérêt se retrouve dans toute la pensée *sunnite*. Le qualificatif de *sunnite* vient de l'importance accordée à la Sunna, c'est-à-dire l'ensemble des paroles et des actions du prophète Mahomet, que tous les croyants doivent s'efforcer d'imiter. Les *Sunnites* forment la grande majorité des musulmans. Ce courant de pensée de l'Islam condamne lui aussi la pratique de l'intérêt à travers différentes écoles de pensée.

107. La première est l'école *hanafite*. Son nom vient d'Abu Hanifa²⁴⁴. C'est celle qui fait davantage appel au raisonnement individuel et à l'analogie (*qiyas*). Ce courant a été bien représenté en Irak et en Syrie ainsi qu'en Afghanistan, au Pakistan et en Asie centrale turque. Il se caractérise par une utilisation de la raison et de l'opinion dans la résolution des cas d'espèce et par sa prudence à l'égard de la tradition. Ce fut l'école favorite des Turcs ottomans qui bénéficia de la reconnaissance officielle exclusive dans tout l'empire ottoman. Du point de vue de la question de l'intérêt, la jurisprudence de l'Irak interdit tout échange de biens inégal de même espèce car cette opération est entachée de *riba*. Par contre l'échange de bien en quantités inégales, s'ils sont d'espèce différente est autorisé. Les *hanafites* désapprouvent la lettre de change et la considèrent comme un acte déconseillé mais non interdit, ce qui attesterait de la modernité de cette finance²⁴⁵.

108. La seconde école est l'école *malékite*. Elle provient de l'enseignement de l'Imam Malik. Elle prône une interprétation stricte du Coran²⁴⁶ et des hadiths du Prophète. Originaire de Médine, l'école *malékite* s'étend vers l'ouest, en Égypte, en Afrique du nord, en Afrique occidentale et centrale. La jurisprudence est celle de Médine. Ses partisans sont beaucoup plus rigoureux sur la règle de simultanéité. Ainsi Imam Malik explique que « *Si un homme ayant un crédit à terme bénéficie d'une réduction de son créancier en payant comptant, c'est sans doute une opération entachée de riba* ».

109. La troisième école est l'école *Shafi'ite*. Elle marque un net retour vers les thèses traditionalistes, restreint la part du raisonnement personnel et met l'accent sur le consensus.

²⁴⁴ Cf. Same Al deeb, « Les intérêts chez les Juifs Chrétiens et musulmans », *op. cit.* p. 4.

²⁴⁵ L. Aldo, *Finances islamique, opérations financières autorisées et prohibées, vers une finance humaniste*, Gualino, . « L'extension », 2012, p. 65.

²⁴⁶ La source principale de la religion musulmane

Cette école est dominante en Basse-Égypte, en Arabie du sud, en Afrique orientale et chez les musulmans d'Indonésie, de Malaisie et du reste de l'Asie du sud-est.

110. La quatrième est l'école *Handalite*, fondée par Ibn Handall, qui est caractérisée par un retour à un traditionaliste strict, le jugement personnel n'étant accepté qu'en cas de nécessité absolue et à la condition expresse d'un consensus. Elle applique la règle de l'équivalence et de la simultanéité.

111. A côté de ces écoles orthodoxes évoquées ci-dessus il faut ajouter les diverses écoles *chi'ites* dont le principe est de maintenir le libre recherche à partir des textes sacrés ou des traditions de ses Imams ce qui évidemment est le point de différenciation très important avec l'Islam *sunnite*.

112. Le *chiisme* tire son nom de Chi'at-Ali, le parti d'Ali, le quatrième calife et le gendre du prophète Mohamed. Pour ces derniers la direction de la communauté revient aux descendants du Prophète et de sa famille. Ils représentent 10% de l'ensemble des musulmans dans le monde. Ils sont présents en Irak et en Iran, mais également au Liban, en Syrie, au Pakistan et en Afghanistan. Les *chiites* et les *sunnites* s'opposent sur plusieurs points de doctrine mais se retrouve néanmoins sur le credo tripartite initial : unicité divine, authenticité du livre sacré, prophétie de Mohammed.

Les *chiites* sont eux-mêmes divisés en plusieurs groupes. Parmi les plus importants figurent les *Duodécimains*, les *Septimaniens ou Ismaéliens*, les *Alouites* et *kharidjites* et les *zāidites*. Cette école *Zaydite* au Yémen est la plus proche des doctrines sunnites, dans la mesure où elle est réputée pour sa modération et sa retenue. Son fondateur Zaid ibn zine al Abibine, fut un savant pieux et courageux. Ce courant de pensée admet, contrairement aux autres chiites l'imamat d'Abu Bakr, Omar et Outhmane. Ils condamnent aussi la pratique de l'intérêt comme dans les autres écoles.

nous constatons donc que si les fondements religieux ont bien été établis d'une manière claire et absolue dans le Coran en tant que source principale de la loi islamique, des divergences n'ont pas manqué pour ce qui concerne son application. Ces divergences ne sont pas sans influence sur la seconde source du droit musulman qui est à l'origine du nom d'un des groupes les plus importants de musulmans, la sunna.

II) Les sources secondaires :

113. Elles sont composées de la *sunna* (A), et des sources dérivées (B). Ces dernières regroupent, l'*idjima* (consensus), le *kiyas* (le raisonnement) et les *fatwa* (avis juridique) .

A) La *Sunna*

114. La *sunna*, c'est-à-dire la tradition à travers les *hadiths* ou récits du Prophète Mahomet ou de ses disciples, constitue une source de la loi musulmane et une référence importante pour le législateur musulman. Elle comporte trois catégories de règles : celles qui renforcent ce qui est dit dans le Coran ; celles qui le complètent ; celles qui expliquent.

Les *hadiths* traitant de l'usure relèvent des deux premières catégories : renforcement de l'interdit ; adjonction à ce qui est interdit. Ces récits peuvent être distingués selon qu'ils concernent l'usure dans le cadre d'un prêt d'argent ou l'usure sur les échanges de biens. D'une façon générale, le prophète considère que « *chaque prêt produisant un avantage est usure* » (Hamoud S.H, [1985]), il étend la condamnation aux mangeurs d'usure, au donateur, celui qui transcrit l'acte et le témoin, tous sont égaux dans le péché ». Concernant l'usure sur les échanges, celle-ci est totalement fondée sur la notion d'avantage, c'est-à-dire sur une inégalité pouvant être introduite dans les échanges lorsqu'une partie reçoit un avantage sans fournir l'équivalence de la valeur du bien échangé. Le prophète avait appelé à conclure les échanges au comptant ou de façon simultanée²⁴⁷. Nous pouvons ainsi distinguer ces *hadiths* selon qu'ils concernent l'usure sur les prêts d'argent ou l'usure sur les échanges (1), en plus, il convient d'examiner la notion de *riba*, à travers les théories des écoles doctrinales (2).

1) La théorie extensive du *riba* : le *riba* de la *sunna* et du *hadith*

115. Comme il a déjà été dit, le mot *riba* signifie augmentation, accroissement ou gain²⁴⁸. Cette notion a vu son champ d'application s'élargir à toutes les formes de prêts alors qu'au départ seul le *riba* dans le troc était interdit. L'emploi du mot à travers les divers versets du Coran justifie cette extension²⁴⁹. La *sunna* qui est la deuxième source du droit musulman,

²⁴⁷ O. Houdas, W. Marcal ; 1978 « *blé pour blé, orge pour orge, dattes pour dattes, sel pour sel, le pareil pour le pareil. Mais quand ces sortes sont différentes vendez-les comme vous voulez pourvu que cela se passe au comptant* » « *orge pour orge constitue de l'usure à moins que chacun ne dise tiens, tiens !* » ; voir Kettani Malika : *Une banque originale op.cit.* pp. 72-73

²⁴⁸ M. EL-Gamal, *Finance islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques*, De Boeck, 2010, p. 77.

²⁴⁹ *Ibid.* ; cette conception du *riba* renvoie à la définition de l'usure donnée par la doctrine de l'Église

après le Coran, pose, quant à elle, les fondements de l'interdiction du *riba*, non pas par des versets, mais à travers des *hadiths* du Prophète²⁵⁰. La condamnation de l'usure dans certains *hadiths* du prophète est très claire et très forte.

Le prophète aurait dit : « *Or contre or, argent contre argent, blé contre blé, orge contre orge, datte contre datte, sel contre sel, en même quantité de même qualité et de la main à la main ; s'il y a surplus, c'est de l'usure. Si les choses échangées sont de nature différente, vendez comme il vous plaira, mais de la main à la main.* »²⁵¹

Cette expression « *de la main à la main* », que certains savants musulmans remplacent par « *tiens, tiens !* », Frottement contre frottement constitue usure à moins que chacun ne dise tiens, tiens. La répétition du « tiens » marque la simultanéité de l'échange, et cette obligation de simultanéité est imposée par ces *hadiths* et constatée dans la plupart des *hadiths* du prophète. Les juristes ont tiré de ce *hadith* deux formes de *riba* : le *riba* de solde et le *riba* de report. Le *riba* de solde est un *riba* caché ; il résulte d'un déséquilibre des prestations échangées dû à une augmentation de prix qui intervient lors de l'échange d'un des objets de même nature, de la main à la main. Ce qui revient à dire que le profit prohibé est celui qui découle d'un déséquilibre des prestations matérialisé par une augmentation de prix qui intervient lors de l'échange d'un des objets. Par exemple, tout profit relatif à une augmentation du prix du blé de même espèce lors de l'échange de deux quantités égales est prohibé.

116. Le *riba* de report est l'augmentation ou l'accroissement qui résulte d'un défaut d'équilibre des prestations des parties qui tient à l'octroi ou à la prorogation du terme. C'est l'exemple du banquier qui octroie un prêt de dix mille euros et en contrepartie de la prorogation du terme demande d'être payé onze mille euros. Ce type de *riba* est prohibé du fait qu'il s'agit d'une exploitation de la nécessité du débiteur d'emprunter de l'argent.

Cependant la détermination du sens et de la portée exacts de ces *hadiths*, soulève des difficultés ce qui rend le travail difficile comme c'était le cas pour les quatre versets coraniques qui ont posé le principe de l'interdiction. Cela nous conduit à examiner les

²⁵⁰ *Hadith*, rapporté par Al Boukhari, *Les traditions islamiques*, Traduit par O. Houdas et W. Marçais, Paris, 1905, p. 38.

²⁵¹ Rapporté par I. al Samet : *les vrais Hadith du Muslem, et Al Boukhari : les vrais Hadith du muslem* 11ème volume p. 14 en arabe ; cité par M. EL-Gamal, *Finance islamique, Aspects légaux, économiques et pratiques*, op.cit.p. 80.

positions des écoles de pensées islamiques qui font office de jurisprudence en la matière, pour avoir une compréhension plus ample de ces *hadiths*. Au sein de ces écoles deux interprétations ont été envisagées. D'un côté par les *Hanéfites* et les *Hanbalites* et de l'autre par les *Chaféites* et les *malékites*.

117. Le droit musulman, dans son sens premier, ne distingue pas l'intérêt de l'usure, car qu'il s'agisse de la conception large ou de la conception extensive toutes les deux s renvoient à la notion de *riba*. Cela est dû au caractère globalisant du droit musulman qui renferme tous les pans de la vie du croyant²⁵². Déjà l'étymologie du mot, *raba*, signifie accroissement, augmentation, ce qui fait dire à des auteurs comme Al-Qortobi²⁵³ que le *riba* est assimilé à l'usure. Aussi l'intérêt et l'usure font naître une contre partie, une augmentation, ce qui permet d'assimiler ces deux notions, et de cette généralisation va naître une protection beaucoup plus sécurisante pour le client. La protection est d'ailleurs l'essence du droit musulman qui se fonde sur des principes fondamentaux, tels que l'équité, l'égalité et la solidarité. La notion d'usure dans le droit français, fait référence à l'excédent, contrairement au droit musulman, qui ne pose même pas de limite pour déterminer, le taux usuraire. Ce qui avait empêché certains penseurs comme Massood Khan, de distinguer les deux termes, « *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, en fait elle correspond au profit illicite....* »²⁵⁴.

Cette conception large du terme de *riba*, développée par J. Schacht²⁵⁵, et qui regroupe aussi bien intérêt qu'usure se verra restreindre par d'autre penseurs plus modernes. Ce changement est dans la logique de la légitimation de la pratique de l'intérêt élaborée depuis longtemps par les autres religions monothéistes. Cela commence par une distinction entre usure et intérêt en donnant un sens sémantique plus restreint par rapport à celui que cette notion avait connu lors de son avènement. Seul est interdit le *riba* du pour un crédit à la consommation ce qui autorise le *riba* à la production. D'autres restrictions ont été faites à partir des versets et des

²⁵² L'islam ne fait pas de distinction entre la loi laïque et la loi religieuse.

²⁵³ Al Qortobi, *Al Gami Li ahkam*, Al-Koran, le Caire, 1923, p. 23.

²⁵⁴ M. Khan. W, *Toward an Interest-free Islamic Economic system*, The Islamic Foundation, U.K., 1985, p. 27. cité par A. Toussi, *Les taux d'intérêt dans le système islamique*, op. cit. p. 61.

²⁵⁵ J. Schacht, V° « *Riba* », *Encyclopédie de l'islam*, t. VIII, Maisonneuve et Larose, Paris, 1994, pp. 508 et s.

hadiths qui fondent cette nouvelle conception. Celle-ci a donné naissance à de nouveaux produits commercialisés dans les banques ou les institutions islamiques, comme les *sukuk* ou les assurances *takafu*

118. Pour les premiers, toutes opérations qui ne répondent pas aux conditions de simultanéité et d'équivalence sont prohibées même si les objets sont de même nature ou de même poids. Pour eux l'interdiction du *riba* se fonde sur l'inégalité entre les deux objets de même valeur. Le prophète avait demandé à Bilal, un de ses compagnons qui était son muezzin, la provenance des dattes qu'il vendait. Bilal aurait répondu :

« J'avais des dattes de qualité inférieure et j'ai échangé deux mesures de ces dattes contre une mesure de dattes de bonne qualité ». Le Prophète lui aurait dit « c'est du *riba*, ne recommencez plus ». Selon certains moralistes le prophète préconisait, dans un premier temps l'achat des dattes de bonne qualité ; et deux opérations pour ne pas tomber dans l'usure. Dans le cas du *riba* report, les *Hanéfites* interdisent tout profit qui découle de la prorogation d'un terme.

Pour ce qui concerne la position de l'école *Chaféite* concernant le *riba* dans la *Sunna*, elle limite le *riba* solde à l'échange des produits alimentaires et à l'échange de l'argent. C'est pour cette raison que ces théoriciens imposent la condition de la simultanéité. Concernant, le *riba* report, les *Chaféites* pensent qu'il faut limiter la prohibition du *riba* lié à la prorogation du terme aux transactions relatives aux produits alimentaires et aux métaux précieux. Leurs objectifs étaient de prôner le principe moral de justice et d'équité sociale.

119. Pour les *malékites*, c'est le *riba* report qui est interdit, et il ne peut être autorisé dans le cas de nécessité extrême. Et pour le *riba* solde, c'est un *riba* qui se justifie par simple besoin. Ils donnent des exemples d'exceptions dans lesquels les profits sont considérés comme licites : il s'agit du prêt à usage, de la vente des bijoux personnels, de la vente de certains produits industrialisés et de la vente des pièces de monnaie.²⁵⁶ Cette conception est plus souple comparée à celle des pratiquée par des *Hanéfites*. Cette conception extensive du *riba*, se manifeste par le fait que la notion de *riba* ne se limite pas au seul prêt à intérêt, mais à toutes les opérations, qui font naître des prestations inégales entre les parties. Cette théorie,

²⁵⁶ C'est ce qui atteste du paradoxe de cette finance, qui dans le souci de concurrencer la finance conventionnelle, cherche à légitimer certains produits sous forme de *fatwa*. Cf. M. Al Gamal, *La finance islamique, aspects économiques légaux et pratiques*, op. cit. p. 121.

qui datait du temps du Prophète mérite d'être réformée pour répondre aux préoccupations actuelles. C'est dans ce sens qu'une autre classification de la notion de *riba* a été établie : le *riba* de production et celui de la consommation.

2) Le *riba* de production et de consommation

120. Le renouveau de la religion musulmane, a provoqué des réactions de la part de certains juristes musulmans comme M. Marouf-al Doualibi²⁵⁷ lors d'un séminaire de droit musulman à Paris, a rénové, modernisé voire assoupli la notion du *riba* sans aller cependant jusqu'à la validation du profit illicite²⁵⁸.

121. La distinction des deux types de *riba*, renvoie impérativement à ces deux types de prêts, que sont le prêt à la consommation, et le prêt professionnel ou à la production. Le prêt à la consommation, ou crédit à la consommation, permet aux particuliers d'acquérir des biens de consommations, pouvant aller du simple bien mobilier jusqu'aux biens immobiliers. Sont exclus de ce type de prêt les besoins de l'activité professionnelle, ainsi que ceux des personnes morales de droit public.²⁵⁹ Ce type de prêt a été interdit en droit musulman parce qu'il ne donne naissance à aucune contrepartie productive au regard de ce droit. Qu'il s'agisse d'intérêt simple ou d'usure sur les prêts ou sur l'échange, les textes coraniques et les versets du Coran montrent que l'accumulation est condamnée sous toutes ses formes.²⁶⁰ Et certains pays musulmans tels que l'Algérie ont voté récemment une loi de finance interdisant aux banques d'accorder des crédits aux particuliers autres que des crédits immobiliers.²⁶¹

Cette loi s'inscrit dans la logique de la *fatwa* prononcée par l'université Al azhar d'Égypte.

122. En France, au moment où le crédit à la consommation demeure l'une des causes du surendettement des particuliers, le législateur, conscient de ce phénomène, est intervenu par

²⁵⁷ Un savant religieux syrien

²⁵⁸ M. Doualibi, conférence de Paris 2 au 7 juillet 1951, « La théorie de l'usure en droit musulman », in *Travaux de la semaine internationale de droit musulman*, Paris, Sirey, p. 139.

²⁵⁹ N. Eréséo, « L'évolutions juridiques du crédit à la consommation », in *Le crédit Aspects juridiques et économiques*, op. cit. p. 112 ; L. 311-3 du code de la consommation, publié au *J.O.* Du 24 12 1997. Le crédit consenti à un professionnel ne rend pas dans le champ d'application du crédit à la consommation : TI Soissons, 19 janv. 1979, *Dalloz* 1980 IR 228 ; Colmar, 2 juin 2004 : *JCP. E.* 2005, n° 47, p. 1978, obs. Lassalas-Langlais.

²⁶⁰ H. Algabid, ancien Premier ministre du Niger et ex- secrétaire général de l'organisation de la conférence islamique

²⁶¹ L'article 75 de la loi de finances complémentaire, LFC 2009, publié le 30 juillet 2009.

une loi de 2010²⁶² prolongeant la durée de rétractation de 7 à 14 jours et faisant passer le montant limite pour qualifier un tel crédit de 21500 à 75000 euros²⁶³.

Le crédit à la production, est octroyé aux professionnels ou à certains particuliers dans le cadre de leur activité ; il est productif et, dans ce cadre, cela permet d'appliquer le principe du partage de perte et de profit qui est l'alternative à l'intérêt dans le système islamique. C'est peut être pour cette raison qu'il a été accepté par le droit musulman. Cette comparaison des deux types de crédit montre non seulement les caractères utiles du crédit à la production mais aussi le fait qu'il permet d'appliquer le principe du partage de perte et de profit. Cela permet de conclure, au vu des principes de la banque islamique, à l'acceptation du *riba* production sous réserve du respect de certaines conditions. Et à la prohibition du *riba* consommation. L'interdiction du *riba* qui est le critère de distinction entre les banques islamiques et les banques classiques, est fondamentale dans les sources principales du droit musulman. Qu'il s'agisse du Coran ou de la sunna, elle est exprimée tant dans les versets que dans les *hadiths*. Sous réserve de certaines exceptions, tirées du prêt dans la vente, du crédit à la production ou du prêt de consommation. Pour sa part, M. Hamdi, responsable de la banque Fayçal islamique du Soudan, estime que « *toutes les sortes d'intérêts sont prohibés, que ces intérêts soient simples ou composés pour la production ou la consommation, servis par un individu ou une institution. Et ceux qui, de bonne foi, croient que certains intérêts sont licites, oublient que la cause essentielle de l'interdiction du riba dans la religion musulmane est d'éviter toute opération monopolisant la richesse dans quelques mains. Ce qui constitue la pratique courante des banques qui prêtent sur garanties, celles-ci n'étant possible que pour ceux qui ont déjà des moyens, c'est-à-dire les riches* »²⁶⁴ Ces propos ont influencé la doctrine, et lors du deuxième congrès de l'académie de recherches islamiques qui s'est réunie au Caire du 26 mai au 25 juin 1965 les principes suivants sur les opérations bancaires ont été proclamés.²⁶⁵

²⁶² N. Eréséo, « L'évolutions juridiques du crédit à la consommation », in Le crédit *Aspects juridiques et économiques*, op. cit. p. 112

²⁶³ V. art. L. 311-12 du Code de la consommation

²⁶⁴ Hamdi, 'Conférence sur l'expérience de la banque Fayçal islamique du soudan' maison nationale d'édition de distribution, Khartoum, p. 5.

²⁶⁵ A. Abi Haidar, *La banque islamique : Essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, Thèse Paris 2, 1991, p. 266.

123. L'intérêt est interdit quelle que soit la nature du prêt, consommation, ou production et quels que soient l'ordre de grandeur et l'usage auquel ils sont destinés²⁶⁶. Ce qui contredit la thèse de M. Doualibi, relative sur la distinction entre le crédit à la consommation et la production.²⁶⁷

Il est interdit, quel que soit son taux, même très faible ;

Il ne peut être autorisé qu'en cas de nécessité absolue.

124. L'Islam encourage les croyants à développer des mécanismes qui permettent de substituer aux techniques des banques occidentales des techniques conformes au respect des règles religieuses. Ces règles figurent à titre principal dans le Coran et la Sunna qui prévoient une interdiction claire et absolue et se retrouvent également dans les sources secondaires, qui viennent compléter, expliquer ou même clarifier les premières. Cependant ces sources dérivées, malgré leur nombre important en droit musulman, n'ont pu jouer le même rôle que les sources principales.

B) Les sources dérivées

125. Le droit musulman est un droit normatif. En ce sens, il pose un ensemble d'interdits, tel que la prohibition de l'intérêt, de l'incertitude, de l'ambiguïté, de la spéculation.²⁶⁸ Cette caractéristique pose un problème d'interprétation lorsqu'il est question d'analyser le sens et la portée des *hadiths* et des versets coraniques qui traitent de la question. La *charia*, qui constitue le volet pratique de l'Islam constitue la voie fixée par Dieu pour arriver au salut. Cette loi islamique trouve donc ces sources dans des domaines différents. Tous les juristes musulmans ou même le simple croyant qui veut résoudre des difficultés liées non seulement à sa vie pratique, mais aussi à d'autres secteurs d'activité, commenceront à chercher dans le Coran, qui est la source principale. Lorsque le livre saint ne donne pas de solution

²⁶⁶ R. Saadallah, « *Le financement islamique: concepts et principes généraux* », in Les techniques d'introduction de la finance islamique, p. 14

²⁶⁷ M. Doualibi *op. cit.* p. 4.

²⁶⁸ J. Paul Laramée, (dir.) *Finance islamique à la française, moteur pour l'économie, une alternative éthique*, *op. cit.* p. 35. ; voir sur ce point L. Millot, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, Paris 1953, n° 799 à 801 Dahman Ben Abderrahmane, « *Le droit musulman Fondement d'une Finance Alternative reposant sur l'économie réelle et le partage du risque* », in *La finance islamique: l'autre Finance*, *op.cit.* p.72. Selon l'auteur, en droit musulman, la matière des obligations notamment se trouve enserrée dans un maillage de prohibitions, établi pour assurer l'équité dans les contrats et l'équivalence des prestations consenties de part et d'autre.

satisfaisante à un problème, ils rechercheront dans la tradition du Prophète, la *sunna*. En tant que seconde source de la loi musulmane, celle-ci a pour rôle d'expliquer, de renforcer ou de compléter les versets du Coran. Cette source est d'autant plus fiable que le Prophète était l'interprète du Coran et avait pour tâche de transformer la révélation en règles d'action permettant de donner un exemple de la voie prescrite par Dieu sur terre.²⁶⁹

126. Après la mort du prophète et de certains de ses compagnons qui transmettaient ses actes et son comportement, les croyants commencèrent à rencontrer des problèmes inédits qu'il fallait cependant résoudre et pour lesquels les sources principales ne fournissaient pas des solutions adéquates. A partir de là un corps de pratiques s'est progressivement réifié et une sorte de jurisprudence faite des règles dérivées des sources premières²⁷⁰ de l'Islam s'est mise en place sous le nom de *Fiqh*²⁷¹. Les techniques utilisées pour développer ce corpus ont été regroupées sous le nom d'*ijtihad*²⁷².

La plus grande partie de ces méthodes est utilisée par les jurisconsultes au niveau individuel pour déterminer des solutions ponctuelles à des problèmes donnés. Il s'agit de l'analogie (*qiyas*) (1), de la préférence juridique (*istihsan*) (2), de l'intérêt général (*istislah*) et des coutumes et traditions (*urf*) (3). Rappelons que, selon certains, la coutume et la jurisprudence ne sont pas des sources du droit musulman.²⁷³

1) Le consensus ou *idjima*

127. Le consensus, est une source secondaire du droit musulman²⁷⁴. Comme dans tout système juridique, il faut des sources qui complètent les sources principales pour éviter des incompréhensions ou des vides juridiques. Le droit musulman n'est pas en reste. Rappelons que le droit musulman est un droit difficile à interpréter du fait de la divergence au sein des écoles de pensées. A cela s'ajoute les avis de certains juristes comme celui de Muhammad' Abduh, qui avait préconisé la réinterprétation des principes contenus dans la révélation divine pour servir de base à une formation juridique. D'autres érudits comme Iqbal en Inde, reprenant le même thème, étaient d'avis que les générations actuelles avaient non seulement

²⁶⁹ Coran, verset 16 sourate 44.

²⁷⁰ Coran et la Sunna

²⁷¹ La jurisprudence islamique

²⁷² Source secondaire du droit musulman. Il s'agit de l'effort de réflexion personnelle des juristes musulmans, visant à proposer des solutions à des problèmes qui se pose aux musulmans.

²⁷³ F. P. Blanc, *L' introduction à l'étude du droit musulman* Dalloz, 2001, p. 30.

²⁷⁴ R. David, Jauffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris Dalloz, p. 355.

le droit, mais même le devoir d'exercer l'*ijtihad* ou le jugement indépendant, si elles voulaient que l'Islam soit adapté au monde moderne²⁷⁵. Ce libéralisme avait donné naissance à une divergence voire même un désordre au sein des écoles sur la question de l'interdiction de l'usure dans le Coran et la *sunna*. Deux courants majoritaires de l'Islam se sont toujours affrontés pour interpréter les actes et la tradition du prophète. Les *sunnites*, qui développèrent un véritable système accordent une importance particulière à la *Sunna*. Les *chiites*, quant à eux, soulignent sans doute l'importance de la *sunna* mais ils y incluent les paroles de leurs imams.

Chez les Sunnites, on peut distinguer quatre écoles dont nous nous contenterons ici de citer la conception des versets et des *hadiths* relatifs à l'interdiction du *riba*. Les *Hanafites* condamnent l'inégalité arithmétique dans l'échange de tout ce qui se mesure, se pèse ou se compte. Les *Malékites* autorisent l'inégalité arithmétique pour des animaux de même espèce s'ils ont des vocations différentes. Les *Chaféites* mettent l'accent sur les métaux précieux en estimant que tout échange inégal de ces métaux est susceptible d'usure, donc interdit. Les *hanbalites* exigent deux conditions, en plus de l'égalité, qui sont la simultanéité et l'équivalence dans les échanges.

128. Ces différentes thèses des multiples écoles de pensées, qui auraient dû clarifier la tradition du Prophète ont, au contraire, donné naissance à une rupture brutale et engendré de violentes controverses. Cela a conduit à ce qu'on a appelé « *la fermeture des portes de l'interprétation* ». Les juristes de toutes les écoles arrivent à la conclusion que toutes les questions essentielles ont désormais été abordées et un consensus s'est établi graduellement pour convenir que personne ne peut plus prétendre avoir les qualifications nécessaires à une exégèse indépendante²⁷⁶ Et notamment, à propos de la pratique de l'intérêt dans l'Islam un consensus a été établi. Le *riba* connaît en effet une réprobation aussi forte dans les différentes écoles de pensée islamique. En s'appuyant sur l'ensemble des sources du droit musulman, les jurisconsultes condamnent tout ce qui ne respecte pas l'équilibre arithmétique des prestations tant pour le créancier que pour le débiteur, dans tous les types de prêts.²⁷⁷

²⁷⁵ N. Joseph Coulson, *Histoire du droit islamique*, Presses Universitaires Françaises, p. 192.

²⁷⁶ A. Maoula chaar «, Charia et institution » in *La finance islamique à la française*, op. cit. p. 68.

²⁷⁷ H. Algabid, *Les banques islamiques*, éd. Economica 1990, p. 43.

Cependant, le terme de consensus ne doit pas être pris au sens littéral du terme ; il n'est pas un assentiment direct de la généralité des adeptes de l'Islam. Dans son acception technique, *l'idjma* est un accord des juristes et sa notion demande à être soigneusement précisée. L'institution puise son fondement dans le verset IV, sourate 115, selon lequel « *Quant à celui qui se sépare du prophète après avoir clairement connu la vraie direction et qui suit un chemin différent de celui des croyants : nous nous détournerons de lui, comme lui-même s'est détourné ; nous le jetterons dans la géhenne* ». Tout ce qui a l'approbation générale des adeptes de l'Islam est donc juste et doit être obligatoirement reconnu. Qui le nie est un mécréant.

Les *hadiths* sont plus explicites : « *ce qui a paru bon aux musulmans est bon au regard de Dieu.* », « *Ma communauté ne tombera jamais d'accord sur une erreur.* » « *Vous êtes les meilleurs des hommes et il est de votre devoir d'interdire que les hommes fassent ce qui est injuste.* », « *Celui qui se sépare du peuple de la distance d'un empan mourra de la même mort qu'aux jours de l'ignorance.* »

L'*idjima* constitue ainsi la troisième source de droit musulman après le Coran et la *sunna* et le troisième degré de manifestation de la volonté divine, puisqu'il est fondé sur une sorte d'inspiration diffuse par laquelle la communauté des croyants ne perd jamais le contact avec la vérité, c'est-à-dire Dieu²⁷⁸.

129. Elle résulte de l'accord des juristes qualifiés (*mudjtahid*) appartenant à une même génération de gens « *qui lient et délient* ». ²⁷⁹ A partir de ce consensus une autre source accessoire a pu se développer qui est le raisonnement par analogie.

2) Le raisonnement par analogie ou *Kiyas*

130. Si les trois premières sources du droit, *Coran*, *Sunna*, *idjima*, qui dépendent plus ou moins de l'inspiration et qui sont, dès lors, infaillibles, ne permettent pas de trouver une solution, il y a lieu de faire appel au raisonnement par analogie (*kiyas*), qui est un critère humain, donc faillible. Il ne s'agit pas d'interpréter l'esprit de la loi, mais il est question d'élargir éventuellement le texte dans un cercle plus large. Il ne s'agit pas non plus d'un jugement individuel susceptible, comme tel, de la fantaisie et de l'arbitraire, mais d'un

²⁷⁸ D. Santillana, *Istituzioni*, p. 32.

²⁷⁹ L. Milliot, F. Paul Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, 2^e éd. Dalloz, p. 108

raisonnement systématique, discipliné par les règles de l'analogie. C'est cette interprétation qui a été faite sur le sens du mot *riba*, puisque, selon certains, ce terme traduisait seulement le mot usure. Or, si tel était le cas, le système des banques Islamiques ne saurait se distinguer de celui des banques classiques car ces dernières aussi interdisent l'usure.

131. L'analogie est, en quelque sorte, la conformité ou la ressemblance existant entre deux êtres, deux choses, deux concepts différents.²⁸⁰ Nous ne développerons pas ici cette source accessoire qui ne peut être envisagée que cas par cas. Pour ce qui concerne le *riba*, les sources principales du droit le condamnent de manière suffisamment claire dans tous ces sens et sous toutes ses formes²⁸¹ pour qu'il ne soit pas utile de nous étendre davantage sur cette source accessoire.

3) les *fatwas* ou *fiqh*

132. En ce qui concerne la période contemporaine, les banques islamiques se fondent sur les *fatwas* modernes pour rejeter la *riba*. La pratique des intérêts bancaires est en effet unanimement condamnée par les institutions Islamiques compétentes comme les *fatwas* délivrées par la commission permanente d'*Ifta* du royaume d'Arabie Saoudite. Pour montrer l'influence des *fatwas* dans le système il est nécessaire de citer à titre d'illustration certaines d'entre elles.

Une première *fatwa* a été délivrée par la chambre égyptienne d'*Ifta* le 15 janvier 1989 par le Cheikh Tantaoui, actuel *Moufti* (savants), interdisant toutes formes d'intérêts bancaires: dans cette affaire, le citoyen Abdallah Mustapha avait posé à Dar Al Ifta'a une question dans laquelle il indique qu'il a déposé une certaine somme d'argent dans une banque et demande si les intérêts ainsi obtenus sont licites ou illicites. Peut-on en payer un montant au titre de *zakat*? Est-il permis d'en utiliser une partie au profit des bonnes œuvres telles que la construction d'une mosquée? Le Mufti a répondu en disant que les intérêts bancaires, dès lors qu'ils sont fixés à l'avance, relèvent du *riba al-ziadah* interdit selon la *Charia* ; ils ne sont pas assujettis à la *zakat* (aumône) contrairement au principal qui l'est s'il atteint le minimum imposable. Les intérêts sont de l'argent mal acquis pour lequel la *zakat* n'est pas permise. Une deuxième *fatwa* a été rendue par l'Académie Islamique du *Fiqh* (jurisprudence) de

²⁸⁰ *Idem.* p 114.

²⁸¹ A. Abi Haidar, *La banque islamique : Essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, thèse Paris 2, 1991, pp. 221 et s.

l'organisation de la conférence Islamique : cette *fatwa* est relative à la position de la *Charia* vis à vis des transactions bancaires à intérêts et des transactions avec les banques islamiques.

133. Le conseil de cette académie réunie en sa deuxième session à Jiddah du 10 au 16 rabi II 1406 H²⁸² a été saisi sur des questions relatives à des activités bancaires contemporaines. Après une étude approfondie et une discussion détaillée des documents et des mémoires qui faisaient l'objet de l'étude, des constatations ont été faites quant aux effets néfastes produits sur les transactions, sur l'ordre économique mondial et notamment sur la situation politique voire la stabilité de certains pays du tiers monde. Cela s'explique par l'éloignement de ces pratiques par rapport aux préceptes de l'Islam. C'est ainsi que le conseil de l'Académie décide que *« premièrement : « ... toute augmentation appliquée à une dette échue que le débiteur n'est pas en mesure de payer contre prorogation de l'échéance, de même que l'augmentation appliquée à un prêt depuis le début du contrat, constitue de l'usure qui est interdite par la Charia. Que, deuxièmement, l'alternative qui garantit la disponibilité de capitaux et stimule l'activité économique d'une manière acceptable par l'Islam consiste à se conformer, dans ses transactions, aux jugements issus de la Charia notamment ceux rendus par les organismes de fatwas compétents sur tous les aspects des transactions pratiquées par les banques islamiques dans la réalité concrète. Troisièmement: l'académie a décidé de réitérer son invitation aux gouvernements Islamiques à encourager les banques islamiques existantes et à faciliter la création de telles banques dans tous les pays musulmans de manière à couvrir les besoins de l'Oumma et ce, afin que le musulman ne vive pas en contradiction avec les exigences de sa foi ».*

134. Une troisième *fatwa* a été délivrée par l'académie de recherche islamique du Caire, lors de sa deuxième conférence, tenue au mois de mai 1965. En ce qui concerne les transactions bancaires, la conférence décide que le prêt à intérêt est interdit et ne saurait être permis sous prétexte d'un besoin ou de la nécessité. L'emprunt à intérêt est également interdit, mais le péché qu'il comporte n'est levé que si l'emprunt est motivé par la nécessité absolue. Et chacun est laissé devant sa conscience pour ce qui est de l'évaluation de cette nécessité. Une quatrième *fatwa* consiste dans une résolution de l'Académie de la Ligue du Monde musulman

²⁸² Cf. La résolution n°10 (10/2) concernant, *les transactions bancaires comportant des intérêts et les transactions des banques islamiques*, in « *Résolutions et recommandations du conseil de l'Académie islamique du Fiqh 1985-2000 à Jiddah* », publication de l'institut islamique de recherche et de formation, BID, 2000, Jiddah, pp 14-15

relative à la prolifération des banques usuraires , aux transactions avec ces banques et à la position de la *Charia* vis à vis des intérêts usuraires Cette sentence rappelle, en substance, dans l'une de ses motivations que : « ...des conférences et des colloques (ont été) tenus dans maints pays musulmans et aussi hors du monde Islamique , pour décider à l'unanimité que les intérêts usuraires sont interdits et confirmer la possibilité de créer des institutions conformes à la *Charia* afin de remplacer les banques et les institutions fondées sur l'usure »

135. On peut donc constater, à travers ce bref parcours des sources du droit musulman et de leurs positions sur le problème qui nous intéresse, qu'il y a unanimité du rejet catégorique du *riba* pour des raisons tenant au dogme. Mais ces fondements religieux ne sont pas les seuls à fonder le système financier islamique, Il est également des fondements éthiques importants.

Paragraphe II) Les fondements éthiques

136. Toute l'activité économique de l'Islam est soumise à la question du *halal* et du *haram*, du licite et de l'illicite qui dépend des valeurs morales et sociales que doit respecter tout musulman dans ses différentes activités²⁸³. De là nous observons deux corps de normes essentiels du monde musulman, que l'ensemble des musulmans doit respecter. Il y a des règles sociales et morales. L'activité économique est autorisée en Islam, et surtout le métier de commerce, qui fut celui du Prophète, qui a encouragé ses membres à être honnête, à investir, à faire fructifier leur argent par des moyens licites²⁸⁴. Cette richesse, une fois acquise, l'individu devra l'utiliser de façon socialement productive en évitant cependant l'excès de gain, l'exploitation, le gaspillage, la corruption et le monopôle.²⁸⁵

137. Cette vision des choses, que nous rencontrons dans l'Islam comme chez les **franciscains** du début du XIII^e siècle, n'appartient pas à une civilisation particulière mais reflète plutôt une conception intemporelle de l'économie que l'on peut nommer l'éthique.²⁸⁶ Cette notion doit être examinée pour en déterminer les caractéristiques (I), avant de voir les fondements sociaux (II).

I) L'éthique dans l'Islam

²⁸³ C. Obeid, *Les contrats en droit islamique*, op. cit. p. 42

²⁸⁴ N. Saleh, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, op. cit. p. 15

²⁸⁵ Quardhaoui, *Le licite et illicite en islam*, Paris, éd. Okad, p.216. Coran, Sourate IV, verset 37 : *Dieu n'aime pas ceux qui sont avarice et ceux qui ordonnent l'avarice aux hommes, ceux qui dissimulent ce que Dieu leur a donné de sa grâce* ; I. Chapellière. , « De l'éthique économique musulmane à la finance islamique: vers un renouvellement du concept de rationalité », op. cit. p. 12

²⁸⁶ F. Guéranger, *Finance islamique, une illustration de la finance éthique*, op. cit. p. 7

138. Les banques islamiques lient constamment la question de l'argent et celle de la religion, ce qui fait appel à la question de l'éthique en lui donnant une connotation particulière. C'est cette éthique qui est censée englober l'ensemble du système bancaire, qui se définit comme un système dont les principes et les fondements proviennent du Coran et de la tradition du Prophète²⁸⁷. Les banques islamiques vont intégrer les domaines de l'éthique, de la morale et du social au sein de leur réflexion.

139. Contrairement au système classique ou occidental qui ne prend en compte que les aspects économiques ou pécuniaires des rapports bancaires, le système islamique recherche à concilier avant tout son activité avec le côté social, éthique voire moral des opérations²⁸⁸. En ce sens, les banques doivent aspirer à plus de justice et d'équité dans les relations d'affaires. Cette recherche de justice se manifeste par la prohibition ou l'anéantissement de tout enrichissement injustifié, parmi lesquels nous retrouvons le fait d'acquérir un quelconque avantage sans donner de contrepartie. Sont donc exclus le paiement et l'octroi d'intérêt, en tant que prix fixe et déterminé de l'argent, ce qui est considéré comme des plus blâmables.²⁸⁹ Ce principe d'équité et de justice impose un système participatif ou *equity finance*, basé sur le principe du partage des profits et des pertes, principe que nous aurons l'occasion de développer ultérieurement.

140. Ce système accorde plus d'importance aux épargnants et aux emprunteurs, et une moindre considération pour le crédit et la dette. Dans ce système participatif, la relation entre le prêteur et l'emprunteur va se transformer en une véritable association. Au-delà de ce partenariat, il faut aussi rappeler que le rôle de l'argent en Islam est plus réduit que celui qu'il a dans le système occidental. Nous allons étudier la notion d'éthique (A) et le rôle de l'argent dans l'Islam (B). L'argent est essentiellement pour but la facilitation de l'échange et du commerce.²⁹⁰

²⁸⁷ I. Karich, « Les préceptes de la charia, finance islamique tout est prêt » ! *Revue Échanges* juin 2009, p. 3

²⁸⁸ Voir l'allocution du prince Mohamed al-Fayçal al-saoud, le premier promoteur de ce système et le créateur de Dar al moul al islam dans le cadre d'une conférence organisée par l'association Islam et Occident, le 14 novembre 1985, Paris, UNESCO, *L'islam et l'occident face au nouvel ordre économique international*.

²⁸⁹ G. Causse-Broquet, *La Finance islamique*, op. cit. p. 29.

²⁹⁰ I. Karich, *Les préceptes de la charia*, op. cit. p. 36.

A) La notion d'éthique

141. Les mots d'éthique ou de morale, sont tellement chargés de connotations affectives qu'il convient ici d'en donner l'acception que l'on utilisera par la suite, dans l'espoir d'éviter tout malentendu. En français, ces termes sont souvent considérés comme interchangeables, le premier étant issu du grec et le second du latin comme traduction de celui-ci.²⁹¹ Pourtant, ils ne sont pas synonymes, car la morale est un discours normatif et impératif qui résulte de l'opposition du bien du mal considéré comme valeurs absolues ou transcendantes : c'est l'ensemble de nos devoirs. Elle répond à la question : que dois-je faire²⁹² ? L'éthique, quant à elle, « *est un discours normatif, non impératif, qui résulte du bon et du mauvais considérés comme valeurs immanentes et relatives : c'est l'ensemble réfléchi des désirs d'un individu ou d'un groupe. [...] Une éthique [...] répond à la question : comment vivre ? Elle ne commande pas, elle recommande.* »²⁹³ Qu'il s'agisse de l'éthique ou de la morale, la réponse restera la même en Islam. Que dois-je faire, en tant que croyant musulman ? Respecter les recommandations de Dieu. Comment vivre ? Éviter le *haram* et faire ce qui est *hallal*, autrement dit, faire ce qui est licite et éviter ce qui ne l'est pas au regard du droit musulman. En effet même si l'éthique ressemble en beaucoup de points à celui de Islam, notamment la recommandation du bien et le rejet du mal, il est important de définir quels sont les axes qui définissent cette éthique basée sur la religion, et non pas sur des notions intrinsèques à l'homme qui distingue ce qui est bien de ce qui est mal.²⁹⁴ Pour une meilleure compréhension de cette notion, il serait nécessaire de voir : l'unité de Dieu, la propriété absolue (1) et l'esprit de communauté et la solidarité en Islam (2).

1) l'unicité de Dieu, propriétaire absolu

142. Le système bancaire islamique met en relation non seulement les hommes entre eux mais aussi établit un rapport entre Dieu et les hommes. Ce sont ces relations entre Dieu et l'homme qui donnent à l'Islam une dimension verticale. Ce lien est concrétisé par la

²⁹¹ F. Guéranger, *La finance islamique, une illustration à la finance Éthique*, op. cit. p. 52.

²⁹² A. Comte Sponville, *La philosophie*, Paris PUF, collection « *que sais-je* » 2005, p. 91.

²⁹³ F. Guéranger op.cit. p. 23.

²⁹⁴ I. Karich, *le système financier islamique*, op. cit. p. 14.

soumission inconditionnelle de l'homme devant Lui, en rendant ces désirs, ses ambitions et ses actions subséquentes à sa volonté et son commandement.²⁹⁵

143. C'est à Dieu qu'appartient tout ce qui est dans les cieux et sur la terre. Que vous manifestiez ce qui est en vous ou que vous le cachiez, Dieu vous en demandera compte. Puisqu'il pardonnera à qui il veut et châtiara qui il veut. Dieu est capable de toute chose²⁹⁶. C'est ce principe qui distingue l'Islam des autres religions et d'autres courants de pensées, car, en Islam, tout appartient à Dieu, propriétaire, absolu et originel de tout bien. Dieu est le propriétaire de tout l'univers. A partir de ce principe il attribue des pouvoirs à l'homme, qui est ceux d'une simple gérance sur terre.

2) L'esprit de communauté et de solidarité

144. Dans le monde occidental, au cours du temps et sous l'effet de différents facteurs,²⁹⁷ l'individualisme est devenu l'une des composantes de la vie économique et sociale. Dans le monde musulman, c'est la collectivité qui prédomine. Comme dans les autres religions monothéistes la solidarité et la justice sociale sont des valeurs privilégiées dans l'Islam.²⁹⁸ Ces principes qui gouvernent la vie économique et la vie des affaires sont liés aux préceptes religieux qui résultent du Coran. Cela explique à la fois le rôle de l'argent, celui de la propriété et leur relativité.

B) Le rôle de l'argent et la neutralité du temps

145. La richesse et l'argent ont toujours été des sujets tabous dans les religions²⁹⁹. Les particularités dans l'Islam sont que l'argent ne peut être un objet qui se vend ou se loue car il n'a pas de valeur en soi. C'est seulement un outil de mesure, d'échange et de réserve de valeur. Aucun contrat, aucune transaction n'est légitime s'il permet à l'argent de créer de l'argent sans association du capital physique et du travail dans une activité productive. En plus de cette conception spécifique de l'argent, l'Islam considère que le temps est la création de Dieu et n'appartient qu'à Lui. Donc, toute transaction dans laquelle intervient le temps, doit faire intervenir le facteur travail pour être licite. Le temps est assimilé à la vie. Négocier à propos du temps revient à négocier sur la vie, c'est prendre de la vie de l'autre, d'où

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Coran, sourate al Bakara , verset , 284.

²⁹⁷ Le capitalisme, l'éthique protestante, l'urbanisation...

²⁹⁸ Coran verset 5 sourate 2 « *Entraidez-vous dans la charité et la piété ...* »

²⁹⁹ G. Causse Broquet, *Les banques islamiques*, op. cit .p. 33.

l'interdiction de l'intérêt basé sur le temps³⁰⁰. Le musulman est un simple gérant sur terre (1), il croit aussi en une vie après la mort (2).

1) L'homme, simple gérant sur terre

146. L'individu est le lieutenant de Dieu sur terre. « *C'est Dieu qui vous a désigné gérant de la terre...* »³⁰¹. La propriété absolue telle que nous la connaissons en occident n'existe pas : « *aucune propriété n'est le bien exclusif, voire même réel de son possesseur. Le véritable propriétaire c'est Dieu qui la laisse à l'homme, son vice-gérant sur la terre qui doit la faire fructifier* »³⁰². Cette notion de propriété, non exclusive, ne porte pas préjudice à la liberté et à la responsabilité individuelle mais conduit à une forme plutôt sociétale de la propriété qui est de nature à éviter certains abus comme la concentration et ou l'accumulation du capital, le gaspillage de la richesse, la thésaurisation.³⁰³

147. Dieu transfère un certain nombre de ses pouvoirs à l'homme, sur terre pour que ce dernier soit son mandataire, le terme de mandat, « *istikhlaf* » se trouvant également clairement édicté dans le Coran. C'est Dieu, qui a fait de vous son successeur sur terre...³⁰⁴. Par cette qualité, l'homme doit exercer son rôle dans le respect strict des règles religieuses et de la justice sociale. « *Nous avons effectivement envoyé nos messagers avec des preuves évidentes, et fait descendre avec eux le livre et la balance, afin que les gens établissent la justice...* »³⁰⁵. De ces versets découle une règle sociale qui permet de considérer tous les hommes comme des frères entre eux et selon laquelle toutes les ressources mises à leur disposition leur ont été confiées par lui en vue de leur utilisation d'une façon juste, pour le bien-être de tous sans exception. Par ce principe, on considère que tout l'univers est la propriété de Dieu. L'être humain n'est qu'un lieutenant ou un délégué qui a le droit d'exploiter et de jouir des biens et des avantages donnés par Dieu dans le cadre des lois et des directives coraniques. Il est un agent qui exécute les ordres de Dieu.

De nombreux principes en découlent au plan juridique. Par exemple que la propriété n'est pas un droit absolu, mais un don divin qu'on doit utiliser et exploiter d'une façon rationnelle. Si

³⁰⁰ G. Causse Broquet, « Les principes de la finance islamique », *op.cit.* p. 32.

³⁰¹ Coran, verset 6 sourate 165.

³⁰² L. Siagh, *Islam et le monde des affaires*, éd. d'Organisation, 2003, p. 123.

³⁰³ G. Causse Broquet, *op. cit* p. 31.

³⁰⁴ Coran verset 35, sourate 30.

³⁰⁵ Coran, verset 57 sourate 25.

cette exploitation a été abandonnée ou transformée d'une façon non productive, la propriété diminue³⁰⁶ et peut être confisquée. Le but de la propriété est la construction de la vie terrestre³⁰⁷ et l'amélioration du niveau de vie de tous les êtres humains, sans distinction de races ou de classes sociales³⁰⁸. Cela est fait pour réaliser le but essentiel: préparer l'homme à remercier Dieu.

2) La croyance en une vie dans l'au-delà après le jugement dernier

148. Pour l'Islam, comme pour la plupart des religions monothéistes, la mort n'est pas une fin mais un commencement. Cela sous-entend l'existence d'une autre vie après la mort, et le sort de l'homme dans cette nouvelle vie dépend des actions qu'il a accomplies sur terre. « *Œuvre pour ta vie terrestre comme si tu vivais l'éternité et œuvre pour ta vie dernière comme si tu allais mourir demain* ». ³⁰⁹ » Ces principes relativisent les richesses et les profits réalisés dans cette vie terrestre qui est éphémère, et invitent tous les musulmans à penser à cette vie de l'au-delà. Ce principe est lié avec celui selon lequel l'homme est le lieutenant de Dieu sur terre, pour déterminer la conduite du musulman. Il renforce chez lui l'autocensure et modifie les notions de succès et de richesse bâties sur un point de vue purement matérialiste. La croyance au jugement dernier élargit métaphysiquement les horizons temporels et agit sur le comportement de l'individu, d'autant que son sort dans la vie dernière dépend des actions qu'il a accomplies sur terre. Cependant la doctrine islamique ne permet pas d'interpréter ces principes comme un encouragement à l'ermitage ou à la consécration de tout le temps à la prière. Au contraire, elle appelle l'homme à entreprendre des activités productives et bienfaitantes pour s'assurer une vie heureuse sur terre et dans l'au-delà.

Ces trois principes qui régissent la vie des musulmans entraînent un rejet d'une souveraineté quelconque des consommateurs ou des producteurs, car l'homme est plutôt un usufruitier qu'un propriétaire absolu. Cependant que tous les hommes puissent être les vice-gérants de Dieu est une finalité mais qui doit tenir compte des réalités socio-économiques.³¹⁰

³⁰⁶ Comme le cas des sommes thésaurisées qui diminuent de 2.5% par an au moment de la *zakat* (l'aumône légale)

³⁰⁷ Coran, verset 11, sourate 61

³⁰⁸ Vous êtes tous des serviteurs de Dieu, les plus aimés de lui sont les plus utiles à ses serviteurs, (Tradition citée dans M. SIBAI, *le socialisme de l'Islam*, la maison Ed Arabe, Damas 1960, p. 184

³⁰⁹ *Hadith*, rapporté par Alboukhary l'un des accompagnons du Prophète

³¹⁰ H. Algabid, *Les banques islamiques*, op. cit. p. 28.

149. Le droit des contrats dans le système islamique est gouverné par des principes différents de ceux issus du droit français³¹¹. Ainsi en droit musulman, les principes de l'équivalence et la simultanéité sont des conditions de validité de toutes transactions. L'interdiction du *riba* en Islam pourrait correspondre avec certaines règles du système français lorsque qu'il s'agit de protéger la partie faible du contrat. Dans le souci d'éviter des transactions donnant naissance à des prestations déséquilibrées, comme le souligne Madame Comair, l'élément moral joue un rôle de protecteur³¹². Ainsi le *riba* est prohibé parce qu'il correspond à une rémunération garantie pour le prêteur, alors que les risques sont totalement assumés par l'emprunteur.

150. Cette recherche d'équité et de protection se retrouve aussi au sein de la législation française et plus précisément à travers les dispositions du droit de la consommation, qui traitent des clauses abusives comme dans la plupart des pays européens. Il serait intéressant de rappeler ce mode de protection des consommateurs dans le système français pour examiner comment le droit français aussi bien que le droit musulman est inspiré par l'éthique dans la mesure où il garantit la protection de la partie la plus faible du contrat. Cette protection en droit musulman se fait en fonction de la conception retenue, selon qu'elle est extensive ou restrictive.

En deçà des fondements religieux et éthiques de cette interdiction il est certain que l'instauration d'un système financier islamique. Trouve sa source également dans des fondements sociaux.

II) Les fondements sociaux

151. L'intégration des valeurs sociales et morales est un élément important dans la vie économique du musulman car elles en sont les fondements, les composantes principales. Ce sont les gages de réussite véritable de ce système et c'est ce qui le diffère du système conventionnel.³¹³ « *Vos richesses et vos enfants ne sont même qu'une tentation alors qu'une récompense sans limite se trouve auprès de Dieu.* »³¹⁴ Donc le comportement correct du musulman, doit se manifester, non seulement dans la gestion de ses richesses, c'est-à-dire dans

³¹¹ F. Guéranger, *La finance islamique une illustration de la finance éthique*, op. cit. p. 32.

³¹² N. Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op. cit. p. 89.

³¹³ P. Grangereau, M. Haroun, « Financement de projets et financements islamiques : Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Revue Banque et Droit*, n ° 97 septembre octobre 2004, pp. 55. et s.

³¹⁴ Coran, *sourate* 17, verset 27

la fructification de son patrimoine mais aussi, dans sa générosité vis-à-vis de son prochain³¹⁵. Ce caractère social, du point de vue de la banque, peut se manifester de différentes manières. D'abord par la ressemblance entre la banque islamique et la banque de l'économie sociale (A), mais aussi par son caractère redistributive (B).

A) La banque islamique, une banque de l'économie sociale

152. La banque islamique et les banques de l'économie sociale ont des finalités communes dans la mesure où toutes deux veulent prendre en compte des besoins bancaires dont les banques dites classiques ne se préoccupent guère. De surcroît, leur développement atteste la volonté d'imposer un système bancaire alternatif à l'ordre bancaire dominant. Les banques de l'économie sociale sont nées sous la forme de coopératives et de groupements mutualistes pour contester le système conventionnel qui était en place. Au XIX^e siècle, les banques commerciales financent la révolution industrielle et ne s'adressent, à ce titre, qu'au milieu d'affaires et à la bourgeoisie. Les classes moyennes sont condamnées, par ailleurs, à la thésaurisation pour les besoins de la vie courante car les placements dans les banques commerciales demandent des mises de fonds minimales trop importantes.

153. Les caisses d'épargne vont répondre progressivement à ce dernier point tandis que les établissements de crédits coopératifs permettront à des classes modestes d'accéder au crédit. C'est dans ce contexte dit de l'économie sociale, apparu en Europe, qu'Al Nagar a eu l'idée d'une expérimentation en Égypte du système de caisse d'épargnes rurales allemandes. Cette institution, selon Al Nagar³¹⁶, peut constituer un levier pour le système bancaire égyptien et attirer l'épargne thésaurisée des plus défavorisés, ceux qui restaient généralement à l'égard des institutions modernes de crédit. Cette banque égyptienne va changer et le rôle et la place du banquier.

154. Les relations entre le banquier et son client dépassent le cadre d'une intermédiation bancaire, car les deux parties seront directement impliquées dans la gestion, mais aussi elles vont partager les profits et les pertes. De là va naître une association, une coparticipation. On ne parle plus désormais ici d'emprunteur et de prêteur, mais plutôt d'investisseur et

³¹⁵ Coran *sourate*, verset 27.

³¹⁶ N. Hardy, « Finance Islamique: Les acteurs, les Instruments », in *La Finance Islamique: L'autre, Finance*, *op. cit.* p. 80.

d'entrepreneur.³¹⁷ Par comparaison avec le système classique cette relation entre les parties, à travers ce système, démontre la prise en compte d'un volet social. Cet aspect là est évidemment lié à la conscience musulmane. Le rôle d'intermédiation de cette banque aussi l'attribue un caractère de spécial qui mérite d'être analysé.

B) La banque islamique : une banque redistributive des richesses

155. Au commencement, l'objectif des banques Islamiques était de lier les besoins économiques et les règles religieuses qui reposent sur le principe de la prohibition de l'intérêt. C'est par la suite que la banque islamique s'est découverte une mission distributive de richesses par ses engagements en tant qu'organisme collecteur et répartiteur des fonds provenant de l'aumône officielle, communément appelé *zakat*. Ce terme signifie « *la part que tout musulman doit dépenser de sa fortune, en numéraire ou en nature pour le compte de certains bénéficiaires cités explicitement dans le Coran* »³¹⁸. Elle est l'une des cinq obligations de l'Islam et elle a été prescrite de tout temps, à chaque musulman³¹⁹. Cette justice sociale consistant dans la redistribution de la fortune par *zakat*, est le seul moyen pour le croyant d'accroître ces biens.³²⁰ Dans sa dimension distributive de richesse, la banque contribue à l'équilibre social qui consiste à réduire les différences entre les musulmans, entre les riches et les pauvres. Dans le but de bien mener cette mission sociale, les banques islamiques prévoient une caisse de gestion de la *zakat* dans leur structure, qui joue un rôle hybride : elle collecte la *zakat* de ses actionnaires, des détenteurs de comptes, de ses employés et de tout autre bénévole qui souhaite utiliser ces banques comme intermédiaires pour accomplir cette obligation religieuse. Elles se chargent aussi d'en calculer le montant en collaboration avec l'État et d'autres instances.³²¹

156. En ce qui concerne la collecte de l'aumône, aucun système de prélèvement n'est officialisé. L'accomplissement du devoir de paiement de l'aumône est laissé à l'initiative de

³¹⁷ I. Karich, *op. cit.* p. 64.

³¹⁸ Cf. I. Zeyyad Cekici, « *La zakat, questions choisies du régime général en droit musulman* » in colloque La zakat et les banques, organisé à Strasbourg le 26 mai 2012 (à paraître)

³¹⁹ Coran, sourate 2, La vache, verset 110 « *accomplissez la prière et acquittez- vous de la zakat* »

³²⁰ Coran, sourate 30, Les Romains, verset 39 « *L'intérêt usuraire que vous versez pour accroître les biens d'autrui ne les accroît pas auprès de Dieu, mais les aumônes en désirant la face de Dieu voilà ce qui doublera vos bien* », Sourate.2, La vache, V. 275 à 280 « *Dieu a anéanti l'intérêt et a fructifié la zakat* »

³²¹ H. Algabid, *Les banques islamiques, op. cit.* p. 68

chaque musulman dans ses projets économiques et sociaux³²². Quant à la répartition, l'aumône doit être dépensée sous la forme d'une allocation versée en priorité aux pauvres et nécessiteux, à ceux qui sont lourdement endettés, à des voyageurs se trouvant dans le besoin etc.³²³ En assumant la charge et la collecte de la gestion des *zakats*, la banque islamique se voit attribuer une mission sociale, qui échappe au système classique. Ce système permet de faire fructifier les biens sans que cela repose sur l'intérêt. Ces fondements religieux ne sont pas les seuls, qui fondent les systèmes financiers islamiques. Comme nous l'avons déjà évoqué, l'Islam englobe tous les pans de la vie en société ce qui nous conduit à examiner d'autres fondements.

B) Les banques islamiques et les besoins de développement

157. Malgré l'extrême richesse de certains pays arabes exportateurs de pétrole³²⁴ et bien que les économies des pays arabes aient enregistré pendant les vingt dernières années des taux convenables de croissance du PNB³²⁵, cela n'a pas atténué le sous développement dans ces pays. La question du sous développement a fait ressortir deux courants idées qui peuvent se résumer ainsi. Certains croient qu'il est l'expression d'une attitude subjective et remarquent un ensemble de causes endogènes comme la faiblesse de la personnalité culturelle et civilisationnelle³²⁶ et l'incapacité à sortir du cercle vicieux de la pauvreté. D'autres appréhendent essentiellement le sous développement de l'extérieur et donnent un rôle primordial à l'effet de domination exercé par les pays avancés.

158. Peu importe la conception du sous développement retenue, l'histoire témoigne que la plupart des peuples actuellement sous-développés et qui paraissent moins productifs, constituaient des sociétés aux civilisations riches par le passé et, de plus, certains pays arabes ont connu une certaine reconnaissance et un début d'industrialisation au cours des 18ème et 19ème siècles c'est à dire avant leur colonisation³²⁷. Les banques islamiques qui sont nées

³²² Cf. S. Hazoug, « *Banque et zakat, analyse civiliste, droit bancaire et des obligations* », in Le colloque sur la *Zakat*, tenue à l'école de management de Strasbourg (à paraître)

³²³ Coran, *sourate*, 9, Le désaveu, verset 60.

³²⁴ Les pays du Golfe

³²⁵ Produit national brut.

³²⁶ Dr L. Chokair « La notion de développement arabe et ses exigences selon l'Idéologie contemporaine », le *Fonds Monétaire Arabe*, 1981, p. 25.

³²⁷ Dr L. Chokair, *op. cit.* p. 14.

dans de tels contextes ont eu pour rôle de sortir ces pays du sous développement³²⁸. Leur mission principale était d'endiguer ce fléau du retard économique et de la pauvreté dans lequel se débattaient les trois quarts des habitants du monde au point que cela est devenu le problème mondial le plus menaçant pour l'ordre économique international. C'est ainsi que la banque islamique de développement a été créée en 1973 et elle a commencé ses opérations en 1975. Sa vision est de jouer un rôle de leader dans la défense du développement socio-économique des pays membres et des communautés musulmanes conformément à la Charia.

159. La mission de la banque islamique de développement est énoncée comme suit « *réduire la pauvreté, promouvoir le développement humain, la science et la technologie, l'économie, la banque et les finances Islamiques, ainsi que renforcer la coopération entre les membres aux cotés de nos partenaires de développement*³²⁹ ». En résumé, le rôle de la banque islamique de développement est de contribuer à la promotion des investissements et la réalisation d'un développement économique et social dans les pays musulmans. Il s'agit de réunir le maximum d'épargne auprès des épargnants et de servir d'intermédiaire entre ceux-ci et les investisseurs.

160. Avec ces fondements divers, dépassant le cadre religieux en embrassant le côté éthique et social, l'Islam, quoique n'étant pas la seule religion à avoir prohibé l'intérêt, reste bien aujourd'hui la seule parmi les trois religions monothéistes à être resté fidèle à cette interdiction. Cependant, s'il est vrai que le principe de l'interdiction de l'intérêt est l'élément fondateur de ce système, il n'est pas le seul. On doit en effet s'interroger sur les principes qui gouvernent le système islamique.

³²⁸ C'est dans ce contexte que la première banque islamique a été instaurée en Egypte pour venir en aide à une tranche de population exclue du système bancaire d'alors

³²⁹ Chérif et Kettatani, « Banque originale: les banques islamiques », *Faculté des sciences juridiques économiques et sociales*, Rabat, 1993, p. 6.

Chapitre II : les principes des banques islamiques

161. L'évènement du 11 septembre 2001 suivi de la crise des *subprimes* de 2007 et la crise de certaines institutions internationales ont donné à la finance islamique une publicité et même une popularité vertigineuses³³⁰. Aujourd'hui, certains³³¹ accusent l'économie réelle d'être le principal responsable de cette crise qui a frappé de plein fouet le secteur bancaire, faisant du système bancaire islamique une alternative à la finance dite conventionnelle³³².

162. Malgré une émergence due à cette turbulence économique, elle est toujours méconnue tant par le grand public que par les professionnels. Pour beaucoup, les banques islamiques fonctionnent par le seul principe de l'interdiction de l'intérêt. Cela explique la redondance de cette question que l'on pose souvent : comment exercer une activité bancaire sans promouvoir d'intérêt ? En réalité, la question devrait être celle de savoir quel mécanisme se substitue à l'intérêt dans la finance islamique ? En effet le principe de l'interdiction de l'intérêt n'est pas le seul à faire fonctionner ce système. Ce système fonctionne sur la base de cinq piliers que l'on qualifie de principes fondamentaux des banques islamiques.

163. Toutes les interdictions et les recommandations découlent de ces principes qui se décomposent en des prescriptions et prohibitions³³³. Pour les premières, elles sont dites aussi des principes négatifs. Ce sont l'interdiction du *riba*, l'interdiction du *gharar* qui signifie le caractère aléatoire ou flou d'un échange ou de l'une de ses composantes (nature du bien, prix, description). Cela rejoint le *maysir* qui signifie la spéculation. Toujours dans cette catégorie, il y a l'interdiction du *haram*, qui signifie tout ce qui est jugé illicite par la charia. Ensuite on observe les recommandations ou les principes positifs, au nombre de deux. Le principe de partage des profits et des pertes, qui est alternatif de l'intérêt dans ce système permettant d'instaurer une association des deux parties pendant toute la durée du projet. Il y a aussi l'*asset banking* (investissement sécurisé). Le respect de ces principes tire ces fondements du

³³⁰ L. Weill, « L'impact macroéconomique du crédit bancaire », in *Le crédit aspects juridiques économiques*, op. cit ; p. 5.

³³¹ E. Jouini, O. Pastré, *La finance islamique une solution à la crise*, op. cit. p. 18.

³³² Cf. *La finance islamique à la française un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, (dir.) de J. Paul Laramée, op. cit. 317 pages.

³³³ A. Hassoune, « 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*, op. cit. p. 87.

Coran ce qui fait de cette finance, une finance éthique, marquant la conformité des contrats et des financements aux règles de la *charia*. Il ne suffit pas de se limiter à la bonne ou la mauvaise foi de l'offrant ou de l'emprunteur pour garantir la conformité de ces produits, mais il faut, en plus, faire appel à l'expertise du conseil religieux, appelé *Charia board*. Il est composé de docteurs musulmans, chargeant de constater sous forme de *fatwa*³³⁴ la conformité des produits aux préceptes religieux. Ces avis de ces conseils n'ont pas autorité de la chose jugée, du fait de la divergence des écoles de pensées islamiques évoluant d'une zone géographique à un autre.

Il nous appartiendra d'examiner dans ce chapitre les principes positifs (section I), avant de voir les principes négatifs (Section II) dans le système islamique.

³³⁴ Un avis juridique rendu par un savant musulman

Section I : Les principes positifs ou les commandements

164. Dans le système bancaire conventionnel, le risque lié aux opérations de crédit est supporté uniquement par l'emprunteur. Du fait de cette responsabilité unilatérale, le banquier, ou le bailleur de fonds, se voit toujours remboursé d'un montant fixe, indépendant de la réalisation ou de la réussite du projet financé.

165. Dans le système bancaire islamique, le transfert du risque est subordonné à un certain nombre de conditions liées au capital et au travail, au principe du partage des résultats de l'opération financée incluant les profits et les pertes. Le droit musulman, comme les autres systèmes juridiques, pose des prohibitions et des commandements³³⁵. Toutes les activités qui ne respectent pas les règles posées pour son fonctionnement seront comme illicites au regard des normes du droit musulman³³⁶. Ces principes positifs sont aux nombres de deux, le partage des profits et des pertes et l'investissement dans des actifs tangibles. Nous allons examiner les techniques participatives (§I) et les techniques non participatives (§II).

Paragraphe I. Les techniques participatives

166. Ce principe de partage des profits et des pertes n'est pas nouveau, dans le monde musulman. Il régissait autrefois toute opération commerciale, artisanale et même maritime.³³⁷ Dans le commerce et le transport des marchandises par les caravanes, qui étaient exposés à de gros risques dus à la guerre, aux intempéries et aux accidents divers qui en faisaient une opération très risquée mais aussi très coûteuse. Le convoyeur, une fois les obstacles surmontés, partageait les bénéfices avec le financier, dans le cas contraire les pertes étaient supportées proportionnellement entre les partenaires financiers. De même au moyen âge lorsque l'intérêt a été prohibé par le droit canonique, des mécanismes analogues ont été appliqués dans certains types de financements, par exemple de la *commenda*. Cette dernière,

³³⁵ S. Jahel, « Droit des affaires et religions », *op . cit.* p. 4.

³³⁶ L. El Idrissi, *La rémunération du capital en Islam, finance and the Common good*, autumn 2003, p. 17.

³³⁷ N.Saleh,, *Unlawful gain and legitimate profit in Islamic law*, Cambridge *Studies in Islamic law civilization*, 1986; Code *civil* article 1844-1 qui pose le principe de l'obligation de partage des profits et des pertes en droit des sociétés, *Code monétaire et financier*, le régime des prêts participatifs, article L.313-13 et s.; *code commerce*, le régime des titres participatifs L.313-13 s. et les obligations participatives L. 228-97.

est le mécanisme par lequel le capitaliste, au lieu de prêter, constitue une société avec le commerçant qui a besoin d'argent.

167. Le prêteur est ainsi associé aux bénéfices mais aussi aux risques, d'une manière plus étroite que dans le mécanisme du prêt. La *commenda* est à l'origine de la société en commandite. En matière de transport maritime on parle souvent de *periculum sortis* (danger du destin), le banquier qui accepte de prendre des risques qui sont au dessus de la normale, peut demander une rémunération de ce risque. Ce principe de partage des pertes et des profits est celui que l'on retrouve dans la finance islamique. Il a un caractère hybride au sein du mode fonctionnement de ces banques. En plus d'être l'un des principes essentiels du système, il est le mécanisme qui remplace l'intérêt. Donc il sera étudié en fonction du rôle qu'il joue. Comme son nom l'indique, il fait intervenir tous les partenaires dans la gestion des risques.

Cette coopération se manifeste par un partage équitable et équilibré aussi bien des profits que des risques provenant de toutes transactions financées par le banquier et réalisées par le client. Dans la plupart des cas, c'est la banque qui est le bailleur de fonds et le client apporte son expérience et son savoir faire. La rémunération de chacune des parties dépend des résultats du service ou du produit financé. C'est son caractère rémunérateur qui constitue l'alternative de l'intérêt dans le système classique. Au lieu de fixer un taux d'intérêt, le banquier coopère avec son client tant, dans la réalisation de bénéfices que dans le partage des pertes. Il a donc, au plan économique le même rôle que l'intérêt dans le système bancaire classique. Cependant il est nécessaire de s'interroger sur le régime même de ce principe. Le profit est l'augmentation du capital obtenue par la transformation de celui-ci grâce au facteur travail, produisant ainsi un bénéfice économique réel.

168. Contrairement à l'intérêt qui augmente le capital indépendamment de tout autre facteur de production à part l'écoulement du temps, le principe de partage des profits et des pertes associe le profit avec un élément productif qui est souvent le travail. Ainsi dans le cadre d'un financement islamique les profits engendrés seront partagés d'après une quote-part bien définie dans le contrat. Dans le cas où aucun bénéfice n'a été réalisé, les pertes seront supportées seulement par le détenteur de fonds et la banque, car l'entrepreneur aura déjà supporté sa part dans le résultat négatif par le fait qu'il a perdu son temps et son énergie pour la réalisation du projet. Il peut s'agir de partage de profit comme dans l'opération de

murabaha, ou d'un simple partage de perte ou un partage de perte et de profit. Nous allons examiner ces trois mécanismes de participation, d'une manière beaucoup plus pratique en exposant dans chaque type de financement un contrat de financement.

169. La rémunération du financement est au cœur du système bancaire³³⁸. La particularité du système islamique est entre autres, l'interdiction de toutes rémunérations fondées sur l'écoulement du temps et présentant une absence de contrepartie.³³⁹ C'est cette rémunération qui fait apparaître le caractère onéreux de l'opération et fait disparaître la gratuité des opérations bancaires islamiques. En la transformant en une opération de crédit conformément au Code monétaire et financier français, qui la considère dans l'article 311-1 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...* ».

170. Cette alternative au principe de la prohibition de l'intérêt s'exerce sous différents moyens et notamment avec l'obligation de partage. Ce principe est suivi d'une répartition déterminée des recettes et des bénéfices tirés du projet financé. Cette obligation de partage est l'essence même de tout financement dans le système des banques islamiques. Il importe d'examiner par quels mécanismes les partenaires sont rémunérés ou supporteront les pertes. Ce qui nous pousse à présenter successivement le mécanisme de la *mousharaka* et du *moudaraba* qui sont les produits phares pour appliquer le principe de la participation dans le système bancaire **(I) et l'adossement à un actif tangible (II)**.

I) Le principe de partage des profits et des pertes et la marge

171. Dans ce paragraphe nous allons nous intéresser à la *moucharaka* (A) et la *moudaraba* (B), puisque tous les deux font appel à la règle de partage des profits et des pertes.

A) La *musharaka*

172. Le mot vient de l'arabe *shirkah*, qui signifie association ou participation. Ce mécanisme consiste pour un ou plusieurs entrepreneurs à demander la contribution d'une banque pour le financement d'un projet. La banque islamique avec le concours des autres, participe au montage du projet. Ce mode de financement répond à la participation aux profits et aux pertes

³³⁸ P. Grangerean, M. Haroun, « Financement de projets et financements islamiques : Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Revue Banque et Droit*, n°97 sept.-oct. 2004, p. 52.

³³⁹ Ch. J. Serhal, « La structure des produits charia compatibles », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternatif éthique*, op. cit. p. 212.

contrairement à d'autres types de financement islamique tel que le *moudaraba*, qui ne répond qu'aux profits³⁴⁰. L'examen de ces deux techniques de financement ne sera pas développé ici, puisqu'ils feront l'objet d'une étude plus détaillée dans la seconde partie. D'après cette définition de la *mousharaka*, sa technique rejoint non pas celle d'une société en commandite simple mais surtout le mécanisme du prêt participatif³⁴¹.

173. L'article L. 313-17 du Code monétaire et financier, reconnaît aux parties la liberté contractuelle d'envisager plusieurs modalités de rémunération de la clause participative³⁴². Ainsi sont prévus la participation aux bénéfices, l'intéressement au chiffre d'affaire, la plus-value de cession du bien financé ou une clause faisant référence à l'excédent brut d'exploitation. Connu depuis le moyen âge en Europe, en Afrique mais aussi au Moyen Orient, le prêt participatif permet de partager les retombées d'un projet entre les partenaires qui ont contribué à sa réalisation. La réglementation de l'usure partout en Europe et la responsabilité des dirigeants sociaux ont participé à l'abandon de ce type de prêt. Mais la loi sur le Petite et Moyenne Entreprise (PME) a fait revivre ce mécanisme dans son article 11 qui prévoit la possibilité de rémunérer les emprunts sous formes de partage de marge des résultats obtenus grâce à l'emprunt³⁴³. Cette loi sur les PME n'a en aucun cas prévu le principe de partage de perte même si elle a instauré des dispositions expresses³⁴⁴ et le principe de participation se limite aux bénéfices réalisés. Mais si aucune disposition de la loi sur les PME n'a prévu le partage de pertes, cela ne veut pas dire que la technique du prêt participatif est contraire à la loi islamique puisque, dans les modes de financement des banques islamiques, il y a une technique qui ne répond qu'au partage de profit le *mourabaha*³⁴⁵.

B) Le *moudaraha*

174. C'est un type de contrat par lequel deux parties s'associent pour réaliser un projet déterminé, l'une apportant le capital, l'autre son expertise et son savoir faire³⁴⁶. Il s'agit d'une association entre deux types de richesses différentes mais complémentaires, le travail et

³⁴⁰ I. Zeyyad Cekici, « Développement de la finance, islamique en France : Les premiers pas de l'administration fiscale », *Revue Lamy droit des affaires*, Février 2009, p. 77.

³⁴¹ *Ibid.*

³⁴² Cass. Civ. 1^{er} 30 mai 2006, n° 03-17646, « peu importe la forme juridique de la rémunération... »

³⁴³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (1)

³⁴⁴ L'article L. 511-6 Code Monétaire et Financier.

³⁴⁵ *Introduction aux techniques de financement*, colloque tenu par la BID en Mauritanie p. 28.

³⁴⁶ I. Zeyyad Cekici, « Développement de la finance islamique en France : Les premiers pas de l'administration fiscale », *Revue Lamy droit des affaires*, Février 2009, p. 77.

l'argent³⁴⁷. Dans ce type de financement le banquier peut jouer l'un des deux rôles. Il peut être soit *commandité*, soit *commanditaire*. S'il est *commandité*, le déposant confie ses fonds à la banque afin que cette dernière les investisse dans des projets rentables, ce qui est le second rôle qu'elle peut jouer. Si elle est *commanditaire*, la banque demeure un bailleur de fonds et finance le projet avec le dépôt collecté³⁴⁸. La banque, qui apporte la partie la plus importante du capital, joue souvent le rôle de partenaire alerte et son partenaire apporte le *know-how* (connaissance ou savoir faire). Qu'il joue le rôle de *commandité* ou de *commanditaire*, ce type de financement trouve son intérêt et son importance, si le projet réalisé ou financé donne naissance à un résultat productif permettant aux parties de partager les profits. Il sera aussi important dans le cas contraire, c'est-à-dire dans l'hypothèse où le projet n'aboutirait pas, car dans de telles circonstances, les pertes seront supportées par le banquier.

175. C'est ce qui le distingue du *mousharaka* puisque, dans ce type de financement, il y a partage aussi bien des pertes que des profits. Ce principe qui constitue une alternative à l'intérêt dans les banques islamiques en fait des banques de l'économie sociale voire des banques éthiques. Ces techniques de financement permettent d'appliquer le principe de partage des profits et des pertes qui est au cœur du système bancaire islamique et qui se détache de toute rémunération calculée sur l'écoulement du temps. Le partage des profits et des pertes n'est pas le seul principe positif.

II) L'adossement à un actif tangible

176. Ce principe d'adossement à un actif tangible, ou *asset backing*, apparaît comme l'un des principes qui font de la finance islamique une industrie reconnue pour son potentiel en termes de stabilité et de maîtrise des risques³⁴⁹. En effet, exiger que tout contrat soit rattaché à une activité « palpable » rassure notamment quant aux problématiques de connexion de la sphère financière à la sphère réelle. La profession de banquier est par essence, entachée de risques, tels que le risque d'insolvabilité ou d'échec du projet financé. Le fait d'investir dans des actifs intangibles accroîtrait ces risques. Ce principe concerne l'objet du contrat, autrement dit ce

³⁴⁷ D. Saidane, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, op. cit. p. 74.

³⁴⁸ M. Ali Chekir, « Les aspects pratiques du financement du Moudarabaha », in *introduction aux techniques de finance islamique*, colloque, op. cit. p. 58.

³⁴⁹ Cf. S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, op.cit.

sur quoi le contrat porte. Il s'agit de savoir alors à quoi la loi musulmane fait référence à propos de l'actif tangible, objet du contrat ou objet de l'obligation. Avant d'aborder ce point il convient de donner le contour de l'objet en droit musulman et son fondement.

A) Définition de l'objet

177. En droit civil occidental, la notion d'objet est une notion phare dans la théorie générale du contrat et des obligations, car elle repose sur la distinction entre l'objet du contrat et l'objet de l'obligation³⁵⁰. L'objet du contrat concerne l'opération juridique que les parties ont en vue et autour de laquelle s'opère l'économie générale du contrat.³⁵¹ L'objet de l'obligation est constitué, quant à lui par le contenu même de l'engagement, qui varie selon les obligations créées par le contrat³⁵² et par conséquent selon, en principe la volonté des parties. Cette conception n'est pas adoptée par le droit musulman. Droit essentiellement religieux qui a vite réglé cette polémique sur la notion de l'objet, en affirmant que l'objet du contrat se rapporte à l'objet de l'obligation³⁵³, ainsi une unification de l'objet en droit musulman.

178. Cette controverse est sans impact ici, car dans le droit des affaires musulman, tous les contrats sont énumérés ce qui donne une liste limitative de contrats nommés. Cela entraîne que toute construction juridique sur la notion d'objet devient inutile puisque l'objet du contrat doit répondre aux règles édictées dans le Coran. L'objet du contrat doit exister au moment de la conclusion du contrat, sauf pour le contrat emportant une obligation de faire³⁵⁴ comme le *salam*³⁵⁵ ou *l'istisna'a*³⁵⁶.

B) Les caractères de l'objet

179. L'objet en droit musulman doit répondre à un certains nombre de critères en plus de son existence au moment de la conclusion du contrat. Il doit être possible et déterminé. En effet, il ne suffit pas que l'objet existe, il faut encore, pour que l'acte juridique soit valable, que la chose puisse être livrée immédiatement : on ne peut vendre ce que l'on ne détient pas. Cette

³⁵⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès, Les Obligations, 5^e éd. Defrénois, 2012, p. 288 ; V. Cass. Com. 18 février, 1983, Bull. Civ. IV., n° 86, RTD. Civ. 1983, p. 476.

³⁵¹ Encyclopédie Dalloz, *Notion d'objet, in contrats et conventions*, n° 932 Cf. Cass. Com., 28 février 1983, Bull. Civ. IV., n° 86.

³⁵² M. Planck institut de Hambourg, 1966, pp. 383 s.

³⁵³ An- Nazariyal al-Amal li-lmugbalwa l- uqud, beyrouth, 1948, p. 334.

³⁵⁴ N. Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op .cit . p. 8.

³⁵⁵ Contrat d'achat d'un bien avec livraison différée en échange d'un règlement monétaire immédiat.

³⁵⁶ Un contrat de vente de biens spécifiques à construction ou fabriquer, comprenant l'obligation, pour le manufacturier ou le constructeur, de les livrer à la date d'achèvement.

règle n'est pas l'apanage de la vente mais elle est commune à tous les actes juridiques : louage, prêt à usage, dépôt. Ce qui fait du contrat de vente en droit musulman, un contrat réel. L'objet doit aussi être déterminé dans son genre, son espèce, sa qualité et sa valeur³⁵⁷. Ce principe qui prône la détermination de l'objet, vise à protéger les parties contre les risques de *gharar* (spéculation) et de *maysir* (incertitude).

180. Cette limitation de l'objet en fonction de ces caractères impératifs permet de sauvegarder un équilibre parfait entre les prestations des deux parties au nom de l'ordre moral, spécifique et caractéristique du droit musulman. Réapparaît ici la cohabitation entre la morale et la religion pour limiter toute injustice ou iniquité dans les transactions ou une exploitation de la partie la plus faible. Bien que ces règles portent atteinte au principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté, elles sont un outil de protection efficace des parties, ce qui rejoint l'objectif de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté en droit français.

C) La licéité de l'investissement

181. Le système islamique soumet les activités économiques et financières à des restrictions prévues par le Coran. Le livre saint placé au sommet de la hiérarchie des normes et qui contient à la fois des recommandations et des interdictions applicables dans les sociétés musulmanes. De plus, comme il a déjà été dit précédemment, le Coran est aussi un code de conduite, une collection de principes moraux, éthiques et religieux.³⁵⁸

Il faut aussi rappeler que le Coran a érigé certains de ces principes en règles claires, autorisant ou interdisant tel ou tel acte ou activité : comme l'interdiction d'investir dans les secteurs illicites³⁵⁹. Tous les financements islamiques adossés à des actifs supposent que ceux-ci soient *halal*, c'est-à-dire licites d'un point de vue islamique. Ils ne peuvent pas porter sur des actifs ou des secteurs d'activité nuisibles à l'homme et à l'environnement (alcool, porc, pornographie, jeux de hasard, armement, activité polluante, etc.).³⁶⁰ Parmi ces interdictions, nous constatons qu'il y en a deux sortes, les premières d'ordre moral et les secondes d'ordre

³⁵⁷ *Ibid.*

³⁵⁸ F. Gueranger, *La finance islamique une Illustration de la finance éthique*, op. cit. p. 12.

³⁵⁹ L. Sbai El Idrissi, *La rémunération du capital en islam*, op. cit. p.17

³⁶⁰ I. Zeyyad Cekici, « La prohibition islamique de l'intérêt et des opérations de crédits islamique en France » op. cit. p. 8.

religieux. Cette délimitation du périmètre de l'activité financière islamique, s'intéresse à la licéité de l'objet (1) et les interdits moraux (2).

1) La licéité de l'objet

182. La plupart des actes prohibés par la religion sont fixées par le Coran ou la *Sunna* du prophète. C'est ce qui fait que l'Islam a une physionomie particulière par rapport aux autres systèmes de droit et du reste, en Islam tout ce qui n'est pas interdit est permis. En droit français, l'article 1121-2 de l'avant projet de réforme du droit des obligations³⁶¹, rappelle que « *La chose qui forme la matière de l'engagement doit être licite* », codifié dans l'article 1131 du Code civil, « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou une cause illicite, ne peut pas avoir aucun effet* ³⁶² ». De même, l'article 1128 du Code civil dispose qu' « *il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions* ». Cet article délimite le domaine du commerce et constitue un obstacle au principe de la liberté contractuelle.

183. Les choses dont le commerce est interdit sont nombreuses pour diverses raisons soit pour la protection de l'intérêt général, les *res nullius* en raison de leur nature, les biens du domaine public qui sont inaliénables, certains droits déclarés tels par la loi comme le droit d'usage et le droit d'habitation³⁶³. Certaines choses sont interdites dans le but de protéger la santé des personnes, tels que la drogue, les médicaments ne bénéficiant pas d'une autorisation de mise sur le marché ou en raison d'une contre façon. De même ne peuvent pas faire l'objet d'une convention l'état et la capacité des personnes ce qui interdit les pactes de séparation amiable entre époux. De même, la personne humaine ne peut faire l'objet de conventions ce qui prohibe les contrats portant atteinte à l'intégrité de la personne physique sauf si cela est justifié par l'intérêt légitime de celui qui consent³⁶⁴.

184. La cession de la clientèle civile des professions libérales a été pendant longtemps considérée par la jurisprudence comme hors commerce au motif que le lien entre le professionnel et sa clientèle repose sur la confiance personnelle et ne saurait donc faire l'objet

³⁶² Cass. Com. 7 avril 2009, n° 08-12.192 : *Bul. Civ. IV*. n° 54, La cour annule un prêt bancaire pour absence de cause.

³⁶³ Les articles 631 et 634 du Code civil, « *le droit d'habitation ne peut être ni cédé ni loué* ».

³⁶⁴ L'article 1211-1 du Code de la santé publique.

d'une transmission. On sait qu'aujourd'hui un revirement de la jurisprudence a été opéré par la première chambre civile, la cour ayant précisé, à propos d'un litige relatif à la liquidation des biens entre des époux dont l'un était médecin, que le « fonds d'exercice libéral » comprend la clientèle, les matériels et les locaux ». ³⁶⁵ Les choses prohibées en droit musulman sont aussi bien posées par la religion que par la morale, compte tenu de l'implication de la morale dans les règles religieuses. Ce qui rejoint les dispositions du Code civil dans son article 6, posant le principe de la conformité des contrats aux bonnes mœurs ³⁶⁶. Mais le Code civil reste loin du droit musulman qui fait de la morale et de l'éthique des principes de base de toutes transactions financières et commerciales. Il convient donc d'examiner le périmètre du licite et de l'illicite avant d'aborder le principe de conformité aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

Le domaine religieux est bien encadré par des principes et des règles émanant du Coran, de la *sunna* et des autres sources que nous avons déjà examinées plus haut. De cette délimitation découlent deux sphères diamétralement opposées, d'un côté le périmètre du licite ou *halal* et de l'autre celui de l'illicite ou *haram*. Cette distinction trouve son sens et sa portée lors de l'élaboration des contrats. En effet, parmi les conditions de formation il en a une qui touche plus au contenu du contrat que sa forme. En droit musulman, les penseurs distinguent les choses prohibées par la religion musulmane et les choses prohibées par la morale.

185. La plupart des écoles et des courants de pensées sont d'accord sur la liste des interdits en droit musulman. Il s'agit par exemple de l'interdiction de consommer des animaux morts ou qui n'ont pas été égorgés selon la loi islamique ³⁶⁷. Toutes ces écoles mentionnent également que la vente des boissons alcoolisées est nulle, d'une nullité absolue ³⁶⁸. La viande de porc est également prohibée ³⁶⁹. Donc nous pouvons noter en plus du *riba*, que l'Islam

³⁶⁵ Cass. civ 1. 2 mai 2001 : *JCP*. 2002, II, 10062, note O. Barret.

³⁶⁶ CE, 27 oct. 1995, *Dalloz*, 1996, 177, note Lebreton.

³⁶⁷ Cf. A. Hassoun, « 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* (dir.) de J.P. Laramée, Secure finance éditions Bruno Leprince, 2009, p. 91..

³⁶⁸ Coran Sourate V, verset 90 : « O croyants ne vous disposez pas à la prière, si vous êtes ivres, ou encore : ils t'interrogent sur le vin et les jeux de hasard. Dis leur que dans les deux il y a grand péché et quelques avantages pour les gens, mais dans les deux le péché y est plus grand que l'utilité. O croyants, le vin, les jeux de hasard sont une abomination due à l'œuvre de Satan ; évitez-les pour votre salut ».

³⁶⁹ Coran verset II, sourate 173.

classe dans le périmètre du *haram*, la viande de porc, les boissons alcoolisées et des animaux égorgés selon des procédés autres que ceux prescrits dans la loi islamique. Mais, par ailleurs, le droit musulman fait de la morale et de l'éthique un de ses principes de bases et ainsi d'autres prohibitions ont été posées sur la morale.

2) LES INTERDITS MORAUX

186. La morale et l'éthique sont des principes de base de la religion musulmane. Toute transaction quelle soit commerciale, financière, ou économique doit non seulement obéir aux recommandations religieuses, c'est-à-dire aux règles édictées par le Coran et la *sunna*, mais aussi aux exigences morales. Cette imbrication entre morale et religion, fait apparaître des principes nouveaux prenant leur source dans le domaine moral et éthique. Cette idée rejoint le principe de la conformité aux bonnes mœurs et de l'ordre public.

187. L'exigence de la pureté de l'objet du contrat dans le droit musulman renforce la protection du cocontractant et permet aussi de respecter le *haram* et le *hallal*. Pour être licite, l'objet doit aussi être utile soit pour le contractant ou pour la société³⁷⁰. Le principe de l'exigence de l'utilité de l'acte impose la réalisation de l'objet du contrat, en d'autres termes, si l'objectif fixé au départ n'est pas réalisé, le contrat ou l'acte en question est réputé nul. Cet objet de l'acte est nul lorsqu'il empêche cet acte de développer tous les effets qu'il doit normalement produire³⁷¹.

188. Ce principe d'utilité de l'acte rejoint et renforce en même temps le principe de l'interdiction de l'aléa ou du *gharar* en droit musulman, principe que nous aurons l'occasion de voir plus amplement dans la section suivante. Même si la réalisation de l'acte et son utilité demeure des éléments phares dans l'élaboration et l'exécution des contrats en droit musulman, il n'en demeure pas moins que d'autres produits doivent être pris en compte pour sa validité. Ces derniers font appel à des techniques de rémunération différentes des précédant.

³⁷⁰ L. de bellefonds, *Traité de droit musulman comparé, la théorie de l'acte juridique*, Paris, éd. Mouton et Cie, 1985, pp. 195 s.

³⁷¹ A. Zahra, *Al mulkiyawa-wanazariyyal al-aqd*, le Caire, 1939, p. 255. ;Ce principe qui cherche à donner une finalité précise à l'acte objet du contrat, est loin d'être rationnel, car la chose qui n'a pas de finalité est assimilée à la chose inexistante (ibid., p.257 s.) et à ce niveau le droit musulman rejoint le droit français, en ce sens où en droit français, certaines choses ne peuvent pas faire l'objet d'une obligation juridique, du fait de leur inutilité. Il en est ainsi de l'air, de la mer, des fleuves, des lacs, de l'herbe

Paragraphe II : Les techniques non participatives

189. Le fonctionnement des banques islamiques est régi par deux techniques de rémunérations différentes les unes qui viennent d'être examinées dans le paragraphes précédant. Les secondes ne font pas appel de la méthode participative plus connue par l'application du principe de partage des profits et des pertes. Elle est basée sur la marge et les loyers, respectivement dans la *moudaraha* et l'*ijira* (I). La détermination et l'application de cette technique recommande le respect du halal et du haram et la conformité aux bonnes mœurs et l'ordre public (II).

I) La rémunération par la marge et le loyer

190. L'activité bancaire en islamique est loin d'être gratuite, car le banquier est soit rémunéré sur la base du principe participatif soit par des méthodes non participatives. Cette dernière technique est appliquée dans deux produits comme la *moudaraha* (A) et l'*ijira* (B).

A) La *mourabaha*

191. Cette technique de financement se distingue des deux précédemment citées, par le fait que la *mourabaha* est un mode de financement par crédit par lequel le banquier acquiert une marchandise, un bien, pour le compte de son client, moyennant une marge bénéficiaire fixée lors de la conclusion du contrat. La banque transfère la propriété de la marchandise à son client une fois qu'il a payé le prix de celle-ci ainsi que la marge fixée à la signature. Ce type de financement diffère du crédit par le fait que le rendement ou la marge est fixé en commun par les parties à l'avance indépendamment de l'écoulement du temps³⁷². Cependant la répartition des profits et des pertes à travers ces trois types de financement obéit à un certain nombre de conditions :

1. Le contrat doit stipuler très clairement les principes de partage des profits et des pertes. Dans le contrat de *moucharaka* le profit est l'objet même du contrat et toute ambiguïté de nature à rendre l'objet du contrat indéterminé rend nul le contrat.
2. Il est interdit de stipuler une somme fixe pour rémunérer la part d'un associé. Cette part doit au contraire être un pourcentage ou une fraction du profit. Les profits sont partagés selon les termes du contrat de plus, il est interdit que les parts des profits soient différenciées et cela

³⁷² M. Ali Al- Jahri, Munawar Iqbal, *Banques islamiques, réponses à des questions fréquemment posées*, Institut Islamique de recherche et de formation, banques islamiques de développement, document périodique n° 4, 2001.

même si les apports de capital sont égaux³⁷³. En cas de perte, celle-ci est en principe répartie entre les associés au prorata des apports. Par contre, si les pertes sont dues à la négligence ou bien à la violation de l'une des clauses du contrat de la part de l'un des associés, celui-ci est tenu pour responsable des dommages causés à ses partenaires. Nous voyons donc que le principe du partage des profits et des pertes dans le système bancaire islamique joue un rôle différent selon les types de financement et les produits utilisés. Il peut s'agir d'un simple partage de profit dans les partenariats passifs ou des partages de profits et de pertes dans les partenariats actifs. Enfin il y a des cas où le banquier ne court aucun risque, lorsqu'il s'agit de financer par la technique de la *mourabaha*. Cependant, la rémunération du banquier dans ces opérations qui le lient avec ses clients n'est pas le seul principe du système. La marge n'est pas la seule technique de rémunération, les loyers en est une autre déclinaison.

B) L'*ijira*

192. L'*ijira* est un produit qui consiste pour le bailleur à satisfaire les besoins de son client tout en obtenant une rémunération sans transgresser les règles religieuses. Le respect des normes est opéré par le recours à une autre technique de rémunération qui est la contrepartie de la jouissance du bien l'objet du contrat. Cette rémunération est non seulement intéressante pour le banquier mais invite toute rémunération fondée sur le seul l'écoulement du temps. Les loyers sont fixés en commun accord entre les parties, cette exigence renvoie au respect de l'ensemble des conditions contractuelles posées en droit musulman.

L'étude de ces produits n'avait pas pour but d'analyser le régime ni la qualification juridique mais juste pour montrer la dérogation aux principes de partage des profits et des pertes. Ce qui se justifie par l'application de nouvelles techniques autres que participatives. La prise en compte de telles règles non participation dans le fonctionnement de ces banques semble déroger aux principes phares de cette industrie. Cette suspicion nécessite un meilleur encadrement de cette technique avec d'autres principes permettant de poser des règles relatives aux bonnes mœurs et à l'ordre public.

II) La conformité de l'acte aux bonnes mœurs

³⁷³ A. Toussi, *Le taux d'intérêt dans un système financier islamique*, l'Harmattan, 2010, p. 75.

193. La notion de bonnes mœurs concerne deux sphères de la vie des musulmans : d'un côté elle s'intéresse au volet religieux et de l'autre côté elle veille à la vie en société ce qui élargit son champ d'action³⁷⁴. A cela il faut aussi ajouter son implication dans le domaine juridique. Il permet de juger de la moralité ou de l'immoralité d'un acte juridique et éventuellement d'une société à un moment donné de son histoire. Il est difficile de trouver un consensus sur ce principe des bonnes mœurs car on sait que les différentes écoles de droit islamique ne prônent pas les mêmes idéologies³⁷⁵. La morale et l'éthique sont des principes de base de la religion musulmane et du droit qui le sous-tend. Ainsi, cette morale pose des règles de bonnes mœurs (A) et de l'ordre public (B).

A) Bonnes mœurs

194. L'obligation qu'elle soit une dation, une tradition, ne peut avoir pour objet qu'une chose constituant un bien. Ainsi l'air, l'homme libre ne sont pas des biens. La chose n'est pas un bien si, en raison de certaines considérations, l'utilité qu'elle présente est illicite³⁷⁶. Le jeu et le pari sont illicites en principe. L'objet doit toujours présenter une utilité quelconque³⁷⁷. Ce principe impose la réalisation de l'acte, objet du contrat. En d'autres termes, si l'objectif fixé au départ n'est pas réalisé, le contrat ou l'acte en question est réputé nul. Ce principe, qui cherche à donner une finalité précise à l'acte objet du contrat, est loin d'être rationnel, car la chose qui n'a pas de finalité est assimilée à la chose inexistante³⁷⁸ et à ce niveau, le droit musulman rejoint le droit français. Dans la mesure où, en droit français, certaines choses ne peuvent pas faire l'objet d'une obligation juridique, du fait de leur inutilité.

195. Cette divergence a fait évoluer le droit musulman, en autorisant des actes qui ne l'étaient pas avant. C'est le cas de l'interdiction de recevoir de la rémunération pour l'enseignement du Coran qui est aujourd'hui admise³⁷⁹. La raison de la règle primitive est qu'au début de l'Islam le trésor accordait une subvention aux personnes qui enseignaient le

³⁷⁴ L'exemple du prêt qui a pour objet d'achat d'une clientèle hors commerce : Cass. Civ. 1^{er}, 1^{er} oct. 1996, JCP. G. 96, IV, 2247.

³⁷⁵ Zayla'itabbyine al-haqa'aiq, V, p. 124 : il n'est pas permis, chez les hanafites, en vertu de nombreux hadith d'être rémunéré pour enseigner le coran)

³⁷⁶ Cass. Ass. Plen. 29 oct. 2004, Bull. Civ., n° 12, R. p. 203 et 208

³⁷⁷ Ch. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz 2008, p. 68

³⁷⁸ *Ibid.*

³⁷⁹ *Ibid.*

Coran et qui veillait à la censure des mœurs³⁸⁰. C'est le respect des règles qui régissent la morale des personnes vivant dans une société déterminée et soumis à un droit religieux, qui gouverne leur vie sur tous les plans³⁸¹. C'est surtout la question du profit illicite ou *riba* qui découle de toutes ces opérations qui fait que ces actes sont juridiquement annulés ou moralement réprouvés³⁸². Quant aux bonnes mœurs, elles constituent une morale sociale conçue comme le fondement d'une société, au travers d'institutions telles que le mariage. Ainsi l'article 6 du Code civil interdit « de déroger, par conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et aux bonnes mœurs »³⁸³.

196. Le système islamique diffère du droit français par le fait qu'il n'a pas distingué entre les bonnes mœurs et l'ordre public, même si une partie de la doctrine française considère que les bonnes mœurs sont un aspect de l'ordre public, relatif à la morale et notamment à la morale sexuelle. Si nous prenons en compte l'ordre public textuel et législatif en droit français, il serait juste de conclure que tous les versets coraniques sont d'ordre public car ils sont d'application immédiates et aucun croyant n'a ni le droit ni le pouvoir d'interpréter les versets coraniques outre le sens qui lui a été attribué par Dieu.

197. Le droit musulman est plutôt marqué par le respect des règles morales. Bien qu'il n'ignore pas le respect de l'ordre public dans la mesure où le but de tout ordre public est de défendre l'intérêt général. L'ordre public économique est plus adapté pour rétablir le déséquilibre entre les parties aux contrats, car cet ordre public s'intéresse à la fois à la distribution, à la consommation et à la gestion des produits du marché. Alors que l'ordre public politique reste plutôt une affaire d'Etat. Nous constatons que la préoccupation essentielle du droit musulman est de maintenir l'équilibre entre les parties surtout pour les parties dont l'expérience, les connaissances et le savoir faire ne sont pas du même niveau, que celui de leur cocontractant. En droit français, c'est l'ordre économique de protection qui permet d'éviter un tel déséquilibre et protège la partie faible du contrat. Le droit musulman n'a

³⁸⁰ E. Tyran, *Histoire de l'organisation judiciaire en pays d'islam*, Beyrouth, éd. 1943

³⁸¹ Sanhoury, *op. cit.*, t. III, pp. 42 s.

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ L'article 1133 du Code civil qui traite les conditions de validité des contrats, édicte que « *la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* ». Ces deux articles du Code civil ne contredisent pas les règles de la loi islamique, qui interdisent des investissements dans des secteurs jugés illicites, tels que les boissons alcoolisées, de la viande de porc...

pas pris expressément en compte l'ordre public dans ces principes, il convient de noter qu'il ne l'ignore pas dans la mesure où il prône les mêmes objectifs de défense et de protection des intérêts des particuliers afin d'établir un équilibre et une justice sociale.

B) L'ordre public

198. Au sens général du terme, l'ordre public désigne l'ensemble des moyens permettant la défense de l'intérêt général au travers la défense de l'État, de la famille, de la morale³⁸⁴. C'est ce qu'on appelle l'ordre public politique par opposition à l'ordre public économique. Cette dernière notion est une création relativement récente et qui s'est manifestée à travers divers textes dans un but de protection de l'intérêt général, avant de devenir un moyen de protection et de direction aux services des particuliers, notamment, les consommateurs. Ce sont ces deux types d'ordre public économique (1) que nous allons examiner à travers les lignes qui suivent et l'ordre public de direction (2).

1) Ordre public économique de direction

199. Cette notion inspire des textes qui visent la défense de l'intérêt général économique. Sans ôter son aspect libéral à la société. Cette notion, qui a un caractère impératif, présente un aspect dirigiste dans la mesure où c'est tantôt la liberté tantôt la non liberté qui sont érigées en ordre public, pour veiller à la bonne marche de l'économie.³⁸⁵ L'Etat interdit certaines clauses telles que les clauses de non concurrence. L'ordre public économique de direction est tellement important que le législateur l'a sanctionné sur le plan pénal³⁸⁶.

200. Cette direction de l'État se manifeste, par exemple, à travers l'imposition fiscale des entreprises, la forme des sociétés, et même le contenu de certains contrats. Tels que le contrat de travail ; le contrat d'assurance ; le contrat de prêt. Cette prise en compte de l'intérêt des particuliers fait que cet ordre joue un rôle de protection.

2) Ordre public économique de protection

201. Un contrat ou une convention met souvent en relation deux ou plusieurs parties d'expérience et de compétences différentes voire inégales. Le législateur intervient fréquemment dans le souci d'éviter toute prestation inéquitable ou des clauses défavorisant les droits de l'une partie. C'est dans ce contexte que bon nombre de dispositions relatives aux contrats tels que le contrat de travail ou le contrat de crédit, a été adopté. Ainsi, dans le contrat de prêt, l'emprunteur dispose d'une possibilité de rétractation du prêt dans les délais prévus

³⁸⁴ Civ. 3^e 8 oct. 2008, *Bull. Civ.* III, n° 148, la nullité d'un contrat fondé sur une chose impossible.

³⁸⁵ Nul ne peut renoncer à cet ordre public : Civ. 1^{er}, 9 dec. 1997, *Bull. civ.* I, n° 368.

³⁸⁶ L'ordonnance du 30 juin 1945 avec l'ordonnance du 1 décembre 1986, codifié pour une partie dans le Code de la consommation en son article R. 113-1.

par la loi, et le prêteur est tenu à respecter certaines obligations très précises telles que l'obligation d'information³⁸⁷ et de conseil ou de mise en garde³⁸⁸ sous peine d'être déchu des intérêts dus³⁸⁹. Parfois des sanctions pénales assortissent cet ordre public de protection.

202. Le moyen de protection le plus efficace a été voté récemment avec la création de deux listes de clauses interdites par le législateur, des clauses crises et des clauses noires³⁹⁰. Cette protection est présente aujourd'hui dans presque tous les contrats, qu'il s'agisse de la vente d'immeuble à construire³⁹¹, la construction de maison individuelle. De manière plus générale tous les textes relatifs aux opérations immobilières et à l'accession à la propriété sont des textes de protection contre les promoteurs et les constructeurs. Toutes les principes ne sont pas que positifs, d'autres modes rémunérations sont connus. Ces derniers méritent d'être examinés. Il s'agit des principes négatifs.

³⁸⁷ Cass. Com., 25 mai 2008, n° 07-13.241 F-D, obligation au banquier d'informer son client sur les caractéristiques du crédit.

³⁸⁸ Cass. plen. 2 mars 2007, n° 06-15.267 : le banquier doit mettre en garde son client sur les risques encourus

³⁸⁹ Sur le fondement de l'article 1147 du code civil, ce qui dispense au client de prouver la faute du banquier. En apportant la preuve d'une perte de chance de conclure un autre prêt : Cass. Com., 26 janv. 2010, n° 08-18.354

³⁹⁰ Décret du 18 mars 2009, n° 2009-302. Codifié l'article R. 132-1 du Code de la consommation.

³⁹¹ La loi du 3 janvier 1967, n° 73-7 sur la banque de France

Section II : Les principes négatifs

203. La finance islamique est régie par un système juridique qui au même titre que les autres normes juridiques pose des interdits dont leur violation est sanctionnée. Ces interdictions sont souvent subdivisées en deux catégories : d'une part l'interdiction du risque de perte (Paragraphe I) et de l'autre les cas de l'ignorance (Paragraphe II).

Paragraphe I. L'interdiction du risque de perte (*al-Gharar*) et la condamnation de

204. Le principe de la prohibition du prêt à intérêt, la notion de *riba* recouvrant à la fois l'intérêt et l'usure, est donc une caractéristique importante du système islamique. A la place du taux d'intérêt, la pratique bancaire islamique qui rejette l'individualisme au profit du communautarisme, a instauré un principe de partage des profits et des pertes. De surcroît la pensée musulmane refuse l'idée de spéculation purement financière selon le principe que « l'on ne peut vendre ce qu'on ne possède pas ». Ainsi le contrat ne doit contenir aucun élément d'incertitude ou de spéculation, aucun aléa ou *gharar*. Cela explique la prohibition des contrats aléatoires. Il s'agit de contrats dans lesquels la prestation due par l'une des parties dépend d'un événement incertain et il en résulte l'impossibilité de savoir à l'avance s'il y aura perte ou profit. Plus précisément, l'aléa résulte de ce que le contenu exact des prestations des parties dépend d'un événement incertain de telle sorte que la perte et le gain sont fonction, pour chaque contractant, de cet événement³⁹².

205. Les parties stipulent une chance de gain ou se garantissent contre une perte éventuelle en fonction d'un événement incertain. En d'autres termes, aucun des contractants ne peut calculer ses chances de gains ou de perte au moment de la conclusion du contrat car cela dépend d'un événement imprévisible³⁹³. L'aléa peut porter soit sur l'existence même de la prestation lorsqu'il s'agit, par exemple, d'un pari ou de certaines assurances. Par exemple, l'assurance contre l'incendie, soit sur l'étendue de la prestation, comme dans le cas du contrat

³⁹² J. Carbonnier, *Droit civil : Les biens les obligations*, Paris, presses universitaires françaises, 2004, pp. 2008 et s.

³⁹³ J. Flour, J. Aubert, *L'acte juridique in Les obligations*, 14^e éd. Dalloz, 2010, pp. 75. et s.

de rente viagère ou de certaines des assurances contractées sur la vie³⁹⁴. Il est évident que l'élément d'incertitude qui domine le contrat au moment de sa conclusion constitue un déséquilibre de base dans les prestations réciproques des parties. Ce déséquilibre jouera nécessairement au profit de l'une des parties et au détriment de l'autre. L'une effectuera par le fait même, un gain non calculé à l'avance, réalisé donc sans effort et justifié uniquement par l'aléa. Or, dans l'optique du droit musulman, chacune des parties au contrat doit être consciente, au moment même de la conclusion du contrat de l'existence et, *ipso facto*, de l'étendue de la contre-valeur recherchée. Cette contre-valeur sera, en vertu des principes fondamentaux de l'Islam, le fruit d'un travail fourni qui, lui-même, justifiera la perte ou le bénéfice réalisé. Le strict équilibre des prestations est une des préoccupations de la *charia* dans le but de prôner une justice et une équité sociale qui fondent la morale musulmane. Tout profit injuste, ou réalisé en tenant en compte du simple écoulement du temps ou d'un aléa est prohibé par le Coran et la Sunna. Avant de s'interroger sur le fondement de cette interdiction qui trouve sa source dans les textes sacrés (II), il y a lieu de définir le terme de *gharar* (I).

I) La notion de *gharar*

206. Nous allons aborder la notion de *gharar* (A) pour en déduire la détermination du prix (B) comme élément déterminant pour qualifier le *gharar*.

A) Définition du *gharar*

207. Le terme *gharar*, qui est remplacé parfois par l'expression « ambigüité », est extrêmement complexe à traduire. Sa racine arabe Maghreb signifie : « se mettre ou soumettre ses biens en danger sans le savoir ». Le mot, lui-même a des connotations d' « incertitude », de « risque », de « fourvoiement » et de « tromperie ».

208. Il y a *gharar* dans une opération commerciale lorsque les conséquences sont occultes ou ne sont pas claires. Il se manifeste généralement lorsqu'il y a un doute ou une incertitude concernant la réalité même d'une transaction ou lorsque l'un des paramètres est inconnu ou dissimulé. Le *gharar* ou aléa a été étudié pour la première fois dans le cadre du contrat de vente qui est considéré comme le contrat type. Les transactions qui comportent un élément

³⁹⁴ Z. Obeidi, *La banque islamique, une nouvelle technique d'investissement*, Beyrouth, Dar ar-Rachad al - islamiyya, 1988, p. 36

d'incertitude relatif au contrat, au prix ou à la durée sont considérés aux yeux des moralistes comme un *gharar* prohibé par la loi islamique.

209. Le mot *gharar* comporte les trois éléments d'incertitude, de risque et de spéculation³⁹⁵. La notion de *gharar* a été définie par peu d'auteurs. Les uns considèrent qu'il y a *gharar* lorsque la chose, objet du contrat, n'existe pas au moment de la conclusion du contrat. Ce qui entraîne une incertitude puisque l'autre partie ne contracte pas en connaissance de cause. Cette notion ne fait pas l'unanimité pour la bonne et simple raison, qu'elle prend en compte l'inexistence de l'objet du contrat pour constituer le *gharar*. Or d'autres penseurs viennent ajouter à cet élément celui de l'indétermination de l'objet ou plus exactement celui qui tient au fait qu'il est inconnu³⁹⁶. L'exemple concerne la vente de fruits non encore récoltés ou la vente des oiseaux dans le ciel : dans les deux cas, l'objet de la vente est inconnu et incontrôlable et de là trois critères sont exigés pour que le contrat ne soit pas considéré comme aléatoire.

L'existence de cet objet doit être réelle ;

L'objet doit être disponible ;

B) La détermination du prix

210. La détermination des éléments relatifs au prix, à la qualité, à la durée et au délai de livraisons doit être connue³⁹⁷. Nous pensons que le concept de l'équilibre des prestations recherché par la morale islamique est à la base du *gharar* en droit musulman. En effet ces déséquilibres dans les transactions sont le résultat de l'incertitude, d'un risque couru ou d'une spéculation constitutive du *gharar* qui dégénère en perturbation dans l'équilibre du contrat ce qui est proscrit par la morale musulmane. La partie faible au contrat sera protégée de ce risque qu'est l'aléa par l'annulation de la transaction.

211. En définitive, le *gharar* au regard du droit musulman est un aléa comprenant un élément d'incertitude, de risque ou même de spéculation et qui entraîne un profit illicite banni par les préceptes religieux et, par conséquent, moraux de l'Islam.

Voyons maintenant, le fondement du *gharar* dans la loi islamique, puisque nous avons déjà défini le sens du mot *gharar*.

³⁹⁵ Cf. M. El- Gamal, *Finance islamique, aspects légaux économiques et pratiques*, op. cit. p. 87.

³⁹⁶ C. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz édition, 2005, p. 65.

³⁹⁷ Idem. p. 76.

II) Fondement de la prohibition des contrats aléatoires

212. Le fondement de la prohibition des contrats aléatoires résulte de l'ignorance de l'une ou l'autre des parties de l'obligation de souscrire et du déséquilibre qui existe entre les parties. Cette ignorance qui constitue le *gharar* prohibé par la religion trouve son fondement comme tous les interdits religieux tant dans les sources coraniques (A) que les sources sunnites (B).

A) Les fondements coraniques

213. Le verset 219 de la sourate 2, La Vache a interdit les jeux de hasard : « *Ils interrogent sur le vin et le jeu de hasard, dis : dans les deux il y a un grand péché et quelques avantages pour les gens, mais dans les deux le péché est plus que l'utilité*³⁹⁸ »

214. C'est ce verset qui est le fondement principal de la prohibition du *gharar* en Islam. De plus, la Sunna du Prophète est à la base de toute la construction juridique relative au *gharar*. Il est certain que l'expérience du Prophète en tant que marchand et sa connaissance profonde de l'âme humaine l'ont poussé à l'interdire les transactions dans lesquelles une partie pouvait être exploitée. En raison de son ignorance du prix du marché ou par le biais de transactions aléatoires ou spéculatives³⁹⁹.

B) Les fondements sunnites

215. Une nette différence de mentalité existe entre les bédouins, naïfs et confiants et les citadins, rusés et avides de gain. C'est pour cela que le Prophète a prohibé dans un de ces *hadiths* toute transaction fondée sur une spéculation. Par laquelle une des parties, en l'occurrence le citadin, pourrait exploiter l'ignorance de l'autre, c'est à dire du bédouin, en le trompant sur le véritable prix du marché afin de réaliser un profit ou un gain.

La clarté des versets et *hadiths* qui fondent cette interdiction n'a pas empêché une divergence au sein des différents courants de pensée. Et ces interprétations ont donné naissance à deux types d'ignorance, chacune faisant l'objet d'un *gharar*.

³⁹⁸ Coran, sourate II, verset 219

³⁹⁹ N. Saleh, *op.cit.*, p. 62.

Paragraphe II. Les cas où l'ignorance (*jahl*) est constitutive de *gharar*

216. L'ignorance constitutive de *gharar* est formellement proscrite par la majorité des jurisconsultes. Ces prohibitions sont à la base de toute construction juridique élaborée par les *fuqahâs*. Il s'agit essentiellement de la prohibition de la vente de choses futures, de la vente au toucher et de la vente au jet. Le prophète a prohibé de la vente de fruits avant qu'ils n'entrent en maturation et jusqu'à leur coloration⁴⁰⁰. Il interdit aussi la promesse de vente des produits non encore existants. Dans ce cas il y a une incertitude quant à l'objet du contrat, son existence et même sa persistance. Dans les premiers cas des intempéries peuvent détruire les bourgeons ou faire tomber des fruits avant leur maturation. Dans le second cas, le risque existe que les fruits n'existent jamais.

217. Quant à la vente au toucher, elle consistait, dans la période préislamique, à devoir toucher le vêtement sans le déplier ou à acheter de nuit sans pouvoir l'examiner⁴⁰¹. La cause de la prohibition est incertitude concernant la qualité du produit acheté.

Dans la vente au jet, les parties contractantes se jetaient l'une à l'autre un vêtement, sans autre spécification et s'en remettaient au hasard pour leur attribution, ce qui est formellement interdit par les textes coraniques. Voyons la vente de fruits (I) et l'ignorance exorbitante (II).

I) La vente des fruits avant ou après leur coloration

218. En ce qui concerne cette vente, les courants de pensées des différentes écoles proposent des avis différents⁴⁰². La majorité de ces juristes est cependant favorable à la prohibition⁴⁰³. Cette idée est fondée sur un *hadith* du Prophète: « *Un acheteur aurait dit : les dattes ont souffert des intempéries, elles ont eu le khushan en voulant dire par là certaines calamités. Comme les différends se multipliaient, le Prophète leur dit: ne vendez pas les récoltes avant leur entrée en maturation. D'après imam Malik, on demanda au Prophète ce qu'il entendait par : « jusqu'à l'entrée en maturation ». Il répondit: » jusqu'à ce qu'ils rougissent. »* . Cependant Abu-hanifa⁴⁰⁴ permet la vente avant la coloration des fruits mais dans ce cas

⁴⁰⁰ F. Guéranger, *Finance Islamique, une illustration de la finance éthique*, op.cit. p. 59.

⁴⁰¹ *Idem*.

⁴⁰² C. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit, musulman*, op. cit. p. 63.

⁴⁰³ M. Abou Ramadan, « Fuqha'a and muslim property in a non-muslim state, *Annuaire droit et religions*, Vol. 6, tome 2, Presses universitaire de Marseille, 2012-2013, p. 509.

⁴⁰⁴ Un compagnon du Prophète.

l'acheteur est obligé de cueillir les fruits et cela constitue une obligation spécifique de l'acheteur en matière de vente de fruits⁴⁰⁵.

219. Pour les hanafites⁴⁰⁶ la vente des fruits avec la condition de leur maintien sur l'arbre n'est pas permise. Leur argumentation est tirée de la qualification qu'ils adoptent pour le contrat de vente qu'ils considèrent comme un contrat réel, ce qui nécessite un transfert de propriété. De la sorte, la vente à terme d'un corps certain ne peut pas être permise⁴⁰⁷. Un autre cas de vente de choses futures est aussi sujet à discussion. C'est la vente des épis jusqu'à ce qu'ils blanchissent et des raisins jusqu'à ce qu'ils noircissent. Les auteurs s'accordent pour interdire la vente du blé avec les épis, mais sans la paille, parce que ce serait une vente dont on ignore et la quantité et la qualité⁴⁰⁸. Selon Shafi'i la vente des épis eux-mêmes est prohibée même si le blé a muri parce qu'il s'agit de cas de vente aléatoire assimilable à celle des grains mélangés à la paille après les battages. Deux types de ventes sont prohibés, la première est les ventes à deux (A) et la seconde est la vente avec réserves (B).

A) La prohibition de deux ventes en une seule

220. Cette prohibition concerne la vente de deux choses moyennant deux prix: celle ci se conçoit de deux façons. Dans l'une, la partie dit : je te vends telle marchandise, à tel prix, à condition que tu me vendes cette maison à tel prix. Dans l'autre, elle dit : je te vends ou cette marchandise pour un denier ou cet autre pour deux deniers.

221. La vente d'un seul objet contre deux prix se conçoit aussi de deux façons :

Pour le premier cas l'un des deux prix est comptant et l'autre à terme, tel est le cas lorsque le vendeur propose un prix au comptant et un autre prix à terme pour la même marchandise.

Dans le deuxième cas, l'une des parties au contrat dit: je te vends ce vêtement à tel prix à condition que je te rachète avant à tel délai et à tel prix⁴⁰⁹. Elle propose un prix de vente et un prix de rachat après écoulement d'un délai. Dans un autre cas il peut s'agir d'une offre de

⁴⁰⁵ M. Mahfoudh, « la réparation du dommage en droit musulman », *Annuaire droit et religions*, Vol. 6, tome 1, Presses universitaires de Marseille, 2012-2013, p. 67.

⁴⁰⁶ Un courant de pensée islamique, à côté des malikites et des hanbalites.

⁴⁰⁷ *Ibid.*.

⁴⁰⁸ Umar ibn AL-Khattab dit : « ne vendez pas de l'or contre de l'or ou de l'argent pour de l'argent sauf en quantités égales. De plus n'échangez pas de manière différée de l'or contre de l'argent. Même lorsque votre partenaire vous demande qu'il aille chercher son argent chez lui, n'acceptez pas de délai. Je crains que vous tombiez sinon dans le riba » cité par M. EL-Gamal, *Finance islamique, aspects légaux, économiques et pratique*, op. cit. p. 98

⁴⁰⁹ M. El-Gamal, *Finance islamique, aspects légaux, économiques et pratique*, op. cit. p. 101.

vente de deux objets distincts pour le même prix. C'est le cas lorsque le vendeur déclare : je te vends l'un de ces deux vêtements pour tant. La cause de l'interdiction pour ces ventes aux yeux de tous les auteurs est l'incertitude.

222. Les malékites considèrent qu'il s'agit de cas de vente à terme par des moyens qui détournent la loi. Pour Shafi'i et Abû-hanifa, la cause de l'interdiction est l'ignorance du prix véritable.

B) La vente avec réserve

223. Cette vente est prohibée par Shafi'i et Abû-hanifa parce qu'il s'agit d'une vente liée à une condition. Ces auteurs se fondent sur des hadiths du Prophète qui stipule que « *toute condition qui n'est pas dans le livre de Dieu est nulle* ». Selon d'autres *hadiths* le Prophète aurait dit qu'est illicite un prêt en même temps qu'une vente. Deux conditions dans une vente ne sont pas permises, ni le profit de ce dont vous n'avez pas le risque, ainsi que la vente de ce que vous ne possédez pas. Malik nuance son avis en considérant que la vente est prohibée si le stipulant maintient la condition, mais si au contraire il s'en désiste ultérieurement, la vente est permise⁴¹⁰.

II) L'ignorance exorbitante

224. Un troisième critère est adopté par les auteurs pour fonder la prohibition de l'aléa. C'est l'ignorance exorbitante et considérable, par opposition à l'ignorance tolérée. Les juristes des différentes écoles ont tablé sur le degré d'ignorance des parties au contrat pour prohiber la transaction notamment lorsque l'aléa est considérable⁴¹¹. L'étude de la notion d'aléa (A) va nous permettre de voir l'évolution de cette notion (B).

A) L'aléa

225. Shafi'i considère que l'aléa est exorbitant lorsque la vente porte sur des choses hors de la vue et il prohibe la vente même si la chose a été décrite à l'acheteur. Abu-hanifa permet la vente de la chose hors vue sans la décrire parce que l'acheteur a un droit d'option. Ce droit lui permet d'accepter ou de refuser la vente après un laps de temps bien déterminé. Pour Malik, si

⁴¹⁰ F. Guéranger, *La finance Islamique, Une illustration de la finance éthique*, op.cit p. 63 .

⁴¹¹ E.Jackson Moore, *The international handbook of Islamic banking and finance*, global professional, publishing, 2009, p. 54.

la chose est conforme à la description, la vente est obligatoire. L'importance donc pour Abû-hanifa et Malik est que la chose soit conforme à la description⁴¹².

226. C'est la question sur le degré de connaissance de la description qui est à l'origine de cette divergence entre les penseurs des différentes écoles et courant de pensées. Donc le fondement de cette prohibition de l'aléa est l'ignorance de l'objet du contrat au moment de sa conclusion qui se traduit dans le contrat de prêt car l'emprunteur ne dispose d'aucune garantie lui assurant la réussite de son projet. Sous la pression des moralistes, la notion de *gharar* ou aléa a trouvé un vaste champ d'application.

B) L'évolution du gharar ou l'aléa

227. En effet, les penseurs musulmans en se fondant sur les versets coraniques et les hadiths du Prophète ont considéré que le *gharar* constitue une incertitude, un risque, une spéculation mettant en danger l'équilibre d'un contrat déterminé, ainsi que le respect des principes fondamentaux de l'Islam.

Mais aujourd'hui, avec l'évolution du commerce et de l'industrie ce qui était *gharar* à l'époque du Prophète ne l'est plus aujourd'hui, par exemple le contrat d'entreprise. Par conséquent, la naissance de nouvelles catégories de contrat change complètement les données ce qui fait que la liberté contractuelle évolue. Même si le principe de la liberté contractuelle dans les systèmes connaît des limites, telles que le respect des bonnes mœurs et de l'ordre public.

228. Nous voyons ainsi que le système financier islamique comme les autres systèmes pose des principes et des règles qui en permettent le fonctionnement et l'organisation dans les meilleures conditions. L'Islam a mis en place des principes qui sont répartis dans deux sous groupes, des principes négatifs, par le seul fait qu'ils posent des interdictions et des principes positifs qui donnent des recommandations. Tous ces principes, négatifs ou positifs, trouvent leur correspondant en droit français. C'est pour cette raison que certains affirment que la cohabitation entre le droit français et la finance islamique ne pose pas de difficulté⁴¹³. Ces points communs entre ces deux régimes connaissent cependant bien des limites. Si en droit français le contrôle de la conformité de ces règles est assuré par des organes financiers et

⁴¹² Cf F. Guéranger, *op. cit.* p. 63-

⁴¹³ G.Saint Marc, « La finance islamique: un enjeu pour la France » in *La finance islamique à la française*, *op. cit.* p. 103.

administratifs. Tel n'est pas le cas dans le système islamique, car ce contrôle est confié à un conseil composé de savants et de jurisconsultes, dans des comités appelés *charia board*.

Ces points communs et ces points de divergence entre les deux systèmes nous invitent à examiner comment l'assimilation du système islamique au système classique va s'opérer.

Titre II : Assimilation des banques islamiques aux banques classiques

229. Le monde musulman est traversé par un mouvement de fonds, qui doit être investi dans des institutions financières conformes aux valeurs fondamentales de l'Islam. La conception et la mise place d'un système bancaire débarrassé du *riba* prohibé sont devenues une actualité et une préoccupation pour bon nombre de pays occidentaux⁴¹⁴.

230. La domination coloniale accompagnée d'une indigence intellectuelle généralisée, qui a ouvert la voie à l'implantation en terre d'Islam de banques opérant sur la base du taux d'intérêt. Cette intrusion d'un corps étranger aux normes musulmanes est sur le point de connaître son épilogue, nonobstant les pressions, la résistance des savants et des croyants ordinaires à la pratique de l'intérêt. Au niveau doctrinal certains ont essayé de distinguer intérêt et *riba*, usure et profit⁴¹⁵ voire bénéfice, afin de légitimer à la pratique du *riba* dans les sociétés musulmanes⁴¹⁶.

231. En pratique, beaucoup de musulmans ont noué des relations avec des banques conventionnelles sur la base de l'intérêt, par manque d'alternative et donc par nécessité plutôt que par conviction. Une couche importante de la population musulmane s'est abstenue de toutes relations avec les banques conventionnelles, pour éviter la pratique de l'intérêt. Ce qui explique le faible taux de bancarisation dans certains pays comme le Sénégal⁴¹⁷.

Dans ce contexte, l'instauration des banques islamiques en terre musulmane est une solution pour récupérer et satisfaire cette clientèle musulmane qui est à la recherche d'institutions financières répondant à leurs convictions religieuses et morales. Elle répond aussi à la mobilisation des ressources supplémentaires, qui étaient auparavant gelées pour des raisons religieuses. Ainsi, depuis leur naissance vers les années 60, elles ont connu un bond

⁴¹⁴ Cf. *La finance islamique l'ouverture européenne*, op. cit. p. 18.

⁴¹⁵ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, éd. Organisation, p. 154, l'auteur trace la distinction entre le profit et l'intérêt en mettant en avant l'effort fourni par chacune des parties ce qui diffère de l'intérêt qui se justifie par le seul fait de l'écoulement du temps.

⁴¹⁶ *Hiyal*, des procédés qui consistent à légaliser la pratique du *riba* dans certaines hypothèses par souci de nécessiter

⁴¹⁷ A. Diakhaté, M. Thiam, « Développement de la finance islamique au Sénégal », in *Management secteur privé et public sénégalais* (à paraître l'Harmattan Sénégal)

spectaculaire avec un chiffre de croissance à deux chiffres et un chiffre d'affaire qui avoisine les 700 milliards de dollars⁴¹⁸. Avec un tel chiffre d'affaire, tous les acteurs du système économique se sont intéressés au fonctionnement de ce mécanisme et, par la même occasion, certains pays occidentaux n'ont pas hésité à harmoniser leur législation avec les règles qui gouvernent le système islamique⁴¹⁹.

Cet engouement a donné naissance à une concurrence avec le système dit classique ou conventionnel, à une époque où ce dernier système est menacé par une crise qui avait mis à genoux toute l'économie mondiale⁴²⁰. Cette finance se voit proposée désormais non seulement comme une finance alternative, mais aussi comme une solution à cette crise⁴²¹. Aujourd'hui, elle est victime de son propre succès et, au moment où elle continue son évolution, elle trouve des adversaires sur son chemin. Certains en effet assimilent finance islamique comme un moyen de financement du mouvement terroriste, l'Islam rimant, selon eux avec l'intégrisme religieux.

232. D'autres moins virulents, essaient d'anéantir le système en se basant sur des motifs juridiques allant jusqu'à douter de sa conformité aux exigences de la loi bancaire de 1984. Il nous appartient donc, afin de déterminer la vraie nature et le rôle des banques islamiques, d'examiner à la fois ces freins d'ordre idéologique (Chapitre I) qui leurs sont opposés et la question de la conformité de ces banques avec le statut général de ces établissements bancaire en France (Chapitre II).

⁴¹⁸ E. Jouini, O. Pastré, « *Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions, pour collecter 100 milliards d'euros* », Rapport remis à Paris Europlace, le 14 novembre 2008, p. 6 et p. 45 ; E. Jouini, P. Pastré, *La finance islamique une solution à la crise ? op. cit.* p.2

⁴¹⁹ La France avec les fiches fiscales sur les produits comme les *sukuk* et le *moudaraha*, pour éviter la double taxe sur les opérations islamiques qui donnent naissance à une double transaction, achat-vente ; L'Angleterre avait amorcé ces aménagements depuis 2004 ce qui a permis d'instaurer la première banque islamique depuis cette date ; L'Allemagne et l'Espagne ne sont pas en reste

⁴²⁰ B. Colmant, C. Samson, *L'année du krach*, De boeck et Larcier, 2009, p. 57.

⁴²¹ E. Jouini, O. Pastré, *La finance islamique une solution à la crise ? op. cit.* p. 21.

Chapitre I: Les freins d'ordre idéologique

233. Les banques islamiques tirent ses fondements dans normes de nature religieuse. Ce qui les distingue du système français régi par la réglementation. C'est une industrie très méconnue tant, par les professionnels que par les chercheurs⁴²². Cette méconnaissance est due du fait que bon nombre de ces acteurs, qu'ils soient dans le économique ou juridique, n'ont à aucun moment essayé de voir ce qui se cache réellement derrière ce groupe de mots « finance Islamique ». Certains l'ont fait par méconnaissance et d'autres par méfiance⁴²³.

234. Pour ces détracteurs finance islamique rime avec intégrisme religieux, communautarisme voire terrorisme, Pourtant, s'il est vrai que la finance islamique se base sur les règles de la *charia*, ce qui en fait l'élément essentiel, cela ne veut pas dire, que finance islamique est synonyme d'intégrisme religieux. Certains sont allés plus loin, en affirmant que la finance islamique est un outil pour faciliter le blanchiment d'argent ou le transfert illicite de fonds provenant des pays musulmans ou du golfe. Ce climat défavorable à la finance islamique résulte de telles confusions, entre Islam et terrorisme⁴²⁴.

235. Au moment où le législateur français s'apprête à faire tous les aménagements possibles pour accueillir la finance islamique en France⁴²⁵. Il n'en demeure pas moins que cette envie des acteurs de l'économie n'est pas fondée sur une bonne connaissance du système et c'est ce constat qui nous a poussé à exposer les principes de base de cette finance, dans la précédente section, avant d'aborder son fonctionnement. Cette ignorance, souvent à l'origine d'amalgames malheureux, porte atteinte à l'avancée de cette finance en France et, pire encore, la font considérer avec suspicion. Pourtant comment pourrait-on confondre finance islamique fondée sur la pratique normale de la religion et intégrisme religieux ou blanchiment d'argent et même financement du terrorisme (Section I), cette finance semble être soumise au même moyen de contrôle que ce de la finance classique (Section II).

⁴²² J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique, une finance douteuse ? » *op. cit.* p. 5.

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*

⁴²⁵ G. Saint Marc, « La finance islamique: Un enjeu pour la France », in *La finance islamique à la française*, *op. cit.* p.292

Section I Finance Islamique et intégrisme religieux

236. La finance islamique est un système financier qui tout en intégrant des objectifs de rentabilité et d'efficacité économique, respecte l'ensemble des principes éthiques de la *charia*⁴²⁶. Ce système ne date pas d'aujourd'hui car il y a plus de 12 siècles il avait permis aux commerçants arabo-musulmans de bénéficier des techniques de moyens de paiement et de crédit leur permettant de financer leur activités commerciales tout en se fondant sur des concepts tirés de la *charia*⁴²⁷.

237. Ce lien entre la finance islamique et les règles de la *charia*, va lui donner une coloration éthique et faire d'elle, ainsi, une banque originale⁴²⁸, en ce sens elle prône une justice et une équité sociale⁴²⁹. Elle se fonde sur des principes moraux⁴³⁰, qui se résument dans les cinq principes que nous avons examinés précédemment. De plus elle se base sur un fonctionnement de type participatif, tels que le *moudaraba* et le *mourabaha*, qui fonctionnent selon le principe de partage des profits et des pertes⁴³¹. Alors, comment un système qui se fonde sur de tels principes éthiques pourrait-il être un moyen pour promouvoir le terrorisme ou l'intégrisme religieux ? Pour montrer que cette finance n'a aucun lien avec le mouvement terroriste, nous allons examiner la place de cette finance dans certains pays occidentaux qui luttent, farouchement et depuis longtemps, contre le mouvement terroriste.

Paragraphe I) : Le processus d'intégration de la finance islamique dans le monde

238. La finance islamique a connu une évolution florissante tant dans le monde mais aussi en Europe. Sa réception était différente car son introduction aux Etats unis s'est opérée de façon occulte (I) alors que son accueil en Angleterre était officiel (II)

⁴²⁶ G. Brayer, *Une autre finance* », in *La finance islamique, une autre finance*, Société de législation comparée, 2008, p. 37.

⁴²⁷ 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*; op. cit. p. 138

⁴²⁸ K. Malika, *La banque islamique, une banque originale*, éd. Dar-al Kolob al ilimay, 2005. p. 1.

⁴²⁹ F. Guéranger, *La finance islamique, une finance éthique*, op.cit. p. 26.

⁴³⁰ G. Causse Broquet, *La finance islamique*, op.cit. 39.

⁴³¹ M. El Gamal, *La finance islamique, aspect économiques légaux et pratiques*, op. cit. p. 154.

I). La place de la finance islamique aux États-Unis

239. Depuis les attentats du 11 septembre, les États Unis d'Amérique sont devenus l'un des pays les plus prudents et les plus réticents à l'égard de l'Islam⁴³². Cette réticence n'a pas empêché le développement et l'implantation du système des banques islamiques dans ce pays qui combat en permanence le terrorisme. Plus paradoxalement, la finance islamique n'aurait pas vu le jour dans ce pays sans l'appui des autorités américaines. Dans ce contexte, il était nécessaire d'évoquer l'absence de lien entre banque islamique (A), avant de voir la nécessité de cette réception due par le niveau social de la population musulmane (B).

A) L'absence de lien entre finance islamique et mouvement terroriste

240. L'objectif des américains était précisément de tenter de montrer que les banques islamiques n'ont rien à voir avec le financement du terrorisme. Ce qui est plus surprenant est que la finance islamique s'est installée plus tôt et plus facilement en Amérique que dans les autres pays occidentaux tels que la Grande Bretagne. Pourtant, la conception anglaise de la finance islamique est plus positive que celle des américains et cela pour des raisons politiques voire administratives justifiées⁴³³. Certes, les musulmans des Etats-Unis ont une situation socialement meilleure que dans les autres pays occidentaux⁴³⁴. Mais ce que les anglais ont de plus que les Américains c'est le fait que, en Grande Bretagne, il y a une bonne coopération entre les différentes administrations, banque d'Angleterre, *F.S.A*, trésor, entre autres ce qui a permis de développer une approche très cohérente. Un objectif commun a pu se dégager et non pas des objectifs épars comme c'est le cas aux États Unis.

241. Les autorités américaines ne pouvaient pas faire autrement que d'apporter à cette population musulmane aux États unis qui se caractérise par un niveau social relativement élevé par rapport à celle de la plupart des autres pays occidentaux des instruments conformes à son appartenance religieuse⁴³⁵. Appartenant, globalement, à la classe moyenne, les

⁴³² F. Coste, « *L'émergence de la finance islamique aux Etats - unis et en Angleterre* » : in *La finance islamique à la française. Un moteur pour l'économie, une alternative éthique*; *op. cit.* p. 127.

⁴³³ Le Freddie Mac est une création phonétique faite à partir de son sigle, ce qui permet de l'identifier plus facilement. Le régime fédéral, Freddie Mac, *federal home loan mortgage corporation*, ne favorisera-t-elle les crédits hypothécaires que pour appuyer sa politique visant à inclure financièrement ceux qui n'ont pas accès à la propriété. De la même manière, *the office of the comptroller of the Currency* n'autorisera que les opérations financières islamiques que ses prérogatives lui permettent.

⁴³⁴ F. Coste, « *L'émergence de la finance islamique aux Etats - unis et en Angleterre* » : in *La finance islamique à la française. Un moteur pour l'économie, une alternative éthique*; *op. cit.* p. 127

⁴³⁵ *Idem.*

exigences de ces citoyens sont les mêmes que celles de leurs compatriotes de même classe sociale. Ils souhaitent devenir propriétaire dans le respect de leur conviction religieuse.

B) La réception de la finance islamique, une nécessité pour la population musulmane

242. C'est donc logiquement que la première demande de produits financiers répondant à des critères islamiques se portera sur des crédits immobiliers. Cette demande extrêmement faible dans un premier temps, restera concentrée dans une région comme Pasadena en Californie, avec la création, dès 1987, de l'American finance House Lariba. Le développement véritable de cette industrie aux États Unis ne sera effectif qu'avec l'implication de Freddie Mac, fédéral home Loan Mortgage corp. L'agence parapublique créée par le congrès, en 1970, pour fournir la liquidité suffisante au marché immobilier. En mars 2001, elle achète, dans un premier temps, pour 1 million de dollar de crédit immobilier islamiques à Lariba⁴³⁶. Au lendemain des attentats du 11 septembre, le moment où tout le monde imaginait le déclin de cette l'industrie c'est le contraire qui va se produire, elle va s'accroître.

243. En mars 2002, deux nouvelles compagnies sont approuvées par Freddie Mac⁴³⁷, ainsi que trois autres structures de financement représentant 45 millions de dollars d'achats de crédits islamiques à titrer. Janvier 2005 marque le début de la coopération entre *Freddie mac* et Devon Bank, deux ans après le lancement des premiers produits financiers islamiques par cette dernière. Cet institut a atteint en 2001 entre 2 et 3 milliard de dollars de crédit hypothécaires islamiques. En 2007 Freddie Mac totalise alors plus de 250 millions de dollars d'achats de crédit immobiliers islamiques, pour 185 millions en 2006. Un partenariat est donc mis en place avec Lariba, dans le cadre duquel la Federal National Mortgage Association, appelée *Fannie Mae* par abréviation phonétique, s'engage à acheter pour 10 millions de dollars de crédit⁴³⁸. Le marché est estimé en 2008 à environ 1,5 milliards de dollars. De plus, *University Islamic Financial Corporation* est la seule compagnie à proposer des dépôts islamiques aux Etats Unis grâce à sa reconnaissance par l'*US federal deposit Insurance Corporation*.

⁴³⁶ Ce qui nous permet de dire que l'installation de cette finance, s'est faite plus rapidement au Etats-Unis depuis 2001, comparativement à l'Angleterre où la première banque islamique a vu le jour en 2004.

⁴³⁷ Freddie Mac, 'devon bank, Freddie Mac, Announce expanding financing opportunities for muslim homebuyers', 10/01/2005.

[Http://www.freddiemac.com/new/archiveves/affrord_housing/20050110_devonbank.html](http://www.freddiemac.com/new/archiveves/affrord_housing/20050110_devonbank.html)

⁴³⁸ F. Coste, « L'émergence de la finance islamique aux états unis et en Angleterre », in *la finance islamique à la français*, op. cit. p. 129

Les autres établissements financiers de taille significative aux États Unis sont Devon Bank, puis *University Financial*. Étonnamment, les institutions financières islamiques en activité, ou qui fonctionnent le mieux, sont celles qui ont été lancées récemment. Ainsi, United Bank of Kuwait s'est retirée deux ans après le début de son activité en 1997, alors même qu'elle venait d'obtenir l'accord des autorités américaines, ce que l'on peut qualifier d'historique pour la régulation de certains produits islamiques.

244. On a pu donc constater un développement de la finance islamique aux États-Unis au lendemain des événements du 11 septembre. Les accusations à tort ont été levées par le Président Bush lui-même qui avait pourtant fait sa priorité première de combattre le financement du terrorisme. Il est certain aussi que les institutions légales comme les banques conventionnelles, les banques islamiques, les services de transfert d'argent, *hawalas* et humanitaires ne doivent pas être abusés par les menées terroristes. [...]. Il est important de comprendre comment ces institutions fonctionnent pour pouvoir les aider et empêcher les terroristes de les abuser⁴³⁹.

245. De la même manière, l'expert de la finance islamique qui devait passer six mois au trésor en 2004, n'a eu comme rôle que de décrire aux officiels de Washington, ce qui est réellement la finance islamique. Auditionné par le sénat, quelques mois plus tard, sur le thème « *blanchiment d'argent et financement du terrorisme au moyen orient* », il a du présenter celle-ci devant l'assemblée. L'approche britannique vis-à-vis de la finance islamique diffère de celle des États-Unis en ce qu'elle a délibérément choisi de mettre en place, progressivement, un cadre global.

II) Les banques islamiques au Royaume-Uni

246. Quatre banques islamiques sont actuellement actives sur le marché anglais et d'autres candidatures sont déposées. Ce marché est en pleine expansion dans cette partie de l'Europe qui accueille des musulmans provenant des pays du golfe. La FSA suit le mouvement en essayant d'harmoniser la réglementation bancaire anglaise et les règles du droit musulman⁴⁴⁰. Ce pays est considéré comme le centre de la finance islamique en Europe. *La Financial Service Authority* s'est montré très tôt favorable au développement de ce nouveau modèle

⁴³⁹ J. B. Taylor, *Introductory Remarks' at the Islamic Finance 101 Seminar', 04/2002* Traduction de l'auteur

⁴⁴⁰ M. Ainley, « Banques islamiques au Royaume-Uni La FSA est prête à suivre les évolutions du marché », in *La finance islamique en Europe, Revue Banque*, n° 696, nov. 2007, p. 34.

financier, non seulement pour répondre à l'arrivée massive de pétrodollars mais pour offrir des services financiers conformes à la conviction religieuse⁴⁴¹ des 1,8 million de musulmans qui vivent en Grande-Bretagne.

247. Dans ce pays il existe deux modèles possibles pour les banques islamiques: le premier consiste à se revendiquer comme pleinement islamiques. Le second à s'afficher comme la vitrine islamique d'organismes plus traditionnels. Trois banques fonctionnent sur le premier modèle et sont actuellement autorisées à opérer: *l'Islamic Bank of Britain*, *l'European Islamic Investment Bank* et *Bank of London and middle East*⁴⁴². Deux autres demandes de candidature sont actuellement en cours. En tout, on estime à 25 ou 30 le nombre de banques actuellement actives sur ce marché⁴⁴³. Les Anglais ont agréé un fonds spéculatif islamique et envisagent également de donner leur agrément à une compagnie d'assurance islamique.

248. Les autorités britanniques, au même titre que les américains, ont contribué au processus de développement du système bancaire islamique dans ce pays.

La *FSA* attend simplement des banques islamiques qu'elles se conforment aux mêmes exigences que toute autre banque. Nos exigences de base sont au nombre de cinq, dont les principales impliquent une bonne gestion, des ressources appropriées et des systèmes de contrôle efficaces. Il n'y a pas de différence entre les banques et la concurrence s'établie d'une manière équilibrée sur la place de Londres⁴⁴⁴. Dans le cadre de ces conditions de base, il y a tout l'espace souhaitable pour la flexibilité et, dans le cas des banques islamiques, des comités de discussion et de dialogue très étroits sont mis sur pied afin de garantir que leurs caractéristiques propres puissent s'accommoder avec le cadre réglementaire spécifique. La *FSA* a fait appliquer les accords de Bale 2, en imposant à tous les établissements basés au Royaume Uni de se conformer aux exigences définies par les piliers 1 et 2 et éventuellement les exigences de Bale 3, transposées dans la législation européenne aux termes de la directive dite « *CRD* » (*Capital Requirement Directive*). Étant donnée la taille des trois banques

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² I. Chapellière, *Ethique finance en Islam*, op. cit. p. 224.

⁴⁴³ A. Fulconis-Tielens, « Les stratégies sur le terrain », in *La finance islamique ouverture européenne*, op. cit. p. 36.

⁴⁴⁴ M. Ainley, « La *FSA* est prête à suivre les évolutions du marché », in *La finance islamique en Europe*, *Revue banque*, nov. 2007, n° 696 p. 34

islamiques qui ont été agréées⁴⁴⁵, il est probable qu'elles choisiront d'adopter l'approche standard du pilier I. Au delà de cette division entre la banque purement islamique et les fenêtres islamiques, il existe une autre bipolarisation qui est d'un côté les banques de détail et de l'autre les banques de gros. C'est à ce niveau que le législateur britannique a fait un travail remarquable sur le plan fiscal. Jusqu'à une époque récente, le traitement fiscal au Royaume - uni des produits respectant les principes de la charia était défavorable par rapport au régime fiscal applicable à des produits conventionnels équivalents. Ces dernières années, le gouvernement britannique a accepté d'introduire différentes modifications législatives destinées à corriger ces anomalies. Il y avait, par exemple, un problème de double perception de certaines taxes telles que le *stamp Duty land tax* à raison d'opérations structurées sous forme de moudaraha avec achat et revente ou *ijira*, achat et location de biens immobiliers, puisque cette taxe était exigible à la fois à l'occasion de l'acquisition de l'immeuble par l'institution financière puis à raison de la vente ou de la location au client. Un second aménagement concernait des transactions faites par un client étranger qui était cependant réputé citoyen britannique, ce qui entraînait que les profits restassent soumis à l'impôt sur les revenus britanniques. Une législation sur les *sukuk* a été introduite par le législateur britannique, la finance Act de 2007. Avant cette réforme, les rendements des obligations étaient considérées comme des profits et n'étaient pas déductibles fiscalement pour l'émetteur des *sukuk*. La nouvelle loi a rendu le traitement des *sukuk* comparables à celui des obligations conventionnelles en qualifiant d'intérêt le rendement payé au porteur de l'obligation⁴⁴⁶.

249. Si ces adaptations ont permis à place de Londres de s'imposer comme l'une des places privilégiées de la finance islamique⁴⁴⁷, il faut noter cependant que bon nombre de difficultés persistent. Cette évolution sur la question des aménagements juridiques et fiscaux, comparable à celle des Etats Unis a même été plus rapide du fait de la pression faite par la FSA, L'avancée de cette industrie dans ce pays s'est aussi manifestée par un nombre significatif de décisions rendues par les autorités judiciaires sur le contentieux de cette finance. Nous allons examiner quelques unes de ces décisions.

⁴⁴⁵ L'Islamic Bank of Britain, L'European Islamic Investment, Bank et la Bank of London and Middle East.

⁴⁴⁶ J. Challoner, L. Rose, « Comment les Britanniques se sont adaptés ? », in *La finance islamique en Europe*, op. cit. p. 38.

⁴⁴⁷ I. Chapelliére, *Ethique Finance en Islam*, op. cit. p. 227.

A) La décision *Symphony Gems*⁴⁴⁸

250. Cette première décision a été rendue par la Commercial court de Londres le 13 février 2000⁴⁴⁹. Le litige était né à la suite d'un contrat de *mourabaha* dont la validité était contestée par les défendeurs. La question était de savoir lequel des deux systèmes juridiques devait régir le contrat, de la *charia* ou du droit anglais. Le juge a répondu que c'est au droit anglais que revenait la compétence et non pas à la *charia*. Le juge anglais en rendant cette décision refusait d'entrer dans le débat des experts qui tentaient de déterminer la validité d'un tel type de contrat. En espèce le contrat de *mourabaha* n'avait d'islamique que le nom. Il était restructuré sur le modèle du droit anglais.

B) La décision *Beximco*⁴⁵⁰

251. Cette deuxième espèce, plus connue a fait l'objet de deux décisions devant deux juridictions. Ce litige concernait deux *mourabaha*, rééchelonnées ultérieurement sous forme d'*ijira*, avec une clause de droit prévue dans le contrat. Les défendeurs et leurs cautions plaidèrent pour l'extinction de leur obligation de paiement sur le fondement que le contrat n'était pas conforme aux règles de la *charia*. La clause en question prévoyait l'exécution du contrat s'il était conforme aux règles de la *charia*. La Cour va approuver la décision du tribunal. Elle affirme que le contrat était régi par les règles du droit anglais et non pas celle de la *charia*. La cour déclare que « *la charia ne constitue pas une incorporation contractuelle de ses règles aux dépend du droit anglais, mais une simple référence aux principes bancaires islamiques desquels la banque demanderesse se réclamait pour ces activités.* » La Cour avait interprété la volonté des parties d'appliquer le droit anglais au détriment du droit musulman. Cet arrêt cependant ne peut pas être un arrêt de principe, car les juges ont fondé leur décision sur la clause qui a permis de se baser sur le droit anglais plutôt que sur le droit musulman, comme droit applicable au contrat de *moudaraba*. Les magistrats du premier degré se sont fondés sur le règlement de la convention de Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles, celle-ci se référant à la loi choisie par les parties généralement interprétée comme une référence à une loi nationale plutôt qu'à des règles de droit non étatiques. Mais

⁴⁴⁸ *Islamic Investment Company of the Gulf* [2002] EWHC 1(comm.)

⁴⁴⁹ *Islamic Investment company of the Gulf (Bahamas)Ltd v. Symphony gems NV and others*, par Tomlison J? [2002]

⁴⁵⁰ Commercial court du 1^{er} août 2003 [2003] EWHC 2118 (comm) et pour l'arrêt de la cour d'appel du 28 janvier 2004 [EWCA] civ. 19.

depuis l'adoption du règlement de Rome I qui donne aux parties la possibilité de choisir une règle non étatique, l'obstacle soulevé par la Cour n'a plus lieu d'être. L'évolution du droit rend donc caduque cette décision. Dans cette deuxième décision, le juge anglais évoque la difficulté d'interpréter les règles de la *charia* due à la divergence des courants de pensées. Et cette faculté d'interpréter les règles de la *charia* reste l'apanage des conseils de *charia board* de la banque demanderesse. Ce sont ces raisons qui font que cet arrêt est un arrêt d'espèce et l'on aurait tort de lui attribuer une portée de principe. Ce qui fait que cette jurisprudence ne préjuge en rien de futures décisions des tribunaux britanniques à l'égard des contrats de financement islamiques qui choisiraient sans ambivalence la *charia* comme droit applicable. Voyons le sens et la portée de ce troisième arrêt.

C) La décision *Musawi*⁴⁵¹

252. Dans cette affaire, deux personnes se sont associées pour l'achat d'un terrain à Wembley en Grande-Bretagne. L'une des parties refuse d'exécuter la sentence arbitrale qui était rendue à cette occasion. Ainsi l'affaire fut portée devant la *Court of appeal, chancery division*. Contrairement aux deux arrêts précédents, dans cette espèce les parties ne contestaient pas l'application de la *charia*. Mais l'arbitre refusait d'en faire application au seul motif que la *charia* ne pouvait pas régir certains types de contrat d'où l'application du droit anglais. Et pour le juge, seul un droit de type étatique pourrait régir une telle relation. Cette décision comme celle de *Beximco* ne s'impose plus aux juges, suite au règlement de la convention de Rome I. Depuis, les juges anglais doivent donner le choix aux parties entre les lois nationales et les règles non étatiques à condition que le litige comporte un élément d'extranéité⁴⁵². Si ce n'était pas le cas, le juge anglais devant lequel un litige serait soumis directement pourrait, au nom de la *Common Law*, substituer le droit anglais à la *charia board*.

253. Ces décisions montrent qu'il n'est pas nécessaire de changer le droit pour renforcer l'attractivité d'une place financière et encore moins de forcer les investissements étrangers à s'acculturer au droit local aux dépens du système de valeur auquel on s'identifie. La finance islamique intéresse actuellement les européens pourtant très méfiant à l'égard des

⁴⁵¹ *Musawi v RE International (UK) Ltd & Ors*, Court of Appeal - Chancery Division, December 14, 2007, [2007] EWHC 2981 (Ch) Reporting Judge: [2007] EWHC 2981 (Ch)

⁴⁵² G. Affaki, « L'accueil de la finance islamique en droit français: essai sur le transfert d'un système normatif », *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, alternative éthique*, op. cit. p. 168.

mouvements terroristes, ce qui atteste, pour cette question, d'une connotation autre que celle liée au terrorisme. La France, quant à elle, dispose à cet égard d'atouts importants par rapport aux autres régimes juridiques, en raison du caractère libéral et accueillant de son système qui est plus facile à mettre en œuvre. Il appartient aux autorités de faire leur choix entre une voie directrice ou une voie correctrice. Le législateur a déployé tous les mécanismes nécessaires pour l'implantation ; des banques islamiques en France comme l'atteste l'autorisation accordée par les autorités françaises à la banque marocaine *Chaabi bank* qui propose désormais des comptes bancaires conformes à la *charia*.

Paragraphe II). La banque islamique en France

254. Aujourd'hui la France, qui abrite la population musulmane la plus importante en Europe⁴⁵³, n'a toujours pas réussi à implanter les banques islamiques sur son territoire. Et pourtant avec ces six millions de musulmans la finance islamique pourrait être un potentiel important sur le marché des banques de détail et sur l'assurance islamique dite *takafu*⁴⁵⁴.

255. Au delà du désir de satisfaire cette population musulmane qui cherche à financer ses projets selon des règles qui répondent à leur conviction religieuse. La France a aussi besoin de la nécessité de consolider les atouts de la place financière de Paris par diverses techniques et, par exemple, en encourageant le développement de la finance islamique, afin de concurrencer son homologue anglais qui a pris les devants depuis le 9 août 2004 avec l'implantation de la première banque islamique en Europe. Conscient de cette volonté de dynamiser la place de Paris, les autorités françaises n'ont cessé depuis le 22 juin 2007⁴⁵⁵ et même bien avant si l'on considère les propos du Président de la République de l'époque, et ceux de son ministre de l'économie Madame Christine Lagarde, de manifester leur volonté d'aménager l'arsenal juridique français pour faciliter l'implantation des banques islamiques en France⁴⁵⁶. Ce travail ne sera pas difficile car le droit français comporte des dispositions très compatibles avec le droit musulman.

⁴⁵³ Environ six millions de musulmans

⁴⁵⁴ Cf. J. Elyés, O. Pastré, *La finance islamique une solution à la crise ? op. cit.* p. 76.

⁴⁵⁵ Rapport fait au nom de la mission d'information sur la notion de centre de décision économique et les conséquences qui s'attachent, en ce domaine, à attractivité du territoire national, par Christian Gaudin, Sénateur ; V. aussi le Forum français sur la finance islamique du 6 oct. 2007 organisé par la chambre de commerce franco-arabe de Paris, il a été suivi de deux forum, le 26 nov. 2008 puis un 3ème en nov. 2009. Cf. Isabelle Chapellié, *Ethique Finance en Islam, op. cit.* pp. 227-228.

⁴⁵⁶ F. Guéranger, *La finance islamique, une finance éthique, op.cit.* p. 4.

256. Certains auteurs sont même allés jusqu'à dire que le droit français est favorable à la finance islamique. Selon Gilles Saint Marc : « *le contexte juridique français est très largement compatible avec les problématiques de la finance islamique. Les grands préceptes de la charia se trouvent aussi dans notre code civil : le jeu est interdit depuis 1804 et l'usure est aussi prohibée. Certes, il existe des frottements juridiques et fiscaux, par exemple pour l'octroi d'un prêt immobilier sous forme de moudaraba ou ijira (problème de double vente sur le plan des droits d'enregistrement et des frais notariés), d'ailleurs pas plus qu'à Londres. D'ailleurs Paris euro place a décidé de travailler au recensement de ces frottements et de proposer rapidement au législateur des mesures correctives* ⁴⁵⁷ ».

257. Le droit français contient bon nombre de dispositions qui, sans être dédiées à la finance islamique, constituent d'ores et déjà un cadre favorable à son développement⁴⁵⁸. C'est le cas, en premier lieu, en matière de financements d'actifs avec le régime « marchand de biens » qui permet, dans certaines conditions, d'éviter de payer deux fois des droits d'enregistrement lors d'opérations d'achat et de vente portant sur les biens immobiliers ; de même le régime du crédit-bail qui permet de financer l'acquisition d'actifs corporels par un crédit preneur.

258. De plus le droit français offre des mécanismes essentiels dans le domaine des prêts participatifs, qui constitue un des éléments directeurs de la finance islamique⁴⁵⁹. Il existe un régime spécial de prêt participatif qui permet d'associer la rémunération du bailleur de fonds aux résultats de l'emprunteur. Donc, l'obstacle majeur pour l'implantation du système financier islamique en France reste un blocage fiscal, Dans le but de remédier à cela, l'administration fiscale a très vite fait un grand pas.

259. L'intervention du législateur a été focalisée sur deux produits phares de la finance islamique, il s'agit de la *murabaha* et le *Sukuk*⁴⁶⁰. Le régime d'imposition des profits est celui

⁴⁵⁷ 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*, op.cit. p. 145 ; V. aussi Gilles Saint Marc, « *La finance islamique: Un enjeu pour la France* », in *La finance islamique: l'autre finance*, op. cit. pp. 103 et s. Gille Saint Marc, « La finance islamique: Un enjeu pour la France », in *La finance islamique à la française*, op. cit. pp. 291 et s.

⁴⁵⁸ G. Saint Marc, « La finance islamique: Un enjeu pour la France », in *La finance islamique: l'autre finance*, op. cit. pp. 103 et s. G. Saint Marc, « La finance islamique: Un enjeu pour la France », In *La finance islamique à la française*, op. cit. pp. 291 et s.

⁴⁵⁹ E. Brack, « Banque et finance islamique en France », in *La finance islamique: L'autre Finance*, op. cit. p. 122

⁴⁶⁰ Fiches de l'administration fiscale, publiée en 2009.

des bénéfices industriels et commerciaux en raison de la qualification de contrat de vente de la *murabaha* conclu entre les financiers et le client. Le profit est immédiatement imposable. Ce profit est assimilé par l'administration fiscale à l'intérêt, que les prestations du financier soient continues ou discontinues, cette qualification lui permettant de bénéficier d'une disposition favorable, à savoir la déduction des profits au même titre que l'intérêt. Il est assez déroutant de constater que le traitement fiscal des profits réalisés par les opérations de financement islamique est le même que celui réservés aux intérêts alors que le droit musulman interdit sans ambiguïté la stipulation de l'intérêt ⁴⁶¹. En ce qui concerne les *sukuk* leur émission pourra se faire plus facilement, les autorités françaises s'inspirent du mécanisme du trust du droit anglais. Les *sukuk* tirent sa source dans les dispositions de l'AAOIFI en son article 17 applicable en matière de *sukuk* qui requiert que ce derniers représentent un droit de copropriété dans un actif tangible ou dans l'usufruit. Ce qui a été rappelé récemment par l'AAOIFI dans un avis de février 2008.

260. L'administration fiscale impose, selon une logique propre au droit français, que les revenus servis par l'émetteur ne soient déductibles que si les *sukuk* aient la nature ou les caractéristiques d'un instrument de dette. La déductibilité est également conditionnée par le fait que le financement est au service de l'intérêt de l'entreprise. Le prélèvement obligatoire n'est pas applicable aux intérêts des obligations. Il en est de même pour des revenus découlant des *sukuk* lorsqu'ils ont les caractéristiques d'un instrument de dette, peu important que les *sukuk* soient émis sur le fondement du droit français ou d'un droit étranger⁴⁶². Fort de cette volonté un groupe de travail constitué sous l'égide du ministère de l'économie et des finances réfléchit depuis peu à des propositions de textes destinées à corriger les imperfections du cadre français et à favoriser le développement de la finance islamique. A ces aménagements du cadre fiscal, il faut ajouter l'ouverture d'un diplôme Universitaire totalement dédié à cette finance à l'école de management de Strasbourg⁴⁶³.

261. L'effort du gouvernement français est à souligner pour le développement de la finance islamique, mais on ne se situe pour le moment qu'à la phase théorique puisque depuis 2007

⁴⁶¹ I. Zeyyad Cekici, « Développement de la finance islamique en France : les premiers pas de l'administration fiscale », *Revue Lamy droit*, février 2009, n° 35, p. 78.

⁴⁶² Code G. des impôts, art. 125 A, III et l'article 131 quarter

⁴⁶³ Une formation spécialement dédiée à la finance islamique, avec une approche juridique, économiste voire managériale.

aucune mesure concrète allant dans le sens de l'instauration d'une banque islamique en France n'a vu le jour. Cette situation est due probablement à l'existence de doutes sur la crédibilité de cette finance.

262. Nous avons choisi ces trois pays occidentaux qui demeurent aujourd'hui les plus méfiants en matière de terrorisme mais qui, pourtant, sont pris les devants dans la politique d'implantations des banques islamiques. Il est évident que si la finance islamique était un moyen pour financer le terrorisme, les autorités américaines, britanniques et françaises n'auraient pas favorisé son implantation en adoptant des dispositions facilitant leur intégration. Malgré le préjugé que certains mécanismes du droit musulman et certains principes utilisés par les pays musulmans dans le cadre de leurs transactions financières semblent douteuses à certains, ce qui fait penser à des pratiques d'activités illégales, il faut noter que la finance islamique est une activité fondée, au contraire, sur des principes directeurs (I), dont l'éthique est au cœur de cette industrie (II).

I) Principes directeurs de la finance islamique

263. La finance islamique est un système élaboré à partir de principes religieux et moraux, elle connaît un grand essor en Asie et, désormais en occident. Selon François Guéranger, c'est « *une composante de la finance éthique : une finance qui n'obéit pas à la seule loi du profit mais qui répond à des critères tels que le développement durable, l'environnement et la gouvernance* »⁴⁶⁴.

264. Son caractère éthique a déjà été souligné précédemment mais il importe aussi d'envisager cette question sous l'angle juridique. Il s'agit ici de raisonner par références aux normes juridiques et plus particulièrement celles du droit des affaires en musulman. Comme le droit musulman est fondé aussi sur des règles éthiques (A) et des principes sociaux (B).

A) L'éthique au cœur du droit des affaires musulman

265. Nous ne pouvons pas aborder les particularités de l'éthique en droit musulman sans aborder le droit musulman des affaires. Le droit des affaires est quasiment identique dans les

⁴⁶⁴ F. Guéranger, *Finance Islamique une illustration de la finance éthique*, op. cit. p. 12.

deux systèmes⁴⁶⁵. C'est le droit qui régit et organise le monde des affaires qui englobe toutes les relations que partagent les parties ou les partenaires dans une relation d'affaire ou dans un contrat. En mettant en place des obligations pour l'une des parties et de droits pour l'autre partie. Contrairement aux autres systèmes juridiques, en droit musulman, tout provient de la religion qui oriente à la fois la morale, le droit et l'économie de la communauté islamique⁴⁶⁶. Ce droit traite des questions économiques et, loin de recommander le renoncement au monde, donne un enseignement susceptible d'améliorer le bien-être de l'homme, ce qui suppose une amélioration des conditions de vie de celui-ci par des gains obtenus de manière licite. Cette conception du monde économique fait naître un côté éthique allant même jusqu'à interdire tout ce qui peut porter atteinte à la bonne marche du système économique. « *Toute l'activité économique de l'Islam étant soumise à la question du halal et du haram, du licite et de l'illicite, dépend donc des valeurs morales et sociales que doit respecter l'individu dans ses différentes activités*⁴⁶⁷ »

266. Comme toute activité de financement, la finance islamique se fixe pour mission de collecter les richesses et de les redistribuer. Cette redistribution ne doit pas se faire n'importe comment, elle doit se faire de façon socialement productive, en évitant l'excès de gain, le gaspillage, la corruption et le monopole.

B) L'aspect social de la finance islamique

267. Il est intéressant aussi de souligner cette imbrication entre l'éthique et le social, ce dernier est symbolisé par l'obligation de verser la *zakat* pour chaque musulman. Ce mode de fonctionnement du droit musulman ne peut pas être compris si l'on se limite à une simple comparaison avec les autres systèmes de droit. Si l'on prend pour référence le droit français on observe une différence majeure car ce dernier se base sur la raison et les éléments factuels alors que le droit musulman qui tire ses sources du Coran et de la sunna repose sur des textes arrêtés une fois pour toute et sur l'équité. Par ailleurs, le droit musulman, contrairement au droit français, forme un tout unique, dans lequel il n'y a pas de place pour une séparation

⁴⁶⁵ S. Jahel, « Droit des affaires et religions », disponible sur www.persee.fr, *op. cit.* p. 2. Selon l'auteur l'expression droit des affaires aurait été utilisée pour la première fois par J. Rault en 1930 J. Hilaire, « Quel droit des affaires ? Essai de Prospective Juridique : Le droit des affaires », *Mélanges A. Sayag*, 1997, Litec, p. 148.

⁴⁶⁶ M. Moate, *La création d'un droit bancaire purement islamique*, Thèse de doctorat soutenue en décembre, 2011, à la Rochelle, p. 15.

⁴⁶⁷ C. Comar-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op. cit.* p. 42.

entre l'exécutif et le judiciaire, entre le politique et le religieux et, plus généralement, entre le temporel et le spirituel⁴⁶⁸. Donc ce droit est un droit unique, avec un créateur unique⁴⁶⁹.

Ces aspects du droit musulman en général, font de ce système un système totalement différent des autres et cette différence va donner naissance, à un régime de contrat très différent. L'ordre moral religieux pèse sur l'activité économique et juridique et tout le travail des juristes musulmans consiste à respecter ces règles morales dans toutes les opérations ou transactions islamiques. Il importe donc d'examiner le lien entre le droit des contrats musulmans et l'éthique.

II) L'éthique et le droit musulman des contrats

268. Le droit des contrats musulman, n'est pas un domaine autonome puisque, dans ce système la loi islamique demeure le socle de toutes les activités. Le droit des contrats s'insérant dans un corpus de règles découlant de la religion ce qui lui donne l'esprit du droit des contrats (A) et ses caractéristiques du droit des contrats (B).

A) L'esprit du droit des contrats islamiques

269. L'esprit général des contrats en droit musulman repose sur trois principes essentiels

❖ La préoccupation permanente de maintenir une parfaite égalité entre les cocontractants, ce qui rejoint la théorie de l'équivalence qui est le socle de base du droit des contrats en droit musulman⁴⁷⁰. La théorie musulmane de l'obligation apparaît bien différente de la théorie romaine et de celle des systèmes de droit qui en sont tributaires. Elle repose sur le grand principe de l'équivalence⁴⁷¹, que l'on peut rapprocher avec la théorie de l'équilibre contractuel qui régit la liberté contractuelle en droit français.

❖ Le second principe est celui de justice commutative sur laquelle veille le concept de *riba* et le souci d'éviter tout litige né de l'ignorance des conditions de l'échange, du fait d'un intermédiaire ou de l'aléa du contrat, garanti par le concept de *gharar*.

❖ Enfin il y a le principe de l'interdiction de la nuisance à un tiers, sauf à lui consentir certains droits et options.

⁴⁶⁸ F. Guéranger, *La finance islamique, Une illustration de la finance éthique*, op. cit. . p. (source secondaire)

⁴⁶⁹ L. Millot, « L'idée de la loi en droit islamique », *Revue internationale de droit comparé* 1952, n° 4 disponible sur [www .Persée](http://www.Persée.fr), pp. 6-7.

⁴⁷⁰ Ch. Chahata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, op. cit. p. 26.

⁴⁷¹ *Idem.* , p. 9.

270. Tous ces principes qui gouvernent la vie des contrats, recherchent un contrat de type équilibré où aucune des parties ne soit lésée. Ce qui rejoint la morale et l'éthique islamique.

Le contrat en droit islamique est un acte juridique constitué par les déclarations des parties, chacune de ces déclarations reposant sur un acte de raison⁴⁷². C'est ce critère qui permet de distinguer le fait juridique et l'acte juridique en droit musulman. Le droit musulman instaurant un certain nombre de contrats, dit contrats nommés, qui sont traditionnellement répartis en trois catégories :

- ❖ Les contrats d'échange comprenant la vente, la location et le contrat de travail.
- ❖ Les contrats accessoires sont ceux qui voient une partie mettre à disposition d'une autre partie du travail, du capital, ou une sureté : c'est le cas du contrat de société et du gage.
- ❖ Les libéralités qui opèrent un transfert de droits sans contrepartie. Ce sont le don, le dépôt, le prêt qui est aussi classé dans cette catégorie. Car, pour les juristes, le prêt doit se faire sans intérêt. Ce constat, nous conduit à examiner les caractéristiques de ces contrats.

B) Les caractéristiques des contrats islamiques

271. Les caractéristiques de ces contrats en droit musulman renvoient à un certain nombre de points qui concernent l'objet du contrat déjà examinés précédemment⁴⁷³. Le contrat en droit musulman ne se forme pas par le seul échange des consentements des parties comme c'est le principe, dans la plupart des contrats en droit français. Le contrat islamique doit en plus du consentement, être conforme à la loi et aux catégories de contrats nommés. Ce contenu, à savoir la signification de la déclaration, se réalise en vertu de la loi. La volonté, en elle seule, ne saurait être créatrice de droits et d'obligations⁴⁷⁴.

272. Le contrat se caractérise par son unité : unité de l'acte, car le contrat ne peut englober deux objets à la fois ; unité de temps, la conclusion devant se faire en un seul trait de temps. Unité de lieu, le contrat devant être conclu dans un même espace.

273. Le formalisme aussi est limité et les termes utilisés doivent simplement exprimer le sens voulu. La parole doit être soumise à un certain nombre de conditions de forme mais l'écriture joue un rôle secondaire. La volonté réelle doit aussi être déclarée clairement⁴⁷⁵.

⁴⁷² *Ibid.*

⁴⁷³ Cf. notre paragraphe sur les principes communs entre les deux systèmes de droit.

⁴⁷⁴ C. Chehata, *op. cit.* p. 137.

⁴⁷⁵ Les conditions de l'offre et l'acceptation

274. L'intention en elle seule ne suffit pas, l'échange des déclarations est un préalable à la formation du contrat. La condition essentielle pour la formation du contrat reste la rencontre des deux déclarations formelles et son interprétation se fera sur la base de la volonté déclarée et non de l'intention des parties⁴⁷⁶. Une déclaration qui n'est pas sérieuse ne peut pas être prise en compte, c'est le cas d'une simulation.

275. Toujours dans le but de maintenir l'équilibre du contrat et de protéger les parties du contrat, des vices du consentement ont été prévus par le droit musulman, dont le principal vice est la violence. Le dol et l'erreur sont fondés sur des éléments objectifs contrairement à la violence qui s'apprécie subjectivement. Malgré ces caractères éthiques de cette finance, des doutes existent sur le fonctionnement de cette industrie surtout ce qui concerne le transfert de fonds. Or, l'implication dans la finance islamique de pays qui luttent contre le terrorisme et qui sont en même temps des puissances mondiales faisant partie du G.8 montre qu'on ne peut pas procéder à cette confusion et à cet amalgame. Jouini et Pastré rappellent, du reste, que « sur le plan théorique, il y a une opposition de principe entre l'esprit de la finance islamique et les finalités des activités terroristes. La finance islamique regroupe un vaste éventail d'activités conformes à la charia. Il s'agit ici d'une application transparente et respectable des règles économiques, sociales et politiques de l'Islam. Rien à voir donc avec la nébuleuse du financement des activités terroristes,⁴⁷⁷ dans la mesure où elle est susceptible d'être contrôlée⁴⁷⁸.

276. Une finance éthique, qui se fonde sur des principes qui cherchent à instaurer une justice et une équité sociale ne peut évidemment pas financer des activités illicites tels que les mouvements terroristes. Ce serait ne pas considérer les fondements éthiques de ce système. Il est vrai que certains ont allé plus loin, jusqu'à considérer la finance islamique comme un moyen de blanchiment d'argent alors qu'en réalité, cette finance islamique est une finance contrôlée.

⁴⁷⁶ F. Guéranger, *La finance islamique une illustration de la finance éthique*, op. cit. p. 61.

⁴⁷⁷ G. Vayssset, Secrétaire général du CECEI, *Rapport* du sénat du 2 octobre 2008, n° 329 annexe au procès verbal de la séance du 14 mai 2008, p. 55

⁴⁷⁸ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique, une finance douteuse ? », op. cit. pp. 13. s.

Section II : La finance islamique : une finance susceptible d'être contrôlée

277. Avec la crise qui secoue le monde financier, la finance d'une manière générale est la cible d'un doute et la finance islamique en particulier. Ce doute s'est manifesté lors de la table ronde organisée par le Sénat sur la finance islamique. L'ancien secrétaire général du comité des établissements de crédits et des entreprises d'investissement avait indiqué que « *Le CECEI⁴⁷⁹ est très vigilant au respect des mesures obligatoires de contrôle interne et souhaite savoir quelles sont les perspectives envisagées dans ce domaine. La maîtrise des risques doit être assurée par un système de contrôle mis en place. Dans ce cadre, le dispositif de prévention du blanchiment des capitaux doit faire l'objet d'une attention particulière⁴⁸⁰* ».

278. En matière de terrorisme lorsque les fonds proviennent d'une activité licite, on parle de noircissement d'argent, contrairement au blanchiment. Ces mouvements de fonds quel que soit le type de transfert, noircissement ou blanchiment, sont clandestins et se font en espèces. Il semble que les actes de terrorisme soient liés souvent à des activités illicites comme les trafics de stupéfiant⁴⁸¹. Ce doute persiste malgré l'intervention de certains spécialistes, tels que MM. Jouini et Pastré qui rappellent que « sur le plan théorique, il y a une opposition de principe entre l'esprit de la finance islamique et les finalités des activités terroristes. ». Cette finance contrairement au modèle conventionnelle connaît une pluralité de contrôle (§I). Toutefois, la réglementation commune aux deux systèmes serait nécessaire (§I).

⁴⁷⁹ Comité des entreprises de crédit et des établissements investissement.

⁴⁸⁰ G. Vaysset, *Secrétaire général du CECEI, rapport* du sénat du 2 octobre 2008, n° 329 annexe au procès verbal de la séance du 14 mai 2008, p. 55.

⁴⁸¹ O. Jerez, *Le blanchiment d'argent*, Revenue Banque éd., 2003, pp. 68-69

Paragraphe I. Les différents modes de contrôle

279. L'activité bancaire musulmane peut être soumise, au même titre que les activités bancaires occidentales, à certaines règles qui permettront de contrôler la provenance mais aussi la destination des fonds qu'elle gère. Ce contrôle se fait par deux organes de nature différente. Le premier est confié à un organe religieux (I) et le second aux autorités françaises qui contrôlent le fonctionnement des banques occidentales (II).

I) Les organes de contrôle des produits musulmans

280. Le conseil de supervision de la charia a pour mission de fixer le cadre d'action des banques islamiques et d'assurer le respect des règles religieuses. Il est formé de juristes qui disposent des compétences dans divers domaines, financier, mais également dans d'autres secteurs tels que le droit ou l'économie. Pour mener à bien leur tâche, ces professionnels doivent bénéficier d'une autonomie d'action totale, ce qui renforce a part de l'éthique avec l'instauration des règles déontologiques⁴⁸². Ils sont nommés par l'assemblée générale ou le conseil d'administration des sociétés financières au sein desquels ils mènent leur activité. Ce qui leur assure une indépendance, en les protégeant contre les pressions éventuelles de la direction des banques. Ces dernières pourraient, en effet, chercher à les « convaincre » du bien-fondé d'une opération douteuse en faisant appel, par exemple, à des avocats ou des consultants.

281. Les juristes sont généralement payés en fonction du temps qu'ils consacrent à leur mission. Ils ne sont pas rémunérés sur la base de leurs résultats et ne figurent pas sur les fiches de paies régulières des institutions financières où ils opèrent. D'aucuns affirment qu'en dépit de toutes ces précautions, la tâche des conseils de supervision crée un conflit d'intérêt. En effet, les juristes représentent, de facto, les intérêts des clients, en s'assurant que les opérations de leurs banques correspondent bien à leurs convictions éthiques et religieuses. Ce faisant, leurs décisions peuvent remettre en cause les intérêts des actionnaires ou des conseils d'administration qui les ont nommés.

En effet il peut arriver que le respect des stipulations de la charia restreigne les potentialités de gains des banques et importune les actionnaires. Le mécontentement de leurs employeurs

⁴⁸² F. Achi , E. Forget, « La Gouvernance des comités charia », *Revue de droit bancaire et financier* n° 2, mars 2011, Etude 14, pp. 28-29.

directs peut porter tort aux jurisconsultes. Il existe aussi un risque potentiel de voir les membres des CSC favoriser leurs intérêts en distordant leurs décisions de façon à contenter leurs employeurs au détriment de l'intérêt des clients.

282. Ce risque est tempéré par deux facteurs. La première relève d'une idéalisation de la situation. Il découle de la conviction que la philosophie qui sous-tend la finance islamique n'est pas propice à l'émergence de conflits d'intérêts. Les textes qui traitent du sujet sous le nom de la théorie de l'agence décrivent en effet des individus à l'imagination sans bornes aux services d'une capacité insatiable qui mettent tout en œuvre pour maximiser les ressources qu'ils tirent de leur fonction. Ces postulats s'accordent mal avec les principes de bases de l'éthique islamique, qui conçoit l'individu comme responsable et œuvrant pour le bien être général, dans le cadre de la mission de régence que Dieu lui a confiée. Le second facteur est lié à l'absence d'harmonisation au sein des instances qui gouvernent le fonctionnement de cette institution financière islamique. Ce manque d'harmonie ne se limite pas au sein des rites et des écoles de pensée islamiques, il va même jusqu'à freiner le développement de cette finance au sein des institutions internationales.

A) Les conseils de supervision et les institutions internationales

283. L'ouverture d'*ijihad* s'est accompagnée de la prolifération des écoles juridiques ayant permis aux jurisconsultes de donner des avis religieux sur les mêmes problèmes de droit. En guise d'exemple nous pouvons invoquer le *Bai el Ina*⁴⁸³ qui est presque interdit dans tous les pays sauf en Malaisie. Il se définit comme une ruse permettant de contracter un prêt à intérêt. Cela est beaucoup plus surprenant par le fait que les jurisconsultes ne sont pas obligés de suivre les enseignements ou les prescriptions d'une école ou d'une autre. Ils ont tous la possibilité de suivre les méthodes de travail qu'ils jugent les plus pertinentes. Pour faire face à cette situation, des organismes spécialisés ont été créés pour tenter de fixer des normes et de réguler le secteur mais leur mission n'a pas encore atteint les résultats escomptés. Cela ne veut pas dire que la finance islamique soit vouée à rester à jamais un domaine très faiblement coordonné. Il faut aussi noter que la notoriété d'un établissement bancaire se mesure sur le niveau de satisfaction de sa clientèle, sanctionnant ainsi la validité juridico-religieuse d'un

⁴⁸³ Cette opération permet à un opérateur de vendre un objet à une personne et de racheter le même objet à la même personne, avec un prix au bout d'une période. La différence entre le prix d'achat et le prix de vente constitue l'intérêt.

produit. Ainsi chaque établissement essaie de former un conseil qui réponde à la sensibilité religieuse de ses clients et, comme celle-ci varie en fonction des marchés, c'est ce qui fait que ces conseils ont une composition différente selon leur localisation géographique.

B) L'œuvre de codification des normes financières de la charia : AAOIFI

284. *Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)* est une organisation non gouvernementale, créée au Bahreïn en 1991 par 155 institutions de 40 pays. C'est une institution financière multilatérale, les banques islamiques et d'autres établissements financiers, et qui ont reproduit deux séries de règles⁴⁸⁴ ayant produit en 2005 deux séries de normes⁴⁸⁵. Cette organisation fait l'œuvre de codification des normes financières dans la *charia* tant, pour harmoniser et systématiser les positions opposées dans les écoles juridiques, et facilite la compréhension de ces règles qui organisent la vie des affaires en Islam. Les projets successifs de normes ont, en effet, été soumis à divers comités de l'*AAOIFI*⁴⁸⁶ qui réunissent tous les critères de représentativité, tant géographique que doctrinale. Ils ont été discutés en audiences publiques auxquelles les différentes parties prenantes régulatrices et les établissements financiers, furent invités. Elles peuvent parfaitement faire l'objet d'une incorporation dans les contrats par référence contractuelle ou être citées par le juge ou les arbitres à l'appui de leur décision. Une entreprise plus ambitieuse de codification du *fiqh* semble d'ailleurs sur le point de démarrer suite au consensus dégagé.

285. La finance islamique souffre cependant de ce manque d'organe ou d'instance qui contrôle et harmonise toutes les règles financières de la *charia*. Avec *Accounting Auditing Organisation Islamic Financial Institutions*, le contrôle et l'harmonisation est commencée seulement à être faite mais est encore loin d'acquiescer ses jours de noblesse. Cet échec est du, en partie, à la divergence au sein des courants de pensées des écoles juridiques. L'œuvre de *charia board* est remarquable aussi pour une harmonisation du système.

⁴⁸⁴ Accounting, Auditing and gouvernance standards for Islamic Financial institutions et la *charia* standard

⁴⁸⁵ La première pour la gestion des risques, et la deuxième sur les normes en matière de suffisance de capital

⁴⁸⁶ Organisation de comptabilité et d'audit des institutions financières islamiques

II. Les organes de contrôle

286. Les opérations bancaires en France sont soumises à un contrôle opéré par un organisme indépendant qui veille scrupuleusement au respect de certaines règles⁴⁸⁷. Ce contrôle est attribué à un organe dénommé Traitement du Renseignement et d'Action contre les Circuits Financier Clandestin (TRACFIN), qui coopère avec les banquiers dans cette mission de contrôle⁴⁸⁸. Aujourd'hui, avec l'extension de ce contrôle à l'échelle internationale, avec la création de l'Office Central de Répression de la Grande Délinquance Financière (OCRGDF) et la Cellule de Renseignement Financier (CRF)⁴⁸⁹ on trouve des moyens suffisants pour contrôler les activités des banques islamiques effectuées à l'intérieur ou à l'extérieur du territoire national⁴⁹⁰. Le premier type de contrôle est opéré par le TRAFIN (A) et le second par l'ACP et l'AMF (B).

A) Le contrôle opéré par le TRACFIN :

287. La coopération et la collaboration bancaire sont devenues une obligation depuis les années 90, dans la lutte contre le blanchiment d'argent⁴⁹¹. Les banquiers doivent coopérer avec la cellule de traitement du renseignement et d'action contre les circuits financiers clandestins, issue du décret du 26 juin 2006⁴⁹². A l'issue de cette coopération deux obligations incombent aux banquiers, une obligation de vigilance et une obligation de déclaration. Cette lutte contre les opérations illicites prend de plus en plus d'ampleur avec l'intégration et la création des groupes et des institutions anticriminelles, comme le Groupe d'Action Financière (GAFI)⁴⁹³. Ces mesures supranationales⁴⁹⁴ peuvent être envisagées sous un angle préventif ou

⁴⁸⁷ Ce contrôle opéré par des organismes publics comme la banque de France, contribue à renforcer l'obligation de sécurité du banquier

⁴⁸⁸ Décret n° 2006-736, 26 juin 2006, relatif à la lutte contre le blanchiment de capitaux, JO 27 juin, p. 9625.

⁴⁸⁹ Décret n°90-382 du 9 mai 1990 portant création d'un office central pour la répression de la grande délinquance financière ; JO du 10 mai 1990 ; V. aussi E. Vernier, Ch. Gaudin, « La coopération judiciaire en matière de lutte anti-blanchiment existe-t-elle ? », *Banque et Droit* 121 septembre-octobre 2008, p. 3.

⁴⁹⁰ Ch. Cutajar, « L'extension du champ de la déclaration de soupçons et ses conséquences », in *La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme*, op. cit. p. 107.

⁴⁹¹ R. Routier, *Obligations et responsabilité du banquier*, op. cit. p. 780.

⁴⁹² JO, 27 juin 2006, p. 9625.

⁴⁹³ Ch. Cutajar, « La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme », *Revue de Droit bancaire et financier*, mai-juin 2009, p. 83.s.

⁴⁹⁴ E. Vernier, Ch. Gaudin, « La coopération judiciaire en matière de lutte anti-blanchiment existe-t-elle ? », *Banque et Droit*, septembre-octobre 2008, p. 3.

répressif, afin de lutter contre toutes activités illicites⁴⁹⁵. Ce combat s'effectue sur la base d'une obligation de vigilance (1) et de déclaration (2).

1) L'Obligation de vigilance

288. Le banquier étant un professionnel du crédit, qui est tenu de ne pas divulguer les informations que son client lui fournit.⁴⁹⁶ Il est tenu par une obligation de secret, renforcée par celle de non-ingérence⁴⁹⁷. Ces obligations connaissent des exceptions dans plusieurs hypothèses. Notamment en cas de saisie attribution et de coopération policière dans le cadre d'une procédure pénale⁴⁹⁸. Cette dernière tire ses fondements dans la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme⁴⁹⁹. Cette obligation de vigilance à l'encontre des professionnels dès l'ouverture de compte ou avant même de nouer des relations d'affaires avec son client⁵⁰⁰. La loi exige la présentation d'un document d'écrit probant attestant l'exactitude de l'identité de son client⁵⁰¹. Ainsi que tous éléments ou informations pouvant informer sur l'objet et la nature de la relation d'affaire et tous renseignements nécessaires pour l'identification de son client⁵⁰². Cette phase d'identification du client et de la nature et l'objet de la relation d'affaire est un préalable nécessaire et indispensable à l'ouverture d'un compte bancaire.

289. L'article L. 561-8 du Code monétaire et financier pose une interdiction absolue de nouer toute relation d'affaires, de poursuivre et d'examiner quelle que soit l'opération dès lors que le client ne remplit pas les formalités requises⁵⁰³. De plus, pendant la seconde phase de l'opération, la loi impose aux banquiers et aux établissements financiers, une connaissance actualisée du client et un examen attentif des opérations effectuées, cela pour permettre à la banque d'être toujours en mesure d'évaluer la cohérence des opérations entreprises par son

⁴⁹⁵ R. Routier, *Obligations et responsabilité du banquier*, op. cit. p. 780

⁴⁹⁶ Cf. TGI Nanterre, 6^e Ch. 25 mai 2010, Banque et droit, n° 133 sept-oct. 2010, Com. Th. Bonneau.

⁴⁹⁷ J. Lasserre Capdeville, « Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier? », *Banque et droit* 2005, n° 101, p. 11

⁴⁹⁸ Crim. 27 avril 1994, D. 1994, J. 402, note Gavalda, chacun est tenu d'apporter son concours à la justice pour la manifestation de la vérité article 10 du Code civil.

⁴⁹⁹ E. Fernandez-Bollo, Anne-Marie Moulin, « L'approche fondée sur le risque : Le point de vue du contrôleur bancaire », in *La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme*, op.cit.p. 86.

⁵⁰⁰ Code Monétaire et Financier, art. L. 563-3, le banquier doit opérer une vérification dès lors que l'opération excède le seuil de 150 mille euros.

⁵⁰¹ Code Monétaire et Financier Art. L. 561-5, I.

⁵⁰² Code Monétaire et Financier, Art. L. 561-6, al.1.

⁵⁰³ Crim. 3 dec. 2003, *JGP*. G. 2004, II 10066, p. 790

client⁵⁰⁴. Il arrive en outre des situations prévues par la loi où le banquier doit effectuer une vigilance supplémentaire en plus des obligations de vigilance principales⁵⁰⁵. Ce contrôle ne se limite pas à cette seule obligation de vigilance, il va plus loin car une fois que le banquier découvre une information suspecte, il sera soumis à une autre obligation, celle de déclaration.

2) Obligation de déclaration

290. Le traitement du renseignement et des actions contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN), est une cellule de renseignement financier nationale. La mission essentielle de cette dernière consiste à recueillir, analyser, enrichir et exploiter les déclarations et les informations qui sont portées à sa connaissance dans le cadre des dispositions, afin d'établir l'origine et la destination des sommes ou la nature des opérations qui lui sont soumises. Lorsque ses investigations mettent en évidence des mécanismes de blanchiment du produit d'une infraction punie d'un emprisonnement de plus d'un an, ou du financement du terrorisme. Le TRACFIN doit saisir le procureur de la République compétent par note d'information⁵⁰⁶. Cette cellule est au cœur du dispositif de cette obligation de vigilance, et cela d'autant plus que la loi impose aux établissements mentionnés à l'article L. 561-2 du CMF, dont les établissements de crédits, l'obligation de déclarer au service de TRACFIN les sommes ou les opérations portant sur des sommes « *dont ils savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner* » *qu'elles proviennent d'une infraction punie de plus d'un an d'emprisonnement* »⁵⁰⁷.

291. Concernant cette déclaration, le soupçon seul ne suffit pas pour engager le processus déclaratif. Il faut que le professionnel soit à même d'associer l'un au moins des critères prévus par l'article 2 du décret du 16 juillet 2009⁵⁰⁸. Le législateur a toujours dans son article L. 561-15 IV du Code monétaire et financier, fait obligation aux assujettis de déclarer à TRACFIN toutes opérations pour lesquelles le doute demeure à l'issue des diligences de vigilance. La

⁵⁰⁴ Code monétaire Financier. Art. L.561-6, al 2.

⁵⁰⁵ R. d'Estaintot, « Les personnes politiquement exposées (PPE) : Réflexions sur une obligation renforcée de vigilance, in *La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme*, op. cit. p. 97. V. aussi C. mon. Fin. Art. L. 561-10

⁵⁰⁶ Code monétaire et financier, Art. L.561-23,II

⁵⁰⁷ H. Robert, « Tracfin après l'ordonnance n°2009-104 du 30 janvier 2009 », in *La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme*, op. cit. p. 101.V. aussi C. mon. Fin .art. L.561-15, I.

⁵⁰⁸ Ch. Cutajar, « L'extension du champ de déclaration de soupçon et ses conséquences », *Revue droit bancaire et financier* 2009, dossier 18, p. 107.

nouvelle loi bancaire du 26 juillet 2013 sur la séparation des activités bancaires a étendu le domaine de cette obligation de déclaration aux articles L. 561-15 et suivant du Code monétaire et financier, prévoyant d'autres cas de déclaration de créance. Désormais, la tentative de blanchiment est soumise à cette obligation de déclaration⁵⁰⁹. Sur l'identité du donneur, du bénéficiaire effectif ou du constituant d'un fonds fiduciaire ou de tout autre instrument de gestion d'un patrimoine d'affectation. Cette lutte contre le blanchiment d'argent demeure l'une des préoccupations majeures du législateur et les réformes allant dans ce sens se multiplient. Depuis 2008, 14565 déclarations ont été effectuées à TRACFIN et 79% de ces dernières proviennent des établissements de crédit⁵¹⁰. Cet arsenal juridique français, qui est très efficace en matière de lutte contre le blanchiment de fonds ne va pas épargner le système de la finance islamique. Ce qui veut dire que, comme pour le système classique, la finance islamique est elle aussi, susceptible d'être contrôlée par le système juridique français de la même manière et même de faire l'objet de sanctions pénales⁵¹¹.

292. Malgré les doutes et les soupçons dont la finance islamique est victime, il est avéré à travers ce qui précède que le système financier islamique est comme le système occidental, susceptible d'être contrôlé par les moyens mis en place par le législateur et ces moyens très divers.

B) Le contrôle opéré par l'ACP Et l'AMF

293. Au-delà du double contrôle exercé d'une part par les comités de surveillance religieux, les conseils religieux ou le *charia board*, et d'autre part celui exercé par le TRAFIN, dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent. Les banques islamiques qui vont s'installer sur le territoire français vont faire l'objet d'un troisième type de contrôle opéré par l'autorité de contrôle prudentiel qui depuis janvier 2010 exerce, en plus de son monopole en ce qui concerne la délivrance de l'agrément, un rôle de contrôle et de surveillance des établissements bancaires, le projet de loi de la nouvelle loi bancaire en France prévoit d'élargir le rôle de cet organe de contrôle. Vu l'étendue de l'activité des banques islamiques, qui connaît aussi bien

⁵⁰⁹ Le décret en Conseil d'Etat n° 2013-480 6 juillet 2013 entré en vigueur le 1 juillet 2013 fixe les conditions de recevabilité de déclaration de soupçon.

⁵¹⁰ Source, Tracfin, Rapport d'activités 2008, p. 10.

⁵¹¹ ACP. Com. Sanction, 24 oct. 2012: *JCP. E.* 2012, 738.

des activités relevant du domaine bancaire que du domaine financier. Cela fait intervenir l'autorité des marchés financiers.

294. Le contrôle de cette dernière sera secondaire par rapport à celui de l'ACP. Nous allons voir dans ce paragraphe de quelle manière ces deux autorités mènent leur contrôle sur les produits commercialisés par les banques islamiques. En d'autres termes, nous allons axer notre analyse sur le contrôle des produits. Le contrôle des produits bancaires qui sera effectué par l'ACP sera examiné en premier lieu avant de voir, dans un second temps, le contrôle des produits financiers ou hybrides, qui seront susceptible d'être exercé par l'AMF.

1) Le contrôle des produits bancaires islamiques par l'autorité de contrôle prudentiel

295. Le contrôle de l'activité bancaire est confié à l'autorité de contrôle prudentiel⁵¹². L'activité de la banque renvoie aux opérations de banque, telles qu'énumérées dans le code monétaire et financier dans son article L.311-1. Elles regroupent les opérations de crédit, la remise de fonds et la mise à disposition des services bancaires de paiement. Toutes ces opérations font appel à des produits et des instruments bancaires qui peuvent aller de la remise ou l'utilisation d'une carte bancaire, jusqu'à l'octroi d'un crédit ou son remboursement.

296. Ces produits qui permettent l'exercice des opérations bancaires aussi simples soient-ils méritent un contrôle afin de sécuriser d'avantage le client. Ce contrôle s'effectue en tenant compte aussi bien de la forme juridique de la banque, impérativement personne morale⁵¹³, mais aussi des qualités des dirigeants. Tout cet arsenal de contrôle ne fait que renforcer et compléter la mission du TRAFIN dans sa lutte contre le blanchiment de capitaux. Cela atteste du fait que les banques islamiques sont susceptibles d'être contrôlées et cela doublement, non seulement par les autorités et les organismes européens, mais aussi par les instances religieuses, comme le conseil de *charia board*, ou l'instance supérieure de l'université Al azhar, qui fait office de cour suprême dans le domaine islamique.

⁵¹² L'article L. 612-1 du Code monétaire et financier.

⁵¹³ Selon la nouvelle lecture de l'article L.511-1 du Code monétaire et financier issue de l'ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013, D. actualité 1 juillet 2013, note de X. Delpéch, « *les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituel, à recevoir des fonds remboursables du public (..) et à octroyer des crédits (...).* quant aux sociétés de financement, ce 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 ».

297. Aujourd'hui la France doit emprunter le modèle adopté par les pays non islamisés mais qui ont accepté le système islamique en adaptant leurs institutions financières de contrôle⁵¹⁴. On peut citer le cas de l'Egypte et celui de l'Angleterre aussi, qui ont réussi à faire cohabiter les deux systèmes. Nous ne pensons pas que la France va instaurer un système de contrôle spécialement dédié à la finance islamique, puisque le législateur aurait pu le faire lors de l'ordonnance du 21 janvier 2010, qui avait instauré l'ACP, il pourra tout de même autoriser *les charias board*. Du fait du caractère hybride des banques islamiques, le contrôle ne peut pas seulement se limiter aux produits bancaires, mais aussi aux produits financiers qui donnent lieu à beaucoup plus de risques. C'est ce qui a donné, l'avènement des *sukuk* et du *takaful*.

2) Le contrôle des produits financiers islamiques par l'autorité des marchés public

298. Le système islamique aura besoin d'être soumis à un contrôle autre que celui exercé par l'autorité de contrôle prudentiel. Pour des raisons liées au caractère des produits mis en service, et qui relèvent plus de la banque d'investissement ce qui nécessite le contrôle de l'autorité des marchés financier, cette idée de contrôle des activités est au cœur du projet de réforme de la loi bancaire conduit par le ministre de l'économie P. Moscovici. le rôle d'intermédiation et sa mondialisation⁵¹⁵ de la banque islamique ont donné lieu à la création de nouveaux produits⁵¹⁶, qui en plus du fait qu'ils modernisent le système islamique permet de concurrencer le système classique, ou occidental. Ces produits seront soumis au contrôle exercé par l'autorité des marchés financiers qui, de surcroit, veille au contrôle de l'information des investisseurs et exerce même un regard sur les professionnels intervenant sur ce marché⁵¹⁷. Contrairement à l'autorité de contrôle prudentiel, l'autorité du marché financier, cumule le pouvoir de sanction et celui de contrôle et, en ce sens, il a le statut de policier et de juge⁵¹⁸. Ces deux autorités, au-delà du fait qu'elles exercent des contrôles aussi bien sur les produits financiers que bancaires, fournir des informations aux institutions habilitées à lutter contre le blanchiment des capitaux.

⁵¹⁴ J. François Rycx, « systèmes juridiques et économique islamique », in *Les capitaux en islam*, op. cit. p. 67.

⁵¹⁵ S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e éd., 2011, op. cit. p. 12.

⁵¹⁶ *Sukuk* et *Takaful*

⁵¹⁷ L'article L. 621-6 du Code monétaire et financier.

⁵¹⁸ Th. Bonneau, *Le droit bancaire*, op. cit. p. 145.

299. Les banques islamiques qui s'installeront en France seront soumises aux contrôles des organes européens comme celui exercé par la banque centrale européenne, en ce sens la banque centrale européenne joue comme son nom l'indique un organe de contrôle externe. Au terme de ce paragraphe nous pouvons noter que le système islamique, une fois installé en France, ne pourra pas échapper au mécanisme et à l'arsenal de contrôle déjà mis sur pied par le législateur. D'ailleurs, les banques et les institutions islamiques seront doublement contrôlées aussi bien par les organes religieux que par les instances nationales ou communautaires⁵¹⁹. Sur ce point, il ne serait pas facile de refuser la qualité de banque sur le seul fondement du contrôle. Toutefois, la forme ou la structure de la banque en est un élément déterminant pour la qualification de banque au sens de la loi du 24 janvier 1984.

⁵¹⁹ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique, une finance douteuse ? », *op. cit.* p. 11.

Chapitre II) La structure bancaire : définition de la banque doctrinale et législative

300. Les banques jouent un rôle dans le maintien et le développement de la croissance de l'économie d'un pays⁵²⁰. La profession de banque est réglementée mais aussi soumise à des dispositions contraignantes permettant de garantir la sécurité des déposants et la stabilité financière⁵²¹. Pour atteindre ces objectifs, certains pays, comme la France, n'ont pas hésité à déroger aux principes qui gouvernent leur Code civil et leur Code de commerce, afin d'instaurer une réglementation bancaire efficace qui protège mieux les intérêts de toutes les parties⁵²². Ces dispositions qui régissent l'organisation du système bancaire présentent, d'une part, les règles définissant les entreprises soumises à cette réglementation⁵²³ et, d'autre part, les opérations qui permettent d'obtenir la qualité de banque⁵²⁴. Ces règles sont le support du système et constituent le cadre législatif et réglementaire des banques islamiques. Les principes qui organisent le fonctionnement des banques islamiques diffèrent cependant de ceux qui gouvernent les banques classiques⁵²⁵. Cette divergence a des conséquences tant au regard des opérations qu'à l'égard des produits de la banque islamique⁵²⁶.

301. L'implantation des banques islamiques en France passe nécessairement et préalablement par la reconnaissance de ces établissements, en leur qualité de banque. En d'autres termes, il importe d'avoir le statut juridique des banques conforme aux exigences de

⁵²⁰ J. J. Burgard, Ch. Cornu et O. Robert de Massy, *La banque en France*, Presses de sciences politiques et Dalloz, Paris 1995, p. 19.

⁵²¹ L'exercice de l'activité bancaire est soumis à un agrément. L'article L. 511-10 du CMF, pose cette règle et des sanctions, qui peut aller de 3ans d'emprisonnement et/ou 375 mille euros d'amende (L. 571-14 al. 3).

⁵²² Les Lois bancaires de 1941, de 1945 et 1984, Codifiées dans le code monétaire et financier

⁵²³ L. 511-1 CMF : Seules les personnes morales peuvent exercer l'activité bancaire, bien qu'il n'y a pas de précision sur la forme juridique. la nouvelle définition de cette article suite à l'ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013, JO juin. « *les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituel, à recevoir des fonds remboursables du public (..) et à octroyer des crédits (...)* ».

⁵²⁴ Les opérations de banques énumérées dans les dispositions de l'article, L.311.1 du Code monétaire et financier.

⁵²⁵ A. Toussi, *Les banques dans le système financier islamique*, op.cit. p. 41

⁵²⁶ G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, op.cit. p. 52.

la loi du 24 janvier 1984, relative à la réglementation bancaire. La question se pose aussi de savoir comment les banques islamiques, qui exercent leur activité dans des pays où le droit en vigueur n'est pas conforme avec les règles du droit musulman, doivent faire pour régler cette confrontation⁵²⁷ ? Avant de répondre à une telle problématique, il convient d'examiner la procédure permettant d'intégrer le système islamique en France (Section I), avant de voir l'agrément bancaire (Section II).

⁵²⁷ K. Djaraouane, Ch. J. Serhal, « La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique », *Revue droit des affaires internationales*, n ° 2, 2009, p. 115.

Section I. L'intégration du système islamique

302. L'acceptation et l'accueil des banques islamiques en France nécessitent au préalable de déterminer le véritable statut juridique des banques islamiques, en s'interrogeant sur la conformité de leurs principes à la réglementation bancaire. L'intérêt est-il une condition de validité d'une opération bancaire ? Le label « *islamique* » est-il autorisé comme dénomination ou enseigne par la réglementation bancaire ? L'intermédiation bancaire ou financière est-elle une condition nécessaire pour avoir la qualité de banque ? Dans quelle catégorie de banques doit-on classer les banques islamiques une fois admises sur le sol français ? Les réponses à ces questions nécessitent un examen de l'évolution de la législation bancaire en France⁵²⁸. Il s'agit d'appréhender la définition de la notion de banque à travers les lois qui régissent la réglementation bancaire en France (Paragraphe I), dans le but de la confronter à la banque islamique afin de parvenir à l'établissement de conditions d'agréments communes (Paragraphe II).

Paragraphe I) La réglementation face à l'implantation de la banque islamique au sein du système occidental

303. La banque islamique est soumise à une réglementation spéciale tirée des règles religieuses et morales. Son implantation dans les pays qui ont un système juridique différent de celui qui la gouverne cette finance, pose un problème d'intégration et de conformité⁵²⁹. Le respect de la réglementation en vigueur tout en conservant les principes religieux qui fondent cette finance⁵³⁰. Cette confrontation de ses normes, nous pousse à examiner les moyens et le mécanisme permettant au système financier islamique de s'intégrer dans ces pays sans pour autant méconnaître les principes religieux qui constituent son socle⁵³¹.

⁵²⁸ Les Lois du 13 juin 1941 ; du 2 dec. 1945 et du 24 jan. 1984

⁵²⁹ M. Umer Chapra et Tariqullah Khan, « Réglementation et contrôle des banques islamiques », Etude spéciale disponible sur le <http://fr.scribd.com/doc/46166157/Reglementation-Et-Cotrole-Des-Banque-Islamique>, consulté le 06-juin 2012 à 13h 42, p. 19.

⁵³⁰ B. Pras, « *Management et islam, vers une convergence de valeur* », Revue française de gestion, 2007, n°71, p. 91 ;

⁵³¹ F. Achi, E. Forget, « La gouvernance des comités charia », *Revue de droit bancaire et financier*, 2011, n° 14, p. 28.

304. Le cas des banques islamiques en Angleterre⁵³², qui ont réussies à s'implanter depuis le 10 août 2004, représente l'exemple le plus frappant pour mesurer l'ampleur de cette confrontation entre les deux systèmes⁵³³. Toujours dans le but d'harmoniser les deux systèmes, des propositions ont été émises, parmi lesquelles certaines suggèrent de modifier la législation islamique qui prohibe l'intérêt. C'est une chose que certains penseurs avaient tenté de faire sous forme de *fatwa*⁵³⁴, cherchant à donner une autre définition de la notion de *riba* que celle qui figure dans les sources du droit musulman. D'autres avaient proposé d'harmoniser les idées et les opinions des écoles de pensée, afin de trouver une législation commune permettant de gouverner toutes les banques islamiques autour d'un même organe de contrôle et d'une même réglementation. Pour parvenir à réaliser une telle entente, il faut regrouper certaines exigences techniques⁵³⁵, ce qui fait défaut au sein du système financier islamique. Cette tentative d'harmonisation a cependant été réussie par les autorités anglaises depuis les années 2004 avec l'instauration de leur première banque islamique, *Islamic Bank of Britain*.

305. Cette dualité du système bancaire anglais, comme en témoigne l'*Islam Bank Britain*, a permis d'élaborer une stratégie spéciale permettant d'exercer le commerce sur le marché national tout en validant certains produits islamiques comme la *zakat*⁵³⁶. Le rôle que les banques occidentales jouent dans l'économie européenne en général et celle de la France en particulier, a conduit à l'instauration d'une banque centrale européenne. Cependant, cette volonté d'harmonisation du système ne peut pas cohabiter avec un système dualiste. Instaurant d'une part des banques qui fonctionnent en conformité avec les règles religieuses et de l'autre des banques classiques, comme c'est le cas des banques anglaises.

306. En fait, ces banques ont réussi à exercer leurs activités pleinement (quatre banques opérationnelles en Angleterre) et alors que le droit anglais, issu du *common law*, n'est pas

⁵³² Ch.-Joseph Serhal, « La finance islamique: Une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, 2006, n° 106, p. 15.

⁵³³ Le Royaume-Uni a modifié sa législation depuis 2003 pour accueillir cette nouvelle finance. La finance service authority (FSA) ayant posé certaines règles relatives au charia board, en refusant d'interférer dans l'interprétation des règles religieuses.

⁵³⁴ Les *fatwas* du cheikh de l'université Al Azhar qui visaient à légaliser la pratique du *riba* ; Cf. Ch.-Joseph Serhal, « La finance islamique: Une intégration possible dans le système bancaire français », *op.cit.*, p.1 ; Cf. Mahmoud Al Gamal, *La finance islamique, aspects légaux, pratiques et économiques*, *op. cit.* p. 132.

⁵³⁵ M. Noland, « Religion, Islam et croissance économique l'apport des analyses empiriques », *Revue française des gestions*, 2007, n°71, p. 101.

⁵³⁶ M. Ainley, « Banque islamique au Royaume –Uni, La FSA est prête à suivre les évolutions du marché » in dossier La finance islamique en *Europe Revue banque* n° 696 Novembre, 2007, p. 34.

facile à déroger. Si ce système a réussi à s'adapter en assouplissant sa réglementation sur les banques islamiques, le droit français aussi peut le faire. On peut aussi citer le cas des banques américaines implantées au Pakistan qui se sont engagées de fonctionner selon les règles de la loi islamiques⁵³⁷. Cette même situation s'est produite en Tunisie avec la banque *off-shore* à l'origine qui avait reçu l'autorisation du gouvernement tunisien d'implanter une banque islamique et qui partageait le terrain avec les banques classiques issues de la colonisation.

307. Le cas du Maroc aussi peut être un bon exemple, dans ce pays composé de bon nombre de musulmans et qui a connu l'élection des islamistes au gouvernement, depuis lors l'implantation des banques islamiques n'est pas officialisée. On utilise souvent dans leur terminologie, le vocable de produits alternatifs.

308. C'est la Chabbi Bank, filiale du groupe Banque populaire marocaine qui a instauré le premier compte bancaire islamique en France depuis le mois de juin 2011. A côté de ces produits dits alternatifs, les produits issus du système classique concurrence ces produits alternatifs, en fonctionnant sur la base des taux d'intérêt⁵³⁸, pourtant prohibés en Islam⁵³⁹.

La réglementation ne peut pas constituer un obstacle pour la qualification de banque de l'établissement islamique qui est une banque comme toutes les autres. Car, si nous examinons tous les pays qui ont accueilli la finance islamique, aucun de ces pays n'a opéré changement sur leur condition d'agrément. Quoi qu'il en soit, ce qui est important pour le système financier islamique, c'est de fonctionner dans le respect des règles de la loi islamique. Dans ce paragraphe nous allons développer la réglementation (I) et la reconnaissance d'une banque en droit français (II)

⁵³⁷ G. Naulleau, « Le système financier islamique développement et perceptives », *École supérieure de commerce de Paris*, document de travail, n° 80-86, pp. 33 et s.

⁵³⁸ M. Essabri, « L'évolution du taux d'intérêt au Maroc », *Revue Marocaine d'économie et de droit comparé*, 1998, n° 30, pp. 23-24.

⁵³⁹ L. Daoudi, « Islam et taux d'intérêt positions », in Colloque *Ethique et Entreprise* Perspectives maghrébines, *Wallada* 1989, p. 23.

I) Une réglementation

309. La réglementation bancaire est l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires qui régissent les opérations de banque et ceux qui les accomplissent à titre professionnel et habituel. Cette réglementation englobe notamment les règlements adoptés par le comité de la réglementation bancaire. Elle concerne l'organisation et la surveillance de ceux-ci, en vue d'assurer la protection des déposants et de diriger les ressources qui leurs sont confiées⁵⁴⁰.

310. Ces dispositions posent les types de sociétés qui doivent exercer l'activité bancaire, mais aussi les règles pour l'accès à une telle profession. L'accès à une telle profession est réservé aux établissements qui répondent à la définition de la profession de banque⁵⁴¹. Pour l'exercice d'une telle profession de nombreux critères ont été posés par le législateur. Cette réglementation est composée de différentes lois qui organisent le fonctionnement des banques depuis leur création jusqu'à leur dissolution. C'est elle qui pose les règles de son organisation, de sa nature juridique, de l'exercice de leur mission, de leur dissolution et de leur cession⁵⁴².

311. Les banques islamiques se fondent sur des règles religieuses et éthiques⁵⁴³, ce qui fait que, les activités bancaires sont réglementées selon le droit musulman. Cependant, seules certaines institutions financières exerçant leurs activités dans des banques purement islamiques dans des pays tels que le Pakistan, le Soudan, ou l'Iran fonctionnent dans un respect absolu des règles de la *charia*⁵⁴⁴. Toutes les autres sont installées dans des pays où un système régit leur fonctionnement, basé sur une réglementation nationale. Dans ces conditions lequel des deux systèmes de réglementation doit pendre le dessus face à une telle dualité? Cette confrontation⁵⁴⁵ des deux systèmes pose aussi le problème de l'intégration du système islamique dans d'autres systèmes de droit et celui des mécanismes pour y arriver. Pour comprendre une telle opération il faut commencer à examiner le but de cette réglementation : Est-ce pour restreindre l'activité bancaire aux seuls établissements répondant à ces faisceaux de règles posés par le législateur ou y-a-il une ouverture vers les autres

⁵⁴⁰ R. Routier, *Les obligations et responsabilité du banquier*, op. cit. p. 34.

⁵⁴¹ J. J. Burgard, Ch. Cornu et Olivier Robert de Massy, *La banque en France*, Presse de sciences politiques et Dalloz, Paris 1995, p. 9.

⁵⁴² *Ibid.*

⁵⁴³ F. Guéranger, *La finance islamique, une illustration à la finance de l'éthique*, op. cit. p. 19.

⁵⁴⁴ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, Ed. d'Organisation, 2003, p. 171.

⁵⁴⁵ K. Djaraouane, Ch. Joseph Serhal, « La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique », *Revue droit des affaires internationales*, n° 2 2009, p. 115.

établissements en tenant en compte de leur réglementation. Intéressons-nous d'abord sur le but de cette réglementation (A), avant de voir la nature juridique de la banque islamique (B)

A) Le but de cette réglementation

312. La réglementation bancaire se fixe pour mission d'annoncer les conditions d'accès à la profession, son fonctionnement et la responsabilité des acteurs de la banque⁵⁴⁶. Le rôle du banquier s'est accru ces dernières années avec la naissance de nouveaux types d'obligations⁵⁴⁷, telle que l'obligation de mise en garde qui est au dessus de celles de conseil et d'information du banquier, donnant ainsi naissance à une diversité de responsabilité⁵⁴⁸. Le développement du rôle des banques coïncide par ailleurs, avec la crise économique dont bon nombre d'économistes et de juristes accusent le banquier, comme étant responsable. On les reproche soit d'accorder des financements sans tenir compte de la capacité de remboursement du débiteur. Ce qui constitue un soutien abusif⁵⁴⁹, soit de rompre brutalement leurs relations dès lors que leur client se trouve dans une situation irrémédiablement compromise⁵⁵⁰. Ce qu'on qualifie de rupture abusive⁵⁵¹. Face à ces pouvoirs exorbitants du banquier, l'intervention du législateur était nécessaire pour éviter que ces banquiers n'usent de leurs pouvoirs pour créer un déséquilibre dans les relations contractuelles, donnant naissance à une insécurité dans les opérations de banque. C'est dans ce contexte que la loi nouvelle bancaire du 26 juillet 2013 sur la séparation entre les activités bancaires et de la régulation intervient après une réforme sur les organes de régulation bancaire depuis 2010, la nouvelle équipe gouvernementale veule accroître les pouvoir de l'ACP.

313. Aujourd'hui l'activité principale des banques consiste à collecter des fonds du public et de les redistribuer, d'où leur mission d'intermédiation bancaire⁵⁵². Cette mission principale qui leur est dévolue dépasse de loin les relations entre le déposant et le dépositaire. Le

⁵⁴⁶ L'article 1^{er} de la loi bancaire du 4 janvier 1984, relative au contrôle du système bancaire en France *JGP. G.*, p. 3176.

⁵⁴⁷ D. Legeais, Les nouvelles obligations du banquier, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 29.

⁵⁴⁸ R. Routier, *Obligation et responsabilité du banquier*, *op. cit.* p. 142.

⁵⁴⁹ S. Piedlièvre, « La responsabilité liée à une opération de crédit », *Revue droit et patrimoine*, janvier 2001, p. 62 ; R. Routier, *Obligations et Responsabilités du banquier*, *op. cit.* p. 154.

⁵⁵⁰ Rupture abusive, Cour d'Appel Paris, 15^e ch. 3 juil. 2008, *Gaz. Pal.* 21-22 janv. 2009.

⁵⁵¹ Ch. Freyria, « La responsabilité du banquier dispensateur de crédit », l'actualité juridique, *Revue droit bancaire* 1987, p. 80.

⁵⁵² J. J. Burgard, Charles Cornu et Olivier Robert de Massy, *La Banque en France*, Presse de sciences politiques et Dalloz, Paris 1995, p. 22.

banquier a aussi un rôle de créateur de monnaie scripturale⁵⁵³. Ce dernier rôle impose une protection hybride, aussi bien pour les clients que les banques.

314. Le client se trouve dans une position de faiblesse, car c'est lui qui sollicite, son banquier, pour un prêt. Le taux de ce prêt doit respecter la réglementation usuraire. La banque, de son côté, doit avoir des garanties suffisantes pour s'assurer de son obligation remboursement et de restitution. Vue sous cet angle cette réglementation demeure légitime, d'autant plus toute violation de ces règles remet en cause sa confiance vis à vis de ses clients mais aussi à l'égard de l'État garant du bon fonctionnement bancaire et actionnaire dans certaines banques⁵⁵⁴. L'État aussi doit garantir que ces établissements à qui il a offert le monopole de recevoir des fonds du public sont bien en mesure de les rembourser, dans des conditions qui ne mettent pas en péril les avoirs de la population et ne porte atteinte ni à la monnaie dont il est le gérant, ni au renom de la place⁵⁵⁵. C'est pour toutes ces raisons que le législateur continue de poser des critères pour l'exercice d'une telle activité. Quelle est la place de la banque islamique, dans cette réglementation bancaire ? Le banquier islamique a-t-il un rôle d'intermédiaire au regard du droit religieux qui le fonde ?

315. . Mais peu importe le lieu où elles exercent leur activité ou le type de clientèle et même la nature juridique de sa structure. Cela nous conduit nécessairement à examiner la nature juridique de ces banques islamiques. Est-ce la même que celle du système classique ou ces banques vont-elles emprunter un autre modèle qui réponde davantage à leur principes de fonctionnement.

⁵⁵³ S. Chamas, « L'État et les systèmes bancaires contemporains » in *Revue Internationale de Droit comparé* 1966, vol. 18 n°2, pp. 522 et s. V. aussi S. Chamas, *L'Etat et le système bancaire contemporain*, Collection « Bibliothèque de droit comparé » Tome 13, Paris Sirey, 1964, p. 145.

⁵⁵⁴ La création de la banque publique d'investissement avec comme vice présidente Ségolène Royal

⁵⁵⁵ J. J. Burgard, *La banque en France*, Presse de sciences Politiques et Dalloz 1995, Paris, 1989, pp. 99 et s.

B) La nature juridique de la banque islamique

316. La banque islamique est « *une institution bancaire qui collecte des fonds et les utilise sur la base de la charia islamique, dans le but de fonder une société solidaire⁵⁵⁶ et de réaliser une certaine justice dans la répartition des richesses⁵⁵⁷* ». Les activités bancaires dans le système islamique sont soumises aux seules exigences de la *charia*, autrement dit les cinq principes de la finance islamique restent les seules conditions exigées pour la validité d'un produit islamique. En revanche, dans le système occidental et plus précisément dans la loi française et l'article L.311-1 du Code monétaire et financier, où les opérations de banque sont nettement énoncées. Ainsi elles concernent la réception des fonds du public, sous forme de dépôt, à condition de les restituer ; la mise à la disposition des moyens de paiements et des opérations de crédit⁵⁵⁸. C'est le respect des dispositions qui permet de qualifier une opération bancaire et de donner la dénomination ou la qualification de banque⁵⁵⁹. Pour attribuer à la banque islamique une qualification de banque, il va falloir qu'elle exerce les activités bancaires énumérées dans le Code monétaire et financier qui demeurent le monopole des établissements de crédit⁵⁶⁰. Après analyse, personne ne doute du fait que ces banques reçoivent des fonds du public avec une certaine limite tenant compte de la provenance des fonds.

317. Ces fonds sont employés sous forme de crédit, puisque c'est le caractère onéreux de l'opération qui fait d'elle une opération de crédit, peu important la forme de la rémunération⁵⁶¹. Certes les banques islamiques ne pratiquent pas l'intérêt mais elles fonctionnent selon la règle du partage de pertes et de profits, ce qui permet de qualifier l'opération de crédit du moment qu'il y a une rémunération.

⁵⁵⁶ S. Hamoud, « L'expérience bancaire islamique », *Revue Al-Iktisad et Al-Amaal*, L'économie et les affaires », en arabe, mai 1985, p. 55.

⁵⁵⁷ O. El Kattani, « *La banque islamique cadre théorique et expérience pratique* », in *Ethique et Entreprise Perspectives maghrébines*, *op cit.* p. 42.

⁵⁵⁸ Article 1^{er} de la loi bancaire du 24 janvier 1984, disponible sur *Journal Officiel* 1565, 1984.

⁵⁵⁹ Ch. Gavalda, J. Stoufflet, « La loi bancaire du 24 janvier 1984 », *JGP. G.* 1985, n°11, p. 3176.

⁵⁶⁰ La violation de ce monopole bancaire est sanctionné tant sur le plan civil et pénal. Une peine d'emprisonnement de 3 ans avec une amende de 375 mille euros, en plus de la nullité de l'acte conclu en violation de cette règle, Ass. Plen. 4 mars 2005, *Dalloz*, 2005, 785, obs. B. Souci, cette décision vient pour tarir la divergence qui régnait entre la chambre civile et la chambre commerciale à propos de la sanction civile de la violation du monopole bancaire.

⁵⁶¹ I. Cekici, « La prohibition de l'intérêt et les opérations de crédit en France », *op. cit.* p. 19.

318. L'opération n'étant pas gratuite, comme le pensent beaucoup de personnes qui méconnaissent le fonctionnement du système islamique. C'est l'opération de crédit qui demeure l'épine dorsale de l'activité bancaire classique⁵⁶². Mais si ce système prend en compte le caractère onéreux de l'opération pour donner une qualification de crédit, il ne faut pas perdre de vue le fait que le système islamique applique, le principe de partage des profits et de pertes qui est l'alternatif du principe de l'intérêt. De là deux hypothèses devront être envisagées, la première c'est le cas où l'opération en cause, c'est à dire celle qui a été financée ne s'est pas avérée fructueuse, soldée par une perte⁵⁶³. Ce qui conduit à partager le déficit entre l'entrepreneur et l'investisseur selon le type de produit et les règles prévues dans le contrat. La seconde est l'hypothèse où l'opération a donné lieu à un profit, ce dernier étant partagé entre les deux parties, ce qui fera naître le caractère onéreux, élément déterminant d'une opération de crédit au regard du droit français⁵⁶⁴. Ce qui permet à la banque islamique de remplir l'une des conditions pour obtenir la qualité de banque.

319. Ces obstacles ne se limitent pas seulement au terrain de l'opération de crédit mais elles touchent aussi une des obligations essentielles du secteur bancaire qui est celle de la restitution des fonds. Les banques islamiques ne semblent pas respecter cette obligation, surtout dans l'hypothèse où l'opération ou le projet a échoué. Au lieu de restituer elle demande au contraire une participation selon les clauses contractuelles et le type de contrat, *moudaraba mourabaha*. Ce point ne peut pas constituer un refus de la qualification de banque, mais plutôt donner lieu à une responsabilité du banquier. Car ce manquement se situe *a posteriori*, après l'agrément donné par les autorités compétentes. Le respecter les dispositions de l'article L.311-1 du Code monétaire et financier, suffit-il pour avoir la qualification de banque ? N'existe-t-il pas d'autres conditions posées par le législateur, outre celle prévue dans l'article L. 311-1 ? Nous allons aborder le rôle du crédit pour la qualification de banque (1), avant de voir le rapport entre crédit et banque islamique (2).

⁵⁶² A. Abi Haidar, *La banque islamique : Essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, Thèse Paris 2, 1991, p. 255.

⁵⁶³ Kh. Najab, « L'exigence Ethique », in *Ethique et Entreprise Perspectives maghrébines*, op. cit. p. 65.

⁵⁶⁴ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit. p. 67 ; V. aussi l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier, qui met en avant le caractère onéreux pour définir le crédit.

1) Le crédit : élément déterminant pour la qualification d'une banque au sens de la législation française.

320. Les opérations qui rentrent dans le cadre des activités bancaires sont énumérées dans l'article L. 313-1 du Code monétaire et financier : « 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. » Même si les banques islamiques collectent des fonds du public sous forme de dépôts ou d'investissements, elles ne vont pas jusqu'au bout de leurs activités, car les banques islamiques n'accordent pas d'opérations de crédit au sens où la loi française les définit⁵⁶⁵. L'opération de crédit, étant plus large que le contrat de prêt car elle prend en compte d'autres opérations comme le cautionnement, la garantie ou même le crédit bail et l'achat assorti d'une location assimilés à des opérations de crédit⁵⁶⁶. Nous allons voir les crédits selon leur durée (a), avant de les qualifier selon leur destination (b).

a) Les opérations de crédit à court terme et les crédits à long terme

321. Le rôle du banquier en tant que dispensateur de crédit, lui confère le pouvoir d'octroyer des crédits sous forme de découverts⁵⁶⁷ et ceci sur des durées différentes et sous des formes variées. A la grande différence du système islamique, les opérations de crédit dans le système occidental se dénouent par une rémunération que l'emprunteur verse à son prêteur qui constitue le prix du loyer d'argent.

322. Une telle pratique dit *riba*⁵⁶⁸ n'est pas admise dans les banques islamiques⁵⁶⁹, pour la bonne et simple raison que le temps appartient à Dieu et qu'il est aussi gratuit : donc il est interdit de prétendre à toute rémunération de quelque nature que ce soient. Ainsi le prêt à

⁵⁶⁵ J. François Rycx, *Islam et régulation financière*, éd. Centre d'Etude et de documentation économique juridique et sociale, 1988, p. 28 ; V. aussi, Alain Roussillon, *Société islamique de placement de fonds et ouverture économiques les voies islamiques du néo libéralisme en Egypte*, Dossier du Centre d'Etude et de Documentation Economique et sociale, n° 3, 1988, p. 95.

⁵⁶⁶ M. Vasseur, *Droit et économie bancaire, Les cours du droit, institutions bancaires*, Fasc. I-A, 4^e éd. 1985-1986.

⁵⁶⁷ 1^{er} congrès de la banque islamique de Dubaï, 1979, p. 11, document en arabe.

⁵⁶⁸ Al-Obady, *La charia face aux banques islamiques contemporaines*, Beyrouth, 1981, p. 38, Document en arabe

⁵⁶⁹ M. Najatullah Siddiqi, « La rationalité du système bancaire islamique » in *Bulletin du fonds monétaire international*, mars 1982, p. 55.

court ou moyen terme qui permet souvent de faire face à une absence ou une insuffisance de liquidités n'est pas absent sur les produits proposés par les banques islamiques. Ce produit est connu sous l'appellation de *qard hassan* (crédit gratuit), le système classique connaît aussi un produit similaire dénommé, crédit à taux zéro, ou crédit gratuit⁵⁷⁰.

b) Le crédit à la consommation et à la production

323. Ce type de crédit qui est accordé aux particuliers dans le cadre de leur activité non professionnelle constitue un élément essentiel pour aider les foyers afin de faire face à leurs charges quotidiennes⁵⁷¹. Contrairement au crédit à la production qui permet de financer un bien de production. Le crédit à la consommation est destiné à financer les biens de consommation. Vu son caractère non productif⁵⁷², le crédit à la consommation n'entre pas dans le domaine d'activité de la banque islamique. Il est interdit par les répercussions néfastes, à la fois de par sa nature sur le comportement de l'individu que du fait qu'il est accordé à un taux d'intérêt fixe et prédéterminé ; de plus, un bien acheté par le biais du crédit à la consommation est beaucoup plus cher qu'un bien acheté au comptant⁵⁷³. La position des banques islamiques sur la prohibition du crédit à la consommation est déterminée par deux facteurs. D'un côté il y a les principes économiques, au delà des recommandations religieuses, qui interdisent de dépenser au dessus de ses moyens, mais qui imposent d'équilibrer dans le temps la consommation et l'épargne.

324. Le Coran fait allusion à la consommation comme étant l'action de procurer du plaisir et de la satisfaction. La seconde limite de la consommation en Islam est de limiter la sous-consommation et incite à dépenser de manière rationnelle⁵⁷⁴. D'autre part, il serait impossible de faire appliquer le principe de partage des profits et des pertes dans ce type de crédit, puisqu'il n'est pas productif contraire aux crédits à la production. Le rôle de la banque ne se limite pas à la seule mission de dispenser de crédit, elle a aussi un rôle de créer de la monnaie

⁵⁷⁰ Le prêt était gratuit dans la conception originale du Code civil, mais l'article 1905 du Code civil permet de stipuler d'intérêt

⁵⁷¹ Gh. Ghaussy, « Étude sur la théorie de l'ordre économique en islam », in *Les capitaux en Islam, op. cit.* p. 44, l'auteur emploie le terme « *allocation et distribution dans l'ordre économique islamique* ».

⁵⁷² *Idem*. Il parle de Production, utilisation et consommation.

⁵⁷⁴ « *Ceux qui, dans leurs dépenses, ne se montrent ni prodigues, ni avaricieux, mais s'en tiennent, entre ces deux excès, au juste milieu.* » Le coran, sourate 25, *al Furqan*, la distinction – verset 67

scripturale et, celle de la mise à disposition des moyens de paiement à la clientèle. Les banques islamiques remplissent-elles ces fonctions ?

2) La banque islamique et la création de monnaie scripturale

325. Le métier de banquier ne se limite pas à la seule intermédiation financière⁵⁷⁵, où le banquier fait le lien entre la personne qui a besoin des fonds et celle qui en dispose. Sa mission va plus loin et c'est ce qui ressort des dispositions du code monétaire et financier en son article 311.1. Cette disposition autorise les banquiers à mettre des moyens de paiements et de crédits à disposition de leurs clients. Ce pouvoir des banques à créer de la monnaie s'est développé avec la possibilité d'effectuer tout paiement avec les instruments qu'elle mette à la disposition de ses clients⁵⁷⁶.

326. Cette idée a été développée et défendue par la doctrine économique par le biais de la théorie du manipulateur de crédit. L'idée qui se cache derrière cette théorie est que, si les dépôts permettent le crédit, les crédits à leur tour engendrent dans un rapport autrement plus important des dépôts. Cette conclusion qui est devenue un lieu commun en matière d'économie monétaire est, selon les économistes totalement méconnue de la définition juridique de la banque. Ce qui fait le rôle du banquier ne se limite pas à un simple prestataire de service ou dépositaire de fonds⁵⁷⁷. Même si les fonds qu'il a à sa disposition ne lui appartiennent pas il a la possibilité de les transformer en monnaie scripturale. Ce qui lui attribue un rôle plus important que celui de simples intermédiaires. Ce nouveau rôle dévolu aux banquiers a donné lieu à une nouvelle intervention du législateur, puisque cette création de monnaie n'est pas sans danger, pour les autorités étatiques. Elle peut être elle-même fiduciaire⁵⁷⁸.

327. Si la banque multiplie l'ouverture de crédit et donne ainsi à ses clients le moyen de payer par chèque ou par virement, en multipliant les moyens de paiements il peut provoquer

⁵⁷⁵ C. Henry Moore, « *Les banques islamiques : Intermédiation politique et financière dans les pays arabes* », in *Les capitaux en Islam*, op. cit. p. 135. ; V. aussi S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, op. cit. p. 21.

⁵⁷⁶ M. Moate, *La création d'un droit bancaire islamique*, op. cit. p. 151, « l'auteur cite les différents moyens de paiement dont les cartes de crédit » ; V. aussi Mohammad Salim Wehbe, « *Banque islamique, Intégration et problématique* », in *The certified accountant 2 nd Quarter 2006*, p. 88 (document en Arabe)

⁵⁷⁷ A. Abi Haidar, *La banque islamique : Essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, Thèse, Paris II 1991, p. 117.

⁵⁷⁸ *Ibid.* p. 208.

l'inflation. Le contrôle des banques par l'intervention du législateur était nécessaire pour prévenir l'inflation⁵⁷⁹. Si nous nous plaçons sur le champ des banques islamiques nous voyons que tous les fonds collectés par ces dernières qui constituent la base de leurs investissements, sont utilisés dans les financements directs ou dans le commerce⁵⁸⁰. En insistant sur leur mode de fonctionnement classique, nous avons vite réalisé que ces banques n'étaient pas en mesure de pratiquer de telles opérations. Autrement dit, elles étaient incapables de consentir des prêts à partir des sommes collectées.

328. Leurs opérations étant effectuées sous forme liquide, ce qui fait qu'il y a donc pas de création monétaire. Toutefois, par le mécanisme des instruments de paiement et des produits modernes qu'elle a mis sur le marché pour concurrencer le système classique, elle s'éloigne un peu de ses fondements religieux avec l'instauration des instruments de crédit. Malgré sa reconnaissance du fait que les banques islamiques reçoivent des fonds du public. Il reste à savoir si la restitution de ces fonds est garantie par le système islamique (a), avant de voir la qualité de mandataire du banquier islamique (b).

a) L'obligation de restitution dans les banques islamiques

329. Parmi les critiques les plus virulentes que les adversaires des banques islamiques leur reprochent, se trouve le fait que ce système n'arrive pas à garantir le dépôt de ses clients⁵⁸¹. Cette idée a été évoquée lors de la première demande d'agrément pour l'instauration des banques islamiques en Angleterre⁵⁸². Cette demande fut rejetée au motif que ce système basé sur les règles religieuses ne serait pas en mesure de respecter les règles régissant la fonction et l'organisation du secteur bancaire en Angleterre⁵⁸³.

330. Dans le système classique sont réglementés d'un côté la rémunération des dépôts mais aussi la restitution des fonds. Le système islamique ne serait pas en mesure de répondre à ces deux impératifs. Comme nous le savons ce système bannit la rémunération des opérations par le fait de l'écoulement du temps, ce qui fait que c'est le principe de partage des profits et des pertes qui substitue au mécanisme de l'intérêt. Le fait pour le déposant de recevoir moins que

⁵⁷⁹ M. Salim Wehbe, « Banque islamique, Intégration et problématique », in *The certified accountant* 2nd Quarter 2006, p.86 (*document en Arabe*)

⁵⁸⁰ H. Al Gabid, *Les banques islamiques*, op. cit. p. 48 ;

⁵⁸¹ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, éd. d'Organisation, 2003, p. 196, « collecte des dépôts »

⁵⁸² Le texte est disponible sur : <http://www.fsa.gov.uk>.

⁵⁸³ M. AINLEY, « Banque islamique au Royaume –Uni, La FSA est prête à suivre les évolutions du marché » in *La finance islamique en Europe* Revue banque n°696 nov. 2007, p.33.

la somme qu'il avait déposé auprès de sa banque, constitue une violation de l'obligation de restitution du banquier et pourtant c'est sur cette base que le système des banques islamiques fonctionne. Pourtant, c'est sur ce principe que se sont fondés les américains pour donner aux banques islamiques une fonction de banque⁵⁸⁴.

331. En droit français, le contrat de dépôt se caractérise par le droit du déposant au complet remboursement de l'argent perçu par la banque⁵⁸⁵. L'article 2 de la loi bancaire française qualifie cet argent de fonds reçu du public : « *Sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer ...* »⁵⁸⁶. Cet article pose l'obligation de restitution des fonds comme un corollaire de l'opération de dépôt. Du moment que le banquier, dans le système islamique ne respecte pas une telle obligation. Peut-il prétendre avoir une qualité de mandataire spécial chargé d'affecter les fonds à un certain emploi pour le compte de son client et un abus de confiance ne peut-il pas être évoqué si le banquier venait à détourner les fonds?

332. Dans le système islamique, le déposant accepte d'être rémunéré selon le principe de partage des profits et des pertes. Ce dernier ne garantissant pas la restitution des fonds déposés, car dans la conception islamique les acteurs d'une opération doivent partager les risques ce qui diffère du système occidental. Cette remise de fonds peut être faite pour une destination spéciale⁵⁸⁷. Cette affectation spéciale des fonds ne dénature-t-elle pas la qualité du banquier comme dépositaire suite à ce contrat de dépôt. Qu'en est-il de la qualité de mandataire du banquier ?

b) Le banquier islamique, mandataire tenu à des obligations professionnelles

333. Le mandataire dans le système occidental est soumis à une double obligation et à défaut de les respecter il engage sa responsabilité⁵⁸⁸. Dans un premier temps il a une obligation d'exécuter le mandat, obligation qualifiée de moyen exercée par un mandataire salarié. Il est tenu à la diligence d'un bon père de famille. La seconde obligation, consistant à rendre compte

⁵⁸⁴ G. Naulleau, « *Le système financier islamique développement et perspectives* », École supérieure de commerce de Paris, *document de travail*, n° 80-86 p. 35.

⁵⁸⁵ P. Henry Antonmattei, J. Raynard, *Droit Civil : Contrat spéciaux, Litec*, Paris 2008, pp. 394 et s.

⁵⁸⁶ Cf. J. Stoufflet, « La loi bancaire du 24 janvier 1984 », *JGP. G.* 1985, n° 3476

⁵⁸⁷ Dans le cadre d'acquiescement de la *zakat* que le banquier islamique chargerait d'exécuter pour son client.

⁵⁸⁸ F. Dekeuwer-Défossez, S. Moreil, *Droit bancaire, op. cit.* p. 74.

de l'accomplissement de sa mission. Analysée, selon certains auteurs, comme une obligation de résultat⁵⁸⁹. Ce qui peut changer la nature de cette opération dans le cadre du fonctionnement de la banque islamique.

334. Il faut se garder à de confondre l'obligation de résultat, où la faute du débiteur est présumée dès lors que le résultat n'est pas atteint, avec l'obligation de rendre compte du résultat de l'opération effectuées par le mandataire .Celle-ci existe même si le mandataire n'est tenu qu'à une obligation de moyen⁵⁹⁰. Cette obligation de moyen reste à discuter, car le banquier qui est un professionnel et qui doit être en mesure de déployer tous les moyens possibles pour mener à bien ces opérations de crédit⁵⁹¹ devrait plutôt être tenu à une obligation de résultat, qui permettrait d'assurer une protection plus efficace du déposant.

Cette argumentation basée sur le non garantie de restitution des dépôts d'investissement dans son intégralité ne saurait être fondé, du moment qu'il ne vise pas en réalité, un dépôt classique mais un véritable placement. Cette forme de dépôt qualifiée en droit musulman de prêt *qard hassan*, impose à emprunteur l'obligation de rembourser les fonds déposés dans ce compte.

335. Les détracteurs du système bancaire ne se limitent pas là, mais sont allés plus loin en reprochant aux banques islamiques de ne pas rémunérer les fonds déposés. Cette idée ne peut pas constituer une argumentation solide car la rémunération des comptes à vue a été interdite dans beaucoup de pays et le conseil de crédit l'avait également interdit⁵⁹². Cette position française étant isolée dans l'espace européenne, ce qui a permis la saisine de la CJCE d'une question préjudicielle, et la Cour a confirmé que cette interdiction est contraire au droit communautaire⁵⁹³.

336. C'est sur l'ensemble de ces points que le système bancaire islamique est critiqué et qualifié du même coup comme des associations ou des entreprises à but non lucratif ou des

⁵⁸⁹ P. Henry Antonmattei , J. Raynard, *Droit Civil : Contrat spéciaux*, Litec, Paris 2008, p. 395

⁵⁹⁰ La jurisprudence exige l'existence d'une faute pour engager la responsabilité , ce qui nous fait penser qu'il s'agit d'une obligation de faire, Civ. 1, 16 mai 2006, Bull. Civ., I, n° 241, Dalloz 2006 IR 1564

⁵⁹¹ H. Bogler, *Le banquier mandataire ? Les mandats visant à réaliser un mouvement de fonds*, thèse Nice 1992, pp. 12 et s.

⁵⁹² Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire, op. cit.* p. 238, selon l'auteur la rémunération du dépôt à vue était interdite sous certaines exception tenant en compte la durée et le montant : cf. Chambre Civ , 28 juin 1967, *Revue banque* 1974, p. 422

⁵⁹³ CJCE, 5 oct. 2004, Dalloz 2005, 370 note Boujeka; un arrêt du 8 mars 2005 est venu confirmer la suppression de cette interdiction en interne. Cf. F. Dekeuwer-Défossez, S. Moreil, *Droit bancaire*, Dalloz, 2010, p. 21.

œuvres de bienfaisance⁵⁹⁴. Malgré toutes ces attaques plus ou moins fondées, il est à noter et à montrer que le système de la banque islamique peut très bien être qualifié de banque.

II. La reconnaissance de la qualité de banque : la banque islamique, un établissement bancaire

337. Tous les détracteurs du système islamique se sont focalisés sur les opérations où les activités bancaires pour qualifier cette institution de société d'investissements, ou d'association à but lucratives⁵⁹⁵, tout sauf des banques au sens de la loi du 24 janvier 1984. Pour éviter de faire des confusions ou de donner de fausses qualifications ou dénominations. Il s'avère nécessaire voire indispensable de définir cette notion de banque afin de voir réellement son véritable sens. Toutefois une définition précise unique de la notion de banque n'est pas chose facile⁵⁹⁶. Une définition large de ce concept qui engloberait tous les secteurs qui touchent sont activité, le droit, l'économie, serait plus facile à trouver. Ainsi nous allons aborder la notion de banque (A), avant de voir les conditions d'agrément bancaire (B).

A). La notion de banque

338. L'histoire de la banque, bien que très riche n'ait pas dégagé une notion simple. L'activité bancaire ayant été le plus souvent liée à d'autres activités, comme l'assurance ou les sociétés de location financière. Pourtant le prêtre banquier de l'antiquité recevait surtout des dépôts, les institutions charitables de droit public du moyen âge consentaient des crédits. Les grands monastères finançaient les croisades, comme les grands banquiers du XVI^e siècle finançaient les guerres. Les notions de dépôts et de crédit pouvaient apparaître ainsi comme des données constantes⁵⁹⁷. Mais des données analytiques et fonctionnelles, dégagées de leur cadre structurel historique et de leurs manifestations publiques⁵⁹⁸ pourraient nous permettre de la définir avec exactitude.

⁵⁹⁴ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, Ed. d'Organisation, 2003, p. 59, « Les banques islamique sont des mutuelles selon l'auteur »

⁵⁹⁵ *Idem.* p. 59.

⁵⁹⁶ S. Chamas, *L'Etat et les systèmes bancaires contemporains*, Sirey, 1965, pp. 41 et s.

⁵⁹⁷ A. Abi Haidar, *La banque islamique : Essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, Thèse soutenue à Paris 2, en 1991, p. 263.

⁵⁹⁸ A. Toussi, *Le taux d'intérêt dans le système financier islamique*, *op.cit.* p. 12.

339. Le vocable de banque en apparence clair, recouvre en pratique de réalités économiques fortes différentes. La conférence internationale de Genève sur le droit des chèques de 1931 n'a pas réussi à formuler une définition de la banque⁵⁹⁹. Les discussions engagées depuis 1965 à Bruxelles pour l'harmonisation des législations bancaires suffiraient à montrer qu'il s'agit là d'un concept à contenu très variable selon les pays⁶⁰⁰. Cette difficulté de définir la banque réside dans la variété des activités des banquiers. La diversité des modèles bancaires et aussi dans la richesse des établissements appelés banque. De plus, la notion de banque a évolué dans le passé. ce métier qui remonte à une tradition séculaire ayant été le plus souvent confondu avec d'autres dont il était généralement l'accessoire, comme les établissements ou des personnes qui s'occupaient du change des monnaies, des consignes, *etc*⁶⁰¹. Ces divergences et amalgames de la notion de banque ont poussé certains auteurs à penser que rien n'est plus dangereux que l'emploi des termes banque et banquier, foncièrement amphibologiques⁶⁰².

340. Malgré son universalité, qui est remise en cause dans le projet de réforme faire en cours dans l'hémicycle, réclamant la séparation entre l'activité de prêt et celle spéculative⁶⁰³. le terme de *banque* ne paraît pas répondre chez ceux qui l'emploient à une claire vision de la notion qu'il recouvre. Comme nous allons déjà vu, pour exprimer l'idée que le banquier est celui qui se livre à des opérations de banque. Cette difficulté se manifeste par l'opposition qu'il y a entre la conception doctrinale (1) et la conception législative (2) qui est le fruit d'une longue évolution historique.

1) La définition doctrinale

341. Du point de vue étymologique, le mot banque vient de l'italien *banca ou banco*, qui signifie probablement banc désignant le changeur, à cause du banc dont il se servait à

⁵⁹⁹ A. Abi Haidar, *La banque islamique : Essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, Thèse, Paris II. 1991, p. 369.

⁶⁰⁰ Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 8^e éd. Litec 2010, n° 51, p. 71.

⁶⁰¹ Cf. F. Dekeuwer-Défossez, *Droit bancaire*, *op. cit.* p. 1.

⁶⁰² Cf. A. Abi Haidar, *La banque islamique : Essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, Thèse soutenue à Paris 2, en 1991, p. 231.

⁶⁰³ G. Raveaud, « Loi bancaire : Les contribuables ne doivent pas payer pour la finance », *L'économie politique*, février 2013, disponible <http://alternatives-economiques.fr/blogs/raveaud/2013/02/15/loi-bancaire-les-contribuables-ne-doivent-pas-payer-pour-la-finance/>

l'origine. Comme beaucoup d'autres marchands, qui faisaient le commerce de l'argent. La conception de cette notion de banque aujourd'hui demeure totalement opposée à celle qu'on lui attribuait jadis. La doctrine a forcé son propre modèle. Certains, comme M. J. Hamel avait déclaré qu'il était impossible de définir le mot banque « ... tant sont multiples et diverses les formes que peut revêtir l'activité des banquiers... » Qu'il est assez aisé de mettre dans une classe à part celles qui constituent vraiment des opérations de banque ». La loi bancaire du 24 janvier 1984, les avait regroupés en trois grandes catégories⁶⁰⁴ :

Le commerce de l'argent, la création et la distribution du crédit à court terme ; la participation du crédit à long terme.

342. Pour d'autres auteurs, comme Monsieur, P. L. Reynaud, « la banque... est un établissement qui a acheté le droit de disposer de l'épargne et des capitaux monétaires d'un ensemble économique⁶⁰⁵ ». Comme la plupart des auteurs Monsieur, Reynaud met l'accent sur une opération particulière qui lui semble la plus importante. C'est ce qui a permis à un auteur comme F. Baudhuin: de dire que « ... les banques sont les agents du crédit, elles créent, elles distribuent, elles gèrent ce dernier, leur métier est de faire le commerce de l'argent en général⁶⁰⁶ ».

Cet auteur sera rejoint par Monsieur Courcelle- Seneuil qui dégage comme but du commerce des banques. Cela sous un angle beaucoup plus détaillé, le fait de régulariser et d'équilibrer en quelque sorte dans le monde commercial et dans chacune de ses parties, sur chacun de ses marchés⁶⁰⁷. La banque, dit Raphaël Georges Levy, est cette branche de l'activité économique qui a pour objet de commerce des capitaux indispensables aux autres négoce. Elle constitue, dans son ensemble, le réservoir où viennent puiser toutes les entreprises. Sa mission consiste d'une part à recueillir les sommes disponibles qui cherchent un emploi fructueux, d'autre part, à mettre ces sommes en valeur en les faisant servir au commerce, à la finance, à l'industrie, dans les formes et les applications les plus diverses⁶⁰⁸.

⁶⁰⁴ Cf. l'article L.311-1, du Code Monétaire et Financier ; V. aussi, J. Hamel, *Banque et opérations de banque*, Paris, 1933, Tome I, pp. 1 et s.

⁶⁰⁵ J. J. Burgard, Charles Cornu et Olivier Robert de Massy, *La banque en France*, Presse de sciences politiques et Dalloz, Paris 1995, pp. 18-19.

⁶⁰⁶ Un commerçant qui stipule sur la monnaie et les crédits, Cf. Ripert et Roblot, *Traité de Droit commercial Tome 2, Effet de commerce Banque Bourse contrats commerciaux procédures collectives*, 16^e éd. 2000, Paris.

⁶⁰⁷ Droit commercial, Ed. Francis Lefebvre, 2010, pp. 40019 et s.

⁶⁰⁸ P. Caboue, *Banque et problèmes bancaires*, op. cit. pp. 4 et s

Quant à M. Colson, il s'exprime ainsi: « ... les banquiers sont des négociants dont la fonction propre est de servir d'intermédiaires dans les opérations de crédit. Ils reçoivent, à titre de prêt ou de crédit ou de dépôt, les fonds dont leur propriétaires n'ont pas l'emploi, puis les mettent à la disposition des personnes qui en manquent »⁶⁰⁹. Pour Monsieur, Caboue, les fonctions principales des banques sont les trois suivantes:

1. Elles prêtent des capitaux, elles font des opérations de crédits ;
2. Elles transportent des capitaux d'une place à l'autre et ainsi elles agissent comme transporteurs ou marchands ;
3. Elles reçoivent des fonds en dépôt, en encaissent, en compensent, en virent, elles remplissent en ce cas le rôle de comptables ou de caissiers ;

343. Ces définitions prennent en compte les opérations de banques pour donner une qualification de banque. C'est ce qui fait qu'elles sont toutes incomplètes, même si elles ont bien détaillées les opérations de banques. Chaque auteur essaie de focaliser sur une fonction qui lui semble la plus importante pour donner sa définition. Pour la majorité de la doctrine, la profession de banque consiste à un commerce d'argent, en ce que la banque collecte des fonds du public sous forme de dépôt ou d'emprunt pour les affecter à des opérations de crédit ou de placement⁶¹⁰. Ce sont ces définitions ébauchées par la doctrine qui semblent influencer les législateurs français.

2). La conception légale de la notion de banque

344. Une définition légale n'est pas toujours une définition complète ou scientifique. C'est souvent une définition utilitaire, pour les besoins de l'application d'une loi. Comme l'indique M. Chamas: « ... les différentes définitions contiennent toujours un essai d'analyse plus ou moins poussée, mais dans le caractère incomplet et essentiellement pratique avoué par le législateur par voie de référence à une formalité administrative supplémentaire ⁶¹¹ ». Certaines législations comme celle de la France tentait d'améliorer la définition de la banque en précisant ce qu'il convient d'entendre par opération de banque, un peu comme le commerçant

⁶⁰⁹ C. Colson, *Cours d'économie politique*, Paris, 1920, Livre IV, p. 100, cité par A. Abi Haidar, *op.cit.* p. 401.

⁶¹⁰ R. Henrion, « Financiers et banquiers, essai d'une définition », *Revue Banque*, 1959, p. 501.

⁶¹¹ S. Chamas, *L'Etat et les systèmes bancaires contemporains*, *op. cit.*, p. 43

est quelquefois défini par référence à une activité commerciale. Certains veulent définir cette profession en revenant sur les activités et les opérations bancaires avec beaucoup plus de détail : réception de fonds, octroi de crédit, opérations de change, de titre, de cautionnement. Cela donne cette définition « ... par banque il faut entendre des sociétés par actions qui exercent des activités de banque. Il faut entendre par cela l'exercice de fonctions touchant aux transactions relatives à l'argent, au crédit et aux valeurs mobilières ainsi que les prestations des services afférents à celles-ci. Les banques ne peuvent exercer d'activités d'autre nature, contrairement aux établissements de crédit...⁶¹² ».

345. Une troisième tendance vient s'aligner sur les précédentes mais avec un fait nouveau. Même si cette conception nouvelle tient compte des opérations de dépôt et de crédit qu'elle considère comme les éléments fondant l'activité. Elle y ajoute la durée de ces opérations qui distingue les banques des établissements d'investissements par le fait que seules les banques acceptent les dépôts à vue ou à courte échéance. C'est le cas de la loi Belge qui a institué une notion étroite de la notion de banque. « *Les entreprises qui reçoivent habituellement des dépôts de fonds remboursables à vue ou à terme n'excédant pas deux ans, aux fins de les utiliser pour leur propre compte, à des opérations de banque de crédit ou de placement...* ».

La définition n'est pas facile non seulement par la multiplicité des établissements de banque et la variété de leur opérations, mais aussi par le fait que ces législateurs veulent restreindre cette profession ce qui pose un problème de définition. En effet si nous adoptons une définition trop précise, sa lourdeur empêchera son application et, à l'inverse si nous optons pour une définition concise cela va atténuer la précision. Nous avons jugé utile d'étudier d'une manière beaucoup plus ample la législation française. Certes par souci de commodité mais aussi pour voir si la banque islamique peut partager les mêmes valeurs juridiques que les établissements bancaires français. les conditions requises pour prétendre à la qualification de banque en France (a), puis l'implantation d'une banque islamique en France (b).

a) Les conditions requises pour prétendre à la qualification de banque en France

346. Avant de traiter les critères permettant en droit français de qualifier un établissement de banque il s'avère nécessaire de retracer l'évolution de la législation française sur la loi

⁶¹² *Idem.*

bancaire. Ce qui permet d'établir avec précision l'ensemble des critères requis par le législateur pour une banque en France.

• **La banque sous la loi du 13 juin 1941**⁶¹³

347. La profession de banque était soumise autrefois aux dispositions du Code commerce⁶¹⁴. C'était une profession commerciale librement exercée, dans un pays où l'économie obéit aux seules règles du capitalisme libéral. Ce qui faisait que l'État respectait le caractère privé de toute l'organisation bancaire, mais ce secteur était aussi bien protégé puisque toute immixtion était prohibée par l'État. Ces règles permettaient de protéger les déposants de la politique qui préside à la distribution de crédit. Dans ce cadre le législateur ne sentait pas la volonté de définir la notion de banque. Cette nécessité s'est manifestée lorsque le législateur a constaté qu'il avait une augmentation des banques et des institutions qui lui ressemblaient sans pour autant être des banques. Ainsi par une loi du 13 juin 1930 est interdit l'exercice de la profession de banquier aux personnes indignes de l'exercer. Le législateur n'a défini cette profession que par une pétition de principe à l'exemple du Code de commerce, c'est à dire en se référant aux opérations de bancaires comme le Code de commerce se réfère aux actes de commerce pour qualifier les commerçants⁶¹⁵.

348. Il faudra attendre 1941 sous la pression de la doctrine, comme MM. Ripert, Escara qui réclame l'intervention du législateur dans le domaine bancaire, pour préciser au moins la notion juridique de la banque ou de banquier afin d'empêcher toute confusion fâcheuse dans l'esprit du public⁶¹⁶. Ainsi une loi du 13 juin 1941, puis la loi du 2 décembre 1945 nationalisant la banque de France et certaines grandes banques ont mis en place les premiers organismes permettant aux pouvoirs publics de diriger le crédit⁶¹⁷. C'est l'article 1er de cette loi qui considère comme banque: « Les entreprises ou établissements qui font profession habituelle de recevoir du public, sous forme de dépôt ou autrement, des fonds qu'ils emploient

⁶¹³ Cette loi a été posée sous le régime de Vichy, elle fut validée après modification opérée par la loi du 2 décembre 1945

⁶¹⁴ J. J. Burgard, Ch. Cornu et O. Robert de Massy, *La banque en France*, Presse de sciences politiques et Dalloz, Paris 1995, p. 47.

⁶¹⁵ Art. 110-1 du Code de commerce.

⁶¹⁶ S. Piedelièvre, *Droit bancaire*, op. cit. p. 26., cette réforme était à l'origine de la crise économique des années 30.

⁶¹⁷ J. J. Burgard, Ch. Cornu et O. Robert de Massy, *La banque en France*, op.cit. p. 37. ; V. aussi, Gaveau, *L'organisation professionnelle des banques..*, thèse Aix en Provence, 1973, pp. 8 et s.

pour leur propre compte, en opérations d'escompte, en opération de crédit ou opération financières⁶¹⁸ ». Dans cette définition nous observons quatre critères de la notion de banque:

1. La nécessité pour la banque d'être une entreprise ;
2. La réception de fonds du public ;
3. L'affectation des fonds ainsi reçus pour son propre compte en opérations déterminées.
4. Le déroulement de cette activité dans le cadre professionnel⁶¹⁹.

349. La fonction de la banque selon cette loi consiste à octroyer du crédit au sens le plus large du terme à l'aide de fonds reçus du public, les deux opérations d'octroi de crédit et de réception de fonds étant directement liées. Là se trouve la fonction propre de la banque. Celle que la loi de 1941 propose de surveiller, de diriger et de protéger. Le législateur ne se limite pas là, l'exigence d'être inscrite dans des listes officielles tenues par le conseil national de crédit⁶²⁰ était aussi une condition requise.

• La loi bancaire du 2 décembre 1945

350. Cette loi avait consacré essentiellement le principe de la spécialisation des banques en fonction de leurs ressources et des opérations auxquelles elles pouvaient se livrer. Elle répartit la fonction de banque à des établissements bien déterminés. Trois catégories de banques ont été instaurées par cette loi.

1. Les banques de dépôts qui avaient pour activité essentielle la réception de dépôts à vue et à moins de deux ans et la délivrance des crédits⁶²¹.
2. Les banques d'affaires qui avaient comme activité principale l'octroi de crédit, la prise et la gestion de participation dans les banques d'affaires existantes ou en formation. Elles étaient censées jouer un rôle important en matière de participation: cette activité est considérée par la loi comme principale.
3. Les banques de crédit à long et moyen terme qui avaient pour mission l'ouverture des crédits dont le terme était au moins égal à deux ans.

⁶¹⁸ M. Vasseur, *L'État, banquier d'affaire*, Dalloz, Paris, 1962, p. 197.

⁶¹⁹ Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *op. cit.*, pp. 72 à 78, n°52 et s.

⁶²⁰ J. J. Burgard, Ch. Cornut et O. Robert de Massy, *La banque en France, op.cit.* p. 47.

⁶²¹ Les banques de dépôt disposaient à cet égard d'un monopole, art. 3 de cette loi du 13 juin 1941

Même si la distinction en fonction de leur activité n'était pas chose difficile cependant la définition de ces banques reste toujours difficile. Quoi qu'il en soit, ces trois banques sont des banques, spécialisées. C'est à dire des banques auxquelles la loi impose des règles restrictives de fonctionnement⁶²². Ce système spécialisé ne dura pas longtemps, car cela paraît contraire au développement historique de la plupart des règles de ce système bancaire⁶²³.

351. Donc il faudra attendre la réforme de 1966 pour faire tomber le cloisonnement tripartite traditionnel. En effet, deux décrets du 25 janvier et du 23 décembre 1966 ont supprimé certaines particularités des banques d'affaires et des banques de dépôts. L'objectif du législateur était de rapprocher toutes ces tendances dans un même et unique environnement. Cette loi de 1966 restera à jamais gravée dans les mémoires, car elle avait donné naissance à la banque universelle à vocation générale. Cette uniformisation des banques sera complétée par une loi du 24 janvier 1984, qui a parachevé l'évolution historique retracée ci-dessus, tendant à l'atténuation des différences entre les catégories des banques⁶²⁴.

352. Le projet de loi en cours, pour la réforme du système bancaire, semble mettre en avant la séparation des activités bancaires et spéculatives.

• **La loi bancaire de 1984 : La banque à vocation universelle**

353. Cette loi avait pour unique mission d'instaurer un régime juridique régissant l'ensemble des banques françaises. Tous les établissements de crédit, le crédit agricole, le crédit mutuel, les banques populaires, le crédit coopératif, les caisses d'épargne et toutes les autres entreprises de ce secteur⁶²⁵. Cela a fait naître une nouvelle conception de la banque.

Une banque universelle partageant des règles communes, mettant fin à toute distinction entre banques de dépôt et banques d'affaires, entreprises exerçant à titre habituel avec leurs propres fonds. Seul figure dans cette nouvelle loi le terme générique de banque. Dans la loi bancaire de 1984 le législateur n'avait pas défini la notion de banque mais plutôt celle des établissements de crédit. En effet ce terme générique englobe beaucoup plus d'entreprises que

⁶²² Les établissements autorisés à recevoir des dépôts à vue et court terme, comme les banques mutualistes ou coopératives ; Crédit agricole mutuel ; Le groupe banque populaire ; le crédit mutuel ; le crédit coopératif ; Les caisses d'épargne et de prévoyance « Ecureuil » ; les crédits municipaux. Cf. J. J. Burgard, *La banque en France*, op. cit. pp. 78 et s.

⁶²³ S. Chamas, *L'Etat et les systèmes bancaires contemporains op. cit.* p. 160.

⁶²⁴ La nouvelle loi bancaire : Ses aspects institutionnels, *Revue banque* mars 1984, n ° 437, p. 275.

⁶²⁵ J. F. Ehrlich, *La réforme bancaire*, la vie judiciaire du 26 mars au 1 avril 1984, p. 1

la loi des 13 et 14 juin 1941. Le législateur de 1984 a utilisé ce terme sans en délimiter les contours et cela dans le souci de s'aligner sur le droit communautaire. La directive du conseil des communautés européennes du 12 décembre 1977 à laquelle fait songer l'emploi du terme, définit dans son article 1er l'établissement de crédit comme « *une entreprise dont l'activité consiste à recevoir du public des dépôts ou d'autres fonds remboursables et à octroyer des crédits pour son propre compte* ». La loi de 1984 définit les établissements de crédit en tenant compte de leur fonction économique et non plus juridique comme « Selon la nouvelle lecture de l'article L.511-1 du Code monétaire et financier issue de l'ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013, D. actualité 1 juillet 2013, note de X. Delpech, « *les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituel, à recevoir des fonds remboursables du public (..) et à octroyer des crédits (...).* quant aux sociétés de financement, ce 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 ». ⁶²⁶» lesquelles comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que la mise à la disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement.

354. Il apparaît que le droit français a une conception très extensive du terme établissement de crédit, mais il est, au regard du droit français, incorrect, puisqu'il désigne dans un langage juridique précis les entreprises à succursales multiples travaillant à l'échelon national⁶²⁷. L'article L. 511-6 du Code monétaire et financier poursuit sa politique et énonce que les établissements de crédit sont agréés en qualité de banque, banques mutualistes ou coopératives, caisses d'épargne et de prévoyance, caisse de crédit municipal, sociétés financières et les institutions financières spécialisées.

355. Aujourd'hui les sociétés de financements spécialisés notamment les factors doivent choisir entre deux statuts, soit celui d'un établissement de crédit, soit celui d'une société de financement. Ce bouleversement du régime juridique de ces établissements fait suite à l'intervention du législateur français par une ordonnance du 27 juin 2013, n° 2013-544 afin d'harmoniser les conditions imposées dans la communauté. La définition d'un établissement de crédit dans la communauté pose deux conditions : consentir des crédits et recevoir des

⁶²⁶ L. 511-1 du Code monétaire et financier.

⁶²⁷ Cf. J. Stoufflet, « La loi bancaire du 24 janvier 1984 », *J.G.P (G.)*, 1985, I, 3176.

dépôts, alors qu'en France la définition donnée à l'article L. 511-1 est plus large⁶²⁸. C'est ainsi par une ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 relative aux établissements de crédit et aux sociétés de financement, le régulateur français a créé un nouveau statut de société de financement, soumis à une réglementation nationale qui reste très proche de celle déjà en vigueur⁶²⁹. Les établissements spécialisés désireux d'accéder sur le marché européen via le passeport européen doivent changer leur statut. Les sociétés islamiques spécialisées dans la vente des sukuk peuvent être intéressées par ce nouveau statut. De même la loi distingue dans les opérations de banque celles qui ont été dévolues aux établissements de crédit et aux autres banques. Les banques qui sont inscrites au conseil national du crédit ou qui font partie de l'association française des banques peuvent effectuer toutes les opérations de banque. Mais aussi l'ensemble d'opérations connexes à leur activité, prendre et détenir des participations dans les conditions définies par le comité de réglementation bancaire⁶³⁰.

356. La banque à tout faire a enfin vu le jour. Cette banque universelle peut exercer toutes les activités que pouvaient exercer antérieurement les banques de dépôts et d'affaires⁶³¹.

En fait, la loi de 1984 n'abandonne pas les critères anciens, elle se base sur deux éléments qui se rapportent d'un côté à la nature et de l'autre côté à l'origine pour qualifier une banque. Cette universalisation ne se limite pas aux seules banques, car les opérations que certaines banques pratiquaient jadis sont élargies dans le cadre de la loi de 1984. En guise d'exemple l'article 3 de cette loi ne procède pas à une énumération, ce qui lui permet de couvrir toutes les techniques de crédit connues⁶³². Nous passons d'une spécialisation de l'activité bancaire à une universalisation.

357. Cette évolution n'a pas totalement changé les activités des banques car certaines activités comme la fonction intermédiaire : dans ces cas elles n'agissent que pour leur propre

⁶²⁸ Selon la nouvelle lecture de l'article L.511-1 du Code monétaire et financier issue de l'ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013, D. actualité 1 juillet 2013, note de X. Delpech, « *les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituel, à recevoir des fonds remboursables du public (...) et à octroyer des crédits (...)*. quant aux sociétés de financement, ce 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 ».

⁶²⁹ Ph.Lepoutre « Crédit aux entreprises, l'affacturage est la seconde source de financement court terme des entreprises », Revue Banque, n° 753 sept. 2013, pp. 60 et s.

⁶³⁰ Les articles, 18 al 2, 5 et 6 de la loi de 1984.

⁶³¹ J. L. Rives -Langes, M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Dalloz 1986, pp. 15 et s.

⁶³² M. Vasseur, *Droit et économie bancaire, 1985-1986, op. cit. p. 73.*

compte, mais elles ont un rôle de mandataire et de courrier entre les apporteurs de capitaux et les demandeurs de capitaux. Ce rôle de ces banques rappelle celui des banques islamiques. Cette loi ne limite plus la mission des banques comme celle de dispensateur de crédit. Même si celle-ci n'a pas totalement disparue, elle a été assouplie ou atténuée et un nouveau rôle d'intermédiaire- négociant et de partenaire actif a vu le jour. Cette nouvelle fonction de la banque suite à la loi bancaire de 1984, ne rapproche-t-elle pas les banques islamiques des dites occidentales? La réponse à une telle question nous permet de dire si réellement les banques islamiques sont des banques au sens occidental du terme. Pour ce faire nous allons appliquer les critères déjà examinés dans le système islamique.

b) L'implantation des critères d'une banque islamique dans le système français

358. Les banques islamiques et les banques occidentales sont différentes de par leurs philosophies et leurs fondements⁶³³. Les banques traditionnelles qui fonctionnent selon les principes de l'économie occidentale, n'étant pas toujours adaptées aux principes fondamentaux et à la moralité économique de l'Islam⁶³⁴. Malgré leur divergence du point de vue de leurs principes, ces deux catégories de banques se rapprochent au regard du fait qu'elles assurent les mêmes activités au sein de la société.

La finalité de ces banques ne se limite pas à effectuer une gamme d'opérations beaucoup plus variée. Elle ne peut se réduire à celles contenues dans la définition de la banque proprement dite.

359. La banque islamique se présente à la fois comme une entreprise bancaire, une société d'investissement, de gestion et comme une firme immobilières. Cette liste n'épuise pas la diversité de ses activités. Il faut évoquer la banque d'affaires, la banque de développement et les intermédiaires agréés sur le marché de change. Cette thèse selon laquelle la banque islamique n'est pas une banque, doit être utilisée avec parcimonie. Elle n'est pas fondée car elle ignore le rôle d'intermédiaire⁶³⁵ bancaire et financier que joue cette banque dans ses rapports avec les déposants et les entreprises. Il est erroné de défendre l'idée selon laquelle cette institution n'est pas une banque, car comme les banques classiques, elle ne procède par elle-même à l'emploi des fonds qui sont confiés par les déposants. Elle propose légitimement

⁶³³ E. Brack, « Banque et finance islamique en France », in *La finance islamique, l'autre finance*, op. cit. p. 125.

⁶³⁴ A. Toussi, *La banque dans le système bancaire islamique*, op.cit. p. 20.

⁶³⁵ S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2e éd. 2011, op.cit .p. 12.

de réaliser des profits, en application des principes éthiques et moraux⁶³⁶. Les détracteurs du système bancaire islamique avancent des arguments pertinents du point de vue économique, la non garantie de la rémunération et les prises de risque dans ces opérations, mais ces arguments n'ont pas de sens dans le cadre juridique et n'enlèvent en rien à la qualification de cette banque.

360. C'est ainsi que les autorités monétaires britanniques qui, après avoir refusé le statut juridique à ces banques islamiques et les avoir empêchées de s'établir à Londres en 1983, sont ensuite revenu sur leur décision en accordant à la société Al-baraka le statut de banque. Ce changement de position des autorités anglaises est intervenu à la suite de la promulgation en mai 1987 d'une nouvelle loi bancaire visant à se substituer à la loi bancaire de 1979 et qui abolit la distinction entre banques autorisées et établissements pouvant accepter des dépôts⁶³⁷.

La banque islamique est-elle vraiment une banque ou un établissement de crédit au regard de la loi bancaire de 1984?

• Banque islamique : Banque ou établissement de crédit

361. Une comparaison des activités entre les deux types de banques, nous montre que la banque islamique et les banques classiques se livrent à des activités semblables. La banque islamique occupe au sein des pays où elle est implantée les fonctions principales de banque. Avec un mode de fonctionnement, basé sur le principe du partage du profit et des pertes ne diminue en rien cette fonction. Même si elle joue un second rôle, qui est celui de participer à l'économie sociale, elle demeure une banque en dépit de toutes ces autres missions.

362. La qualité de banque selon la conception française, c'est à dire celle issue de la loi de 1984 se fixe sur trois missions que nous avons déjà évoquées. La banque islamique doit répondre à ces critères pour pouvoir prétendre à cette qualité au sein de la société française. Pour savoir si la banque islamique est une banque en sens occidental du terme, nous devons voir si elle joue cumulativement ces trois rôles dévolus aux banques classiques:

⁶³⁶ Cf. F. Guéranger, *La finance islamique, une illustration à la finance éthique*, op.cit. p. 56 ; G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, op.cit. p. 54.

⁶³⁷ Cf. *Rapport annuel* de la banque Al-baraka de Londres, 1988 ; V. aussi, M. Ainley, « Banque islamique au Royaume-Uni, La FSA est prête à suivre les évolutions du marché » in *La finance islamique en Europe Revue banque* n°696, nov. 2007, p. 37.

1 La banque islamique reçoit-elle des fonds du public au sens de l'article 2 de la loi de 1984?

2 La banque islamique réalise-t-elle des opérations de crédit au sens de l'article 3 de la loi de 1984, ou prend-elle des participations financières, selon l'article 6 de la loi bancaire?

3 La banque islamique assure-t-elle à sa clientèle un véritable service de caisse?

• La banque islamique et réception de fonds du public au sens de l'article 2 de la loi de 1984

363. Ce sont ces mêmes critères qui permettent aujourd'hui de définir la banque car ce sont eux qui figurent dans l'article L. 311 .1 du Code monétaire et financier. Il faut signaler aussi que le critère de réception de fonds est devenu un monopole des établissements de crédit avec la nouvelle lecture de l'article L. 511-1 qui distingue l'établissement de crédit et les sociétés de financement sur la base de la réception de fonds au public⁶³⁸.

À la question de savoir si les banques islamiques reçoivent des dépôts, il a déjà été établi et prouvé précédemment que les banques islamiques font profession habituelle de recevoir des fonds du public. Nous avons vu que la plupart des statuts des banques islamiques mentionnent cette opération fondamentale qui est à la base de leurs activités et mettent l'accent sur elle. L'article 2 de la loi bancaire donne une définition « *sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne a recueillis d'un tiers, notamment sous forme de dépôt, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer..* »⁶³⁹. L'adverbe *notamment* indique que le législateur de 1984 a voulu seulement énumérer la forme essentielle sous laquelle sont reçus les fonds. Cette expression est donc énonciative et non pas limitative et, par conséquent, la banque peut recevoir des fonds du public sous une autre forme que de dépôt. Peu importe que ces fonds proviennent d'un dépôt ou d'un prêt, qu'ils soient inscrits en compte courant ou versés à un compte-chèques, qu'ils soient remis à vue ou à terme. Même si la remise des fonds a lieu en vertu d'un acte qui n'est pas qualifié de

⁶³⁸ Selon la nouvelle lecture de l'article L.511-1 du Code monétaire et financier issue de l'ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013, D. actualité 1 juillet 2013, note de X. Delpech, « *les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituel, à recevoir des fonds remboursables du public (..) et à octroyer des crédits (...).* quant aux sociétés de financement, ce 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 ».

⁶³⁹ Article L. 312-2 du Code monétaire et financier

dépôt, la réception de ces fonds n'en demeure pas moins une opération de banque, sauf si, entre-temps, le dépositaire n'a pas le droit d'en disposer en attendant son affectation⁶⁴⁰.

364. Cette analyse conforte notre idée selon laquelle les fonds déposés dans les comptes d'investissements auprès des banques islamiques doivent être considérés comme des fonds reçus du public pour être affecter à une utilisation spéciale⁶⁴¹. Dans les banques islamiques les fonds reçus du public, sous forme de dépôt à vue ou les fonds en vue de placement, représentent la source principale de ces banques et sont parmi les plus importantes dans l'exercice de leurs activités courantes. Mais l'application du principe qui gouverne le système financier islamique nous pousse à nuancer le respect de l'obligation de restitution. Avec ce principe il peut arriver que le client touche moins que les fonds qu'il avait déposés, surtout en cas de perte⁶⁴². Il ne suffit pas qu'une banque reçoive des fonds du public pour avoir la qualification de banque, d'autres opérations sont requises pour prétendre à telle nomination.

• La banque islamique et opérations de crédit

365. La réception de fonds n'est pas la seule condition requise pour prétendre à la qualification de banque. Il faut, en plus réaliser des opérations de crédit, à l'aide de ces fonds reçus puisque, c'est le dépôt qui fait le crédit. 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 garantie⁶⁴³ ». Certaines opérations sont assorties d'actes correspondant à une opération de crédit-bail et de manière générale, à toute opération de location assortie d'une option d'achat. De la conjugaison de ces deux textes il résulte qu'est visée par la loi de 1984 de manière générale, toutes opérations même celles avec option d'achat⁶⁴⁴.

⁶⁴⁰ M. Vasseur, *op. cit.* p. 25.

⁶⁴¹ Ch. Galvada, J. Stoufflet, *Droit de la banque, op. cit.*, pp 78-79.

⁶⁴² M. Ainley, « Banque islamique au Royaume-Uni, la FSA est prête à suivre les évolutions du marché », *In Dossier la finance islamique en Europe, op cit* p. 34 « *l'Islamic Bank of Britain*, avait préconisé une solution qui est la suivante, pour les autorités juridique, les dépositaires ont le droit de récupérer la totalité de leur dépôt mais, dans l'hypothèse où ils souhaiteraient s'en remettre à la formule islamique de partage de risques, ils pourraient opter pour cette solution. Et dans ce domaine la FSA envisage traiter les dossiers au cas par cas.... »

⁶⁴³ Cf. l'article L. 311.1 du Code monétaire et financier.

⁶⁴⁴ V. l'article L. 313.1 du Code monétaire et financier, qui considère le crédit et la location avec option d'achats comme des opérations de crédit assimilées.

366. Certains affirment que contrairement aux banques classiques, les banques islamiques ne pratiquent pas d'opération crédit. Cette thèse n'est pas fondée, même si le système islamique ne pratique pas des opérations de crédit de la même manière que les banques classiques. Cela ne veut pas dire qu'elles n'effectuent pas des opérations de crédit, puisque les critères qui permettent de déterminer une opération de crédit au regard des dispositions du code monétaire et financier, sont relatifs au caractère onéreux. Les opérations, dans le système financier islamique remplissent bien cette condition, du moment qu'elles ne sont pas gratuites.

De plus l'article L. 311.1 du Code monétaire et financier ne pose pas de forme de rémunération spécifique⁶⁴⁵. Les banques islamiques se livrent à des opérations de crédit en respectant les règles de la charia ce qui renvoie à des prêts sans intérêt⁶⁴⁶ et à la garantie des projets de financements avec une participation passive ou active⁶⁴⁷. La banque islamique réalise aussi des opérations de crédit-bail ainsi que des opérations de location assorties d'une option d'achat⁶⁴⁸. Celles-ci sont considérées par la loi bancaire dans son article 3 al. 2 comme des opérations de crédit par assimilation. De plus, cette banque prend des engagements par signature comme le cautionnement et la lettre de garantie. Il y a là incontestablement des opérations de crédit. Au regard de cette définition de l'opération de crédit, l'acte constitutif est l'acte accompli à titre onéreux. Ainsi le versement d'une rémunération est déterminant de la qualification d'acte à titre onéreux. Est-ce à dire que le prêt sans intérêt octroyé par la banque islamique exclue cette qualification? Par ce mécanisme d'octroi de crédit par lequel la banque accorde des prêts sans intérêt pour certains de ses clients, la banque réalise-t-elle une opération de crédit? A défaut d'une rémunération cet acte ne sera plus considéré comme opération de crédit et, du coup, l'établissement ne sera pas considéré comme une banque.

367. Mais rappelons que les banques islamiques imposent des frais de commission ou frais de dossier, qui constituent des rémunérations qui donne à ces opérations un caractère onéreux malgré la faiblesse de ces frais et même si elles ne constituent pas les opérations principales, cela lui attribue une qualification de banque. De plus, avec l'application du principe de partage des pertes et des profits. L'opération ne sera plus gratuite par la naissance de cette contre partie, qui donne à l'opération son caractère onéreux. Et du coup elle rentre dans le champ

⁶⁴⁵ I. Cekici, « La prohibition de l'intérêt en droit musulman », *op. cit.* p. 16.

⁶⁴⁶ *Qard Hassan*, qui signifie prêt sans intérêt.

⁶⁴⁷ *Moudaraba et Moucharaka*

⁶⁴⁸ *Ijira*, qui ressemble à l'opération de crédit bail connue dans le droit français.

d'application des dispositions de la loi de 1984. Quant aux opérations financières il faut se référer aux participations financières dans les entreprises existantes ou à créer, en utilisant des techniques islamiques comme la *mudaraba* ou la *mucharaka*⁶⁴⁹.

• La banque islamique assure-t-elle à ses clients un véritable service de caisse?

368. Cette opération a été introduite par la loi bancaire du 24 janvier 1984. Elle est la conséquence de la première opération, celle qui consiste à la réception des fonds du public, qui est un des éléments essentiels pour qualifier l'opération de crédit⁶⁵⁰. Car dans le système islamique les dépôts effectués permettent à leur déposant de les utiliser auprès des tiers. Ces règlements peuvent se faire de divers moyens et notamment par virement bancaire. Certaines banques mettent à la disposition de leur client des chèques de voyage. C'est le cas de la banque internationale Al-baraka en Grande-Bretagne et Beit Attamouil Al-Saoud-Tounsi qui illustrent bien l'accomplissement complet de tous ces services importants⁶⁵¹. Pour compléter notre démonstration, il nous semble nécessaire de voir si la banque islamique est en mesure de créer de la monnaie à l'image des banques occidentales. Le décret du 15 juil. 2009⁶⁵² a remplacé les moyens de paiement et de crédit, les services bancaires de paiement⁶⁵³

• La banque islamique et la création de la monnaie scripturale

369. Après avoir démontré que la banque islamique, au même titre que les banques classiques, réceptionne des fonds du public. Il nous appartient de voir si la banque islamique crée de la monnaie⁶⁵⁴. Cette création de monnaie peut être analysée sur deux points de vue : D'une part, la banque islamique collecte des dépôts à vue et promet aux déposants un remboursement à tout moment. D'autre part, cette banque distribue des crédits à court terme à partir de ces dépôts. Ce critère permettant de qualifier la banque islamique de banque, a été démontré d'une manière beaucoup plus pratique en tenant compte de besoins quotidiens des

⁶⁴⁹ E. Jackson-Moore, *The international handbook of Islamic banking and finance*, Global professional publishing, 2009, p. 50.

⁶⁵⁰ J. J. Burgard, *La banque en France*, op.cit. p. 16.

⁶⁵¹ V. Nienhaus, « Accueil de la finance islamique, élément de comparaison entre le Royaume-Uni et l'Europe continentale », in *Pays arabes Europe quelles stratégies pour les banques ? Revue banque* juin 2011. p. 22.

⁶⁵² S. Piedelièvre, « Ordonnance du 15 juil. 2009, relative au service de paiement », Gal. Pal. 8 sept. 2009, p. 5.

⁶⁵³ Les services de paiement sont définis à l'article L. 314-1 du Code monétaire et financier,

⁶⁵⁴ V. Nienhaus, « Le contrôle bancaire et la politique des banques centrales : étude comparative », in *Les capitaux en Islam*, op .cit . p .166.

clients de cette banque. Examinons l'expérience de Baker El- Sadr, sur la question de la création de monnaie. Il illustre cette fonction de la banque par trois cas pratiques⁶⁵⁵.

370. Supposons que le montant des dépôts à vue soit égal à 1000 euros et deux personnes se présentent devant un conseiller de la banque islamique pour demander chacun un prêt de 1000 euros. Sachant que le déblocage des fonds pour les deux emprunteurs est échelonné dans le temps, le remboursement est fait à terme fixé. Dans telle hypothèse la banque islamique détient une créance de 2000 euros alors que son dépôt est égal à 1000 euros. Avec cette opération, la banque islamique, selon les prescriptions de la *Charià*, ne se trouve créancière que pour la portion du prêt versée effectivement, car le droit musulman classique exige le versement entre les mains du débiteur⁶⁵⁶.

Supposons que la banque islamique prête à un client 1000 euros, alors que le montant du dépôt étant évalué à 1000 euros et que ce même client rembourse ses dettes à l'égard d'une tierce personne avec ce prêt. Cette dernière dépose son argent dans le même compte de la banque. Si un autre client bénéficie d'un prêt équivalent à 1000 euros, la banque islamique aura une créance de 2000 euros à partir d'un dépôt initial de 1000 euros.

La mise à disposition de ce processus donne lieu aux fonctions habituelles de création de la monnaie scripturale et de dépôts réflexes. C'est à dire de crédit fait de dépôts. Il est clair que la banque islamique est devenue créancière de sommes qui dépassent largement ses dépôts réels, ce qui constitue une activité légale au regard du droit musulman si elle se trouve basée sur une opération légitime.

371. La création de monnaie par le crédit, si elle est concevable, n'a de sens et ne se constate matériellement que si l'on envisage l'ensemble du système bancaire⁶⁵⁷. Pour une banque déterminée comme la banque islamique elle n'est pas toujours évidente et ne peut, en conséquence, servir de critère à une définition juridique dont les termes ne doivent prêter aucune discussion⁶⁵⁸.

Ceci étant, la banque islamique peut développer son aptitude à la création de monnaie scripturale avec la généralisation des instruments de paiements et de crédit ou par virement

⁶⁵⁵ Cité par A. Abi Haidar, *op.cit.* p. 362.

⁶⁵⁶ N. Comair-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op.cit.* p. 52.

⁶⁵⁷ A. Abi Haidar, *L'essai d'intégration du modèle islamique dans un système de type occidental*, *op. cit.* p. 306.

⁶⁵⁸ A. Toussi, *La banque dans le système financier islamique*, *op.cit.* pp. 76 et 80.

de compte à compte, ce qui lui permettrait de dépasser les liquidités dont elle dispose, par jeu d'écriture. Bien sûr, dans le cadre de la réglementation bancaire. Cette création de monnaie se matérialise par le transfert de cette surliquidité qui fait sa raison d'être et qu'elle tente d'investir dans les banques qui respectent les règles religieuses.

372. N'appartenant pas à la même sphère juridique, les banques islamiques ne peuvent être traitées de la même manière que les banques occidentales. Elles peuvent être cependant des banques au même titre que les autres malgré le fait que leur fonctionnement est spécifique⁶⁵⁹ une fois procédé à des réformes liées à leur organisation et leur fonctionnement. Ce qui ne veut pas dire que les dispositions de l'article 311-1 du Code monétaire et financier ne, peuvent pas trouver sa résonance en droit musulman. Ce qui aura pour conséquence, la qualification des banques islamiques comme banques au sens des dispositions citées ci-dessus. La loi bancaire du 26 juillet 2013 relative à la séparation des activités bancaires va sans doute influencer les acteurs dans le processus d'implantation de cette finance en France.

• **La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013** relative à la « *Séparation et régulation des activités bancaires* » aura sans nul doute une influence sur l'implantation des banques islamiques en France. Les points phares de cette loi sont :

1. La séparation de l'activité utile au financement de l'économie des activités spéculatives ,ce qui consiste à cantonner les activités bancaires des établissements de crédit dans une filiale séparée du groupe, car la crise a montré le risque que présente les activités spéculative tout en mettant en danger les dépôts des clients⁶⁶⁰. Toutefois, les activités utiles seront maintenues. La notion d'activité de tenue de marché fera l'objet d'une précision et sera sous le contrôle de l'ACPR.
2. La lutte contre les paradis fiscaux et le blanchiment de capitaux désormais, l'obligation de déclaration est étendue aux tentatives de blanchiment des déclarations systématiques sont à la charge de certains établissements bancaires voir le nouvel L. 561-15 et suivant du Code monétaire et financier, le pays d'origine des fonds ou de destination peut permettre à déclencher une déclaration. Trois critères permettent de mettre en place une telle procédure : le pays ou le territoire d'origine ou de destination du flux ; le type d'opération ou enfin la

⁶⁵⁹ M. Samuelian, « L'agrément des banques islamiques en question », in dossier *Pays arabe Europe quelles stratégies pour les banques ?*, *Revue Banque*, juin 2011, p. 28.

⁶⁶⁰ Cf. le nouvel article L. 511-47 du CMF de la loi 2013-672

structure juridique concernées. Ce qui fait dire à Monsieur Capdeville d'un renforcement de la vigilance doit être pris en compte entre les pays inscrit dans le GAFI. Nous pensons l'étendre dans les pays du Golfe, ce qui permet de garantir un meilleur contrôle des fonds provenant de ces pays et de rassurer en meme temps les investisseurs.

3. La mise en place d'un régime de résolution bancaire, l'encadrement des conditions d'emprunt des collectivités territoriales, un nouveau traitement des activités et des risques bancaire attribuant un large pouvoir à une autorité indépendante. Il y aura désormais le collège de résolution appelé collège de supervisons et de sanction.

4. Le renforcement des pouvoirs de l'autorité des marchés financiers avec une extension des pouvoirs du contrôleur d'AMF ;

5. Le plafonnement des commissions bancaires, ce qui rejoint indirectes l'intérêt dans le système islamique, car jusque là seul l'usure est encadré ;

6. Le renforcement du droit à un compte et aux services bancaires de base. Ainsi, la délivrance systématique de l'attestation de refus d'ouverture de compte par le banquier sans délais permettant à l'intéressé de saisir la banque de France. Avant cette loi la délivrance de cette attestation de refus n'était soumise à aucun délai. Or, elle est indispensable pour la saisine de la banque de France.

7. Les évolutions de l'assurance emprunteur est au cœur de ce dispositif, ce point semble selon nous, contribuer à la loi Lagarde dans la lutte contre le surendettement des particuliers.

Cette loi de 2013 sur la séparation se veut pour but d'éviter le risque de symétrie que le monde avait connu lors de la crise de 2008. La réglementation des banques islamique passe impérativement par la délivrance d'un agrément bancaire.

373. . Les banques islamiques peuvent, en outre, dépasser ces dispositions si elles arrivent à avoir un agrément⁶⁶¹ de l'autorité de contrôle prudentiel qui a remplacé le CECEI depuis le 21 janvier 2010⁶⁶².

⁶⁶¹ E. Brack, « Banque et finance islamique en France », in *La finance islamique, L'autre finance*, op. cit. p. 123.

⁶⁶² J. Lasserre Capdeville, « Le délit d'obstacle au contrôle de l'ACP », *Revue de Droit bancaire et financier*, n 3, mai 2011, p. 1.

B) L'obligation d'agrément préalable à l'exercice de la profession de banque

374. L'obligation d'agrément apparaît comme une condition nécessaire, mais aussi essentielle à divers niveaux. D'abord dans le cadre d'une gestion financière, il est important d'examiner la solvabilité et la crédibilité⁶⁶³ de la banque dépositaire. De plus, le banquier, en sa qualité de mandataire, qui est tenu d'exécuter les ordres de son client, a une responsabilité dont il serait nécessaire de délimiter les contours et les limites, par des organes habilités. Ce rôle était dévolu depuis 21 janvier 2010 à l'autorité de contrôle prudentiel, régie par les dispositions de l'article L.621-1 du Code monétaire et financier⁶⁶⁴.

L'autorité de contrôle prudentiel, en plus de son rôle de contrôle qu'elle exerce dans l'ensemble du système financier, dispose aussi d'un rôle de délivrance de l'agrément, qui est étendu aux compagnies d'assurance⁶⁶⁵ et aux mutuelles d'assurance⁶⁶⁶. Cette fonction attribuée à l'ACP, lui donne la compétence de délivrer l'agrément pour toutes banques ou établissement de crédit qui souhaiterait s'installer en France.

375. La banque islamique peut obtenir cet agrément de deux manières différentes. La première tient du fait que le système français est beaucoup plus intéressé par les banques d'investissement en cette période de crise afin de redynamiser leur économie. et de l'autre, puisque la qualification de banque risque d'être refusée à la banque islamique. Elle sera considérée comme une société d'investissement ou une société financière ce qui transfère les compétences à l'ACP, pour la délivrance de l'agrément. Ce doublon des organes de contrôle montre la méfiance des autorités françaises dans la sécurité du système bancaire, ce qui pousse certain comme Olivier Jaudon à dire que les français sont plus sévères dans la délivrance de l'agrément⁶⁶⁷. Afin d'assurer cette capacité, il est nécessaire que la banque

⁶⁶³ O. Jaudon, « Agrément des banques étrangères : En tant que autorité d'agrément et de contrôle, nous privilégions la sécurité du système », in *Pays arabe Europe quelles stratégies pour les banques ? Revue Banque*, juin 2011, p.24.

⁶⁶⁴ J. Lasserre Capdeville, « La convergence du droit régissant l'autorité des marchés financiers et l'autorité de contrôle prudentiel », *Revue de Droit bancaire et financier* n°4, Juillet 2011, dossier 21. p. 1.

⁶⁶⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien 9^{ème} Ed. Collection « Lextenso édition » 2011, p. 104.

⁶⁶⁶ J. Lasserre Capdeville, « La convergence du droit régissant l'autorité des marchés financiers et l'autorité de contrôle prudentiel », *Revue de Droit bancaire et financier* n°4, Juillet 2011, dossier 21. p. 2.

⁶⁶⁷ O. Jaudon, « Agrément des banques étrangères : En tant que autorité d'agrément et de contrôle, nous privilégions la sécurité du système », in *Pays arabe Europe quelles stratégies pour les banques ?*, *Revue Banque*, juin 2011, p. 27. Selon l'auteur, « Nous nous assurons également de la qualité des dirigeants, bien que les

présente des garanties suffisantes et sérieuses, d'honorabilité et de compétence pour gérer des droits dans un intérêt public. Peu importe l'organe habilité à délivrer l'agrément, il se base sur deux fondements : premièrement, on examine les établissements pouvant prétendre à l'agrément. Ensuite intervient l'agrément proprement dit dont les conditions relèvent de la nécessité d'avoir une certaine capacité pour s'engager dans ce type de gestion⁶⁶⁸.

compétences soient un peu différentes de ce qui est demandé pour un établissement de crédit, car ce sont des services très spécialisés, souvent proposés par des personnes qui n'ont pas d'expérience.... »

⁶⁶⁸ A. Abi Haidar, *op. cit.* p. 342.

Paragraphe II. Les conditions préalables à l'agrément

376. Ce premier pilier concerne la sécurité, vu l'impact et l'importance de l'activité de la banque, il n'est pas permis à n'importe qui d'exercer une telle activité. C'est d'ailleurs cette même raison qui a poussé le législateur à limiter l'exercice de cette activité aux seuls professionnels, constitués sous forme de personnes morales⁶⁶⁹. La détermination et l'identification des personnes aptes à exercer une telle profession méritent une considération particulière, même si leurs dénominations diffèrent selon la forme des institutions : banques, sociétés financières, sociétés de crédit-bail, établissements financiers, voire même banques islamiques. Car d'autres critères⁶⁷⁰ sont requis autres que ceux posés dans le Code monétaire et financier.

377. Ces notions n'ont pas la même signification. Il existe une panoplie d'institutions sensées jouer ou exercer le rôle d'une banque au sens de la loi bancaire du 24 janvier 1984 tout en respectant les dispositions de l'article L. 311. 1 du CMF. L'implantation des banques islamiques dans des systèmes qui ne reconnaissent pas le droit musulman, ni les règles de la charia, se heurte parfois à une difficulté de qualification voire d'application des dispositions qui régissent le fonctionnement de ce droit. Nous allons présenter les personnes habilitées dans les deux systèmes (I), avant de voir celles compétentes dans le modèle islamique (II).

I). Les personnes habilitées dans les deux systèmes

378. Le mode de protection des déposants est presque identique dans les deux cas. Peut être même plus rigoureux dans le système islamique, qui connaît un contrôle hybride avec la présence des *charias board* qui exercent un rôle de contrôle des produits du point de vue religieux. Il n'en va pas de même dans le processus de sélection des personnes habilitées à exercer le métier de banquier⁶⁷¹. Alors que le droit musulman se fonde sur une approche tenant compte du statut des personnes compétentes. Le droit français adopte une approche par métier dont la conséquence est l'unification des statuts des professionnels des marchés

⁶⁶⁹ Th. Bonneau, *Le Droit bancaire*, op.cit.p. 68 ; Cf. aussi l'article 511.1 du Code monétaire et financier qui définit les établissements de crédit en France.

⁶⁷⁰ Ces critères tiennent compte de la connaissance du droit musulman et de la jurisprudence musulmane.

⁶⁷¹ Dans le système islamique par exemple, le banquier doit avoir une connaissance du monde de la finance mais aussi du *fiqh* ou de la loi islamique.

financiers qui est au cœur des réformes depuis le début des années 2003⁶⁷². Avec l'unification des contrôles des compagnies d'assurances et celle des contrôles des mutuelles⁶⁷³.

379. C'est ainsi que l'on assiste à l'émergence de notions nouvelles inconnues des autres systèmes telle que celle des prestataires de services ou d'établissements d'investissement⁶⁷⁴. Ces établissements seront classés en deux catégories: les établissements de crédit (A) et les banques (B).

A) Les établissements de crédits

380. Les établissements crédits sont les établissements soumis à la loi bancaire. Dans certains pays musulmans sont visés les banques mais aussi les établissements financiers. Par contre le droit français adopte cette notion au sens générique du terme⁶⁷⁵. Bien que cette définition englobe sous le terme établissement bancaire tous les établissements qui exercent une activité bancaire. Ce qui ne veut pas dire que le législateur évince la place considérable que la banque joue dans l'échiquier planétaire. Ainsi la banque reste la clé de voûte pour l'étude de toutes les opérations de crédit.

B) Les banques

381. Elles sont définies en tenant compte les opérations qu'elles effectuent. Ces dernières doivent être figurées dans les dispositions qui définissent aussi bien les opérations de banque que celles de crédits. Ainsi l'article L.311-1 du CMF énonce que « les opérations de banque comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit ainsi que les services bancaires de paiement⁶⁷⁶ ».

⁶⁷² Avec la loi du 1 août 2003, relative à la sécurité financière, JO, août 2003, p. 13220.

⁶⁷³ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 9^e éd., 2011, p. 104.

⁶⁷⁴ Cette catégories, traduisant la coexistence en son sein d'établissement relevant de statut différents, est inconnue du droit européen qui ne connaît que la notion d'entreprise d'investissement. V. en ce sens, directive 93/22/ CEE du conseil du 10 mai 1993, modifiée par la directive n°2004/39/ CE du parlement européen et du conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'investissements financiers; J. Tricou, *la loi de modernisation des activités financières*, JCP, 1996, éd. G, I, 4022, n°12; H. Synvet, la réforme du droit français à l'épreuve de la directive européenne sur les services d'investissement, *P.A* n° 56, 8 mai 1996, p. 20;

⁶⁷⁵ Selon la nouvelle lecture de l'article L.511-1 du Code monétaire et financier issue de l'ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013, D. actualité 1 juillet 2013, note de X. Delpech, « les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituel, à recevoir des fonds remboursables du public (...) et à octroyer des crédits (...) ». quant aux sociétés de financement, ce 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 ».

⁶⁷⁶ L'ordonnance du 15 juillet 2009 a légèrement modifié cette disposition, en mettant à la place des instruments de paiement des services bancaires de paiement.

382. Elle est définie dans d'autres pays musulmans, comme le Liban ayant pour principale mission de faire des opérations de crédit de quelque nature qu'elles soient⁶⁷⁷. Ce qui justifierait sa soumission à la loi bancaire, du 24 janvier 84 ayant universalisé le concept de banque. En effet, en adoptant la notion d'établissement de crédit elle a eu d'abord pour effet de relativiser le statut légal de banque dès lors qu'elle a mis en place un cadre juridique commun à l'activité de tous les établissements de crédit.

II) Les personnes habilitées dans le système islamique

383. Les personnes compétentes pour délivrer l'agrément et mener le contrôle dans les banques islamiques sont différentes d'une zone géographique à une autre, d'un système à un autre. Cette différence justifie la divergence au sein de la pensée islamique due à la compréhension mais aussi à l'interprétation différente des fondements du droit musulman. Dans les pays dont le système bancaire demeure totalement islamisé. Ce rôle d'agrément et de contrôle est laissé entre les mains de deux instances différentes. À la fois la banque centrale, qui jouit d'une mission de contrôle général et des comités religieux, dont la mission est limitée dans leur banque et leur filiale.

384. Alors que dans les autres pays où le système islamique est accueilli par le système dominant déjà en place, deux schémas se dessinent. Le premier faisant bénéficier le système islamique des mêmes règles que celles du système dominant en intégrant son conseil religieux dans les instances bancaires. On peut citer le cas de l'Égypte⁶⁷⁸. D'autres libéralisent le système islamique avec l'instauration des conseils religieux à part, tout en ayant la main mise sur l'activité des conseils : c'est l'exemple du royaume uni.⁶⁷⁹

385. Le profil de ces personnes habilitées peut être envisagé sous deux angles : d'une part les organes religieux au sein des systèmes laïques (A) et d'autre part les conseillers indépendants dans les pays islamisés (B).

A) Les organes religieux au sein des systèmes laïques

386. L'intégration des banques islamiques au sein de certains pays s'est opérée de différente manière, cette diversité est symbolisée par l'importance et la place du conseil religieux

⁶⁷⁷ Cf. F. Achi E. Forget, « La gouvernance des comités de charia », *op. cit.* p. 28.

⁶⁷⁸ V. Neinhaus, « Le contrôle bancaire et la politique des banques centrales : Étude comparative », in *Les capitaux en Islam*, *op. cit.* p. 173.

⁶⁷⁹ Cf. Seconde partie deuxième partie

l'organe principale. Quelque soit le mode de réception, ce conseil fera partie intégral de l'organisation interne, car les conseillers sont des personnes habilitées à valider les produits et les contrats commercialisés. Dans les pays laïques un compartiment est ouvert à côté des comités d'audits et juridiques pour mener leur contrôle. Cette structure peut porter atteinte selon, nous à l'indépendance de ce conseil dont ainsi naissance à un conflit d'intérêt. Une architecture différente est appliquée dans d'autres pays.

B) Les conseils religieux indépendants dans les pays islamisés

387. Le Pakistan, le Soudan et l'Iran sont les premiers pays ayant réussi à islamiser leur système bancaire. Ce processus d'islamisation a fortement influencé leur organisation interne ainsi les comités religieux contrairement à ceux des pays laïques bénéficient d'une autonomie totale par rapport aux autres comités et organes qui composent l'organisation interne. Les conseillers au sein de ces institutions sont selon nous plus habilités à mener ce contrôle religieux du fait de leur indépendance totale. Malgré leur importance au sein du modèle bancaire islamique, ils ne suffisent pas en eux seuls pour donner naissance en une banque, l'agrément aussi en est un élément essentiel.

Section II) L'agrément financier et bancaire

388. En dehors des conditions, examinées plus haut, qui traitent de la sécurité de la personne du déposant, il existe d'autres critères particuliers que doivent remplir ces institutions ou établissements financiers et ce compte tenu de la spécificité d'une telle activité. C'est le rôle du comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement d'avoir à les examiner. Ce comité est relayé par l'ACP depuis le mois de janvier 2010, laquelle est investie du rôle de l'octroi de l'agrément bancaire⁶⁸⁰.

389. Le droit français distingue deux types d'agrément, l'agrément bancaire et l'agrément financier, qui tous deux visent à assurer le contrôle du fonctionnement du système bancaire⁶⁸¹. L'agrément financier ne doit pas être confondu avec l'agrément bancaire dès lors que la prestation de service d'investissement impose l'obtention d'un agrément bancaire. La banque islamique, qui a vocation à exercer une activité bancaire et financière par l'exercice de la fonction de banque d'investissement voire même de société financière, ne saurait méconnaître les agréments financier et bancaire. Ce qui lui impose de recourir à un double agrément, bancaire et aussi financier, devant la même autorité qui cumule ces pouvoirs de la loi⁶⁸². Le problème de l'agrément se pose davantage dans les banques islamiques, puisqu'il faudra prendre en compte le rôle des *charia board* au sein de ces banques⁶⁸³ qui constitue le socle de cette institution islamique en ce qui concerne la légitimité de ces produits.

Cet état de fait montre le caractère spécifique du droit bancaire français par rapport aux autres systèmes comme ceux du *common law*⁶⁸⁴ et arabe⁶⁸⁵. L'autorité de contrôle prudentiel ne doit pas être confondue non plus avec la banque de France qui occupe une place de choix au sein

⁶⁸⁰ Th. Bonneau, *Droit bancaire, op. cit.* p. 104.

⁶⁸¹ *Idem.*

⁶⁸² Cette réforme fait suite au rapport dit « Deletré », qui a vu le jour avec l'ordonnance n° 2010-76, *JO*, 22 janvier 2010, p.1392.

⁶⁸³ M. Samuelian, « L'agrément des banques islamiques en question », in dossier Pays arabe Europe quelles stratégies pour les banques ?, *Revue Banque*, juin 2011, p.27.

⁶⁸⁴ V. Neinhaus, « Accueil de la finance islamique, élément de comparaison entre le Royaume –Uni et l'Europe continentale », in dossier *Pays arabe Europe quelles stratégies pour les banques ?*, *Revue Banque*, juin 2011, p. 22. V. aussi M. Stork « Sociétés de gestion de portefeuille », *J-CL. Banque, Fasc.* 2210, p. 9: l'accès à l'activité d'entreprise d'investissement résulte de l'obtention du « passeport européen », qui repose sur la reconnaissance mutuelle des agréments.

⁶⁸⁵ El Hadi Chaibainou, *La nouvelle loi bancaire marocaine, analyse et commentaire*, éd. Datapress, 1993, pp. 83 et s.

des marchés financiers. Elle a même le rôle d'autorité bancaire et financière. Rappelons que le Code monétaire et financier distingue les missions fondamentales et d'autres missions d'intérêt général. Le rôle principal de la banque de France est de participer aux politiques monétaires et au respect des objectifs tels que celui de stabilité. Elle a, en plus, le rôle de gouverneur compte tenu du rôle qu'elle joue au sein de l'union européenne⁶⁸⁶.

390. Cette place importante que joue la banque de France au sein du système financier, n'enlève rien au rôle du comité de l'autorité de contrôle prudentiel. L'agrément ne doit pas être refusé aux banques islamiques, sur le seul fait qu'elles ne remplissent pas les opérations de banques visées par l'article L. 311.1 du CMF, puisque ce même Code peut permettre à un établissement de crédit d'exercer certaines opérations autres que celle mentionnées sur le Code.

391. Ceci pourrait permettre aux banques islamiques d'exercer la fonction de banque en incluant l'opération de *zakat* (aumône légale). En plus, la loi permet aux banques de déterminer dans leur statut les opérations de banques qu'elles comptent exercer, ce qui pourrait permettre aux banques islamiques d'exclure l'opération de crédit. C'est la seule opération qui semble poser difficulté l'empêcher d'obtenir ce passeport. Le droit français n'est pas défavorable à l'accueil des banques étrangères. Puisque la France a accueilli les banques libanaises durant la guerre libanaise au cours des années 80, bien que ces banques aient connu des soucis sur le sol français, elles avaient cependant réussi à obtenir l'agrément⁶⁸⁷. Avant d'examiner les conditions de l'obtention de cet agrément, il semble nécessaire de voir l'autorité de contrôle prudentiel (Paragraphe I) et l'objet du contrôle (Paragraphe II).

Paragraphe I. L'autorité de contrôle prudentiel

392. Il trouve son siège au sein des articles L.-612-1 à 612-50 du Code monétaire et financier. Selon l'article ces articles, l'ACP est chargée d'une part de « *veiller à la préservation de la stabilité du système financier* », d'autre part de « *protéger les clients assurés adhérents et bénéficiaires des organismes soumis au contrôle* ». Cette disposition est ainsi formée dans les nouveaux articles L. 613-11 à 613-11-17 du Code monétaire et financier

⁶⁸⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit. p. 136 ; V. aussi, J. Jacques, *Banque en France*, op. cit. p. 113.

⁶⁸⁷ M. Samuelian, « L'agrément des banques islamiques en question », op. cit. p. 27.

issus de la loi du 26 juillet 2013 sur la séparation des activités bancaire et de régulation : « *est de préserver la stabilité financière , d'assurer la continuité des activités , des services et des opérations dont la défaillance aurait de grave conséquence sur l'économie , de protéger les déposants , d'éviter ou de limiter au maximum le recours au soutien financier public* ». Au-delà de sa mission de contrôle de surveillance, elle se charge du rôle d'accorder les autorisations ou dérogations individuelles prévues par les dispositions législatives et réglementaires applicables aux établissements de crédit, et même de celles relevant de la compétence de la commission bancaire. En application de ce texte, l'autorité a pour rôle d'autoriser les établissements à exercer les activités bancaires et de leur octroyer l'agrément au cas échéant⁶⁸⁸. La loi du 26 juillet 2013 est venue marquée l'évolution de l'ACP qui devient à cette occasion l'ACPR, l'attribuant un pouvoir de résolution. cette tâche consiste à veiller à l'élaboration et à la mise en œuvre à la fois des mesures de prévention et de résolution des crises bancaires qui sont prévus par ce texte⁶⁸⁹.

393. Cette mission relève des attributs du comité des établissements de crédits et investissement, qui a été supprimée par l'ordonnance du 21 janvier 2010. Dans le processus d'octroi d'agrément, les autorités privilégient bon nombres éléments. Les uns sont liés aux personnes qui doivent s'occuper de la gestion et de la direction de la banque. Les autres sont relatifs à l'actionnariat, la solvabilité et c'est d'ailleurs sur ce dernier critère que le CECEI avait tardé à délivrer l'agrément demandé par le Qatar Islamic Bank qui devrait démarrer ces activités depuis début 2010⁶⁹⁰. L'étude de la composition (I) et de fonctionnement (II) de cette autorité nous permet d'avoir une idée sur la réglementation bancaire islamique en France .

I). La composition

394. L'autorité de contrôle prudentiel est présidée par le gouverneur de la banque de France. Elle est composée d'un collège (A) et d'une commission de sanction⁶⁹¹ (B) ce qui lui attribue deux missions. Sa composition est déterminée par les articles L. 612-4 à L. 612-11 du Code monétaire et financier.

⁶⁸⁸ Th. Bonneau, « De la nécessaire publication des décisions individuelles prises par le CECEI », *Revue, Droit bancaire et financier*, n ° 1, janvier-février, 2000. p. 3.

⁶⁸⁹ H. De gaynay, « Les pouvoirs de la future ACPR », *Revue droit bancaire et financier*, juil. Août 2013, p. 78.

⁶⁹⁰ A. Fulconis-Tielens, « La finance islamique au chevet de la relance française ? », *op. cit.* p. 22.

⁶⁹¹ Cf. L'article L. 612-4 du Code monétaire et financier.

A) Le collège

395. Ce collège est composé de seize membres, les deux siègent ès qualité : le gouverneur de la banque de France, pour représenter le président du collège. En formation plénière ce collège traite des questions d'organisation, arrête le budget et le règlement intérieur, examine toute les questions commune aux banques et assurance⁶⁹².

396. L'autorité a un rôle de contrôle et une mission de délivrer d'agrément pour l'exercice de la fonction de banque. Outre le président de la commission bancaire, elle comprend le directeur du trésor, le président de l'autorité des marchés financiers, le président du directoire du fonds de garantie. Ainsi que huit membres désignés pour une durée de 3 ans par arrêté du ministre chargé de l'économie et des finances. Un conseiller d'État, un conseiller à la Cour de cassation, deux représentant de l'association française des établissements de crédit et des entreprises d'investissement exerçant ou ayant exercé des fonctions de directoire. En plus, deux représentants des organisations syndicales représentatives du personnel des entreprises ou établissements soumis à l'agrément du comité et deux personnalités choisies en raison de leur compétence. A côté du collège y' a la commission de sanction qui s'occupe de tout ce qui est de l'aspect disciplinaire.

B) La commission de sanction

397. Elle s'occupe du pouvoir disciplinaire abrite une commission spéciale qui lui reproche selon nous d'une juridiction. Ainsi, aux termes de l'article L. 612-9 du Code monétaire et financier : elle comprend un conseiller d'Etat désigné par le vice-président du Conseil d'Etat , un conseiller à la Cour de cassation désigné par le vice-président par le premier président et trois membres choisis en raison de leur compétence dans les matières utiles pour l'exercice par l' ACP de ses missions , nommés par arrêté ministériel.

398. Dans le modèle islamique, il faut pendre en considération d'autre éléments en plus de ceux du système occidental⁶⁹³. La présence du membre représentant les établissements de crédit, pouvait par la même occasion représenter les banques islamiques dans ce comité. Si l'on sait que la définition d'un établissement de crédit est plus large que celle d'une

⁶⁹² Ch. Gavalda ; J. Stoufflet, *Le droit bancaire*, *op. cit* ; p. 97.

⁶⁹³ Ch.-Joseph Serhal, « La finance islamique: Une intégration possible dans le système bancaire français », *op . cit.* pp. 39- 40.

banque⁶⁹⁴. cette spécificité de la finance islamique va sans nul doute influencer son fonctionnement, c'est pourquoi nous avons juger nécessaire de voir le fonctionnement de l'ACP.

II) Fonctionnement et nature juridique

399. L'étude de son fonctionnement sera envisagée d'une part sur la modalité de prise de décision (A) et d'autre part en examinant sa nature juridique (B) qui permet d'analyser l'importance de ces décisions.

A) La modalité de prise de décision

400. Le comité se réunit régulièrement en principe une fois par mois ⁶⁹⁵ et instruit les dossiers qui lui sont soumis conformément aux dispositions de son règlement intérieur ou de son statut⁶⁹⁶. En cas d'urgence constaté par son président, le comité peut statuer par voie de consultation écrite sur une proposition de son président⁶⁹⁷. Les décisions du comité doivent être motivées et sont susceptibles de recours devant la juridiction administrative. C'est ce qui découle de l'article 32 al 1 de la loi du 24 janvier 84 maintenu en vigueur jusqu'à la date d'entrée en vigueur de la partie réglementaire du code monétaire et financier⁶⁹⁸. Sa nature juridique sera aussi d'une importance capitale.

B) La nature juridique de l'ACP

401. L'Autorité de contrôle prudentielle est considérée comme une autorité administrative indépendante⁶⁹⁹, ce qui lui permet de disposer d'importantes prérogatives de police administrative⁷⁰⁰. Il nous semble que la mission qui est dévolue à l'ACP la rapproche du

⁶⁹⁴ Cf. Selon la nouvelle lecture de l'article L.511-1 du Code monétaire et financier issue de l'ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013, D. actualité 1 juillet 2013, note de X. Delpech, « *les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituel, à recevoir des fonds remboursables du public (...) et à octroyer des crédits (...)*. quant aux sociétés de financement, ce 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 ».

⁶⁹⁵ *Idem*.

⁶⁹⁶ Th. Bonneau, *Le Droit bancaire*, op. cit. pp. 104 et s.

⁶⁹⁷ Article L.612-4 al 2 du Code monétaire et financier ; décret n°99- 1113 du 21 déc. 1999 pris pour application de l'article 31 de la loi précitée

⁶⁹⁸ Article 4, II 4, de l'ordonnance du 14 décembre 2000

⁶⁹⁹ Cf. L'article R. 612-30 et s. du Code monétaire et financier.

⁷⁰⁰ J. Bigot, J.-Louis Bellando, « La nouvelle autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspect structurels », *JGP*. éd. Générale-n°13-29 mars 2010, p. 666.

conseil de *charia board* dans les banques islamiques qui s'occupent aussi du rôle de contrôle des produits commercialisés dans ces banques⁷⁰¹. Ce rapprochement entre ces deux organes de contrôle se manifeste surtout au niveau de leur indépendance vis-à-vis des autres organes qui composent l'organisation interne des banques dans les deux systèmes. Toutefois l'indépendance de l'autorité de contrôle prudentiel peut être controversée⁷⁰² en ce sens ou elle est non seulement le locataire de la banque de France⁷⁰³, mais elle est aussi adossée par cette dernière. Après l'étude de l'autorité, en ce qui concerne, son fonctionnement, son organisation et sa composition, nous allons nous intéresser sur l'objet du contrôle.

Paragraphe II. L'objet du contrôle

402. L'activité bancaire reste le monopole des personnes morales, dont la capacité juridique est différente de celle des personnes physiques. Dans le souci de préserver la confiance de l'épargnant et du déposant. La loi exige certaines conditions liées plutôt à la capacité financière des banques, à la capacité de l'entité juridique et à la compétence des dirigeants de ces banques. Dans ce paragraphe nous allons développer la capacité financière (I) et la compétence requises pour les dirigeants des banques (II).

I). La capacité financière ou de solvabilité de la banque

403. Cette capacité est très importante du fait que les banques ont une obligation professionnelle de restitution, cette obligation ne saurait être mise en œuvre si la banque ne dispose pas d'une capacité de solvabilité pouvant faire face aux cas où elle a failli à sa mission, ou au moment où son client est venu demander la restitution des fonds déposés dans le cadre du contrat qui les lie. Ainsi elle fait l'objet d'un double contrôle prenant en compte la dotation en capital minimum mais aussi la qualité des rapporteurs de capitaux. La dotation du capital sera abordée (A), avant d'analyser sa forme juridique de la structure bancaire (B).

⁷⁰¹ J. J. Pluchart, « La gouvernance plurielle de la banque islamique », in *La finance islamique: tout est prêt*, op. cit. p. 52.

⁷⁰² J. Lasserre Capdeville, « L'indépendance des autorités de régulation financière », *Revue de Droit bancaire et financier*, n ° 3, mai 2012, étude 10, p.3.

⁷⁰³ H. Causse, A. Maymont, « L'autorité de contrôle prudentiel », *Revue de droit bancaire et financier*, mai et juin, 2010, p. 3.

404. A) La dotation en capital minimum

405. Elle constitue le critère essentiel de l'agrément d'un intermédiaire pouvant intervenir sur le marché financier en droit français. En effet, la directive du 15 mars 1993 sur l'adéquation des fonds propres des entreprises d'investissement et des établissements de crédit insiste sur l'importance de la solvabilité des professionnels en précisant que « *des règles de base communes concernant les fonds des établissements sont un élément clé du marché intérieur des services d'investissements, puisque les fonds propres permettent d'assurer la continuité de l'activité de ses établissements et de protéger les investisseurs* »⁷⁰⁴. Cette disposition a été légèrement modifiée par un règlement n° 2000-10 du 8 déc. 2000, elle en plus déterminante pour la délivrance de l'agrément. Cette exigence est reprise dans le Code monétaire et financier qui précise que le prestataire doit disposer, compte tenu de la nature du service qu'il entend fournir, d'un capital initial suffisant ou des ratios⁷⁰⁵.

406. Ce capital est déterminé par l'autorité en fonction des activités exercées par l'établissement de crédit⁷⁰⁶. Ce montant est naturellement plus important dans les banques. Car ces dernières sont beaucoup plus exposées aux risques que les autres institutions financières comme la banque de France qui jouit d'un rôle d'intérêt général, ce qui lui permet de bénéficier du soutien de l'Etat. Ces exigences peuvent constituer un obstacle pour les banques islamiques, dans la mesure où le droit musulman ne pose pas de règle spécifique relative à la forme de la société. D'ailleurs au même titre que le droit français⁷⁰⁷, bien que la plupart des banques françaises soient constituées sous la forme d'une société anonyme⁷⁰⁸. Ce souci lié à la garantie des déposants resurgit dans le fonctionnement des banques islamiques, par la mise en œuvre du principe de partage des profits et de pertes qui ne garantit pas vraiment la restitution dans l'hypothèse où le projet n'a pas réussi. Cet obstacle, ne sera pas absolu, du moment que ces exigences ont le caractère d'une garantie et elles sont reconnues

⁷⁰⁴ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op. cit. p. 218. Les fonds de garanties qui peuvent se porter caution de la défaillance d'un établissement bancaire.

⁷⁰⁵ Cf. article L. 611-1 ; V. J. J. Burgard, *La banque en France*, op.cit. p. 213.

⁷⁰⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, op.cit. p. 198.

⁷⁰⁷ La définition donnée par l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, pose comme seul critère celui de la personne morale, ce qui fait dire à certains auteurs que les personnes physiques sont exclues

⁷⁰⁸ Le crédit Lyonnais, par exemple.

par le droit musulman⁷⁰⁹. La détermination de la capitale se mesure à travers, le renfort des apporteurs de capitaux (1) et la capacité organisationnelle (2).

1) Le renfort des apporteurs de capitaux

407. L'établissement doit fournir l'identité de ses actionnaires, directs ou indirects, personnes physiques ou morales, ainsi que le montant de leur participation. Cette condition rejoint indirectement le principe de partage des profits et des pertes dans le fonctionnement des banques islamiques⁷¹⁰ et, le caractère *intuitu personae* des membres du conseil de *charia board*⁷¹¹. C'est à dire celle qui consiste en la détention directe ou indirecte d'au moins 10% du capital ou des droits de vote, ou encore la participation qui permet d'exercer une influence notable sur la gestion de l'entreprise dans laquelle est détenue la participation. Il faut que « *les apporteurs de capitaux soient en mesure de fournir à l'établissement les ressources en fonds propres qui lui sont nécessaire pour respecter à tout moment la réglementation en vigueur, notamment pour faire face à l'évolution de ses activités ou à la survenance éventuelle difficultés*⁷¹² ». Ce qui conforte l'idée de garantie de sécurité des déposants qui constitue le socle du système islamique⁷¹³.

408. Quant aux apporteurs de capitaux, ils font l'objet d'une identification dès la désignation des personnes aptes à exercer une activité bancaire. En effet une demande d'agrément doit systématiquement comporter une liste des personnes devant participer à la souscription et à la libération du capital. Avec mention du pourcentage de leur participation et de la catégorie des actions souscrites. A noter qu'une telle condition se rencontre également en matière de constitution de banques islamiques. Au Liban l'article 2 al. 2 de l'arrêté 8829 édictant que le tiers, au moins, de l'ensemble des actions islamique au Liban doit être détenu par les banques opérant au Liban ou par des banques étrangères islamiques, ayant une expérience avérée en

⁷⁰⁹ Cf. S. Jahel, « L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garanties », *RTD. Com.* 1985.

⁷¹⁰ I. Karich, « Les préceptes de la charia », in *La finance islamique: tout est prêt !*, *op. cit.* p. 37.

⁷¹¹ M. Ruimy, « Quelle vocation pour la banque islamique ? », in dossier *La finance islamique: tout est prêt*, *op. cit.* p. 48.

⁷¹² *Rapport*, CECEI pour 1997, pp. 256-257.

⁷¹³ Cf. S. Jahel, « L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garanties », *RTD. Com.* 1985.

matière d'opérations financières islamiques⁷¹⁴. La capacité financière doit être doublée par la forme de l'entité juridique ou organisationnelle.

2) La capacité organisationnelle de la structure bancaire

409. Cette capacité vise aussi bien la forme juridique de la personne morale, que son organisation interne.

B) La forme juridique

410. Il ressort de l'ensemble des droits étudiés que l'activité bancaire est systématiquement confiée à des personnes morales, particulièrement lorsqu'elle intervient dans le domaine de la gestion financière et bancaire⁷¹⁵. Si la directive du 10 mai prévoit que l'entreprise d'investissement peut être une personne physique ou une personne morale. La loi du 2 juillet 1996, codifiée dans l'article 322-7 du règlement général de l'AMF exige que l'entreprise demandant un agrément en France soit constituée sous la forme de personne morale.

Ce choix du législateur peut se justifier dans la volonté de mieux protéger les clients titulaires des portefeuilles gérés. Et en raison des garanties présentées par l'importance du capital requis pour les personnes morales constituées, par les possibilités de développement externe qui s'y rattachent, voire par la cotation possible de leurs actions⁷¹⁶.

411. Plus particulièrement et s'agissant des associés et des épargnants, c'est le droit des sociétés anonymes qui en matière de comptabilité, de publicité et d'information, assure la meilleure protection. Cette protection semble être disparue avec la loi de sauvegarde des entreprises, qui pose des règles qui protègent plus les sociétés en général⁷¹⁷.

Notons cependant que si la société anonyme est la forme la plus souvent utilisée. Elle n'est pas la seule autorisée en droit français. Ainsi, s'agissant des sociétés de gestion de portefeuille, l'article 5 du règlement COB 96-02 sur les prestataires de service d'investissement effectuant une activité de gestion de portefeuille pour le compte d'un tiers,

⁷¹⁴ Cf. G. Abi Rizk, « La gouvernance des banques islamiques au Liban », *Revue droit bancaire et financier*, Janvier-Février 2008.

⁷¹⁵ H. AlGabid, *Les banques islamiques*, op. cit. p. 141. ; G. Abi Rizk, « La gouvernance des banques islamiques au Liban », *Revue droit bancaire et financier*, Janvier-Février 2008.

⁷¹⁶ M. Stork, op. cit. p. 5.

⁷¹⁷ Cf. P. Michel Lecorre, *La réforme du droit des entreprises en difficultés, commentaire de l'ordonnance du 18 dec. Dalloz*, 2008, p. 208.

énonce qu'elles peuvent également être constituées sous forme de société en commandites par actions, ou sociétés en nom collectif. De plus, et sous réserve de l'examen de leurs statuts, elles peuvent également être constituées en société en commandite simple ou en société par action simplifiée. Enfin, elles peuvent être constituées à l'initiative des sociétés d'assurance, des établissements de crédit ou des entreprises d'investissement sous forme de groupement d'intérêt économique, exerçant son activité exclusivement au service des membres. C'est d'ailleurs une préoccupation d'ordre public, notamment dans les sociétés faisant appel public à l'épargne. Enfin, s'agissant des établissements de crédit, l'article 1^{er} de la loi du 24 janvier 1984 précise que ces derniers sont des personnes morales, qui exercent à titre habituel, l'opération de banque⁷¹⁸. On peut penser que, dans ce domaine également, le législateur a préféré le support des personnes morales en raison des conditions financières nécessaires à la réalisation de l'activité bancaire. Mais avec l'intervention de la loi du 25 jan. 1985, suivie de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005 qui vient protéger les sociétés débitrices contre les poursuites de leurs créanciers antérieurs voire même postérieurs⁷¹⁹ ce n'est peut-être plus le cas. Rappelons pour mémoire que la réforme opérée par le législateur en la date du 25 juillet 2006 par la Loi de sauvegarde des entreprises a posé à la fois des moyens de contrôle et des outils de protection permettant de prévenir plus en amont les difficultés de l'entreprise en permettant d'anticiper les difficultés que le débiteur ne sera pas en mesure de surmonter seul⁷²⁰. Au-delà de cette idée de protection véhiculée par la loi du 26 juil. 2005, elle vient d'instaurer une procédure amiable alors que l'entreprise est en cessation des paiements en permettant au débiteur d'opter pour la conciliation⁷²¹. L'ordonnance du 18 déc. 2008 est venue supprimer cette exigence liée à la cessation pour déconnecter de la sauvegarde à la cessation des paiements⁷²².

⁷¹⁸ L'article L. 511-1 du Code monétaire et financier, issue de l'ordonnance n° 2013-544, 27 juin 2013, *D. actualité* 1er juillet 2013, note de X. Delpech, « les personnes morales dont l'activité consiste, pour leur propre compte et à titre de profession habituelle, à recevoir des fonds remboursables du public (...) et à octroyer des crédits (...) ». quant aux sociétés de financement, ce 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 ». Cf. Ph. Lepoutre, « Crédit aux entreprises, l'affacturage est la seconde source de financement court terme des entreprises », *Revue Banque*, n° 763 sept. 2013, p. 60.

⁷¹⁹ L'article L. 622-7 et L. 622-17-I. du Code de commerce.

⁷²⁰ P.M. Lecorre, *Droit des entreprises en difficulté*, Dalloz mémentos 2012, p. 28

⁷²¹ L'article L. 611-4 du Code de commerce, la date de cessation des paiements ne doit pas dépasser plus de 45 jours.

⁷²² L. 620-1 du Code de commerce, V. D. Voinot, *Procédures collectives*, Montchestien, 2011, p. 64 et s.

412. Ce problème de choix entre les personnes physiques et les personnes morales ne se pose pas en droit musulman dès lors que le contrat de *moudaraba* moderne est presque exclusivement confié aux banques islamiques, nécessairement personnes morales. En effet les banques islamiques sont systématiquement constituées sous forme de sociétés anonymes. On peut cependant se demander, à juste titre, si cette structure convient à la particularité de la gestion islamique de capitaux dès lors qu'il existe deux sortes d'actionnaires dans une banque islamique. Ceux que regroupe, de manière classique, la personnalité morale de la banque islamique et ceux liés à la banque par le contrat de *moudaraba*, à savoir les déposants. Cette efficacité dans la protection du déposant se manifeste, tant par les organes internes et sociaux (1) que par les moyens de gestion (2).

1) Les organes internes et sociaux

413. Aux termes de l'article L. 225-1 du Code de commerce, la société comporte au moins sept associés qui ne supportent les pertes sociales qu'à concurrence de leurs apports et dont le capital est divisé en actions. La forme juridique de la banque est déjà un moyen de protection efficace. Mais vu la dangerosité d'une telle activité, des organes de contrôles internes ont été instaurés. Cette protection interne vise les organes sociaux et les organes de gestion.

414. Parce qu'il s'agit de biens confiés selon un régime particulier, il apparaît nécessaire de prévoir l'encadrement d'une telle activité selon une organisation spécifique. Cette protection est déjà bien prise en compte en droit français, dans les principes posés en matière de gouvernement d'entreprise⁷²³. Ces mêmes principes sont transposés dans le système islamique comme palliatif à la situation de partenaire passif du déposant dans la pratique des banques islamiques⁷²⁴. La gestion se trouve au cœur de l'activité bancaire, ce qui exige une réorganisation interne et globale ayant pour seul souci la protection des déposants. Pour ce faire une direction bicéphale a été imposée, dans le système islamique⁷²⁵.

415. Cette disposition se voit aussi appliquée par l'ACP, lors de la procédure d'octroi d'agrément⁷²⁶. C'est ainsi que cette condition se voit remplir si la direction est assurée par un

⁷²³ A. Couret, « Le gouvernement d'entreprise, la corporate governance », *Chr., Dalloz* 1995, pp. 163 et s.

⁷²⁴ Cf. J. Lasserre Capdeville, S. Hazoug, « Le compte de dépôt et la finance islamique », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 6, nov. 2011, étude 33.

⁷²⁵ Le conseil de *charia board*, qui permet de contrôler les produits dans des banques qui regroupent les deux modes d'organisation (islamique et classique)

⁷²⁶ Cf. les articles L. 612 et s. du Code monétaire et financier.

président et un directeur général. Cette disposition va plus loin car, les actionnaires ont un droit à l'information, qui est une condition impérative dans l'exercice de leurs droits politiques et notamment de leur droit de vote. Grâce à cette information chaque associé doit pouvoir se prononcer en connaissance de cause et porter un jugement informé sur la gestion et la marche des affaires de la société, ce qui est la marque de la participation active applicable dans le modèle islamique⁷²⁷. Cette information donne naissance à un droit de vote, qui permet de faire participer ces derniers à la gestion des affaires de l'entreprise.

2) Les moyens de gestion

416. C'est une constante dans l'ensemble des systèmes financiers, les banques doivent disposer de moyens, d'une organisation et de procédures de contrôle et de suivi en adéquation avec les activités exercées⁷²⁸. En plus des éléments prévisionnels portant sur l'étendue de l'agrément demandé, les modalités de l'activité, enfin la politique commerciale envisagée. Plus précisément et pour les trois exercices à venir, l'identité du responsable de l'activité, le nombre de salariés, le nombre de gérants affectés à la gestion financière.

417. La banque doit aussi indiquer les activités accessoires qu'elle souhaite exercer et qui doivent être compatibles avec l'exercice, à titre principal, de l'activité bancaire. L'autorité s'assure que les moyens prévus sont adaptés aux activités envisagées et apprécie, en fonction de l'activité envisagée et pour chacun des instruments et des marchés concernés, la structure organisationnelle de l'entreprise.

418. Pour ce qui est des banques islamiques, le cas du Bahreïn permet de constater que la banque centrale oblige ces dernières à présenter un rapport sur leur stratégie et leurs objectifs sur une période minimum de trois ans, révélant leurs moyens organisationnels ainsi que les personnes responsables des services techniques de gestion. Pour ce qui est des banques du Liban, elles devront se soumettre aux dispositions bancaires⁷²⁹. S'il est vrai que ces capacités financières, sont d'une importance capitale pour la sécurité de ces déposants, il ne faut aussi

⁷²⁷ G. Causse Broquet, *La finance islamique*, op. cit. p. 45.

⁷²⁸ La société de gestion de portefeuille établit un programme d'activité pour chacun des services qu'elle entend fournir qui précise les conditions dans lesquelles elle envisage de fournir les services concernés et indique le type d'opérations envisagées et la structure de son organisation. Ce programme est présenté conformément au dossier type prévu à l'article 1^{er} du décret n°96-880 du 1^{er} octobre 1996, modifié par le décret n°2003-1109 du 21 novembre 2003, et son contenu précisé dans une instruction de l'AMF et l'article 322-11 du règlement de l'AMF

⁷²⁹ La loi 575 du 11 février 2004 ; V. aussi, G. Abi Rizk, « La gouvernance des banques islamiques au Liban », *Revue droit bancaire et financier*, Janvier Février 2008.

perdre de vue du fait que la compétence des personnes qui dirigent l'entreprise est une nécessité importante.

II) Compétence des dirigeants

419. Cette compétence est requise dans les entreprises d'investissement lors de l'agrément financier mais aussi pendant la phase de fonctionnement. Cette exigence est appliquée dans certains pays musulmans comme le Liban et dans la pratique de droit musulman, il s'agit de la capacité morale (A), et des compétences techniques (B).

A) La capacité morale

420. Le banquier en sa qualité de mandataire⁷³⁰ doit avoir la capacité morale de gérer les biens d'autrui. Ce qui exclu à toute personne ayant été condamnée à des sanctions commerciales telles que l'interdiction de gérer, d'administrer ou de contrôler toute entreprise, d'une mesure d'interdiction d'exercer une activité professionnelle de gestion de droits d'autrui, faillite personnelle, violation des obligations prévues au titre VI du livre V du Code monétaire et financier , pénale ou professionnelle pour atteinte à l'honneur, à la prohibé ou aux bonnes mœurs d'être gérant d'une banque ⁷³¹. De même il est interdit à toute personne occupant le poste de président du conseil d'administration, de directeur général, de directeur adjoint, de directeur d'exercer une activité commerciale privé ou d'être membre de sociétés de personnes assumant à leur égard des responsabilités illimitées. Ces mêmes dispositions sont applicables aux établissements financiers en vertu de l'article 19 de la loi 234 du 10 juin 2000 réglementant l'activité intermédiaire financière.

421. Quant aux banques islamiques, elles doivent, à l'instar des banques conventionnelles et toujours selon le système adopté, remplir cette condition de moralité. Notons cependant que pour ces dernières et notamment dans ce système complètement islamisé⁷³² ou admettant la dualité du système⁷³³, la condition de moralité devrait comporter une dimension religieuse supplémentaire⁷³⁴. Ainsi, concernant les personnes morales, la fonction de banque ne doit pas

⁷³⁰ A. Banabent, *Droit civil : Les contrats spéciaux*, Montchrestien, 6^e éd., 2004, p. 34 ; V. aussi, R. Routier, *L'obligation et responsabilité du banquier*, *op. cit.* p. 67.

⁷³¹ L. 511-13 du Code monétaire et financier, modifié par l'ordonnance 2009-866 du 15 juil. 2009.

⁷³² Le cas du Pakistan, Soudan et l'Iran.

⁷³³ L'exemple du Sénégal et le Maroc

⁷³⁴ M. Ruimy, « Quelle vocation pour la banque islamique », in *La finance islamique: tout est prêt !*, *op. cit.* p. 48 ; V. aussi, J. Jacques Pluchart, « La gouvernance plurielle de la banque islamique », in *La finance islamique: tout est prêt*, *op. cit.* p. 52.

être à la portée de toutes sociétés. Il faut d'une part que l'objet de la société ne soit pas prohibé par l'Islam. Tel serait par exemple le cas lorsque la société qui ne remplit pas les fonctions de *mudareb* est une banque conventionnelle. D'autre part, il ne faut pas que la société en question émette des titres productifs d'intérêts. En réponse à cette condition de moralité, l'article premier de l'arrêté 8829 du 9 septembre 2004 relatif aux conditions de constitution d'une banque au Liban édicte que « *ne peuvent s'engager dans des opérations bancaires islamiques au Liban que les banques islamiques constituées au Liban et les filiales de banques islamiques étrangères* ». Les banques doivent donc gérer le patrimoine de leurs clients de la manière la plus sécurisée possible. Son affectation implique qu'elle se rapproche plus de la propriété d'autrui que de la propriété absolue⁷³⁵. Les qualités techniques du dirigeant sont également non négligeables.

B) Les qualités techniques des dirigeants

422. L'appréciation de la compétence professionnelle du dirigeant est un élément révélateur pour la sécurité des déposants dans le cadre de l'activité de gestion de la banque. Ainsi en droit français la délivrance de l'agrément se basait depuis la loi du 15 mai 2001 sur l'adéquation de leur expérience à leur fonction. Aujourd'hui elle est prévue par l'article 322-12 du règlement de l'AMF, elle peut prendre en considération la qualification des personnes physiques responsables des différents services d'investissement dont l'exercice est envisagé. Sur le fondement de l'exigence d'une expérience professionnelle, déjà formulée par l'article 23 de la loi du 2 août 1989, la COB a pu refuser à une société en cours de formation l'agrément au motif que le futur dirigeant n'avait pas fait preuve dans le passé d'une expérience personnelle suffisante. En plus il faut tenir compte d'un commissaire comptable tel que prévu dans l'article L.612-43 du Code monétaire et financier à cela y ajoute un membre du commissaire du gouvernement⁷³⁶ dans certaines entreprises et éventuellement un déontologue. A noter que le programme d'activité comprend également une description générale des modalités de rémunération en distinguant notamment les gérants et les responsables commerciaux. Il est notamment précisé l'intéressement aux résultats de la société ou aux

⁷³⁵

⁷³⁶ Article L. 615-1 du Code monétaire et financier.

performances individuelles ou collectives s'il y a lieu, avec une description du mode de cumul de la fraction variable

L'étude sur les conditions d'octroi et de délivrance de l'agrément permettant d'exercer la profession de banque est soumise à des conditions très restrictives et contraignantes. Cela se justifie par le rôle capital que les banques jouent sur l'échiquier économique voire même social dans certains pays musulmans. La volonté du législateur de sécuriser les systèmes bancaires s'est manifestée sur divers points à des phases différentes avec des moyens diversifiés. La banque islamique ne peut se voir refuser la qualité de banque sur le seul fait du principe de la prohibition du *riba*, car en droit français, l'article L. 313.1 qui définit l'opération de crédit de donne pas la forme de la rémunération. Peut être, on peut douter de sa qualité de banque en tenant compte du fait que son obligation de restitution des fonds reçus du public n'est pas totalement respectée du fait de l'application du principe de partage des pertes et des profits.

Conclusion de la première partie

423. Si le système occidental est gouverné par un mode de fonctionnement bancaire basé sur le principe de l'intérêt qui commande toutes les opérations du système bancaire, il a été toujours jugé normal et conforme au souhait des financements du monde occidental. Mais ce succès verra son déclin avec l'avènement des anomalies financières qui ont secoué le monde économique, voire financier durant ces dernières années.

424. Cette phase de turbulence coïncide avec la poussée de la population musulmane accompagnée d'une surliquidité financière émanant des pays du Golfe⁷³⁷. Cet état de fait donne non seulement naissance à une forte manne financière, qui a poussé aussi les populations du monde musulman à vouloir investir leurs fonds et à réaliser des projets conformément aux règles qui sont en adéquation avec leur conviction religieuse. Ainsi il y a eu la résurgence des banques islamiques dans un premier temps dans les pays musulmans, avant de voir le jour

⁷³⁷ K. E. Rhode, « Islam et développement dans les pays du conseil de coopération du Golfe », in *Les capitaux en Islam*, op.cit. p. 92.

dans les pays non musulmans. Malgré son explosion dans les quatre coins du monde, ces banques sont méconnues par le monde professionnel et universitaire⁷³⁸. C'est ce constat qui nous a poussés à articuler cette première partie ainsi. Il était question de mettre fin au mythe qui constitue un obstacle pour les banques islamiques malgré le bond remarquable qu'elles ont connu. Ainsi nous avons étudié les fondements de cette banque dans sa diversité, qui tire ses racines des versets du saint Coran, complété et expliqué par la tradition du Prophète, dont la compréhension et l'interprétation ont été facilitées par les différentes écoles de pensées. Malgré leur différence sur le sens et la portée du mot *riba*, qui est la clé de voûte du système islamique.

425. La conception générale du terme *riba* est retenue par l'ensemble des penseurs islamiques, ce qui englobe aussi bien le terme d'usure et d'intérêt, ce qui est contraire aux dispositions du Code monétaire et financier français, qui a bien posé la ligne de démarcation entre l'intérêt et l'usure. Ces écoles de pensées ont été aussi invitées à trancher entre les différences formes de *riba*, puisque, pour certains, c'est le *riba* consommation seul qui a été interdite mais le *riba* production a été légalisé. Cette argumentation n'a pas été retenue, ce qui résulte de l'interdiction du *riba* sous toutes ses acceptions et toutes ses formes. Bien que leur apport n'ait pas été d'une importance essentielle, afin de tarir cette divergence du fait que les sources principales du droit musulman ont posé d'une façon très absolue cette interdiction. Les sources secondaires ont été étudiées dans cette partie. La tradition du Prophète recueillie oralement puis transcrite dans des textes appelés *hadiths* a quant à elle été complétée par les dispositions de certains pays qui se fondent sur la charia islamique⁷³⁹, comme le Pakistan, le Soudan et l'Iran.

426. Les banques islamiques ne se limitent pas aux fondements religieux⁷⁴⁰, vu leur contexte historique et leurs objectifs de solidarité et de sociabilité, elles se basent aussi sur des règles éthiques, sociales voire morales. Pour faciliter une meilleure compréhension de ce travail sur le développement qui sera élaboré au niveau de la seconde partie. Il était nécessaire, voire capital de poser, mais aussi d'expliquer les principes de ce système qui renvoie à la

⁷³⁸ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique, une finance douteuse ? », *op. cit.* p. 9 ; V., J.-Jacques Pluchart, « La gouvernance plurielle de la banque islamique », *La finance islamique: tout est prêt, op. cit.* p. 52.

⁷³⁹ A. Alkazaz, « L'islamisation du système bancaire et du système de financement au Pakistan », in *Les capitaux en Islam, op. cit.* p.101.

⁷⁴⁰ L.Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, éd. d'Organisation, 2003, p. 167, « Double exigence »

philosophie de la religion musulmane elle-même, à ses fondements et ses principes et notamment l'interdiction de tout ce qui n'est pas permis par les textes islamiques, ce qui renvoie à l'interdiction de l'intérêt. Cela a donné naissance à cette interrogation que l'on pose chaque fois que l'on parle de banque islamique, comment exercer une activité bancaire sans promouvoir d'intérêt? La réponse à cette question est aussi simple. D'une part les banques ne sont pas des restaurants du cœur, car ces opérations sont plus coûteuses à certaines banques classiques, du fait en plus des commissions bancaires qui peuvent atteindre 2.5%⁷⁴¹, d'autres frais relatifs à l'étude du dossier peuvent être mis en place aussi. Ce qui fait appliquer et substituer au principe de l'intérêt celui du principe du partage des pertes et des profits.

427. Ce caractère onéreux des opérations bancaires islamiques a surpris beaucoup de juristes et d'économistes voire même de financiers, qui voyaient dans ce système une idée loin être en adéquation avec les principes religieux⁷⁴². Certains n'ont pas hésité à qualifier ces banques d'officines de financement des mouvements terroristes ou de blanchiment d'argent. On a même affirmé que les banques islamiques ne sont pas des banques au sens de la loi française du 24 janvier 1984. Pourtant les opérations bancaires sont susceptibles d'être soumises au contrôle des autorités financières⁷⁴³, que ce soit par les TRACFIN ou l'AAOFI et même par l'ACP. Mieux encore, la banque islamique respecte toutes les opérations bancaires au sens de l'article L. 311-1 du Code monétaires et financier. Il ne suffit pas de donner aux banques islamiques la qualification de banque pour leur permettre d'exercer et de concurrencer les banques occidentales, mais en plus il faut ensuite examiner les produits qu'elles mettent à la disposition de leurs clients qui doivent répondre à une double exigence. D'abord comme toutes les banques islamiques ces produits doivent respecter les principes posés par la religion musulmane, mais ils ne doivent pas méconnaître les dispositions régissant les contrats en droit français.

428. Cette juxtaposition des produits et des contrats⁷⁴⁴ va donner naissance à un contentieux, qui ne sera non seulement celui de la loi applicable et des juridictions compétentes, mais

⁷⁴¹ Cf. H. AlGabid, *Les banques islamiques*, *op. cit.* p. 76.

⁷⁴² Cf. Sami Aldeeb, « Les intérêts chez les Juifs, Chrétiens et Musulmans », *op. cit.* p. 4.

⁷⁴³ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique, une finance douteuse ? », *op. cit.* p. 3.

⁷⁴⁴ G. Saint Marc, « La finance islamique: un enjeu pour la France », *in la finance islamique l'autre finance*, *op. cit.* p. 104 « outre le fait qu'il partage avec la charia des principes semblables comme la prohibition de l'usure, l'encadrement du jeu, le principe de l'objet déterminé ou déterminable des conventions, le respect des bonnes

aussi, la vraie nature juridique de ces contrats commercialisés par les banques islamiques sur le sol français. Ces points, relatifs aux produits et aux contrats seront examinés, en analysant le fonctionnement cette banque, dans la seconde partie de cette thèse.

mœurs, ect.), pour l’auteur le droit français est largement compatible à la finance islamique, le jeu est interdit depuis 1804 et l’usure est aussi prohibée en droit français.

Deuxième partie: La banque islamique, un paradoxe

429. Le système financier islamique se distingue du modèle classique à bien des égards, tant au niveau de son organisation que de son fonctionnement. Ces différences de fond et de forme font de cette industrie un système complexe ayant recours à des réalités opposées à celles qui fondent la finance classique⁷⁴⁵.

430. Cette opposition ne se limite pas à ces prohibitions et à ces principes éthico-religieux⁷⁴⁶. Elle réapparaît au plan organisationnel avec la présence du comité de *zakat*⁷⁴⁷ qui se charge de récupérer et de redistribuer l'aumône conformément à la loi islamique. Outre, ces principes et ces fondements, le fonctionnement et l'organisation des banques islamiques recourent à d'autres critères absents des banques classiques.

La genèse de l'organisation des banques islamiques avait été présentée par Monsieur Siagh en tenant compte de son environnement intangible. Il avait pris en considération des critères « d'un milieu dominé par des idéologies culturelle, religieuse, ce qui explique son absence d'organigramme homogène »⁷⁴⁸. Contrairement au modèle classique les promoteurs de la finance islamique ont été obligés d'intégrer des considérations et des exigences venant d'univers divers. Toutefois, les banques islamiques empruntent souvent la même forme juridique que leurs homologues classiques, c'est-à-dire celle d'une société par action. Une telle structure sociétale est légitime au regard des règles religieuses puisque le contrat de société est reconnue et légitimée en droit musulman⁷⁴⁹. Cette reconnaissance est fondée sur le principe de partage des bénéfices et des pertes qui demeure l'élément essentiel⁷⁵⁰.

Nous allons emprunter la structure comparative utilisée par le Professeur Broquet⁷⁵¹, puisqu'elle met en avant les services opérationnels et les services structurels. Par ailleurs, elle

⁷⁴⁵ La prohibition de l'intérêt et de la spéculation et investissement dans des secteurs licites, Cf. première partie

⁷⁴⁶ S. Hazoug, « De quelques aspects éthiques de la finance islamique », in *Finance Ethique*, ss. dir. Ch. Cutaja, J. Lasserre Capdeville et M. Storck, Lamy 2013, p. 258. Selon l'auteur « *La finance islamique est soumise au respect d'un certain nombre de règles : la prescription du riba (...) et la présence d'un comité religieux pour homologuer les produits..* ».

⁷⁴⁷ Un des cinq piliers de l'islam, qui correspond à l'impôt sur les richesses.

⁷⁴⁸ L. Siagh, *L'organisation des banques islamiques*, op. cit. p. 171.

⁷⁴⁹ G. Causse Broquet, *La finance islamique*, op. cit. p. 118.

⁷⁵⁰ Ch. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz 2005, p. 273.

⁷⁵¹ *Ibid.* p. 15.

révèle les caractères dérogatoires de la structure bancaire islamique. Les premiers se chargent de l'activité de production, tant dis que les autres mènent le contrôle des opérations. L'organisation d'une banque islamique a été présentée pour la première fois par l'association internationale des banques islamiques avant de l'adapter à l'évolution du monde de la finance, avec l'instauration de nouveaux départements comme l'étude- recherche et le service des affaires internationales des banques islamiques.

431. Cette évolution ne peut pas se faire sans mettre en conformité les règles religieuses aux normes de régulations internationales ; car presque tous les systèmes financiers sont soumis au contrôle des instances internationales, telles que le comité du Bâle et le FMI⁷⁵².

432. La subdivision de la structure bancaire peut se faire en fonction des organes qui la composent : d'un côté nous avons les organes de gestion et de l'autre les organes de contrôle. Pour les premiers on y trouve le conseil d'administration et les dirigeants dont la qualité de musulmans est une condition d'éligibilité dans ces instances. Cette exigence semble accentuer, selon nous, l'idée de communautarisme que certains avaient avancé pour refuser d'implanter les banques islamiques en France.

433. Malgré cette recommandation religieuse, elle reste ouverte aux non musulmans en ce sens que la qualité de musulman n'est pas requise pour contracter avec ces banques, mieux encore cette finance se présente comme une alternative à la finance classique et une solution à la crise⁷⁵³. Les organes de contrôle comprennent le comité d'audit qui permet de déceler les risques bancaires et de vérifier les capitaux propres des banques conformément aux recommandations de Bâle II.

434. Si la différence de fonctionnement se caractérise par l'application du principe de partage des profits et des pertes, celle de son organisation est marquée par la nature des contrats basée sur un rapport « entrepreneur-investisseur ». Une nouvelle forme d'application du rapport classique prêteur-emprunteur, mettant en avant l'idée de la participation et prise de risque⁷⁵⁴.

⁷⁵² E. Brack, « Les défis soulevés par le développement de la banque islamique », *Revue Banque*, nov. 2007 n° 696, p. 41.

⁷⁵³ G. Causse Broquet, « La finance islamique : Remède aux crises financières ou retour au « vrai capitalisme » ? », *Revue Banque* n° 759 avril 2013, p. 79 ; V. O. Pastré, E. Jouini, *La finance islamique une solution à la crise*, *op. cit.* p. 67.

⁷⁵⁴ Ce principe constitue, alternatif de l'intérêt dans la finance classique, il permet de rémunérer les parties sans tenir compte de l'écoulement du temps

Le *charia board*⁷⁵⁵ est habilité à vérifier les exigences religieuses requises pour la validité des produits et des contrats conformément aux règles du droit musulman. Il constitue une originalité de cette finance et demeure aussi un élément essentiel dans l'organisation des banques islamiques.

435. L'opposition est plus apparente en externe avec le contrôle exercé par la Banque Islamique de Développement (BID) et *l'Accounting And Auditing Organisation for islamic financial institutions (AAOIFI)*. Ce dernier a pour mission de contrôler la conformité des produits aux normes religieuses et des dispositions de Bâle relatives à la sécurité financière des banques et à leur capacité de solvabilité⁷⁵⁶.

436. La structure de cette banque décèle en son sein des ambiguïtés qui se manifestent par une absence d'organe de contrôle uniforme. En plus, le conseil religieux qui est la pièce maitresse n'est toujours pas intégré l'organigramme des banques en France. Aucune des réformes⁷⁵⁷ entreprises n'avait s'intéressé sur la question du contrôle religieux ni sur son statut juridique. Malgré cette carence, des produits islamiques sont commercialisés en France sans passer sous le crible d'un *charia board* agréé par les autorités françaises.

437. Par ailleurs, le fonctionnement de cette banque a fait l'objet de travaux de grande envergure, dont les plus remarquables ont été portés sur des produits comme les *sukuk* dont leur réception ont été envisagées sous l'angle fiscal⁷⁵⁸. Cette démarche entreprise par le législateur avait négligé l'aspect juridique et plus particulier le droit des. Or il paraît impossible de traiter du droit bancaire sans poser les règles du droit des contrats qui sous-tend l'ensemble des produits commercialisés, en allant du contrat de prêt aux cartes bancaires en passant par les opérations de crédit.

438. Le vocable banque islamique, nous fait souvent penser à des banques sans intérêt ou gratuites. Toutefois, l'étude du fonctionnement de cette banque fait apparaître non seulement un élément rémunérateur mais son coup final semble être plus couteux que l'intérêt classiquement connu en finance conventionnelle.

⁷⁵⁵ C'est une entité indépendante de conseillers spécialisés dans la jurisprudence islamique chargée de passer en revue et de superviser les activités de la banque islamique pour assurer leur conformité avec les principes de la charia.

⁷⁵⁶ Ch. Boisseau, « A propos de Bâle III », *Revue Banque*, mai 2012, n° 748, p. 19.

⁷⁵⁷ La réforme de 2010 sur l'ACP et la récente loi bancaire sur la séparation entre les activités bancaires.

⁷⁵⁸ Cf. I. Cekici, « Les premiers pas de l'administration fiscale », *op. cit.* p. 4.

439. Cette industrie qui se fonde sur un droit constant qui refuse de suivre l'évolution économique en atténuant l'interdiction du *riba*, a tout de même à évoluer en instaurant des nouveaux produits jusque là méconnus, comme les *sukuk* et les *takaful* dans le seul but de concurrencer la finance classique.

440. L'état de fait tenant à la méconnaissance et à l'émergence de produits modernes, ainsi qu'à l'absence de contrôle religieux, nous a permis de parler du paradoxe de cette finance dans cette seconde partie. Deux titres y seront abordés. Le Titre I, relatif à « L'organisation et la gouvernance des banques islamiques », permettra de mettre en relief tout à la fois l'organe interne à caractère religieux et les organes externes à caractère administratif, judiciaire voire juridictionnel. Le Titre II intitulé « L'Émergence d'une théorie générale du droit des contrats : une nécessité pour l'instauration d'un droit bancaire islamique » sera consacré à la présentation et à l'examen juridique de l'ensemble des produits et enfin à un essai de qualifications juridiques en tenant compte des règles des deux systèmes.

Titre I : L'organisation et la structure des banques islamiques

441. Avec la mondialisation de la finance islamique au cours de ces dernières années les activités bancaires ont connu un succès spectaculaire, tant au niveau des volumes enregistrés que des marchés couverts et ouverts⁷⁵⁹. La prolifération de ses produits a donné lieu à une hausse de son taux de croissance annuel atteignant aujourd'hui les deux chiffres⁷⁶⁰. Selon les dernières estimations de *Standard and Poor's*, les actifs de la finance islamique devraient atteindre les trois milles milliards de dollars en 2015, soit un doublement des actifs de 2011. Une telle croissance ne passe pas inaperçue surtout pendant, cette période de crise financière où la faillite des établissements financiers s'accompagne d'un risque de défaut des Etats souverains et d'une fragilisation de la confiance des marchés⁷⁶¹.

442. Cette expansion fulgurante s'est opérée à un moment où le système dominant était remis en cause⁷⁶² par des phénomènes divers, tels que la crise des *surprime*⁷⁶³ et l'affaire Jérôme Kerviel⁷⁶⁴, alors que les principes à l'origine de ces événements sont prohibés dans le fonctionnement des banques islamiques.

443. Dans ce contexte, la finance islamique se présente comme une solution pour redynamiser l'économie française. Notre étude s'inscrit dans cette logique, en se fondant sur les principes éthiques et sociaux de la finance islamique peuvent contribuer selon nous, à l'émergence d'une finance sociale répondant plus aux préoccupations des individus.

444. Les anglais sont les premiers en Europe à planter des banques islamiques depuis 2004. Cette implantation a permis à la place de Londres d'attirer les excédents de liquidités disponibles dans les pays du Golfe⁷⁶⁵.

⁷⁵⁹ M. EL-Gamal, *La finance islamique, aspects économiques, pratiques et légaux*, op. cit. p. 67.

⁷⁶⁰ G. Affaki, I. Fadlalla, D. Hascher et A. Perard, « Rapport du groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques », *F-X Train*, 21 septembre 2009, p. 12.

⁷⁶¹ O. Rochdahou, « La réception de la finance islamique en France », *Revue Banque*, mars 2013 n° 758, p. 67.

⁷⁶² G. Causse Broquet, « Introduction au dossier la finance islamique: une autre finance », op. cit. p. 1.

⁷⁶³ Depuis 2002, la banque centrale américaine ou Réserve fédérale (FED), qui encourage le crédit facile pour relancer l'économie, a permis à des millions de foyers modestes de devenir propriétaires, moyennant des prêts à surprime dits "subprimes" : bas au début, leur taux variable peut atteindre 18 % au bout de 3 ans

⁷⁶⁴ Ancien trader de la Société Générale, Jérôme Kerviel était accusé d'avoir pris à l'insu de sa hiérarchie des positions spéculatives de dizaines de milliards d'euros sur des marchés à risque. En première instance comme en appel, il a été condamné à cinq ans de prison dont trois ferme, et devra rembourser 4,9 milliards d'euros à son ex-employeur. Il a décidé de se pourvoir en cassation, il a par ailleurs, saisi le Conseil de Prud'hommes de Paris pour réclamer 4,9 milliard d'euros à la société générale. Cette demande nous dit-il qui semble ironique était introduite pour obtenir une expertise sur les fraudes que la société générale lui reproche. Cette demande vient d'être rejetée par le conseil de Prud'hommes le 5 juillet 2013, les conseillers ont jugé cette demande d'expertise illégitime, et fixe le prochain jugement, le 24 mars 2014.

445. D'autres, à l'image du Professeur Broquet, y voient un remède aux crises financières. Mme Broquet compare le système islamique au modèle classique qui selon elle obéit à la seule logique de la recherche du profit, or la finance islamique se base sur d'autres référentiels recourant à des caractères éthiques voire moraux⁷⁶⁶. Le rôle de l'argent, les principes d'équité et d'équivalence et des mécanismes participatifs sont au cœur du fonctionnement des banques islamiques. Certains de ces principes sont utilisés dans certains compartiments de la finance classique comme : l'économie réelle et la finance responsable qui se fondent sur des principes éthiques. Toutefois, la prise en compte des règles religieuses dans l'industrie islamique constitue la principale ligne de démarcation entre ces deux systèmes finance⁷⁶⁷.

446. La France ne peut pas profiter de cette industrie, selon nous, sans prévoir des aménagements juridiques approfondis⁷⁶⁸ dépassant le plan fiscal. C'est pourquoi notre étude tente de compléter l'évolution des normes réglementaires. En proposant l'instauration d'un conseil religieux à la française et une prise en compte du fait religieux pour qualifier les produits bancaires islamiques, afin de faciliter l'accueil de cette finance en France⁷⁶⁹.

447. Rappelons que des réformes ont été déjà faites, la première est intervenue le 17 juillet 2007 par une note de l'autorité des marchés publics « *Les critères extra financiers de la sélection de titres : cas des OPCVM se déclarant conformes à la loi* ⁷⁷⁰ ». Cette intervention de l'AMF marque le début de l'introduction des produits islamiques en France et règle par la même occasion, nous semble-t-il, un des obstacles juridiques pour la réception de ces banques en France : la question de leur agrément. Nous pensons que ce même procédé utilisé pour agréer les *sukuk* en droit français via l'application des critères extra-financiers peut être transposé dans la procédure d'agrément des banques. En effet, les obstacles sont presque identiques dans la procédure d'agrément tant financier opéré par l'AMF que celle de la

⁷⁶⁵ Cf. Dossier la finance islamique l'ouverture européenne, *op. cit.* p. 12.

⁷⁶⁶ S. Hazoug, « De quelques aspects éthiques de la finance islamique », in *Finance et éthique*, ss. dir. Ch. Cutajar, J. L. Capdeville et M. Storck, Lamy 2013, p. 277.

⁷⁶⁷ G. Causse Broquet, « La finance islamique : Remède aux crises financières ou retour au vrai capitalisme », *Revue Banque*, n° 759 avril 2013, p. 81. La finance islamique repose sur des valeurs morales et des principes de bon sens oubliés par les économies occidentales dont la seule logique est désormais la recherche du profit à court terme. Elle pourrait servir de référentiel à ceux qui tente d'endiguer les dérives actuelles de notre système capitaliste.

⁷⁶⁸ O. Rochdahou, « La réception de la finance islamique en France : Face à la crise une réponse éthique », *Revue Banque* n° 759 avril 2013, p. 72

⁷⁶⁹ En procédant à une étude mineuse de cette instance religieuse qui est la marque de distinction fondamentale entre les deux systèmes.

⁷⁷⁰ AMF, note du 17 juillet 2007 disponible sur : http://www.amf.fr/document/general/7876_1.pdf

banque conduite par l'ACP. En France l'organisme de placement collectif des valeurs mobilières est agréé par l'Autorité des Marchés Publics et cette dernière pose le respect des dispositions réglementaires comme condition essentielle d'agrément : « *Les extra financiers retenus doivent respecter l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires en vigueur* ⁷⁷¹ ».

448. L'introduction des *sukuk* ⁷⁷² dans l'arsenal juridique français avait donné naissance à des critères d'agrément nouveaux : la prise en compte des éléments autres que financiers à l'image des règles religieuses comme condition d'agrément des OPCVM ⁷⁷³. Cette démarche entreprise par l'autorité des marchés publics consistant à pendre en compte des critères autres que financiers pour réceptionner les *sukuk* comme un instrument financier peut être utilisée, à notre avis, par l'ACP pour délivrer des agréments aux banques islamiques désirant s'installer sur le sol français.

449. Actuellement, aucune procédure dérogatoire n'est prévue pour l'agrément d'une banque islamique en France si ce n'est la procédure de droit commun prévoyant une exception via le passeport unique. Cette exception permet aux établissements bancaires détenteur d'une autorisation ou d'un agrément délivré par l'autorité habilitée d'un des pays de l'UE, d'exercer l'activité bancaire dans toute la communauté sans solliciter un agrément local. Cette procédure tire son fondement sur le principe de la libre circulation des services consacré par le traité de Rome et repris dans les articles 49 et 56 du traité sur le fonctionnement de l'union européenne relatifs à la liberté d'établissement des établissements de crédit et des prestataires de services financiers ⁷⁷⁴ : « *Les établissements de crédit, les établissements de paiement et les établissements de monnaie titulaires d'un agrément délivré par un pays membre de l'union européenne ou l'Etat adhérent. L'agrément dont ils sont titulaires ces établissements a un effet dans toute l'Europe ; la Grande- Bretagne peut se prévaloir de ces dispositions européennes pour implanter une de ces filiales en prenant une*

⁷⁷¹ H. Martin-Sisteron, « OPCVM Islamique, un mode de financement innovant pour les infrastructures ? », *Revue Banque*, mars 2013, n° 758, p. 69.

⁷⁷² Cf. le site Internet de la DGTPE <www.dgtpe.bercy.gouv.fr ; I. Cekici, « Le développement de la finance islamique en France le premier pas de l'administration fiscale », *Revue Lamy droit des affaires* n° 35 février 2009 p. 77

⁷⁷³ Th. Bonneau, « Organisme de placement collectif en valeurs mobilières, Loi islamique », *Revue de droit bancaire et financier*, nov-déc. 2007, p. 65.

⁷⁷⁴ La directive n° 2006/48/CE, *JCP E.* 2006 pan. 2499, V. aussi *Revue droit bancaire et financier* jan-fev. 2007, p.7 ; Cf. Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. p. 51.

participation dans une banque, cette banque transplantée sera soumise à la réglementation bancaire en vigueur dans le pays d'accueil ».

450. L'implantation d'une banque islamique par un pays non membre de l'union européenne doit se faire conformément à la réglementation en vigueur du pays d'accueil. C'est pourquoi nous pensons que cette dérogation ne semble pas être en faveur des banques islamiques, dès lors qu'elles seront toujours soumises à la loi bancaire française, même si elles sont agréées dans d'autre pays. D'où l'importance d'examiner la procédure de droit commun d'agrément, afin de l'harmoniser aux règles religieux.

451. Cette législation européenne ne change en rien de la réglementation bancaire en vigueur en France, puisque la banque islamique est obligée d'être agréée par l'autorité compétente d'un pays membre de l'union pour être acceptée en France. Ce constat nous fait penser qu'un établissement bancaire islamique qui veut s'installer en France doit passer par l'autorité de contrôle prudentiel. La prise en compte de critères extra financiers n'est pas nouvelle dans le système bancaire français car de tels procédés sont souvent retenus pour l'agrément des établissements du secteur de l'économie sociale et solidaire⁷⁷⁵.

452. Les interventions ne se limitent pas à des fiches fiscales publiées par l'administration fiscale, introduites pour alléguer cette double taxe qui frappe certaines opérations islamiques du fait qu'elles nécessitent à la fois une opération d'achat et de vente. Mais le législateur doit désormais se préoccuper de la manière dont ces banques doivent obtenir l'agrément bancaire délivré par l'ACP au même titre que les banques classiques.

453. Cette méthodologie consistant à passer par des techniques fiscales semble orienter la France, selon nous, vers un « accueil externe des banques islamiques », plus connu sous le nom des fenêtres islamiques. Elle consiste à implanter les banques hors du territoire tout en confiant le contrôle aux mêmes autorités de contrôle que celles des banques classiques.

454. Ces principes qui fondent le système islamique présentent de bonnes garanties face à la crise financière⁷⁷⁶ car, la spéculation et l'incertitude sont interdites. En conséquence, la rémunération du ou des partenaires se fait en tenant compte de leurs degrés de participation. Cette idée de répartition du risque permet de respecter au mieux l'équilibre contractuel qui est

⁷⁷⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire* 2007, 7^e éd., n° 199, p. 134.

⁷⁷⁶ M. Hassan, J. Dridi, « Mise à l'épreuve les banques islamiques ont mieux résisté à la crise que les banques classiques », *Finance et développement*, déc. 2010, p. 47.

le fondement de l'interdiction du *riba* et sert en même temps l'économie générale du contrat en droit musulman⁷⁷⁷. Cette idée d'équilibre et d'équité contractuelles sont au cœur du mécanisme contractuel français, mais il ne semble suffire pour accueillir de cette industrie.

455. Certains de ces produits : la *moudaraba* ; la *moucharaka* ; la *mourabaha* et l'*ijira* n'offrent pas de sécurité suffisante en ce qui concerne leur mode de contrôle. En effet, l'application du principe de partage des profits et des pertes est déjà en lui même aléatoire et risqué puisque rien ne nous garanti la réussite du projet⁷⁷⁸. C'est pourquoi il est primordial d'instaurer des instances de contrôles collégiales en faisant appel à un organe respectant à la fois les règles religieuses et les dispositifs financiers et veillant à la conformité aux normes internationales⁷⁷⁹. Cette supervision est indispensable tant pour les clients que pour la bonne gouvernance du système financier⁷⁸⁰. Elle est d'autant plus utile, selon nous dans le système financier islamique et cela pour deux raisons. La première est due à l'application des règles participatives pouvant donner lieu à des risques de pertes énormes. La seconde est la conséquence de son caractère religieux nécessitant un contrôle supplémentaire en plus de celui opéré par le conseil religieux⁷⁸¹. c'est pour ces raisons que le système islamiques doit être contrôlé à tous les niveaux par des organes à la fois religieux, administratifs et financiers.

456. Les organes de contrôle interne à caractère religieux seront abordés dans un premier chapitre, avant d'examiner les organes de contrôle externe à caractère administratif, financier et judiciaire dans un second chapitre.

⁷⁷⁷ J. B. Heinrichi, « Les principaux contrats de financement utilisés par les banques islamiques », *La Revue Banque*, n° 478, déc. 1987, p 1135.

⁷⁷⁸ G. Causse Broquet, *La finance islamique*, *op. cit.* p. 146 « l'auteur demande si la réglementation du Bâle est efficace car les risques encoururent dans les banques islamiques son spécifiques.

⁷⁷⁹ F. Achi ; « La gouvernance des comités de charia », *op. cit.* p. 3

⁷⁸⁰ G. Vaysset, « Contrôle interne : Nouvelles avancées dans le secteur bancaire et financier » : in *le rapport morale de l'argent dans le monde 2006*, Association d'économie financière, Lille 2006, pp. 299-312.

⁷⁸¹ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique une finance douteuse ? », *op. cit.* p. 9.

Chapitre I : Les organes de contrôle interne à caractère religieux

457. Pour examiner l'organisation du système bancaire islamique il est nécessaire de prendre comme référence le modèle bancaire français. Le choix de ce dernier se justifie d'une part par notre démarche comparative et, d'autre part, par le caractère homogène de son organisation interne. La structure interne des banques islamiques comprend le service de *charia board* ou conseil religieux, absent dans la structure bancaire classique⁷⁸². Il est l'organe essentiel de distinction, outre l'interdiction du *riba*. L'organisation d'une banque islamique peut être différente d'une banque à l'autre. Cette hétérogénéité est due en partie à la divergence dans l'interprétation des textes religieux, à la pluralité des écoles de pensées islamiques et à l'absence d'autorité de la chose jugée.

458. Le *charia board* est composé de conseillers religieux qui jouent un rôle important, tant pour la mise en place de ces produits comme : la *moudaraba*, l'*ijira* et la *moucharaka* que pour le contrôle à la conformité religieuse.

459. Le rôle et la mission du conseil religieux se limitent à la vérification et au contrôle de conformité de ces produits bancaires islamiques, aux valeurs et normes éthico-religieuses. Limitée au système bancaire islamique cette mission ne pose pas à proprement parler de souci majeur, car les banques étaient implantées à l'époque dans des pays musulmans où la *charia* était au sommet de l'ordonnancement juridique.

460. La mondialisation de cette finance coïncide avec la crise économiques et à l'augmentation du prix du pétrole⁷⁸³. Cette dernière a permis aux pays du Golfe d'imposer leurs règles et d'être le leader sur ce marché avec un fort taux de liquidité. Accueillir la finance islamique au sein des pays occidentaux nécessite à la fois un meilleur encadrement de la gouvernance bancaire, mais aussi l'intégration du conseil religieux pour assurer la conformité des produits en aval et contrôler la commercialisation en amont. La Grande-Bretagne a réussi cette intégration depuis 2004 avec l'implantation de la *Bank Britain Islamic*

⁷⁸² La forme juridique des établissements bancaires est posée dans les dispositions de l'article L. 511-1 du Code monétaire et financier « Les établissements de crédit sont des personnes morales... »

⁷⁸³ Cf. G. Causse Broquet, *La finance islamique*, op. cit. p. 7.

à l'appui d'un *charia board* qui est sous la tutelle à minima de la *finance system authority* (FSA).

461. Cette immixtion religieuse dans le secteur bancaire classique ne risque t-elle pas de poser un obstacle pour la reconnaissance et la qualification de la banque au regard de la réglementation bancaire en vigueur en France⁷⁸⁴ ? Malgré la présence de commissions de déontologie⁷⁸⁵ instaurées par la loi du 12 juillet 1990 relative au *blanchiment des fonds provenant du trafic de stupéfiants et d'activités d'organisations criminelles*⁷⁸⁶, présentant certes des similitudes avec le conseil religieux, mais loin d'occuper une réelle mission de conseil religieux à notre avis, pour les diverses raisons . D'une part, elles ne disposent pas d'une autonomie totale qui est la marque de fabrique des *charias board* et, d'autre part, elles ne semblent pas remplir un pouvoir consultatif consistant à se prononcer sur la conformité religieuse d'un produit islamique.

462. En dépit de cette opposition l'instauration d'un conseil religieux est une condition primordiale pour la réception des banques islamiques en France. Cette introduction dans l'organigramme bancaire français pose un souci, tant pour les organes de contrôle que pour les banquiers, car ces derniers craignent la présence d'un tiers dans leur instance de contrôle. Les comités religieux semblent porter atteinte, selon nous, au principe du secret bancaire⁷⁸⁷. En effet, ils ne sont pas **reconnus** par la structure bancaire en vigueur en France. Bien que la forme juridique n'ait pas été posée d'une manière expresse par le législateur « *quelle que soit la forme juridique de l'entreprise* »⁷⁸⁸, mais l'organe religieux ne figure nulle part sein de l'organisation d'une banque en France. C'est pourquoi nous considérons que l'introduction d'un conseil religieux dans les banques peut être considérée comme l'immixtion d'un tiers

⁷⁸⁴ La notion de banque a été définie, en tenant compte des opérations de banque par la majeure partie de la doctrine, c'est cette définition qui a été reprise tacitement par le législateur de 1984 en son article 311-1.

⁷⁸⁵ Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 8^e ed. Litec, Lexis Nexis, 2011, p. 60. : La plupart des établissements de crédit désignent une ou plusieurs personnes dénommées « déontologue » ou « *compliance officers* » : ils sont chargés de veiller au respect au sein des services de la déontologie professionnelle et de prévenir les critiques que pourraient leur adresser les autorités de contrôle. V. AMF, décision, sanction, 24 juin 2004, Natexis Banques Populaires , Banque et droit sept-oct., 2004, p. 62., La banque commet une faute en mettant pas en œuvre tous les moyens humains et techniques nécessaires pour effectuer le contrôle de service.

⁷⁸⁶ Loi 90-614 du 12 juil. 1990, codifiée depuis les années 2000 dans le Code monétaire et financier sur la partie relative aux déclarations de soupçon et de vigilance : articles L. 561-1 et s.

⁷⁸⁷ Si nous savons que le rôle du comité religieux est de vérifier et de contrôler la conformité religieuse, aussi bien de l'origine des fonds mais aussi de leur destination, ce qui permet aux membres du conseil de s'immiscer directement dans la relation entre le banquier et son client.

⁷⁸⁸ La forme de la société n'a pas été posée, seule une personne morale et comme nous le savons il y a une variété de personne morale : les SA, SARL... cf. L.511-13 du Code monétaire et financier

dans la structure bancaire. Ainsi, la présence des conseillers religieux leur permettant d'avoir un accès sur les informations et les données dont le client confie à son banquier pourrait être qualifié de la violation du secret bancaire⁷⁸⁹. Ce principe interdit au banquier de ne pas divulguer les informations que son client met à sa disposition dans le cadre de leur relation contractuelle. La protection de ces informations s'est imposée dans beaucoup de pays notamment en Suisse où la communauté internationale n'a cessé de critiquer cette rigueur dans la défense des intérêts du client⁷⁹⁰.

463. Le secret bancaire est devenu un principe phare du fait que, le banquier est dépositaire ou détenteur des informations touchant la vie privée des clients. Ce principe est renforcé par une obligation confidentialité, conformément à l'article 571-4 du Code monétaire et financier prévoyant que « *Toute personne qui à un titre quelconque participe à la direction ou à la gestion d'un établissement de crédit ou qui est employée par celui qui est tenue au secret professionnel dans les conditions et sous les peines prévues* ». La violation de cette obligation est sanctionnée à la fois sur le terrain civil⁷⁹¹, pénal, voire même disciplinaire par la commission de sanction de l'ACP depuis le 21 janvier 2010⁷⁹². Ce principe connaît toutefois, des exceptions ainsi lorsque la participation du banquier permet au juge pénal d'obtenir des informations pour prouver une infraction⁷⁹³ notamment en matière de lutte contre le blanchiment d'argent⁷⁹⁴. La violation de ce principe ne pourra pas être soulevée par le client.

464. Pour compléter les développements qui précèdent nous aborderons la structure du conseiller religieux dans une (Section I), afin d'en déduire de l'organe compétent dans le système bancaire français pour jouer le rôle du *charia board* (section II).

⁷⁸⁹ Cass. Com, 10 déc. 2003, *Revue droit bancaire et financier*, 2004, p. 90, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard, le secret bancaire couvre toutes les informations détenue par la banque.

⁷⁹⁰ R. Routier, « Le secret bancaire face au juge civil et commercial en droit français », *Revue Lamy Droit des affaires*, n° 49 mai 2010, p. 55.

⁷⁹¹ La transgression par le banquier de son obligation de confidentialité engage sa responsabilité civile pour le préjudice causé sur le fondement du droit commun de la responsabilité

⁷⁹² L'article L. 613-21 I, Code monétaire et financier ; V. Cass. Com. 5 fév. 2013, note de J. L. Cadeville, *JCP G*, 2013, p. 267.

⁷⁹³ TGI Paris, 20 nov. 1990, *D*, 1992. Somm. 31, obs. M. Vasseur ; CA Toulouse, 8 fév. 1993, *Droit et patrimoine* 1993, n° 6, 37.

⁷⁹⁴ C. Cutajar, « L'extension du champ de la déclaration de soupçon et ses conséquences », *Revue droit bancaire et financier*, 2009, dossier 18.

Section I : La structure d'un conseil religieux

465. Comme son nom l'indique, la banque islamique est une institution financière qui fonctionne selon les règles prescrites par la loi musulmane. Pour vérifier la conformité et le contrôle du label religieux, des conseillers sont investis de pouvoirs de superviser de l'ensemble du processus de formation et de commercialisation des produits bancaires et financiers. En effet, les produits islamiques ne doivent pas être la reproduction des produits commercialisés dans les banques classiques, ils doivent respecter les règles religieuses et être contrôlés par l'instance compétente. Cette instance certifie la valeur islamique de ces produits et le conseil religieux ou la *charia board*, peuvent être définis comme « *des comités consultatifs composés de spécialistes en loi islamique qui se prononcent sur la conformité à la charia des produits financiers proposés*⁷⁹⁵ ». Il est question à travers cette section l'environnement du charia board (§1) avant d'examiner son fonctionnement (§2)

Paragraphe I.) L'environnement du *charia board*

466. Le *charia board* est un organe collégial composé de jurisconsultes musulmans engagés par une institution publique ou privée pour assurer la conformité des transactions aux principes éthico-religieux de l'Islam⁷⁹⁶. Il s'agit d'un organe dont la présence est obligatoire pour l'exercice de toute activité bancaire islamique et pour intégrer l'Association

⁷⁹⁵ Rapport Jouini et Pastré, « Enjeu et opportunité du développement de la finance islamique pour la place de Paris- Dix propositions pour collecter 100 milliards d'euros », 8 déc. 2008 : disponible : [http:// Paris-europlace.net/links/doc063972_fr.htm](http://Paris-europlace.net/links/doc063972_fr.htm).

⁷⁹⁶ Ould Sass, cité par Caline Aoun Maaraoui *Revue du Financier*, *op. cit.* p. 46 ; M. Ainley, Banque Islamique au Royaume-Uni, La FSA est prête à suivre les évolutions du marché, in *La Finance Islamique en Europe*, *op. cit.* p. 35 : « Au Royaume Uni toutes les banques disposent d'un comité de charia dont leur rôle consiste à évaluer les produits pour s'assurer qu'ils sont bien conformes aux percepts de la loi islamiques. », Hamza Nciri, la finance islamique à la française, Economie- Finances, 2011, p.32 ; G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, *op.cit.* p. 134 : « une entité indépendante de conseillers spécialisés dans la jurisprudence islamique chargée de passer en revue et de superviser les activités de la banque islamique pour assurer leur conformité avec les principes de la *charia* (Charpa et Khan, 2001)

Internationale des Banques Islamiques (AIBI)⁷⁹⁷. D'un point de vue historique l'origine de ce type de structure s'inscrit dans une ancienne tradition islamique dite « *Al-hisba* »⁷⁹⁸.

467. Cet organe demeure la marque essentielle de distinction entre les deux systèmes bancaires, tant dans leur structure que leur gouvernance. Toutefois, au sein de la banque le conseil n'a qu'un rôle consultatif, sa mission consiste à contrôler les revenus et les produits avant tout investissement dans les banques islamiques. Il appartient au conseil à prononcer la conformité des produits à la loi islamique. L'importance et la place de cet organe religieux au sein des banques islamiques nous conduit d'aborder la gouvernance du conseil (I) avant de voir le profil de ces membres (II).

I) La gouvernance du conseil

468. Le conseil a un rôle consultatif, ce statut le rapproche des conseils d'audit et juridiques opérationnels dans les banques classiques. Cette similitude dans l'exercice de leur rôle nous a permis de penser à lui attribuer le même statut juridique que ces conseils internes. Toutefois, l'indépendance du conseil religieux reste un critère essentiel et le différencie des conseillers juridiques et d'audit. L'assimilation entre le comité religieux et le comité d'audit faite par M. Serhal atteste de la diversité et de la pluralité des modèles de gouvernance des banques islamiques conseils à travers le monde. En effet, dans le système libanais le conseil religieux est différent du conseil d'audit. La France adoptera peut être ce modèle dualiste puisque présentement la gouvernance des banques en France abrite un conseil d'audit à côté du conseil juridique. Pourtant la note de l'AMF du 17 juillet 2007 ayant posé les critères extra financiers pour la reconnaissance des OPCVM a attribué une large autonomie à la société de gestion pour préserver l'autonomie de cette société⁷⁹⁹. Cette même méthode pourrait être transposée à notre avis, au sein des conseils religieux afin de leur permettre de contrôler la religiosité des banques islamiques en français.

⁷⁹⁷ G. Causse-Broquet, *Les banques islamiques*, op. cit. p. 164; Cf. (A.) Al Bahar, "Islamic banking in the 1990's developments and innovations", *New Horizon*, fév. 1995, pp. 6-7.

⁷⁹⁸ Ch. Wehba Al-Zuhaili, dans son traité du *Fiqh*, fourni une présentation synthétique de la *hisba* en faisant référence aux premiers auteurs en la matière).

⁷⁹⁹ AMF, Critères extra financiers de sélection des titres: cas des OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique : *Revue mensuelle AMF* 2007, n° 38, p. 75-77

469. Lors de la conférence de Paris sur la finance islamique en 2009, Monsieur Christian Noyer gouverneur de la banque de France avait déclaré que : « (...) *au-delà de ces critères d'agrément classiques, les autorités bancaires doivent s'assurer que les banques islamiques interagiront de façon aussi saine que possible avec l'environnement bancaire conventionnel qui sera le leur en France . Par conséquent, des questions essentielles doivent être traitées avant d'accorder un agrément à une banque islamique, notamment en ce qui concerne leur gouvernance ; le rôle du comité charia ; la classification juridique des comptes d'investissement avec partage des profits et ses conséquences en terme de couverture par le système français de garanties des dépôts ; la gestion de la liquidité et l'accès aux financements de la banque centrale européenne, notamment l'émission d'actifs éligibles admis en garanties*⁸⁰⁰ ». Cette constatation du gouverneur renforce l'intérêt de notre analyse sur l'importance du conseil religieux et la gouvernance de ces banques, mais aussi sur les risques bancaires islamiques. C'est dans ce contexte que nous avons jugé nécessaire de faire des recadrages juridiques pour faciliter la réception des banques islamiques.

470. Le développement de cette finance requiert l'élaboration de produits modernes qui doivent respecter les règles religieuses et juridiques du pays dans lequel ils seront commercialisés mais également celle de normes internationales qui demeurent un gage de sécurité pour les clients des banques et des établissements financiers. L'organe religieux va jouer un rôle important dans ce processus d'implantation. C'est pourquoi l'étude de sa composition s'avère indispensable (A), afin d'en déduire les conditions requises pour être membre de ce conseil (B).

A) La composition du conseil religieux :

471. Le conseil religieux comprend généralement trois ou cinq experts en droit islamique ; juristes-*fuqaha* nommés par l'assemblée générale de la banque⁸⁰¹. Leurs réunions s'effectuent au moins une fois dans l'année pour la mise en plan d'un rapport annuel qui doit être présenté aux membres et actionnaires.

⁸⁰⁰ http://www.saphirnews.com/finance-islamique-2010-1-annee-de-la-reussite_a10933.html

⁸⁰¹ G. Brayer, « La finance islamique, une autre finance », in *La finance islamique l'autre finance*, société de législation comparée, 2009, Paris, p. 31.

472. Le principe de la répartition des profits mérite une surveillance particulière, en ce sens le conseil religieux joue donc un rôle de garant du respect de l'équilibre qui est le socle du droit des contrats⁸⁰². La rémunération du capital en Islam pose un souci majeur au sein des courants de pensée islamique, notamment dans les transactions bancaires où l'intérêt est formellement interdit. En finance islamique, c'est le principe de partage des pertes et des profits qui est à la fois l'alternatif et l'élément perturbateur. Les profits donnent ainsi naissance à une contrepartie onéreuse permettant de douter du mode de fonctionnement de cette banque que nous pensons n'être que gratuite. Le principe de partage des pertes et des profits accroît les risques dans le système islamique, car l'obligation de restitution n'est pas toujours garantie surtout en cas de perte ou les parties sont obligées de combler le déficit. L'application du principe de partage des profits et des pertes transfère une prise de risque à l'égard du banquier islamique, ce que nous considérons comme de l'incertitude. En effet, au moment de la conclusion du contrat aucune des parties ne pourrait garantir le résultat positif du projet. Ce qui est interdit sur le fondement du mécanisme du *gharar*, puisque les partenaires ne savent pas avec certitude les résultats de l'opération financée ce qui est contraire aux règles islamiques. Toutefois, cette prise de risque peut renforcer la qualité de banque islamique au regard de la nouvelle tendance doctrinale qui a avancé l'idée de prise de risque comme un critère d'une opération de crédit⁸⁰³. Le risque de crédit est le risque pour le financeur de ne pas être remboursé à l'échéance par le débiteur, autrement dit le risque de défaillance de l'emprunteur. En droit interne d'autres expressions voisines dérivées de crédit sont utilisées en lieu et place de la notion de risque⁸⁰⁴.

473. La réforme intervenue en 2006 sur le droit des sûretés⁸⁰⁵ avait en partie pour but de renforcer les garanties de solvabilité du débiteur. Cette protection s'est opérée par la mise en place des mécanismes permettant de vérifier en amont de l'engagement la solvabilité de la

⁸⁰² A. Abdel Karim, the Independence of Religious and External Auditors: « *The Case of islamic bank, Accounting* », *Auditing et Accountability journal*, 1990, 3 (3), p. 35).

⁸⁰³ G. Ansaloni, « Le risque de crédit, critère de la notion d'opération de crédit en droit français », *Banque et Droit*, n° 148 mars-avril 2013, p. 18. Selon l'auteur les critères classiques d'opérations de crédit sont insuffisants en plus les dérivés de crédit sont considérés comme des moyens de transfère de risque de crédit, tout en posant les limites de ce critère si le crédit à un caractère international »

⁸⁰⁴ R. 214-193 du Code monétaire et financiers ; L.313-6, ce dernier fait allusion au fichier des incidents de paiement et de crédit tenus par la Banque de France

⁸⁰⁵ Ordonnance du 23 mars 2006-346 du 23 mars 2006, ayant modifié l'article 2284 et s du Code civil. Disponible sur : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000639090&dateTexte=&categorieLien=id>

caution. L'élargissement de l'assiette du principe de la proportionnalité qui prend en considération désormais outre les biens meubles l'ensemble du patrimoine immobilier de la caution⁸⁰⁶.

474. Les banques islamiques couvrent leurs risques par différents moyens dont certains sont inhérents au remboursement de crédit. Ainsi dans le cadre de l'opération de *murabaha*, la banque prend généralement des garanties pour minimiser le risque du crédit. Le système islamique connaît aussi le gage ; l'hypothèque et la garantie d'une tierce personne⁸⁰⁷. Le contrat *salam* peut être assorti de garanties contre le défaut de livraison à l'échéance⁸⁰⁸.

Le critère du risque ne manque pas dans le secteur bancaire islamique, il est symbolisé par l'application du principe de partage des profits et des pertes. L'idée principale est celle de l'association entre le capital et le travail. C'est au moment du dénouement de l'opération que le risque apparaît, notamment dans l'hypothèse d'une perte les parties ne reçoivent plus le même montant investi⁸⁰⁹. Par ailleurs, les produits qui gouvernent le fonctionnement de l'industrie bancaire islamique sont spécifiques tant au regard de la pluralité des parties que des modalités de montage de projets. Cette structure des produits fait naître des risques à toutes les phases du projet. Le risque en période de construction ; pendant cette phase les risques seront répartis selon le nombre d'intervenants à ce stade. Le risque sera défini comme une menace ou un obstacle pour la réalisation d'un objectif⁸¹⁰. Peuvent être cités également les risques de retard d'achèvement et de dépassement d'honoraires, pouvant résulter d'une sous estimation des coups et les charges, souvent pris en compte par les polices d'assurance construction dans les limites du respect du *gharar* (aléa) ; ou encore les risques observés en période d'exploitation, à raison notamment de pannes de machines, appelés risques technologiques.

475. Cette prise de participation qui gouverne l'activité bancaire islamique avec l'application du principe de partage des profits et des pertes est proche selon nous du crédit responsable.

⁸⁰⁶ Cass. Com. 17 juin 1997, *JCP. E.* 1997, II. 1007, note D. Legeais : « La Cour de Cassation devait ainsi énoncer que le fait pour un créancier de solliciter un cautionnement qui est manifestement disproportionné par rapport au patrimoine et aux revenus d'une caution peut être constitutif d'une faute, cause responsabilité pour le créancier. » à relire

⁸⁰⁷ F. Guéranger, *Finance islamique une illustration à la finance éthique*, Dunod, Paris 2009, p. 63.

⁸⁰⁸ G. Causse Broquet, *La finance islamique*, op. cit. p. 148.

⁸⁰⁹ G. Parleani, « Regard pragmatiques sur la finance islamique », *Revue droit bancaire et financier*, mars-avril 2012, p. 77.

⁸¹⁰ H. M. Sisteron, *Finance islamique et financement de projets en France*, op. cit. p. 204.

Notion émergente de la famille des affaires souvent définie comme un crédit qui prend en considération les intérêts de l'emprunteur⁸¹¹, et le prêteur prend intègre des critères autres que financiers pour déterminer le coup du crédit. Cette situation trop risquée a permis d'installer un contrôle hybride, d'un côté l'organe religieux, et de l'autre des organes de contrôles administratifs et financiers que la banque islamique partage avec le système classique.

476. L'intégration du conseil religieux dans l'organisation bancaire ne va-t-elle pas modifier la nature juridique banques occidentales ? Avant d'apporter une réponse à cette problématique, il serait nécessaire d'étudier le mode de nomination de ces conseillers religieux ce qui peut nous révéler des éléments sur le statut juridique de cet organe. Pour être membre de ce conseil, il faut remplir certaines conditions celles relatives aux personnes sont capitales.

B) Les conditions requises pour être membre :

477. Les membres de ce conseil sont appelés à trancher des questions relatives au droit musulman et à la *fiqh* (jurisprudence islamique). Cette coloration religieuse nécessite une connaissance approfondie des normes religieuses, notamment celles du droit des affaires en général, et le droit bancaire en particulier⁸¹². Ces membres doivent avoir des compétences pluridisciplinaires touchant à la fois l'économie ; la finance et certains secteurs du domaine des affaires. Cette compétence transversale se justifie par le caractère globalisant de la religion musulmane au sein de laquelle tout est regroupé dans un corps unique⁸¹³. Il n'y a pas à distinguer entre l'économie et le droit, ni entre la finance et la morale. Leur niveau de connaissance doit dépasser celui des sources du droit musulman. Les juristes doivent avoir une connaissance très large de ce droit pour pouvoir en déduire l'interprétation et l'appréciation la plus exacte. Ce constat ne pourra pas se faire sans la connaissance du sens, de la portée voire de la valeur des *hadiths*, des versets et des *fatwas* rendus dans ce domaine.

⁸¹¹ D. Legeais, « Crédit responsable » *Revue droit bancaire et financier*, mars-avril 2012, p. 71.

⁸¹² Hih Siti Faridah Abd Jabbar, « the Shari'a supervisory board of Islamic financial institution. »: *a case for governance*, 2009, *Compagny Lawyer*, p. 243

⁸¹³ F. Achi, E. Forget, « La Gouvernance des comités charia », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2011, étude 14, p. 3 : « Les *scholars* doivent en effet justifier d'une haute qualification en droit musulman, d'une expérience théologique de terrain, et être familiarisés avec les outils de la finance contemporaine. »

478. En revanche, un problème de ressource humaine se pose à ce niveau. En effet, il est très difficile de trouver des *scholars* (conseillers religieux) remplissant toutes les connaissances requises. Cette carence est à l'origine la mobilité des conseillers religieux au sein des conseils religieux de plusieurs banques. Cette interférence peut poser des conflits d'intérêt, selon nous, entre ces banques, les administrateurs et les clients des banques, puisque ces conseillers sont souvent rémunérés par les dirigeants de ces banques.

479. Il existe une divergence au sein des différents courants de pensées sur l'interprétation du *hadith*, relatifs à l'interdiction du « *riba* », qui constitue l'un des fondements principaux de cette prohibition : « *Du blé pour du blé à part égale et de main à main ; le surplus étant de l'usure, de l'orge pour de l'orge à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure, des dattes pour des dattes à part égale et main à main, le surplus étant de l'usure. Du sel pour du sel à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. De l'argent pour de l'argent à part égale de main à main, le surplus étant de l'usure. De l'or pour de l'or de part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure.* ⁸¹⁴ ». Cette même divergence alimente le débat au sein des conseils religieux. En effet, chaque conseil interprète les *hadiths* et les versets du Coran selon les recommandations et les dires de son courant de pensée. Heureusement qu'au sein de ces banques la question est plutôt relative à l'autorisation ou à la validation de ces produits ; l'interprétation relevant de la compétence des jurisconsultes eux-mêmes. Les membres de ce comité doivent avoir certaines qualités requises pour faciliter l'exercice de leur fonction et des compétences diverses. Ce qui est très difficile à cumuler ; cela fait que le *charia board* de certaines banques est composé de conseillers religieux qui ne répondent pas à ces conditions relatives à la formation posant ainsi un problème de communication⁸¹⁵ et de coordination dans le processus d'élaboration des *fatwas*.

480. Il ne suffit pas de remplir ces conditions pour être membres, bien qu'elles soient nécessaires. D'autres critères de sélection relatifs au profil des conseillers sont aussi exigés.

⁸¹⁴ Rapporté par El Boukhari, pp. 810-870, cité par Saidane Dhafer, in *la finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e ed. Revue banque éditions, 2011, p. 19.

⁸¹⁵ W. Grais, M. Pellegrini, *Corporate governance and charia compliance in institution offering islamic financial services*, world bank policy research working paper 4054, nov. 2006, p. 9

II) Le profil des membres du conseil

481. Le but et le rôle du conseil sont de valider les produits et les contrats préalablement à leur mise en circulation. Ce caractère religieux fait appel à un profil spécial auquel chaque conseiller doit répondre, afin d'arriver aux résultats escomptés. Pour ce faire les membres doivent avoir des compétences dans le domaine religieux (A) et des connaissances avérées dans le secteur juridique et financier (B).

A) Les compétences religieuses :

482. L'exercice de validation est de la compétence exclusive des « oulémas », c'est à dire les spécialistes de l'interprétation de la science islamique considérés comme des gardiens ; les transmetteurs et les interprètes du savoir religieux de la doctrine et de la loi en Islam. Ils englobent aussi ceux qui assurent des fonctions religieuses et juridiques plus ou moins approfondies, telles les juges et les imans des mosquées⁸¹⁶.

Ils doivent remplir les critères suivants :

1. Bien connaître les principes et les fondements du droit musulman ;
2. Avoir une connaissance suffisante de la langue arabe ;
3. Maîtriser la méthodologie du raisonnement relatif à l'interprétation des textes fondateurs à Savoir le Coran et les *hadiths* dûment authentifiés ;
4. D'être savant en matière de normes et règles jurisprudentielles ;
5. Avoir une connaissance suffisante des questions de consensus ;
6. Obtenir l'approbation de ses pairs comme savants en la matière.

482. Les banques islamiques sont des institutions financières qui obéissent à des règles religieuses. Cette spécificité fait appel des critères autres que religieux, en ce sens l'aspect financier et juridique occupe des places considérables dans le fonctionnement d'une banque.

B) L'aspect juridique et financier

483. Le droit musulman englobe tous les pans de la vie du musulman, cet attribut se reflète dans la structure et sur le profil des conseillers religieux. La mission des conseillers ne se

⁸¹⁶ *Ibid.*

limite pas au seul contrôle de la conformité religieuse ; mais elle s'étend au fonctionnement de la banque elle-même. Ce qui explique le recours à des compétences autres que religieuses.

484. Une connaissance approfondie du droit musulman est requise pour intégrer le conseil bien que ce droit soit difficile à maîtriser du fait, de la diversité des sources et de l'opposition dans l'interprétation des versets et des hadiths. Ce constat atteste la diversité de fonctionnement des conseils, car chaque conseiller religieux applique l'interprétation retenue par son école de pensée.

485. L'aspect financier n'est pas en reste, il est d'ailleurs plus large car il est requis dans le domaine de l'assurance dit *takaful*. Le mécanisme du principe de partage des profits et des pertes fait appel à des mécanismes financiers tant dans la prise de risques que dans la répartition des bénéfices ou les déficits. Cette gouvernance et la qualité des membres de ce comité obéissent aux règles de la loi musulmane ; cette influence apparaît tant à la phase de sélection des conseillers qu'à celle de l'élaboration des *fatwas*.

486. Les anglais ont instauré une banque islamique avec un conseil religieux conduit par la *FSA* qui se charge de l'aspect séculier en confiant le côté religieux à des autres instances. La France peut faire recours à des conseillers externes siégeant dans certains pays musulmans, comme la Syrie ou le Bahreïn. En effet, dans ces deux pays le contrôle de l'islamité des produits religieux se fonde sur les standards de *Islamic Finance System Board (IFSB)*.

487. Les banques françaises ont ouvert des « fenêtres islamiques »⁸¹⁷ en faisant appel à des conseillers religieux siégeant dans d'autres pays, ce que nous appelons le recours aux conseillers externes⁸¹⁸. Ce même procédé peut être utilisé pour la supervision des banques islamiques en France. Cet obstacle lié au contrôle religieux ne nous semble pas être insurmontable, selon nous, car certaines banques françaises sont déjà opérationnelles par le mécanisme des « fenêtres islamiques ». Il suffit juste de changer de méthode, en orientant davantage les réformes sur la gouvernance avant d'arriver aux résultats escomptés.

488. Une fois la composition et les conditions requises étudiées, nous serons amenés d'envisager l'examen du fonctionnement du comité religieux et le rôle des conseillers.

⁸¹⁷ A. Tahiri Jouti, « Les fenêtres islamiques, un dispositif de stabilité et une phase de transition », in *les Cahiers de la finance islamique* n° 5 p. 16 disponible : www.Ifso-asso.com/documents/ ; 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 France, un moteur pour l'économie et un alternatif éthique*, op. cit. pp. 145 ets.

⁸¹⁸ La société générale; BNP et le crédit agricole

Paragraphe II) Le fonctionnement du comité et le rôle des conseillers

489. Le pouvoir de ce conseil ne se limite pas à la vérification de la conformité de ces produits aux precepts religieux. Il joue un rôle de conseil et d'audit sur le fonctionnement des banques, notamment dans le processus de contrôle interne. Pour l'élaboration et la validation de ces produits, le pouvoir se limite à deux niveaux : interne et externe. Ces pouvoirs sont inscrits dans les statuts de chaque institution de la finance islamique⁸¹⁹. Le conseil joue un double rôle, une mission de légitimation et un rôle de réfutation dépassant la structure dans laquelle il siège pour atteindre l'ensemble du secteur, ce qui atteste son organe de contrôle externe. Leur mission principale consiste à reconnaître la valeur islamique et la conformité des règles religieuses de ces produits bancaires islamiques. Le conseil a aussi un rôle de contrôleur interne lui permettant d'avoir un œil sur l'ensemble des activités bancaires. La place du conseil religieux au sein de certaines banques nous permet d'attribuer à cette institution une nouvelle mission consistant à éviter tout conflit d'intérêt entre les services qui la compose.

490. Le *charia board* joue un rôle d'arbitre dans le processus de nomination de ses propres membres ainsi, les membres du conseil sont nommés par une assemblée mixte siégeant en formation plénière⁸²⁰. Son rôle de superviseur et de contrôleur ne se limite pas aux seuls produits, il est habilité à superviser la distribution et le calcul de la *zakat*⁸²¹. Autant de critères de distinction qui la différencient du modèle classique, loin de la fondamentale relative à la prohibition de l'intérêt ou de l'usure. Ce conseil participe doublement au contrôle, d'une part, il veille au contrôle des produits bancaires, d'autre part. C'est un outil de protection de la clientèle du fait qu'il garantit la destination des dépôts⁸²². Ce comité a pour rôle de vérifier la conformité, où l'« islamité », des activités d'une institution financière en réalisant ce que Monsieur C-J. Serhal appelle une forme *d'audit religieux* des activités de la banque⁸²³.

⁸¹⁹ W. Grais, M. Pellegrini, *Corporate Governance and Shariah compliance in Institution Offering Islamic Financial service*, World Bank Policy Research Working Paper 4054, Nov. 2006, p. 2.

⁸²⁰ M. Béchir Ould Sass, « Les comités de la charia n°2, Mars 2011, étude, 14, p.2 », in *La finance islamique : « l'autre finance »*, op. cit. p., 50.

⁸²¹ F. Achit, E. Forget, « La Gouvernance des comités charia », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2011, étude 14, p. 2.

⁸²² C.-J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *Banque et droit*, 2006, n° 106, pp. 36-43.,

⁸²³ *Ibid.*

491. La finance islamique prend en considération des principes d'ordre moral, éthique et social, ces derniers conditionnent le versement de la *zakat* l'aumône, au profil des nécessiteux. Au même titre que le caractère social, l'influence de l'élément moral dans le système islamique a des conséquences puisque les règles morales évoluent d'une société à une autre dans le temps et dans l'espace. Cette diversité fait qu'il n'existe pas un modèle unique de gouvernance qui puisse fonctionner dans toutes les banques, chaque pays, voire chaque organisation adapte son organe selon ses besoins et ses objectifs particuliers⁸²⁴.

492. Les avis de ces conseils sont rendus sous forme de *fatwas* certifiant les produits financiers par le conseil supérieur de l'Université Al-azhar d'Égypte. Cette divergence peut servir de réponse au système français dans le processus d'adaptation du modèle de contrôle. En effet, la reproduction des conseils d'audit présentent dans les banques classiques avec bien sûr l'intégration des conseillers religieux.

493. L'absence de consensus au sein des conseils religieux donnant ainsi naissance à une pluralité de décisions qui ne semble plus être fondées sur de règles religieuses mais plutôt sur des considérations économiques ou marketing. Cette influence économique constitue, selon nous, un paradoxe qui paraît être propre au mode de fonctionnement de la finance classique en ce que ce dernier ne s'intéresse qu'au de profil. Nous allons aborder la réception du conseil religieux en se fondant sur l'expérience anglaise avec l'examen des réformes entreprises dans ce pays (I), avant de les comparer au conseil religieux et aux autres organes de régulation (II).

⁸²⁴ *Ibid.*

I) Les réformes des organes de régulation

494. La finance islamique est convoitée par les autorités du monde entier ; en 2004 l'Angleterre avait ouvert ses portes à cette industrie, après avoir opéré des réformes juridiques de grande envergure dont la plus importante était relative à l'autorité du conseil religieux qui fonctionnait indépendamment du FSA⁸²⁵. Bien que ce dernier ait un rôle de contrôle séculier et non pas religieux. Nous pensons que cette même démarche adoptée chez les anglais peut être transposée dans le système français, afin de permettre à l'autorité de contrôle prudentiel de veiller à la sécurité des banques islamiques, comme elle le fait avec les banques classiques et de confier le contrôle religieux à une instance totalement indépendante non seulement vis-à-vis de l'Etat mais à l'égard de toutes les instances financières. L'Angleterre ambitionnant de devenir le portail de la finance islamique en Europe, avait commencé dès 2003 par des réformes de grande envergure en se montrant très favorable à l'évolution du marché. Dans ce contexte, les autorités ont adopté une loi supprimant la double perception de taxe à l'occasion des opérations islamiques telles que le « *Stamp duty land tax* » puisque cette taxe était exigible en cas d'achat vente qui est le propre des produits islamiques comme la *moudaraba*⁸²⁶.

495. Aujourd'hui cette législation s'applique tant aux particuliers qu'aux personnes morales. Le profit que le vendeur tire de sa transaction ou la marge est qualifié d'intérêt pour être déductible fiscalement⁸²⁷. Ce qui est absurde dans la mesure où le système islamique prohibe l'intérêt. Les aménagements juridiques effectués par les anglais ont été opérés par le biais de *Financial service Authory* (A), alors que la France commence à revoir son arsenal juridique dans ce domaine (B).

⁸²⁵ L. Toxe, « L'expérience britannique : l'évolution de la législation fiscale britannique pour s'adapter aux produits financiers islamiques », *Norton Rose LLP, Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat*,

14 mai 2008, Paris, 16 pages, disponible : www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamiques_toxe.ppt.

⁸²⁶ J. Challoner, L. Toxé, « Comment les britanniques se sont adaptés ? », In dossier La finance islamique en Europe, *op. cit.* p. 38. La FSA utilise le principe « *No special treatment : no obstacle no favour* » tout en reconnaissant la spécificité de la finance islamique ».

⁸²⁷ M. Ainley, « La FSA est prête à suivre les évolutions du marché », In dossier La finance islamique en Europe, *op. cit.* p. 34. Ces dernières années, le gouvernement britannique a accepté d'introduire différentes modifications législatives destinées à corriger ces anomalies

A) L'exemple du *Financial Service Authority (FSA)*

496. Le *FSA* a joué un rôle remarquable dans l'instauration du conseil religieux disposant d'une autonomie totale dans le processus de contrôle et l'élaboration des produits islamiques. Toutefois, le *FSA* déclare ne pas avoir de compétence dans le domaine religieux⁸²⁸. Les autorités anglaises ne font pas de distinction entre les banques sur le plan de la réglementation. Dans cette logique, elles ont établi une concurrence équilibrée sur la place de Londres. En effet, les banques islamiques sont tenues de respecter les mêmes exigences que les autres banques, à savoir une gestion des ressources appropriées et des systèmes de contrôle efficaces.

497. Cette généralisation sera judicieuse au sein du système français du fait du monopole qu'à la banque de recevoir des fonds du public, conformément à l'article L. 511-5 du Code de monétaire et financier : « *Il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. Il est, en outre, interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme* ». Les qualités de gestionnaire de fonds et de dépositaire du banquier ont donné lieu à un mécanisme de contrôle d'une part du risque de solvabilité du banquier et d'autre part de la garantie de remboursement du client.

498. Le système de contrôle en France et en Europe ne prévoit pas une procédure dérogatoire. C'est pourquoi nous pensons que c'est le règlement n° 90-02 du 23 février 1990 relatif aux fonds propres⁸²⁹ qui sera appliqué dans le système financier islamique. Ce qui rejoint les accords de Bâle qui seront développés plus amplement dans la section relative aux organes de contrôle internationaux et la législation française. Cette problématique relative au contrôle de la sécurité financière est le critère essentiel pour l'implantation de ces banques

⁸²⁸ A. El Khamlichi, *Ethique et performance : Le cas des indices boursiers et fonds d'investissement en finance islamique*, Thèse, soutenue à l'Université d'Auvergne le 28 nov. 2012, 333 pages.

⁸²⁹ Cf. http://www.banque-france.fr/ccrf/fr/pdf/CRBF90_02.pdf modifié par les règlements no 91-05 du 15 février 1991, no 92-02 du 27 janvier 1992, no 93-07 du 21 décembre 1993, no 94-03 du 8 décembre 1994, n° 98-03 du 7 décembre 1998, no 2000-03 du 6 septembre 2000 et n° 2000-09 du 8 décembre 2000 et par les arrêtés des 24 mai et 19 septembre 2005, du 3 mars 2006, du 20 février 2007, du 11 septembre 2008, du 29 octobre 2009, du 25 août 2010, du 29 décembre 2010 et du 23 novembre 2011 et de l'arrêté du 2 mai 2011

dans ce pays⁸³⁰. La France aussi connaît le même souci de gouvernance pour l'accueil des banques islamiques, malgré les efforts conjugués.

B) Les réformes entreprises en France

499. Le contrôle des institutions financières est devenu une obligation professionnelle qui incombe à l'Etat ainsi qu'aux divers acteurs du système conventionnel, depuis la crise financière de 2008⁸³¹. L'obligation de sécurité constitue l'un des piliers essentiels pour garantir la protection de la clientèle bancaire. Cette dernière est l'une des missions essentielles de l'ACP depuis le rapport Deletré II⁸³² et celle du reste des partenaires des banques. Cette protection se voit renforcer par les dispositions de l'article L. 511-41 du Code monétaire et financier : « *Les établissements de crédit doivent disposer d'un système adéquat de contrôle interne leur permettant(...) de mesurer les risques et la rentabilité de leur activité* ».

500. Les banques islamiques seront tenues de respecter cette exigence sécuritaire. Elle doit selon nous, être renforcée à divers niveaux, tant au plan interne qu'externe, fonctionnel et structurel aussi. L'exemple du Liban dans ce processus de contrôle est remarquable, en ce sens que ce pays a adopté deux modèles de gouvernance différents. Les uns sont propres aux systèmes classiques les autres aux banques islamiques. Une loi est venue poser les modalités de cette gouvernance dans les banques islamiques par un circulaire numéro 112 en la date du 27 septembre 2007⁸³³ : « *Chaque banque islamique doit créer une unité spéciale, dénommée Unité de gouvernance d'entreprise* », indépendante de la direction opérationnelle de la banque et n'ayant pas de pouvoir exécutif, dans le but de préserver la bonne application et le développement des règles internes relatives à la gouvernance d'entreprise. Cette unité comprendra au moins :

- *Un ou plusieurs membres de la banque, n'ayant pas de pouvoir d'exécutif,*
- *Un ou plusieurs membres de l'organe consultatif crée par la banque en vertu de l'article 9 de la loi du 11 février 2004 relative à la création des banques islamiques au Liban,*
- *Le chef d'unité d'audit interne, relative au contrôle interne des banques,*

⁸³⁰ *Ibid.*

⁸³¹ B. Colmant, Ch. Samson, *L'année du krach*, de boeck et Larcier, 2009, p. 16.

⁸³² www.minefe.gouv.fr/services/rap09/091103rap-deletré.pdf, juil. 2009

⁸³³ Cette circulaire est disponible sur le site de la banque du Liban (BDL)

➤ *Le chef de l'unité d'audit selon la charia ...*⁸³⁴.

501. Cette disposition issue de la Loi du 11 février 2004 instaurant une réglementation bancaire islamique dans ce pays a mis en place à côté du conseil religieux un comité de gouvernance d'entreprise permettant de contrôler ce conseil religieux. Ce comité de gouvernance est dépourvu de toute responsabilité opérationnelle et complètement indépendant de sa direction⁸³⁵. Cette organisation du modèle bancaire islamique était animée par l'idée de garantir la sécurité des déposants. Pourtant, c'est cette même idée de protection qui pose le souci majeur pour l'implantation de cette industrie en France. L'obligation d'information était au cœur de ce processus au Liban. Elle s'effectue via le Journal Officiel, tous les ans deux mois après l'approbation des comptes⁸³⁶. Cette structure organisationnelle mise en place au Liban est considérable selon nous, car elle a pris en considération l'aspect religieux avec l'instauration du conseil religieux sans exclure les banques islamiques de la réglementation bancaire en vigueur. Une telle conception est instaurée aussi en Angleterre, nous espérons que la France suivra ces pays .

502. Les banques islamiques doivent se conformer aussi aux règles prescrites au niveau international par les organismes et institutions financières, tels les principes de solvabilité et de liquidité. Ces derniers sont mesurés par les ratios de solvabilité qui impose le respecter en permanence un certains rapport entre le montant des fonds propres et celui de l'ensemble des risques de crédit⁸³⁷ afin, de permettre une meilleure couverture de risque.

503. Le non respect des recommandations posées par l'ACP considérées désormais comme des règles de la bonne pratique professionnelle⁸³⁸ succédant aux normes de bonne conduite bancaire sera sanctionné sur le fondement de la responsabilité disciplinaire pouvant aller d' un avertissement jusqu'à la suspension⁸³⁹.

⁸³⁴ C'est ce qui découle de l'article 2 de cette Loi précitée.

⁸³⁵ G. Abi Rizk, « La gouvernance des banques islamiques au Liban », *Revue droit bancaire et financier*, jan-fév. 2008, p. 30

⁸³⁶ Cf. art. 110 du Code de commerce Libanais.

⁸³⁷ Règlement, n° 93-05 modifié du 21 déc. 1993 du comité de la réglementation bancaire relatif au ratio de solvabilité disponible : www.banque-france.fr/acp.

⁸³⁸ L. 612-29-1 du Cde monétaire et financier

⁸³⁹ ACP. 10 jan. 2011, Caisse de crédit municipal de Toulon, la banque n'avait réalisé aucune étude qualitative ou quantitative permettant d'établir une typologie de clientèle, de la nature des crédits accordés et de la sinistralité, lors de l'octroi des prêts personnels, découverts et crédits rechargeables

504. La décision rendue par l'ACP le 27 novembre 2012 à l'encontre de Bank Tejarat Paris succursale française de l'établissement iranien est significative à plusieurs égards. En effet, elle montre que les banques installées en France sont soumises aux normes nationales et européennes aussi. En l'espèce la banque Tejarat faisait l'objet de gel des avoirs et des ressources économiques, le dirigeant était tenu de solliciter une autorisation auprès du directeur de général du trésor. Le respect des obligations de vigilance et d'information des dirigeants est soumis aux règles du droit national. L'origine de cette banque n'est pas aussi sans incidence dans notre analyse car, son capital est détenu par l'Etat iranien à hauteur de 75%. Cette même sanction peut être infligée aux banques et établissements islamiques qui seront installés en France⁸⁴⁰. Le rôle premier du conseil qui se limitait à un contrôle de conformité des produits, s'est accru pour donner naissance à une nouvelle mission qui est celle d'audit, les banques classiques abritent un conseil d'audit. Cette décision montre que la banque opérationnelle sur le sol français sera tenue de respecter la loi bancaire et cela peu importe la nationalité de ces dirigeants. Les banques islamiques pour être opérationnelles en France doivent obéir à un certains nombres de règles. C'est dans ce contexte, que les acteurs de cette finance et les autorités se réunissent sous forme de colloque pour trouver des issues favorables à cette finance.

505. Lors du premier forum sur la finance islamique organisé en 2008 par Paris Europlace, avait permis à la France à manifester l'intérêt qu'elle portait à cette nouvelle finance⁸⁴¹. Le discours inaugural de son ministre de l'économie de l'époque Mme Christine Lagarde avait été tenu notamment en ces termes : « *Nous adopterons notre système juridique afin de promouvoir la finance islamique..* » ; message très vite réceptionné par les autorités financières témoignant ainsi le désir de réceptionner cette finance dans l'hexagone. Une table ronde a été organisée et un rapport d'information⁸⁴² fut publié proposant les réformes

⁸⁴⁰ G. Deanaz, « La sanction par l'ACP de Bank Tejarat Paris : Une décision novatrice », *Revue Banque*, n° 757, février 2013, pp. 48 et s.

⁸⁴¹ Cf. *La finance islamique : l'autre finance*, Table ronde du 19 juin 2008, Société de législation comparée, 2009. 144 pages.

⁸⁴² Table ronde du 19 juin 2008, Société de législation comparée, Paris 2009, 144 pages. Cette commission est composée de : M. Jean Arthuis, président ; MM. Claude Belot, Marc Massion, Denis Badré, Th. Foucaud, Aymeri de Montesquiou, Yann Gaillard, Jean-Pierre Masseret, Joël Bourdin, vice-présidents ; M. Philippe Adnot, Mme Fabienne Keller, MM. Michel Moreigne, François Trucy, secrétaires ; M. Philippe Marini, rapporteur général ; MM. Bernard Angels, Bertrand Auban, Mme Marie-France Beaufiles, M. Roger Besse, Mme

nécessaires à l'accueil de cette industrie bancaire islamique en France, dont la réforme la plus remarquable fut celle relative à la fiducie.

506. La consécration de la fiducie s'est d'abord faite timidement avec la loi du 19 février 2007⁸⁴³ inspirée du *trust* issu du droit anglo-saxon. À la différence de la législation anglaise qui distingue deux types de propriété : une propriété juridique du fiduciaire alors que celle du bénéficiaire reste économique. La conception connue en droit français ne connaît pas une telle distinction, ce qui n'est pas favorable à l'accueil des *sukuk*.

507. Bien que la fiducie soit l'instrument le plus proche du *trust*, il se différencie de la fiducie par le fait que le législateur français ne précise pas la nature du droit de propriété du bénéficiaire contraire à la conception anglaise où le *trustee* (bénéficiaire) dispose d'un droit de propriété légale⁸⁴⁴. Cette opposition est la conséquence du caractère une et indivisible du droit de propriété français, nonobstant le démembrement posé par l'article 544 du Code civil.

508. Pour permettre l'émission des *sukuk*, le législateur français a emprunté à la méthodologie anglaise via le *trust*, en vue de modifier la nature du droit dont dispose le bénéficiaire afin de lui conférer un droit réel. Pour ce faire le sénateur Philippe Marini⁸⁴⁵ avait introduit un nouvel alinéa à l'article 2011 du Code civil par un amendement : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actes figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de la fiducie* ».

509. Nous ne voyons en quoi cette nouvelle disposition permettrait de faire évoluer les choses en conférant un droit de propriété au bénéficiaire, si ce n'est une confusion qui viendrait porter atteinte aux critères constitutionnels du droit de la propriété. C'est peut être dans ce sillage que le conseil constitutionnel a censuré cet amendement pour vice de forme sans donner de motivation en utilisant le terme « *cavalier législatif* ». Ce qui a permis à

Nicole Bricq, MM. Auguste Cazalet, Michel Charasse, Yvon Collin, Philippe Dallier, Serge Dassault, Jean-Pierre Demerliat, Éric Doligé, André Ferrand, Jean-Claude Frécon, Yves Fréville, Christian Gaudin, Paul Girod, Adrien Gouteyron, Charles Guéné, Claude Haut, Jean-Jacques Jégou, Alain Lambert, Gérard Longuet, Roland du Luart, François Marc, Michel Mercier, Gérard Miquel, Henri de Raincourt, Michel Sergent, Henri Torre, Bernard Vera.

⁸⁴³ L. n° 2007-211 du 19 février 2007, Dossier : *RLDC* 2007/40, n° 2624 à 2627.

⁸⁴⁴ M. Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique en France*, *op. cit.* p. 236

⁸⁴⁵ Rapp. Sénat, n° 442, 2008-2009, fait au nom de la commission des finances, déposé le 27 mai 2009 dans le cadre d'une proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises.

certaines de confirmer que le Conseil constitutionnel « *a sauvé le Code civil d'un alinéa inutile et inefficace...* »⁸⁴⁶.

510. Aujourd'hui l'article 2011 du Code civil : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire au profit du ou des bénéficiaires selon les stipulations du contrat de fiducie* »⁸⁴⁷, combiné à l'article 2018 du même Code « *Le contrat de fiducie détermine à peine de nullité (...) la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leur pouvoir d'administration et de disposition* ». En conférant au fiduciaire un statut de mandataire avec comme pouvoir, la gestion du patrimoine du bénéficiaire.

511. Une telle clause insérée dans un contrat de fiducie suffit nous semble-t-il à attribuer un droit réel voire un droit de propriété au bénéficiaire de la fiducie et par la même occasion la rapproche à la notion de propriété du droit musulman. Ce droit recommande que le souscripteur du *sukuk* soit titulaire d'un droit de propriété réel⁸⁴⁸. Mieux encore, le décret n° 2011-1319 du 18 octobre 2011 relatif à l'exercice de l'activité fiduciaire des avocats⁸⁴⁹ contribue selon nous, à faire du fiduciaire un véritable mandataire à l'image de l'avocat qui incarne cette fonction. Nous sommes étonnés par la méthodologie utilisée par le législateur français pour intégrer ce produit financier islamique, le recours au droit anglo saxon, ne s'impose pas, ne serait-il pas plus facile peut-être de s'inspirer directement du droit musulman qui sous-tend le produit visé. Est-ce la méconnaissance du droit musulman qui est à l'origine de ce long détour.

512. La notion de fiducie gestion est intéressante dans le processus d'implantation des banques islamiques, c'est pourquoi il nous semble primordial de voir l'hypothèse du décès du fiduciaire qui reste juridiquement le propriétaire du bien. Dans ce cas de figure un problème ne semble pas se poser car le fiduciaire n'était qu'un mandataire que le constituant avait confié un pouvoir de gestion. Par contre, le décès du constituant permet d'appliquer les règles du droit de succession connues en droit musulman, permettant de faire revenir le bien dans le patrimoine du constituant, car le testateur est limité dans sa capacité de disposer de ses bien.

⁸⁴⁶ A. Raynouard, « Fiducie », *JCP. N.* n° 3, 22 janvier 2010, p. 32.

⁸⁴⁷ J. B. de Balanda, F. Bourabiat, « Fiducie et la finance islamique », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 192, p. 1

⁸⁴⁸ Cf. M. Thiam, La fonction sociale du droit de propriété : *Waqf*, *op. cit.* p. 560

⁸⁴⁹ *JORF*, n° 0244 du 20 octobre 2011

En effet, il ne peut changer l'ordre légal des choses⁸⁵⁰. C'est ce qui découle du verset IV de la sourate 33 « *Nous avons désignés pour tous des héritiers légaux : les père et mère, les proches et ceux auxquels vous êtes liés par pacte. Donnez-leur la part qui doit leur revenir, Dieu est témoin de toute chose* ». L'hypothèse de la faille d'un banquier islamique qui avait la qualité d'un fiduciaire aussi peut nous sembler être intéressant car le droit musulman de la faille donne la priorité aux créanciers contrairement la loi de sauvegarde des entreprises qui privilégie le sauvegarde de l'entreprise et le maintien de l'emploi. Cette primauté des créanciers nous conduit à dire que le patrimoine du constituant sera affecté aux créanciers.

513. D'autres textes sont venus compléter le mécanisme de la fiducie, nous pouvons citer notamment à titre énonciatif : la loi du 4 août 2008, dite de *la modernisation de l'économie*⁸⁵¹ et de l'ordonnance du 30 janvier 2009 *portant loi du n° 2009-526 du 12 mai 2009, dite simplification du droit*⁸⁵² ayant introduit la fiducie sûreté⁸⁵³. En effet, ces réformes sur la fiducie avaient pour but de rapprocher la fiducie du *trust* afin de faciliter l'émission des *sukuk* dans les marchés financiers français. Pourtant d'autres instruments juridiques semblent ouverts la voie pour accueillir les *sukuk* tant en droit français que dans les produits bancaire islamiques.

514. Pour les premiers nous faisons allusion aux fonds communs de placement contractuel régis par les articles L. 214-35-2 et suivant du Code monétaire et financier. L'avantage que présente cet instrument juridique se mesure, sur la nature de la propriété des parts de fonds communs de placement souscrites. En effet, les porteurs de *sukuk* confèrent à ses derniers un droit de copropriété sur les actifs, répondant au critère religieux qui exige un actif tangible pour l'émission des *sukuk*. Toutefois, ce produit présente des inconvénients sur le plan fiscal, en ce qu'il est soumis à un double droit d'enregistrement. C'est pour cette raison que nous

⁸⁵⁰ S. Aldeeb, A. Bonomi, *Le droit musulman de la famille et des successions à l'épreuve des ordres juridiques occidentaux*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1999, p. 326. (353)

⁸⁵¹ La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie disponible : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050&dateTexte>

⁸⁵² L'ordonnance n° 2009-112 portant diverses mesures relatives à la fiducie et portant loi du n° 2009-526 du 12 mai 2009, dite simplification du droit. <http://www.textes.justice.gouv.fr/lois-et-ordonnances-10180/ordonnance-portant-divers-mesures-relatives-a-la-fiducie-17152.html>

⁸⁵³ Ordonnance n° 2009112 du 30 janvier 2009 : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFT EXT000020176637>

suggéreront une réforme fiscal permettant alléger les droits d'enregistrement des fonds de placement commun afin d'émettre les *sukuk*. Ce qui reviendrait à appliquer à ces fonds le même régime fiscal qui régit la *moudaraba* et la *moucharaka*.

515. Dans les seconds, la *moucharaka* dégressive est considérée pour certains⁸⁵⁴ comme un moyen permettant d'introduire les *sukuk* en France. C'est une variante de la *moucharaka* qui augmente la prise de participation du client au fur et à mesure des paiements effectués, ainsi que le droit de propriété du banquier diminue. Cette technique pose le problème de la prise de risques car, en droit musulman tant que le paiement n'a pas été totalement effectué le banquier ne sera pas libéré des garanties de risques. Ce constat nous fait douter de l'efficacité de cet instrument juridique pour émettre des *sukuk*.

516. Le rapport d'information cité plus haut⁸⁵⁵ avait naturellement travaillé sur les obstacles juridiques qui empêchant l'accueil et l'implantation des banques islamiques en France sont un frein à l'avancé des projets allant dans ce sens. Un des éminents avocats spécialistes du droit financier Maître Gilles Saint-Marc avait indiqué que : « *notre droit et notre droit commercial sont bien compatibles avec les règles de la finance islamique* »⁸⁵⁶. Ce qui est tout à fait juste, mais il ne faut pas perdre de vue qu'il est question des banques, ce qui impose le respect des règles autres que celles du Code de commerce et du Code civil. Celles du Code monétaire et financier qui posent notamment les conditions d'agrément d'une banque dans les articles L.511-1 et L. 511-10 auront sans nul doute leur place dans la législation bancaire islamique en France et semblent être touchées selon nous, partiellement par la loi du 26 juillet 2013,

⁸⁵⁴ J. B. de Balanda, F. Bourabiat, « Fiducie et la finance islamique », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 192, p. 2

⁸⁵⁵ Cf. *La finance islamique : l'autre finance*, Table ronde du 19 juin 2008, Société de législation comparée, 2009. 144 pages.

⁸⁵⁶ G. S. Marc, « La finance islamique: un enjeu pour la France », in *La finance islamique l'autre finance*, op. cit. p. 104 : « outre le fait qu'il partage avec la charia des principes semblables comme la prohibition de l'usure, l'encadrement du jeu, le principe de l'objet déterminé ou déterminable des conventions, le respect des bonnes mœurs, ect.) », pour l'auteur le droit français est largement compatible à la finance islamique, le jeu est interdit depuis 1804 et l'usure est aussi prohibée ; Th. Francq, chef du service du financement de l'économie à la direction du trésor « nous n'avons pas connaissance de problème de réglementation pour des produits financiers islamiques, quel que soit le produit, s'apercevaient que le cadre réglementaire français posait problème, le gouvernement pourrait alors envisager des aménagements afin d'éviter que la structuration spécifique de la finance islamique ne crée des surcoûts pour les intéressés ». Voir Dossier sur *la Fiance islamique en Europe* op. cit., pp .29-30.

relative à « *la séparation et régulation des activités bancaires* »⁸⁵⁷ qui a renforcé le contrôle prudentiel des banques en attribuant un rôle de résolution à l'autorité du contrôle prudentiel. Ainsi les nouvelles dispositions des articles L. 613-11 à 613-11-17 du Code monétaire et financier dont l'objet « *est de préserver la stabilité financière , d'assurer la continuité des activités , des services et des opérations dont la défaillance aurait de grave conséquence sur l'économie , de protéger les déposants , d'éviter ou de limiter au maximum le recours au soutien financier public* », vient imposer implicitement un critère de sécurité à côté des ratios de liquidités et des coefficient de solvabilité.

517. Ces travaux avaient démontré les ressemblances entre les deux systèmes comme l'illustrent le crédit- bail et l'*ijira*, dont les définitions sont très proches. L'*ijira* est « *un contrat par lequel une banque islamique achète un actif et le sous-loue à un preneur* »⁸⁵⁸. La banque islamique demeure à la fois propriétaire et bailleur de l'actif et supporte par la même occasion le risque et la garantie des vices cachés⁸⁵⁹. La vente partage avec le *salam* certains critères, telles que les conditions relatives au prix et à la livraison des marchandises⁸⁶⁰. Les rapports et les conclusions issus de ces travaux avaient mis de côté l'importance du conseil religieux ou du conseil de *charia board*. Or, dans le système islamique cet organe est un outil indispensable dans le processus d'élaboration des produits et de leur contrôle.

518. L'implantation du système islamique en France passera, sans nul doute par l'instauration d'un conseil de *charia board*. Ainsi, il faut s'interroger sur le statut juridique du conseil religieux. Autrement dit, sur l'organe ou l'autorité française pouvant faire office de *charia board* pour statuer sur la validité des opérations et des produits islamiques. Aujourd'hui il est temps que les autorités instaurent un conseil religieux. Ce travail, semble

⁸⁵⁷ La loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013, JO 27 juillet 2013, p. 12530.

⁸⁵⁸ H. M. Sisteron, *Finance islamique et financement de projet en France*, IRJS éd. 2013, p. 9. Selon l'auteur l'*ijira* ressemble à la location-vente

⁸⁵⁹ H. M. Sisteron, *Finance islamique et financement de projet en France*, IRJS éd. 2013, p. 237

⁸⁶⁰ I. Cekici, « Finance islamique en France, Problème de forme ou de Fonds ? » in *Cahier de la finance islamique* n°2 décembre 2010, p. 3.

être, selon nous, le préalable à des réformes d'ordre fiscal⁸⁶¹ et contractuel⁸⁶² qui étaient les objectifs essentiels de la Place de Paris et de l'ensemble des organismes qui militent en faveur de l'accueil de cette industrie⁸⁶³. Le premier texte de loi intervenu dans ce domaine par une note de l'AMF du 17 juillet 2007 pouvait servir de support pour l'instauration d'un conseiller religieux, car il a posé le critère essentiel de l'autonomie pour les OPCVM⁸⁶⁴. Le conseil religieux de la Banque du Maghreb ne cautionne la commercialisation de la *moucharaka* puisque le prêt participatif ne permet pas de contourner le mécanisme de l'intérêt. En effet, la détermination du TEG dans le cadre du prêt participatif prévoit un taux variable⁸⁶⁵ or, la loi musulmane fonde son interdiction du *riba* sur l'utilisation d'un taux fixe et variable⁸⁶⁶. Ce qui nous permet de considérer la Banque du Maghreb, Banque centrale du Royaume du Maroc, comme un conseil religieux externe permettant de contrôler la validité des produits islamiques commercialisés en France.

519. La Cour d'appel de Paris a rendu une sentence arbitrale le 17 février 2011⁸⁶⁷. Une décision est différente de la sentence de la Cour suprême anglaise refusant de reconnaître la qualité de partie au gouvernement du Pakistan. Les deux juridictions s'opposent sur la qualification juridique des périodes précontractuelles : « *Il est en effet incontestable que, jusqu'à la signature du contrat litigieux, les négociations sont menées exclusivement par le gouvernement pakistanais, et pour cause : le Trust n'a pas encore été institué.* selon la Cour d'appel de Paris, « *il y a là un indice fort de l'implication du Pakistan dans la future relation*

⁸⁶¹ Ph. Dupichot, « La fiducie et la finance islamique » : Colloque de l'association Henri Capitant, *Recueil Dalloz*, 2010, p. 1064, l'auteur propose le mécanisme du *sukuk* comme vecteur pour acclimater le droit français à la finance islamique »

⁸⁶² <http://www.economie.gouv.fr/cedef/finance-islamique>, relatives à certains contrats nommés les plus utilisés.

⁸⁶³ A. de Bresson, C. d'Armaillé, « Finance islamique : Les objectifs de la Place financières de Paris », *Revue Banque*, n° 758 2013, p. 72. « Les réformes fiscales ayant permis l'émission de *sukuk* a pu être réalisé au profit d'une PME sous la forme d'obligations participatives, et une seconde dans le secteur de l'énergie renouvelable »

⁸⁶⁴ O. Rochdahou, « La réception de la finance islamique en France », *Revue Banque* n° 758 mars 2013, p. 67.

⁸⁶⁵ L'article L. 313-17 du Code monétaire et financier « *Sa rémunération est composée d'un taux d'intérêt fixe et un taux d'intérêt variable..* ».

⁸⁶⁶ L'article L. 313-13 du Code monétaire et financier, « *L'intérêt fixe peut être majorité dans les conditions déterminé dans le contrat notamment par le jeu d'une clause de participation au bénéfice net de l'emprunteur* »

⁸⁶⁷ Cour d'appel de Paris pôle 01 Chambre 01, 17 février 2011 n° 09/28533 : disponible http://www.josemigueljudicearbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/06_decisoes_judiciais_sobre_arbitragem/CA_Paris_-_Dallah_v_Pakistan.pdf ; Cass. Com. , 30 oct. 2012, *D.* 2012, act. p. 2589.

contractuelle ». La Cour suprême du Royaume-Uni a en revanche, insisté précisément sur la différence formelle entre les deux périodes. un *Memorandum of Understanding* avait été signé entre Dallah et le gouvernement du Pakistan pendant la période précontractuelle. Le Pakistan était donc naturellement engagé, du fait que le *Memorandum of Understanding* contenait une clause compromissoire l'impliquant cet engagement. Toutefois, cette période devait précisément être suivie d'une autre au cours de laquelle un nouveau devrait être signé, excluant le Pakistan du contrat et renonçant à toute clause de renonciation à une quelconque immunité. Lord Collins y voyait en conséquence, le signe d'un changement radical d'intention des parties démontrant par *a contrario* le défaut d'implication de l'État pakistanais dans le Contrat⁸⁶⁸.

520. Cette décision a le mérite de trancher une question d'ordre religieux en confirmant l'opposabilité de la sentence rendue par le tribunal arbitral aux parties du contrat, en l'occurrence le gouvernement du Pakistan. Cette sentence s'est aussi prononcée sur la loi applicable, entre le droit pakistanais et celui de l'Arabie saoudite. Le tribunal arbitral a rendu une sentence en faveur du droit pakistanais, en se fondant sur les clauses contractuelles prévoyant le droit applicable en cas de litige. La technique du recours aux clauses contractuelles pour régler le contentieux sur la loi applicable, est envisageable en France. En effet, en droit français le principe de la liberté contractuelle permet aux parties de choisir la loi applicable. C'est pourquoi nous ne voyons pas l'originalité de cette décision sous cet angle. En revanche,

521. La portée de cette sentence ressemble selon nous, à celle d'un *charia board* en ce qu'elle tranche un problème de conformité religieuse et se prononce sur la loi applicable, en interprétant les clauses litigieuses d'ordre religieux. L'utilisation du *trust* comme moyen de financement de ce projet peut aussi avoir un apport considérable dans le processus d'accueil de cet instrument financier dans l'arsenal juridique français.

522. Avant de répondre à cette interrogation, de savoir si l'AMF peut exercer le rôle du conseil religieux. Il est nécessaire d'étudier, le rapport entre les organes

⁸⁶⁸ G. Cuniberti, « Divergence d'appréciation entre juges français et anglais du contrôle sur l'existence d'une convention d'arbitrage », *Cahier de l'arbitrage*, 01 avril 2011, n° 2, p. 433

de régulation et la charia (II).

II) Le rapport entre les organes de régulation et le *charia board*

523. La réorganisation de la structure de certaines instances financières était entreprise par l'Etat depuis le début des années 60. Cette nouvelle structure était justifiée par la volonté de confier le secteur financier à des autorités indépendantes pour offrir une meilleure protection à la clientèle et garantir une large autonomie à ces institutions.

524. Cette volonté étatique nécessitait la mise sur place de nouveaux moyens d'intervention plus efficaces que ceux des anciennes pratiques bancaires conduite par la commission bancaire. C'est peut être, dans ce contexte que la commission boursière fut mise en place par une ordonnance du 28 sept. 1967 avec son décret d'application n° 68-23 du 3 jan. 1968⁸⁶⁹ supprimant la commission de bourses de valeur.

525. Elle emprunta la forme des *Securities and exchanges commission* américaine qui dispose le statut juridique d'une autorité administrative indépendante⁸⁷⁰. L'enchevêtrement des missions de cette commission avait conduit à l'Etat à mettre sur pied une nouvelle orientation dans ce secteur « *Même métier, une même règle, une même autorité* ». Cette spécialisation avait donné naissance à la création de nouvelles instances de régulation. Une convention d'assistance⁸⁷¹ a été signée entre l'AMF et *Qatar Financial Markets Authority (QFMA)*, ce dernier joue un rôle de régulateur dans les marchés de valeurs. Cette convention se veut pour mission de promouvoir l'échange d'information dans le domaine de la finance islamique. .

526. Nous allons aborder les organes de régulation : l'autorité des marchés publics (A) et l'autorité du contrôle prudentiel (B). Les développements qui suivent seront différents de ceux de la seconde section, car l'AMF et ACP n'ont pas la qualité d'un conseiller religieux contrairement à l'ACERFI et l'IFAAS qui sont des conseillers religieux à initiative privée déjà opérationnels en France.

⁸⁶⁹ Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967 instituant une Commission des opérations de bourse et relative à l'information des porteurs de valeurs mobilières et à la publicité de certaines opérations de bourse. V. Règlement AMF, n°89.02 :disponible :http://www.amffrance.org/documents/general/5187_1.pdf

⁸⁷⁰ CE, 28 juil. 1989, *JO*, 1^{er} Aout 1989, p. 9676.

⁸⁷¹ *JO*, du 11 dec. 2010, n° 287.

A) L'Autorité des Marchés Publics :

527. L'AMF est régie par la loi n° 2003-706 du 1^{er} Aout 2003 relative à la sécurité financière⁸⁷². Elle a le statut d'une autorité publique indépendante disposant d'une autonomie financière et de ses propres ressources⁸⁷³. Cet attribut lui permet de produire des observations devant le Conseil d'Etat⁸⁷⁴. Cette intervention n'est pas sans conséquence pour une autorité financière. En effet, elle jouit des prérogatives d'une puissance publique caractérisant son autonomie vis à vis des autres structures administratives, lui permettant de rejoindre désormais la catégorie des personnes morales. Son indépendance fait qu'elle ne reçoit aucune instruction, elle n'a pas de hiérarchie, si ce n'est son ministère de tutelle.

528. L'autorité des marchés publics est composée d'un collège ; d'une commission de sanction, le cas échéant d'une commission spécialisée et de commissions consultatives⁸⁷⁵. Compte tenu de la compétence financière de cette autorité trois membres seront désignés en raison de leur compétence financière juridique et de leur expérience en matière d'offre au public de marchés financiers. Dans le but de l'aider à exercer sa mission d'observation au Conseil d'état .Trois hauts magistrats issus du Conseil d' Etat ; de la Cour des comptes et de la Cour de cassation prennent place au sein de la commission de sanction. Cette commission est séparée de l'organe réglementaire ainsi que de l'organe de poursuite.

529. Le président de l'AMF est depuis l'ordonnance du 22 oct. 2010⁸⁷⁶ un membre de droit de l'ACP. Ces membres sont tenus à une obligation de secret et une garantie d'honorabilité. La commission de sanction prononce des sanctions dans le cadre des contrôles pouvant aller d'un avertissement à la suspension⁸⁷⁷.

530. Les pouvoirs de l'AMF attestent d'une partie de son autonomie et la rapprochent encore du conseil de *charia board*. Elle a un pouvoir réglementaire⁸⁷⁸ ; de contrôle, de sanction et de médiation. Ces fonctions accumulées confère à l'AMF selon nous, à la fois un statut de

⁸⁷² <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000428977>

⁸⁷³ L. 621-1 du Code monétaire et financier

⁸⁷⁴ Conseil d'Etat, 19 mars 2003, Hannoun, n° 240718, Conclusions de M. Guyomar, *Les Petites Affiches*, 23 avril 2003 n° 81, p. 5

⁸⁷⁵ Article L. 621-2 du Code monétaire et financier

⁸⁷⁶ Loi n° 2010-1249, « relative à la régulation bancaire et financière », *JO*, n° 247, 30 octobre 2010

⁸⁷⁷ E. Alain, « Le rôle punitif de l'AMF, brève présentation », in Dossier, Droit pénal des marchés financiers, *AJP*, 2011, 2, p. 66.

⁸⁷⁸ V. Buck, « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », *Cahier du Conseil constitutionnel* n° 10, mai 2001, p. 3.

législateur ; de policier et de juge. Le cumul de ces fonctions porte atteinte au principe de la séparation des fonctions, situation que le Conseil d'Etat n'avait pas jugé légitime⁸⁷⁹.

531. L'autorité des marchés publics partage certains points au conseil de *charia board*, tant au niveau de son organisation, que des pouvoirs qui ne font que renforcer son indépendance laquelle est un élément déterminant pour les conseils religieux. La question de l'autonomie est cruciale dans le processus de régulation des autorités financières et bancaires, elle l'est aussi davantage dans le contrôle des produits bancaires islamiques.

532. L'AMF et l'ACP sont des autorités de régulation au sens large du terme, raison pour laquelle leur indépendance doit s'apprécier tant vis-à-vis de l'Etat que des organes régulés en les faisant participer aux prises de décisions. L'indépendance est à la fois organique et fonctionnelle. La première est symbolisée par la composition de l'autorité, son statut et le mode de désignation de ces membres. Elle est collégiale et hétérogène, avec un collège et une commission de sanction composés de plusieurs membres conformément à l'article L. 612-7 du Code monétaire et financier « *Le collègue est constitué en son sein de deux sous collègues...* » .

533. Son statut d'autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale et l'inamovibilité de ses membres sont des éléments considérables pour la garantie de cette indépendance. Par ailleurs, l'indépendance fonctionnelle n'est pas absolue car son statut d'autorité publique indépendante ne semble pas être opposable à l'Etat puisque le président de l'AMF est nommé par le Président de la République et dépend du ministre de l'économie et des finances⁸⁸⁰.

534. Cette analyse sur l'indépendance des organes de régulation est commune à toutes les instances du secteur financier⁸⁸¹. Ce qui est légitime car il est inconcevable de laisser une autonomie totale à ces instances de peur d'aggraver cette crise qui était en partie due par le mode de contrôle du système financier.

535. La mission de l'AMF est quasiment orientée vers la supervision des marchés financiers comme son nom l'indique. Elle protège l'épargne et investisseurs dans les marchés financiers

⁸⁷⁹ CE, 28 juil. 1989, *JO*, 1^{er} Aout 1989, p. 9676.

⁸⁸⁰ J. Ph. Kovar, « L'indépendance des autorités de régulation financière », *Revue de droit bancaire et financier*, mai-juin 2012, p. 15

⁸⁸¹ J. Ph. Kovar, J. Lasserre Capdeville, « L'indépendance des autorités de régulation financières », *Revue de droit bancaire et financier*, mai-juin 2012, pp. 15 et s.

en les contrôlant . Son champ d'action est très large puisqu'elle est habilitée à réguler les marchés européens pour maintenir la stabilité financière et la mise en œuvre des convergences des normes nationales. Elle dispose aussi d'une mission de conseil, lui permettant d'informer les investisseurs tant sur le marché national qu'eupéen. Son rôle de conseil est le corolaire d'une mission qui naturellement relève de la compétence des juges, il s'agit du pouvoir d'appréciation⁸⁸².

536. Dans ce contexte d'éclatement, on a vu l'émergence de nouveaux organes à qui on a confié une mission de contrôle de certains établissements⁸⁸³. La mission de l'autorité des marchés financiers figure l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier : « *L'autorité des marchés financiers, autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, veille à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers donnant lieu à une offre au public, ou à une admission aux négociations sur le marché réglementé et dans d'autres placements offerts au public* ». La loi du 26 juillet 2013, vient d'attribuer des pouvoirs plus larges aux contrôleurs pouvant aller jusqu'à suspendre les titres qui présentent des risques sur le marché financier. C'est ce qui découle du nouvel article L. 621-13-2 du Code monétaire et financier⁸⁸⁴. Elle veille également, à l'information des investisseurs et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers ». Cette disposition a été en partie retouchée par la loi du 1 août 2003⁸⁸⁵. Un second alinéa a été rajouté à cet article « *Elle veille également à ce que les entreprises soumises à son contrôle mettent en œuvre les moyens adaptés pour conformer aux codes de conduite homologués mentionnés à l'article L.621-3-1.* ».

537. De l'analyse de ces deux articles se dégage une double fonction : une mission principale et une mission complémentaire, voire secondaire. Cette mission principale classique attribuée à l'autorité des marchés publics consiste à protéger l'épargne en imposant une obligation d'information aux parties. Cette obligation qui semblait être l'apanage du banquier devient essentielle et gagne du terrain dans le rapport entre le professionnel et le consommateur.

⁸⁸² Cour d'Appel de Paris, 1er Ch., sect. H., 18 déc. 2008, n° 2008/07645 ; V. L. 621-7-I du CMF, elle définit les obligations positives d'information.

⁸⁸³ A titre nous pouvons noter l'autorité de contrôle prudentiel (ACP)

⁸⁸⁴ J. L. Capdeville, « Séparation et régulation des activités bancaires », *JCP, E.* n° 36 septembre 2013, p. 1590.

⁸⁸⁵ Loi n° 2003-706 du 1^{er} Aout 2003 relative à la sécurité financière disponible : <http://legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000428977>

L'autorité des marchés financiers en tant que professionnel ne peut échapper à ses obligations et la première d'entre elles serait celle qui offre une protection efficace aux épargnants⁸⁸⁶. Cette protection a une grande importance dans toutes les transactions financières et plus particulière dans les opérations spéculatives. L'AMF est tenu à une obligation d'information qui se situe au-delà de celle de conseil ou de mise en garde. La première consiste à informer l'ensemble des acteurs du marchés avant tout investissement, sur les risques encourus et les modalités de les prévenir.

538. La mise en garde consiste pour le banquier d'attirer l'attention de son client sur les risques que peut engendrer une opération financière. En d'autres termes, elle consiste à informer son client sur les événements futurs que le banquier ne maîtrisait pas au moment de l'engagement contractuel. Cette caractéristique de la mise en garde entraîne des conséquences permettant d'engager plus facilement la responsabilité du banquier. Elle est exigée dans la commercialisation des produits dérivés ; cette activité est considérée par Maître Gilles Saint Marc comme étant un exercice risqué qui recommande une prudence de la part des prestataires de service d'investissement⁸⁸⁷. Les juges du fond avaient considéré dans un premier temps que la responsabilité du banquier n'était pas engagée si son conseil n'obligeait pas celui qui le recevait⁸⁸⁸. Postérieurement à cette jurisprudence, les décisions rendues étaient plutôt favorables aux clients. Selon le Professeur Routier « *les conseils ne doivent pas être donnés à la légère* » ainsi la responsabilité du banquier a pu être engagée à l'occasion d'un second prêt conclu sans assurance vie⁸⁸⁹. Or, dans le cadre d'une obligation de conseil la responsabilité du banquier est conditionnée par le statut de profane du client. Autrement dit cette obligation ne se verra pas engagée si le client dispose des qualités professionnelles la permettant d'avoir tous les éléments nécessaires avant de s'engager. La Cour de Cassation

⁸⁸⁶ Nouvel art. L. 411-1, Code monétaire et financier « *Une communication adressée sous (...) présentant une information...* »

⁸⁸⁷ G. Saint Marc, M. Dounas, « Commercialisation des produits dérivés, un exercice risqué », *Revue Banque* n° 763, sept. 2013, p. 64 ; Cass. Com. 26 mars 2013, cette solution engage la responsabilité du banquier prestataire de service en cas d'insuffisance de couverture.

⁸⁸⁸ Cour d'Appel de Nîmes, 13 nov. 1963, *RTD. Com.* 1964. 163, obs. Becque et Cabrillac.

⁸⁸⁹ Cour d'Appel de Versailles, 19 sept. 1996, *D.* 2007, AJ. 1950

avait rappelé que l'obligation de conseil ayant la nature d'une protection et la réparation du dommage qu'a subi le client se fonde sur la perte d'une chance⁸⁹⁰.

539. L'évolution la plus remarquable dans ce contentieux relatif à la mise en œuvre de la mise en garde, s'est opérée par quatre arrêts rendus par la 1^{er} Chambre civile 12 juil. 2005 qui permirent de constater une convergence entre les chambres civile et commerciale vers une solution commune consistant à distinguer l'emprunteur profane et l'averti pour que le banquier devienne débiteur d'une obligation de mise en garde⁸⁹¹. Un arrêt de la chambre mixte du 29 juin 2007⁸⁹² avait consacré officiellement la solution des deux chambres et pose par la même occasion une sous distinction en remplaçant la notion de profane à celle de non-averti : « *Sans préciser si l'agriculteur était un emprunteur non averti et, dans l'affirmative si, conformément au devoir de mise en garde auquel la banque était tenue à son égard lors de la conclusion du contrat, elle justifiait avoir satisfait à cette obligation à raison des capacités financières de l'emprunteur et des risques de l'endettement né de l'octroi des prêts* »⁸⁹³.

540. Les obligations professionnelles du banquier rejoignent selon nous les principes voir la philosophie même des banques faisant de la protection de la partie faible, une préoccupation essentielle. Cette idée de protection est développée différemment en droit musulman. En effet, comme nous l'avons déjà montré dans la première partie de cette thèse les principes d'équité et d'équilibre contractuels sont au cœur de la théorie contractuelle, l'application des règles participatives et associations en sont des parfaites illustrations⁸⁹⁴. Cette information permet aux clients et partenaires de disposer d'éléments suffisants leur permettant de mieux surveiller les opérations et de les prémunir des risques qui pourraient en découler. C'est à ce niveau que l'information demeure crucial dans l'ensemble des systèmes bancaires quel soit islamique ou de type classique..

⁸⁹⁰ Cass. Com., 20 oct. 2009, *JCP* 2009, 423, obs. L. Dumoulin ; *JCP* 2009, 482, note Piedelièvre, fév. ; *Revue Banque*, fév. 2010, 78, obs. Guilot et Bérard.

⁸⁹¹ Cass. Civ., 12 juil. 2005, *JGP*. G. II. 10140, note A. Gourio ; *D.* 2005, p. 2276

⁸⁹² B. Parance, « Nouveaux développements sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'égard d'emprunteur non avertis », *RLDC*, n° 43, nov. 2007 p. 18.

⁸⁹³ Cass. Ch. Mixte, 29 juil. 2007, *JGP* 2007, II, 10146, note Gourio : « Seul l'emprunteur non averti bénéficie du devoir de mise en garde »

⁸⁹⁴ Cf. Première partie de cette thèse : les fondements sociaux de la finance islamique

541. Enfin, il y a une obligation de sécurité qui touche, d'une manière ou d'une autre, au mode de fonctionnement des banques et des établissements financiers, cela du fait que cette activité est à risque. L'obligation de sécurité renvoie à l'ensemble des obligations prudentielles que le banquier est tenu de respecter, les unes sont imposées par le Comité de Bâle relatif aux fonds propres et au coefficient de solvabilité et de liquidité et les autres sont confiées aux organes de contrôle interne qui veillent à certaines dispositions réglementaires avant l'octroi de l'agrément. Cette obligation d'origine prétorienne fut appliquée pour la première dans le cadre d'un contrat de transport où le voyageur était créancier d'une obligation de sécurité de résultat⁸⁹⁵. Aujourd'hui, cette obligation s'étend presque à toutes les relations⁸⁹⁶ mettant en relation un professionnel et un consommateur. Elle contribue au même titre que l'obligation d'information à protéger la partie faible du contrat et à assurer un meilleur équilibre contractuel. Elle est plus apparente en droit cambiaire, notamment en matière de recouvrement des effets de commerce car, tout retard dans le traitement des effets est susceptible d'engager la responsabilité du banquier⁸⁹⁷ sur le fondement d'un manquement à cette obligation.

542. Ces obligations devront être appliquées au sein du système islamique au regard de leur organisation avec une structure bicéphale d'un côté un conseil religieux et de l'autre une instance de contrôle prudentiel. La présence de ces deux organes va selon toute vraisemblance renforcée la sécurité au sein de son fonctionnement, mais mérite une sécurité renforcée.

543. La fusion des autorités de régulation du secteur des assurances et celui de la finance par l'ordonnance du 21 janvier 2010 a donné naissance à une l'autorité de régulation unique dans son genre, coiffant l'ensemble des organes financiers. L'ACP dispose d'un pouvoir de contrôle exorbitant qui lui offre la possibilité de contrôler tous les établissements bancaires, peu importe sa forme et sa nature. En effet, la politique des autorités s'inscrit dans une action internationale qui vient renforcer sa mission de garantie de sécurité et de stabilité financière. Le concours de l'AMF dans la régulation internationale des marchés consiste à

⁸⁹⁵ Civ. 21 nov. 1911, GAJC, 11^e éd., n° 262 : *l'exécution du contrat de transport comporte pour le transporteur une obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination.*

⁸⁹⁶ Notamment dans le domaine sportif : Civ. 1^{er}, 21 nov. 1995, *Bul. Civ. I.* n° 424 : le club sportif est tenu une obligation de sécurité en vers les adhérents.

⁸⁹⁷ Com. 18 oct. 1971, *JGP. G.* 1972, II. 17053, note J. Vezian; Cour d'Appel Paris, 19 février 1987, *D.* 1987, IR. 57.

participer à l'élaboration de norme standard internationale et à coopérer dans la surveillance des marchés en l'instaurant de dispositifs efficaces d'échanges et d'informations⁸⁹⁸.

544. La loi de modernisation de l'économie du 4 Août 2008 ⁸⁹⁹ a développé les règles relatives à la commercialisation d'instruments financiers et des produits d'épargne et d'assurance. Elle a aussi autorisé le gouvernement notamment le ministre de l'économie à superviser la conformité des Codes des associations professionnelles⁹⁰⁰ aux normes de l'autorité des marchés financiers.

545. Cette étude de la mission et du rôle de l'autorité des marchés financiers nous a permis de comparer l'AMF au conseil religieux afin de répondre ou du moins d'apporter des éléments de réponse à la question de savoir si l'autorité des marchés financiers peut-elle exercer le rôle de conseil religieux en France. Malgré leur ressemblance à bien des égards, tant sur le plan organisationnel que sur celui des pouvoirs, l'AMF ne saurait assumer ce rôle, selon nous. En effet, la mission du conseil religieux est beaucoup plus large que celle de l'AMF car elle ne s'occupe pas seulement de l'activité bancaire, son champ de compétence s'étend aussi dans d'autres secteurs de la finance tel que l'assurance. Or, la mission du conseiller religieux consiste à valider le produit bancaire islamique avant leur mise en circulation donc l'intervention du conseil intervient *a priori*, au même titre que l'AMF, ce qui les rapproche. Toutefois, ces points de ressemblance demeurent insuffisants pour attribuer le statut de conseiller religieux à l'AMF, puisque les critères essentiel est celui de l'indépendance alors que l'AMF est soumise à des restrictions.

546. Le conseil religieux a une mission secondaire consistant à calculer et à distribuer la *zakat* ou l'aumône conformément aux normes islamiques. Son rôle principal est de valider les produits, alors que la mission de l'autorité des marchés se limite à des obligations accessoires tant sur le plan national qu'international. Ce qui nous fait penser que l'AMF ne peut pas jouer le rôle du conseil religieux en l'état actuel de la législation française. La mission dévolue à l'autorité des marchés publics consiste à contrôler le respect de certaines obligations, elle est

⁸⁹⁸ Th. Bonneau, *Droit des marchés financiers*, 3^e ed. Drummond, Paris, 2010, p. 359.

⁸⁹⁹ Loi n° 2008 776, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019283050&categorieLien=id>

⁹⁰⁰ L'article, L. 621-1 al 2 du Code monétaire et financier, rapport au président de la république relatif à l'ordonnance n° 2008-1271 du 5 décembre 2008 relative à la mise en place de codes de conduite et conventions régissant les rapports entre les producteurs et des distributeurs, en matières de commercialisation d'instruments financiers, de produits d'épargne et d'assurance sur la vie.

épaulée dans cette mission par les autorités bancaires et professionnelles. Elle dispose aussi des prérogatives pour agréer des Organismes de Placement Collectif Immobilières (OPCI). L'AMF supervise avec vigilance, le choix de l'enseigne et de la dénomination de l'entreprise, car le recours à certains critères religieux et éthiques est sanctionné par l'AMF⁹⁰¹.

547. Cette exigence dans la dénomination semble constituer selon nous, un obstacle pour l'implantation des banques islamiques en France, car la notion de banque islamique renvoie à la religion. Toutefois, elle pourra coiffer ce conseil religieux comme l'a fait le *FSA* au Royaume-Uni⁹⁰².

548. Voyons si les attributs de l'autorité de contrôle prudentiel (ACP), sont compatibles avec le statut de conseiller religieux. L'analyse de cette instance nous permettra d'en dire plus.

B) L'autorité du contrôle prudentiel (ACP) , un conseil religieux ?

549. Le contrôle du système bancaire et sa régulation sont devenus une préoccupation capitale pour tous les Etats, il s'effectue de différentes manières en fonction de l'environnement financier du pays. En France jusqu'à la réforme du 21 jan. 2010⁹⁰³ ayant instauré l'ACP le mode de contrôle était groupé ; la même instance de contrôle pour l'ensemble du secteur bancaire. L'ACP est rebaptisée ACPR, à raison de son rôle dans la résolution des crises bancaires qui demeure l'une des innovations de la nouvelle loi sur la séparation et de la régulation des activités bancaires⁹⁰⁴. Antérieurement à cette réforme, le système financier français connaissait un mode de contrôle par métier ce qui répondait à cette politique étatique symbolisée par le slogan, « Même métier, Même règle, Même autorité ». Cette balkanisation attribuait la compétence exclusive d'agrément des établissements bancaire et de crédit au CECEI actuellement ACP et celle du contrôle et de sanction à la commission bancaire. La réforme entreprise en janvier 2010 a mis fin à cette spécialisation.

⁹⁰¹ R. Isabelle, « OPCI », *Lamy droit du financement*, 2010, ch. 2.

⁹⁰² Cf. A. Fachi, « Le comité religieux », *op. cit.*

⁹⁰³ Journal Officiel du 22 jan. p. 1392.

⁹⁰⁴ Article 8 qui modifie l'article L. 613-27 : le projet de la réforme bancaire a prévu d'élargir de la mission de l'ACP en le dotant d'un rôle de résolution

550. L'élargissement des pouvoirs de l'ACP semble lui conférer, selon nous, la même mission que celle dévolue au Comité de Bâle, surtout en ce qui concerne la régulation et la supervision de l'activité bancaire⁹⁰⁵.

551. D'autre pays comme le Royaume-Uni prônent un système de contrôle isolé sous la conduite de la *Finance Authority System (FSA)*, qui comme son nom l'indique se charge du contrôle de l'ensemble du système anglais sans toutefois distinguer entre le domaine bancaire et celui des assurances.

552. Cette réforme de l'ACP fait suite de la condamnation de la France par la CEDH dans un arrêt « Dubus c/ France » du 11 juin 2009 (n° 5242/04). La Cour européenne des droits de l'Homme a jugé, au visa de l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme et des libertés fondamentales, que « *la procédure disciplinaire suivie devant la commission bancaire avait en l'espèce méconnu les principes d'indépendance et d'impartialité découlant des stipulations de cet article, faute de distinction claire entre les fonctions de poursuites, d'instruction et de jugement, ce qui avait conduit l'intéressée une entreprise d'investissement à pouvoir raisonnablement avoir l'impression que les mêmes personnes l'avaient poursuivie et jugée* ». Depuis cette décision, l'ACP est confiée du contrôle du secteur bancaire avec l'instauration d'une commission de sanction indépendante des autres organes internes. Ce transfère de compétence exclusive au profil de l'ACP de l'ensemble du contrôle du système bancaire va confier par voie de conséquence, selon nous, à cette même autorité la supervision du modèle bancaire islamique. Ce monopole de l'ACP est justifié par la suppression de la règle de la spécialisation « Même métier (..) même règlement ». Les banques islamiques pouvaient prétendre à un organe de contrôle

⁹⁰⁵ Th. Bonneau, « Prudence et finance : introduction à la réglementation Bâle III, *Revue droit bancaire et financier*, mars-avril 2012, p. 85. V. A la section 2 du chapitre 3 du titre 1 du livre 6, il est inséré une sous-section 3 ainsi intitulée :

« Sous-section 3 – Mesures de prévention et de résolution des crises bancaires 8 de la nouvelle loi bancaire :
« Art. L. 613 - 31 - 11. - Les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, à l'exception des sociétés de gestion de portefeuille dépassant un seuil de bilan fixé par décret et qui ne font pas l'objet d'une surveillance sur une base consolidée dans les conditions prévues à l'article L. 613 - 20 - 1 soumettent à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution un plan préventif de rétablissement prévoyant, en cas de détérioration significative de leur situation financière, les différentes modalités possibles de leur rétablissement. Si elle estime que la situation d'un établissement le justifie, l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution peut demander à un établissement exempté de lui soumettre un plan préventif de rétablissement.

« Lorsque ces établissements appartiennent à un groupe au sens de l'article L. 511 - 20 dont le total de bilan dépasse un seuil fixé par décret et font l'objet d'une surveillance sur une base consolidée dans les conditions de l'article L. 613 - 20 - 1, le plan préventif de rétablissement est élaboré sur une base consolidée.

exclusivement dédié à leur supervision. Cette spécialisation renforcerait selon nous, l'idée de communautarisme. Cette réforme du 21 jan. 2010 confère t-elle à l'ACP un statut de conseil religieux ?

553. Si la nature juridique de l'AMF comme une autorité publique indépendante ne pose pas de souci particulier ; celle de l'autorité de contrôle prudentiel en tant que l'autorité administrative indépendante est susceptible d'être remise en cause. En effet, cette indépendance nous semble être que théorique car elle est influencée par la décision des instances qui l'entoure, notamment celle de la Banque de France. Pourtant, ni la doctrine⁹⁰⁶ ni la jurisprudence⁹⁰⁷ ne les distingue, entre l'autorité publique indépendante et l'autorité administrative indépendante. Cette dernière n'est pas dotée de la personnalité morale, ce qui l'empêche d'intenter toute action en justice contre l'Etat, au cas où ce dernier aurait commis d'actes dommageables. En revanche, le statut d'autorité administrative indépendante de l'ACP ne prive pas, son président d'intenter d'action en justice dans le but de défendre les missions que la loi lui a confiée⁹⁰⁸. Elle peut engager aussi la responsabilité de l'Etat en cas de faute lourde. Cette indépendance n'est pas identique à celle dont jouit AMF. En effet, celle de l'ACP est plus restrictive puisqu'elle est adossée par la banque de France et les organes de contrôle internationaux comme le comité du Bâle qui influence souvent les instances de régulation nationales.

554. L'étude du rôle, du pouvoir et de la mission de l'ACP sera utile pour comprendre son fonctionnement et son organisation. Son rôle consiste à protéger les clients et à leur offrir une meilleure garantie de sécurité et de stabilité financière⁹⁰⁹. Or, la réception de l'industrie islamique en France semble être retardée par une absence d'organes de contrôle efficaces, pourtant l'ACP présente à notre avis, de moyens solides pour garantir une sécurité aux clients des banques islamiques.

⁹⁰⁶ M. Degoffe, Les autorités publiques indépendantes : *AJDA*, 2008, p. 622.

⁹⁰⁷ CE, 30 nov. 2007, n° 293952 : *Jurisdata* n° 2007-072738 ; *AJDA* 2007, p. 2285.

⁹⁰⁸ Il résulte de la combinaison des articles L. 612-1, L. 612-4 et L. 612-26 du COMOFI prévoyant que l'ACP est une autorité administrative indépendante comprenant un collège et une Commission des sanctions, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours de pleine juridiction devant le Conseil d'Etat et de l'article

⁹⁰⁹ L 'article, L. 511-11 du Code monétaire et financier : « L'établissement de crédit doit disposer d'un capital minimum libéré ou d'une dotation minimale. », cinq millions d'euros par les banques mutualistes ou coopératives, les caisses d'épargne et prévoyance, deux millions et demi pour les caisses de crédit municipal ; un million pour les établissements de monnaie électronique, *Règlement* n° 92-14 du 23 décembre 1992.

555. En principe, les banques islamiques seront soumises aux dispositions de droit commun imposant aux établissements bancaires étrangers qui désirent s'installer en France de se conformer à l'article L.511-10 du Code monétaire et financier « *avant d'exercer leur activité, les établissements doivent obtenir l'agrément...* ».

L'ACP est investie d'une mission de surveillance et de contrôle qui permet la préservation de la stabilité du système financier et la protection des clients dans leur rapport avec ces institutions financières.⁹¹⁰ Même si l'ACP joue un rôle de contrôle de supervision et de surveillance du système classique⁹¹¹ ; son rôle et sa forme juridique la rapprochent du comité de *charia board*, car ce dernier contrôle les produits et les *fatwas* rendus dans les banques islamiques.

556. Les organes de contrôle dans les deux systèmes se rejoignent aussi du point de vue de leur fonctionnement avec l'indépendance des autorités des banques ainsi que celles des autres instances financières, mais aussi avec l'autonomie des commissions de sanction comme celle de l'AMF disposant des attributs leur permettant de superviser l'ensemble des activités. Toutefois, ces points communs ne suffisent pas pour attribuer le statut de *charia board* à l'ACP des modifications juridiques sont nécessaires, soit en instaurant un conseil religieux qui sera sous la tutelle de l'ACP, soit en mettant en place un conseil totalement autonome au sein duquel l'ACP aura pour mission de mener un contrôle séculier et non pas religieux. une troisième voie est envisageable, elle consiste à recourir à des conseillers religieux externes qui seront consultés par les autorités bancaires pour la conformité d'un produit ou une transaction financière islamique.

557. Pourtant, les banques françaises qui commercialisent les produits islamiques à l'étranger⁹¹² font recours à cette technique de conseiller religieux externe. Toutefois, cette solution peut poser un souci d'autonomie car ces conseillers religieux seront rémunérés directement par la banque.

⁹¹⁰ L'article, L. 612-1 du Code monétaire et financier : « *L'exercice une surveillance permanente de la situation financière et des conditions d'exploitation" des professionnels, contrôler le respect des exigences de solvabilité...* »

⁹¹¹ Ce contrôle renvoie à un " contre- rôle qui demande la tenue d'un double registre, Voir J. Pierre Bornet, « La vigilance des autorités de contrôle » , *Revue de droit bancaire et financier* , Novembre-décembre 2002,p. 371.- G. Parleani, « Le risque de vigilance excessive des autorités de contrôle », *Revue de droit bancaire et financier* , Novembre et décembre 2002, p. 373

⁹¹² PNB Paribas, Société générale et le Crédit agricole

558. Une décision rendue par la commission de sanction de l'ACP, le 10 janvier 2013⁹¹³ à l'encontre de la banque populaire Côte d'azur s'inscrit dans une longue série d'arrêts sanctionnant la méconnaissance de l'exigence de l'indépendance et de l'impartialité garantie par l'article 6.1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁹¹⁴. Cette décision vient réconforter notre argument selon lequel les banques islamiques ne pourront pas échapper au contrôle diligenté par l'ACP. En revanche, l'ACP ne pourra exercer selon nous, le rôle religieux dévolu au conseil religieux, car au même titre que l'AMF l'indépendance fait défaut. L'absence d'autonomie nous conduit à recommander d'instaurer un conseiller religieux au sein des instances qui contrôlent les activités bancaires en France. L'ordonnance du 21 jan. 2010 ayant instauré l'ACP était selon nous, l'occasion idéale pour le législateur d'instaurer une *charia board* à la française, ou même lors de la récente loi bancaire sur la séparation et la régulation des activités votée le 19 janvier 2013 n'a pas dit un mot sur cette industrie⁹¹⁵.

559. Le législateur marocain l'a prévu dans ses articles 62 à 64 de son projet de loi bancaire, qui a instauré un conseil de *charia board* est attribué la banque al Maghreb (équivalent de la Banque de France) le secrétariat du conseil religieux⁹¹⁶. Et pourtant depuis 2007 les banques locales avaient reçu l'aval des autorités bancaires pour commercialisés trois produits islamiques (*mourabaha moucharaka* et *l'ijira*) sous le vocable de produits alternatifs.

560. Les anglais ont profité d'une réforme ayant fusionné l'ensemble des autorités de régulation et de contrôle en une seule instance : *FSA* en 1998⁹¹⁷. Cette intervention a permis non seulement de proposer un conseil religieux au sein des banques mais aussi d'instaurer un organe de contrôle unique⁹¹⁸.

⁹¹³ A. Gaudemet, « Autorité de contrôle prudentiel : poursuite et nouvelles sanctions à l'encontre de la banque populaire cote d'azur », *Revue de droit bancaire et financier*, mars-avril 2013, p. 69. L'ACP condamne à la banque à un blâme et une sanction pécuniaire de 500 000 euros.

⁹¹⁴ CEDH, 11 sept. 2009, n° 5242/04 D. 2009, p. 2247, note A. Couret.

⁹¹⁵ LOI n° 2013-672 du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation des activités bancaires, disponible sur : http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?sessionId=9FB0705C462B150BACE75E6A43A9B764.tpdjo01v_3?idDocument=JORFDOLE000026795365&type=contenu&id=1

⁹¹⁶ Rapport IFAAS, sur la finance islamique en France http://www.cdvm.gov.ma/sites/default/files/Rapport_Sukuk_07122012_0.pdf, p. 33

⁹¹⁷ Par ailleurs, si le *FSA* ne prend pas part à la définition des critères de conformité à la *Shari'a*, il favorise la communication avec l'AAOIFI et l'*IFSB* pour l'établissement des standards futurs.

⁹¹⁸ M. Ainley, « La *FSA* est prête à suivre les évolutions du marché », In dossier La finance islamique en Europe, *op. cit.* p. 35.

561. La France rejoint la conception anglaise en instaurant un organe de contrôle unique avec l'ACP qui équivaut presque au *FSA*. C'est cette similitude dans les interventions législatives nous fait espérer avec des réformes à minima que l'ACP sera en mesure de proposer un conseil religieux à son sein. Pourtant, la commission des déontologues qui siège dans les banques et les établissements de crédit est très proche du conseil religieux, surtout dans l'application des règles éthiques. Elle contrôle le comportement des clients et supervise les mouvements de fonds suspects, tels le blanchiment de fonds ou activités d'organisations criminelles, depuis une loi du 12 juil. 1990⁹¹⁹. Bien que sa réglementation ne soit pas expressément prévue par la commission bancaire devenue l'ACP, mais les sanctions infligées par certains établissement qui manqueraient à leur devoir de mise en garde semblent ériger cette règle déontologie en une véritable obligation professionnelle du banquier au même titre que le devoir de vigilance⁹²⁰. Elle est en revanche, prévue dans le règlement général du conseil de l'autorité des marchés financiers pour les prestataires de service d'investissement⁹²¹. La commission de déontologie avait permis aux autorités américaines au lendemain de la crise des années 30 de structurer leur marché financier. En effet, la mondialisation de l'économie et la prolifération des marchés financiers accompagnée de la privatisation de certains organismes, ont mis sur pied une politique de déréglementation qui avait pour but de confier le contrôle de certaines institutions financières à des professionnelles qui se basaient sur des règles moralisatrices et des devoirs imposés à certains professionnels⁹²². Cette commission, si elle présente un atout majeur à raison de son caractère éthique, n'est cependant pas tout à fait apte à faire office de *charia board* du moment que son régime juridique reste un mystère. Pourtant, il existe des *charia board* à initiative privée en France qui méritent d'être analysés

⁹¹⁹ Loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 : <http://www.senat.fr/rap/100-005/100-00510.html>

⁹²⁰ L'article L. 612-30 du Code monétaire et financier, l'ACP dispose sous le contrôle du juge administratif d'un large pouvoir pour prononcer des sanctions réglementaires.

⁹²¹ Y. Caplain, « Les déontologues, boucliers de l'éthique » : *Banque Magazine*, févr. 2002, p. 70.

⁹²² Ch. Hannoun, « La déontologie des activités financières contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *Rev. trim. Droit, Com.*, juil. sept., 1989, p.422.

Section II) Les *charia board* en France

562. L'implantation d'un *charia board* est un préalable nécessaire pour accueillir les banques islamiques en France. Après l'échec de sa mise en place sous forme d'autorité administrative ou publique indépendante comme l'ACP ou l'AMF qui permettrait une meilleure garantie des intérêts de la clientèle avec une indépendance totale, afin de mieux exercer son rôle de contrôleur. À l'état actuel de la législation française, une telle conception du conseil religieux n'a pas encore vu le jour. Malgré la volonté des autorités, l'engouement des politiques et l'adaptation des critères religieux pour l'instauration des OPCVM, à cela s'ajoute le souhait de créer un *charia board* par Euronext paris depuis 2009 qui n'est toujours pas officiel⁹²³. Le contrôle de l'industrie de la finance islamique est confié à des conseillers religieux d'initiatives privées opérationnel en France. Parmi les plus actifs nous pouvons citer : l'Audit Conformité Ethique et Recherche en Finance Islamique (§ I) et L'*Islamic Finance Advisory and Assurance Services* (§II).

Paragraphe I) L'ACERFI : Un exemple de *charia board* à la française

563. L'Audit, Conformité, Ethique et Recherche en Finance Islamique (ACERFI) est un *charia board* d'initiative privée qui se veut de promouvoir la finance islamique en France. Il est le premier comité francophone investit de la mission de validation de conformité charia en France⁹²⁴. L'ACERFI a été officiellement annoncé lors du forum sur la finance islamique organisé, le 26 novembre 2008, à Paris. Cette manifestation avait posé les jalons d'une finance islamique à la française sous le contrôle de Mme Christine Lagarde⁹²⁵. La création de ce conseil religieux est un signal fort dans le processus d'implantation des banques islamiques en France voire en Europe. Toutefois, une réforme sera la bienvenue pour conférer beaucoup plus de pouvoirs et d'autonomie à cet organe de contrôle religieux. Cette insuffisance pose

⁹²³ G. Saint Marc, « La finance islamique : une alternative pour financer l'économie française ? *Bulletin Joly Bourse*, 01 avril 2009, n° 2, p. 153.

⁹²⁴ M. Vignaud, « L'offensive de la finance islamique en France », *Le point.fr*, 26 novembre 2009, disponible : www.lepoint.fr/archives/articles.php/399311; V. aussi Livre blanc, *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Norton Rose Cabinet d'avocats d'affaires international et DTZ Asset Management, Paris, 2010, disponibles : www.financeislamiqueimmo.com, 133 pages

⁹²⁵ La non retenue à la source des capitaux étrangers qui sont déductibles à leurs actionnaires d'origine ; la déductibilité de la rémunération de ces montages en équivalence de charges financières ; la neutralité fiscale pour les achats ventes . cf. <http://www.al-kanz.org/2008/12/04/acerfi-finance-islamique>.

une limite à son statut de conseil religieux (I) et constitue par la même occasion des obstacles pour l'exercice de sa mission (II)

I) Le conseil religieux en France, l'exemple de l'ACERFI

564. Au-delà de la différence entre la finance islamique et la finance occidentale qui se manifeste au niveau de leur fonctionnement, un autre élément de distinction apparaît sur le plan de leur structure. Ce dernier se caractérise par la présence du conseil religieux ; dans le système financier islamique il y a l'omniprésence d'un organe spécial dénommé comité de *charia*⁹²⁶ qui contrôle l'ensemble des produits. À l'état actuel de la législation en France, seuls des conseils religieux à initiative privée ont vu le jour parmi ces derniers nous pouvons présenter l'Audit Conformité Éthique et Recherche en Finance Islamique (ACERFI), l'*Islamic Finance Advisory Assurance (IFAAS)* et le Comité Indépendant de la Finance Islamique en Europe (CIFIE). Ces *charia board* vont certes jouer un rôle crucial dans le processus d'implantation des banques islamiques en France, mais des suspicions continueront toujours à porter atteinte à cette industrie du fait que ces conseils religieux ne disposent ni de prérogatives de puissance publique ni d'indépendance totale⁹²⁷.

565. La création de l'ACERFI comble une faille importante et répond aux besoins substantiels de la France et des pays francophones dans l'élaboration d'une offre de produits et de services financiers « *sharia-compatibles* », mais son caractère privé n'est pas sans incidence dans le fonctionnement des banques islamiques. Comité totalement indépendant, l'ACERFI aura pour mission d'accompagner les acteurs français dans le processus de développer. Pour se faire elle doit en conformité avec les règles de finance islamique, tant au plan national qu'au plan international. L'ACERFI en tant que comité éthique s'appuiera sur l'Association Innovation pour le Développement économique et Immobilière (l'AIDIMM)

⁹²⁶ O. Sass Mohamed Bachir, « Les comités de la charia : historique constitution et pouvoir », in dossier la finance islamique: *l'autre finance*, op. cit p. 8. Traute Hohlers-Scharf, *Les banques arabes et islamiques*, O.C.D.E.; Paris 1983, p. 69. S. Jahel, L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garanties, *RTD. Com.* 1985 p.483." Toutes les opérations sont supervisées par un conseil de surveillance religieux établi auprès de chaque banque et qui sera guidé dans sa tâche par un comité d'expert juridiques de haut rang qui décidera cas par cas si de nouveaux types d'instruments financiers sont compatibles avec les préceptes de la loi religieuse"

⁹²⁷ ACERFI (Audit, Conformité, Éthique et Recherche en Finance Islamique) a été en effet officiellement annoncé à cette occasion par Sheikh Louqman Ingar, dans un discours mettant en avant le rôle primordial des docteurs en droit musulman et une première expérience en juin 2008, lors de la validation du produit « Sharia Liquidité » élaboré par le groupe Société Générale et distribué par sa filiale la BFC sur l'Ile de la Réunion.

structure associative à but non lucratif qui œuvre entre autre à la formation et à la recherche d'alternatives pour les financements immobiliers, les solutions d'épargne et d'investissement.

566. Elle participera à l'ancrage de la finance islamique dans le monde francophone en association avec les experts et les *charia Board* de renommée internationale. Comme tout *charia board* l'examen de sa mission (A) son organisation et ses pouvoirs (B) sont indispensables pour déterminer son statut de conseil religieux.

A) La mission de l'ACERFI :

567. Sa mission est quasi identique à celle dévolue à l'*IFAAS* à la seule différence que celle de l'ACERFI est beaucoup plus large, car L'ACERFI se veut de promouvoir la finance islamique en France⁹²⁸ et dans le monde francophone. L'ACERFI privilégie les formations en droit musulman notamment sur les fondements religieux et les bases éthiques de cette finance, en organisant des séminaires et des journées de recherche dédiés à cette industrie. Cette mission de formation est conduite par l'Association Innovation pour le Développement économique et Immobilière (AIDIMM), organisme à but non lucratif qui milite entre autre à la formation et à la recherche d'alternative pour les financements immobiliers, les solutions d'épargne et d'investissement. Ce retour aux fondamentaux est indispensable surtout aujourd'hui où la finance islamique gagne du terrain et peu de personnes savent vraiment ce dont il s'agit⁹²⁹.

568. La mission de l'ACERFI se résume dans cette volonté de promouvoir la finance islamique et le droit musulman qui la sous-tend avec l'organisation des colloques et des sciences de formation. La réalisation de cette mission demande non seulement une compétence accrue de ces membres dans le droit musulman mais aussi, la mise en place de commissions où siégeront des spécialistes du *fiqh* qui seront amenés à tarir cette divergence sur l'interprétation des versets et des *hadiths* qui fondent cette finance.

569. L'ACERFI semble être, une autorité indépendante dans la mesure où, la réalisation de sa mission dépend du savoir faire et de la volonté de ses membres qui vont recourir à la jurisprudence islamique et aux règles de droit musulman des affaires. Toutefois, l'influence et

⁹²⁸ Ph. Bechade, « La finance islamique suscite la curiosité et la convoitise de la France » disponible : www.moneyweek.fr/20091210076/conseil/actions/finance-islamique-france/

⁹²⁹ J. Lasserre Capdeville, « La Finance islamique, une finance douteuse ? », op. cit p. 6.

la main mise de l'association d'innovation et de développement économique et immobilier dans le fonctionnement de ce *charia board* nous font douter de l'autonomie de l'ACERFI. En effet, en tant qu'association qui se fixe un but déterminé, elle risquerait d'influencer l'orientation du conseil religieux. La mission de ses membres⁹³⁰ qui siègent dans les comités de *charia board*, se chargent d'approuver la conformité de ces produits aux normes religieuses. Ce qui nécessite d'adopter une structure tout en dotant des pouvoirs aux membres.

B) L'organisation, pouvoirs et composition de l'ACERFI :

570. Les conseillers religieux doivent avoir une compétence tant en droit islamique que dans le *fiqh* islamique : en économie et en comptabilité. Il est très rare de voir un conseiller de *charia board* tributaire de toutes ces formations et de ces compétences. Cette difficulté explique la variété de ces membres faisant appel à des économistes et des comptables voire même des juristes qui siègent de façon temporaire au sein de ces conseils. L'ACERFI est le premier conseil religieux en France, composé d'éminents docteurs religieux spécialisés dans les sciences religieuses des plus prestigieuses écoles islamiques du monde arabe. Ces derniers poursuivent des formations continues dans des domaines qui ne sont pas ceux de leurs spécialisations, comme la finance ou le droit dans le but de parfaire leur profil.

571. Les critères requis pour être un conseiller religieux sont liés à la connaissance et la maîtrise tant de la langue arabe que de la jurisprudence *fiqh* et du droit musulman. Il faut en outre être reconnu par ses pairs comme ayant la compétence de savant ou cheikh dans le domaine de la *fiqh*⁹³¹. Le choix de ce critère est tout à fait conforme aux exigences du droit musulman, et surtout à l'élaboration de ces produits qui prennent la nature et la forme d'un contrat, comme une condition essentielle. Malgré son indépendance, ce conseil est dans la plupart des cas rattaché à l'assemblée générale du conseil d'administration ou encore au

⁹³⁰ Ch. Zakaria Seddiki- docteur en sc. Islamiques de l'université Al-Azhar, ancien professeur , Cheikh Mohamed Patel, diplômé en sharia et en Qirate de l'université Islamique de Zakariya Johannesburg, Moufti Chakil Omarjee, diplômé en sharia *fiqh*, Cheikh Mohamed El Béchir diplômé de l'université de Bagdad, cheikh Mohamed HENDAZ, diplômé d'Al azhar.

⁹³¹ O. S. Mohamed Bachir, « Les comités de la charia : historique constitution et pouvoir », in *dossier la finance islamique: l'autre finance*, *op. cit* p.6. V. aussi, S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2eme, Ed. Revue banque, 2011, p. 73.

management de l'institution⁹³². Ce ralliement peut porter atteinte à l'indépendance du conseil, qui est un gage de sécurité pour les clients et un outil de conformité religieuse.

572. C'est dans ce contexte que Monsieur Ould Sass Mohamed Bachir, propose une nouvelle structure que les autorités religieuses doivent pendre en considération dans le processus d'instauration d'un conseil de *charia board* nationale en France. Ce modèle proposé par Monsieur Ould SASS est élaboré sous une forme d'assemblée mixte

comprenant une *charia board* ; un comité d'audit interne ; un comité de *fatwas* et des centres de recherches jurisprudentielles. Un département de formation et d'accompagnement pédagogique aura pour mission comme son nom indique de former le personnel sur les concepts et les mécanismes du droit musulman et sur la méthodologie d'élaboration des *fatwa*. Un comité de la *zakat* et de l'économie solidaire aura alors un rôle de supervision du conseil de *charia board* et de distribuer la *zakat*⁹³³.

Ce comité religieux est composé d'éminents savants et de Cheikhs :

- Cheikh Zakaria Seddiki- Président, docteur en sciences islamiques des plus prestigieuses Université islamique (Al-Azhar) d'Egypte ;
- Cheikh Mouhammad Patel- Secrétaire diplômé en *charia* et en *Qirate* de l'Université islamique Zakariya Johannesburg.
- Moufti Louqman Ingar, Diplômé en sciences de gestion à l'université de la Réunion, diplômé en *charia* et en *Fiqh*.
- Moufti Chakil Omarjee, diplômé en *charia* et en *Fiqh* de l'université islamique Kantharia-Gujarat- Inde et étudiant en gestion –comptable, ancien Imam et à la mosquée du Port (Ile de La Réunion).
- Cheikh Mohammed El-Bachir, diplômé de l'Université de Bagdad et enseignant-chercheur en finance islamique à l'Université de Strasbourg.
- Cheikh Mohamed Hendaz, diplômé de l'université Al-azhar (Egypte).

⁹³² M. Obaidullah,, « Islamic risk management:: toward greater ethics and efficiency » , *international journal of islamic financial services*, vol. 3 n° 4

⁹³³ *Ibid.*

573. Ces mêmes conseillers siègent simultanément au sein des plus grands *charia board* du monde⁹³⁴. Il arrive même qu'ils soient consultés séparément par la même institution et cette dernière ne sera pas tenue forcément de respect chacun de ces avis rendus, mais seulement celle qui est la plus avantageuse pour l'opération en question. Leur popularité et leur compétence avérée dans ce domaine leur confère des forces qui leur permettent d'imposer leur avis aux jeunes conseillers qui sont à leur pas de balbutiement. Cet état de fait, nous conduit à nous interroger sur les obstacles de ce conseiller religieux revêtant de formes diverses.

II) Les obstacles de fonctionnement de l'ACERFI

574. L'audit, conseil, éthique et la recherche sur la finance islamique, bien qu'il soit reconnu comme un conseil religieux habilité à se prononcer sur la conformité religieuse des produits islamiques commercialisés en France connaissent, tout de même, des obstacles constituant un frein empêchant son évolution. Les uns sont d'ordres structurels liés au caractère même de cette industrie (A) et les autres relèvent du fonctionnement de ces banques renvoyant aux sources du droit musulman (B).

A) d'ordre structurel

575. Ce conseil religieux connaît des contraintes liées aux modes de désignation de ses membres car, il n'est pas toujours facile de trouver des personnes qui détiennent des compétences dans toutes les branches qui touchent cette industrie. À cela s'y ajoute la méconnaissance de cette finance allant même jusqu'à la confondre avec d'autres organismes pratiquant des activités malsaines ou illicites⁹³⁵.

576. Ce conseil est saisi par des dirigeants ou le conseil d'administration des banques sur des questions religieuses relatives à la reconnaissance des produits et transactions financières. La rémunération de ces conseillers peut donner naissance à un conflit d'intérêt, pouvant aller jusqu'à la remise en cause de l'indépendance de ce *charia board*. L'ACERFI n'est que l'image de l'IFAAS ce qui montre l'influence du droit anglais dans le processus d'implantation des banques islamiques en France. Cette influence est attestée par l'adaptation

⁹³⁴ Cf. M. Moaté, *op. cit.* p. 206. « La plupart des plus éminents spécialistes de la banque islamique sont issus d'un même terreau dans lequel on retrouve la formation bancaire anglo-américaine conventionnelle et la formation en droit musulman d'inspiration wahabite. Ainsi, les trois spécialistes que l'on désigne souvent comme les « *Shuyukh de Wall Street* » car ils font partie du comité *Shari'a* de la compagnie *Dow Jones*, Nizam Yaquby, Mohammed Al Ghari et AbdelSattar Abu Ghuddah siègent à eux trois dans 116 comités.

⁹³⁵ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique, une finance doute ? », *op. cit.* p. 9.

des fiches fiscales ayant posé la neutralité de la *moudaraba* et des *sukuk*. Alors que c'est cette même technique juridique qui a permis d'implanter les banques islamiques en Angleterre. Toutefois, le législateur français n'a pas suivi son voisin jusqu'au bout, notamment en ce qui concerne l'introduction du conseil religieux dans sa structure bancaire⁹³⁶. Les obstacles ne sont pas que de nature structurelle, d'autres sont d'ordre fonctionnel.

B) d'ordre fonctionnel

577. L'ACERFI est proche du département de la finance islamique de Paris euro place, ce rapprochement limiterait, à notre avis, son autonomie puisqu'il sera obligé de pendre en considération dans ces *fatwas* les observations et recommandations de Paris euro place. Ces dernières peuvent ne pas être conformes à la loi musulmane. Il n'existe pas dans la structure de ces conseils religieux des instances supérieures permettant d'uniformiser les décisions rendues par les comités religieux nationaux. Pourtant, les *charia board* de la banque islamique de développement et ceux de l'université d'Al Azhar semblaient jouer ce rôle mais la différence et l'opposition dans l'interprétation des versets et les *sourates* au sein des différents courant de pensée continuer de freiner le développement de cette industrie.

578. Un autre conseil, installé sur le territoire français, sous la forme d'un cabinet de consulting : l' *IFAAS* plus proche des populations pourrait contribuer à éradiquer les obstacles que connaît l' ACERFI.

Paragraphe II) L'Islamic Finance Advisory and Assurance Services (IFAAS)

579. L'IFAAS est un cabinet de consulting anglais spécialisé dans les services et les activités de la finance islamique. Il s'intéresse au même titre que L'ACERFI à la conformité des produits et des institutions financières. L'IFAAS, contrairement à l'ACERFI travaille avec les cabinets d'avocats ; des compagnies d'assurances ; des régulateurs et les pays qui souhaitent adapter leurs normes aux règles de la finance islamique. L'IFAAS a été appuyé par *FSA* dans l'implantation des banques islamiques en Angleterre. L'ACERFI est différent selon nous de l'IFAAS en ce que, ce *charia board* francophone ne bénéficie à ce jour, d'appui des organes régulation comme l'ACP, si ce n'est celui de Paris euro place. Pour rester fidèle à

⁹³⁶ M. Ainley, « La *FSA* est prête à suivre les évolutions du marché », In dossier La finance islamique en Europe, *op. cit.* p. 38

notre démarche méthodologique nous allons aborder la composition de ce conseil religieux (I) avant de d'examiner sa mission (II).

I) La composition de l'IFAAS

580. Ce cabinet est le *leader* dans ce domaine en France et en Angleterre, il est composé de structures variées s'intéressant chacune à un aspect déterminé de cette industrie. Il travaille sur la conception de produits *charia* compatibles permettant de vérifier la conformité les produits aux les règles religieuses. Cette mission nécessite l'expertise d'un *ouléma* (sage) dans ce domaine. L'IFAAS est en contact avec d'éminents savants du monde musulman, tant en France que dans les autres pays. Cette présence des sages atteste sa crédibilité et sa marque de confiance dans les régions du monde qui s'intéressent à cette finance.

581. Il travaille aussi sur l'audit ce qui complète et assure la conformité qu'exerce le *charia board* et le distingue de l'ACERFI et rejoint du coup le modèle de *charia board* proposé par Monsieur Oul SAAS. Comme tous les conseils religieux, l'IFAAS est composé des spécialistes du droit musulman regroupés dans un comité religieux (A) et des érudits de la finance formant les organes de formation et d'audit (B).

A) Le conseil religieux de l'IFAAS

582. Le rôle qu'il joue dans le processus d'implantation de l'industrie de la finance islamique à travers le monde l'exige à disposer d'un conseil religieux le permettant de valider et de vérifier l'ensemble des produits. Cette étape de vérification est l'apanage de ces conseillers. L'IFAAS fait appel à des conseillers religieux venant des pays du Golfe, il dispose aussi des membres internes lui permettant d'approuver les opérations les plus courantes. Son rôle dans la mise en place d'un compte bancaire conforme aux normes religieuses atteste encore sa place dans l'édification de ce système en France. Les instances de contrôle et de formation viennent compléter le rôle du comité religieux.

B) Les organes de formation et d'audit

583. L'IFAAS a très vite compris que l'introduction de cette finance passe nécessaire par la connaissance de ces fondements et la maîtrise de ces principes. Conscient de ce problème , l'IFAAS a prévu un organe de formation spécialement dédié à la formation et à l'initiative au mode de fonctionnement et l'organisation de cette finance. Ainsi , cette instance forme des professionnels des banques et certaines sociétés financières. L'audit aussi est au cœur de l'activité de l'IFAAS.

584. Des services de formations et de certifications sont pris en compte dans sa structure. Son statut de conseil religieux se mesure en fonction de sa mission (II).

II) La mission de l'IFAAS

585. La mission de l'IFAAS est très large, elle part de la conception du produit jusqu'à sa mise sur marché. Il vient de réaliser un projet d'étude phare sur le marché de la finance islamique africain. Son domaine de compétence était jusqu'ici, limité en Europe. L'IFAAS vient de franchir le pas en réalisant une étude remarquable que l'Etat sénégalais lui avait confiée pour d'adapter son droit aux règles religieuses qui régissent les banques islamiques⁹³⁷. C'est à Dakar, dans la capitale sénégalaise que s'est tenue la cérémonie de restitution des résultats de l'enquête. Ce rapport ayant suggéré pas mal de points qui rejoignent indirectement les réformes déjà opérées en France pour l'accueil de la finance islamique en France notamment sur les questions relatives à leur agrément et à le statut du conseiller religieux.

586. Bien que, l'Audit Conformité Et Recherche en Finance Islamique soit le premier conseil religieux en France, il partage le terrain avec d'autres acteurs qui militent dans ce domaine. L'IFAAS se taille la part du lion dans le domaine de l'audit, avec l'instauration de la première banque islamique en France qui propose une gestion de compte conforme à la charia islamique depuis juin 2011. Nous allons voir le rôle qu'il a joué dans le processus d'implantation de la *chabbi bank* en France (A), avant de voir l'accompagnement que l'association (AIDIMIM) joue (B).

A) L'étude de marché islamique : l'exemple de *chabbi bank*

587. La banque Chabbi, filiale du groupe Banque Populaire vient de franchir un pas important sur le marché Français, c'est à l'*Islamic Finance Advisory et Assurance Services (IFAAS)* que la Banque Populaire du Maroc avait confié l'étude de conformité des produits et des comptes aux règles dictées par la loi islamique. Ce qui a abouti en juin 2011 à la commercialisation des premiers produits islamiques.

⁹³⁷ « Revue du cadre réglementaire du système financier en vigueur au sein de l'UEMOA en vue de l'implantation de la finance islamique », <http://fr.ifaas.com>

588. Au même titre que l'ACERFI, l'IFAAS a pour mission de garantir la conformité des produits de la finance islamique, avec une différence prêt, son champ d'application ne se limite pas dans les pays francophones⁹³⁸, il travaille également avec les anglais.

B) L'accompagnement dans la formation : exemple de l'association AIDIMM

589. L'association innovation pour le développement économique et immobilière jouit d'une bonne place pour la promotion de la finance dite *halal* en France⁹³⁹, bien qu'elle ne jouisse pas de la qualité d'un conseil comparée à l'ACERFI et l'IFAAS.

590. La coopération entre l'IFAAS et l'AIDIMM ne peut être que bénéfique pour la France en ce sens que chaque instance travaille sur un point essentiel de cette industrie.

591. Ce malgré la croissance spectaculaire de l'industrie de la finance islamique au cours des dernières années, avec un taux de croissance à deux chiffres et une disponibilité avoisinant les 1000 milliards de dollars. La finance islamique demeure confrontée à des problèmes structurels⁹⁴⁰ ayant poussé certains à se douter de son fonctionnement et de son organisation.

592. Après avoir expliqué concrètement la finance islamique nous allons nous intéresser à son mode de fonctionnement. Il demeure nécessaire de soumettre cette finance à un organe qui aura non seulement pour rôle de contrôler la conformité de ces produits aux principes de la loi islamique, mais aussi de superviser les autres aspects de cette industrie. Ce contrôle constitue un gage de protection et un outil de sécurité pour ses clients.

593. La France n'a toujours pas connu l'installation de banques islamiques sur son territoire et pourtant, comme nous l'avons déjà signalé dans nos précédents développements. Les autorités ne ménagent aucun effort⁹⁴¹ pour la réception de cette industrie. Les raisons de ce retard semblent être dues à la méthodologie utilisée jusqu'ici pour l'accueillir la finance islamique. L'organe religieux omniprésent dans le modèle islamique doit être intégré dans le système financier français, au sein des organes de régulation comme l'ACP. Cette

⁹³⁸ Quels marchés et quelles opportunités pour les banques de détails ? Rapport IFAAS 2011.p. 12.

⁹³⁹ Cf. Livre blanc, Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir, Norton Rose cabinet d'affaires international et DTZ Asset management, Paris, 2010, disponible : www.financeislamiqueimmo.com, 133 pages

⁹⁴⁰ N. Halpern, « La finance islamique s'impose dans le monde musulman », *Les Echos*, 21 sept. 2006, p. 21.

⁹⁴¹ La création de la chaire Norme et Ethique de la finance en coopération entre l'université Paris I Panthéon Sorbonne et l'Université du Roi Abdulaziz de Jeddah en Arabie Saoudite.

introduction nécessite la maîtrise d'une triple culture : religieuse, juridique et financière⁹⁴². Ces trois critères doivent être pris en compte pour poser la théorie de la finance islamique en France, passant nécessairement par le biais des méthodologies scientifiques. Toutefois, une carence de l'une des trois composants conduirait à une étude incomplète, malsaine ou fragile, selon M. Maazouz⁹⁴³. L'attitude consistant à passer par les procédés fiscaux pour contourner les contraintes est absurde selon nous, puisqu'on ne peut qualifier le profit dégénérer par le *moudaraba* d'intérêt dans le seul de le rendre non imposable ; alors que l'intérêt est prohibé en islam.

594. Nous proposons une méthodologie consistant à renforcer des formations et la promotion de recherche allant dans le domaine de la finance islamique, bien que des formations dédiées à cette formation soient dispensées dans quelques universités françaises à titre d'exemple nous pouvons citer le diplôme universitaire à l'école de management de l'université de Strasbourg. Ces formations ne doivent pas se contenter de présenter cette finance mais montrer que le caractère islamique de cette finance n'est pas synonyme d'insolubilité de l'économie et le droit français⁹⁴⁴.

595. L'articulation entre le droit classique et le droit musulman est nécessaire, ce qui se passe par ce que M. Bertrand du Marais, appelle « *l'attractivité économique du droit* ». C'est-à-dire la capacité d'un système juridique à attirer ou retenir des activités économiques à haute valeur ajoutée. La concurrence réglementaire est opérée aujourd'hui en France par les fiches de l'administration fiscale. Elle devrait à notre avis, aller jusqu'au bout en abordant tout les pans du droit français en élaborant des règles de passage entre le droit français et droit islamique⁹⁴⁵.

596. Si la première mission de contrôle est déjà assurée par le conseil religieux ou *charia board*, celle de protection est dévolue à un organe central qui est la Banque Islamique de Développement (BID) qui opère un contrôle administratif. Nous allons étudier les organes de contrôle externe de protection, de réglementation, voire de régulation financière.

⁹⁴² J. Maazouz, « La réception de la finance islamique en France : Entre résistance idéologique et défaut méthodologique », *Revue Banque*, n° 759 avril 2013, p. 73. Selon l'auteur, cet échec est du à un problème d'intégration du volet religieux, toutefois il affirme que ces problèmes ne sont pas insurmontables.

⁹⁴³ *Ibid.*

⁹⁴⁴ *Ibid.*

⁹⁴⁵ B. du Marrais, « La contribution des grandes religions et éthiques à la résolution de la crise financière », *Revue Banque*, n° 759 avril 2013, pp. 74 et s. selon l'auteur la nécessité devrait être érigée en loi afin d'acclimater le droit français

Chapitre II : Les organes de contrôle externe à caractère administratif, financier et juridictionnel

597. Le système financier islamique est bâti autour de deux modèles différents d'une côté, existe le modèle dualiste dans lequel le système occidental cohabite avec le modèle islamique⁹⁴⁶. De l'autre, il existe des systèmes totalement islamisés où le fonctionnement de l'industrie bancaire est régie par les règles de la charia. Trois pays appliquent ce dernier modèle : le Pakistan ; le Soudan et l'Iran. Le Pakistan fut le premier pays qui a supprimé l'intérêt depuis 1977⁹⁴⁷ avec l'instauration de trois institutions afin d'accompagner le processus d'islamisation de son système financier. *The House Building Finance Corporation*, dont l'activité est basée sur le principe de l'interdiction *riba*, permet d'illustrer ce modèle qui fonctionne dans le respect strict actuellement des règles islamiques. *The house building fiance* accorde des prêts sans intérêt pour la réalisation des projets immobiliers. D'autres institutions ont vu le jour pour accompagner le premier dans la réforme du système bancaire : *The Investment Corporate of Pakistan* qui adopta le système du partage des risques dans les investissements et *The Investment trust*, spécialisée dans la mobilisation de petite épargne⁹⁴⁸. Le Soudan et l'Iran ont aussi transformé leurs systèmes financiers, afin de le rendre conforme aux règles religieuses⁹⁴⁹. Au même titre que le Pakistan la charia occupe une place considérable dans l'ordonnancement juridique du droit positif dans ces pays. C'est peut être, ce qui explique l'influence des règles religieuses et leurs implications dans le fonctionnement de leurs banques.

598. L'organisation des banques dans les pays où les systèmes cohabitent donne souvent naissance à une divergence tant sur le plan de fonctionnement, que sur leur structure. L'organisation de ces banques est certes régie par les règles du droit musulman, mais lorsqu'il s'agit d'appliquer ce droit dans les *charia board*, les conseillers disposeront d'un choix selon la conceptions de l'école de pensées du pays d'accueil de

⁹⁴⁶ Cas du Sénégal, où la banque islamique du Sénégal, créée depuis le début des années 1983 partage le terrain avec plus de cinq banques qui sont la symétrie du système occidental.

⁹⁴⁷ Z. Iqbal, A. Mirakhor, *Islamic Banking, FMI Occassional paper*, n°49, mars 1987, pp. 14 à 22.

⁹⁴⁸ I. Karsten, *Islam and Financial intermediation, FMI Staff paper*, vol 29 n° 113 à 123.

⁹⁴⁹ H. Afra, *Organisation et stratégie des Banques islamiques*, thèse, Paris nord 1993, p.152. ; Cf. M. Anwar, *Reorganization of islamic banking*, « A new proposal, in *The function of money*, publication de l'association international des banques islamiques », Le Caire, 1980, 79 pages.

la banque. Cette divergence est l'un des obstacles de l'organisation des *charia board* au sein des banques islamiques.

599. Le contrôle externe des banques est confié à des organes divers : la Banque Islamique de Développement (BID). Les institutions internationales telles que l'*AOOFI* et le conseil de *fiqh* de l'Université Al azhar ont mis en place des méthodes, afin de renforcer le contrôle de ces banques. Ces institutions mènent leur contrôle sous des aspects différents, soit par le biais de l'organe de contrôle administratif (section I) soit par des structures de contrôle financières et- juridictionnelles (section II) qui seront examinées les uns après les autres dans les deux sections suivantes.

Section I : L'organe de contrôle administratif

600. En France le contrôle administratif et financier du système bancaire est confié à des organismes et des institutions divers comme : la banque de France ; l'autorité des marchés publics et l'autorité de contrôle prudentiel. L'industrie de la finance islamique fonctionne différemment. Cette différence est marquée par l'émergence de nouveaux types de contrôle d'ordre religieux, qui étaient propres à la finance islamique. Cette structure bancaire islamique doit être conforme aux normes internationales en abritant dans son sein une banque centrale. Cette conformité nécessite, l'étude de la banque islamique de développement (§ I), pour la comparer à la structure d'une banque centrale (§ II)

Paragraphe I) L'étude de la banque islamique de développement

601. La Banque islamique de développement (BID) est une institution financière internationale, elle représente ce système financier sur la scène mondiale. La BID a été créée en 1976 sous l'influence et le souhait des ministres des finances de l'Organisation de la Conférence Islamique (OCI)⁹⁵⁰. Elle est la deuxième organisation internationale, après l'Organisation des Nations Unies. Cette institution a été créée par la conférence des ministres des affaires étrangères tenue dans la capitale Saoudienne. C'est une banque intergouvernementale dont les principaux souscripteurs de son capital sont Arabie Saoudite (24,56%) ; le Koweït (12,23%) ; la Libye (9,85%) ; l'Iran (8,62%) ; l'Égypte (8,52) ; la Turquie (7,7%, les Émirats arabes unis (6,97)⁹⁵¹. La Banque Islamique de Développement dans sa mission sociale⁹⁵² octroie des aides aux pays membres dans la lutte contre la pauvreté. Elle joue une mission cruciale consistant à tarir cette divergence sur l'interprétation des versets et des *hadiths*, fondements des banques islamiques. La BID exerce ce rôle dans le cadre de ses fonctions d'organe de contrôle externe des activités de l'industrie islamique. Pour mener à bien sa mission de contrôle, la Banque Islamique de Développement aura-t-elle réellement besoin d'être hissée au rang d'une banque centrale ? Pour répondre à cette question, il s'avère nécessaire d'analyser son objet (I), sa composition (II), afin de la comparer à une banque centrale pour en déduire sa nature juridique.

⁹⁵⁰ G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, op.cit. p. 165

⁹⁵¹ *Ibid*

⁹⁵² Cf. I. Ba, B. Délatte, « PME et institutions financières islamiques », Aide au développement autonome, (ADA), *Dialogue, Luxembourg*, n° 2, Avril 1996, 9 pages.. V. aussi, A. Sid-Hahmed, « Finance islamique et développement », *Revue Tiers-monde*, tome XXIII, n° 2, octobre-décembre, 1981, pp. 887-890.

I) L'objet de la Banque Islamique de Développement :

602. La banque islamique de développement avait vu le jour officiellement le 20 octobre 1975. Elle a pour mission, en plus de celle de contrôleur des banques islamiques nationales, d'être le pionnier dans la défense du développement socio-économique des pays membres et des communautés musulmanes conformément à la charia. Ainsi, elle octroie des prêts et des dons conformément aux règles du droit musulman, notamment avec l'octroi des prêts sans intérêts. Toutefois, des frais et des commissions qui varient entre 1.5 à 2.5% sont prévus dans son règlement intérieur⁹⁵³. Ces modes financements et ces prêts rentrent dans la politique de réduction de la pauvreté et la promotion du développement humain de la science, de la technologie, de l'économie et de la finance. Elle renforce la coopération entre les pays membres en instaurant des banques ou des structures islamiques⁹⁵⁴. Cette mission sociale de la BID ne nous surprend guère car, l'Islam en plus d'être un système juridique est aussi une religion qui englobe tous les pans de la vie du croyant⁹⁵⁵. Cet aspect justifie les fondements sociaux et éthiques de cette finance⁹⁵⁶ qui gouvernent toutes ses activités financières islamiques. La réalisation de cette mission est à l'origine de travaux considérables dans des domaines diversifiés et des institutions variées, organisés autour de deux structures : les organismes relais (A) et les secteurs d'activités (B).

⁹⁵³ H. Algabid, *Les banques islamiques*, op. cit. p. 74.

⁹⁵⁴ Voir Statut de la BID, 2005, p.1.

⁹⁵⁵ N. C.-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op. cit. p. 3 « c'est le seul système au monde, où droit morale se rencontrent et s'interpénètrent »

⁹⁵⁶ Voir, Première partie, section : fondements sociaux.

A) Les organismes relais :

603. La BID se compose de quatre grands organismes relais qui contribuent à la réalisation des objectifs de cette institution financière intergouvernementale. Les uns s'orientent vers le domaine du crédit, du commerce et de l'économie (1, 2,3). L'autre s'intéresse à la formation et à la recherche (4)

1. La Société Islamique d'Assurance d'Investissement et de Crédit d'Exploitation (SIACE) :

604. La SIACE a été créée le 1^{er} août 1994, installée à Djedda avec un capital de 144 millions USD dont 50% sont détenus par la BID⁹⁵⁷. La société vise à élargir le cadre des transactions commerciales et à encourager le flux d'investissements entre les Etats membres, dans le respect des principes et les règles religieux⁹⁵⁸. Elle agit en tant qu'assureur-crédit pour les transactions commerciales et l'investissement vers les pays membres⁹⁵⁹. Le paradoxe semble se présenter car, le *gharar(aléa)* est interdit dans toutes les activités islamiques. Or, l'activité d'assurance est fondée sur « aléa », ce qui la classe dans la catégorie des contrats prohibés en islam. Son but est de réaliser sa mission dans le respect des règles régissant le droit musulman. Il appartient à la Banque islamique de développement de régulariser l'assurance islamique qui demeure un compartiment de l'industrie de la finance islamique, afin de trouver une assurance alternative. C'est dans ce contexte que les compagnies d'assurance islamiques dites *Takaful* ont vu le jour.

2. La société islamique pour le développement du secteur privé :

605. Née en 1999, la Société Islamique pour le Développement du secteur privé (SID) vise à promouvoir le développement économique dans le secteur privé au sein des Etats membres. Son capital s'élève à un milliard d'USD⁹⁶⁰. Comme son nom l'indique, la Banque Islamique de Développement a pour mission de promouvoir le développement des pays membres en combattant la pauvreté sous toutes ses formes. La réalisation de cette mission nécessite la mise en place des modes de financement conformes à la charia et aux règles éthiques.

⁹⁵⁷ Cf. G. Causse-Broquet, *Les banques islamiques*, op. cit. p. 132.

⁹⁵⁸ E. Ahmed, « Banques islamiques et sociétés islamiques d'investissement », *Politique africaine*, n° 66, juin 1997, p. 34.

⁹⁵⁹ G. Causse -Broquet, *La Finance islamique*, op.cit. p. 169.

⁹⁶⁰ H. Algabid, *Les banques islamiques*, op .cit. p. 163.

606. Cette tâche commence inévitablement par le financement du secteur privé, qui est un domaine élargi et diversifié dans le monde musulman. Contrairement au secteur public relevant du domaine de l'État, il est tenu de respecter des principes tels que les limitations budgétaires ou leurs insuffisances. Dans le but de l'appuyer la BID dans sa mission sociale, la mise en place d'une société islamique pour le développement de ce secteur privé était jugée nécessaire. Cette politique sera complétée par l'avènement d'une nouvelle société avec une vocation purement commerciale qui va épauler les investisseurs dans des domaines très larges.

3. La Société Islamique Internationale de Financement du Commerce

607. Les excédents de liquidités disponibles dans les banques islamiques nationales et internationales, telle la BID ont conduit à la création de la Société Internationale de Commerce. La conférence des ministres des finances des pays membres de la BID avait annoncé le souhait d'injecter ses fonds dans le commerce international pour redynamiser l'économie de ses pays membre. Cette société avait financé le commerce des pays membres entre 2003 -2005, et 61% des financements étaient investis dans le domaine du commerce sous forme de prêts sans intérêts et de dons⁹⁶¹. Le domaine de la formation aussi n'est pas en reste elle est au cœur du processus d'implantation des banques islamiques.

4. L'institut Islamique de recherche et de formation :

608. L'article 2 de l'accord constitutif de la banque islamique dispose que « *la mission de la BID consiste à entreprendre des recherches qui permettent de mettre en conformité les activités bancaires et financières des pays membres, et conformes à la loi musulmane* ». L'indépendance et la révolte des pays arabes marquées par le printemps islamique au cours de ces dernières années sont à l'origine des publications de livres, d'articles et de rapports de recherche dont la plus part prône la généralisation de l'industrie islamique dans tous les pays membres de l'organisation de la conférence islamique (OCI)⁹⁶².

609. Les séminaires de formations permettent une meilleure maîtrise des concepts qui fondent cette finance en les accommodant avec les dispositions du droit positif des pays dans

⁹⁶¹ G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, op. cit. p. 39.

⁹⁶² A. Levy, *Finance islamique, Opérations financières autorisées vers une finance humaniste*, op. cit. p. 173.

lequel la charia n'est pas une source du droit. La réussite de sa mission passera naturellement par le canal de la formation qui permettra une meilleure connaissance et une compréhension des fondements et des principes de cette finance. Le secteur de la formation est un domaine crucial pour relever les défis de cette finance. C'est dans ce sens, que les acteurs de cette finance ont instauré un institut de formation et de recherche islamique. La Banque Islamique de Développement connaît des secteurs d'activité prioritaires.

B) Les secteurs d'activités prioritaires :

610. La BID a pour mission première d'endiguer la pauvreté et de promouvoir le développement de ces pays membres, conformément aux principes qui gouvernent la loi musulmane. Pour mener à bien sa mission, la BID a ciblé depuis sa création des secteurs clés sur lesquels elle doit orienter ses financements. Ces secteurs prioritaires sont au nombre de trois.

1) Agriculture et l'industrie :

611. La plupart de ces pays membres sont en voie de développement, dont l'agriculture demeure l'activité principale. La structuration de ce secteur était nécessaire pour réussir cette mission en éradiquant la pauvreté ou en accélérant le développement de ces pays. Entre les années 2006-2007 dix-neufs projets ont été financés dans ce secteur avec un montant de 126.5 millions de dollars US. Ce qui a augmenté le taux de croissance qui passe de 4% à 7.7%⁹⁶³.

612. La Tunisie avait bénéficié en décembre 2009 d'un projet de développement de l'irrigation, sous forme *istisna'a* avec un montant de 12.3 millions de dollars EU⁹⁶⁴. Au Maroc aussi un projet similaire a été financé en août 2010 avec le même modèle contractuel pour un coût total de 65.6 millions de dollars US⁹⁶⁵.

2) Secteurs sociaux :

613. La BID utilise le mécanisme de prêt sans intérêts appelé *qard hassan* et des dons pour financer des projets sociaux. L'existence de ce secteur au sein du modèle islamique ne surprend guère, car le social est au cœur des fondements de cette finance. Ce qui justifie sa présence dans presque dans l'ensemble de ses activités. Le secteur social est très large, il englobe bon

⁹⁶³ Rapport, Banque Islamique de Développement, Profil BIsD.

⁹⁶⁴ Service d'Information financière islamique, Londres mars 2011 ; V., Services bancaires et finance islamiques en Afrique du Nord, Évolution et perspectives d'avenir, *Banque africaine de développement*, 2011. p. 30.

⁹⁶⁵ *Ibid.*

nombre de domaine tels que l'immobilier ; la santé et l'éducation pour ne citer que ces derniers. C'est d'ailleurs, dans le domaine de l'immobilier que les financements ont été plus orientés. Ainsi, au Maroc en 2009 dans la ville d'Al Quneitrah, des logements sociaux d'un montant de 53.5 millions de dollar Us ont été financés. En Mauritanie un centre hospitalier d'un montant de 17.8 millions de dollars US, une distribution de l'eau pou 13 millions US dans l'éducation et dans le domaine de l'alphabétisation professionnelle pour un montant de 6.2 millions de dollars US⁹⁶⁶.

3. Transports et communication :

614. En 2005 une autoroute reliant Marrakech à Agadir a été financée par la BID au Royaume du Maroc pour un montant de 106.2 millions de dollars Us. En 2010. en Mauritanie une route sur le trajet Moroccok-Kankossa a été financée pour un montant de 15 millions de dollars Us. D'ailleurs, le type de financement le plus courant reste le financement à long terme dont la durée de remboursement peut atteindre vingt cinq ans facilitant les modalités de remboursement. Ces financements à long terme sont souvent destinés aux infrastructures publiques. D'autres secteurs comme l'industrie, les mines et l'énergie sont aussi dans le collimateur de la BID.

615. Aux termes de ce paragraphe, nous pouvons attester de l'existence du rôle social et éthique de la BID qui prend sa source dans les fondements et les principes du droit musulman. Cette mission est-elle à l'encontre de celle d'une banque centrale ? La réponse à cette question nécessite l'étude de la composition de la Banque Islamique de Développement (II).

II) La composition de la Banque Islamique de Développement :

616. L'organisation de la BID ne reflète pas la forme juridique habituellement connue dans système bancaire français. Elle est souvent structurée sous la forme d'une société anonyme avec un conseil d'administration ou un directoire. La structure de la BID connaît une forme juridique différente ce qui n'a pas d'effet sur la qualité de banque centrale, car seule la qualité de personne morale est requise pour l'exercice l'activité bancaire. La loi est par contre libérale en ce qui concerne la forme juridique de la banque. Toutefois, l'ACP doit apprécier « l'adéquation de la forme de l'entreprise à l'activité de l'établissement de crédit »⁹⁶⁷.

⁹⁶⁶ *Ibid.* p. 32.

⁹⁶⁷ Cf. article L. 511-10 du Code monétaire et financier

L'adoption de cette structure est guidée par le souci de garantir la sécurité et la stabilité bancaire, justifiant la présence d'un organe de contrôle (A) et d'un organe de direction (B).

A) L'organe de contrôle de la BID:

617. La BID est une organisation intergouvernementale dont les membres sont les Etats de l'Organisation de la Conférence Islamique. Elle est considérée comme une banque internationale au regard de l'importance de son capital, de la diversité de son domaine d'intervention et de la pluralité de ses pays membres⁹⁶⁸. Sa structure administrative est composée comme suit :

Le conseil des gouverneurs ;

Le conseil des directeurs exécutifs ;

Le président de la banque ;

Un ou plusieurs vice-présidents ;

Les départements sections et autres.

1. Le conseil des gouverneurs :

618. Tous les pouvoirs de décisions sont assurés et contrôlés par le conseil des gouverneurs⁹⁶⁹, dans lequel tous les États membres doivent être représentés. Ils désignent un gouverneur et ses suppléants pour une durée qu'il détermine à son gré. Les membres du conseil ne sont pas rémunérés, ils reçoivent juste des commissions couvrant leurs frais lors de leurs réunions et des déplacements qui rentrent dans leur mission. Leurs pouvoirs sont très larges, ils englobent toute la procédure d'admission jusqu'à l'amendement de l'accord, en passant par la détermination et la répartition des dividendes. Ils statuent sur les recours et les décisions suite à la suspension d'un membre, ou celle de l'élection du président de la BID. Ils conservent le plein pouvoir d'exercices, ainsi que toutes les attributions concernant les questions déléguées au conseil des directeurs exécutifs.

2. Le conseil des directeurs exécutifs :

619. Ces membres doivent avoir une compétence avérée dans le domaine de l'économie, de la finance et du droit. Leur rôle consiste donc à la bonne conduite des activités courantes de la

⁹⁶⁸ H. Afra, *Organisation et stratégie des banques islamiques*, thèse, Paris Nord (XIII), 1993. p. 141.

⁹⁶⁹ L' article 29.1 de l'accord. ; V. M. Ainley, « A Central bank's View of islamic banking », *New Horizon*, Dec-Jan, 1995, pp. 13-16.

banque. Ils présentent le bilan de chaque exercice financier⁹⁷⁰ en analysant les risques découlant sur l'ensemble de l'activité. A côté des organes de ces autorités, il y a les organes décisionnels.

B) L'organe décisionnel de la BID

620. Les instances décisionnelles de la banque islamique de développement sont incarnées par le président (1) et son vice-président (2).

1. Le Président :

621. Le président est élu par le conseil des gouverneurs, il doit être ressortissant d'un pays membre de l'organisation de la conférence islamique. Il est élu à la majorité des voix pour une durée de cinq ans renouvelable une fois. Le président veille au bon fonctionnement de l'institution en contrôlant l'ensemble des départements. Il est le représentant légal de la banque⁹⁷¹ auprès des institutions étatiques et financières. En cas d'absence ou d'incapacité du président, ses pouvoirs seront assurés par le vice président ayant le plus haut grade.

2. Le vice Président :

622. Sur avis et recommandation du président, le conseil des directeurs exécutifs nomme un ou plusieurs vice-présidents qui au même titre que le président doit être un ressortissant d'un pays membre. Il exerce ses fonctions conformément aux orientations et sous le regard du conseil des directeurs exécutif. Sa mission principale est de seconder le président en cas d'absence ou d'incapacité.

623. La présentation de l'organisation de la BID nous a permis d'étudier la mission, le fonctionnement et le rôle de cette institution financière. Autant d'éléments nécessaires, pour apporter des éléments de réponse sur sa qualification de banque centrale, présentant en même temps des similitudes structurelles avec une banque centrale. Pour répondre à la question d'apporter des éléments de réponse à la question de savoir si la BID peut jouer un rôle de banque centrale dans le système islamique ; il nous semble nécessaire de déterminer d'étudier la structure et le fonctionnement d'une banque centrale, afin de la comparer à l'organisation de la BID.

⁹⁷⁰ L'article 34.3 de l'accord « Le président est chef d'administration de la banque il dirige les activités de celle-ci, conformément aux directives du conseil des directeurs exécutifs. Il est responsable de l'organisation de la nomination et du licenciement du personnel, conformément aux statuts et règlements établis par la banque. »

⁹⁷¹ H. Afra, *op.cit.* p. 145.

Paragraphe II) L'étude d'une Banque centrale :

624. La banque centrale a pour mission d'assurer l'émission de la monnaie fiduciaire et de contrôle du volume de crédit⁹⁷². En prenant comme modèle de référence la banque centrale européenne, nous déterminerons dans un premier temps ses organes et son rôle avant de la comparer à ceux la BID. L'annexe du traité de Maastricht qualifie la BCE à son article 107 : « *une personne morale bénéficiant de tous les prérogatives et attributs juridiques* »⁹⁷³. Son organisation est quasi similaire à celle de la Banque Islamique de Développement avec un conseil des gouverneurs composé des gouverneurs des Banques Centrales Nationales⁹⁷⁴ et un directoire composé d'un président, d'un vice-président et de quatre autres membres⁹⁷⁵.

625. La BCE est présentée comme un organe indépendant dans son rôle d'émetteur de billets de banque. Cette mission la distingue de la BID qui est composée des ministres de finances des pays membres de l'organisation de la conférence islamique. Ces dernières influencent le fonctionnement de la BID dans ces prises de décision dans la mesure où, chaque ministre suit les orientations et les recommandations de leurs gouvernements. En plus de son monopôle d'émettrice de billets de banques dans la communauté⁹⁷⁶, elle jouit un rôle secondaire de contrôle depuis la mise en circulation de la monnaie unique l'euro. Le rôle de contrôleur de la banque centrale semble la rapprocher de la BID, selon nous. En effet, la banque centrale dirige le contrôle prudentiel des établissements bancaires et financiers, alors que celui des entreprises d'assurance est soumis au contrôle d'un organe spécial depuis l'avènement de l'autorité de contrôle prudentiel.

626. La qualité de contrôleur des banques centrales n'est pas totalement acquise, car les banques centrales nationales ne sont pas toutes impliquées dans cette mission de « surveillance ». Bon nombres de banques nationales des pays membres de l'union européenne jouit d'un rôle de contrôle indépendant. En effet, elles sont directement chargées de la surveillance bancaire, ou indirectement engagée dans cette activité⁹⁷⁷.

⁹⁷² S. Roubi, *Lexique des banques et des marchés financiers*, Dalloz, 5^e éd., 2001.

⁹⁷³ S. Piedelièvre, *Droit bancaire*, Economica, 2012, p. 104

⁹⁷⁴ art 109 A, 1^o

⁹⁷⁵ 109 A, 1^o

⁹⁷⁶ *Ibid.*

⁹⁷⁷ *Rapport*, « Banque centrale européenne, le rôle des banques centrales en matière de contrôle prudentiel »,.

627. Certains pays de la zone Europe ont déjà confié à leur banque centrale un véritable rôle de contrôle de l'activité bancaire⁹⁷⁸, tandis que d'autres pays comme l'Autriche ont opté pour la séparation ou plutôt l'indépendance de l'organe de contrôle. Dans ce pays, le ministre des finances avait entrepris depuis début 2001 des travaux d'instauration d'une autorité de surveillance indépendante et distincte de la banque centrale nationale. Cette hétérogénéité du mode de contrôle central a donné lieu à un contentieux, sur l'indépendance ou l'intégration de la banque centrale au sein des organes de surveillance des opérations des banques. Nous aborderons la banque centrale comme un organe de contrôle (I), avant de traiter la banque centrale, un outil de financement (II).

I) Banque Centrale, organe de contrôle :

628. La Banque centrale joue un rôle hybride, acteur dans la politique monétaire et auteur pour la mise en place du contrôle bancaire⁹⁷⁹. Ce dernier rôle ne peut pas se faire sans la maîtrise de son fonctionnement et la détention d'informations cruciales imminentes. Le rôle de la banque centrale dans la mise en œuvre du contrôle demeure un moyen de protection des investisseurs constituant à la fois un gage de sécurité pour la finance et l'économie toute entière. Pour mener à bien cette supervision, il faut disposition des informations cruciales (A) sans oublier l'autonomie de la banque centrale vis-à-vis des autres organes de contrôle (B).

A) L'information nécessaire pour le contrôle

629. L'information que détient la banque centrale est un outil efficace pour la surveillance et la vérification de la solvabilité des organismes du marché, car elle permet d'assurer les risques du système financier⁹⁸⁰. La banque centrale accède aux informations prudentielles, données essentielles pour mesurer les degrés des risques de liquidité et de solvabilité qu'encourt une banque⁹⁸¹. Ces informations pourraient être obtenues indirectement par une autre autorité

⁹⁷⁸ Luxembourg, la commission de surveillance du secteur financier, mise sur pied depuis 1998, assure des missions de surveillance s'étendant à l'ensemble des intermédiaires et des marchés financiers, mise à part les compagnies d'assurance. En Belgique aussi où le ministre des Finances avait annoncé sa volonté de coupler la commission bancaire et financière dans la banque nationale Belge V. *le Rapport* Banque centrale européenne, le rôle des banques centrales en matière de contrôle prudentiel ; V. aussi, L. Panafit, *Quand le droit écrit l'islam, l'intégration juridique de l'islam en Belgique*, Bruyant, Bruxelles, 1999, 545 pages

⁹⁷⁹ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, d'Organisation, 2003, p. 73.

⁹⁸⁰ Aglietta, *Macroéconomie financier*, p. 98 et s.

⁹⁸¹ C.-J. Serhal, « La finance islamique: Une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, 2006, n° 106, p. 40 ; V. aussi l'article L. 511-10 Code monétaire et financier, qui permet au

de contrôle comme le Comité de Bâle I relatif à l'adéquation du capital. Mais le traitement que mène de la banque centrale semblerait être plus efficace, puisqu'elle la fait dans le respect du secret bancaire sans passer par des organes intermédiaires. Cette synergie d'informations réapparaît dans le cadre de la réglementation des marchés financiers, car son utilité ne se limite pas seulement à la vérification des moyens de paiement par le contrôle de la liquidité et la solvabilité des banques. Elle joue aussi le rôle d'intermédiaire financier entre les banques et les sociétés financières. Ce contact avec les acteurs du marché permet d'avoir des informations significatives sur les grandes tendances du marché.

630. Le rôle de garant de la banque centrale va au-delà de la simple quête d'informations et de garanties aux clients face aux risques encourus, mais pour atteindre cette mission elle aura besoin d'une large autonomie.

B) L'indépendance de la banque centrale comme organe de contrôle

631. L'indépendance permet d'éviter l'influence du pouvoir étatique dans la mise en place de la politique monétaire, surtout en période de crise, pendant laquelle les prêts consentis peuvent se faire sous la pression ou la politique de l'État. L'autonomie de la Banque centrale peut être une manière de protéger l'autorité de régulation d'une main mise extérieure, cet argument figure dans les énoncés du Comité de Bâle relatif le contrôle bancaire. Ce point sera développé plus amplement dans la section suivante traitant des organes de contrôle internationaux.

632. L'idée de faire de la banque centrale un organe de contrôle à part entière détachée des autres organes de contrôle a été abandonné au cours de ces dernières années, la plus part des pays ont opté pour un contrôle hybride où la banque centrale coopère avec les organes de régulations locaux. La structure bancaire en France semble adopter ce modèle avec d'un côté, la Banque France qui mène un contrôle sur les incidents de paiement et de crédit et d'autre par l'ACP qui s'occupe de l'ensemble du contrôle prudentiel.

633. Le contrôle opéré par la banque islamique de développement est selon nous un contrôle supplémentaire qui vient appuyer celui effectué par les conseils religieux. Ce modèle nous permet de réitérer notre idée de confier le contrôle administratif des banques islamiques aux

CECEI de refuser l'agrément d'une banque islamique sous le motif que le système bancaire islamique n'assure pas suffisamment la sécurité à la clientèle.

mêmes instances que celle du modèle classique, justifiant par la même occasion la présence des instances de contrôle au sein de ce modèle. La banque centrale est un outil efficace dans le financement de projet et la quête de l'uniformation aussi.

II) Banque centrale un outil uniformisation et de financement

634. Le rôle des banques centrales dans l'uniformisation du droit bancaire islamique s'ex prime dans certains pays par la définition unique des modalités d'ex ercice de l' activité bancaire islamique sur leur territoire. Cette uniformisation des pratiques entre les banques d'un même pays permet souvent, outre l' intérêt d'assurer la compatibilité des services à la pratique bancaire du territoire. Elle permet de développer le système bancaire islamique en évitant une rupture trop brutale avec le système conventionnel, notamment dans les pays musulmans où des banques conventionnelles existent depuis de longue date. Le pouvoir centralisateur de la banque centrale axera sa politique sur le refus de la stigmatisation des banques pouvant être jugées non islamiques où révéler leur non conformité à l' Islam.

635. Dans ce contexte la création d'un organe de contrôle unique est nécessaire (A), malgré la présence de la Banque de France qui joue ce rôle au sein du modèle classique (B).

A) La création d'un organe centrale commun de contrôle

636. L'intérêt des banques centrales dans la perspective de la création du droit bancaire islamique et leur rôle d'i nterface entre les banques islamiques et les marchés financiers pour leur intégration se sont très vite apparus, dans certains pays qui ont très vite accueilli cette finance⁹⁸². Pour les systèmes mixtes dans lesquels les taux d'intérêt sont fixés conventionnellement par la banque centrale⁹⁸³, cette coopération demeure plus nécessaire. Il est fréquent que les refinancements des banques islamiques se fassent par les banques centrales, ces dernières seront tenues de respecter les principes de cette finance. C'est le cas de la Malaisie où les financements se font par le moyen de la *mourabaha* alimenté par les différentes banques et géré par la banque centrale⁹⁸⁴. Précisons enfin que le *tawarruq* et la

⁹⁸² Nous pouvons citer l'exemple de l'Egypte, dont la banque centrale a joué un rôle phare

⁹⁸³ Cf., l' article 233 du Code civil égyptien dit : « Les intérêts commerciaux en matière de compte courant varient suivant le taux de la place, et la capitalisation. » Cité par Sami Aldeeb Abu Sahlieh in *Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman*, Op. cit., p.10.

⁹⁸⁴ Cf. Ausaf Ahmed, *Instruments of regulation and control of Islamic banks by the central banks*, Jeddah, IRTI, 2000, disponible sur www.irtipms.org, 48 p.

mourabaha sont désormais utilisés de manière croissante par les banques centrales pour fournir des liquidités aux établissements financiers islamique⁹⁸⁵.

637. La Banque centrale occupe une place considérable dans la politique monétaire. Ce rôle est plus apparent en cas de crise, elle sera tenue d'adopter des politiques beaucoup plus accommodées à la stabilité des prix et aux exigences réglementaires. Or, la stabilité des prix est différente de la stabilité monétaire, deux missions confiées à des organes différents ou autorités distinctes.

638. Pour éviter l'influence de l'aspect moral dans la sphère financière qui peut donner naissance à des conflits d'intérêt dans les banques centrales ; dès lors qu'elles sont les organes uniques de surveillance de l'ensemble du système. c'est à ce niveau que l'idée d'une « non-concentration » de pouvoirs entre son organe de surveillance et celui de réglementation présente un risque. La banque de France joue le rôle de contrôle avec l'appui et le soutien d'autres instances.

B) La banque de France, un organe de contrôle

639. La Banque de France dispose des prérogatives d'un organe de régulation⁹⁸⁶ cela se justifie par le fait qu'on ne peut pas lui opposer le secret professionnel. C'est ce qui découle de l'article L. 511-33 al. 2 du Code monétaire et financier « *Outre les cas ou la loi le prévoit, le secret professionnel ne peut être opposé ni à la commission bancaire ni à la Banque de France, ni à l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale* ». Cette disposition semble attribuer à la Banque de France les mêmes attributs que ceux d'une banque au sens large du terme. En effet, dans le milieu professionnel de la banque le législateur vise essentiellement parmi les organes de régulateurs la Banque de France à côté de l'ACP et AMF. Toutefois, l'examen du rapport entre la Banque de France et l'Etat, nous constatons qu'elle semble être la banque de l'Etat car, elle lui fait des crédits, et gère ses comptes par le biais du Trésor public et assure la gestion des fichiers centraux des chèques et des incidents de paiement.

640. La Banque de France occupe à côté de l'ACP une place cruciale dans la sécurisation du système bancaire. Elle contribue d'une certaine manière à la mise en jeu de la responsabilité

⁹⁸⁵ Cf. M. Moaté, *op. cit* ; p. 212.

⁹⁸⁶ Cf. L'article 24 et s de la loi n° 93-980 du 4 août 1993, *Relative au statut de la banque de France et à l'activité et au contrôle des établissements de crédit*, modifiée par la loi n° 93 1444 du 31 déc. 1993.

des banquiers à la phase de la compensation, de règlement et la livraison des instruments financiers⁹⁸⁷.

641. Elle se rapproche de la BID dans le mécanisme du contrôle du taux d'intérêt qui demeure un outil phare dans la politique monétaire⁹⁸⁸. Les dispositions relatives à l'usure en France sont des lois de police ce qui fait qu'elle s'impose à l'ensemble des banques même aux banques étrangères. C'est elle même qui fixe le taux conforme exigé par la loi⁹⁸⁹.

642. La BID aussi contrôle le respect des règles religieuses notamment celle de l'interdiction du *riba*. Toutefois l'autonomie de la BID est beaucoup plus manifeste car, d'une part elle est considérée comme un organisme intergouvernemental coiffé par l'organisation de coopération islamique qui est le plus grand organisme international après l'ONU et d'autre part, elle est un organisme intergouvernemental qui soutient les pays membre dans divers secteurs afin de réussir sa mission qui consiste à endiguer la pauvreté. Or, la Banque de France est gouvernée par un gouverneur nommé par le Président et qui reçoit des ordres de son ministre de tutelle.

643. Au regard de ce qui précède, l'intégration de la banque centrale au siens des organes de supervision ou l'attribution d'une mission de contrôle unique pose des problèmes épineux. Toutefois, la banque centrale reste quelque soit sa mission un organe de contrôle monétaire ou prudentiel en fonction de la législation du pays où elle exerce sa mission. La BID qui coiffe toutes les activités et toutes opérations des banques islamiques nationales et internationales peut être dans une certaines mesures considérées comme une banque centrale islamique qui n'a pas à proprement parler un rôle d'émetteur de la monnaie fiduciaire ni celle de stabiliser les prix. Sa position au sein de l'organisation et du fonctionnement de l'industrie de la finance islamique semble l'attribué le statut de banque centrale se limitant seulement à un rôle de contrôle.

644. Dans le système financier islamique, le rôle de la banque centrale s'analyse comme un axe central dans la mise en œuvre de l'activité bancaire, responsable de la réalisation des projets sociaux⁹⁹⁰. Elle est la banque du gouvernement et la banque des banques qui supervisent les activités.

⁹⁸⁷ Article L. 421-1 du Code monétaire et financier.

⁹⁸⁸ Rapport, Banque de France : Historique organisation rôle, *Banque de France*, p. 22.

⁹⁸⁹ Cour d'Appel Pau, 1^{er} mars 2001, Brousse c/Banque de Vasconia, *D.* 2002. Jur. 639.

⁹⁹⁰ A. Toussi, *Le système financier islamique, op. cit.* p. 41.

645. La similitude entre les banques centrales et de la BID apparaît comme l'avait souligné M.Mohsin Khan « *En théorie il existe rien qui rend différent la banque centrale islamique dans la majorité de ses obligations du système traditionnel*⁹⁹¹ ».

646. La BID joue ce rôle dans l'application des règles religieuses, avec la coopération des unités de formation qui se chargent de faire appliquer les règles islamiques. Elle dispose de l'instrument de ratio de partage des profits et des pertes au lieu du taux d'intérêt. Elle détermine aussi le montant maximum d'avoirs que les banques peuvent affecter à leurs activités de partage, de profit et de ratio. La BID joue un rôle de régulateur dans le système bancaire islamique⁹⁹². Mais elle n'est pas la seule à assurer ce rôle de régulateur et de contrôle, d'autres institutions font office d'autorité sur le plan international. Il s'agit de l'*AOOFI* du Fonds Monétaire International, du Comité de Bâle, et de l'*ISBS* à la différence de la banque islamique ces institutions s'occupent aussi de l'aspect comptable qui est un gage de solvabilité mais aussi de la liquidité des banques classiques.

⁹⁹¹ M. Khan, « *the Challenges for islamic banking* », *New Horizon*, April 1997, p.10.

⁹⁹² Khan et Mirakhor, (1986), p.34.

Section II : Les organes de contrôle financiers et juridictionnels

647. Toutes les banques et les institutions financières sont soumises à un contrôle administratif et financier afin de superviser la conformité des exigences juridiques et financières internationales. Le contrôle juridictionnel veille au bon fonctionnement et milite à tarir cette divergence qui sévit au sein de cette industrie islamique. Si l'organe juridictionnel est nouveau par rapport au mode de fonctionnement classique, l'organe de contrôle financier peut être identique dans les deux systèmes.

648. Nous allons examiner l'université Al Azhar comme organe de contrôle judiciaire (Paragraphe I), avant de voir l'organe commun (Paragraphe II).

Paragraphe I) L'instance supérieure d'al azhar : un organe de contrôle judiciaire

649. L'université Al azhar⁹⁹³ d'Égypte semble jouer le rôle d'une Cour suprême dans l'élaboration et l'application des règles religieuses dans divers domaines. Le droit musulman connaît de grandes divergences dues en partie à la diversité des écoles de pensées islamique, à son méconnaissance et à la pluralité dans leur interprétation des textes religieux. Parmi les versets qui font référence à l'interdiction du *riba*, les conceptions sont différentes. Pour certains, seule l'usure du double est interdit d'autres, prônent une conception plus large qui englobe les huit produits énumérés dans le *hadith* « *Du blé pour du blé (...), le surplus étant de l'usure* ».

650. Ces divergences ne se limitent pas aux versets coraniques, elles s'étendent aussi aux *hadiths*. Le *hadith* de référence : « *du blé pour du blé à part égale et de main à main ; le surplus étant de l'usure de l'orge pour de l'orge à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure, des dattes pour des dattes à part égale et main à main ; le surplus étant de l'usure. Du sel pour du sel à part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure. De l'argent pour de l'argent à part égale de main à main, le surplus étant de l'usure. De or pour or de part égale et de main à main, le surplus étant de l'usure*⁹⁹⁴ ».

⁹⁹³ Ch. Al Azhar, la plus haute autorité religieuse en Egypte

⁹⁹⁴ Cf. S. Dhafer, in *la finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e ed. Revue banque éditions, 2011, p. 19.

L'interprétation, faite de ce *hadith* est loin de faire l'unanimité, certains en déduisent de ce *hadith* la validité et la légitimité de la pratique du *riba* dans le domaine bancaire.

651. Dans ce contexte, les *oulémas* (sages) de l'université Al azhar, instance supérieure en matières religieuses sont plus que jamais sollicités pour rendre une *fatwa*, afin de légiférer sur ce que certains qualifient de vide juridique islamique. Cette mission de contrôle confère à cette instance un rôle important qui s'inscrit dans la philosophie de la modernisation de la finance islamique.

652. L'examine de cette divergence (I) nous permettra d'avoir une idée sur les moyens mis en place par l'université al Azhar (II) pour mettre à terme cette divergence..

I) LA divergence, un obstacle pour le développement de la finance islamique

653. Cette opposition est à l'origine de la différence qui règne au sein des écoles de pensées dans l'interprétation les fondements du droit qui sous-tend cette finance. En effet, le droit musulman tire ses sources dans le Coran et la sunna, mais le sens et la valeur donnés à ces versets et hadiths peuvent être différents d'une école à une autre. Il arrive même, qu'un acte religieux soit qualifié autant de fois qu'il y a de courant de pensée. Cette diversité dans l'interprétation est plus apparente dans le fonctionnement du fondement des banques islamiques. Nous allons étudier cette différence d'interprétation (A) avant de voir l'impact de la pluralité de *rite* (B).

A) Une différence dans l'interprétation

654. Le principal obstacle du développement de la finance islamique est dû à la divergence dans l'interprétation des normes islamiques, tant les versets que la jurisprudence. A ce phénomène s'ajoute la pluralité des *rites* (courants de pensées islamiques). Les plus connus sont les malikites, ils tirent leurs arguments et leurs références dans les pratiques de l'*imam* Malik. Ces derniers considèrent les pratiques des habitants de la Mecque comme étant la troisième source du droit musulman⁹⁹⁵. Ce qui bouleverse l'ordonnancement juridique et pose un souci de reconnaissance des actes posés par les mecquois. Ils sont plus souples dans l'interprétation et l'application des règles religieuses.

⁹⁹⁵ S. Aldeeb, « Ecoles juridiques », in *Religions et droit dans les pays arabes*, Presses Universitaires de Bordeaux, Pessac 2008, p. 42.

655. Les autres écoles prônent une application stricte et n'envisagent aucune tolérance à l'égard des normes et dans leur interprétation. Chez les Hanafites, il y a une faible influence de la « *sunna* » dans leurs pratiques religieuses, ils font du Coran leur préférence. Les *hanbalites* sont les minoritaires et ils sont très rigides dans leur interprétation, c'est ce dernier qui fonde le modèle juridique saoudien. Ces conceptions opposées, viennent se greffer dans la pluralité de rite.

B) La pluralité de rite « courants de pensée »

656. La souplesse que témoignent les malikites dans leur interprétation peut se comprendre aisément. En effet, qu'ils essaient d'adapter la charia à l'évolution des réalités financières et sociales. La présence des membres appartenant à des écoles de pensées différentes au sein des conseils pose une opposition sur les avis rendus par les *charia board* des banques islamiques. De ce constat en découlent des conceptions bancaires différentes d'une zone à une autre, d'un pays à un autre, d'une école à une autre, d'un conseil de *charia board* à un autre.

657. La difficulté matérielle d'accéder à l'ensemble des sources du droit musulman⁹⁹⁶ avait donné lieu à la multiplication des écoles juridiques et à l'émergence des droits différents. Le souci d'unifier et d'harmoniser ce système avait poussé les autorités islamiques à instaurer une instance supérieure pour arbitrer ce différend, puisqu'il importe standardiser la finance islamique avant de l'harmoniser avec la finance conventionnelle⁹⁹⁷.

658. Cette harmonisation est nécessaire outre du fait, que les banques islamiques sont plus résilientes que leurs consœurs occidentales ce qui ne veut dire que cette résilience est totale⁹⁹⁸. L'intermédiation opérée des organes de régulation tels que *AAOIFI* n'ont pas réussi puisque leur conclusions ne s'imposent pas à tous pays membres. Toutefois, l'instance supérieure de l'université d'Azhar continue à mener le combat pour trouver un consensus.

⁹⁹⁶ M. Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, thèse, La Rochelle, 9 dec. 2011, p. 48

⁹⁹⁷ B. du Marrais, « La contribution des grands religions et éthiques à la résolution de la crise financière », *op. cit.* p. 75.

⁹⁹⁸ A. Harzi, « Les banques islamiques plus résilientes que les banques conventionnelles », *Revue Banque*, n° 759 avril 2013, p. 77. Selon l'auteur à ce jour il y a aucune crise provenant des banques islamiques même si deux scandales ont été impliquées des banques islamiques : La Dubai islamic bank en 1998 en raison d'une escroquerie et en 2011, la banque turque Ihlas finans House, en raison d'un problème de gouvernance. La crise immobilière de Dubai n'est pas une crise islamique car les deux tiers du financement ont été financé par des banques conventionnelles.

II) L’Azhar, un outil d’unificateur du droit musulman

659. L’université d’al Azhar d’Égypte joue un rôle considérable dans ce processus consistant à harmoniser les courants de pensées islamiques pour la mise sur pied d’un droit bancaire islamique homogène. Cette harmonisation est nécessaire tant pour l’intégration des banques islamiques dans les scènes internationales que pour le soutien des Etats membre de l’OCI. Cette volonté s’opère par l’élaboration de *fatwa* (A), faite sous le contrôle de la ligue islamique mondiale (B).

A) L’élaboration des *fatwas*

660. La certification des produits est opérée sous la forme d’une *fatwa*⁹⁹⁹. L’université d’Al azhar qui semble faire office de juridiction, est la plus haute instance qui arbitre le contentieux du droit musulman¹⁰⁰⁰. Fondée en 988 ces décisions sont basées sur les principes qui gouvernent la philosophie sunnites, car la majeure partie de ces membres pratiquent appartient ce rite¹⁰⁰¹. Son académie de *fiqh* organise des formations sous l’égide de la banque islamique de développement se chargeant pour mission de tarir ce différend qui freine l’avancé de ce droit. En plus de ces *fatwas*, des *hiyals* (expédient) sont prononcés par des savants, afin de valider une pratique qui était illégale voire contraire au droit musulman pendant un moment donné d’histoire¹⁰⁰², ou qui n’était pas expressément reconnue par les sources. Dans le seul but de rendre conforme cette finance aux normes financières internationales.

661. C’est cette différence qui constitue l’obstacle majeur pour l’avancé de cette finance. C’est pourquoi nous recommandons de confier le contrôle de cette finance à des instances de contrôle religieux internationales. La surveillance qui sera menée par ces instances aura pour rôle principal de garantir la sécurité des clients et de la stabilité du système bancaire, ce qui permet d’oublier cette divergence. C’est dans ce contexte que, le concours d’autres institutions internationales islamiques était nécessaire pour renforcer le dispositif sécuritaire.

⁹⁹⁹ « Qui désigne un avis juridique, le fait de répondre à une question, d’éclairer un problème », S. Jahel, *La laïcité dans les pays musulmans* ; Cf. F. Zakaria, *Laïcité ou islamisme*, les arabes à l’heure choix, Découverte Ed. al-fikr, Le Caire 1991, 165 pages

¹⁰⁰⁰ Cf. B. Botiveau, *Loi islamique et droit dans les sociétés arabes*, Karthala-Iremam, 1993, 379 pages.

¹⁰⁰¹ C.-J. Serhal, « La finance islamique: Une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, 2006, n° 106, p. 37.

¹⁰⁰² V. Neinhaus, « Profitability of Islamic PLS banks competing with interest banks: problems and prospects », *Journal of research in Islamic Economics*, 1983, pp. 37-47.

B) La ligue islamique mondiale

662. La Ligue islamique mondiale est une organisation non gouvernementale fondée en 1962 à La Mecque. Elle se fixe pour mission principale la promotion du panislamisme. Les objectifs de la Ligue concernent essentiellement le prosélytisme islamique et tout particulièrement la conversion des foules musulmanes à la doctrine saoudienne *wahabite*. La Ligue islamique mondiale est en effet intimement liée au pouvoir saoudien ; son secrétaire général doit être saoudien et, selon une audition de la Commission judiciaire du Sénat américain elle est contrôlée étroitement par ce gouvernement¹⁰⁰³.

663. La Ligue islamique mondiale est présente dans le secteur de la banque islamique via sa banque privée *Dar al mal al islamic*, dont le siège est par ailleurs situé aux Bahamas mais son influence s'exerce surtout par ses activités prosélytes¹⁰⁰⁴ et le soutien financier qu'elle apporte aux minorités musulmanes occidentales. Nous reviendrons sur cette différence qui constitue un obstacle majeur freinant l'avancée et le développement des banques islamiques dans le monde et bloque par la même occasion le processus unification de ce droit.

664. Quelle sera l'autorité compétente pour coordonner ces règles dans le système islamique ? Doit-on tout simplement instaurer des banques islamiques qui seront régies par les règles issues d'autre courant de pensée ? Où continuer à élaborer des fatwas et *hiyal*, afin de contourner certaines interdites pour une meilleure prise en compte de l'évolution bancaire et financière ?

665. Le système classique gagne du terrain, au moment où l'industrie islamique a du mal à trouver un consensus dans l'élaboration de son droit et de son système bancaire. La finance conventionnelle se préoccupe des moyens de sortie de crise afin, de reprendre sa place de *leader*. Pourtant, le mécanisme connu en droit musulman dénommé *ijtihad* visant à adopter les règles religieuses de l'évolution et des réalités économiques pouvant fournir des solutions à ce séisme interne¹⁰⁰⁵. Heureusement, que cette différence se limite seulement au niveau de l'organisation religieuse. Un consensus pourrait être mis sur pied au sein des organes de contrôle financiers et comptables, afin d'instaurer une unité juridique conformément au modèle proposé par Monsieur SAAS.

¹⁰⁰³ Cf. www.senate.gov

¹⁰⁰⁴ V. L. Jonathan, V. Justin, *Intégrer l'islam : la France et ses musulmans, enjeux et réussites*, 2007, Paris, Odile Jacob, 388 p.

¹⁰⁰⁵ F. Zakariaya, *Laïcité ou islamisme, les arabes à l'heure choix*, Découverte Ed. *al-fikr*, Le Caire 1991, p. 18.

666. D'autres moyens de protection communs aux deux modèles bancaires nous donnent encore de l'espoir dans ce processus d'uniformisation.

Paragraphe II : Les organes de contrôle financiers communs aux deux systèmes

667. Le banquier est un intermédiaire entre l'emprunteur qui a besoin d'argent et le déposant qui en dispose. Le banquier cherche à satisfaire le premier en utilisant un coût rémunérateur supérieur à celui avec lequel il va rémunérer le dépôt. Étant un dépositaire, il est tenu de respecter les dispositions qui régissent le contrat de dépôt, à cette fin, il sera tenu à une obligation de restitution¹⁰⁰⁶. Cette dernière tire son fondement et ses sources dans la convention de compte qui le lie avec son client.

668. Une telle obligation, ne semble pas être totalement garantie dans le système islamique, avec l'application du principe de partage des pertes et des profits. En effet, ce principe montre ces limites en cas de perte ou l'investissement abouti à un échec ou une perte. Cette obligation se voit appliquer lors des dénouements des comptes courant non rémunérés¹⁰⁰⁷. Elle sera subordonnée à la solvabilité du banquier matérialisée par une liquidité disponible. Le capital de la banque et ses fonds propres font l'objet d'un contrôle et d'une vérification préalable par des organes habilités et agréés par des organismes internationaux et des instances nationales ou communautaire. Un contrôle *a posteriori* est requis pour le renforcement de la sécurité et la protection du déposant et des investisseurs.

669. Le conseil de *charia board* garantit la sécurité du déposant et du client, ce qui demeure insuffisante, selon nous du fait, du caractère privé de cet organe de contrôle et de son absence d'indépendance. La mission des conseillers religieux s'arrête à la phase de la certification du produit assumant seulement le caractère religieux. La garantie de la solvabilité et de la disponibilité des fonds est d'autant plus importante puisqu'elle commence là où la garantie religieuse s'arrête.

670. La spécificité et les risques qu'engendre le système bancaire dans sa globalité font appel à d'autres obligations, comme celles d'informations et de conseils. Le risque de perte est éminent et directement lié au mode de rémunération des banques islamiques avec

¹⁰⁰⁶ Cass. Civ. 1^{er} 25 février 2010 : *JCP. E.* 2010, n° 1496, le client est en droit d'obtenir les sommes déposées auprès de la banque.

¹⁰⁰⁷ G. Abi Rizk, « La gouvernance des banques islamiques au Liban », *Revue droit bancaire et financier*, Janvier-Février 2008, p. 27 ; Cf. A. Belabes, « La rencontre entre le droit libanais et la finance islamique, un itinéraire inédit », *Banque stratégie*, février 2009, n° 278, pp. 8-11

l'application de l'éternel principe de partage des profits et des pertes. Ce mode de dénouement des affaires islamiques justifie et fonde l'importance de l'obligation d'informer le client de l'ensemble des risques, même ceux que le banquier ignorait au moment de la formation du contrat. C'est pour ces raisons que nous envisageons d'appliquer une obligation d'information renforcée pour garantir une protection plus efficace de cette industrie.

671. L'objet de ce chapitre n'est pas d'étudier les obligations du banquier islamique mais plutôt, d'examiner les organes qui veillent sur la solvabilité, la liquidité. Ce qui nous conduit à voir les obligations professionnelles moyen de protection du client (I) avant d'analyser les organes comptables et financier, gage de sécurité du système (II).

I) Les obligations professionnelles, moyen de protection du client

672. Le particularisme de la finance islamique implique l'élaboration des règles tirées du droit musulman dont les plupart sont contraires à la réglementation des banques classiques transgressant souvent les règles du droit positif du pays d'accueil. Par ailleurs, certains principes du droit bancaire sont quasi similaires aux deux systèmes. Cette ressemblance constitue un élément considérable pour l'implantation des banques islamiques en France, mais elle semble être mal accompagnée par les autorités bancaires.

673. Parmi ces principes communs nous pouvons citer : la qualité de dépositaire du banquier donnant naissance à une obligation de restitution (A) et l'application du partage des pertes et des profits attribue une obligation d'information (B)

A) L'obligation de restitution :

674. Cette obligation est le corolaire du monopôle qu'a la banque sur la réception les fonds du public comme prévu dans les dispositions de l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier qui énumère les opérations de banque : « mise en disposition de services de paiement ; opération de crédit et la réception des fonds à condition de les restituer ». Cette dernière, s'opère de différente manière le plus souvent elle s'effectue par les services de comptes et des moyens de paiement.

675. Malgré leurs dissemblances le système bancaire islamique partage avec le modèle conventionnel des règles communes leur permettant de fonctionner dans un même environnement juridique. Cette cohabitation ferait naître des missions principales à l'égard

du banquier. la plus importante consistera à jouer le rôle d'intermédiation financière entre l'emprunteur et le déposant¹⁰⁰⁸.

676. Le banquier qu'il soit islamique ou classique jouit d'un rôle de dépositaire et de mandataire. En effet, le dépôt est une opération reconnue et valable en droit musulman et c'est sur le fondement de cette dernière que le banquier islamique exerce sa mission principale d'intermédiation¹⁰⁰⁹. Cette double qualité impose au banquier le respect de deux obligations accessoires : celles de restitution et d'information.¹⁰¹⁰ En plus des obligations principales imposant par la réglementation bancaire en vigueur qui permettent de protéger davantage le client contre le banquier.¹⁰¹¹ D'autres obligations accessoires aux premières viendront quant à elles renforcer la protection tant des contractants que d'autres personnes¹⁰¹² ayant pas la qualité de parties mais qui auront toutefois, besoin d'une dérogation comme celle prévue dans le cadre d'une procédure pénale permettant aux enquêteurs de transgresser le secret bancaire sans être sanctionnés¹⁰¹³. Alors dans le rapport entre le banquier et son client c'est l'obligation de restitution qui se fonde sur le droit commun des contrats notamment sur celui de dépôt¹⁰¹⁴ qui sera appliquée. . .

677. Le banquier islamique reçoit dans le cadre d'opération de réception des fonds publics dont il est tenu de restituer par tout moyen. Toutefois, son mode de fonctionnement semble faire apparaître une atteinte à l'application de l'obligation de restitution, du fait de l'application du principe de partage des pertes et des profits. Ce dernier peut diminuer ou faire disparaître les fonds déposés ou investis, dans l'hypothèse d'une perte. Ce constat nous permet de s'interroger sur le respect de l'obligation de restitution par lequel le banquier islamique exerce son rôle intermédiaire constituant l'un des piliers de son métier. La réponse à la question de savoir si le mode de fonctionnement des banques islamiques ne transgresse

¹⁰⁰⁸ Article 110-1 al 7 du Code de commerce : Com. 17 juil. 2001, *Dalloz* 2001, AJ. 2409, obs. P. Leclercq.

¹⁰⁰⁹ S. Dhafer, *La finance islamique à l'ère de la mondialisation*, op. cit. p. 38.

¹⁰¹⁰ Cass. Com. 14 novembre 2007 *JGP*. G 2008 II 10043, note de J. Lasserre Capdeville : « le banquier est tenu d'une obligation de surveillance sur les mouvements de fonds de son client, dans l'hypothèse d'un ordre de virement étranger ».

¹⁰¹¹ L. 132-1 du Code de la consommation « ... Les clauses qui ont pour objet ou pour effets de créer un déséquilibre significatif entre les parties... »

¹⁰¹² Nous pouvons citer la caution qui a droit à une information non seulement en cas de défaillance du débiteur principal mais aussi annuellement, L. 313-22 du CMF. Et dans le cadre d'une procédure civile d'exécution, Cf. L. 211-4 et L. 542-1 du CMF.

¹⁰¹³ F-J. Crédot « Le secret bancaire, son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », *LPA* 17 févr. 1993, p. 8.

¹⁰¹⁴ Notamment le contrat de dépôt conformément aux dispositions de l'article 1915.

pas le principe de l'obligation de restitution, renvoie à une étude du contrat de dépôt qui sous-tend cette obligation de restitution.

678. La qualité de dépositaire du banquier lui permet d'agir au nom de son client déposant en investissant les fonds de ce dernier sans toutefois pouvoir lui apporter une garantie positive de l'opération, autrement dit s'il y aura une perte ou un profit¹⁰¹⁵. La situation du client ressemble au *gharar* interdit au moment de formation et semble être accepté dans la phase de dénouement de l'opération. Le dépositaire est tenu de restituer les fonds reçus du déposant¹⁰¹⁶. Que signifie restituer, au sens des dispositions de l'article 1928 du Code civil qui régissent le contrat de dépôt ? Rendre plus ne contredit pas à l'obligation de restitution du banquier au sens des règles du droit commun¹⁰¹⁷. En revanche, il va à l'encontre des principes religieux, car le surplus constitue la rémunération du temps est assimilé au *riba*¹⁰¹⁸. C'est sur ce fondement que la banque islamique réfute et nie, le fonctionnement de la finance classique et se présente comme une alternative à cette dernière. Cette méthodologie semble paradoxal selon nous, au regard des principes qui fondent cette finance notamment celui de l'interdiction du *gharar* et du *maysir*.

679. À la question de savoir si rendre moins de ce que l'on avait déposé peut être analysée comme une obligation de restitution. Cette interrogation était à l'origine d'un débat houleux, car le contrat de dépôt est considéré comme un contrat gratuit dont la rémunération du dépositaire n'était pas une condition de validité¹⁰¹⁹. Cette idée de gratuité est sous-entendue dans les dispositions de l'article 1917 du Code civil «... essentiellement gratuit.... ». Cette conception ne fait pas l'unanimité car, certains prennent en compte l'esprit de l'article 1928 du Code civil, prévoyant dans ce contrat un « *stipulé de salaire* ». Aujourd'hui avec la poussée des spécialistes dans ce domaine ayant fait cette activité leur profession habituelle, l'idée de la rémunération semble de plus en plus être l'essence de ce contrat¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁵ M. El- Gamal, *La banque islamiques aspects légaux, économiques et pratiques*, op. cit. p. 193.

¹⁰¹⁶ A. Bénabent, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9e ed. Montchrestien, 2011, p. 497

¹⁰¹⁷ Com. 8 mars 2005, n° 02-11.154, *Revue droit bancaire et financier*, sept. Oct. 2005, p. 11 : comme tout dépositaire, le banquier ne doit rendre la chose qu'au déposant ; L'article 1933 du Code civil.

¹⁰¹⁸ St. Thomas, cité par J. Lasserre Capdeville, « Le prêt usuraire », op. cit. p. 100.

¹⁰¹⁹ Civ. 1^{er}, 5 avril 2005 : *Bull. Civ. I*, n° 165 ; A. Bénabent, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9e, ed. Montchrestien, 2011, p. 493. Selon l'auteur à l'origine le dépôt était considéré comme un contrat de service rendu entre ami, par esprit d'entraide.

¹⁰²⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les contrats spéciaux*, 5e éd. Defrénois 2011, p. 518

680. De ce caractère onéreux, en résulte la réponse à notre interrogation, la rémunération peut être déduite de la somme déposée permettant de rendre moins, à condition qu'elle soit prévue dans les clauses contractuelles, et que le déposant en soit informé. En plus de ce caractère consensuel cette clause doit répondre aux règles de l'équivalence et d'équité qui gouvernent le droit des obligations et celui des contrats en droit musulman¹⁰²¹. Qu'elle soit onéreuse ou gratuite, la restitution des fonds en est un élément déterminant voire même une obligation. Cette dernière constitue la différence fondamentale entre le contrat de mandat et celui de dépôt¹⁰²². Le mode de fonctionnement spécial des banques islamiques sur le plan de leur rémunération avec un mécanisme participatif impose au banquier, une autre obligation souvent accessoire à celle de restitution.

B) L'obligation d'information :

681. L'information est un gage de protection du client et permet de respect les principes religieux et juridiques voire prudentielles. Il s'agit d'une application de l'obligation générale d'information. Elle sera particulière dans le secteur bancaire dans la mesure où ce domaine est très complexe à plus forte raison que le système islamique. Elle commence à la phase des négociations des clauses contractuelles faisant appel aux normes religieuses, juridiques et morales. Il conviendra donc ne pas solliciter des intérêts pour la rémunération des comptes sur le seul fait de l'écoulement du temps. Une telle pratique renvoie à la prohibition du *riba*. Lors des négociations précontractuelles, les règles de l'ordre public peuvent poser des problèmes. Ce qui conduit à l'élaboration des supports d'offre spécifique dans la convention de compte l'autorisation de découvert et à l'octroi de prêt. La prohibition d'intérêt reste le point de l'ensemble de ces opérations¹⁰²³.

682. La qualité de professionnel du banquier en fait de lui, un débiteur d'une obligation d'information très lourde de conséquence vis-à-vis de son client souvent non averti. Le concours du banquier dans la transmission de la gestion de l'information relatives à la situation financière de son client ou même sont implication dans des opérations susceptibles

¹⁰²¹ Ch. chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, op.cit. p. 91. « Si le dépositaire est le créancier du déposant, il ne peut s'approprier le bien déposé.... »

¹⁰²² Cass. Civ. 1^{er}, 31 oct. 1989, JGP. G. 1990, II, 21568, il doit restituer même si le dépositaire a changé entre temps.

¹⁰²³ N. Mathey, « La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire », *Revue droit bancaire et financier*, mars-avril 2013, p. 83.

d'être contrôler¹⁰²⁴. La loi du 26 juillet 2013 sur la séparation des activités bancaire est venue compléter l'évolution de l'obligation de déclaration en instaurant des nouveaux articles dans le Code monétaire et financier L. 561-15 et L. 561-15-1 prévoyant des nouveaux cas de déclarations de soupçons systématique à la charge de certains professionnels dont les établissements de crédits. De même que le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme aussi avec le nouvel article L. 561-10 du même code « *éléments d'information relatifs aux opérations financières présentant un risque élevé de blanchiment ou de financement du terrorisme en raison du pays ou du territoire d'origine ou de destination des fonds, du type d'opération ou des structures juridiques concernées* ». Cette énumération est nettement plus élevée que celle prévue dans l'article L. 561-15 du Code monétaire et financier.

683. L'information constitue un élément très sensible qui mérite un encadrement efficace. C'est pourquoi, derrière cette obligation apparaît une autre non négligeable qui celle de confidentialité. Cette dernière encadre et pose les limites de l'obligation d'information et montre par la même occasion qu'elle n'est pas absolue.

684. Cet encadrement semble être légitime car le banquier détient des informations relatives à la vie privée de son client nécessitant une large protection. C'est pourquoi nous pensons étendre les dispositions de l'article 9 du Code civil « *Chaque a droit au respect de sa vie privée...* »¹⁰²⁵, à la clientèle de la banque. En plus le banquier s'occupe des affaires des particuliers ce qui est en dessous de l'intérêt général expliquant les limites posées à chaque fois que l'intérêt général est bafoué plus précisément.

685. L'obligation se généralise dans tous types de contrats mettant en rapport un professionnel et un consommateur, voire un profane¹⁰²⁶. Elle apparaît davantage dans les relations entre le banquier et son client¹⁰²⁷. Elle est renforcée de nos jours par d'autres

¹⁰²⁴ Obligation de déclaration vis-à-vis du TRAFIN.

¹⁰²⁵ CEDH, 23 juil. 2009, *RLDC*, 2009/65, n° 3612 obs. Pouliquen « le patrimoine et la situation de fortune, biens personnels... rentrent dans le domaine de la vie privée et doivent être protégés »

¹⁰²⁶ Rapport annuel, Cass. 2005, IV, activités économiques, commerciales et financières, obs. sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit

¹⁰²⁷ M. El-Gamal, *La finance islamiques aspects légaux économiques et pratiques*, op. cit. p. 175, l'auteur « soulève l'importance de l'asymétrie d'information dans la relation entre le banquier et son client »

d'obligations à qui elle ressemble beaucoup, telle que celle de conseil et de mise en garde, mais dont les régimes juridiques ne sont pas identiques¹⁰²⁸.

686. La distinction de ces deux obligations apparaît au niveau de leur régime. En effet, l'obligation de conseil est analysée comme une obligation de moyen¹⁰²⁹ ce qui fait que la présomption de responsabilité n'est pas automatique, contrairement au devoir de mise en garde qui est considérée comme faisant parti du régime d'une obligation de résultat. C'est ce qui découle de l'arrêt de la chambre mixte du 29 juin 2007 qui exige à la banque de démontrer la qualité de professionnel de son client pour s'exonérer de son obligation de mise en garde¹⁰³⁰.

687. L'obligation d'information est un service le plus souvent rémunéré que celle de conseil une obligation¹⁰³¹. Alors que le devoir de mise en garde est considéré comme autonome autrement, il s'agit d'une obligation principale comme le souligne la Cour de Cassation « *ce devoir n'épuise pas nécessairement les obligations auxquelles un banquier peut être tenu à l'occasion d'une opération de crédit* », notamment son obligation d'information¹⁰³².

688. Le respect de cette obligation est judicieux pour la protection des consommateurs¹⁰³³. Il le serait encore davantage dans les relations entre le banquier et son client plus particulièrement dans le système islamique, pour deux raisons. La première est d'ordre fonctionnel et directement liée au mode de fonctionnement de cette industrie, avec le principe de partage de profits et de pertes (1). La seconde est d'ordre technique, tient du fait de la

¹⁰²⁸ L'obligation de mise en garde consiste pour le banquier à attirer particulièrement l'attention de son client sur les dangers d'une opération donnée. Cette obligation s'intercale entre celle de conseil et d'information. La consécration de l'obligation de mise en garde, Cass. Mixte, 29 juin 2007, *JGP* 2007, II, 10146, note Gourio : « sans s'immiscer dans les affaires de son clients le banquier doit mettre en garde son client »

¹⁰²⁹ Cour d'appel de Paris, 12 juin 1991, *D.* 91 jur. 591, note D. R. Martin.

¹⁰³⁰ B. Parance, « Nouveaux développements sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'égard d'emprunteur non averti », *op. cit.* p. 20 : la banque ne sera déchargée en cas de preuve du caractère averti de son client »

¹⁰³¹ R. Routier, *Obligations et responsabilité du banquier*, *op. cit.* p. 792. V. R. Routier « Le devoir de conseil du banquier en matière de produits dérivés », *D. affaires*, 1998, p. 1578 « l'obligation de conseil et d'information renforcée ».

¹⁰³² *Ibid.* Rapport annuel Cass. Cass. 2005, IV. Activité économiques, commerciales et financières, obs. sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Cf. M. Mignot, « Le devoir de mise en garde de l'emprunteur et de sa caution : devoir d'informer, de conseiller ou de s'abstenir », in *Le crédit, aspects juridiques et économiques*, Centre du droit de l'entreprise, Université de Strasbourg, 2012, pp. 77 et s.

¹⁰³³ Ce qui est une des mesures phares du projet de réforme du droit bancaire, car on veut que le banquier avertisse son client 15 jours avant le prélèvement de frais.

complexité de son fonctionnement qui fait appel à des produits bancaires spécifiques dérogeant aux règles connues dans les banques classiques (2).

1. La raison fonctionnelle :

689. Le fonctionnement des banques islamiques est gouverné par l'application du principe de partage des pertes et des profits en lieu et place de l'intérêt, prohibé par la loi musulmane. Ce principe impose au banquier de mettre à la disposition de son client toute information afin d'amoindrir tous les risques de pertes liés à l'opération financée¹⁰³⁴. Certes, l'énoncé de ce principe comme substitut de l'intérêt peut avoir une valeur d'information mais il demeure insuffisant du fait, que le client est souvent profane. La qualité du client nécessite des échanges avancées et approfondies permettant à son partenaire souvent non averti de disposer le maximum d'éléments d'information. C'est par le biais de l'information que le banquier islamique communique à son client tous les renseignements, notamment celle relative à la mention du taux effectif global dans les opérations de crédits islamiques. Comme un outil d'information à l'emprunteur¹⁰³⁵ contribuant au renforcement de cette obligation. L'obligation d'informer du banquier doit être utilisée avec parcimonie, il doit tenir compte du devoir de non ingérence corollaire de son obligation de secret¹⁰³⁶. La technicité et la complexité voire la méconnaissance des produits qui forment cette industrie explique l'émergence des raisons techniques.

¹⁰³⁴ N. Hideur, G. Causse -Broquet « La gestion des risques dans les banques islamiques », *Revue du financier*, mars –juin 2010, n° 182-18, p. 82.

¹⁰³⁵ Ch. Joseph Serhal, I. Zeyyad Cekici, « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *Banque et Droit* n°126 Juillet-Aout 2009, p. 13, selon les auteurs « la finance islamique fondée sur une certaine conception de l'éthique dans les affaires, préconise et encourage toute forme de communication d'information permettant aux parties de mesurer le risque et le coût afférent à la transaction ».

¹⁰³⁶ R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, *op. cit.* p. 1108

2. Les raisons techniques :

690. Dans le but de rendre conforme les opérations bancaires aux normes religieuses, les détenteurs de ce système ont été obligés de mettre en place des outils contournant certaines interdictions islamiques afin de pouvoir exercer des activités bancaires conformes aux normes internationales. Cette légitimation se mesure sur un plan contractuel car, tous les produits se fondent sur un mécanisme juridique utilisant deux ou trois types de contrats différents dans la formation et dans l'exécution. La juxtaposition de ces produits aux contrats classiquement connus dans le système occidental donne naissance à des régimes juridiques différents. Leur compréhension nécessite l'expertise d'un homme de l'art, notamment celle d'un juriste. L'obligation d'information centrée sous l'angle juridique y trouve sa place, son intérêt et sa raison d'être pour renforcer la sécurité du consommateur, et fait fonctionner ces banques islamiques afin de faire lever toute ambiguïté.

691. Le respect de ces deux obligations incombe au banquier en tant que professionnel s'inscrit dans une logique de protection du client¹⁰³⁷. Si l'obligation de restitution se place postérieurement à celle d'information, son intérêt se mesure dans une étape antérieure. Il faut que le banquier dispose d'une liquidité suffisante, autrement dit, il doit être solvable avant de pouvoir honorer son obligation de restitution.

692. Le contrôle de cette situation est confié à des organes comptables et financiers qui veillent strictement au respect de ces exigences réglementaires. Parmi ces derniers nous pouvons citer l'AAOIFI qui fait un travail remarquable dans le processus d'unification des normes réglementaires afin de les incorporer dans les contrats à référence contractuelle¹⁰³⁸.

¹⁰³⁷ Le cas d'un client présentant un retard mental : Cour d'Appel Lyon, 28 février, 2002, n° 2000/00306, *JCP. N.* n° 1203, p. 40

¹⁰³⁸ Depuis 2010, les équipes de chercheurs de l'université de Paris I Panthéon Sorbonne participent avec Paris-Europlace à la traduction des normes de l'AAOIFI. Cf. H. M. Sisteron, *Finance islamique et financement de projet en France*, *op. cit.* p. 290

II) La protection et le contrôle, par voie comptable et financière :

693. Le dépôt dans une banque peut être analysé comme un prêt par lequel, le banquier est l'emprunteur, et le client le prêteur. Dans le cadre d'un prêt classique, le banquier prêteur demande souvent une sûreté ou des garanties, sauf si le client présente une garantie de solvabilité personnelle. C'est le cas d'une domiciliation bancaire de salaire. Pourtant dans le cadre d'un dépôt le client n'a pas d'information sur la situation financière du banquier dépositaire ni de sa solvabilité. Toutefois, l'Etat protège les clients non pas sous forme d'obligations mais par des moyens de contrôle confié à des organes qui surveillent le ratio de solvabilité et de liquidité entre autre.¹⁰³⁹

694. En application de l'article L. 511-41 du Code monétaire et financier, « *les établissements de crédit sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants, des tiers et pour l'équilibre de leur structure financière* »¹⁰⁴⁰. La mise en place de cette réglementation passe par l'instauration des normes comptables posant sous forme de ratio des fonds propres permettant de garantir la solvabilité et la liquidité des établissements bancaires¹⁰⁴¹. Le plafond des fonds propres que les établissements de crédit sont tenus de respecter avait fait l'objet d'une réglementation européenne¹⁰⁴² renforcée par le Comité de Bâle le groupe des dix. L'harmonisation de ces fonds propres était jugée nécessaire tant en Europe que dans les Etats car elle permettait de garantir une meilleure sécurité de l'activité bancaire.

695. Son coefficient tient compte les critères de liquidité et de solvabilité pour prémunir une nouvelle défaillance bancaire comme celle connue en 2008. Aujourd'hui le rapport entre les fonds propres de l'établissement et les risques pondérés qu'il supporte du fait des opérations de crédit ne doit être inférieur à 8%¹⁰⁴³. Le coefficient de liquidité est quant à lui et contrairement à celui de solvabilité, doit être égal à tout moment 100%.

¹⁰³⁹ Dufloux et M. Karlio, « La réglementation prudentielle des banques : les travaux récents du comité Cooke », *Revue Banque*, déc. 1988, p. 1246.

¹⁰⁴⁰ Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, op. cit. p. 107

¹⁰⁴¹ P. H. Cassou, *La réglementation bancaire*, Sefi, collection Banque et stratégie, 1997, p. 50 et s.

¹⁰⁴² Articles 56 à 105 de la Directive n° 2006/48/CE du 14 juin 2006, *JOUE*, n° L.177, 30 juin 2006, citée par Ch. Gavalda, J. Stoufflet, op. cit. p. 108

¹⁰⁴³ Directive n° 2006/48/CE du 14 juin 2006, *Journal officiel de l'UE*, n° L. 177, 30 juin 2006. Sa transposition dans la législation française de cette directive est assurée par une ordonnance n° 2007-571 du 19 avril 2007, instaurant l'article L. 511-41 du Code monétaire et financier

696. Les banques islamiques pour s'implanter en Europe sont tenues de respecter ces exigences réglementaires à défaut d'être disqualifiées par l'autorité compétente¹⁰⁴⁴. Au-delà ces banques doivent s'inspirer du modèle occidental pour tarir cette divergence qui constitue le véritable frein pour son implantation en France en harmonisation leurs règles de contrôle religieux. Les organes de contrôle interne sont plus axés sur l'audit et la conformité qu'aux lois et règlements qui régissent le domaine bancaire¹⁰⁴⁵. Outre, le respect de la loi les banques islamiques doivent se conformer à la réglementation bancaire française en vigueur. Le respect de ces deux règles différentes pose un souci majeur pour l'implantation des banques islamiques en France¹⁰⁴⁶.

697. L'indépendance de cet organe de contrôle religieux par rapport à ceux du contrôle étatique pose quant à lui un obstacle lié à son indépendance. Nous n'allons pas revenir sur la littérature relative à cet organe, mais juste s'interroger sur les organes qui contrôlent la liquidité et la solvabilité au sein des banques.

698. La question de la liquidité des établissements de crédit a fait l'objet d'une réglementation abondante au cours de ces dernières années¹⁰⁴⁷ permettant de mettre en place un coefficient de liquidité de 100% exigé sur l'adéquation du capital et calculé en tenant compte de la comptabilité en euros et devises relatives à l'établissement du siège social¹⁰⁴⁸. La détermination de cette solvabilité se mesure plus facilement avec des organes comptables et celle de la liquidité est laissée au monopôle des organes financiers. La responsabilité et la détermination de leurs obligations incombent aux juristes, économistes et comptables qui jouissent d'un rôle crucial.

699. Nous allons voir les organes de contrôle de la solvabilité (A), avant d'examiner ceux du contrôle de la liquidité (B).

¹⁰⁴⁴ Autorité de Contrôle Prudentielle et de Résolution (ACPR)

¹⁰⁴⁵ R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit. p. 481.

¹⁰⁴⁶ M. Boudjellal, « Le système bancaire islamique, aspects théoriques et pratiques », *Institut international de pensée islamique*, 1998, p. 1 ; V. aussi C.-J. Serhal, « La finance islamique: Une intégration possible dans le système bancaire français », *Revue Banque et Droit*, 2006, n°106, p.38.

¹⁰⁴⁷ Arrêté du 5 mai 2009 modifiant le règlement n°97-02 du 21 fév. 97 relatif au contrôle interne des établissements de crédit et des entreprises d'investissements, *JO*, 20 mai , p. 8412. Le Règlement CRBF n°97-02, 21 fév.1997, art. 31.

¹⁰⁴⁸ R. Routier, *Obligations et responsabilités du banquier*, op. cit. p. 443.

A) L'organe de contrôle de la solvabilité (comptable) :

700. Pour répondre à son obligation de restitution le banquier est tenu de disposer de fonds propres dont le Comité de Bâle I plus connu sur « *l'adéquation du capital* ». Ce dernier avait imposé des règles prudentielles à l'ensemble des établissements de crédit¹⁰⁴⁹. Ces fonds doivent être disponibles sous forme de liquidité¹⁰⁵⁰ au moment où le client sollicite cette restitution à ce stade le problème de solvabilité ne se pose pas. Cependant, la liquidité ou la disponibilité des fonds reste un souci, car l'indisponibilité pour des raisons techniques nécessite la mise en place d'une obligation de sécurité et de vigilance¹⁰⁵¹ qui renforce celle de restitution.

1. L'obligation de sécurité et de vigilance

701. La mise à en place des services de paiements et de crédit à la disposition de la clientèle oblige les banquiers à garantir la sécurité des moyens dont ils restent les propriétaires légitimes et juridiques¹⁰⁵². Ces instruments permettent à ses clients de récupérer des fonds à tout moment en usant des moyens de paiements qu'ils s'agissent de cartes bancaires, de chèques *etc.* La mise à disposition des services de paiement est une des composantes des opérations de banques énumérées dans l'article L. 311-1 du Code monétaire et financier. Tous ces moyens et outils doivent être soumis à la vigilance et la surveillance des autorités de contrôle de la banque.

702. Le système islamique sera sans nul doute soumis à la réglementation bancaire en vigueur en France. D'autant plus que cette protection est érigée sous la forme d'une obligation dont sa transposition dans l'industrie islamique ne semble pas poser de souci à l'image de celle de la réglementation sur l'agrément des banques islamiques. Son caractère

¹⁰⁴⁹ A. Chapelle, G. Hubner, *Le risque opérationnel : Implication de l'accord du Bale pour le secteur financier*, Larcier 2005, p. 9

¹⁰⁵⁰ Arrêté du 25 août 2010 modifiant diverses dispositions réglementaires relatives au contrôle prudentiel des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, disponible : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022845898&dateTexte=&categorieLien=id>

¹⁰⁵¹ CE 31 juil. 1996, n° 173310, *RTD. Com*, 1996, 698, obs. Cabrillac

¹⁰⁵² Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, d'Organisation, 2003, p. 72.

religieux fera appel à un outil de contrôle additionnel, c'est l'*Accounting And Auditing Organization for Islamic and financial institution (AAOIFI)*, qui vérifie cette liquidité.

2) L'Accounting and Auditing Organization for Islamic and financial Institution (AAOIFI):

703. La comptabilité a toujours été au cœur des pratiques bancaires islamiques. C'est dans ce contexte que des comptables ont été envoyés à Médine pour contrôler si les habitants s'acquittaient de la *zakat* dans ce pays¹⁰⁵³. L'expertise comptable avait permis de vérifier l'exécution de cette obligation. L'organisation d'audit et comptabilité des institutions financières islamiques connue sous le vocable anglais (*AAOIFI*) fut créée en 1991 par les pays membres de l'organisation de la conférence islamique (OCI). Depuis sa création, elle continue d'utiliser des outils standards dans le domaine de la comptabilité et d'audit afin d'harmoniser les procédés comptables plus efficaces.

704. L'originalité de cette organisation prend en compte les instructions comptables venant de zones géographiques différentes et des conceptions doctrinales variées¹⁰⁵⁴ constituant un pas important pour unification du système financier islamique. Cette institution peut au-delà de ces préoccupations comptables constituer un bon outil pour tarir les différends qui freinent l'avancée de cette industrie.

705. À l'image du principe d'uni droit dans *lex mercatoria relatif au contrat de commerce international* dans le processus d'harmonisation des règles de commerce international¹⁰⁵⁵. L'*AAOIFI*, lorsqu'elle agit en sa qualité de contrôleur se voit confrontée à cette divergence des règles religieuses ; chaque banque islamique calque ses règles de gouvernance en fonction de son appartenance doctrinale. Nous pouvons citer l'exemple de l'Arabie Saoudite qui impose sa volonté au détriment des standards de l'*AAOIFI*.

¹⁰⁵³ Cf. G. Causse- Broquet et D. Saci, « La comptabilité en pays d'Islam », in Pierre Traimond Ed. ; *Finance et développement en pays d'Islam*, Edicelf, 1995, 255 pages ; cf. M. Syed Alwi, *La comptabilité pour les produits financiers islamiques*, De Boeck, Bruxelles, 2012, 72 pages

¹⁰⁵⁴ 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*, op.cit., p. 157.

¹⁰⁵⁵ P. Emmanuel, « L' éthique de la « *lex mercatoria* », *Revue de la recherche juridique, Droit prospectif*, 2008, N°4, p. 1856.

706. C'est dans ce contexte que le Fonds Monétaire International (FMI) a formulé des recommandations aux banques islamiques pour une mise en conformité de leurs normes comptables et prudentielles par le truchement des normes de Comité de Bâle¹⁰⁵⁶. Cette obligation de conformité resurgit avec la mondialisation de la finance islamique, donnant lieu à l'ouverture de fenêtres et de guichets islamiques dans presque tous les coins du monde. Dans ce contexte les autorités sont obligées de la rendre conforme aux instructions de l'accord de Bâle III imposant plus de solidité du secteur financier et davantage de transparence dans le fonctionnement des marchés¹⁰⁵⁷.

707. Cette harmonisation doit se faire sur la base des normes comptables, car ces dernières ne sont pas uniformes dans tous les systèmes bancaires islamiques. L'objectif premier de cette institution était d'unifier les règles comptables de la finance dite islamique avec celles de leurs homologues conventionnels, conformément aux normes généralement adoptées par les organismes de contrôle internationaux¹⁰⁵⁸.

708. La ressemblance des produits utilisés dans les deux banques devrait être un argument unificateur en attribuant le contrôle de liquidité et de solvabilité des banques islamiques aux institutions internationales, tel que le Fonds Monétaire International, mais cette solution peine à voir le jour. Le caractère hybride de l'AAOIFI se manifeste à travers le double rôle qu'elle joue dans le mode de fonctionnement de la finance islamique. À la fois outil de protection de contrôle des déposants, de surveillance comptable et organe de contrôle du fait qu'elle supervise la capacité de solvabilité des banques islamiques. Elle joue aussi un rôle d'unificateur en essayant de poser les jalons d'un système de contrôle comptable unique¹⁰⁵⁹. Les règles mutualistes régissant cette industrie constituent un moyen de contrôle, selon nous, du fait qu'elles mettent en avant l'idée de participation permettant à chaque partie de s'immiscer dans la gestion du projet ou de l'entreprise. En effet, dans ce système le déposant

¹⁰⁵⁶ E. Brack, *op. cit.* p. 13

¹⁰⁵⁷ B. Delpit, « Le point de vue d'un banquier sur la réforme de Bale III », *La revue de l'ACP* n° 8, juil-août 2012, p. 15 ; Communiqué de presse du 12 sept. 2010, sur le site de BRI : http://www.bis.org/press/p100912_fr.pdf

¹⁰⁵⁸ M.El-Gamal, *La finance islamique aspects, légaux, économiques et pratiques*, *op. cit.* p. 200.

¹⁰⁵⁹ M. Bouregghda, « Le financement islamique, une alternative à la finance conventionnelle », in la finance islamique à la française, *op. cit.* p. 191. « L'AAOIFI travaille depuis de nombreuse années sur l'harmonisation des règles comptables, mais pour une lecture commune de certains instruments islamiques » V., M. Moate, *La création d'un droit bancaire islamique*, thèse, *op. cit.* p. 213 « AOOIFI joue un rôle de rapprochement entre les exigences financières conventionnelles et la définition du droit bancaire islamique.. »

est en même temps actionnaire ce qui minimise les risques et lui fait participer aux modalités de contrôle.

709. Le même mode de fonctionnement donne naissance à d'autres risques . En effet, l'immunité dont bénéficier certains partenaires en leur exonérant de toute responsabilité dans la gestion du projet fait peser sur la tête du banquier toutes les garanties de risque. Ce transfert de responsabilité différencie les deux systèmes au niveau de la prise de risque. Toutefois, les banquiers ont chacun un rôle de dépositaire l'imposant le respect de l'obligation de restitution. Ce risque est plutôt d'ordre financier et non pas comptable¹⁰⁶⁰ imposant une obligation de sécurité renforcée dans le système classique par l'instauration d'un coefficient de solvabilité appelé ratio d'adéquation des fonds propres¹⁰⁶¹.

710. Les banquiers sont tenus de respecter en permanence « un rapport entre le montant de leur fonds propres et celui de l'ensemble des risques de crédit qu'ils encourent du fait de leurs opérations, au moins égal à 8%¹⁰⁶². Le ratio mac Donough, obligation de contrôle prudentielle a été étendu depuis le 1^{er} janvier 1998 aux établissements ayant une activité internationale importante. Toutes les banques et établissements de crédit derniers doivent veiller aux risques du marché relatifs aux taux d'intérêt qui doivent être en adéquation avec leurs fonds propres. Le ratio Mac Donough tient compte contrairement au ratio Cook du risque du marché, du crédit et autres opérations¹⁰⁶³. L'instauration d'une banque islamique en France nécessite, la mise en place des moyens de contrôle efficace comme ceux existant dans la finance classique ce qui recommande une ingénierie juridique très large, mais qui ne semble pas être impossible à notre avis.

¹⁰⁶⁰ Cf. O. Arop , *Risk management in Islamic bank*, INCEIF-LOFSA workshop, Labuan, 15 november 2007

¹⁰⁶¹ La règle du double regard, de Monsieur le Professeur Richard Routier, *op. cit* ; p. 477 ; V. aussi art. L. 511-10 al. 8 du CMF.

¹⁰⁶² R. Routier, *Obligation et responsabilité du banquier*, *op.cit.* p. 476.

¹⁰⁶³ Fr. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec 2000 « collection Litec affaires finances », pp. 140 .ss.

B) L'organe de contrôle de liquidité financière :

711. Une banque peut être solvable sans pour autant disposer de liquidité, cette dernière est primordiale dans le fonctionnement d'une banque et quelque soit sa forme et son modèle. Le statut de mandataire-dépositaire de la banque exige la mise à disposition des fonds sous forme de liquidité afin de répondre à ses obligations principales. Dans le cadre de sa mission de mandataire¹⁰⁶⁴, il sera tenu d'exécuter les ordres venant du mandant, alors que dans celle de dépositaire il a une obligation de restitution¹⁰⁶⁵.

712. Le contrat de dépôt est le fondement juridique de cette obligation de restitution qui impose au dépositaire de rendre la chose objet du dépôt. Le déposant client de la banque n'est tenu à aucune obligation de quelque nature qu'elle soit, autrement dit il n'est pas obligé de rémunérer le banquier dans le cadre de cette restitution. Selon M. H. Causse le client ne peut pas être à la fois créancier et débiteur de son dépositaire¹⁰⁶⁶. Or avec l'application du principe de partage des profits et des pertes dans le mode de fonctionnement des banques islamiques. Cette obligation de restitution peut être méconnue dans l'hypothèse d'une perte car, le client recevra moins de ce qu'il avait investi. Cette défaillance du projet peut constituer selon nous, un obstacle à l'application du principe de partage de pertes et des profits. Quoiqu'il en soit ces deux missions sont différentes comme le sont celles du contrôle financier et comptable, l'une s'intéresse à la solvabilité et l'autre à la liquidité.

713. Avec la prédominance de l'activité bancaire d'investissements, le système islamique peut échapper aux risques relatifs à la liquidité, car les clients et le mode de fonctionnement de ces banques s'orientent plus vers investissement. Toutefois, elle n'est pas sans incidence dans le mode fonctionnement des banques islamiques. C'est pourquoi il était nécessaire d'instaurer un organe de contrôle qui veille à la liquidité financière (1) avec la surveillance des organes de contrôle internationaux (2).

¹⁰⁶⁴ Ass. Plan. 9 oct. 2006, n° 06-11.056, cette qualité même dans le rapport entre une filiale et sa société mère.

¹⁰⁶⁵ Cass. Com. 16 juin 2009 : *Banque et Droit* 2009, p. 19 ; Cass. Civ. 1^{re}, 25 février 2010 : *JGP. E.* 2010, n° 1496. La banque qui reçoit les fonds de son client a, en application des dispositions du Code civil l'obligation de les restituer. La restitution peut prendre différente forme : virement ; retrait.

¹⁰⁶⁶ Cf. H. Causse, « L'obligation de restitution du banquier dépositaire peut-elle être payante ? *Revue droit bancaire et financier*, sept. Oct. 2003, p. 315.

1. L'organe de standardisation financière spirituelle :

714. La particularité de la finance islamique fait apparaître des organes de supervision qui lui sont propres comme : *l'Islamic Financial Services Board (IFSB)*. Créée en 2002 à Kuala Lumpur¹⁰⁶⁷. Elle regroupe aujourd'hui des autorités de régulation venant de pays divers et d'institutions variées comme le Fonds Monétaire International, la Banque Mondiale et d'autres acteurs spécialisés dans la finance islamique¹⁰⁶⁸. L'*IFSB* élabore des règles prudentielles conformes à la fois aux règles internationales et aux normes religieuses avec l'appui et le soutien des organes internationaux de contrôle financier qui se sont accrus à la suite des scandales financiers qui ont secoués les États-Unis puis le Royaume-Uni à la fin des années quatre vingt dix¹⁰⁶⁹.

715. Les conséquences de cette crise ont affecté les différents pans et acteurs de la société moderne : investissements, créanciers, épargnants. L'amélioration de cette situation nécessite un encadrement des marchés financiers¹⁰⁷⁰ pour éviter de telle séquelle.

716. La banque du Liban peut servir de modèle, selon nous, aux pays qui désirent instaurer la finance islamique. En effet, la Banque centrale du Liban impose aux banques islamiques d'établir des procédures internes nécessaires à la mise en place des principes de bonne gouvernance dont les unes sont relatives aux fonds propres et les autres aux obligations du banquier. Cette réglementation a implicitement posé une procédure dérogatoire en faveur de l'introduction des banques islamiques.

717. Le système islamique doit respecter les règles islamiques et les normes internationales.

2) Les organes de contrôle internationaux :

718. L'internationalisation et la mondialisation de l'industrie de la finance islamique ont fait d'elle une finance commune à toute l'humanité, dépassant les appartenances religieuses. Elle représente une partie entière de l'économie mondiale avec plus de 700 milliards de dollars¹⁰⁷¹.

¹⁰⁶⁷ www.ifs.org.

¹⁰⁶⁸ M. Moaté, « *La création d'un droit bancaire islamique* », thèse, *op.cit.* p. 213.

¹⁰⁶⁹ Lecat (R). « Productivité du travail des grands pays industrialisés : La fin du rattrapage des États Unis? » : http://www.banquefrance.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/archipel/publications/bdf_bm/etudes_bdf_bm/bdf_bm_121_etu_2.pdf, p. 47.

¹⁰⁷⁰ A. Rizk, « La gouvernance des banques islamiques », *op. cit.* p. 27.

¹⁰⁷¹ Cf. O. Pastré et E. Jouini, *La finance islamique une solution à la crise*, *op. cit.* pp. 57 et s.

Son intégration au sein du système mondial nécessite une surveillance faite par les autorités et des instances qui supervisent la finance conventionnelle, tant au niveau mondial que national, tels que : le Fonds Monétaire International ; la Banque Mondiale et les accords de Comité de Bâle I, II et III.

719. Les principes posés par ces institutions internationales sont-ils en adéquation avec les règles qui gouvernent cette finance ? L'étude de la mission du Fonds Monétaire International (2.1), des accords de Bâle (2.2) et l'Association Internationale des Banques Islamiques (2.3) peut nous aider à y voir plus clair.

2-1) Le Fonds Monétaire International :

720. Le Fonds Monétaire International est une institution financière internationale créée en 1945, lors de la conférence de Bretton Woods. En plus de sa mission de financer les pays membres sous une forme d'aide. Il joue un rôle crucial dans la stabilité de l'économie mondiale, en ce sens le FMI veille à la sécurité du commerce internationale. Ce rôle passe par l'octroi de crédit qui viendrait augmenter des réserves d'échange et de soutenir la monnaie de ses pays membres. Cette mission lui attribue le rôle de contrôle de l'ensemble du système bancaire, tant islamique que classique¹⁰⁷². La qualification du banquier en tant que commerçant qui stipule sur la monnaie justifie sa protection par des instances internationales comme le FMI. L'internationalisation du système islamique a élargi éventail des produits bancaires englobant aujourd'hui l'assurance islamique dite *takaful*¹⁰⁷³ aux quatre coins du monde. Cette ouverture a fait du Fonds Monétaire International un organe de contrôle de l'industrie de la finance islamique, d'une façon indirecte, du fait que le FMI jouit de statut d'un contrôle de contrôle de l'ensemble du système monétaire. En plus, cette finance est considérée comme étant une solution à la crise pour certains, comme Pastré et Jouini¹⁰⁷⁴. Ce qui rejoint le rôle du Fonds Monétaire International dans lutte contre la crise. C'est dans cette logique que le Fonds Monétaire International s'intéresse à la finance islamique afin de

¹⁰⁷² Cf. J. Fulgeras Annes, « Les banques et le respect des normes : Conformé n'est pas conformisme » ! in *le rapport morale de l'argent dans le monde 2006*, Association d'économie financière, Lille 2006, pp. 313-323.

¹⁰⁷³ E. Klingmuller, « Islam et assurance », in *les capitaux de l'islam*, Presses CNRS, 1999, pp. 151 ; V. Aussi A. Bhatti, *Will Takaful Penetration Match Conventional Insurance ?*, International Takaful Summit, London, 15 July 2008.

¹⁰⁷⁴ Cf. O. Pastre et E. Jouini, *La finance islamique une solution à la crise ? op. cit.*

l'accompagner dans leur mission commune. La main mise du FMI ne peut qu'être que bénéfique pour cette finance qui a du mal à s'installer dans certain pays à cause de l'absence d'un organe international qui viendrait garantir sa crédibilité sur la scène mondiale.

721. Le FMI mène à bien cette mission de contrôle de la stabilité financière en veillant à ce que les institutions islamiques respectent les accords de Bâle.

2-2 Les accords de Bâle

722. La divergence dans l'interprétation des règles qui régissent le fonctionnement et l'organisation des banques islamique est l'un des obstacles majeurs pour l'avancée de cette industrie. Elle est d'ailleurs, plus apparente au niveau de l'organisation où il est urgent d'harmoniser les normes, afin de faciliter le contrôle par le biais d'une instance suprême qui validerait et coordonnerait l'ensemble de ses activités, tant les règles religieuses que des normes qui gouvernent l'économie mondiale.

723. Les recommandations du Comité de Bâle sont au nombre de trois dont chacune est apparue dans un contexte particulier dans le but d'améliorer un aspect du contrôle du système bancaire. L'accord de Bâle I avait vu le jour en 1988 avec l'instauration d'un ensemble d'exigence de fonds propres minimale pour les banques. Ces règles seront transposées dans les pays du G10 en 1992.

724. La deuxième série de règle est apparue en 2004, il visait contrairement à celle du Bâle I à couvrir le maximum de risques, ainsi le contrôle prudentielle avait été instauré pour la première fois. Ces accords plus connus sous le nom de Bâle II prennent en compte les risques de fraude de la procédure. Ces risques étaient jusqu'ici ignoraient par le précédents accord. En 2010, le comité de Bâle III fut publié est revenu sur les exigences bancaires relatives au fonds propres des banques, le ratio minimum de fonds propres des banques passe de 8% à 10,5%¹⁰⁷⁵. Aujourd'hui certains commencent à s'interroger sur les accord de Bale IV¹⁰⁷⁶, puisque les précédents accords n'avaient pas immunisé le secteur financier. La dette de la

¹⁰⁷⁵ *Bâle III en cinq questions : des clés pour comprendre la réforme, augmenter le capital des banques pour renforcer le système financier.* Un nouveau coussin contra cyclique de 0% à 2% est crée en plus du ratio décrit ci-dessus.

¹⁰⁷⁶ J. Bernard Caen, « Prospective : Vers Bâle IV, une réglementation simplifiée », *Revue Banque*, n° 758 mars 2013, p. 2, l'auteur fait de la finance-fiction et imagine les conséquences des réglementations prudentielles actuelles. Celles-ci aboutiraient à une grande crise bancaire dès 2015, avant que Bâle IV, dans une version épurée et équilibrée de la réglementation, ne parvienne afin à construire un encadrement véritablement efficace du système bancaire international.

Grèce et la crise de l'euro ont montré que le risque rigide dans le secteur bancaire. Le contrôle et la surveillance des établissements bancaires étaient la meilleure réponse pour remédier à cette crise car la faillite d'un établissement bancaire engendre une crise symétrique qui peut contaminer tout le système financier.

725. Dans ce contexte, les acteurs financiers ont jugé nécessaire de renforcer le système de contrôle du secteur bancaire. Alors que la prudence et la réglementation ont été les deux principes phares des accords de Bâle III¹⁰⁷⁷ La régulation bancaire plus connue sous le nom de Bâle III a mis sur pied le ratio d'effet de levier, plus que ce ratio est élevé qu'il aura moins de risque. Il est ce que la profondeur d'un immeuble est au promoteur immobilier. Ces accords ont fait de la bonne gouvernance et la transparence les moyens de contrôle le plus efficaces¹⁰⁷⁸, car les organes de contrôle internes et externes n'étaient pas les meilleurs moyens pour prévenir la crise contemporaine. Les conclusions de Bâle III rejoignent les règles de la finance islamique en ce sens qu'elle met en avant l'idée d'une économie réelle et la suppression de l'aléa morale autant de principes qui sont au cœur de l'activité bancaire islamique. C'est l'aspect éthique au sein de la finance islamique qui nous fait penser que cette industrie peut être une réponse à cette crise bancaire L'information est au cœur des recommandations de Bâle III¹⁰⁷⁹ et ceci dans le but d'équilibrer les risques liés au crédit¹⁰⁸⁰. Il ne peut pas y avoir de transparence sans qu'il y ait au préalable une information équitable.

726. L'industrie islamique doit se conformer aussi aux recommandations de Bâle, ce qui passe par la standardisation de ses normes internes avant d'harmoniser les normes internationales¹⁰⁸¹

2-3 Association Internationale des banques islamiques :

727. L'Association Internationale des Banques Islamiques (AIBI) a été créée le 20 août 1977. Elle est devenue opérationnelle qu'en 1979 lors de la dixième conférence des ministres des affaires étrangères. Cette association a pour but essentiel de consolider les relations entre

¹⁰⁷⁷ Th. Bonneau, « Prudence et finance : introduction à la réglementation Bâle III », *Revue de droit financier et bancaire*, mars-avril 2012, p. 89

¹⁰⁷⁸ Cf. S. Dhafer, E. Brack, « La finance mondiale après la crise, les quatre commandements oubliés », *Revue Banque*, n° 720, janvier 2010, pp. 56-59.

¹⁰⁷⁹ Cf. Reperes, « Les accords du Bâle », *Revue Banque*, novembre 2011, n° 741, pp. 61-62.

¹⁰⁸⁰ Ch. De Boissieu, « A propos de Bâle III », *Revue Banque*, mai 2012, n° 748, p. 11.

¹⁰⁸¹ E. Brack, « Les défis soulevés par le développement de la banque islamique », *Revue Banque*, n° 696, p. 41. Le FMI avait sommé la banque islamique de mettre leur norme conforme aux règlements de Bâle I

les banques islamiques, d'affermir leur coopération, de coordonner leurs activités islamiques et de contrôler leurs caractères islamiques. La structure de cette association abrite un conseil religieux composé des présidents de conseils religieux des banques nationales. Elle a pour rôle de suivre l'activité des banques islamiques¹⁰⁸². Cet objectif atteste sa mission de contrôle de l'ensemble du système islamique lui conférant un statut d'organe de contrôle international de l'ensemble du système bancaire islamique.

728. Au delà des querelles doctrinales qui freinent l'avancée de cette finance dans le monde, elle se pose également la compétence de l'instance habilitée à mener ce contrôle dans les pays qui s'apprêtent à accueillir la finance islamique, dans lesquels la charia n'est pas source de leur droit positif.

729. Lors de sa dernière réforme la France a manqué l'occasion d'instaurer un *charia board* ou de confier cette mission à l'autorité de contrôle prudentielle. Toutefois, des possibilités restent ouvertes avec la volonté de la FMI de jeter un regard sur l'organisation de cette industrie. Cette finance dispose au même titre que la finance classique des organes de contrôle internes et externes. Malgré les différends et l'absence d'instance de contrôle qualifiée, les organes de contrôle classiquement connus dans le système occidental peuvent faire office d'organe de contrôle hybride, selon nous. Il serait nécessaire de conjuguer l'effort fourni par les organisations internationales, en instaurant des organes d'organisation *ah doc* au sein des organes de régulation locaux.

730. L'agence islamique internationale, encore appelée IIRA(*Islamic international de Natation*) a été créée en Bahreïn en 2000 à l'initiative de la BID et les grandes banques du Golfe pour évaluer les banques islamiques pour essayer de limiter aux mieux les risques. Elle constitue un outil efficace pour combler cette homogénéité dans cette industrie. Elle est épaulée dans cette mission par l' *international islamic financial market*, créée par les banques centrales des pays du Golfe. Elle se charge pour mission de régulariser les activités du marché en procédant à la création de nouveaux instruments et des outils financiers modernes.¹⁰⁸³

731. Les précédentes crises sont dues à la fois aux effets du capitalisme et au monde de gouvernance du système actuel. Parallèlement à ce désastre économique une finance

¹⁰⁸² H. Algabid, *Les banques islamiques*, op.cit p. 215.

¹⁰⁸³ G. Causse Broquet, *La finance islamique*, op. cit. p. 110.

proposant comme référence à la fois des règles éthiques et des produits proches de l'économie réelle a connu une expansion fulgurante. Dans ce contexte de grands économistes¹⁰⁸⁴ proposent cette finance comme alternative et solution de cette crise financière d'autres suggèrent la prise en compte des règles de gouvernance islamique dans le système financier actuel¹⁰⁸⁵.

732. Bien que l'organisation soit un élément important dans le fonctionnement d'une banque islamique. Elle ne suffit pas en elle seule pour l'émergence d'une banque purement islamique, son fonctionnement est indispensable pour sa bonne marche.

¹⁰⁸⁴ G. Causse Broquet ; E. Jouini et O. Pastré

¹⁰⁸⁵ G. Causse Broquet, « La finance islamique : Remède aux crises financières ou retour au « vrai capitalisme », *Revue Banque*, n° 759, avril 2013, pp. 79 et s.

Titre II : Émergence d'une théorie générale du droit des contrats : une nécessité pour l'instauration d'un droit bancaire islamique :

733. L'examen du droit des affaires musulman sera axé sur les principes et les fondements de ce droit, indispensables à plus d'un titre ; d'un côté, il permet de comprendre le fonctionnement de la banque islamique et, de l'autre, c'est la garantie d'une meilleure connaissance des produits qui la gouvernent. Une banque, qu'elle soit d'affaires ou commerciale, islamique ou classique ne peut ignorer sa fonction première, mission consistant à l'exercice de l'intermédiation bancaire entre l'emprunteur et le déposant¹⁰⁸⁶. Cette mission la place au cœur du monde des affaires¹⁰⁸⁷, ce dernier étant gouverné par des règles et des normes qui tirent leur fondement tant du droit des contrats que de celui des obligations. L'analyse de ces deux branches juridiques, en les comparant avec les règles du droit musulman¹⁰⁸⁸, sera utile pour une meilleure compréhension du chapitre relatif à l'essai de qualification et l'analyse juridique des contrats dans les banques islamiques. Nous allons étudier le droit des affaires musulman, en mettant en avant son caractère hétérogène dans un premier chapitre, avant d'examiner les produits et les contrats utilisés dans les différents modèles bancaires islamiques dans un second chapitre.

¹⁰⁸⁶ Th. Bonneau, « Crédit gratuit et promotionnel : vraies et fausses rémunérations », Table ronde, *Revue de Droit bancaire et financier*, mars-avril, 2007, dossier, n° 11, p. 82.

¹⁰⁸⁷ Cf. H. Boualam, « Finance islamique et intermédiation financière, collecter l'épargne sans transgresser la charia », *Revue Banque*, n° 713, mai 2009, p.76-77.

¹⁰⁸⁸ G. Badr, A Moursir, « La tendance objective en matière de représentation dans la Common Law et droit islamique », *Revue Internationale de droit comparé* 1965, n° 2, p. 371. ; V. aussi, T. Hafsi, L. Siach et A Diallo, « Environnement intense et choix stratégiques. Les cas des banques islamiques », *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, p. 119-140.

Chapitre I : Droit des affaires en islam : un droit hétérogène

734. Une institution bancaire, qu'elle soit islamique ou de type classique ne peut pas fonctionner sans des produits. La mise en place de ces derniers nécessite au préalable l'étude de la théorie du droit des contrats islamique qui le sous-tend. Le contrat principal dans le secteur bancaire islamique demeure le contrat de vente qui, au-delà du fait qu'il constitue le moyen par lequel le banquier contourne l'interdiction du *riba*, permet de légitimer les produits alternatifs tels que le *moudaraba*. Cette influence fait également de ce contrat le modèle de base de l'ensemble des produits existants dans le système musulman ; d'autres, le qualifient de la théorie générale des contrats en droit musulman.

735. Le droit des obligations, dans ce système bancaire, sera aussi d'une très grande importance du fait de la qualité de professionnel du banquier débiteur d'un certain nombre d'obligations visant à protéger le client et à garantir l'équilibre des prestations qui fondent le principe de l'interdiction du *riba*. Cette qualité du banquier justifie le principe de l'équité et de l'équivalence des conditions dans le mode de fonctionnement des banques islamiques¹⁰⁸⁹.

736. Le droit musulman a instauré un ensemble de principes qui régit le domaine des affaires et le secteur commercial en particulier. Nous pouvons citer le respect du *halal* et du *haram* et l'application du principe de partage des profits et des pertes, entre autres.

737. Le commerce est considéré comme une activité noble, car il fut l'activité principale du Prophète. De plus, la sourate 275 du Coran, qui pose le principe de la prohibition de l'intérêt, fait appel au commerce comme palliatif de toutes activités *ribatiques* (*illicites*) : « Dieu a interdit le *riba* et autorise le commerce ».

738. Le droit musulman ne peut pas faire abstraction du droit des affaires puisqu'il est à la fois *Din wa Dawla*, c'est-à-dire religion et État, ainsi il prend en compte tous les pans de la vie du musulman : l'économie, droit, etc. Ce droit régit tous les aspects de la vie du croyant¹⁰⁹⁰. Ce caractère du droit musulman apparaît au niveau du droit des affaires et plus précisément dans le domaine contractuel, contrairement au système français où le droit des

¹⁰⁸⁹ Cf. J.-J Sueur (coord.), *Justice et Religion*, L'Harmattan, 2002, 360 pages.

¹⁰⁹⁰ M. Moaté, *op.cit.*, p. 15.

contrats se distingue de celui des obligations¹⁰⁹¹. Il en va différemment en droit musulman, car ces deux ordres juridiques sont confondus, ce qui justifie le livre de M. Chahata intitulé *Essai d'une théorie générale des obligations en droit musulman*¹⁰⁹². Dans ce système, les juristes se sont toujours attachés à la solution au cas par cas sans se préoccuper des règles générales.

739. Cet amalgame est sans importance dans certains domaines, tels que le droit de la famille et dans le régime des libéralités¹⁰⁹³, bref, à chaque fois que le statut personnel d'un individu est mis en avant. Toutefois, il devient important d'essayer de retracer la ligne de démarcation entre le droit des contrats et celui des obligations dans l'étude d'une théorie générale d'un droit bancaire islamique en France.

740. Cette étude est doublement nécessaire, car, d'une part, le contrat de vente est le socle de tous produits utilisés dans le système islamique et, d'autre part, la profession de banquier donne naissance à des obligations principales et des obligations professionnelles¹⁰⁹⁴. Les règles juridiques méritent d'être examinées afin de proposer des aménagements et des réformes utiles pour sa réception en droit français. C'est l'ensemble de ces considérations qui nous conduit à étudier l'essai d'une théorie générale du droit des contrats (section I) et celle du droit des obligations (section II).

¹⁰⁹¹ L'obligation est définie par le lien de droit qui existe entre un débiteur et un créancier. Or, le contrat est défini dans l'article 1101 du Code civil : « Le contrat est défini comme une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

¹⁰⁹² Chafik Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, 2005.

¹⁰⁹³ Cf. S. Aldeeb, « Famille et successions », in *Religion et droit dans les pays arabes*, op. cit., p. 71-89.

¹⁰⁹⁴ Cf. R. Routier, *Obligations et responsabilité du banquier*, op. cit., p. 365 et s.

Section I : Le droit des contrats en droit musulman :

741. Le commerce a toujours été au cœur des affaires dans le monde musulman, en ce sens, La Mecque fut le centre où abondait des transactions commerciales¹⁰⁹⁵ avec des caravanes qui alimentaient les grands centres en vivres¹⁰⁹⁶. Aujourd'hui, avec le développement du commerce et son internationalisation, le système islamique a plus que jamais besoin d'être standardisé¹⁰⁹⁷ pour lui permettre de faire face aux besoins du monde moderne.

742. Cette évolution passera impérativement par la mise en place de nouveaux produits donnant naissance à un nouveau régime du droit des contrats soumis au respect à la fois de deux ordres juridiques différents. La finance islamique est fondée sur la multivalence et la complémentarité des différentes traditions juridiques¹⁰⁹⁸. Ce modèle de pluralisme juridique est intéressant à étudier à l'heure de l'accueil en France des premières banques islamiques.

743. L'émergence d'un nouveau modèle contractuel posera naturellement un contentieux sur le droit applicable qui sera très vite résolu, à savoir sur le fondement de la convention de Rome I ayant permis d'appliquer la loi des parties pour régler le différend qui est né lors de l'exécution d'un contrat international¹⁰⁹⁹. En effet, les règles posées en droit musulman sont analysées et qualifiées dans le rapport Affaki : « *Le droit applicable*¹¹⁰⁰ », comme des normes internationales ; à ce titre, la *charia* semble recevoir effet par les tribunaux français dès lors qu'elle est choisie par les parties¹¹⁰¹. Cette décision opère un revirement de l'arrêt Amerford de

¹⁰⁹⁵ A. Hassan, *Essais sur le langage juridique de l' Islam*, op. cit., p. 128-146.

¹⁰⁹⁶ M. Oul Ba Fall, *L'argent de Dieu contribution à une anthropologie des systèmes financiers musulmans*, thèse Metz, 2007, p. 32.

¹⁰⁹⁷ Ch. J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », op. cit., p. 38, selon l'auteur, le marché de la finance islamique attend toujours le développement de produits innovants qui permettraient de proposer des financements conformes au droit islamique sans faire de compromis concernant leurs performances et les risques comparés à des produits classiques.

¹⁰⁹⁸ La conquête de l'Égypte par Napoléon, en 1798, et la période de colonisation européenne au cours du siècle suivant dans pratiquement tous les pays musulmans ont marqué la fin brutale du modèle de financement islamique au profit du modèle bancaire européen.

¹⁰⁹⁹ L'article 3 (1) de la convention relative à la loi applicable aux obligations contractuelles est sans restriction. Elle a d'ailleurs été réaffirmée dans le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles Rome I.

¹¹⁰⁰ J.-Paul Laramée, *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, op. cit., p. 145.

¹¹⁰¹ Civ. 1^{er}, 18 sept. 2002, Bul. Civ. I n° 202, note G. Affaki, J. Stoufflet, *Banque et droit*, n° 92, 2003, p. 65 ; G. Pilllet et O. Boskovic, « Rome I et le choix d'un droit compatible dans les contrats internationaux », in *Colloque le règlement communautaire*, 2010 Université de Dijon (9 sept. 2010).

la chambre commerciale de la Cour de Cassation du 16 novembre 1993¹¹⁰² qui avait posé le principe selon lequel « *Dans les matières où les parties ont la libre disposition de leur droit, il incombe à la partie qui prétend que la mise en œuvre du droit étranger désigné par la règle conflit conduirait à un résultat différent de celui obtenu par l'application du droit français, de démontrer l'existence de cette différence par la preuve du contenu de la loi étrangère qu'elle invoque, à défaut de quoi le droit français s'applique en raison de sa vocation subsidiaire* ».

744. Le caractère accueillant et libéral du droit national ne se limite pas aux règles de droit, il englobe les normes non-étatiques, comme il a été précisé dans le préambule du Règlement de Rome I « *Le présent règlement n'interdit pas aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non-étatique ou une convention internationale* ». Cette solution est déjà connue en France dans un arrêt rendu par la première chambre civile le 22 octobre 1991¹¹⁰³. On ne saurait se cacher derrière l'absence de caractère normatif aux règles de la *charia* pour choisir l'application de la loi française, car le principe de l'autonomie de la liberté permettrait aux parties de choisir la règle applicable. En plus, le caractère international du règlement de Rome I emporte obligation pour les tribunaux français de donner effet à la *charia*¹¹⁰⁴. D'autre part, l'accueil de cette finance peut s'opérer via le concept « *faith-based* », ce dernier permettant dans le secteur bancaire et financier de s'organiser sous un angle particulier afin de se conformer aux normes religieuses¹¹⁰⁵.

745. Si le choix du droit applicable ne semble pas poser de souci, celui de la qualification du régime juridique en pose un, d'autant plus que la qualification relève de la compétence du juge, ce dernier appliquant le plus souvent le droit connu. Or, le droit musulman est peu connu par les juges, pour ne pas dire méconnu comparé au droit français. C'est pour cette raison que nous préconisons l'examen de cette qualification pour éviter toute assimilation entre les produits classiques et islamiques.

¹¹⁰² *RDIP*, 1994, p. 322, obs. Lagarde.

¹¹⁰³ *JDI*, 1992, p. 177 : la normativité des règles de droit non-étatique a été reconnue par les tribunaux français, à la suite d'une longue période d'hésitation car, dans un premier temps, ils écartaient les règles non-étatiques au profit des règles nationales. Avant de se référer aux normes comme source du droit, Grenoble, 23 oct. 1996, *Revue de droit uniforme*.

¹¹⁰⁴ Cf. G. Pilllet et O. Boskovic, « Rome I et le choix d'un droit compatible dans les contrats internationaux », in *Colloque le règlement communautaire*, 2010 Université de Dijon (9 sept. 2010).

¹¹⁰⁵ I. Riassetto, « *Le faith based*, un concept en droit bancaire et des marchés financiers », in Le Dolley, E., s. dir., *Les concepts émergents en droit des affaires*, L.G.D.J, coll. Droit et Economie, 2010, p. 181

746. L'étude du régime du droit contractuel débutera par l'examen des conditions qui gouvernent le droit des contrats musulman (§I) avant d'examiner le contrat de vente support pour l'émergence des produits bancaires islamiques (§II).

Paragraphe I) Les conditions de validité d'un contrat en droit musulman

747. Le droit des contrats musulman est à la fois théologique et casuistique¹¹⁰⁶. De ces critères découlent de nombreuses conséquences dont les premières font du *Coran* et de la *sunna* la source principale de ce droit et que la *charia* guide ainsi tout le droit des affaires. Aujourd'hui, une nouvelle tendance semble reléguer au second plan toute la théorie élaborée par les courants de pensée, et font de la *fiqh* et des *fatwas* des outils indispensables pour l'instauration d'un droit musulman des affaires répondant aux réalités contemporaines et aux normes internationales. De ces principes, il en ressort des conditions tant de fond que de forme essentielles pour la reconnaissance d'un contrat conforme au droit musulman.

748. L'équivalence des prestations, l'équité et l'égalité dans les obligations ainsi que d'autres conditions dont les unes sont relatives à la sécurité des contractants, et les autres principes renforcent sa protection¹¹⁰⁷. Toutefois, les mécanismes de protection connus dans ce système islamique ignorent l'un des principaux fondamentaux du droit des contrats français qui est celui de la liberté contractuelle¹¹⁰⁸, car les contrats en droit musulman sont conditionnés par la *charia* et non par la volonté des parties¹¹⁰⁹. Cette absence de liberté peut se justifier par le caractère religieux des principes qui gouvernent ce droit et les contrats nommés, prévoyant des clauses de style dont le non-respect ou la violation porterait atteinte à ce droit. Nous allons en analyser les conditions de formation, comme outil de protection (I), avant de voir le contrat-vente, modèle de base des contrats en islam. (II)

¹¹⁰⁶ J.-P. Charnay, *Esprit du droit musulman*, Dalloz, 2008, p. 13.

¹¹⁰⁷ Cf. Ch. Chahata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.*, p. 72 et s.

¹¹⁰⁸ Cons. Const. 10 juin 1998, JO, 14 juin *RTD. Civ.*, 1998. 796, obs. N. Molfessi : « Le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 ». Avant cette décision, la liberté contractuelle n'avait pas une valeur constitutionnelle : Cons. Const, 3 août 1994, JCP. G. 1995, II 22404, note Y. Broussole, *RTD. Civ.* 1996. 151, obs. J. Mestre « Aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle ».

¹¹⁰⁹ *Ibid.* p. 89.

I) Les conditions de formation, outil de protection

749. La *charia*, comme toute règle juridique, pose des normes à respecter dont la violation sera sanctionnée. La préservation des cocontractants contre tout risque de profit illicite contraire aux règles islamiques est au cœur des dispositifs du droit musulman. Ces risques deviennent très probables dès lors que les effets sont retardés par un terme connu ou inconnu¹¹¹⁰, ce qui justifie l'interdiction des contrats aléatoires dans ce système. La réalisation de cet objectif nécessite la mise en place de moyens de protection efficaces afin d'éviter l'exploitation de la partie la plus faible du contrat qui est souvent dans le besoin, ce qui le conduit à solliciter le soutien de son banquier¹¹¹¹. Cette protection du consommateur a connu une évolution importante en droit français. Aujourd'hui, le client dispose d'un arsenal de protection pendant toute la durée de la relation, avec des règles issues de sources différentes¹¹¹².

750. La définition des contrats en droit musulman semble poser les jalons de cette protection. En effet, les contrats sont considérés comme un acte juridique constitué par des déclarations émises par les parties¹¹¹³. Ils doivent être conformes aux règles édictées par la loi musulmane ; à la différence de la conception connue en droit français où c'est la volonté des parties qui prime les déclarations¹¹¹⁴. Ces dernières issues de la *charia* forment le contrat en droit musulman, elles reposent sur la raison et sur l'intelligence des parties. La *charia* exclut du champ contractuel toutes les personnes frappées d'incapacité ou¹¹¹⁵d'ignorance. L'inobservance ou la méconnaissance de cette condition est sanctionnée par la nullité du contrat, sauf dans certains contrats tels que le mariage et la répudiation¹¹¹⁶. Nous allons aborder les principes tels que l'équivalence d'équité et d'égalité (A) qui symbolisent l'éthique de cette finance, avant d'analyser la notion de propriété comme gage de protection (B) .

¹¹¹⁰ N. C.-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op. cit., p. 5

¹¹¹¹ Ce fut la position du législateur depuis le décret de 2009 qui avait instauré les clauses grises et noires, suivi par la Loi Lagarde de 2010, ayant à son tour augmenté la durée du délai de rétractation. Le projet de réforme de la nouvelle Loi bancaire s'inscrit dans cette logique en proposant d'avertir le client avant le prélèvement des frais.

¹¹¹² Code de la consommation avec les clauses abusives ; délai de rétraction qui est passé de 7 à 15 jours. Code civil : les exceptions exécution...

¹¹¹³ Ch. chehata, « Le concept de contrat en droit musulman », in *Archives de philosophie de droit*, t. XIII, 1968, p. 131. ; Ch. Chahata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, 2005, p. 115

¹¹¹⁴ L'acte par lequel une ou deux personnes s'engagent, à faire, à ne pas faire ou à donner

¹¹¹⁵ A.Yagi, *Le Droit musulman*, op.cit., p. 153, selon l'auteur le contractant doit jouir de sa raison et de discernement. Le contrat du fou ou de l'homme en état d'ivresse ou de l'impubère est sans valeur.

¹¹¹⁶ N. C.-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op. cit., p. 12.

A) Le principe d'équivalence, d'équité et d'égalité en droit musulman

751. Étant à la fois religion et système juridique, l'Islam pose des interdits et des recommandations que le musulman est tenu de respecter. Certains de ces principes, comme celui d'équivalence, tirent leurs fondements du verset : « *Dieu vous recommande, en vérité de rendre aux gens leurs dépôts et quand vous jugez entre gens, de juger avec équité*¹¹¹⁷ ». Ce verset pose un principe d'équité qui vient renforcer la sécurité du contractant. Le nombre de contrats est limité, en droit musulman, seulement une trentaine de contrats nommés sont reconnus. Chacun de ces contrats est soumis à un régime spécifique¹¹¹⁸, en principe l'avènement de tout nouveau type de contrat dans cette catégorie sera considéré comme étant illicite et contraire à la *charia*. Si nous respectons à la lettre l'esprit de ce verset coranique : « *Tout ce qui n'est pas autorisé est illicite au regard du droit musulman* »¹¹¹⁹, bon nombre de contrats seront considérés comme nuls, car ils se détachent, selon Madame Comair Obeid, du « *jus-divinum* » ou *divine Law*¹¹²⁰.

752. Cette protection des contractants n'est pas l'apanage du droit musulman, comme d'autres systèmes juridiques, le droit français avait depuis longtemps prévu dans son Code de la consommation et même dans son Code civil des dispositions militant en faveur de la partie la plus faible du contrat¹¹²¹, en lui apportant plus de sécurité.

753. Par ailleurs, les principes posés dans le système musulman nous semblent être très protecteurs, puisque les clauses contractuelles sont loin d'être la loi des parties, comme elles le sont en droit français, et plus précisément les dispositions de l'article 1134 du Code civil. En effet, en droit musulman, aucune partie ne peut imposer des clauses autres que celles prévues par la *charia*. Ces clauses sont donc prévues dans les contrats nommés, considérées comme des clauses indispensables faisant office de règles. Ces contrats nommés sont classés en trois catégories différentes :

¹¹¹⁷ Coran, Sourate IV, verset 58.

¹¹¹⁸ F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, op.cit., p. 54.

¹¹¹⁹ En Islam, tout ce qui n' est pas expressément interdit est autorisé selon le *hadith* « *Al halalu bayyinun wa l haramu bayyinun* », ce qui est autorisé l' est clairement et ce qui est interdit l' est également.

¹¹²⁰ Comair Obeid, *Droit des affaires musulman*, op. cit., p. 76.

¹¹²¹ La Loi Scrivener (du 10 jan. 1978) et plus récemment le décret instaurant des clauses grises et des clauses noires.

Les contrats à titre onéreux qui comprennent : la vente ; le louage ; la transaction ; la société ; la commandite ; l'amodiation des arbres et le métayage.

Les contrats désintéressés qui correspondent aux : prêt ; commodat ; dépôt ; gage, mandat, cautionnement et transport de dette.

Les contrats à titre gratuit que nous pouvons citer : la donation, le testament¹¹²². La présence des principes d'équité, d'égalité et d'équivalence dans la sphère contractuelle ne nous surprend pas comme nous l'avons déjà vu au début de cette thèse¹¹²³.

754. Le droit musulman se préoccupe de l'aspect social, d'où l'application des règles sociales, telles que la *zakat* ou l'aumône en lieu et place du *riba*. « *Nous avons envoyé nos apôtres avec les preuves et fait descendre avec eux l'écriture et la balance afin que les hommes pratiquent l'équité*¹¹²⁴ ». Le contrat en droit musulman poursuit un but déterminé par la *charia* et non pas par la volonté des parties. Cette suprématie de la loi religieuse sur la volonté des parties est un gage de sécurité qui demeure considérable dans le secteur bancaire, car les deux parties ne sont pas logées à la même enseigne. Toutefois, cette immixtion fait obstacle aux principes de la liberté contractuelle, point qui sera développé plus amplement dans nos prochains développements. Ce caractère spécifique du droit des contrats islamique, qui s'oppose à celui du droit occidental, se justifie par la primauté de l'intérêt général sur celui des particuliers, d'une part, et par une conception différente de la notion de propriété, d'autre part. Selon la religion musulmane : « *tout ce qui est entre les cieux et la terre appartient à Dieu, l'homme n'est qu'un vice-gérant sur terre* ». Cette conception du droit de propriété dans la religion musulmane est différente de celle connue en droit français¹¹²⁵. Ainsi, l'article 544 du Code civil définit la propriété en lui attribuant trois critères : l'exclusivité, la perpétuité et l'absolutisme¹¹²⁶. Alors que de tels attributs sont absents dans la définition du droit musulman¹¹²⁷, car l'homme n'est qu'un simple vice-gérant sur terre. D'ailleurs, ce sont ces principes d'équivalence, d'équité et d'égalité qui fondent en quelque

¹¹²² Ch. chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, op. cit., p. 114.

¹¹²³ Cf. section 2 de la première partie, les fondements de la finance islamique

¹¹²⁴ Coran, *Sourate VII*, verset 25hw

¹¹²⁵ Cf. A. Diakhaté, M. Thiam, « Développement de la finance islamique au Sénégal », (à paraître L'Harmattan Sénégal).

¹¹²⁶ Civ. 1^{er}, 13 dec. 2005, *JCP. E.* 2006, 2743, note Lamoureux, *CCC* 2006 n° 35. « Droit de disposer de son bien » et libre accès du propriétaire à sa propriété.

¹¹²⁷ M. Thiam, « La fonction sociale du droit de propriété : le *waqf* », *Cahier du CDPC*, n° 9, p. 169 et s.

sorte la prohibition de la pratique d'intérêt, justifiée par l'idée d'inégalité dans la prise de participation des risques et du paiement de l'intérêt sans contrepartie calqué sur l'écoulement du temps appartenant à Dieu¹¹²⁸.

755. Dans le système islamique, la notion de propriété¹¹²⁹ occupe une place considérable dans le processus de formation et de l'exécution des contrats en droit musulman. Elle est une condition de validité¹¹³⁰, en plus d'être un moyen de protection.

B) La propriété gage de protection et outil de validité du contrat

756. Bien que la conception de la notion de propriété diffère au sein des deux systèmes, elle semble être une condition de validité du contrat dans les deux¹¹³¹. En effet, en droit musulman, il n'est pas permis de contracter sur une chose appartenant à autrui¹¹³². La notion de propriété est définie dans l'article 125 du *Majallat*, comme « *toute chose détenue par un être humain qu'il s'agisse d'une propriété particulière, ou de l'usufruit d'une propriété*¹¹³³ ». Les règles relatives à la propriété sont beaucoup plus rigides dans le système islamique, elles imposent aux vendeurs d'être propriétaires de la chose, objet de la vente, avant de procéder à la vente ou à toute transaction. Les centaines de contrats nommés en droit des affaires musulmanes sont presque tous soumis au régime du contrat de vente qui demeure le contrat de base en la matière. Ce point sera examiné de manière plus ample dans le paragraphe qui suit.

757. Cette propriété est rattachée à l'objet du contrat et les *fouhadas* (chefs religieux) recommandent son existence lors de la conclusion du contrat, cette exigence trouve ses fondements dans les conditions et les principes qui gouvernent la finance islamique, tels que

¹¹²⁸ M. Thiam, « Le temps dans le dénouement des opérations bancaires : l'exemple des banques islamiques », *Annuaire Droit et Religions*, D'Aix-Marseille, Tome 2, vol. 6, p. 560.

¹¹²⁹ Ch. J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op.cit.*, p. 42. Cf. G. Beauge, « Les enjeux de l'islam dans le champ économique », in *les capitaux de l'Islam*, Presses CNRS, 1999, p. 11-26

¹¹³⁰ A. Gayi, *Le droit musulman*, *op. cit.* p. 155. Le contractant doit être en possession de l'objet du contrat ou en avoir la permission de son possesseur.

¹¹³¹ L'article 1108 du Code civil « Le contrat n'est valable que s'il y a un objet formant « la matière de l'engagement » ; Cass. Com. 16 mai 2006, *Bull. Civ. IV*. n° 124 « Produits pharmaceutiques atteints de péremption entre l'offre d'achat et l'acceptation : la vente est dépourvue d'objet. »

¹¹³² S. Aldeeb, « Droit socio-économique : Biens en commun », in *Religion et droit dans les pays arabes*, *op. cit.*, p. 511.

¹¹³³ M. El Gamal, *op. cit.*, p. 65.

le *gharar* et le *riba*. Les jurisconsultes distinguent deux situations afin de respecter cette exigence : lorsque la prestation porte sur une obligation de faire, la problématique de l'existence de l'objet ne se pose pas, puisqu'elle exige l'existence de l'objet au moment de la délivrance du contrat¹¹³⁴. Dans l'hypothèse où l'objet de la prestation porte sur une obligation de donner, il doit exister au moment où l'acte se forme. Presque tous les auteurs sont unanimes sur ce point.

758. De plus, l'objet de la vente doit être existant au moment de la vente, ce qui pose le problème de la vente des choses futures. Cette forme de vente est formellement interdite en droit musulman, ainsi il est interdit de vendre un livre qui n'a pas été écrit et des fruits qui n'ont pas été cueillis. Un *hadith* du Prophète vient corroborer ces propos « *Un homme m'a demandé de lui vendre ce que je ne possédais pas, dois-je l'acheter au marché ? (sous-entendu : pour le lui vendre par la suite)* ». L'envoyé de Dieu lui répondit : « *Ne vends pas ce que tu n'as pas*¹¹³⁵ ». L'inexistence de l'objet est assimilée au *gharar* (aléa)¹¹³⁶. Outre l'existence du bien, le vendeur doit aussi être propriétaire du bien, bien qu'il semble paradoxal de parler de propriété en droit musulman, car selon le principe déjà soulevé : « *Tout ce qui est entre les cieux et la terre appartient à Dieu* ».

759. La notion de propriété demeure donc relative, cette exigence religieuse complique et rend coûteux les produits commercialisés dans les banques islamiques, car avant de louer ou de vendre le bien, il faut d'abord l'acheter. L'exemple du contrat de *moudaraba*, qui donne lieu à un double transfert de propriété¹¹³⁷, un double taxation, le rend plus onéreux en matière de frais et de coût de l'opération, surtout du point de vue fiscal. L'opération de crédit-bail, assimilée à l'*ijira* par certains, sera examinée plus amplement dans notre dernière section. L'*ijira* subit le même coût fiscal que celui de la *moudaraba*, puisque le crédit-bailleur est obligé d'acheter le bien avant de le mettre en location.

760. Cette exigence relative à la propriété vient renforcer le régime de protection du cocontractant, son respect est soumis à un contrôle du conseil religieux qui délivre une

¹¹³⁴ N. C.-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op.cit., p. 25

¹¹³⁵ Rapporté par Hakim bin Hazzan, cité par *Ibid*.

¹¹³⁶ *Ibid*.

¹¹³⁷ H. Alamin, « La *moudaraba* et ses applications contemporaines », *Jiddah, IRITI*, 2005, Arabie Saoudite, Banque islamique de développement, IIRF, 1994, p. 6.

certification confirmant le droit de la propriété¹¹³⁸. Ces conditions de formation du contrat peuvent être analysées comme un mode de protection du cocontractant qui dépasse les limites d'une telle protection pour venir perturber le principe de la liberté contractuelle.

761. La définition du contrat en droit des affaires musulman renvoie à un ensemble de règlements¹¹³⁹, contrairement à la conception du contrat en droit français qui met en avant la volonté des parties¹¹⁴⁰, celle du droit musulman s'attache plus aux règles religieuses. Ces règlements et ces déclarations constituent le socle du contrat islamique et remettent en cause le principe de la liberté contractuelle. En effet, la méconnaissance de la volonté des parties est le corollaire de la place secondaire du consentement comme condition de validité du contrat en droit des affaires musulman. Le consentement et l'intention (*Ridha*) sont presque absents de la sphère contractuelle islamique, car les contrats sont nommés et guidés par des règles religieuses. Cette connotation religieuse atteste de la suprématie de la *charia* sur la volonté ou l'intention des parties. Cependant, avant d'être un frein à la liberté contractuelle, ce principe se veut d'offrir un outil de protection des parties et une application des principes d'équivalence, d'équité voire de l'égalité des parties renforçant l'aspect éthique de cette finance¹¹⁴¹.

762. La volonté des parties peut être contraire aux principes qui gouvernent la *charia* islamique, les actes conclus en violation du consentement ne sont pas totalement nuls. En effet, les parties sont libres de contracter, mais pas d'organiser les effets de leurs contrats. Cet encadrement des contrats évite aux parties de réorganiser la relation contractuelle en posant des règles contraires à la loi islamique pouvant créer un déséquilibre entre les parties. Le maintien du principe de la liberté contractuelle peut faire disparaître non seulement le droit musulman, car « là où le droit musulman ne s'applique pas il n'y a plus d'Islam¹¹⁴² », mais éviterait aussi des prestations déséquilibrées ou inégales.

763. Le droit musulman n'étant pas isolé, il intègre en son sein des corpus de règles religieuses qui déterminent l'ensemble des dispositions contractuelles¹¹⁴³, ce qui exclut le

¹¹³⁸ F. Guéranger, *op. cit.*, p. 158. et s..

¹¹³⁹ Cf. Ch. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, *op. cit.*, p. 167 et s.

¹¹⁴⁰ L'article 1134 du Code civil

¹¹⁴¹ Cf. Ch. Cutaja, J. Lasserre Capdeville et M. Storck, *Finance et éthique*, Lamy 2013, p. 257.

¹¹⁴² David R., Janffret-Spinosi, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz, 2002. p. 349.

¹¹⁴³ F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op. cit.*, p. 47.

principe de la liberté contractuelle en mettant en place des règles éthiques qui substituent le principe de la liberté contractuelle.

764. Même si le consentement n'occupe pas une place principale dans la formation du contrat¹¹⁴⁴, son retour est symbolisé par la reconnaissance des vices pour sanctionner l'inobservance d'une condition du contrat. Les juristes distinguent les vices principaux et les vices secondaires, majeurs ou mineurs. Les premiers constituent un obstacle pour l'utilisation normale de la chose, ils donnent lieu à l'annulation de l'acte ; alors que les seconds sanctionnent la diminution du prix¹¹⁴⁵. La violence demeure le principal vice de consentement en droit musulman.

765. Il n'est pas facile de poser une théorie générale en droit des contrats, car il n'existe pas un droit musulman unitaire, les conceptions sont différentes d'un pays à un autre. Chaque école et courant de pensée islamiques disposent de leurs propres techniques et de moyens de raisonnement¹¹⁴⁶ différents qui englobent des régimes et des mécanismes opposés. Toutefois, les penseurs sont unanimes sur le fait que le contrat de vente demeure le modèle de base des autres contrats.

II) Le contrat de vente : modèle de base des contrats en droit musulman

766. Le contrat en droit musulman est la somme d'un ensemble de déclarations et non d'échanges de consentements¹¹⁴⁷. Cette spécificité du droit des contrats dans le système financier islamique pose un régime de droit des contrats fondé sur des règles religieuses et éthiques¹¹⁴⁸. L'étude du contrat de vente s'avère nécessaire à plus d'un titre, car il constitue le contrat de base, en plus d'être un contrat licite reconnu par la *sourate* 275 du Coran, qui précise que le commerce est licite mais l'intérêt ne l'est pas. Ce verset semble confirmer, selon nous, que le contrat de vente demeure le socle de ces produits qui régissent les banques islamiques.

¹¹⁴⁴ *Ibid*, « Selon l'auteur, le consentement mutuel n'est pas le fondement essentiel du contrat en droit islamique, au contraire de l'équilibre entre les parties et de l'accomplissement des engagements raisonnablement attendus de celles-ci ».

¹¹⁴⁵ N. C.-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, *op.cit.*, p. 83.

¹¹⁴⁶ W. Henry, *Droit musulman*, *op.cit.*, p. 22.

¹¹⁴⁷ F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op. cit.*, p. 60.

¹¹⁴⁸ N. J. Coulson, *Historique du droit islamique*, 1^e ed. PUF, Paris 1995, p. 145 et s.

767. Le contrat de vente est défini comme « *l'échange d'une chose à une autre ou une chose à un prix*¹¹⁴⁹ ». Cette définition confond le contrat de vente et le contrat d'échange tel qu'il existe en droit français. Le contrat de vente est défini en droit français, comme une convention par laquelle une partie s'engage à verser un prix et l'autre à livrer une chose¹¹⁵⁰. Le contrat se caractérise par l'échange d'une chose à une autre. Comparé à la définition du contrat de vente en droit musulman, nous voyons nettement que ce contrat de vente regroupe deux actes juridiques qui ont des régimes totalement différents. En l'occurrence, le contrat de vente et le contrat d'échange, la confusion des deux contrats se comprend dès lors que l'on met en avant la philosophie et l'évolution de la vente dans la pensée islamique. En effet, à côté du principe de l'équivalence, il y a le principe de la simultanéité¹¹⁵¹ exigeant que la livraison du bien, l'objet de la vente, doit se faire en même temps que le versement du prix de vente, ce qui constitue la vente parfaite ou au comptant.

768. La monnaie n'a pas toujours existé dans les transactions musulmanes, ce qui faisait que tous les actes de commerce se réalisaient sous forme de troc ou d'échange, la vente étant souvent assimilée à l'échange dans les sociétés musulmanes. Ces arguments sont doublement importants puisqu'ils font du prix une condition de validité du contrat, mais aussi de celle de l'existence de la chose, l'objet de ce contrat, essence même du contrat de vente. Ces deux éléments constituent les conditions de validité du contrat de vente (A), alors que la capacité et l'intention sont des conditions d'opposabilité (B).

A) Les conditions de validité

769. Au-delà du formalisme probatoire qui fait office de règles en droit musulman, la vente est soumise à d'autres règles telles que la livraison de la chose objet du contrat de vente (1) et le paiement du prix (2).

1) L'obligation de livraison de la marchandise

770. L'objet de la vente doit être licite au regard des règles religieuses, comme celle du respect du périmètre du *halal* et du *haram*. La règle qui impose l'existence de la chose vendue est le corollaire de l'obligation de livraison ; autrement dit, pour qu'il y ait livraison, il faut impérativement que le bien existe au moment de la conclusion du contrat. Cette condition

¹¹⁴⁹ F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, op.cit., p. 61

¹¹⁵⁰ Article 1583 du Code civil

¹¹⁵¹ A. Yagi, *Le droit musulman*, op.cit., p. 155.

marque le retour du principe de l'existence de la chose vendue, et la prohibition de la vente de choses futures. Les obligations ne pèsent pas seulement sur le vendeur. L'acheteur est aussi tenu de payer le prix de vente avant la livraison.

2) L'obligation de payer le prix

771. La définition du contrat de vente donnée par Monsieur Guéranger renvoie à la notion d'échange entre un bien et un prix¹¹⁵². Cette dernière fait du prix une condition de validité du contrat, car il ne peut pas y avoir de vente sans prix¹¹⁵³. Toutefois, certains courants de pensée acceptent une livraison retardée par le vendeur jusqu'au paiement complet à bonne date¹¹⁵⁴ ou encore la vente à crédit ou à terme.

772. Le mécanisme du contrat d'*istisna'a* et du *salam*, qui sera développé dans notre seconde section II, nous permettra d'illustrer cette dérogation relative au paiement du prix. En effet, dans ces produits la livraison du bien et le paiement du prix ne sont pas concomitants. Le prix est littéralement appelé « *Al thaman* », défini comme ce qui est nécessaire à la vente pour déterminer la valeur de la chose objet de la vente. Il peut s'exprimer sous des formes différentes : en nature ou en numéraire. Il est indispensable dans toutes les transactions et même dans certaines institutions comme le mariage (dot). Ce prix doit être manifestement existant et déterminé pour être valable, pour les échanges et les trocs le paiement se fait en nature, alors que dans la vente et l'achat, le prix s'exprime souvent en numéraire. De ce qui précède, nous voyons donc le caractère obligatoire du prix tant pour la validité du contrat de vente que pour la reconnaissance de certaines institutions comme le mariage. Cette exigence se justifie par les principes et les fondements de cette finance ainsi que ceux du droit des contrats islamiques, tels que l'équité, l'équivalence et la simultanéité. Tous ces principes contribuent à un traitement équitable de toutes les parties du contrat. Toutes les clauses visant à priver l'autre partie d'un avantage dans l'exercice de son droit d'action sont interdites¹¹⁵⁵. Le paiement du prix doit se faire au comptant et de manière simultanée.

773. Aujourd'hui, le principe du paiement au comptant semble être remis en cause, voire même relégué au second plan avec l'émergence de nouveaux types de produits donnant

¹¹⁵² ¹¹⁵² F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, op.cit., p. 61

¹¹⁵³ S. Jihed, *Le prix en droit musulman*, Thèse Lille 3, 2009, p. 28

¹¹⁵⁴ F. Guéranger, op. cit., p. 63

¹¹⁵⁵ M. Patel, « Les quatre principes du droit musulman des contrats », disponible sur : www.financeislamiquefrance.fr/archives

naissance à de nouveaux modes de règlement. Parmi ces produits nous pouvons citer le contrat de *salam*, qui applique des paiements différés. Ces derniers demeurent valables en Islam,, à condition que l'écoulement du temps ne soit pas facturé sous forme d'intérêt.

774. Cette évolution du droit musulman opérée par le contrat de vente est guidée par une volonté d'instaurer un droit bancaire conforme aux progrès sociaux¹¹⁵⁶. Une évolution soutenue par les rigoristes comme le Cheikh de l'université Al alzhar d'Égypte, confirmant que seule l'usure est interdite, et non pas l'intérêt. Selon ce courant doctrinal, cette évolution est nécessaire pour appuyer le commerce et l'économie¹¹⁵⁷. Cette conception de l'intérêt est identique à celle de la finance classique, car dans la législation française seule l'usure est prohibée¹¹⁵⁸. D'autres conditions moins rigoureuses du point de vue de la sanction sont ainsi posées.

B) Les conditions d'opposabilité du contrat de vente :

775. La vente fait partie des contrats nommés dans le système islamique, elle doit respecter nécessairement les règles posées par la *charia*. Les premières conditions sont sanctionnées sur le terrain de la nullité et d'autres par l'inopposabilité du contrat ou de l'acte, et malgré la réaction des *hanbalites* qui usent du consentement pour réaménager leurs clauses contractuelles à condition de ne pas transgresser l'ordre public et les bonnes mœurs¹¹⁵⁹. L'intention est considérée par la majeure partie des « oulémas », comme une condition d'opposabilité (1), comme de la capacité et du pouvoir (2).

1) L'intention ou le (*niya*)

776. En droit musulman, on ne distingue pas le consentement de l'intention. Ils sont employés comme des synonymes, or le consentement n'est pas une condition de validité du contrat en droit musulman, car les actes sont fondés sur la base des règlements qui dépassent

¹¹⁵⁶ Voir, M. Michael, *op. cit.*, 417 pages.

¹¹⁵⁷ Cf. S. Boustany, *L'établissement d'une banque islamique en France*, *op.cit.*, p. 43. et s.

¹¹⁵⁸ L. 313-1 du Code de la consommation « 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... Conseil du crédit ».

¹¹⁵⁹ Voir, S. Rayner, « The theory of contracts in islamic law, » *Revue internationale de Droit Comparé*, 1993, n°1, disponible sur www.persee.fr, 5^e éd. p. 309.

la volonté des parties. Étant un droit essentiellement objectif, les contrats présentés sont presque tous nommés, ils suivent l'esprit de la loi plutôt que la volonté des parties. Cette orientation fait du consentement du contractant une condition d'opposabilité, et non une validité reléguée au second plan¹¹⁶⁰. L'opinion contraire est posée par les *hanbalites*. Il s'agit, d'une condition d'opposabilité qui n'entraîne pas la nullité du contrat, mais seulement son inopposabilité envers les personnes n'ayant pas donné leur consentement à l'acte lors de la transaction. Cette même sanction semble être appliquée pour sanctionner d'autres conditions.

2) La capacité et le pouvoir

777. Elle peut être liée à l'âge ou au pouvoir d'agir d'un des contractants. L'Islam met en avant l'honnêteté dans la mise en œuvre des transactions, symbolisée par le principe de l'éthique posé dans la sourate IV dans son verset 29 : « *Ô croyant ne mangez pas mutuellement votre bien par esprit de fausseté, mais qu'il y ait seulement entre vous négoce consenti* ». L'âge n'est pas une condition de validité, d'autant plus que les personnes ayant des capacités réduites peuvent faire appel à un représentant, celui-ci défendra leur droit dans les actes de gestion ou d'administration. Il est nécessaire de voir l'influence du contrat dans le processus d'élaboration des produits bancaires islamiques qui fonctionnent selon des règles de l'intérêt, dont le contrat de base est le support fondamental.

Paragraphe II) Le contrat de vente : support pour l'émergence d'un droit bancaire islamique

778. Le système financier islamique se démarque du modèle classique principalement par le mécanisme de la prohibition de l'intérêt. Ce faisant, la banque islamique fonctionne selon un mode de rémunération différent de celui de la finance conventionnelle. Elle fait appel à d'autres techniques de répartition des risques et profits. Cette différence de fonctionnement se mesure sur les produits qu'elle met en place.

779. La reconnaissance de l'activité bancaire islamique nécessite le respect du principe d'intermédiation qui se fait par le contournement ou l'alternative basée sur le contrat de vente qui est le support de l'ensemble des produits utilisés.

¹¹⁶⁰ Cf. F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, op. cit., p. 60.

780. Il serait utile d'exposer les caractéristiques du contrat de vente (I), afin de présenter les services et produits commercialisés dans les banques islamiques sous forme de contrats (II).

I) Les caractéristiques du contrat de vente en droit musulman

781. L'étude du contrat de vente est primordiale pour comprendre le fonctionnement de l'industrie islamique, en ce sens que l'ensemble des produits et des contrats commercialisés dans les banques islamiques ont pour socle ce contrat. Le recours à ce contrat est fait pour contourner l'interdiction de l'intérêt. Ce contrat est un contrat nommé (A), avant d'être un contrat préparatoire (B).

A) Le contrat de vente, un contrat nommé

782. Le droit musulman des affaires pose une trentaine de contrats nommés qui organisent le mode de fonctionnement des affaires islamiques. Tout contrat qui ne figure pas dans cette catégorie prévue par la *charia* sera contraire à la loi islamique et exclu de la sphère contractuelle. Le contrat de vente, en plus du fait qu'il est un contrat nommé et légitimé sur le fondement du verset 275 du Coran « *le commerce est licite, mais l'intérêt est interdit* », est en même temps considéré comme le support de l'ensemble des produits, d'où la qualification de la théorie générale du droit des contrats ; autrement dit, tous les contrats doivent s'inspirer de ce modèle pour être valables et reconnus. La finance islamique n'a pas dérogé à ce principe, car tous les contrats ou produits¹¹⁶¹ utilisés dans le système islamique font appel à ce type de contrat pour contourner l'interdiction de l'intérêt permettant la mise en place de produits alternatifs.

B) Le contrat de vente, un contrat préparatoire

783. La propriété est une condition pour la formation du contrat en droit musulman¹¹⁶². Le vendeur est tenu d'acquérir l'objet du contrat avant de procéder à la vente¹¹⁶³ ou à location. Le principe des partages des profits et des pertes est l'alternative ou le substitut de l'intérêt dans la finance islamique. Sa mise en œuvre nécessite des produits spécifiques qui font appel à un contrat de vente préalable à la formation du contrat principal. Il en est ainsi du contrat *ijira* ou

¹¹⁶¹ *Murabaha, moudaraba et ijira.*

¹¹⁶² F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, op. cit., p. 67, la propriété est un don de Dieu...

¹¹⁶³ A. Yagi, *Le droit musulman*, op.cit., p. 157.

moudaraba qui est un des modes de financement islamiques basés sur le mécanisme du contrat de vente.

784. Nous voyons que le contrat de vente joue un rôle purement préparatoire, permettant de poser les mécanismes du contrat principal dans les banques islamiques. Ces contrats seront étudiés avec plus de précisions et plus amplement dans la section qui traitera de la présentation des produits dans les banques islamiques.

785. La prise en compte du contrat de vente comme modèle, sans méconnaître son rôle préparatoire, permet d'élaborer des contrats principaux. Il est à noter que le but de cette section n'est pas d'étudier le droit des contrats, mais de poser les jalons pour l'ensemble de ces produits, une fois introduits en droit français. Ce droit est variable en plus d'être casuistique¹¹⁶⁴. De plus, il n'existe pas un droit des contrats uniforme¹¹⁶⁵, cette diversité constitue un obstacle pour le développement et l'avancée de cette finance.

786. Nous pouvons souligner l'absence d'un droit des contrats uniforme dans le système islamique. Il est quand même important de remarquer que les conditions posées pour la validité du contrat de vente présentent beaucoup de similitude avec les règles du droit des contrats français, notamment celles relatives à l'existence de l'objet du contrat de vente, du prix et de la délivrance de la marchandise. Ces ressemblances nous font croire à la réception imminente d'une banque islamique en France. C'est ce contrat qui est le support de l'ensemble des produits voire certains services bancaires.

II) Les contrats dans les banques islamiques:

787. Tout le fonctionnement du système bancaire, qu'il s'agisse du modèle occidental ou islamique, banques d'affaires ou commerciales, se fonde sur un ensemble de contrats souvent appelés produits bancaires. La mission commune d'intermédiation dans les deux systèmes leur permet d'avoir des produits et services bancaires presque similaires. Au-delà de leurs différences, le système islamique use du principe de partage des profits et des pertes pour rémunérer le capital¹¹⁶⁶, alors que le système classique se contente de l'intérêt pour faire face aux risques bancaires.

¹¹⁶⁴ N. C.-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op. cit., p. 68.

¹¹⁶⁵ H. Wael, *Droit musulman*, op. cit., p. 22.

¹¹⁶⁶ O. Pastré, K. Gecheva, « La finance islamique à la croisée des chemins », *Revue d'économie financière*, n° 92, juin 2008, p. 203.

788. Les deux systèmes utilisent presque les mêmes produits, mais avec des terminologies différentes, en utilisant presque les mêmes procédés financiers, seul le mode de rémunération les différencie. Cette similitude va jouer son influence en phase de qualification de ces produits islamiques. Si le droit français semble être apte et ouvert pour accueillir les banques islamiques, ce qui permettra d'appliquer les clauses des ordres religieux prévues dans le contrat par les parties pour le dénouement des opérations de banque¹¹⁶⁷, il reste à définir le régime juridique de ces contrats au vu des normes françaises. Les autorités financières et politiques ont manqué l'occasion de se prononcer sur le statut juridique du comité religieux, ce dernier validant et homologuant les produits commercialisés dans les banques dites islamiques¹¹⁶⁸.

789. Ce manque réapparaît sur le plan contractuel, car les contrats en droit musulman obéissent à une réalité totalement différente de celle qui gouverne le droit des contrats classiques¹¹⁶⁹. Cette opposition est relativisée par certains auteurs¹¹⁷⁰ sur le fondement des principes communs aux systèmes souvent confondus¹¹⁷¹. Cette juxtaposition qui semble être erronée, selon nous, du point de vue juridique, ne sera que passagère puisque l'opposition resurgit dans la phase de qualification de ces contrats.

790. D'éminents juristes¹¹⁷² français se sont contentés de limiter leurs analyses en juxtaposant certains produits islamiques à des contrats issus du droit français. Ces derniers l'ont peut-être fait soit par méconnaissance du droit musulman, soit dans le but de laisser ce contentieux aux spécialistes une fois l'implantation opérée des banques islamiques en France. Si ces produits semblent avoir des similitudes dans la pratique, ils sont loin d'avoir les mêmes effets juridiques. Cette différence sera découverte dans la phase pratique de l'instauration des banques islamiques en France. Ainsi, le crédit-bail est assimilé à

¹¹⁶⁷ O. Rochdahou, « La réception de la finance islamique en France », *Revue Banque*, n° 759, avril 2013, p. 61.

¹¹⁶⁸ A. Mirakhor, « Muslim scholars and the history of Economic », *Monograph Series, Islamabad, Intern. Inst. of Islamic Economic*, 1986; V. aussi S. Rayner, « The theory of contacts in islamic law », 5^e éd. *Revue internationale de droit comparé*, 1993, n° 1, p. 308-310.

¹¹⁶⁹ A. Dahman Ben, « Le droit musulman fondement d'une finance alternative reposant sur l'économie réelle et le partage du risque », in *La finance islamique : l'autre finance*, *op. cit.*, p. 71.

¹¹⁷⁰ G. Saint Marc.

¹¹⁷¹ Les interdictions de l'intérêt et de l'usure ; aléa *gharar* ; bonnes mœurs *halal* et *haram*

¹¹⁷² G. S. Marc, avocat ; I. Zeyyad Cekici ; F. Bourabiat ...

l'ijira ; la *moudaraba* à la société conformément à l'article 1832 du Code civil, le *salam* est associé à la vente à crédit et le *takaful* à l'assurance conventionnelle¹¹⁷³.

791. L'étude de ces qualifications se fera sous l'angle des différents modèles bancaires qui existent au sein de l'organisation des banques islamiques. D'un côté, il y a les banques d'affaires, qui apportent le financement et qui accompagnent les entreprises et, de l'autre, il y a les banques de détail qui coopèrent avec les particuliers dans la gestion de leurs comptes et l'octroi d'un crédit à la consommation. Après avoir analysé les moyens de financement dans les banques (A), nous allons voir les moyens de paiement et de crédit (B).

A) Les moyens de financement dans les banques islamiques

792. L'étude des moyens et des techniques de financement dans les banques islamiques permet de répondre à cette interrogation qui revient souvent à chaque fois que l'on évoque le concept des banques islamiques : Peut-on promouvoir une activité bancaire sans percevoir d'intérêts ? L'examen de ces techniques contribue à clarifier cette problématique et à apporter des réponses.

793. L'étude nous permet d'analyser la diversité des modèles bancaires islamiques, avant de voir ses moyens et ses outils de financement qui seront étudiés en fonction du modèle bancaire qui les commercialise. Cela nécessite un exposé des différents modèles de banques islamiques (1), avant de voir les banques islamiques dans le monde (2).

1) Les différents modèles de banques islamiques

794. La banque islamique peut être définie comme « *un nouveau système financier dont la conceptualisation se construit autour d'une subtile conjugaison entre l'économie, l'éthique et le droit des affaires musulman. Ses finalités rentrent dans la volonté de faire en sorte que les produits financiers soient compatibles avec les principes juridico-éthiques de l'Islam* »¹¹⁷⁴. Cette définition de Monsieur Oul Saas n'opère pas de distinction entre les banques islamiques, mais en analysant plus amplement les produits nous pouvons en déduire

¹¹⁷³ J.-S Kaouther, *La finance islamique*, La découverte, 2012, p. 74 et s.

¹¹⁷⁴ M. Béchir Ould Sass, Rapport *IFAAS*, 2011, disponible sur le site www.ifaas.fr/profil.p. V. aussi, Rapport de l'évolution de la banque islamique en France, « Le concept islamique », in *La banque islamique bientôt en France*, disponible www.labanqueislamique.fr/le%20islamique.htm Il n'existe pas de définition unique de la finance islamique, mais ce terme est aujourd'hui largement utilisé pour désigner les activités financières et commerciales qui respectent les principes du droit et de la jurisprudence islamique, plus communément désignés sous le vocable *charia*. Le respect de tels principes permet ainsi d'investir et de réaliser des profits en conformité avec les règles du droit musulman.

deux catégories de banques. Les unes, centrées sur le financement et le conseil des entreprises, dites banques d'affaires ou d'investissement. Les autres qui coopèrent avec les particuliers sont connues sous le vocable de banque commerciale ou de détail¹¹⁷⁵. Ce sont ces dernières qui nous intéressent plus dans ce paragraphe, car nous tentons de voir l'intérêt de cette banque pour les particuliers.

795. Appelées souvent banques de détail¹¹⁷⁶ de par leur forme et l'orientation de leur activité, elles se limitent à l'octroi de crédit et la gestion des moyens de paiement et des crédits aux particuliers, en d'autres termes la fonction classique d'une banque qui est celle d'intermédiation se justifiant par l'opération de banque consistant à la réception des fonds du public¹¹⁷⁷. Cette mission leur permet d'avoir une place considérable dans le monde.

2) Les banques islamiques dans le monde

796. Les demandes des clients varient d'une banque à une autre, d'une zone géographique à une autre¹¹⁷⁸, d'un client à un autre, en tenant compte du coût du produit proposé par la banque et des besoins du client. La demande de la population musulmane installée en France est plus intéressée par la banque de détail que par les banques d'investissement, car elle est différente de la population musulmane londonienne détenant des fonds gigantesques provenant des pays du Golfe. La population musulmane, en France, est d'origine africaine et ne s'intéresse qu'aux banques de détail.

797. L'installation des banques islamiques, en France, se fonde sur un argument relatif à la population musulmane, qui reste la plus forte en Europe avec presque six millions de musulmans. Ces derniers formulent des demandes pour le financement d'un bien immobilier et des conventions de comptes bancaires conformes à leur conviction religieuse et non pas des banques où ils placeront leurs fonds. De telles demandes relèvent de la compétence des

¹¹⁷⁵ A. David, « Banque de financement d'investissement. La satisfaction client : enjeu d'après-crise, *Revue banque*, février 2010, n° 721, p. 63.

¹¹⁷⁶ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, ed. d'Organisation, 2003, p.87, l'exemple de *l'Islamic Bank of Bahrain*.

¹¹⁷⁷ L.312-2 du Code monétaire et financier « sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer. »

¹¹⁷⁸ J.U. Alonso, A. Coispel, « Finance islamique. Quelle possibilité de développement en Espagne ? », *Revue Banque*, février 2009, n° 710, p. 70 ; V. aussi A. Mirakhor, Z. Iqbal, *Islamic Banking, International Monetary fund, Occasional Paper*, Washington DC, 1987, n° 49.

banques de détail, car les musulmans qui vivent en Angleterre sont originaires des pays du Moyen-Orient et du Golfe, contrairement aux musulmans de France, d'origine africaine, dans ces pays où la finance islamique a une avancée moindre, pour ne pas dire inexistante¹¹⁷⁹.

798. Aujourd'hui, la volonté des autorités françaises ne semble pas être un projet de banques de détail, mais elle est plutôt tournée vers les banques d'investissement répondant plus à leurs préoccupations et à leurs politiques économiques¹¹⁸⁰. L'intérêt pour la France est de drainer des fonds provenant des pays du Moyen-Orient, afin de concurrencer la place financière de Londres qui avait profité de cette manne financière, depuis les années 2004, pour le redressement de son économie. Aujourd'hui, les Anglais abritent sur leur territoire plus de quatre banques qui fonctionnent selon le respect strict des règles religieuses¹¹⁸¹.

799. Cette volonté manifestée par les autorités françaises est contraire aux envies prônées par les musulmans de France, car cette population est majoritairement intéressée par des banques de détail, or les autorités tentent de mettre en place une banque d'investissement. Ce constat nous permet de critiquer l'argument de la population comme un outil efficace pour l'implantation des banques islamiques en France. Peut-être que l'étude des moyens de paiement et de crédit dans le système islamique pourra renverser cette tendance prônée par les autorités.

B) Les moyens de paiements et de crédit

800. La double qualité de gérant de fonds d'autrui et de mandataire du banquier, impose à respecter certaines obligations, notamment celle de restitution et de sécurité, parmi tant d'autres. Nous n'allons pas revenir sur les mécanismes et le régime de cette obligation qui ont déjà fait l'objet d'une étude dans notre précédente section. Toutefois, nous allons nous interroger sur les moyens et les services qui permettent au banquier d'exécuter cette obligation de restitution. Elle s'opère par le biais de services et outils mis à la disposition du client déposant, tels que les cartes bancaires (1) sur support de comptes bancaires (2.)

¹¹⁷⁹ Cf. D. Seck, M. Thiam « La problématique de la finance islamique au Sénégal ; approche juridique sociologique et religieuse », In *Les Cahiers de la finance islamique* n Spécial janvier 2013

¹¹⁸⁰ Toutes les réformes entreprises sont orientées dans ce domaine : les *sukuk* avec les OPCVM, les niches fiscales...

¹¹⁸¹ Y. Oukid, *Projet d'une banque islamique en France et principe de laïcité*, mémoire Perpignan, 2010, p. 26 et s.

1) Les cartes bancaires et les comptes

801. Elles sont appelées aussi cartes de crédit, appellation contraire aux principes et aux fondements des banques islamiques qui prohibent la pratique d'intérêt. La carte de crédit, au sens classique du terme, renvoie à un mode d'octroi de crédits qui génère des intérêts¹¹⁸². En application de l'article L. 311-17 du Code de la consommation, lorsqu'une carte de paiement est émise par un établissement de crédit, elle est associée à la fois à un compte de dépôt et à un crédit renouvelable, l'utilisation du crédit doit résulter de la volonté expresse du consommateur¹¹⁸³. Toutefois, si on prend en compte les commissions et les frais de gestion de compte connus dans le système islamique, l'utilisation des cartes bancaires reste légale et légitime au regard de la *charia*. L'application du mécanisme de la *moudaraba* dans la gestion des cartes bancaires islamiques atténue la distinction et semble légitimer cet instrument du seul fait d'appliquer le principe de partage des profits et des pertes en lieu et place de l'intérêt. Les comptes bancaires doivent être préalables à la carte elle-même pour permettre au déposant de pouvoir récupérer son dépôt. La *Chaabi bank*, présente en France depuis juin 2011, propose des cartes à des prix variés : visa *infinite* à trois cents euros, visa premier à cent vingt-deux euros, carte visa internationale trente-deux euros, ou encore carte électron vingt-trois euros¹¹⁸⁴.

802. Les banques islamiques vont faire appel aux mêmes procédés utilisés dans les opérations de crédit pour contourner l'interdiction du *riba* et légitimer les intérêts débiteurs ou les agios dus à l'utilisation des cartes bancaires.

803. On distingue trois types de comptes : les comptes de dépôts, comptes d'épargne et comptes dits participatifs¹¹⁸⁵. Certains de ces comptes sont rémunérés et d'autres ne le sont pas¹¹⁸⁶. Cette rémunération se fait sur le fondement du *mourabaha*. Le dépôt est considéré, selon nous, comme un octroi de crédit que le client met à la disposition du banquier lui

¹¹⁸² Ch.J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op.cit.*, p. 41.

¹¹⁸³ Boccara « La nouvelle réglementation des cartes de crédit », *Droit et patrimoine*, oct. 2010., 60

¹¹⁸⁴ V. Catalogue, Des conditions et tarifs disponible sur le site www.chaabibank.fr, consulté le 11 décembre 2011.

¹¹⁸⁵ F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op.cit.*, p. 88.

¹¹⁸⁶ I. Faik, « Actualité du contrat : Approche pluridisciplinaire », *Revue Droit et entreprise*, Marrakech, n° 51, 2009, p. 101.

permettant de faire des prêts. Dès lors, si le banquier versait une rémunération sur le fondement du seul fait de l'écoulement du temps, il violerait les règles religieuses et cette rémunération serait considérée comme du *riba* ¹¹⁸⁷ et rendrait illicite l'opération en question. C'est pour cette raison que les comptes rémunérés ont emprunté les mécanismes de la *moudaraba* afin de contourner l'interdit, et de permettre, par la même occasion, la légalisation des intérêts sur le plan religieux ¹¹⁸⁸.

804. S'agissant des comptes participatifs ou des comptes d'investissement, ils sont structurés sous forme de dépôt risqué, puisque les pertes de l'investissement seront imputées du montant de l'épargne. Le dépôt participatif peut être général ou spécial, le déposant investit son épargne dans n'importe quel domaine ou secteur. La seule limite est le respect des conditions posées par les règles islamiques du droit des contrats, le licite et illicite, « le *halal* et le *haram* » dans le dépôt spécial ¹¹⁸⁹. Ce qui le renvoie au mécanisme du prêt affectation en droit classique, en imposant au déposant d'indiquer la destination des fonds au moment de l'ouverture du compte. Les comptes d'épargne sont différents de ceux des banques classiques, en ce sens où le client ne reçoit pas d'intérêt. Ce qui est conforme aux règles qui régissent le fonctionnement de l'industrie de la finance islamique. Ces comptes sont limités en ce qui concerne leur retrait et leur périodicité ¹¹⁹⁰.

805. L'une des innovations majeures dans ces types de comptes islamiques est le compte de services social (fonds *Zakat*), son instauration s'explique par la fonction sociale de la banque islamique imposant la gestion de la *zakat*. Une fonction absente dans le système conventionnel qui ne connaît pas de pareil service dans son mode de fonctionnement. Ce

¹¹⁸⁷ G. Causse-Broquet, *Les banques islamiques, op. cit.*, p. 80 ; V. aussi R. Morck, M. Nakamura, *Bank and corporate governance in Canada*, 1995.

¹¹⁸⁸ Cf. M. Mohammed Hassan, *Les contrats de la Shari' a dans les pratiques financières : la mourabaha, la moudaraba, étude comparée*, Université du Koweït, 1997.

¹¹⁸⁹ *Ibid.*, « l'AAOIFI, distingue deux sous-comptes : les comptes d'investissement restreint, en investissant dans de tels comptes, le client impose des restrictions sur la manière dont son argent va être réinvesti. Par exemple, il peut interdire à la banque de placer la somme dans des transactions sans garantie, dans d'autres fonds, les montants déposés dans ce compte ne peuvent pas être mélangés avec d'autres fonds. Les comptes d'investissement non restreint, le client laisse une totale liberté à la banque sur l'emploi de ses fonds, qui peuvent être combinés avec les propres ressources des banques... »

¹¹⁹⁰ V. Wilson, « Modern Islamic banking Islamic business theory and paratactic », *special report*, n° 221, EIU, 1985 U.K, p. 8-11.

compte permet aux personnes qui sont dans le besoin d'obtenir le soutien de la banque sans recourir à des prêts à intérêt.

806. La mission gestion des moyens de paiement et de crédit se limite à la mise à disposition des comptes bancaires et des cartes de crédit. L'octroi de crédit s'effectue à travers le mécanisme du crédit sous forme de contrat de prêt.

2) Le contrat de prêt :

807. Le contrat de prêt est au cœur du droit bancaire et de l'activité de la banque, qu'il soit classique ou islamique. Il est souvent assimilé au contrat de crédit. Existe-t-il une différence entre crédit et prêt ? L'intérêt est-il la condition de validité du contrat de prêt ? Si tel est le cas, le contrat de prêt en droit musulman serait frappé de nullité au regard du droit français. Les dispositions du Code monétaire et financier font de la rémunération un élément essentiel de l'opération de crédit¹¹⁹¹. Toutefois, cette disposition n'indique pas la forme de rémunération, ce qui nous laisse penser que la forme est libre. Le prêt civil prévu dans les dispositions de l'article 1905 du Code civil est par essence gratuit, la stipulation de l'intérêt n'est que l'exception. Pourtant, le crédit à taux zéro et les prêts gratuits sont proposés dans le système bancaire classique, mais ces opérations sont-elles vraiment gratuites ? Elles peuvent l'être pour l'emprunteur mais non pas pour le prêteur car le plus souvent les intérêts sont supportés soit par l'Etat sous forme de subvention soit par le vendeur lui-même souhaitant liquider certains produits. Le contrat de prêt dans le système islamique, appelé *qard hassan* renvoie au crédit gratuit et symbolise la solidarité au sein de la communauté musulmane¹¹⁹². Cette gratuité du prêt est matérialisée par l'absence d'intérêt. Mais l'emprunteur est tenu de payer des commissions qui peuvent être plus importantes que les intérêts dans le système occidental¹¹⁹³. Or, si l'on prend en compte de la définition du Code monétaire et financier sur la notion de crédit, dans son article L.313-1, le législateur met en avant le caractère onéreux pour déterminer l'opération de crédit, il ne précise pas la forme de cette rémunération¹¹⁹⁴. Ce qui nous permet de dire que les commissions versées par le client dans le cadre du prêt peuvent être qualifiées d'intérêt, permettant également de qualifier de crédit le prêt en droit

¹¹⁹¹ L. 313-1 du Code monétaire et financier « L'acte par lequel (...) une personne agissant à titre onéreux... »

¹¹⁹² A. Yagi, *Droit musulman*, Publisud, Paris, 2004, p. 171.

¹¹⁹³ J. L. Rives-Lange, Contanime-Raynaud, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 6^e ed. 1995, n° 389, p. 387.

¹¹⁹⁴ Ch. J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op.cit.*, p. 41.

musulman puisqu'il est rémunéré au même titre que le crédit dans le système classique. Nous n'allons pas revenir sur les conditions de formation des contrats en droit musulman qui dérogent au droit des contrats classiques. Le contrat de prêt dans les banques islamiques peut être plus coûteux¹¹⁹⁵ que celui proposé par certaines banques occidentales. Contrairement au système classique, dans lequel le TEG englobe l'ensemble des charges et assurances liées à l'opération, il est composé du montant des intérêts, loyer d'argent, de tous les frais financiers pour obtenir le crédit, commission et autres rémunérations, même s'ils sont versés à un tiers¹¹⁹⁶. Le prime d'assurance n'y est incluse que si l'assurance est imposée par le prêteur, c'est-à-dire si elle conditionne l'obtention du prêt¹¹⁹⁷. Cette intention du législateur d'en faire un taux tout compris se justifie, d'une part, pour contrôler le taux usuraire et, de l'autre, de savoir la somme supportée par l'emprunteur¹¹⁹⁸. Dans les banques islamiques, les commissions sont perçues en plus de l'application du principe de partage des profits et des pertes, en plus du surplus dû à la mise en place de mécanismes et de procédés qui dérogent et alourdissent le coup fiscal de ces contrats. Mieux encore, toutes les opérations proposées dans les banques islamiques sont soumises à un double transfert de propriété, double droit de mutation donnant naissance à d'importantes taxes fiscales¹¹⁹⁹. Les banques commerciales se démarquent des banques d'investissement au niveau des services et des produits proposés.

808. Ces contrats donnent naissance à des obligations, celles-ci pèsent tant sur le banquier que sur le client, ce qui nous conduit à l'examen du droit des obligations, afin d'en déduire les obligations du banquier islamique.

¹¹⁹⁵ Ch. J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op.cit.*, p. 42. Selon l'auteur, la rémunération dans les banques islamiques se fait moyennant le paiement d'une commission basée le plus souvent sur un taux d'intérêt inter-bancaire majoré d'une certaine marge.

¹¹⁹⁶ Cass. Civ. 1^{er}, 16 jan. 2013, D. 2013, p. 890. Note J. L. Capdeville

¹¹⁹⁷ Cass. 1^{er} Civ. 23 nov. 2004, n° 02-13.206, *JCP. 2005*, IV, 1013.

¹¹⁹⁸ Paris, 15^e ch. B., 18 nov. 2005, n° 28.9816.

¹¹⁹⁹ Cette double taxation s'est vu levée dans certaines opérations comme les *sukuk* et le *moudaraba*, cf. les fiches de l'administration fiscale, 2009, *op.cit.*, p. 3.

Section II : Le droit des obligations en droit musulman des affaires

809. L'étude du droit des obligations est aussi importante que celle du droit des contrats. La nécessité d'étudier le droit des contrats se justifie sur le fondement du contrat de prêt ou de crédit qui demeure l'outil juridique par lequel le banquier exerce son activité d'intermédiation¹²⁰⁰. Cette mission fait de l'opération de prêt un des outils essentiels du système bancaire. L'examen du droit des obligations est aussi important ; d'une part, il permet de renforcer le but de la *charia* en protégeant le contractant contre l'insertion de clauses déséquilibrées qui l'empêcheraient d'exercer sa volonté contractuelle, d'autre part, en tant que professionnel du crédit, le banquier sera tenu à des obligations tant principales que secondaires¹²⁰¹.

810. L'examen des obligations en droit musulman est primordial, tant au regard du caractère empirique de ce droit que de la place des règles de l'éthique dans le système religieux, posant des obligations divines à côté des exigences réglementaires et professionnelles. Ces règles caractérisent la spécificité de ce droit face à au droit français des obligations, en dépit de l'existence des obligations naturelles en droit français. En effet, dans l'obligation naturelle, le créancier ne peut pas exiger du débiteur qu'il l'exécute, de ce point de vue l'obligation est sans sanction¹²⁰². Or, la violation d'une obligation divine est sanctionnée dans l'au-delà. L'étude des obligations divines (§I) nous permet de mieux comprendre la notion d'obligation en droit musulman en général et celle du banquier en particulier, avant de s'intéresser aux obligations contractuelles (§II).

¹²⁰⁰ Ph. Neau-Leduc, *Droit bancaire*, 4^e éd. Dalloz, 2010,, p. 224.

¹²⁰¹ J. Attard, *Le contrat de prêt d'argent : un contrat unilatéral ou un contrat synallagmatique ?*, Presses Universitaires d'Aix en Provence, 1999, p. 78. et s.

¹²⁰² M. Julienne , « Obligations naturelles et obligation civile », *D.* 2009. 1709 : l'auteur estime que ces deux obligations sont distinctes, elles ne sauraient être assimilées : « En somme l'obligation naturelle n'est rien d'autre qu'un sentiment »

Paragraphe I : Les obligations divines :

811. Le droit musulman se fonde essentiellement sur des règles religieuses ; à cet effet, le croyant est tenu de respecter toute une série de règles qui sont formulées sous forme d'obligations. Leur violation, ou leur non-respect, sera sanctionnée dans l'au-delà¹²⁰³. C'est cette sanction qui le différencie de l'inexécution contractuelle en droit français qui se voit sanctionnée par le juge ou par l'application de clauses pénales prévues dans le contrat¹²⁰⁴. L'étude de ces obligations permet une meilleure compréhension des obligations islamiques, au sens général du terme. Elles n'auront pas une influence notable sur les transactions islamiques, mais leurs connaissances nous permettent de poser les jalons d'une théorie de l'obligation contractuelle musulmane. Elles sont subdivisées en deux catégories, d'un côté les obligations indirectes (I), de l'autre les obligations directes (II)

I) L'obligation indirecte

812. Par obligation indirecte, nous faisons allusion aux recommandations divines que le croyant est tenu de respecter dans son rapport avec autrui. La seule et unique obligation est celle de verser l'aumône ou la « *zakat* », qui consiste à verser un montant équivalent à 2,5 % de son avoir annuel au profit des pauvres¹²⁰⁵. En Islam, la charité est obligatoire à travers un impôt solidaire¹²⁰⁶. Il constitue un moyen d'aider les pauvres et de contribuer à l'idée de solidarité véhiculée par les principes de cette finance. Cette obligation renforce le principe de l'équité qui règne dans la communauté musulmane¹²⁰⁷.

813. Le croyant s'acquitte de cette obligation ou de ce devoir religieux envers son prochain. Il attend à son tour une récompense venant de son Seigneur, d'où l'appellation d'obligation indirecte. La *zakat* est devenue une obligation religieuse dont la première finalité est de manifester son attachement à Dieu en accomplissant cet acte. Elle est également un devoir financier portant sur la richesse des biens et un devoir solidaire. De par son caractère, elle a

¹²⁰³ E. Dehoux, « Le silence du diable : définition de la norme dans l'au-delà et exaltation de la grâce » : In *La religiosité du droit*, Presses universitaires de Limoges, 2013, p. 69. et s

¹²⁰⁴ Article 1147 du Code civil « Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages d'intérêt ... » ; Cass. 3^e Civ., 3 déc. 2003, *RDC*, 2004, p. 280, obs. Stoffel-Munk.

¹²⁰⁵ S. Aldeeb, « Droit socio-économique : *Zakat* et impôts », in *Religion et droit dans les pays arabes*, op. cit ; p. 473-474

¹²⁰⁶ *Zakat* : un outil éthique et financier d'entraide

¹²⁰⁷ Cf. Colloque sur la *Zakat* et la banque islamique, Strasbourg, 26 mai 2012. (à paraître dans les *Cahiers de la finance islamique*)

pour objectif de réaliser l'équilibre et la justice sociale en amenant une circulation des biens vers les populations les plus démunies. Nous verrons la *zakat* comme un outil de solidarité (A) et comme un moyen de rattachement (B).

A) La *zakat* comme outil de solidarité

814. La solidarité est au cœur de l'activité bancaire. Elle est symbolisée par le principe de partage des profits et des pertes qui est un pilier de cette industrie. En Islam, la charité est obligatoire, elle s'effectue à travers l'impôt obligatoire dite la *zakat*. Dans les États entièrement islamisés, la *zakat* est qualifiée d'impôt et sa gestion est confiée à l'administration des impôts.

815. En France, aussi, l'impôt est un signe de solidarité, ainsi la qualification d'impôt atteste l'idée de solidarité. Toutefois, elle diffère de l'impôt, car la *zakat* n'est soumise qu'aux musulmans, alors que seuls certains individus ayant gagné une certaine somme seront soumis à l'impôt sur les revenus¹²⁰⁸. Dans d'autres États¹²⁰⁹, elle est considérée comme une aumône obligatoire pour tout musulman, mais la question du lieu de son recouvrement pose un problème. Normalement, ce sont les banques islamiques qui devraient s'occuper de sa collecte par le biais des conseils de *zakat*. Elle comporte une dimension de redistribution, en plus de cette connotation spirituelle qui tire son fondement dans cette sourate « *l'adoration de Dieu par le moyen des biens comme la prière est l'adoration de Dieu par le corps*¹²¹⁰ ».

816. Avec sa dimension solidaire, elle vise à anéantir cette différence qui existe au sein des musulmans, notamment entre les riches et les pauvres. Il existe deux types de *zakat* : la *zakat al fikr*, elle est exigée à la fin du ramadan et la *zakat el-mal*, elle est calculée en fonction des revenus et doit être acquittée annuellement.

B) La *zakat* comme un outil financier et éthique

817. Le premier sens du mot *zakat* est purification, elle est définie comme aumône de purification obligatoire. Les sources islamiques reviennent sur le sens de la purification :

¹²⁰⁸ I. Cekici, la conférence sur la *zakat* tenue à l'école de management de Strasbourg en mai 2012, cité par S. Hazoug, « De quelques aspects éthiques de la finance islamique », *op. cit.*, p. 268

¹²⁰⁹ Cf. Le fonds sénégalais, créé en 2009, actuellement il y a 87 bénéficiaires sur 176 demandes. Dernièrement un montant de 10 mille CFA est fixé pour venir en aide à la population lors des inondations d'août 2012.

¹²¹⁰ Coran, *Sourate II*, verset 43

« *Qui donne ses biens pour se purifier*¹²¹¹ ». Du point de vue financier, on peut définir la *zakat* comme « *un devoir islamique établi sous forme d'un prélèvement à effectuer sur des richesses particulières en faveur de catégories sociales particulières*¹²¹² ». C'est un devoir financièrement imposé aux riches afin de satisfaire les plus démunis. C'est ce qui découle du verset 60 de la sourate 9 : « *Les aumônes sont destinées : aux pauvres et aux nécessiteux, à ceux qui sont chargés de les recueillir et de les répartir, à ceux dont les cœurs sont ralliés, au rachat des captifs, à ceux qui sont chargés de dettes, à la lutte dans le chemin de Dieu et au voyageur. Tel est l'ordre de Dieu. Dieu sait et il est juste* ».

818. La dimension éthique de la *zakat* se mesure en fonction de ces vocations. Elle se veut pour mission de promouvoir la prise de conscience d'une certaine responsabilité sociale ; mobiliser le spirituel par certain renoncement désintéressé du matériel ; tendre vers un idéal socio-économique ; favoriser la redistribution de la richesse ; augmenter le pouvoir d'achat et décourager toute thésaurisation¹²¹³.

819. De ces vocations nous pouvons en déduire que la dimension éthique de la *zakat* avait pour but de lutter contre la pauvreté en évitant tout déséquilibre entre les parties. Cette idée de protection est au cœur des règles contractuelles, ce qui justifie, selon nous, l'importance des règles éthiques dans le processus d'instauration des produits bancaires islamiques.

820. À l'opposé de ces obligations indirectes par lesquelles l'exécution s'effectue de façon verticale envers Dieu, il y a les obligations directes. Ces dernières sont plus nombreuses que les précédentes.

II). Les obligations directes

821. Parmi ces obligations, nous pouvons citer la prière ; le jeun pendant tout le mois de ramadan ainsi que le pèlerinage à la Mecque à condition de disposer de moyens financiers. Contrairement à la première dite « indirecte » qui s'exécute envers son prochain, les obligations dites « directes » sont corollaires de la croyance. Elles s'exécutent envers son Seigneur.

¹²¹¹ Coran, *Sourate* 92 verset 18

¹²¹² M.ould Sass, « La *zakat* modalités et processus d'institutionnalisation », p. 2. Cité par S. Hazoug, « De quelques aspects éthiques de la finance islamique », *op. cit.*, p. 266.

¹²¹³ Coran, *Sourate* 9, verset 34.

A) La prière

822. Elle est la première des obligations que le musulman doit respecter. C'est, d'ailleurs, celle qui permet de distinguer un musulman d'un non musulman, car le musulman qui ne s'acquitte pas de cette obligation sans motif légitime perd son statut de musulman. Le croyant est tenu de pratiquer cette prière cinq fois dans la journée à des heures différentes. À côté de cette obligation quotidienne, il y a une obligation annuelle.

B) Le *ramadan*

823. Il consiste à jeûner pendant le mois de *ramadan*, cette obligation renforce le degré de croyance du musulman, qui endure la même souffrance pendant ce mois que celle du pauvre qui meurt de faim. Elle contribue à renforcer aussi l'égalité et l'entraide au sein de la communauté musulmane.

C. Le pèlerinage à la Mecque :

824. Le voyage sacré à la Mecque, lieu où le Prophète repose. Cette obligation est atténuée, contrairement aux autres, seul le musulman qui dispose des moyens financiers et des capacités physiques est obligé d'effectuer ce voyage. Ces obligations divines ressemblent, dans certaines limites, aux obligations naturelles connues dans le droit français, surtout au plan de leur exécution¹²¹⁴. Le rappel de ces obligations était nécessaire avant d'élaborer l'obligation contractuelle en droit musulman.

Paragraphe II) Les obligations contractuelles en droit bancaire islamique

825. Il n'est pas évident d'examiner le droit des obligations sans pour autant faire appel au droit musulman. Les obligations examinées dans le précédent paragraphe obéissent au respect des règles religieuses, cette connotation religieuse montre le caractère hybride de ce droit. Toutefois, il faut garder à l'esprit que l'objectif n'est pas de poser les jalons d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman, comme l'avait fait Monsieur Chafik Chahata dans son livre intitulé *Essai d'une théorie générale en droit musulman*. Mais l'intérêt de l'obligation, dans cette thèse, se justifie par l'activité bancaire qui engendre des obligations

¹²¹⁴ M. Schmoeckel, « Le droit naturel et ses trois confessions à l'époque moderne », in *La religiosité du droit*, *op. cit.*, p. 205.

tant contractuelles qu'extracontractuelles de la part du banquier, d'où la nécessité d'examiner ces deux régimes d'obligations.

826. La qualité de professionnel du banquier le place dans une position de force, ce qui nécessite beaucoup plus de prudence et de professionnalisme de sa part afin d'équilibrer les prestations contractuelles et d'éviter les risques bancaires qui ne sont pas moindres dans le système islamique¹²¹⁵. La responsabilité du banquier est vue sous un angle différent, comparée à celle connue en droit commun de la responsabilité¹²¹⁶. Cette différence est due à deux raisons. La première est liée à la volonté des juges de protéger le consommateur, justifiant la condamnation du banquier à réparer tous les dommages causés par sa faute. L'exemple de l'affaire du groupe Montlaur dans laquelle quatre-vingt-deux banques ont été condamnées à payer plus de trois milliards de francs à ce groupe pour soutien abusif montre l'ampleur et l'étendue de la réparation du banquier¹²¹⁷. La seconde est due au fait générateur de la responsabilité qui est différent pour engager la responsabilité du banquier¹²¹⁸. Cette situation justifie la terminologie utilisée en passant d'un homme avisé à un bon professionnel. Dernièrement, la jurisprudence semble à son tour opter pour une notion beaucoup plus lourde de conséquences, le professionnel avisé¹²¹⁹. Cette extension du champ de la responsabilité du banquier est en partie à l'origine de la naissance des obligations accessoires que le banquier islamique sera tenu de respecter, une fois les banques islamiques implantées en France. En effet, l'évolution actuelle de la réglementation bancaire en France milite en faveur d'une protection du consommateur et le système islamique devrait suivre cette logique.

I). Les obligations accessoires

827. Il existe deux catégories de contrats en droit musulman des affaires : d'un côté, il y a les contrats « nommés » et, de l'autre, les contrats « innommés ». La reconnaissance de ces derniers en droit musulman pose un souci majeur, car ils donneront naissance à un nouveau régime de responsabilité justifiant l'application de deux régimes d'obligations différents

¹²¹⁵ Avec l'application du principe de partage des profits et des pertes.

¹²¹⁶ En droit français, on tend vers un régime d'indemnisation, car le but de la responsabilité cherche à remettre la victime dans l'état où il serait si le dommage n'avait jamais eu lieu.

¹²¹⁷ Cf. R. Routier, *Obligations et responsabilité du banquier*, op. cit., p. 32

¹²¹⁸ La faute tend à disparaître de la responsabilité comme le montre les arrêts des années 2000 où l'on parle de la responsabilité sans faute : Civ. 2^e, 10 mai 2001 (Levert), D. 2001 2851.

¹²¹⁹ Civ. 1^{er}, 22 mars 1977, n° 75-11.030, *RTD. Com.* 1977. 566, obs. M. Cabrillac.

donnant naissance à la fois à des catégories de responsabilités contractuelles et extracontractuelles, voire délictuelles.

828. Il existe des contrats nommés en droit musulman dont le régime est guidé par la loi islamique¹²²⁰ et l'avènement d'une finance moderne a mis en place des contrats de types nouveaux qui viennent se greffer aux contrats nommés¹²²¹. L'émergence de ces nouveaux produits était, certes, nécessaire pour l'implantation d'un système bancaire islamique en Occident, mais elle bouscule le régime contractuel des obligations qui était jusque-là limité.

829. La violation ou l'inapplication d'une de ces obligations prévues dans un contrat nommé sera sanctionnée sur le terrain de la responsabilité contractuelle, car elles se fondent sur la base d'un contrat. En revanche, l'inexécution d'autres obligations non reconnues sera réprimée sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle. Ce même mode de dénouement contractuel est aussi connu en droit français¹²²². L'inapplication des règles religieuses fait échec à l'application du droit musulman, et par voie de conséquence échec à l'application de la responsabilité contractuelle. L'existence ou l'application de la responsabilité délictuelle se justifie sur le fondement du délit dans le droit islamique¹²²³. Sur ce dernier point, le droit musulman rejoint à nouveau le régime de la responsabilité en droit français, qui distingue les deux régimes de responsabilité sur fondement de l'acte juridique. Or, la conception connue en droit musulman, qui fait du fait juridique le fait générateur de la responsabilité délictuelle, semble être dépassée en droit français avec la reconnaissance par la jurisprudence de la responsabilité subjective et objective¹²²⁴.

830. Ce régime un peu différent dans le droit musulman pourrait changer tout le régime des obligations qui naîtra dans la relation entre le banquier et son client. Ainsi, la rémunération du crédit sur le fondement de l'écoulement du temps donnerait lieu à un nouveau type de contrat non connu ni recensé dans les catégories de contrats nommés, énumérées en droit

¹²²⁰ A. Yagi, *Droit musulman*, Publisud, Paris, 2004, p. 151.

¹²²¹ Nous pouvons citer les *sukuk* qui se rapprochent des obligations en droit français. Ce produit a été mis en place pour favoriser l'implantation des banques d'affaires en Europe.

¹²²² V. Les dispositions de l'article 1147 du Code civil

¹²²³ M. Mahfoudh, « La réparation du dommage en droit musulman », in *Annuaire Religion et Droit*, vol. 6, t. 1, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012-2013, p. 61 et s.

¹²²⁴ Sur le fondement de l'article L. 1384-1 et 4, responsabilité du fait d'autrui, les arrêts de Cass. Ass. Plen., 29 mars 1991 : *JCP* 91 II 21673, note de Ghestin ; et Cass. Ass. Plen. 13 décembre 2002 : *droit de la famille* 2003, chr. 13 Poulet.

musulman¹²²⁵. Ce type de contrat qui sera considéré, comme relevant du domaine de la responsabilité contractuelle du seul fait de la conclusion d'un contrat, donnerait sans nul doute un régime de responsabilités extracontractuelles du fait de la méconnaissance de cet acte en droit musulman. En l'absence de contrat, il y a lieu de faire appliquer la responsabilité extracontractuelle, mais aussi en cas de non-respect des règles contractuelles islamiques. C'est sur cette dernière caractéristique que la responsabilité délictuelle, en droit musulman, semble différente de celle du droit commun. Cette opposition est la conséquence de l'avènement des contrats innommés sous l'influence et la pression du courant rigoriste¹²²⁶, dans le seul but de mettre en place des produits alternatifs conformes au droit des contrats français¹²²⁷.

831. La responsabilité ne naît pas seulement du contrat, les faits qui n'ont pas pour origine la violation d'une clause ou d'une obligation contractuelle peuvent donner lieu à une responsabilité outre que contractuelle. Il est rare de voir dans le rapport entre le client et son banquier des faits qui n'ont pas été matérialisés sous forme de contrats, mais le fonctionnement des banques islamiques obéit au respect des règles spéciales, notamment celles de la mise en place d'un département qui s'occupe de la *zakat* et du conseil religieux qui veille au respect des règles religieuses. Le recouvrement de l'aumône fait intervenir naturellement un tiers, le rapport entre ce dernier et le client n'est nullement fondé sur une relation contractuelle. C'est cette intervention qui entraîne l'application du régime de responsabilité extracontractuelle.

832. Dans le cadre de cette responsabilité extracontractuelle connue en droit français, un dommage est nécessaire pour la mise en œuvre d'une telle responsabilité¹²²⁸. D'autres régimes de responsabilités fondés sur le délit ou la faute sont aussi envisageables dans le rapport entre le banquier et son client, ce constat justifiant l'application de la responsabilité extracontractuelle en droit musulman des affaires. Toutefois, le système musulman semble

¹²²⁵ Cf. Ch. Chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, op. cit., p. 112.

¹²²⁶ Différents des moralistes, qui sont fidèles à la prohibition du *riba* et défendent la conception extensive du *riba*.

¹²²⁷ Cf. S. Boustany, *L'établissement d'une banque islamique en France*, mémoire de master 2, Paris II, 2010.

¹²²⁸ Cf. Article 1382 du Code civil « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer. »

être fidèle à la notion de faute pour engager cette responsabilité¹²²⁹, ce qui peut se justifier par la dominance du principe d'équité et d'égalité dans la sphère contractuelle.

833. Cette démarche entreprise en France nous fait penser que la priorité ne semble pas s'orienter vers la satisfaction de la communauté musulmane de France, mais plutôt de concurrencer le marché anglais. La sanction de ces inexécutions varie selon la nature de l'obligation, qu'il s'agisse d'une obligation de faire ou de ne pas faire (A) ou de celle de donner (B). Pour mieux les distinguer, il nous semble nécessaire d'examiner les différentes natures d'obligations contractuelles en droit musulman.

A) Les obligations de faire ou de ne pas faire

834. La subdivision des natures des contrats semble attribuer un régime d'obligation spécifique à chaque contrat nommé. Ainsi, pour la trentaine de contrats reconnus en droit musulman des affaires, chacun d'entre eux fait partie d'une famille contractuelle déterminée, selon le classement établi : ils sont regroupés en trois catégories¹²³⁰.

Les contrats à titre onéreux qui regroupent la vente ; le louage ; la transaction ; la société commandite ; le métayage.

Les contrats désintéressés qui correspondent aux : prêt ; dépôt ; gage ; mandat ; cautionnement ; transport de dette...

Les contrats à titre gratuit qui renvoient à la donation, le testament...

835. Cette classification des contrats intègre des catégories d'obligations différentes, propres à chacun de ces groupes. Ainsi, pour les contrats à titre onéreux comme la vente, les obligations des parties se résument en une obligation de donner, comme le contrat de vente en droit français. La vente dans le système islamique est synonyme d'échanges, donnant naissance à un transfert de propriété constituant le fondement de l'obligation de donner¹²³¹. En effet, le vendeur est tenu de livrer la chose et de l'acheter en versant le prix¹²³². L'obligation du vendeur peut aussi être celle de faire, selon une partie de la doctrine, du fait de l'insertion des clauses de réserve de propriété retardant la livraison de marchandise ou la

¹²²⁹ En se fondant sur la notion de délit, défini comme tout fait qui cause un dommage à autrui.

¹²³⁰ A. Yagi, *Le droit musulman, op.cit.*, p. 165 et s.

¹²³¹ M. Brusorio, *Droit des obligations*, Paradigme 2011, p. 2.

¹²³² Article 1583 du Code civil .

vente à terme¹²³³. Dans la seconde catégorie, les obligations évoluent d'un contrat à un autre, l'exemple du contrat de mandat ou l'obligation serait plutôt celle de faire, qui se caractérise avec l'exécution des ordres venant du mandataire, ce qui renvoie à la notion de contrats de services en droit français. Les contrats gratuits illustrent, par exemple, les obligations de donner comme la donation ou le testament dans lequel l'idée de transfert de propriété demeure toujours un élément déterminant. Ce transfert, contrairement à la conception connue en droit français, sera relatif dans le système musulman, car la propriété est le don Dieu. Ce faisant, l'homme dispose d'une obligation de donner plus étendue.

B) Les obligations de donner

836. Ces obligations ont souvent pour origine une somme d'argent ou le transfert de biens fongibles¹²³⁴. La définition du contrat en droit musulman ne fait pas allusion à la notion d'obligations, mais si nous opérons une analyse plus minutieuse, nous constatons que l'obligation de donner est sous-entendue dans cette même définition. Elle place la notion d'échange au cœur du droit des contrats, avec l'expression « *l'échange d'une chose à une autre ou avec de l'argent* ». C'est à ce niveau que l'obligation de donner prend toute son importance dans le mécanisme contractuel. Ainsi, tous les contrats qui forment les produits bancaires islamiques sont fondés sur ce principe du fait qu'ils se fondent sur le contrat de vente. L'exemple du *moudaraba* nous permettra de le développer plus amplement dans le prochain chapitre de cette thèse relatif à la présentation des produits islamiques, ainsi que celui de l'*ijira*.

837. Ces produits portent sur le transfert de propriété, d'ailleurs la place de la propriété et son importance dans le régime des contrats illustre l'importance de l'obligation de donner dans le système islamique. Dans le contrat de prêt, l'obligation principale du prêteur consiste au déblocage des fonds, synonyme de transfert de propriété donnant naissance à une obligation de donner pour le banquier et celle de faire pour l'emprunteur, puisque la prohibition se fonde sur toute idée de verser des intérêts de la part de l'emprunteur. Autrement dit, l'emprunteur est tenu à une obligation de donner envers le prêteur, matérialisé par le remboursement des fonds.

¹²³³ S. Jihed, *Le prix en droit musulman*, Thèse Lille 3, 2009, p. 68

¹²³⁴ Ch. Chaheta, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, op. cit., p. 71.

838. Les contrats, en droit musulman, prennent la tournure d'un contrat d'adhésion en imposant aux parties des règles religieuses permettant d'offrir une protection efficace. Ainsi, le banquier est tenu à des obligations principales, mais aussi secondaires, en plus des obligations divines dont la violation fait naître une responsabilité. L'examen de ce paragraphe nous a permis de voir la place et l'intérêt du droit des obligations¹²³⁵ dans le droit des affaires en général, et en particulier dans le droit bancaire musulman. Cet intérêt se mesure davantage au stade de l'exécution, contrat à travers lequel le banquier sera débiteur des obligations principales.

II) Les obligations principales

839. Les contrats connus dans le système islamique sont regroupés en trois catégories selon leurs régimes juridiques. Le contrat de vente de par son caractère onéreux et synallagmatique fait naître des obligations principales envers chacune des parties¹²³⁶. Le vendeur est tenu de livrer la chose et l'acheteur à verser le prix, la violation entraîne l'anéantissement du contrat, voire même l'octroi des dommages et intérêts à la charge de la partie qui n'a pas exécuté ses obligations¹²³⁷.

840. Le contrat de prêt donne aussi naissance à des obligations de la part du banquier. Si, pour le premier, l'obligation est la mise à disposition des fonds, pour le second elle se manifeste par le remboursement du capital en plus des commissions que l'on distingue de l'intérêt dans le système islamique¹²³⁸. En plus des obligations liées au contrat de prêt ou de crédit, le banquier musulman est tenu aussi de prendre en compte des obligations d'ordre religieux, l'imposant à s'informer sur la destination des fonds pour respecter les règles relatives au *halal* et au *haram*. Cette immixtion dans les affaires de son client peut, dans une certaine mesure, porter atteinte au principe du secret professionnel d'un côté et, de l'autre, être analysé comme un prêt affecté connu en droit français. Dans ce type de prêt, il incombe au banquier d'effectuer les contrôles lors du versement des fonds au bénéficiaire et, de ce point de vue, il n'est pas exposé au grief d'immixtion dans les affaires de l'emprunteur¹²³⁹.

¹²³⁵ Cf. J. Carbonnier, *Droit Civil, (t.4 : Les obligations)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, 665 p.

¹²³⁶ S. Sabig, *Fiqh as-Sunna*, Beyrouth, 1987, III, p. 192, cite par A. Yagi, *Le droit musulman, op. cit.*, p. 159.

¹²³⁷ En droit français, la sanction des obligations de faire est posée à l'article 1142 du Code civil

¹²³⁸ M. Thiam, « Le temps dans le dénouement des opérations de banques : exemple des banques islamiques », *op. cit.*, p. 560.

¹²³⁹ Paris, 1^{er} ch. G. 23 oct. 2002, *RD bancaire et financier*, 2003, p. 160, obs. Crédot et Gérard.

Cette obligation semble être considérée comme celle de moyen, selon nous, car le banquier est souvent dans l'impossibilité de contrôler la destination des fonds sous peine d'être sanctionné sur le fondement de la violation du secret bancaire¹²⁴⁰.

841. Si nous suivons les dispositions de l'article 313-1 du Code monétaire et financier « ... à titre onéreux... », c'est le caractère onéreux qui fait le crédit et peu importe donc la forme de cette rémunération, ce qui nous permet d'assimiler le prêt islamique (*qard hassan*) à une opération de crédit au regard du droit français¹²⁴¹, faisant peser alors les mêmes obligations que celles du banquier traditionnel sous forme d'obligations principales directement liées au régime du contrat à exécuter. Les obligations, dans les contrats onéreux, sont différentes de celles des contrats gratuits. Ainsi, dans la donation, la partie qui reçoit le bien semble ne pas avoir d'obligation à sa charge, contrairement au donateur qui, lui, est tenu à une obligation de donner. La qualité de banquier donne naissance à des obligations plus lourdes de conséquences du fait de sa qualité de professionnel (A), mais aussi de son statut de mandataire (B).

A) Les obligations professionnelles

842. L'activité bancaire est une activité à risque, tant pour le banquier que pour le client¹²⁴². Le premier doit disposer des fonds afin de répondre à son obligation de restitution, le second est tenu d'honorer ses engagements notamment dans le cadre d'une opération de crédit¹²⁴³. Cette protection de part et d'autre des parties se fait par l'application des obligations professionnelles qui viennent renforcer les contractuelles. Ainsi, le banquier est tenu à un certain nombre d'obligations : obligation de sécurité, obligation d'information, obligation de mise en garde, de conseil et une obligation de restitution¹²⁴⁴. Ces obligations ont déjà fait l'objet d'une étude dans le précédent chapitre relatif aux règles de garantie de solvabilité du banquier. L'ensemble de ces obligations sera imposé au banquier islamique en France. En plus d'être un professionnel, il est aussi un mandataire, ce qui l'oblige à respecter d'autres obligations.

¹²⁴⁰ Ch. Gavalda, J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 8^e Ed. Litec, 2010, p. 335 et s.

¹²⁴¹ O. Pastré, « Problématique économique de la rémunération du crédit bancaire », *Revue de Droit bancaire et financier*, mars-avril, 2007, dossier, n° 8, p. 77.

¹²⁴² Le risque de solvabilité, de liquidité ou même d'insécurité ...

¹²⁴³ La nature synallagmatique du contrat de prêt fait naître des obligations de part et d'autre des parties

¹²⁴⁴ CA. Nancy, Ch. Civ. 2, 31 mai 2012, JCP. G. 2012, 1352, note de Henry X., V. paragraphe n° 411 et s. pp. 91 et s.

B) L'obligation du banquier mandataire

843. L'activité bancaire conforme à la loi musulmane n'est pas encore totalement développée en France, mais son implantation se dessine petit à petit. Cette installation imminente nécessite de préparer le terrain juridique et notamment les obligations du banquier. Les banques islamiques seront obligées de se conformer aux normes françaises par le respect des obligations posées dans le registre des banques classiques. Le banquier étant à la fois mandataire et dépositaire est tenu de garantir les fonds que son client lui a confiés, tant dans le rapport avec ce dernier qu'avec les tiers.

844. La complexité de cette industrie exige une protection plus large avec le renforcement de deux obligations : de sécurité et de surveillance. L'activité bancaire est soumise aussi à des règles nationales et internationales nécessitant le contrôle des instances autre que nationales, comme le Comité de Bâle qui ne cesse de définir le capital minimum et les fonds propres des banques. Les accords de Bâle III sont venus renforcer cette obligation de sécurité en instaurant l'organe de contrôle prudentiel qui n'existait pas jusqu'ici, ainsi que des contrôles liés à la procédure de fraude et aux procédés informatiques¹²⁴⁵.

845. L'obligation de surveillance, quant à elle, est plus manifeste dans la lutte contre le blanchiment d'argent¹²⁴⁶, car le banquier est tenu de surveiller les mouvements de fonds du titulaire du compte, pour éviter les mouvements de fonds illicites¹²⁴⁷. Les banques islamiques doivent être plus vigilantes dans ces domaines, car elles sont souvent taxées de banques suspectes¹²⁴⁸. Elles doivent en plus surveiller le ratio de liquidité, celui de sa solvabilité et la capacité de remboursement du débiteur avant tout octroi de crédit¹²⁴⁹. Cette opération de crédit s'effectue avec sa qualité d'intermédiaire bancaire.

¹²⁴⁵ A. Chapelle, G. Hubner, *Le risque opérationnel : implications de l'Accord de Bâle pour le secteur financier*, Larcier 2005, p. 9

¹²⁴⁶ La législation sur le blanchiment d'argent a connu une évolution remarquable au cours de ces années (1990, 1993, 2001 et 2009), elle est codifiée dans les dispositions de l'article L. 561-1 et s du Code monétaire et financier.

¹²⁴⁷ Cass. Com. 28 avril 2004, n° 02-15.054 obs. Cutajar, *JGP. E.* 2004. 830

¹²⁴⁸ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique, une finance douteuse ? » *op. cit.*, p. 9.

¹²⁴⁹ Ces obligations ont déjà fait l'objet d'étude dans le chapitre relatif aux obligations prudentielles.

C) L'obligation du banquier, intermédiaire

846. L'application de l'obligation de restitution dans le système islamique connaît un certain nombre de limites, notamment avec le principe de partage des pertes et des profits. En effet, dans l'hypothèse où il y aurait une perte, le banquier ne restituera pas les fonds reçus. Cette défaillance porterait atteinte à cette obligation de restitution du banquier qui se justifie par la nature du contrat de dépôt et la qualité d'intermédiaire bancaire. Contrairement au dépôt civil où le dépositaire peut détenir la chose, le dépôt bancaire fait de la restitution une condition essentielle et déterminante. Toutefois, si les clauses contractuelles contenues dans la convention de comptes précisent, au préalable, les modalités de rémunération en mettant en avant l'application du principe de partage, cela permettrait au banquier de justifier cette obligation par le consentement de son client¹²⁵⁰. Cette intermédiation nécessite l'instauration d'une obligation d'information renforcée au sein du système islamique. Classiquement, le banquier est à la fois tenu à une obligation d'information et de confidentialité, deux obligations qui semblent *a priori* être antinomiques¹²⁵¹. Sa qualité de professionnel averti l'oblige à informer son client sur l'ensemble des éléments contractuels. Cette obligation peut être passive dans la recherche et active dans la divulgation¹²⁵².

847. L'obligation d'information a été instaurée et tire son fondement de l'article L. 111-1 du Code de la consommation : « *Tout professionnel vendeur de biens doit avant la conclusion du contrat mettre le consommateur en mesure de connaître les caractéristiques essentielles du bien...* », ce défaut d'information est analysé par la jurisprudence comme une réticence dolosive¹²⁵³. Des exceptions sont posées à ce principe. Le banquier est tenu d'informer certains tiers qui agissent dans le cadre d'une procédure pénale. C'est ce qui découle de l'article 132-22 du Code pénal¹²⁵⁴. Également dans le cadre d'une saisie attribution, le banquier tiers saisi est tenu de coopérer. L'obligation de mise en garde est différente du devoir de conseil, en ce sens que le premier est une obligation dont la violation est

¹²⁵⁰ La reconnaissance du consensualisme en droit musulman.

¹²⁵¹ Comme le souligne M. Routier, le banquier doit être au juste milieu entre l'obligation d'information et de confidentialité.

¹²⁵² R. Routier, *Obligations et Responsabilités du banquier*, op. cit., p. 837

¹²⁵³ Civ. 3^e, 15 jan. 1971, *Bul. Civ.* III, n° 38 ; il appartient au vendeur professionnel d'apporter la preuve de l'exécution de son obligation de renseignement ou d'information : Civ. 1^e, 28 mai 2010, *D.* 2011, pan. 2898.

¹²⁵⁴ Cass. Crim. 27 avril 1994, *Dalloz* 1994 Jur. 402, Gavalda, « Seules les juridictions pénales bénéficient de cette information ».

sanctionnée sur le terrain de la perte d'une chance, alors que le second est un service, donc rémunéré¹²⁵⁵.

848. La violation de l'une de ces obligations par le banquier islamique va sûrement donner lieu à des sanctions sur le fondement de la responsabilité civile, notamment comme celle de renseignement ou d'information, car souvent ces obligations sont livrées à des tiers. Si ces dispositions relèvent du domaine des contrats nommés, dans ce cas la responsabilité sera d'ordre contractuel.

849. Les banques islamiques qui seront implantées en France ne sauraient méconnaître ces obligations, dont certaines sont à la fois d'ordre prudentiel et contractuel, telles que celle de mise en garde, de restitution et d'information, ce qui justifie leur présentation dans nos deux chapitres. Elles sont plus développées dans le titre premier de cette seconde partie, c'est pourquoi nous renvoyons souvent à ces développements. Les contrats utilisés dans les banques islamiques méritent une étude au même titre que celles effectuées sur les obligations.

850. Nous avons exposé la théorie du droit des contrats et des obligations en droit musulman qui va au-delà de son caractère unitaire, dans la mesure où le droit des contrats et celui des obligations forment un seul et unique droit. Cette unité se justifie par le fait que le droit musulman régit tous les pans de la vie du musulman¹²⁵⁶. Nous avons pu montrer que ces deux droits relèvent de deux régimes différents, attestant la spécificité et l'originalité du droit des contrats en Islam.

851. La volonté des parties est reléguée au second plan, au détriment des règles de la *charia*, ce qui est la conséquence de l'absence du principe de la liberté contractuelle¹²⁵⁷. En revanche, le droit des obligations est au cœur de l'activité bancaire, en ce sens que le droit musulman a une mission de protecteur, d'où l'application des principes d'équité dans les relations contractuelles. C'est à ce niveau qu'il se recoupe avec les obligations secondaires du banquier, telles que l'obligation de sécurité d'information et de restitution. Mais, toutes ces obligations

¹²⁵⁵ V. nos développements pp. 96 et s.

¹²⁵⁶ A. Mezghani, *L'État inachevé : la question du droit dans les pays musulmans*, nrf Gallimard, Paris, 2011, p. 94.

¹²⁵⁷ F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op.cit.*, p. 85 : « Dans la finance islamique, au contraire, les contrats se doivent, avant tout, d'être parfaitement conformes au droit islamique, lui-même fidèle à la morale et à la religion » ; V. aussi P. Owsia, « Formation of contract: a comparative study under English, French, Islamic and Iranian law », *Revue internationale de droit comparé*, 1996, n° 4, p. 967-969.

et ces contrats ne verront leur intérêt qu'une fois les produits mis en circulation dans les différentes banques islamiques, car il n'existe pas un modèle unique de banque dans le système islamique. Dans le système conventionnel, les banques sont qualifiées en fonction des activités qu'elles exercent, cette technique de nomination en fonction de l'activité de la banque est envisageable en droit bancaire islamique.

852. La nouvelle loi bancaire n° 2013-672 du 26 juillet 2013 relative à la séparation et régulation des activités bancaires¹²⁵⁸ semble revenir sur la séparation entre les banques d'affaires et de détail, qui a été abandonnée par la loi de 1984, en posant l'idée d'une banque universelle¹²⁵⁹. Les banques d'investissement sont plus orientées vers le refinancement des entreprises et appelées aussi banques d'affaires. Quant aux banques de détail, dites banques commerciales, elles ont leurs activités axées sur les financements des moyens de consommation et de gestion de patrimoine des particuliers. La diversité de ces banques donne naissance à des contrats et des produits différents. Il nous incombe d'étudier les banques d'investissement en présentant leurs moyens de financement.

III) Les banques d'investissement

853. Les banques d'investissement ou « de gros »¹²⁶⁰ regroupent souvent des banques d'affaires appelées aussi banques de marché, tenant compte de leurs rapprochements avec les marchés financiers et les entreprises. La pluralité de leurs fonctions a interpellé certains juristes comme François Guéranger, qui les nomme « banques d'affaires »¹²⁶¹. Nous allons utiliser l'appellation de Monsieur Guéranger pour la suite de notre analyse. Elles pratiquent

¹²⁵⁸ Cf. Th. Bonneau, « Séparation et régulation des activités bancaires commentaires des titres 1, 4, 5 et 8 de la loi du 26 juillet 2013 » : *JCP E*, 2013n 1483 ; J. L. Capdeville, « Séparation et régulation des activités bancaires, une avancée du droit », *JGP G*, n° 36, 2 septembre 2013, p. 1587.

¹²⁵⁹ S. Vermeille, « Projet de loi bancaire : un *chapter 11* bancaire ? », *Revue Banque*, n° 755-756, janvier 2013, p. 92 ; P. Moscovici « Loi de séparation et de régulation des activités bancaires » disponible : www.economie.gouv.fr/files/projet-loi-reforme-bancaire.pdf. « Avec le projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires, l'engagement du Président de la République devient une réalité. Je suis fier de le porter. J'ai conçu cette réforme pour qu'elle change profondément le secteur, fasse référence en Europe et refonde notre paysage financier pour les 20 prochaines années, contre la spéculation et pour le financement de l'économie réelle. Elle s'inscrit aussi dans le cadre des grands chantiers que le gouvernement a lancés dans le domaine du financement de l'économie avec la création de la Banque publique d'investissement, la réforme de l'épargne réglementée ou encore l'action sur les délais de paiement. Elle va aussi au-delà, car cette réforme veut être plus qu'une réforme économique. »

¹²⁶⁰ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, d'Organisation, 2003, p. 73, exemple de *l'Islamic Investment Company of the gulf* ou d'autre comme *international Investor* au Koweït.

¹²⁶¹ F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, op. cit., p. 95.

l'ingénierie financière en aidant l'entreprise à lever des fonds qui ne passent nécessairement pas par la banque¹²⁶². La banque d'affaires comporte plusieurs fonctions du seul fait que les besoins et la demande des entreprises sont différents d'une entreprise à une autre, selon qu'elles sont cotées et que les fonds levés prennent la forme d'un titre destiné à être introduit en bourse. Dans les opérations non cotées en bourse, on relève le placement privé ou le capital-risque et dans les activités cotées, on peut citer les opérations d'introduction en bourse pour les actions et les obligations. Les deux modèles bancaires dans le système islamique ont certains services et produits en commun justifiant l'inclusion des deux modèles dans l'exemple des banques d'investissement¹²⁶³. Les banques d'affaires jouent aussi le rôle de conseiller des entreprises et organisent leurs opérations sur les marchés financiers. Elles sont les principaux acteurs des marchés de capitaux¹²⁶⁴. Nous allons nous intéresser à ces techniques de financement des banques d'investissement et des sociétés d'assurance (A), avant de voir le crédit documentaire et ses dérivés dans le système islamique (B).

A) Les techniques de financement dans les banques d'investissement et compagnies d'assurance

854. Comme nous venons de le faire pour le modèle des banques de détail, nous allons présenter les contrats utilisés dans les banques d'affaires. Cette étude nous conduit à analyser les contrats par lesquels ces banques exercent leurs activités d'intermédiation. Les titres en sont les principaux moyens (1), bien que le crédit ne soit pas en reste (2).

1. L'émission de titres

855. Dans ce modèle bancaire l'émission de titres demeure le principal service, cette dernière renvoie aux actions obligataires définies comme des titres négociables, représentatifs d'un droit d'associé émis en contrepartie d'un rapport. Ils sont soumis aux risques et aux aléas de la société émettrice, ce qui donne droit au paiement d'un dividende du bénéfice et à une

¹²⁶² F. Guéranger, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁶³ Cf. A. Roussillon, *Société islamique de placement de fonds et ouverture économique. Les voies islamiques du néo-libéralisme en Égypte*, Dossier du Centre d'étude et de documentation économique et sociale, n° 3, 1988, 142 pages

¹²⁶⁴ J.-Jacques Burgard, *La banque en France*, Presse de sciences PO et Dalloz, 1995, p. 13.

quote-part¹²⁶⁵. L'émission de titres est assimilée aux *sukuk*, ce qui ne correspond pas aux obligations en droit bancaire occidental du fait que la spéculation qui fonde les obligations classiques est interdite en finance islamique. Cette caractéristique réduit à la fois cette activité dans le système islamique et également la possibilité d'acheter des titres. Cet instrument financier fera partie des produits qui seront présentés plus amplement dans notre chapitre qui suit traitant de l'examen et du régime juridique de ces produits dans les banques islamiques. Le respect des prescriptions religieuses limiterait le nombre de produits dans cette industrie en réduisant sans doute aussi le nombre de banques, voire la disparition de la notion de banque d'investissement.

856. Rappelons que le droit des contrats islamique est fortement guidé par des règles de la *charia* qui pose un nombre limité de contrats que Madame Comair restreindrait à une trentaine de contrat nommés reconnus validés, acceptés et passés au crible par la *charia*. Aujourd'hui, l'extension et l'élargissement du métier de banquier islamique ont donné naissance à de nouveaux services et produits¹²⁶⁶ dont certains dérogent aux règles de l'interdiction et d'incertitude, que quelques-uns tentent de légitimer sur les fondements de la nécessité, d'où la naissance d'un Islam nouveau au service d'un droit bancaire moderne¹²⁶⁷.

857. Les titres sont contraires non seulement aux principes généraux qui fondent la finance islamique, mais aux règles qui régissent le droit des contrats musulman, notamment, la notion de propriété¹²⁶⁸. De tels produits contraires aux règles du droit sont acceptés et fondent l'activité de ces banques. Pourquoi ne pas admettre l'interdiction de l'intérêt sur le fondement de la nécessité aussi? Tant sur le plan de l'interprétation que de celui des courants plus ou moins indulgents, alors que d'autres envisagent de cette prohibition¹²⁶⁹.

¹²⁶⁵ F. Auckenthaler, *Droit des marchés de capitaux*, L.G.D.J, 2004, Paris, p. 42; V. aussi H. Zubair, « Theory of profit: the Islamic point of view », *Journal of Research in Islamic Economic*, vol. 1, Jeddah, 1983, p. 14-30.

¹²⁶⁶ M. Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op.cit., p. 56

¹²⁶⁷ O. Akalay, « De la *sharia* au droit : le régime des taux d'intérêts pratiqués au Maroc », in Mélanges, *Le débat juridique au Maghreb de l'étatisme à l'État de droit*, études en l'honneur de Ahmed Mahiou, ed. Publisud-Iremam, 2009, p. 80 ; Cf. M. Arkoum, « Réflexion sur la notion de raison islamique », *Archives des sciences sociales des religions*, 1987, n° 1, disponible : www.persee.fr, pp. 125-132 ; V. aussi, M. Kettani, *Le système bancaire marocain et son environnement*, Édition École marocaine de banque et de commerce international, Rabat, Maroc, 2008, 104 pages.

¹²⁶⁸ L'action des entreprises doit donner droit à la possession de biens réels, V. François Guéranger, op.cit., p. 143. V. aussi, Omar Akalay, op. cit., p. 81. L'auteur cite un hadith du Prophète « *Ne vendez pas ce que vous ne possédez pas.* »

¹²⁶⁹ G. Causse- Broquet, *La banque islamique*, op. cit., p. 152.

858. Les fondements de la légalisation de ces produits seront examinés dans la section relative à l'étude des produits de cette finance. Cet argument est basé sur les moyens de défense utilisés par les détenteurs de cette finance. Fondés sur l'idée de nécessité, ces derniers sont unanimes sur l'idée de l'absence de spéculation. Or, admettre l'émission des titres sous forme de *sukuk* fait appel impérativement à de la spéculation interdite en Islam, sous l'appellation de « *Gharar* ou *maysir* »¹²⁷⁰. Les actions ne sont pas les seuls services proposés par les banques d'affaires, même si ce service les met en relation directe avec les acteurs du marché et les détenteurs de capitaux. Le crédit est un produit phare dans ces deux modèles. Il sera examiné auparavant avec ses dérivés tels que le crédit documentaire.

2. Les contrats dans les banques d'affaires

859. La profession d'une banque d'affaires est symbolisée par l'opération de crédit, qui regroupe le prêt d'argent¹²⁷¹ et autres opérations assimilées. Cette opération varie d'une banque à l'autre en tenant compte de la qualité de l'emprunteur et de la destination des fonds. Les banques d'affaires ou d'investissement jouent le rôle d'intermédiaire sur le marché financier entre les entreprises. Cette intermédiation peut s'opérer sur un champ plus large que celui des particuliers. Le rapport entre la banque et son client, société ou entreprise, est la conséquence des deux types de crédits ou d'une forme de prêt différent de celui destiné aux particuliers. D'un côté, il y a le crédit à la consommation et, de l'autre, le crédit à la production¹²⁷². D'ailleurs, la légitimation de l'intérêt dans le fonctionnement des banques islamiques a été pendant un moment basé sur la forme du crédit octroyé. Ainsi, le crédit à la production a été reconnu et légalisé et cela malgré la position de l'académie Al azhar qui a prohibé les crédits sous toutes ses formes, de la consommation à la production.

860. Aujourd'hui, le crédit à la production n'est pas aux antipodes de la loi musulmane. De plus, le crédit à la production permet une meilleure application de la règle du partage des profits et des pertes. Avec ce type de crédit, l'entreprise peut coopérer avec la banque dans le cadre d'un contrat de *moudaraba* ou *ijira*. Alors qu'une telle association est impossible, voire

¹²⁷⁰ M. Amin, « The new *sukuk* law in the uk, vol. 4, Issue 29, 20 juil. 2007, disponible: www.islamicfinancenews.com, p. 17-18.

¹²⁷¹ C.-J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op.cit.*, p. 41 et s.

¹²⁷² L'article, L. 311-19 Code de la consommation ; Cf. N. Eréséo, « Les évolutions juridiques du crédit à la consommation », in *Le crédit aspects juridiques économiques*, *op. cit.*, p. 113.

inexistante, dans le cadre d'un crédit à la consommation où l'emprunteur n'attend pas d'investir mais seulement à consommer. Cinq types de financement de crédit à la production existent :

Financement des immobilisations essentiellement par la participation au capital sous forme d'association (*Moucharaka*) ;

Financement de l'équipement par le *leasing* mobilier, qui est une forme de financement légal sous certaines conditions (*Ijira*) ;

Financement du fonds de roulement par une vente à tempérament ;

Financement du fonds de roulement par le contrat de fiducie ;

Financement direct de transactions commerciales sous forme d'*ijira* et d'*istisna'a* ou *salam*, d'autres services sont liés à l'opération de crédit dans les banques d'affaires. La lettre de crédit en est une illustration parfaite, elle emprunte certains mécanismes du crédit documentaire au système conventionnel.

B. Le crédit documentaire et ses dérivés dans le système islamique

861. Le crédit documentaire est un engagement irrévocable par lequel une banque, à la requête d'un donneur d'ordre à qui elle consent crédit, accepte de se reconnaître débiteur principal à l'égard d'un tiers bénéficiaire d'une somme d'argent payable selon les termes et conditions strictement énoncés dans son engagement et sur remise des documents y étant énoncés, présentant l'apparence de conformité¹²⁷³. Ce type de crédit constitue à la fois un instrument de paiement et de crédit dans les systèmes bancaires, permettant au banquier d'exercer sa mission d'intermédiaire financier.

862. Il présente des avantages du fait de l'application du principe de la séparation des documents et des marchandises, il présente en revanche de nombreuses questions, dont certaines redoutables, pouvant donner lieu à des conflits d'intérêts entre les parties parmi lesquels le problème de la loi applicable peut se poser, car ce choix est conditionné par le siège de la banque émettrice. Cette opération se fonde sur la confiance, car le banquier prend le risque d'accréditer son client auprès de ses confrères, sans disposer matériellement des fonds, qui du fait de la distance sont imparfaitement renseignés. Le crédit documentaire

¹²⁷³ J.-Pierre Mattout, *Droit bancaire international*, 3^e éd., Revue Banque Ed, 2004, p. 272.

implique que l'acheteur accepte de faire confiance à des documents qu'il choisira, qui symbolise et garantit l'exécution du contrat commercial. Il implique aussi pour le vendeur qu'il se dessaisisse de la marchandise avant paiement, mais contre promesse bancaire conditionnée essentiellement par la remise de documents conformes aux stipulations de l'accréditif¹²⁷⁴.

863. L'internationalisation et la mondialisation de la finance font appel à des instruments financiers internationaux comme le crédit documentaire, mais ce dernier pose des soucis d'adaptation au système islamique. En effet, la définition de ce produit présente des caractères pouvant l'empêcher d'être commercialisé au sein des banques islamiques. Le premier est relatif à l'opération de crédit qui exige l'intérêt comme critère essentiel, or la finance islamique interdit ce procédé. Le problème du droit applicable avait été soulevé par certains pays, car la loi du pays de la banque émettrice était désignée¹²⁷⁵, la solution préconisée par le règlement de Rome I et la *lex mercatoria* trouvera application dans la mise en œuvre de ce produit du fait de son caractère contractuel. La seconde est relative à la spéculation interdite en islam. Pourtant l'industrie de la finance islamique connaît des mécanismes similaires comme le *hawala* (1) et le *takaful* (2).

1)Le *Hawala*

864. La présence de plusieurs acteurs dans l'exécution du crédit documentaire nous fait penser au mécanisme de *hawala*¹²⁷⁶. Ce dernier a le caractère d'une garantie, en ce sens que, le vendeur ne s'exécutera de son obligation de livraison que s'il est sûr qu'il sera payé. L'acheteur ne procédera à son tour au règlement que s'il y a certitude que la livraison est conforme à sa commande¹²⁷⁷. Il permet au banquier de transférer des fonds en utilisant des instruments de paiement et de crédit, comme le chèque ou la lettre d'échange. Mais il est qualifié de garantie de par son mécanisme. Le client dépose l'équivalent des fonds disponibles ou s'engage à un versement différé.

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ Com. 14 oct. 1981, D. 1982, 301, obs. Vasseur ; le crédit documentaire a été considéré comme l'exemple de la *lex mercatoria*

¹²⁷⁶ Qui permet de payer une dette sur les ordres de l'acheteur sur la base d'un simple document. Ce mécanisme a déjà fait l'objet d'étude dans la première partie de cette thèse sur le point relatif au blanchiment d'argent.

¹²⁷⁷ Bernard et Colli, *Dictionnaire économique et financier*, Seuil, 1989, 1412.

865. Le banquier reçoit une rémunération sous forme de commission (*Ujr*) qui sera différente du *riba*, puisqu'elle représente la facture de l'exportateur¹²⁷⁸, mais la différence que le banquier va recevoir est analysée, selon nous, comme de l'intérêt, car elle représente le prix du loyer d'argent connu sous le nom de *riba* par le fait qu'elle rémunère le temps, ou encore la garantie de la prise de risques.

866. Dans le but de légitimer la commission qui découle de cette opération, les banques islamiques exercent cette activité sous le régime de la *murabaha*, elle sera juste tenue de supporter les risques jusqu'à la parfaite livraison de la marchandise¹²⁷⁹. Le risque fait appel à l'incertitude bannie dans les transactions financières islamiques.

867. L'assurance islamique est un produit spécifique aux banques d'investissement avec notamment les sociétés de *takaful* (2). Ce produit fera l'objet d'une analyse sous l'angle purement juridique dans le chapitre qui suit. La présente étude est différente de l'étude dans le cadre de ce paragraphe traitant du de financement dans les banques d'investissement.

2) Le *takaful*

868. L'assurance dans le système classique se fonde sur l'incertitude et l'aléa, deux critères interdits dans le droit musulman¹²⁸⁰, c'est d'ailleurs à ce niveau que l'assurance islamique se distingue de l'assurance conventionnelle, car l'aléa et l'incertitude sont interdits de façon claire et absolue contrairement à la notion de *riba*.

869. Le paradoxe apparaît de nouveau quand on s'interroge sur l'élément qui permet de légaliser et de légitimer la pratique de l'assurance islamique. Alors que l'Islam a posé l'interdiction de manière claire et non équivoque par le *gharar* et *maysir* qui sous-tend l'assurance islamique, elle semble être admise en Islam sur le fondement de la solidarité et la mutualisation en plus de l'application du principe de partage des profits et des pertes. C'est pourtant sur l'idée de nécessité que le *riba* est reconnu pour certains. L'objet dans ce paragraphe n'était pas d'étudier les éléments qui justifient l'assurance *takaful*, mais plutôt de

¹²⁷⁸ Appelée facture douanière

¹²⁷⁹ A. Toussi, *La banque dans le système financier islamique*, op.cit., p.58.

¹²⁸⁰ C. A. Moheyddine Qurradaghi, *L'assurance islamique (Takaful) : étude des fondements juridiques approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratiques*, éd. Bayane p. 21 ; V. aussi M. Hamidullah, « Islamic insurance », *Islamic Review* », n° 39, 1951, pp. 375-398.

la présenter comme un service figurant dans le panel des produits proposés par les banques d'affaires¹²⁸¹ justifiant par la même occasion le développement de la bancassurance permettant aux banques de pratiquer des activités dévolues traditionnellement aux compagnies d'assurance.

870. Le système islamique utilise presque tous les services qui existent dans les banques conventionnelles, ce qui facilite naturellement la concurrence. Nous avons fait abstraction à certains services tels que les opérations de virements, les traitements des chèques, *etc.* Ces services ne présentent pas de différence fondamentale méritant une quelconque étude ou analyse, selon nous. Nous allons analyser les produits dans ces différents modèles bancaires islamiques.

¹²⁸¹ A. Astaix , « Banque-assurance : une nouvelle autorité de contrôle », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 4, p. 191.

Chapitre II. L'ingénierie juridique des produits islamiques

871. L'examen des services dans notre précédent chapitre semble être facile, parce que les produits ne subissent pas l'influence du droit des contrats avec ces techniques juridiques spécifiques utilisées dans les banques islamiques. L'analyse juridique de ces produits ne le serait pas, dans la mesure où elle fait appel aux mécanismes des contrats issus du droit musulman dont l'évolution est conditionnée par la nécessité de la mise en place d'un droit bancaire moderne, conforme non seulement aux règles religieuses mais répondant aussi aux réalités contemporaines¹²⁸² lui permettant de concurrencer le système actuel.

872. Cette idée de moderniser la finance islamique nécessite au préalable l'examen de l'ensemble des principes qu'elle utilise tant classiques que modernes¹²⁸³. Avant de poser les jalons pour l'émergence d'un droit bancaire de type nouveau apte à concurrencer le système classique. Ce droit moderne¹²⁸⁴ semble être en contradiction avec certaines règles de la *charia*, en ce sens que les nouveaux produits proposés transgressent les règles de base de cette finance qui tirent ses fondements du droit musulman. Dans ce chapitre, nous allons exposer de façon comparative les contrats que proposent le droit bancaire islamique et leur équivalence en droit français afin, de déceler leur véritable différence, avant d'aborder l'étude de ces contrats.

873. Il serait aussi nécessaire de montrer l'évolution et l'intérêt que cette finance a suscités de la part des autorités françaises au cours de ces dernières années. À cet effet, la commission des finances du Sénat avait rendu en octobre 2007 un rapport d'informations¹²⁸⁵ attestant la volonté des autorités à développer la finance islamique tout en mettant les adaptations juridiques et fiscales nécessaires. Ce rapport fut suivi par une table ronde organisée le 14 mai 2008, elle s'intéressait à son tour aux frottements fiscaux pour permettre la commercialisation

¹²⁸² Ch. J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op. cit.*, p. 38.

¹²⁸³ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, Ed. d'Organisation, 2003, p. 93.

¹²⁸⁴ Cf. A. Amar, *Les stratégies des fonds de fonds islamiques capital investissement*, Presses universitaires européenne, août 2010, 336 pages ; V. aussi H. Pope, « Islamic banking Grows, with all sorts of rules », *The wall street journal*, May 3, 2005.

¹²⁸⁵ Rapport n° 33, 2007-2008

des produits islamiques en France¹²⁸⁶. Lors de cette table ronde, Maître Gilles Saint Marc avait soulevé les points communs que le système islamique partage avec le droit français, en s'appuyant sur les grands principes de la finance islamique. Il a décelé la ressemblance entre l'interdiction du *riba* et la prohibition de l'usure dans la législation française ; l'interdiction de financer dans des domaines du *haram* assimilable aux règles relatives aux bonnes mœurs et à l'ordre public. Il conclut que l'intégration de cette finance ne demande pas de réformes majeures¹²⁸⁷, simplement des ajustements de certains principes du droit.

874. C'est peut-être cette analyse de Maître Gilles Saint Marc qui a influencé le législateur avec l'adaptation par l'administration fiscale d'un régime de traitement favorable aux produits financiers islamiques : en ce qui concerne le droit d'enregistrement offrant un double droit de mutation et une taxe de plus onéreuse. Les Bulletins officiels de l'administration fiscale n° 22 du 25 février 2009¹²⁸⁸ et la loi du 18 mars 2009 ont instauré officiellement le mécanisme de la fiducie en droit français¹²⁸⁹ afin de faciliter la commercialisation des *sukuk*. La note de

¹²⁸⁶ O. Pastré et E. Jouini, *Rapport : Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique en France par Paris Euro Place*. La Finance Islamique a, in fine, la même finalité que la finance conventionnelle. Elle sera donc obligée d'évoluer pour s'adapter aux besoins du marché et, compte tenu de la globalisation de certains marchés financiers, de tolérer une convergence avec les pratiques de la finance traditionnelle. Mais c'est également une discipline très « chargée de point de vue émotionnel, symbolique et conceptuel ». Elle incarne un certain nombre de principes éthiques, qui s'ajoutent aux contraintes de fonctionnement habituelles de toute institution financière. Cela implique des divergences importantes et incontournables entre Finance Islamique et Finance Conventionnelle sur plusieurs points : en matière de risques, de structuration des produits financiers, de savoir-faire et de compétences requises, etc. L'habillage est secondaire. Ce qui compte en Finance Islamique, c'est la finalité de l'investissement (clairement identifiée) et la traçabilité de l'argent. Plus que l'intérêt, ce qui est interdit c'est la revente tel quel du crédit en le coupant de sa finalité. Par ailleurs, si la prohibition totale de la *riba* (intérêt), qui est un des piliers de la Finance Islamique, paraît difficilement applicable à l'extérieur du monde musulman, on retrouve des correspondances entre de nombreux autres principes de la Charia et certaines normes éthiques des pays non-musulmans. Et même dans le domaine de l'économie et de la finance, on retrouve des marchés qui partagent des exigences éthiques communes avec la Finance Islamique. Certaines sont récentes, comme l'ISR (Investissement Socialement Responsable), d'autres ont des origines relativement anciennes, comme les fonds « chrétiens » (qui existent depuis plus de 100 ans). Selon Morningstar, société d'analyse d'investissement américaine, l'avantage des fonds de placement religieux tient au fait qu'« ils attirent des gens qui n'auraient pas investi autrement ». Loin de faire des bénéfices le premier critère d'investissement, les fonds religieux examinent aussi les sociétés, dont ils achètent des actions, sous le prisme de la nature même de leur activité, de leur politique salariale ou encore de leurs partenariats. L'utilisation des fonds doit être conforme aux desiderata des investisseurs et il faut être en mesure de les rémunérer en fonction de cette utilisation (lien entre finalité et rémunération et lien entre rémunération et couple risque-rendement).

¹²⁸⁷ V. rapport n° 329 du 14 mai 2008

¹²⁸⁸ Régime fiscal du *murabaha*, *Sukuk* et les produits assimilés, Fiches n°1-A et n° 2. A disponible : <http://www11.minefi.gouv.fr/boi/boi2009/4fepub/textes/4fe09/4fe09.pdf>

¹²⁸⁹ L'article 2011 du Code civil ; Cf. L. Aynes, P. Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 38, pp. 2559-2560.

l'AMF, du 17 juillet 2007, avait permis aux OPCVM de recourir à des critères extra-financiers de sélection et de faciliter la reconnaissance des *sukuk*¹²⁹⁰.

875. Cette juxtaposition des principes de la finance islamique et ceux du droit français a donné lieu à un parallélisme entre les deux systèmes juridiques, allant même jusqu'à assimiler les produits islamiques à certains contrats français, tant dans leur régime que leur qualification juridique. En ce sens, les contractants sont autorisés à choisir les règles religieuses pour faciliter le dénouement des transactions en cas de contentieux, leur permettant de choisir le droit applicable. Toutes ces avancées remarquables attestent de la volonté des autorités et des acteurs économiques à vouloir accueillir la finance islamique. Mais ils l'ont peut-être mal accompagné, dans la mesure où rien n'a été dit ni sur le régime ni sur les qualifications juridiques des contrats qui constituent les outils indispensables pour le fonctionnement d'une banque, quels que soient sa forme et son genre. C'est pourquoi nous allons présenter les produits islamiques dans une première section, avant d'aborder leur analyse juridique dans une seconde section.

¹²⁹⁰ M. Storek, « Conditions d'agrément d'un OPCVM islamique et conditions d'admission à la négociation des obligations islamiques *sukuk* sur un marché réglementé français : l'AMF publie deux notes faisant état de la réglementation applicable en France, », *RTD. Com.* 2008, p. 808 ; AMF, 17 juillet 2007, critères extra financiers de sélection de titres : cas des OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique.

Section I : La présentation des produits dans les banques islamiques

876. La présentation des produits dans le système financier islamique dans cette section va faire abstraction de la distinction entre les banques commerciales et les banques d'affaires. Elle va s'effectuer sous le terme générique de banque, nécessitant une analyse de ces produits en fonction de l'évolution de cette industrie. L'étude des produits anciens nous permet de clarifier davantage l'intitulé du titre de notre première partie « la banque islamique, un oxymore ». Une fois présenté le caractère globalisant et général de l'Islam, ce qui fait que le droit musulman est à la fois religion et système juridique voire une culture¹²⁹¹. Cette présentation sera pour nous l'occasion de montrer que l'activité bancaire n'est pas chose récente en Islam. Ainsi, aussi loin que nous remontons dans le temps, nous constatons que des transactions financières ont été menées dans le respect des règles religieuses. L'exposé des produits anciens va nous permettre d'y voir plus clair.

877. Le caractère paradoxal des banques islamiques va se justifier par l'émergence de produits nouveaux¹²⁹² donnant naissance à un droit musulman moderne¹²⁹³. Cette modernisation est instaurée dans le but de mieux concurrencer le système conventionnel en dérogeant aux grands principes qui fondent cette finance et le droit qui le sous-tend. La violation de telles règles nous fait douter du caractère islamique de ces nouveaux produits, d'autant plus que l'application des règles religieuses est indispensable pour la reconnaissance d'une activité bancaire. L'étude des produits modernes constitue pour nous une occasion de confirmer la qualité des banques, dans la mesure où elles utilisent l'ensemble des produits qui font fonctionner le système conventionnel, mais cette ouverture va à l'encontre des règles qui sous-tendent cette finance, et caractérise l'un des paradoxes majeurs de cette industrie.

¹²⁹¹ M. Noland, « Religion, Islam et croissance économique l'apport des analyses empiriques », *Revue Française de gestion*, 2007/2, n° 171 : Disponible aussi sur le site www.carin.info/article.php?ID_Revue=RFG, consulté, le 24/05/2010.

¹²⁹² Ch. J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op.cit.*, p. 31.

¹²⁹³ J. Schacht, *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve Larose, Paris, « Collection Islam d'hier et d'aujourd'hui », 1992, p. 91 ; v. aussi, G. Lemba, « La SCIAPP : nouvel instrument juridique français, 100% charia compatible », *Droit et patrimoine*, 2010, n° 188, p. 38-40.

878. Nous allons présenter les produits de la finance islamique en tenant compte de leurs évolutions, en commençant par les produits anciens (§I) avant d'aborder les produits contemporains ou modernes (§II) afin de les mettre en juxtaposition avec le régime des contrats du droit français pour un essai de qualification qui serait à cheval sur deux systèmes. Nous allons commencer à définir chacun de ces produits en partant de leur étymologie religieuse, en évoquant la conception de chaque école de pensée, le cas échéant dans l'hypothèse où leurs interprétations seraient différentes d'une école à une autre, avant de finir par le fondement de leur légitimation au regard de la *charia* ou de la *fiqh*¹²⁹⁴.

Paragraphe I) Les produits participatifs

879. Le commerce n'est pas totalement absent ni absolument interdit dans la religion musulmane¹²⁹⁵, sa présence est attestée par l'une des sourates du Coran qui tout en interdisant l'intérêt légalise le commerce¹²⁹⁶. Le commerce est considéré comme une activité noble dans la religion musulmane, car les *Horaysiines*, la tribu dont le Prophète est issu, le pratiquaient à Médine, surtout pendant la période du Pèlerinage. Le métier de banquier est directement lié à l'activité de commerce. Ainsi, il est défini « *comme étant un commerçant qui stipule sur la monnaie et le crédit* » : avec son activité, le banquier demeure un commerçant¹²⁹⁷. De même, le prêt n'est pas interdit en Islam, seul le prêt à intérêts fondé sur l'écoulement du temps est prohibé sous toutes les formes, qu'il soit fixe ou prédéterminé¹²⁹⁸.

880. La reconnaissance et l'existence de l'activité commerciale dans les sociétés islamiques étaient subordonnées à l'existence de produits qui permettaient de faciliter le fonctionnement de leurs activités. Les opérations commerciales se déroulaient dans des marchés et des centres d'affaires loin des banques. Les commerçants étaient tenus de respecter les règles de la *charia*, en tenant compte du principe de l'interdiction de l'intérêt et de l'investissement dans des secteurs licites.

881. Le respect de ces obligations nécessite la mise en place de mécanismes propres ; en ce sens, le contrat de vente est au cœur de l'activité bancaire, car tous les produits sont dérivés

¹²⁹⁴ L. Milliot, « L'idée de la loi dans l'islam », *Revue internationale de droit comparé*, 1952, p. 769

¹²⁹⁵ Cf. H. Bouaziz, « Les banques islamiques à l'assaut du Maghreb », *Banque stratégie*, 2007, n° 253, p. 24-26.

¹²⁹⁶ Coran, *Sourate 275*, verset II.

¹²⁹⁷ R. Routier, *Obligations et Responsabilités du banquier*, *op. cit.*, p. 45.

¹²⁹⁸ H. Hajjaji, « Pactes d'actionnaires et financements islamiques », *Revue de droit des affaires internationales*, 2009, n° 5, p. 507 ; Cf. A. Giddens, « The construction of society: Outline of the theory of structuration », *Oxford Polity Press*, 1984.

de ce contrat. Tous ses produits doivent aussi passer au crible du conseil religieux avant d'obtenir le label religieux. Nous n'allons pas revenir sur les détails de ce contrat ni sur l'organisation du conseil. Nous allons examiner les techniques de financement participatives actives (I) : comme le *moucharaka* qui se rapproche du *commoda* en faisant apparaître les similitudes, avant de voir les techniques de participation passive, l'exemple *moudaraba*(II).

I) La *moucharaka*, comme technique de financement participative active

882. La *moucharaka* vient du mot arabe « *Shirka* » qui signifie association, sociétés¹²⁹⁹. Elle trouve ses racines aux premiers temps de l'Islam : un marchand aisé finançait une opération avec un entrepreneur et partageait à égalité les profits et les pertes¹³⁰⁰ avec son partenaire. Cette technique de financement regroupe la participation en capital de deux ou plusieurs parties au capital d'une même affaire afin de partager les profits ou les pertes¹³⁰¹. La *moucharaka* est basée sur un partage équitable des risques générés par l'opération financée¹³⁰². Cette opération est fondée sur la moralité du client, la relation de confiance et la rentabilité du projet ou de l'opération¹³⁰³. De par sa simplicité, sa souplesse et sa vocation participative, ce produit présente des avantages pour la banque et les autres partenaires financiers. Pour la banque, cette formule présente des opportunités de placement à long et à moyen terme de ses ressources dans le respect strict des règles religieuses. Pour les partenaires, le premier avantage consiste à l'indépendance et l'autonomie dont il dispose dans la gestion du projet. En effet, ils apportent leur expertise et leur savoir-faire dans la gestion du projet, alors que le banquier n'aura pas à s'immiscer dans la réalisation du projet¹³⁰⁴. Cette abstinence du banquier dans la réalisation du projet lui fait perdre son statut d'intermédiaire

¹²⁹⁹ Ch-J.Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op.cit.*, p. 42.

¹³⁰⁰ S. Al-Suwailem, « Venture capital: A Proposal Model of Mousharaka », *Journal of Islamic Economic*, 2004, vol. 10.

¹³⁰¹ Cf. H. Bouaziz, « L'heure de vérité pour les banques islamiques », *Revue Banque*, mars 2009, n° 711, p.73-76.

¹³⁰² E. Jouini, O. Pastré, « La finance islamique une solution à la crise ? », *op. cit.*, p. 25. ; v. aussi H. Melliani, A. Aghrout, « Développement de la micro-finance islamique : défis et perspectives », *Les cahiers de la finance islamique* n° 2, École de management de Strasbourg.eu, p. 25-38.

¹³⁰³ H. Meliani, A. Aghrout, « Développement de la micro-finance islamique : défis et perspectives », *Les cahiers de la finance islamique* n° 2, Ecole de management de Strasbourg.eu, p. 23 ; v. aussi *moucharaka*, in *Les technique de crédit islamique*, disponible www.labanque.fr/Fonds%20d%20investissement, p. 4

¹³⁰⁴ H. Hourani, « The Three principles of Islamic Finance », *International Financial Law Review*, May 2004, p. 4.

financier dans le cadre de cette opération et permet d'assimiler l'opération, par la même occasion, à un financement direct. Ce produit procure *a posteriori*, le principe du partage de risque en faisant de ce mode de financement un procédé très attractif, car ils ne seront pas les seuls à supporter les risques de l'opération.

883. La rémunération de la banque, loin d'être un taux d'intérêt fixe naissant de l'écoulement du temps¹³⁰⁵, reste une contribution variable liée et influencée par le résultat de l'exploitation et des apports des parties. Mieux encore, en cas de résultat déficitaire, le banquier ne pourra pas prétendre à une quelconque rémunération, mais elle doit contribuer au comblement de ce déficit au *prorata* de sa contribution¹³⁰⁶. En plus, tous les associés ont un droit de regard sur la réalisation du projet. Dès lors, il faut distinguer le banquier qui n'a pas de compétences ou de connaissances spécifiquement liées au projet en question. Ce dernier va se contenter de rapports d'informations que son partenaire lui fournit, d'où l'importance et le rôle de la confiance dans ce type de financement. Les partenaires peuvent se retirer à tout moment, dès l'instant où ils commencent à douter de la bonne marche du projet ou du non-respect des règles préétablies. D'une manière générale, la banque n'intervient dans la réalisation du projet que pour s'assurer de son bon déroulement, son partenaire détient une meilleure maîtrise en raison de son expérience professionnelle et de sa compétence avérée.

884. Dans cette technique de financement, les partenaires sont parties prenantes et assument un partage équitable des gains et des pertes. Cette même technique de financement participatif donne naissance à un type de rapport non pas basé sur le modèle créancier-débiteur, mais sur celui de partenaire, d'où l'appellation technique de financement participatif¹³⁰⁷.

885. Il n'existe pas un seul modèle de *moucharaka*, cette diversité marque l'intérêt et l'importance de ce produit et mérite d'être examinée. Nous verrons, successivement, la *moucharaka* contractuelle (A) et la *moucharaka* de fait (B). Il faut tout de même noter qu'il

¹³⁰⁵ F. Masmoudi, T. Belabed, « La finance islamique dans le contexte de la crise financière : opportunités et défis », *Capmena*, mars 2010, p. 1. L'auteur cite Saint-Thomas d'Aquin (XIII^e siècle) « le temps est un bien accordé par Dieu ; il ne faut pas tirer profit de son écoulement »

¹³⁰⁶ B. Boualem, « La *moucharaka* ou mode de financement de la participation », in *Introduction technique de financement des produits de la finance islamique*, Banque Islamique de développement, 1996, p. 35. Selon l'autre, « la *Moucharaka* en tant que mode de financement est basée sur la répartition juste du capital ».

¹³⁰⁷ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique une finance douteuse ? », *Les Cahiers de la Finance islamique*, n° 2, *op. cit.*, p. 15.

existe d'autres modèles peu connus et peu utilisés que nous présenterons brièvement, après l'étude des deux grands modèles populaires.

A) La *moucharaka* contractuelle

886. Comme son nom l'indique, la *moucharaka* contractuelle est la somme des volontés des parties, autrement dit elle est la rencontre d'une offre et d'une demande émanant des acteurs du projet¹³⁰⁸. Cette technique de financement participative est considérée comme une véritable *moucharaka* car les parties acceptent de leur propre gré, sans aucune clause d'adhésion, les clauses. Les règles qui gouvernent le droit des contrats en droit musulman sont appliquées comme celle du respect de la parole donnée¹³⁰⁹ dont la violation est source de rupture de la relation contractuelle et éventuellement à l'octroi des dommages et intérêts. Les pertes seront partagées en fonction de l'apport participatif et les profits supportés selon les termes prévus dans le contrat¹³¹⁰. Ce contrat est automatiquement frappé de nullité en cas de décès de l'un des associés de faillite, ou de perte totale du capital¹³¹¹. Un autre modèle de *moucharaka*, différent dans la modalité de formation, et différent de la première.

B) La *moucharaka* de fait

887. Contrairement à la *moucharaka* contractuelle qui demeure la loi des parties, la *moucharaka* de fait fonctionne différemment, car la mise en œuvre d'une telle participation est due à la forme ou à la destination même du bien sur laquelle porte le projet. Ainsi, une personne peut de manière volontaire accepter une donation sur un bien indivis ou accepter un testament sur un bien indivision. Une association n'est pas une société au sens du droit musulman puisque les conditions sont imposées par l'individu or, dans ce droit c'est la *charia* qui pose les règles conséquence de l'absence totale du principe de la liberté contractuelle. Parallèlement à ces deux grands types de *moucharaka* bien connus, d'autres modèles peu connus se fondent sur la confiance et l'honorabilité des associés permettant au banquier de

¹³⁰⁸ Ch. J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op.cit.*, p. 38.

¹³⁰⁹ Coran, versets 282 et 283 de la *sourate al Baqara* « Ô croyant quand vous contractez une dette à l'échéance mettez à l'écrit. »

¹³¹⁰ Cf. M. Boureghida, M. Hamra Krouma, « Problématique pratique des financements de projets islamiques », *Banque stratégie*, 2007, n° 253, p. 4-7.

¹³¹¹ B. Boualem, « La *moucharaka* ou mode de financement de la participation », in *Introduction technique de financement des produits de la finance islamique*, Banque Islamique de développement, 1996, p. 35.

financer le projet, sans aucun apport de la part de l'autre partie. Cette technique dite de la *moucharaka* est aussi appelée société de crédit, du fait que le banquier octroie un crédit en orientant la destination des fonds et contrôle la gestion du projet financé.

888. La *moucharaka* peut aussi être classée en tenant compte du degré de participation du banquier : soit il retire son capital au fur et à mesure de l'avancement du projet dite *moucharaka* dégressive, soit il le maintient jusqu'au terme du contrat, appelé *moucharaka* constante. Cette classification moderne ne sera pas développée dans ce paragraphe, car ce contrat est exclusivement réservé aux modes de financement classique. La présentation de ce produit permet de le comparer à d'autres techniques de financement participatifs, telles que la *moudaraba*. Cette dernière est différente selon la modalité de gestion, au moment où la banque prend part à la gestion dans la technique de la *moucharaka* par le fait que chaque partie aura le droit de regard sur le bon fonctionnement du projet. Cette possibilité n'est pas offerte aux associés d'un contrat de *moudaraba*. La différence la plus remarquable se situe au niveau de l'application du principe de partage de profits et de pertes.

889. Dans la *moucharaka* les partages de pertes sont déterminés dans le contrat et celui des profits en fonction des retombées du projet, il en est autrement dans la *moudaraba*. Cette présentation nous donne des éléments et des critères qui facilitent l'analyse et la nature juridique de ce produit au regard du droit français. L'implantation des banques islamiques en France nécessite, au préalable, de reconnaître le droit applicable en cas de contentieux, ce qui passe nécessairement par l'étude du droit des contrats. Déterminer sa nature juridique reviendrait à répondre à la question : la *moucharaka* est-elle un prêt participatif ou un contrat de société ? L'analyse juridique de ce produit dans la section suivante nous apportera peut-être une réponse à cette question. À présent, voyons la *moudaraba*, comme technique de financement participatif passif.

II) La *moudaraba*, technique de financement participatif passif

890. Les règles posées en droit musulman, telles que la prohibition de la thésaurisation et du *riba*, ont conduit certains juristes musulmans à mettre en place des produits qui respectent ces interdictions, afin de permettre l'exercice de la profession de banquier. Le profit n'est pas

interdit en Islam, il doit être associé à un effort¹³¹². La *moudaraba* en est une parfaite illustration, puisqu'elle constitue un produit respectant les deux principales interdictions en Islam. Ce produit est l'association entre le capital provenant de l'investisseur et du savoir-faire et de l'expertise de l'entrepreneur. Cette technique de financement participatif bilatéral aurait été employée par le Prophète Mohammed sous forme d'opérations commerciales¹³¹³. De son origine, la prise de risque (littéralement en arabe) est un contrat d'association, dit de fiducie¹³¹⁴, entre le financier (*rab-el-mal*) et le travailleur (*moudarid*)¹³¹⁵. Dans ce montage, le financier est souvent une banque qui apporte le capital et l'investisseur contribue par son savoir-faire et son expertise¹³¹⁶. C'est la rencontre entre une personne qui détient un capital cherchant un détenteur de savoir-faire pour la réalisation d'un projet¹³¹⁷. L'idée qui sous-tend cette technique de financement est le partage du capital entre le bailleur de fonds et l'entrepreneur¹³¹⁸.

891. Le *moudaraba* se distingue de la *moucharaka* à deux niveaux : la première différence se manifeste au niveau de la gestion du projet. Dans la *moudaraba* seul l'entrepreneur s'occupe de la gestion du projet. De cette obligation, résulte sa responsabilité en cas de perte lui faisant perdre sa rémunération. La participation du banquier permet de qualifier la *moucharaka* de technique de participation active, et de technique de participation passive pour le *moudaraba*

¹³¹² B. Pras, C. Vaudour-Lagarde, « Marketing et islam. Des principes forts et un environnement complexe », *Revue française de gestion*, 2007/2 -n°171, p.8, selon les auteurs, La religion affecte le matérialisme et le rapport à la consommation, le rapport au travail, à l'argent et au profit (Mendel, 1991). Dans la religion catholique, l'argent et le profit sont mal perçus, mais pas la consommation ; chez les protestants la situation est inverse, les dépenses sont considérées comme un signe de faible moralité mais pas l'accumulation de richesse acquise par le travail et la productivité ; le comportement est plus économe et porté vers l'épargne (Weber, 1905). En ce qui concerne l'islam, Zainul *et al.* (2004) soulignent que le Coran encourage le travail, qui est même considéré comme un devoir. L'homme doit travailler pour son succès et son confort sur terre mais aussi pour sa vie future. Le profit en lui-même n'est pas condamné, mais il ne doit être qu'un objectif secondaire qui passe après Dieu. De plus l'islam rejette l'obtention facile de quelque chose, sans labeur, ou l'obtention d'un profit non justifié par un travail effectif. Selon Rice et Al-Mossawi (2002), l'islam n'est pas une religion ascétique mais prône néanmoins une consommation équilibrée. Si le matérialisme instrumental (dans lequel les objets sont valorisés pour leur capacité à aider à accomplir des tâches) est accepté, ce n'est pas le cas du matérialisme terminal (dans lequel les objets sont valorisés pour eux-mêmes). La simplicité, le partage des richesses sont préférés à une consommation ostentatoire. ; V. aussi, S. Khan, *Profit and loss Sharing*, Oxford University, Press, 1987.

¹³¹³ A. Maoula Chaar, « Charia 'a et institutions financières islamiques », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, op. cit., p. 56.

¹³¹⁴ Transfert de propriété soumis à des conditions d'usage ou de durée.

¹³¹⁵ S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, 2^e éd. 2011, op. cit., p. 75.

¹³¹⁶ E. Jouini, O. Pastré, *La finance islamique une solution à la crise ?* op. cit., p. 23.

¹³¹⁷ J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique une finance douteuse ? », *Cahiers de la finance islamique*, op.cit., p. 15.

¹³¹⁸ *Ibid.*

où la gestion est confiée à une seule partie. Cette différence peut être nuancée, dans la mesure où dans le financement par le *moucharaka* le banquier, bien qu'ayant le pouvoir, se réserve le droit de superviser ou non le projet, parce qu'il fait confiance à son partenaire qui est souvent spécialiste dans ce domaine. Ce qui nous conduit à qualifier cette technique de financement de participation passive. La seconde distinction apparaît au moment du dénouement avec le mécanisme du partage des profits et des pertes. En effet, dans toutes ces opérations, le but visé par les acteurs est de partager les bénéfices et les pertes générés par les projets, autrement dit la mise en place d'un mode rémunération participative et conforme aux normes religieuses. Dans la *moudaraba*, les profits sont partagés entre les partenaires après que l'investisseur ait retiré son capital et les frais engagés. Par ailleurs, les pertes sont supportées intégralement par l'investisseur¹³¹⁹. Avec ce partage des pertes, il ne doit pas forcément être équitable, car l'entrepreneur perd sa rémunération en cas d'échec du projet.

892. La relativité du principe de partage des profits et des pertes dans cette technique de financement a poussé les banquiers vers le système islamique mettant en place d'autres types de *moudaraba* dans lesquels le banquier est à la fois l'investisseur et l'entrepreneur. La banque finance le projet en tant que « partenaire financier silencieux »¹³²⁰. Elle est souvent connue sous le nom de la *moudaraba* à deux volets (A), les conditions de formation de cette technique seront étudiées (B)

A) La *moudaraba* à deux volets (*moudaraba two tiers*)

893. En principe, la technique de financement par *moudaraba* fait intervenir deux acteurs, la banque qui apporte son capital et son client avec son savoir-faire et son expertise constituant la rencontre du capital et du savoir-faire. Dans cette configuration, le banquier est souvent appelé à soutenir seul l'échec du projet, ce partage unilatéral des risques ne répond pas véritablement à l'idée associative ou participative. C'est dans ce contexte que le banquier a mis en place une technique à part issue de la *moudaraba*. Dans ce mécanisme, le banquier est à la fois investisseur et entrepreneur, d'où l'appellation de la *moudaraba* à deux volets. La banque est la seule à réaliser le projet en question, elle emprunte les chaussures de l'investisseur. En ce sens, elle utilise les fonds de ses clients, autrement dit elle finance le

¹³¹⁹ S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, op.cit., p. 76.

¹³²⁰ I. Elzein Elmahi « La banque islamique au Soudan », *Techniques financières et développement*, n° 90.

projet avec le dépôt de ses clients. Cette opération est-elle légale au regard du droit musulman ? Des conditions préalables ne sont-elles pas requises pour sa validité ? Répondre à ces questions reviendrait à réexaminer le contentieux sur l'interdiction de l'intérêt ou celle du *riba*.

894. Nous sommes d'accord sur le fait que la prohibition du *riba* a une nature hybride, il est interdit tant pour les transactions entre le client et le banquier que pour le banquier et son client. Autrement dit, toutes formes d'intérêts sont interdites : débiteurs et créditeurs aussi. Cette interdiction absolue impose au banquier une autorisation préalable de son client avant d'investir ses fonds dans un projet. Dans ce type de *moudaraba* dite à deux volets, le principe du partage des pertes ne semble plus jouer un rôle déterminant, car le banquier étant à la fois investisseur et entrepreneur supporte les pertes et encaisse les profits. Quel est l'intérêt d'un tel montage pour le banquier ? Dans la figure classique, le banquier supporte toutes les pertes liées à l'échec du projet, avant de partager les profits après avoir déduit son capital investi et les frais engagés. Le recours à un expert est une condition nécessaire pour la réussite d'un projet, le fait de concrétiser le projet sans être cautionné par un spécialiste est un risque que le banquier ajoute à d'autres risques potentiels. Dans cette *moudaraba* à deux volets, nous ne voyons pas comment nous pourrions mettre en application le principe du partage des pertes et des profits, car pour qu'il y ait un partage, il faut avoir au moins deux parties et, dans ce cas de figure, le banquier est à la fois investisseur et entrepreneur. Cette unilatéralité modifie le rôle d'intermédiaire du banquier et porte atteinte aux mécanismes de partage¹³²¹. La validité de ce produit est soumise au respect d'un certain nombre de conditions.

B) Les conditions de validité de la *moudaraba*

895. La *moudaraba*, avant d'être un produit, est un contrat bilatéral faisant naître des obligations entre un investisseur et un entrepreneur dont l'objet essentiel est de partager les profits et les pertes¹³²². Cette définition tient seulement compte des critères de la *moudaraha* classique, puisque dans la *moudaraba* à deux volets, il y a une seule partie, ce qui fait perdre au contrat sa nature bilatérale en devenant unilatéral. Ainsi, il fait disparaître la règle du partage des profits qui ne trouve plus d'application. Le caractère contractuel de ce produit fait

¹³²¹ E. Jouini, O. Pastré, *La finance islamique : une solution à la crise ? op. cit.*, p. 25.

¹³²² A. Maoula Chaar, « *Charia'a* et institutions financières islamiques », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique, op.cit.*, p. 57.

naître des conditions de validités, les unes sont liées aux contractants et les autres à l'objet du même contrat. Pour ce qui est des conditions relatives aux contractants, nous pouvons noter la capacité, même si l'on accepte des contrats conclus par des mineurs dans certains cas. Cette condition renforce l'idée de la protection des parties et de la sécurité contractuelle qui demeure un principe essentiel en droit musulman¹³²³ et du droit qui le sous-tend. En ce qui concerne les conditions relatives à l'objet du contrat, ces dernières renvoient aux principes qui gouvernent la finance islamique, l'interdiction du *riba*, du *gharar* et de l'investissement dans des secteurs licites¹³²⁴. La condition liée au mode de rémunération est la plus importante, puisque l'Islam interdit toute rémunération fondée sur un taux d'intérêt ou un taux excessif¹³²⁵ calquée sur l'écoulement du temps. Nous avons opté pour une interprétation extensive englobant tant l'intérêt que l'usure. Cette conception large de cette notion renvoie à la conception soutenue par le cheikh de l'université d'Al Azhar.

896. En ce qui concerne les conditions relatives au capital versé, nous pouvons citer :

1. Le capital doit être une somme d'argent ;
2. La part du bailleur de fonds doit être définie au préalable ;
3. Il est interdit de limiter l'activité de la société dans le temps ;
4. Aucun autre contrat ne peut se greffer à la *moudaraba* ;
5. Aucune des deux parties ne peut se réserver une part de bénéfice avant la répartition¹³²⁶.

897. Ces produits participatifs sont caractérisés par l'application du mécanisme de partage des profits et des pertes permettant une prise de participation équilibrée et équitable entre les partenaires du projet. Si la *moudaraba* et la *moucharaka* sont des produits classiques connus dans les sociétés musulmanes, leur conformité aux règles religieuses ne pose pas de doute. Il en va autrement pour les autres produits commerciaux.

¹³²³ F. Durand, S. Hazouk, « La murabaha », *Revue de droit bancaire et financier*, mars-avril 2011, étude n° 16, p. 38.

¹³²⁴ Ch.-J. Serhal, « La structuration des produits charia compatibles », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, op.cit., p. 200-201.

¹³²⁵ Ch.-J. Serhal, « La structure des produits charia compatibles », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, op.cit. p. 212.

¹³²⁶ F. Bourabiat, A. Patel, « La finance islamique : convergence éthique et pratiques pour l'accèsion à la propriété et les investissements responsables », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, op. cit., p. 257.

Paragraphe II) Les produits commerciaux

898. Les produits commerciaux contribuent à la mise en œuvre de la mission d'intermédiation de la banque islamique, concurrencés par les banques dites conventionnelles ou classiques. Les banques islamiques présentent une variété de produits très riche, allant du crédit à la consommation jusqu'aux modes de financement des entreprises en passant par les produits d'assurance. Le système islamique est dans l'obligation de mettre en place des produits similaires à ceux du système classique, tout en respectant les règles de la loi musulmane telle que l'interdiction du *riba* et du *ghara*. C'est dans ce contexte que les banques islamiques ont dérogé à ces normes dans le but d'instaurer des produits modernes leur permettant de concurrencer la finance conventionnelle, par des subterfuges juridiques¹³²⁷ appelés *hyales*, afin de rendre ces produits conformes aux normes. Ces produits commerciaux sont fondés soit sur la

base d'un contrat de vente qui constitue le modèle de base de l'ensemble des contrats en droit musulman, soit sur la base d'un crédit associé à la vente. Au même titre que les produits participatifs, les produits commerciaux et certains produits classiques se fondent sur le principe

de partage des profits et des pertes. D'autres, plus modernes, ont recours à des expédients ou des *hyales* pour contourner la prohibition de l'intérêt.

899. Nous allons voir les produits commerciaux classiques (I), en passant par les produits dérivés (II), avant de finir par des moyens de financement modernes (III).

I) Les produits commerciaux classiques

900. Par produits commerciaux, nous faisons allusion aux produits financiers qui permettent aux particuliers et aux entreprises de financer leurs projets par opposition aux produits d'investissement. Cette distinction renvoie à celle qui gouverne les banques d'investissement et les banques commerciales. Parmi ces produits, nous pouvons citer : la *mourabaha* ; l'*ijira* ; la vente *salam et istisna'a*. Notre analyse sera plus axée sur la

¹³²⁷S. Boustany, *L'établissement d'une banque islamique en France*, mémoire de Master 2, Paris Panthéon-Assas, 2010, p. 34.

murabaha (A) et l'*ijira* (B), car ils nous servent de toile de fond dans la démonstration de leur nature juridique en droit français. Par ailleurs, les deux derniers sont peu utilisés, ils seront examinés comme des produits dérivés.

A) La *murabaha*

901. La *murabaha* est la technique de financement la plus utilisée dans le mode de fonctionnement des banques islamiques, environ 80 % des activités bancaires islamiques¹³²⁸. Ce qui fait de ce produit l'épine dorsale de leur activité. Le mot *mourabaha* est dérivé du mot *ribh* qui, selon la *fiqh* islamique, signifie bénéfice renvoie à une vente avec un prix majoré¹³²⁹. Elle consiste en un achat en vue de revendre avec une marge correspondant juridiquement à l'intérêt¹³³⁰. Madame Nayla Comair-Obeid, l'a définie comme « *une vente ou supplément convenu qui représente le profit*¹³³¹ ».

902. L'opération commence par des pourparlers entre l'acheteur et le vendeur. Ils vont ensuite déterminer l'objet du contrat en précisant les caractéristiques du bien. L'acheteur (banquier) peut mandater son client pour qu'il choisisse le bien auprès de son fournisseur. Une fois cette phase contractuelle sur le bien terminée, les négociations débiteront sur le prix de revente du bien. Prix de revente dans lequel le banquier va majorer son prix de revient, d'où l'origine et l'appellation du produit *murabaha*. Ce produit comparé aux deux autres précédemment examinés ne fonctionne pas selon une idée participative, mais plutôt avec l'application d'un prix majoré ou un bénéfice¹³³² avec des conséquences liées aux risques de l'opération. Seul le banquier va supporter les risques entre l'achat auprès du fournisseur et la livraison du bien. Le banquier et son client sont seulement liés par une promesse synallagmatique de vente par laquelle le client donne un ordre achat d'un bien par écrit à la banque qui s'engage à le satisfaire.

¹³²⁸ Ch.-J. Serhal, « La finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français », *op. cit.*, p. 42.

¹³²⁹ M. O, S. Mohamed, « La *mourabaha* comme mode d'intervention dans les banques islamiques », in *Introduction aux techniques de financement islamique*, *op. cit.*, p. 126.

¹³³⁰ S. Boustany, *L'établissement d'une banque islamique en France*, Mémoire de Master 2, Paris Panthéon-Assas, 2010, p. 34 ; v. aussi H. Latrache, S. Oddos, « Le *Tawarruq*, un mal nécessaire ? », *Les cahiers de la finance islamique* n° 2, École de management de strasbourg.eu, p. 50-63.

¹³³¹ Comair-Obeid, *op. cit.*, p. 34.

¹³³² A. Maoula Chaar, « *Charia'a* et institutions financières islamiques », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, *op. cit.*, p. 83.

903. Le client supporte à son tour seul les frais, dans la mesure où la majoration du prix est calculée sur la base des frais occasionnés, ce qui fait disparaître le principe de partage de profits et de pertes dans cette technique de financement. Cette majoration peut être très élevée et, dans ce cas, le client sera dépourvu de protections, car le droit musulman ne reconnaît pas la lésion¹³³³. Avant d'examiner la légitimité de ce produit au regard des principes qui gouvernent la finance islamique, nous allons analyser les conditions de validité de ce produit (1), avant de voir les conditions de légitimité (2).

1) Les conditions de forme

904. Certaines conditions sont relatives à l'objet (1), les autres sont liées au prix (2).

a) Les conditions relatives à l'objet

905. Les contrats en droit musulman sont doublement encadrés, d'un côté il y a des règles religieuses¹³³⁴ et de l'autre des dispositions éthiques, sociales et morales qui sont corollaires aux règles religieuses. Ces interdictions posées doivent être respectées dans l'ensemble des produits proposés dans le système financier islamique. Cette exigence est beaucoup plus apparente et présente dans les produits commerciaux, puisque l'objet du contrat porte le plus souvent sur un bien. Le vendeur ou le crédit bailleur, selon le cas, doit être propriétaire du bien, car en droit musulman il est interdit de vendre ce que l'on ne possède pas¹³³⁵. Le bien objet du contrat doit aussi être conforme aux principes posés par la finance islamique, conforme aux prescriptions de la *charia*, c'est dire pas de financement de produits prohibés. D'autres conditions sont relatives au prix pour mieux permettre de respecter l'interdiction du *riba*.

b) Les conditions relatives au prix

906. Le commerce est permis et l'intérêt est interdit en Islam¹³³⁶, c'est ce verset qui légalise et légitime le commerce islamique, mais tous les profits ne sont pas autorisés dans la religion musulmane. Ils obéissent à des normes tirées des fondements mêmes du droit qui le sous-tend. Tout avantage ou surplus perçu par l'un des contractants sans aucune contrepartie équitable

¹³³³ S. Jahel, « La finance islamique », *Les cahiers de l'institut du pacifique*, n° 45, octobre 2009.

¹³³⁴ M. Taqi Usmani, « *Studies on Mousharaka, Darululoomkhi* », 2004, p. 3.

¹³³⁵ F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op. cit.*, p.

¹³³⁶ Coran, *Sourate 275*, Verset 2, *al Baqara*

est prohibé en droit musulman¹³³⁷, ce qui renvoie à la notion de *riba* que d'autres, à l'image du Professeur Sami Aldeeb, définissent en se fondant sur l'idée d'accroissement et d'augmentation¹³³⁸. C'est cette définition qu'il faudrait rapprocher du prix de vente dans l'élaboration de la *murabaha*.

907. La caractéristique essentielle de ce produit semble résider dans l'absence de *riba* et la mise en place d'une marge convenue mutuellement par les parties. Pour être reconnu comme tel, le prix doit non seulement être convenu par les parties, mais il doit être aussi la contrepartie d'une prestation fournie par la banque, à défaut il risquerait d'être assimilé à la rémunération du temps interdite en Islam. Quelle est la contrepartie que la banque fournit à son client ? À cette question certains ont assimilé ce produit comme étant un moyen de contourner l'intérêt pour légitimer cette pratique bancaire¹³³⁹. D'autres vont jusqu'à qualifier ce produit de véritable escroquerie¹³⁴⁰. Ce contentieux sur l'interprétation de la marge¹³⁴¹ dans ce type de contrat sème le doute et pose un problème épineux quant à la validité de ce produit, portant atteinte du coup à la légitimité de ses banques islamiques.

2) Les conditions de légitimité de la *mourabaha*

908. La légitimité et la légalisation de cette technique de financement au regard des règles du droit musulman, notamment sur le principe de l'interdiction du *riba*, instaurent une divergence au sein de la communauté religieuse. Cette divergence est due, en partie, à l'interprétation différente de cette notion à travers les courants de pensée et les écoles religieuses. Cette prohibition est interprétée comme étant tout accroissement sans contrepartie provenant de l'autre partie. La question est de savoir si la marge qui constitue un mode de rémunération dans le contrat de *mourabaha* peut être assimilée à du *riba*. Autrement dit, existe-t-il une différence entre le *riba* et le bénéfice ou la marge, voire même le profit ? Les juristes musulmans se sont divisés sur la réponse à cette question, ce qui ne nous surprend guère, dans la mesure où ces derniers n'ont toujours pas trouvé de consensus sur l'interprétation du *riba*. Il ne serait pas facile donc pour eux de répondre à cette interrogation.

¹³³⁷ M. El-Gamal, *Finance islamique : aspect légaux, économiques et pratiques*, op. cit., p. 81

¹³³⁸ S. Aldeeb, « Les intérêts chez les juifs chrétiens et musulmans », op. cit, p. 11.

¹³³⁹ *Ibid.*, selon l'auteur ce contrat est un prêt déguisé.

¹³⁴⁰ M. Charfi, *Islam et liberté, le malentendu historique*, Albin Michel, Paris, 1998, p. 126.

¹³⁴¹ *Mourabaha*, utilité de ce mode de financement, disponible <http://www.labanqueislamique.fr/mourabaha>, consulté le 06/03/2012, p. 2.

La légalisation de ce produit passe préalablement par la définition de cette marge, avant de voir s'il peut être assimilé à l'intérêt.

a) La définition de la notion de marge

909. Dans les produits participatifs tels que la *moudaraba* ou la *moucharaka*, c'est l'application du principe de partage des profits et des pertes qui permet de rémunérer le banquier, alors que dans les produits commerciaux, le banquier tente de mettre en avant des subterfuges pour contourner la règle de l'interdiction afin d'être rémunéré. C'est ce même procédé que l'on retrouve dans le mécanisme de la *murabaha*. Pour mettre en place cette technique, le banquier use de la marge pour être rémunéré sans passer par le mécanisme de l'intérêt ni par celui du principe de partage des pertes et des profits.

910. Cette marge, au même titre que le principe du partage des pertes renvoie à l'intérêt sous l'angle juridique. Rappelons que l'opération de crédit au sens du Code monétaire et financier se caractérise par l'onérosité de l'opération¹³⁴². Dès lors qu'il y a une contrepartie, l'opération sera qualifiée d'opération de crédit, peu importe la forme de la rémunération. Mais analyser ce contrat comme une opération de crédit ne permet pas d'assimiler la marge à l'intérêt. Ce qui nous amène à nous interroger sur cette notion : qu'est-elle réellement, a-t-elle les mêmes effets que l'intérêt ?

911. La différence fondamentale entre le système financier islamique et le système occidental réside dans l'application du taux d'intérêt dans le second, ce que les premiers prohibent, en n'opérant pas une distinction entre l'intérêt et l'usure. Si ces derniers ne font pas une distinction entre l'intérêt et l'usure, ils opèrent néanmoins une distinction entre *riba* et marge ou bénéfice, voire le profit. Alors que ces trois notions peuvent donner lieu à un même sens en droit puisque dès lors que le prêteur reçoit un retour, l'opération sera assimilée comme du crédit du point de vue juridique. Mais sur le plan économique ces notions sont différentes¹³⁴³. Ce qui rejoint la conception musulmane du *riba* et nous conduit à examiner la distinction entre la marge utilisée dans le mécanisme de la *mourabaha* et celle de l'intérêt prohibé en Islam.

b) La marge et l'intérêt

¹³⁴² L. 313-1 du Code monétaire et financier

¹³⁴³ A. Toussy, *Le taux d'intérêt dans le système bancaire islamique*, op. cit., p. 88.

912. L'intérêt est le prix du loyer d'argent, il permet non seulement au banquier de rémunérer son personnel, mais aussi de faire face à certains risques. Il est limité à un taux qui ne doit pas excéder un certain seuil, au-delà il devient usuraire, de là il diffère de l'usure¹³⁴⁴. Alors que le *riba* est, selon la conception musulmane¹³⁴⁵, un taux fixe et prédéterminé à l'avance sans contrepartie provenant de l'autre partie. De ces définitions, nous pouvons en déduire que le mot *riba* englobe aussi bien l'intérêt et l'usure, alors que la marge renvoie au surplus que le banquier rajoute sur le prix d'achat du bien afin de supporter les risques et les frais engendrés par la transaction. Cette marge est légitimée, du moment qu'elle représente une contrepartie et qu'elle soit consentie lors de la conclusion du contrat par les parties¹³⁴⁶.

913. La marge demeure fixe, elle ne peut pas être mise à la hausse une fois fixée, même si le client n'a pas respecté ses engagements. Dans ce cas, la banque peut appliquer à son client défaillant des pénalités qui seront logées sur un compte spécial « produit à liquider ». Le caractère fixe de cette marge constitue un gage de respect des règles posées par la *charia*, mais ce respect donne naissance à d'autres critères qui sèment le doute dans la légitimité de ce produit. Ainsi, en prévoyant des intérêts de retard dans l'exécution, ces intérêts auront la même valeur que le *riba* qui est interdit sous toutes ses formes, qu'il soit dû à un crédit à la consommation ou à la production, d'où l'intérêt de retard ou intérêt préfixé.

914. Si la *murabaha* gagne en prévoyant un taux d'intérêt fixé et prédéterminé lors de la formation du contrat, elle le perd en prévoyant des intérêts moratoires au moment de l'exécution du contrat. La *murabaha* reste une opération de crédit au regard du Code monétaire et financier, car il y a une rémunération marquant le caractère onéreux de cette opération et il y a aussi un engagement de la part de la banque. De quelle opération s'agit-il ? L'étude de sa nature juridique dans la section suivante nous permettra peut-être de répondre à cette question. Un autre produit connu dans le système islamique sort du lot en faisant appel à un autre mode de rémunération différent de la marge, mais aussi du principe de partage des profits et des pertes.

¹³⁴⁴ L. 313-1 du Code de la consommation.

¹³⁴⁵ M. El- Gamal, *Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques*, op. cit., p. 77

¹³⁴⁶ *Mourabaha*, Utilité de ce mode de financement, disponible : <http://www.labanqueislamique.frmourabaha.htm>. p. 2.

B) L'*ijira*

915. L'*ijira* ou *ijira* est un mode de financement à long terme conforme à la *charia*¹³⁴⁷. Il est différemment appréhendé sur le plan juridique, car certains le considèrent comme une vente de l'usufruit¹³⁴⁸, d'autres¹³⁴⁹ l'assimilent à une vente à crédit qui porte sur des biens d'équipements. Cette qualification est différente du fait qu'elle est considérée sur le plan conceptuel comme une transaction visant à financer à long terme des biens d'équipement ou d'autres immobilisations. À ce titre, la banque bailleur de fonds fournit les actifs nécessaires pour louer le bien pour une durée déterminée, en contre paiement de loyers fixes et périodiques, par des échéances semestrielles.

916. Cette technique de financement peut aussi être un moyen à court terme, notamment lorsqu'elle permet de financer des produits et que la marge est déterminée en tenant compte de la durée. L'étude de l'*ijira*, au même titre que les autres produits, nécessite une étude des conditions relatives à l'objet du bien (1) et celles relatives à la détermination de la marge ou des loyers (2).

1) Les conditions relatives au bien objet de l'*ijira*

917. Le contrat d'*ijira* vient du mot arabe *Oujra* « loyer » et est une variété de contrat de *leasing* ou de crédit bail par lequel une banque acquiert un bien nécessaire à la réalisation d'un projet et le loue à une entreprise pour un montant à des échéances déterminées¹³⁵⁰. Comme tout produit commercialisé dans les banques islamiques, il doit répondre à certaines conditions liées au bien. L'une des principales conditions concerne la conformité du bien aux règles du *halal* et du *haram*, du licite et de l'illicite.

918. En Islam, le commerce est soumis à des limites. Ainsi, certains produits comme l'alcool, la viande de porc sont interdits à la vente. En outre, le bien doit appartenir à la

¹³⁴⁷ Crédit-bail (Leasing), *Banque Islamique de Développement*, Télégramme Bankislami- Djeddah, p. 1.

¹³⁴⁸ M. El-Gamal, *Finance islamique : aspects légaux, économiques et pratique*, op. cit., p. 133, selon l'auteur, il s'agit « d'un usufruit accessible et désirable », V. aussi, Joseph Schacht, op. cit., p. 131.

¹³⁴⁹ S. Ridha, *Le financement islamique : concept et principes*, *Introduction aux techniques de financements*, op. cit. p. 16.

¹³⁵⁰ S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, op. cit., p. 82

banque, en l'occurrence le crédit bailleur. Cette condition qui est exigée dans tous les produits est plus importante dans l'opération de l'*ijira*.

919. La condition relative au prix influence aussi le prix du loyer que le locataire doit payer¹³⁵¹ au crédit bailleur. Dans le contrat de crédit-bail, le bailleur n'est pas forcément tenu d'acheter le bien objet du contrat, il peut être un simple locataire qui vend sous forme de loyers le bien avec une majoration. Or, dans l'opération d'*ijira* la banque est obligée d'acheter le bien avant de le louer à son client. Cette exigence rend plus coûteuse l'opération d'*ijira*, d'où le paradoxe de cette industrie que nous avons cru être moins coûteuse que le système classique, voire même gratuite. Même s'il se différencie des autres mécanismes de crédit, parce qu'il est basé sur un mécanisme de location et non pas sur celui d'une vente comme la *moudaraba*, son objet porte sur des biens réels liés à la valeur économique de la monnaie islamique. Elle ne peut pas porter sur des biens immatériels tels que l'argent et les créances, car ces biens ne peuvent pas faire l'objet d'un usufruit.

920. Au-delà des conditions relatives à l'objet, il faut envisager des conditions relatives au loyer qui permettent d'analyser la légitimité de ce produit au regard du droit musulman.

2) Les conditions relatives au loyer

921. Ce produit est différent des autres produits comme le *moudaraba* et la *moudaraha*, non seulement du fait que ces derniers se basent sur la vente, mais aussi que la légitimité de ce produit ne fait aucun doute de la part des écoles de pensée islamique, puisque cette légitimité se justifie par le fait que dans le contrat d'*ijira* on n'applique pas de marge mais des loyers. Cela justifie la validité de ce produit du point de vue religieux, car ce qui est interdit en Islam c'est le *riba* qui renvoie à un surplus ou un à accroissement injuste. Or, avec la technique de l'*ijira*, c'est la jouissance du bien qui constitue la contrepartie du loyer et justifie la légitimité de l'opération au regard des normes religieuses. Toutefois, la détermination du prix doit prendre en compte certaines considérations telles que les frais relatifs à la livraison du bien par le locataire. La durée du contrat doit être déterminée, elle constitue un élément important pour le transfert de l'usufruit. Si la légitimité de ce produit ne pose pas de doute au sein des écoles de pensée islamique, sa nature juridique mérite d'être précisée et déterminée. Ce point

¹³⁵¹A. Yagi, *Le droit musulman*, op. cit., p. 178.

fera l'objet de la section suivante. Les autres produits classiques moins utilisés, tels que le *salam* et l'*istisna'a* seront étudiés de façon groupée, sous la dénomination de produit dérivés.

II) Les produits dérivés : *salam* et *istisna'a*

922. Ces produits constituent une exception à l'un des principes phares du droit musulman, qui est celui de l'interdiction de la vente à tempérament¹³⁵². Il serait intéressant, dans le cadre de cette étude, de voir les causes et les fondements de cette légitimation. Il ne faut pas perdre de vue que le droit musulman est régi par le périmètre du licite et de l'illicite. Dès lors que l'on accepte une exception, il faut la justifier à travers des fondements religieux solides, à défaut les banques islamiques perdront toute leur légitimité au regard de leurs clients, et leur crédibilité vis-à-vis de leurs homologues et de leurs concurrents. Nous allons étudier successivement le contrat de *salam*(A) avant de voir celui d' *istisna'a* (B).

A) Le *Salam*

923. Le contrat de *salam* est légitimé par ce *hadith* « celui qui est engagé dans un contrat de *salam* qu'il le fasse en mesure connue, en poids connu et jusqu'à l'échéance fixée¹³⁵³ ». Ce *hadith* est reconnu par toutes les écoles islamiques, il fonde le consensus sur l'utilisation et la validité du *salam*. Pourtant, l'interdiction est non seulement légiférée dans des *hadiths* mais aussi dans des versets. Ces derniers ont plus de valeur au niveau de l'ordonnancement des règles juridiques du droit musulman. Les versets cités plus haut sont des *hadiths* au regard de l'ordonnancement juridique islamique. Alors, comment justifier cette légitimation du *salam* qui porte atteinte à l'interdiction aux règles contractuelles islamiques ? Ces mêmes éléments de légitimation du *salam* ne peuvent-ils pas être utilisés pour justifier le *riba* qui peut permettre de redynamiser l'économie musulmane ? Sa légitimité n'est pas automatique à nos yeux, car elle est soumise à des conditions dont les unes sont relatives à l'objet (1) et les autres au prix (2).

1) Les conditions relatives à l'objet du *salam*

¹³⁵² Z. Obeidi, *La banque islamique, une nouvelle technique d'investissement*, Beyrouth- Liban, Dar alrasahad al islamiya, 1988, p. 105 ; V. aussi Abdul Gafouri Hadi, *Islam et économie*, Beyrouth, Liban, les éditions Al Bouraq, 2000, p. 239.

¹³⁵³ *Hadith*, rapporté par Sahih Al Boukhary, V. 3 , p. 105.

924. Le contrat de *salam* peut être défini comme un contrat de vente avec une livraison différée de la marchandise. Alors que l'acheteur effectue le paiement au comptant, du prix de vente de la chose objet de la vente¹³⁵⁴. Il est également appelé *salaf*¹³⁵⁵. Le contrat est conclu par l'échange de l'offre de l'acheteur et l'acceptation du vendeur¹³⁵⁶. Contrairement à la *mourabaha*, la banque n'intervient pas comme vendeur à crédit, mais comme acquéreur avec paiement comptant d'une marchandise qui lui sera livrée à terme par son partenaire¹³⁵⁷. Cette définition pose indirectement les conditions liées à l'objet de l'opération. Celui-ci doit être précisé et déterminé¹³⁵⁸ par les parties, ce qui permet d'éviter le *gharar* qui est une cause de nullité du contrat en droit musulman.

925. L'objet doit aussi être disponible sur le marché au moment de la conclusion du contrat. Le *salam* ne peut pas être validé si la chose n'est pas disponible sur le marché au moment de la conclusion du contrat. En matière de livraison, contrairement au versement du prix, elle ne va pas s'effectuer dans l'immédiat, mais à terme. C'est l'élément essentiel qui caractérise le *salam* et fait de ce contrat une vente à tempérament « *Bay' salam* »¹³⁵⁹. Les autres conditions sont relatives à la détermination de la marge et de la rémunération du mandataire.

2) Les conditions relatives au prix

926. Pour la validité du contrat de *salam*, le prix doit être déterminé par sa nature, son genre ou par sa qualité, cette détermination permet d'éviter tout risque d'incertitude appelé *maysir*. Le paiement du prix doit s'effectuer au comptant, autrement dit, au moment de la conclusion du contrat. Cette exigence est reconnue au même titre que la validité du contrat par toutes les écoles de pensée. Pour leur part, les *malikites* autorisent l'acheteur à effectuer le paiement

¹³⁵⁴ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, Ed. d'Organisation, 2003, p. 64 « L'acheteur paie d'avance le prix de la marchandise vendue, que le vendeur promet de livrer à une date future. »

¹³⁵⁵ Ibn Qodama, « Al moughni », Tome 4, Maktabat arriyad al haditha, Ryad, p. 304.

¹³⁵⁶ A. Yasseri, *Islamic banking contract as enforced in Iran, in Islamic banking and finance: Current development in theory and practice*, ed. Munawar Iqbal, the Islamic foundation, Leicester, 2001, p. 319.

¹³⁵⁷ M. Bouregghda, « La finance islamique : une alternative à la finance conventionnelle » in *La finance islamique à la française*, op. cit., p. 184.

¹³⁵⁸ Coran, *Al Baqara*, Verset 282 : « Vous qui croyez, si vous avez une dette à terme, inscrivez-la » ; V. aussi un *hadith* « Celui qui pratique le *salam* doit le faire en une mesure déterminée, un poids déterminé et à une échéance déterminée », *hadith* rapporté par al Boukhari et Muslim, le Prophète est arrivé à Médine à un moment où les biens s'achetaient sur une et deux années, il dit : Celui qui achète un bien qui lui sera livré ultérieurement, qu'il le fasse en une mesure connue, un poids connu et à une échéance déterminée, Cf. Al Boukhari et Muslim

¹³⁵⁹ B. Doumani, « Le contrat *salam* et les relations ville campagne dans la Palestine ottomane » traduit de l'anglais par Christophe Jacquet, in *Annales HSS*, juillet-août 2006, n° 4, p. 903.

dans les trois jours de la livraison au maximum¹³⁶⁰. La notion de prix dans la vente de *salam* est différente de celle que l'on trouve dans la vente simple, attestant encore une fois le caractère spécial et dérogatoire du contrat de *salam*. Le banquier autorise le vendeur à livrer entre les mains d'une tierce personne qui n'est pas partie du contrat. Cette dernière aura une qualité de mandataire et devra être rémunérée pour sa prestation de service. Cette rémunération sera prise en compte dans la marge que l'acheteur va appliquer. La rémunération du mandataire se justifie au regard du droit musulman, elle ne peut pas être considérée comme contraire aux règles religieuses, dès lors qu'elle est la contrepartie d'une prestation de services fournis. Alors que la marge découle de la différence entre le prix de vente et le prix d'achat du bien, sa légitimité n'est pas absolue. Le *salam* n'est pas le seul produit dérogatoire, l'*istisna'a* en est une autre déclinaison.

B) Le contrat d'*istisna'a* :

927. Au même titre que le *salam* l'*istisna'a* permet de vendre des choses qui n'existent pas au moment de la formation du contrat¹³⁶¹. L'*istisna'a* signifie littéralement la demande de fabrication¹³⁶², il est défini par certains comme un contrat portant sur la vente d'un bien à fabriquer¹³⁶³. Contrairement au *salam*, la légitimité de ce contrat ne fait pas l'unanimité au sein des écoles de pensées islamiques. Les *hanafites* l'ont accepté alors que ces derniers s'opposent à l'analogie. Les *malikites* l'acceptent dans des conditions bien déterminées, en se basant sur l'*ijima* (consensus) et *addaroura* (la nécessité). Les *malikites* fondent la légitimité de ce produit du fait qu'il a été utilisé par le Prophète pour fabriquer une bague¹³⁶⁴ et son *minbar*¹³⁶⁵. Après avoir étudié les conditions de validité de ce produit (1), nous allons analyser sa légitimité au regard du droit des contrats islamiques (2) en nous interrogeant sur le fait que les autres écoles ont légitimé le *salam*, sans pour autant le faire pour l'*istisna'a*, alors que tous

¹³⁶⁰ A. Rahim Juday Al hayti, *Les banques Islamiques entre la théorie et la pratique*, Dar Oussama Jordanie, 1998, p. 497

¹³⁶¹ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, Ed. d'Organisation, 2003, p. 63.

¹³⁶² M. Moaté, *La création d'un droit bancaire islamique*, op. cit., p. 101.

¹³⁶³ P. Grangereau, M. Haroun, « Financement de projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », in *Banque et droit* n° 97, sept.-oct. 2004, p. 55

¹³⁶⁴ A. Al Badran Kassib, *Le contrat d'*istisna'a* : étude comparée*, Ryad, 1978, p. 53

¹³⁶⁵ C'est la place de celui qui dirige la prière dans une mosquée, Cf. Sh. addine Sarakhsi, Al Mabsut, tome 12, Beyrouth, Dar al Maarifa, 1989, p. 139.

les deux sont des exceptions à la règle de l'existence du bien objet de la vente en droit musulman¹³⁶⁶.

1) Les conditions de validité de l'*istisna'a*

928. L'*istisna'a* est considéré comme un mécanisme de vente par tempérament, ce qui lui attribue les conditions de validité d'un contrat de vente, en plus de l'exigence de l'existence du bien objet de la vente au moment de la formation du contrat. Considéré comme un contrat spécial, il doit obéir à des conditions spécifiques, outre celles prévues pour la formation d'un contrat selon les règles du droit commun musulman. Nous verrons les conditions relatives à l'objet avant de voir celles relatives au prix.

a) Les conditions relatives à l'objet du contrat de l'*istisna'a*

929. La définition attribuée à ce contrat, plus haut, comme étant une demande de fabrication, laisse entendre que l'objet du contrat porte non pas sur la chose à livrer mais sur le travail à effectuer¹³⁶⁷. Selon les *hanafites*, l'objet du contrat porte sur la chose à construire. Ces derniers fondent leurs idées sur la durée d'option à vue dont dispose le donneur d'ordre, car la durée de vue n'est possible que sur les contrats portant sur la vente ou la location d'un bien¹³⁶⁸. Ce qui nous permet de dire que le contrat porte sur la chose et non pas sur le travail. Cette idée est partagée par d'autres qui considèrent ce contrat comme étant un contrat d'entreprise¹³⁶⁹. Nous allons examiner cette question dans la partie relative à l'examen juridique de ce contrat afin de déterminer s'il a la nature juridique d'un contrat d'entreprise. Les parties doivent aussi déterminer l'objet dans son genre, son type, sa qualité et sa quantité. Ces éléments permettent de déterminer l'objet du contrat qui va permettre d'éviter le *gharar*

¹³⁶⁶ Cf. F. Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, op. cit., p. 67.

¹³⁶⁷ A. Al Badran Kassib, *Le contrat d'*istisna'a* : étude comparée*, Ryad, 1978, p. 158

¹³⁶⁸ N. C.-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op. cit., p. 89 ; V. aussi M. El Gamal, *La finance islamique : aspects légaux économiques et pratiques*, op. cit., p. 123.

¹³⁶⁹ C. Chance, « Finance islamique, le projet *Al-Waha* : un exemple d'innovation financière », *Revue banque*, juin 2007, n° 692, p. 54. Selon l'auteur l'*istisna'a* est un contrat d'entreprise par lequel un fabricant accepte de construire un certain bien à un prix et dans un délai convenus. Il est une technique de financement moyen terme destiné au financement d'équipement industriels.

qui est prohibé en droit musulman¹³⁷⁰. Cette détermination doit se faire d'une manière claire et précise. Le prix obéit aussi à des conditions strictes.

b.) Les conditions relatives au prix

930. Contrairement au contrat de *salam*, dans le contrat d'*istisna'a* le paiement intégral du prix n'est pas une condition de validité du contrat¹³⁷¹. Ce qui signifie, selon nous, que le paiement différé est admis. C'est d'ailleurs sur ce point que nous reconnaissons la validité de ce contrat, dès lors que le paiement du prix ou une partie de ce prix peut coïncider avec la livraison du bien. À cet instant, la vente ne sera plus considérée comme une vente à tempérament, mais comme une vente classique reconnue et validée par le droit musulman¹³⁷². Mieux encore, le paiement retardé peut être considéré comme une sûreté pour le maître de l'œuvre qui garantira la fin des travaux. Cette souplesse dans la prise en compte du prix dans le contrat d'*istisna'a* peut se justifier par le caractère dérogatoire de la règle qui interdit la vente d'une chose qui n'existait pas au moment de la formation du contrat. Rien n'empêche de déroger, ou d'accepter un paiement échelonné. Tel est, d'ailleurs, le propre d'une opération de crédit. Ce qui est interdit, c'est la fixation d'intérêt par le seul fait de l'écoulement du temps, sans l'associer au travail. Après avoir examiné les conditions relatives à la mise en œuvre de ce produit, il sera question de voir sa légitimité et sa licéité au regard des règles du droit musulman.

2). La licéité de l'*istisna'a*

931. Les contrats de *salam* et ceux de l'*istisna'a* sont classés dans les catégories de contrat de vente¹³⁷³, ce qui exige le respect de toutes les règles requises pour la formation du contrat de vente. C'est la réunion de ces conditions qui nous permet d'apprécier leur validité au regard du droit musulman. Pourtant ces contrats présentent un caractère dérogeant au principe de la loi musulmane, il s'agit de retarder la livraison ultérieurement au paiement du prix. C'est ce

¹³⁷⁰ L. Siagh, *L'islam et le monde des affaires*, op.cit., p. 63.

¹³⁷¹ M. El Gamal, *La finance islamiques : aspects légaux, économiques et pratiques*, op.cit., p. 123, selon, l'auteur, l'acheteur peut payer au fur et à mesure

¹³⁷² Coran, sourate 275, verset II, « L'intérêt est interdit et le commerce est autorisé ».

¹³⁷³ S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, op. cit., p. 81 et. s.

qui leur attribue un statut dérogatoire vis-à-vis des autres contrats. Sur quels éléments les juristes musulmans se fondent-ils pour les légitimer ?

a) Les fondements de cette légitimation

932. Pour être reconnu par le droit musulman l'*istisna'a* doit être prévu dans le Coran ou la sunna, à défaut, il doit faire l'objet de consensus ou être nécessaire pour l'intérêt de la société. Contrairement au contrat de *salam* qui a fait l'objet de consensus par toutes les écoles de pensées islamiques, l'*istisna'a* n'a pas reçu l'avis favorable de l'ensemble des jurisconsultes. Seuls les *hanafites* l'ont reconnu. Au même titre que le *salam*, il se fonde sur le principe de la vente d'une chose inexistante. Alors, pourquoi les autres écoles de pensée n'ont-elles pas reconnu l'*istisna'a* sur le même fondement que celui du *salam*? Pourquoi les penseurs n'ont-ils pas étendu ces dérogations au principe de l'interdiction du *riba* afin de légitimer l'activité bancaire au même titre que les banques conventionnelles ? Voilà autant de questions dont nous ne trouvons pas de réponses pour le moment, et pourtant elles méritent des réflexions précises

et approfondies pour une meilleure promotion de cette industrie. Malgré cette absence de consensus, l'*istisna'a* est légalisé sur le fondement de la nécessité.

b) Les raisons

933. C'est sur la base de la nécessité que les *hanafites* ont justifié la pratique de certains produits tels que l'*istisna'a*. Pour ces derniers, la pratique de l'*istisna'a* est avantageuse pour chacune des parties : tant pour le fabricant¹³⁷⁴ et le demandeur que pour la société entière. Pour le demandeur, l'*istisna'a* lui permet de passer sa commande à une entreprise qualifiée sans pour autant transférer la fabrication de l'objet de la vente, considérée comme illicite au regard des règles de la loi islamique. L'intérêt pour le fabricant réside dans la fabrication d'un volume susceptible de garantir la stabilité, l'équilibre de l'emploi et celui des salaires. Ces garanties justifient la légalisation de ce produit pour les *hanafites*. S'agit-il d'une promesse ou un contrat ?

¹³⁷⁴ P. Grangereau, M. Haroun, « Financements des projets et financements islamiques : quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil », *Banque et Droit*, n° 97- sept.-oct. 2004, p. 55.

934. Nous venons d'étudier sous une forme de présentation détaillée les produits classiques de la finance islamique. Ces produits obéissent à des règles posées par la loi musulmane, mais leurs interprétations posent souvent des problèmes. Au-delà de cette problématique liée à l'interprétation, les banques islamiques fonctionnent dans un univers où elles partagent avec leurs homologues issus du système classique, dont la concurrence fait appel à des produits qui n'existent pas au sein de la finance islamique. ce qui a conduit à instaurer des produits plus modernes dans le but de satisfaire leur clientèle. Avec le souci de mieux réussir sa mission et de concurrencer le système classique, la banque islamique a besoin de s'adapter à cette évolution, ce qui nécessite un nouveau panel de produits.

III. Les produits commerciaux modernes

935. Le développement de l'industrie de la finance islamique est à l'origine de conséquences majeures. Parmi les plus importantes, nous pouvons citer son internationalisation¹³⁷⁵ et l'émergence de nouveaux produits permettant de mieux exercer sa mission d'intermédiation, presque identique à celle de la finance conventionnelle. Cette internationalisation constitue, certes, un bon atout pour cette finance, mais elle lui impose en retour de proposer des produits contraires à son mode de fonctionnement¹³⁷⁶ et à ceux qu'elle connaissait lors de son avènement dans les années 70¹³⁷⁷. L'intermédiation modifie, quant à elle, le système de la finance islamique, en ce sens, elle impose d'adopter un nouveau mode de fonctionnement qui était jusque-là le propre du modèle des banques de type conventionnel. Cette évolution a donné naissance à de nouveaux types de produits¹³⁷⁸. L'émergence de ces nouveaux produits atteste, selon nous, le paradoxe de la finance islamique, puisque les détenteurs de cette industrie soutiennent l'idée de la constance des règles religieuses, empêchant l'instauration d'autres produits outre ceux prévus par la loi musulmane. Reconnaître des produits dans le seul but de satisfaire la clientèle serait contraire à l'idée de cette loi. Mieux encore, pourquoi ne pas légitimer le *riba* pour satisfaire la clientèle musulmane ? Cela renvoie ainsi à moderniser ce droit à des fins de nécessité. La pratique du *riba* est interdite par la loi à des

¹³⁷⁵ S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, op. cit., p. 86.

¹³⁷⁶ M. Prada, « La commercialisation des produits financiers », in *Le rapport moral de l'argent dans le monde 2006, Association d'économie financière*, Paris, 2006, p. 345.

¹³⁷⁷ H. Algadib, *Les banques islamiques*, op.cit., p. 13. ;

¹³⁷⁸ M. Chaar Abdel, « La finance islamique : Évolution et possibles stratégies », *La Revue du Financier*, juin 2010, sommaire 182-183, p. 68. ; Cf. Ph. D'iribarne, « Islam et management. Le rôle d'un univers de sens », *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, p. 141-156.

degrés certes différents, mais cette interdiction pourrait être atténuée sur le fondement de l'idée de nécessité, car des interdictions plus graves comme celle de la consommation de la viande non halal ont été atténuées sur le fondement de la nécessité, en permettant à cette personne de consommer cette viande si elle se trouve dans une situation de nécessité.

936. Ces produits dits modernes sont commercialisés par les banques d'affaires, sous deux formes différentes. Les premiers sont des produits financiers, les *Sukuk* et le second est dit *takaful*, ou assurance islamique. Ce produit ne reflète pas réellement les produits vendus dans les banques islamiques, mais aujourd'hui avec la bancassurance nous ne pouvons plus séparer les activités des compagnies d'assurance et celles des banques. Mieux encore, pour intituler cette section sur les produits de la finance islamique, cela nous conduit à examiner la structure des *sukuk* (A), avant l'examen du *takaful* (B).

A) La structure des *sukuk*

937. De son origine arabe du singulier « *saak* », l'*Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions (AAOIFI)* définit les *sukuk* comme des titres de copropriété représentatifs d'un actif tangible. Ils renvoient à des titres de créances ou de capitaux dont les rendements sont subordonnés à la performance d'un actif sous-jacent¹³⁷⁹. Cet instrument financier au regard des principes éthiques représente un droit de copropriété¹³⁸⁰ dans un actif tangible ou dans l'usufruit d'un actif tangible¹³⁸¹. Pourtant, certains confondent les *sukuk* avec des obligations classiques au sens du droit financier¹³⁸², définis comme étant « des obligations représentatives d'un droit de copropriété indirect sur des actifs sous-jacents appartenant à

¹³⁷⁹ H. Nasri, *La finance islamique à la française*, éd. Économie Finance, p. 33. L'auteur pose la distinction entre les *sukuk* et les obligations classiques, en ce sens il confirme que les *sukuk* ne s'agissent pas d'une obligation dont le coupon est détaché à une dette.

¹³⁸⁰ G. S. Marc, « La finance islamique : un enjeu pour la France », in *La finance islamique à la française un alternative éthique et un moteur pour l'économie*, op.cit., p. 297

¹³⁸¹ Le nouvel article 2011 du Code civil, Adaptation du régime de la fiducie pour permettre l'émission d'instruments financiers conformes aux principes de la finance islamique

¹³⁸² Gh. Bouslama, « La finance islamique : une récente histoire avec la France une longue histoire avec les banques », *Revue d'économie financière*, nov. 2009, n° 95. p. 25. ; V. aussi, X. Diaz, Th. Zakhia, « Un environnement porteur d'indices *chari'* à compatibles », *L'AGEFI Hebdo*, 11 au 17 juin 2009, p. 30. ; V. aussi A. Lienhard, « Fiducie et finance islamique : censure formelle du conseil constitutionnel », *Dalloz actualité*, du 16 octobre 2009 ; V. aussi Th. Boucharlat, *Le cadre fiscal de la finance islamique en France et grande Bretagne : les apports de l'instruction 4 FE/09 du 25 février 2009 sur le régime fiscal des opérations de murabaha et d'émission sukuk*, Presses Universitaires Européenne, nov. 2010, 80 pages.

l'émetteur¹³⁸³ ». Les porteurs de *sukuk* sont titulaires d'un droit proportionnel à leur participation, leur permettant d'appliquer le principe de partage des pertes et des profits qui gouvernent le mode de rémunération au sein de la finance islamique¹³⁸⁴.

938. Les définitions données de part et d'autre par des auteurs différents sont opposées en ce qui concerne leur assimilation avec les obligations classiques, car les *sukuk* ne sont pas à proprement parler des dettes, mais des créances, et les risques qui découlent de ce produit sont supportés par les parties. Les définitions se rejoignent sur les conditions de validité de cet instrument. Au cours de ces dernières années, le développement de la finance est en partie dû au décollage du *sukuk*. Partout, en Europe, les politiques et les dirigeants essayent d'adopter leurs structures soit en ouvrant des fenêtres islamiques ou en mettant en avant des mécanismes facilitant les émissions de ces mêmes *sukuk*. La région allemande Saxe-Anhalt a émis des *sukuk* en juillet 2004 pour un montant de 100 millions d'euros, cela a été considéré comme un événement remarquable dans ce pays, mais aussi en Europe¹³⁸⁵.

939. L'Angleterre représente le modèle de la finance islamique en Europe. Avec l'instauration de cinq banques islamiques, dans ce pays l'émission annuelle du *sukuk* a été multipliée par sept entre 2004 et 2007, passant de cinq à trente-cinq millions de dollars par an. Ce pays est le premier en Europe en matière de réformes fiscales et juridiques, mais aussi dans l'émission de *sukuk*¹³⁸⁶. La structure de cet instrument est un peu spéciale par rapport aux autres.

940. L'AAOIFI reconnaît quatorze modèles de structuration de *sukuk*, et malgré cette diversité les *sukuk* émis respectent presque le même formalisme. La formation du *sukuk* commence par la création d'un pool d'actifs sous-jacents conformes à la *charia*, ensuite le droit de propriété est transféré à un *SVP* qui a été créé à cette occasion. Il émettra les *sukuk* et

¹³⁸³ F. Bourabiat, « Finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs », *Revue de Droit bancaire et financier*, juillet-août 2009, p. 15.

¹³⁸⁴ I. Riassetto, « Les fonds islamiques », *Revue de Droit bancaire et financier*, mars-avril 2011, étude 18, p. 45.

¹³⁸⁵ I. Chapellière, *Éthique et finance en Islam*, *op.cit.*, p. 222.

¹³⁸⁶ I. Chapellière, *Éthique et finance en Islam*, *op.cit.* p. 225 ; V. aussi Frédéric Coste, « L'émergence de la finance islamique aux États-Unis et en Angleterre », in *La finance islamique à la française : une alternative éthique et moteur pour l'économie*, *op. cit.*, p. 128.

assurera la gestion des comptes des investisseurs¹³⁸⁷. Les *sukuk* représentent la quote-part de la propriété d'un actif générateur de flux financiers. Ces titres offrent la possibilité aux investisseurs un droit de rémunération sur les bénéfices dégagés par les actifs. Ils contribuent aux pertes à la hauteur de leur part de propriété¹³⁸⁸. La validité ou la légitimité de cet instrument repose sur la nature et le rôle du *SPV* et de sa rémunération, cela fait que le *SPV* détient des droits pour le compte des investisseurs, ce qui lui confère la qualité de mandataire justifiant sa rémunération sur la base de sa prestation et du travail fourni. Alors que celle des investisseurs est directement liée à la maturation des *sukuk*¹³⁸⁹, ce qui peut constituer un aléa (*gharar* ou *maysir*) au regard du droit musulman et porter atteinte à la validité de cet instrument. Cette validité se mesure en tenant compte des conditions de validité(1) et des raisons justifiant sa validité (2).

1) Les conditions de validité des *sukuk*

941. Les *sukuk* sont des produits islamiques¹³⁹⁰. Ils doivent, pour être conformes aux règles qui gouvernent cette finance, respecter les cinq principes qui demeurent le fondement de cette finance¹³⁹¹, exige le respect de certaines règles, en particulier dans le cadre des obligations islamiques dites *sukuk*.

942. Le principe d'endossement à un actif tangible constitue un élément primordial pour la validité des *sukuk*¹³⁹². En effet, les sous-jacents servent de rémunération des coupons servis aux détenteurs de *sukuk* leur permettant de respecter le caractère participatif qui permet l'interdiction du *riba* en droit musulman et la légitimité de la rémunération de l'investisseur. C'est ce qui a fait dire à Monsieur Hassoun que « *les coupons ne sont pas des intérêts, mais*

¹³⁸⁷ H. Nasri, *La finance islamique à la française*, Economie Finance, p. 34 ; V. aussi, F. Bourabiat, « Finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2009, p. 15.

¹³⁸⁸ M. Moate, « *La création d'un droit bancaire islamique* », *op. cit.*, p. 127.

¹³⁸⁹ A. Hassoun, « La finance islamique globale connaît une croissance vertigineuse mais fragmentée », in *La finance islamique à la française*, *op. cit.*, p. 87.

¹³⁹⁰ Gh. Bouslama, « *La finance islamique : une récente histoire avec la France, une longue histoire avec les banques* », *op. cit.*, p. 6

¹³⁹¹ V. La section sur les fondements de la finance islamique

¹³⁹² A. Hassoun, « Principes de structuration des *sukuk* », in *les Cahiers de la finance islamique*, *op. cit.*, p. 20 ; V. aussi le même auteur, « Les *sukuk* et le respect des principes fondamentaux de l'islam financier » in *La finance islamique à la française : alternative éthique et moteur pour l'économie*, *op. cit.*, p. 91.

plutôt un transfert de la richesse accumulée par les sous-jacents¹³⁹³ ». Si ce produit se justifie par rapport aux deux principes déjà cités dans la finance, cette justification ne semble pas être légitime face au principe de l'incertitude. Même si dans le vocabulaire islamique on distingue « le risque » (aléa probabilisable) et le concept d'« incertitudes » (un aléa non probabilisable)¹³⁹⁴.

943. Le paradoxe de cette finance resurgit de nouveau, du fait que les teneurs de cette finance n'arrivent pas à démontrer en quoi cet instrument financier respecte réellement le principe de l'interdiction du *gharar* ou du *maysir*. Ils essaient, au même titre que la légitimation des autres produits, de fonder leurs arguments sur des analyses beaucoup plus sémantiques que scientifiques. Voyons les raisons avancées (2).

2) Les raisons de sa validité

944. Comme nous venons de le rappeler la validité et la légitimité d'un produit islamique tirent leur fondement des cinq principes qui gouvernent le fonctionnement de la finance islamique en général et celles des banques islamiques¹³⁹⁵ en particulier. La validité des *sukuk* et celle du *takaful* pose plus de doute dans le système bancaire islamique, car ces derniers produits portent atteinte à deux principes phares de la loi musulmane, en l'occurrence le *gharar* et la *maysir*, respectivement l'incertitude et la spéculation. Dans les autres produits, la problématique majeure de la légitimité se situe dans la pratique de l'interdiction du *riba*. Celle de ces deux produits utilisés dans les banques d'investissement déroge aux principes du *gharar* et de la *maysir*. Contrairement à la prohibition du *riba*, celle du *maysir* et *gharar* ne pose pas de doute, car elle est clairement prohibée en Islam. On attendait plutôt une légitimation basée sur les fondements qui gouvernent ce produit, et non pas sur celle opérée selon le principe du partage des profits et des pertes et la forme de la rémunération du mandataire. Le problème ne se situe pas à ce niveau mais sur les fondements de cette légalisation. Cette reconnaissance semble être, selon nous, incongrue. La nature juridique de ce produit pose aussi un autre souci, car certains le qualifient comme étant un produit hybride

¹³⁹³ *Idem.*

¹³⁹⁴ *Idem.*

¹³⁹⁵ H. Javanshir, H. Bouhouita Guermech, « Financement conformes à la charia. Neutralité fiscale, à quand les aménagements juridiques ? », *Revue banque*, mai 2009, n° 713, p. 73.

qui prend en compte à la fois les caractéristiques d'une action et celles d'une obligation¹³⁹⁶, pour d'autres les *sukuk* sont assimilables à la fiducie. Nos développements dans la seconde section nous permettront d'opter pour une qualification. Avant d'arriver à cette étape, il serait nécessaire de voir le *takaful* (B).

B) Le *takaful* ou l'assurance islamique

945. Le terme *takaful* qui signifie garantie mutuelle en arabe¹³⁹⁷ renvoie à l'idée d'assurance¹³⁹⁸. Traiter ce concept dans cette thèse qui s'intéresse au système bancaire islamique peut sembler absurde en apparence, mais l'étude de ce produit qui relève du droit des assurances se justifie pour deux raisons. La première est liée à l'intitulé du paragraphe : « la présentation des produits dans les banques islamiques », en plus aujourd'hui avec le système de la bancassurance, les banques ont une double mission, celle d'assureur et de banquier. La seconde tient plus des principes qui fondent « la finance de l'interdit » du *riba* et celle du *gharar* par exemple. Si les penseurs ont réussi à justifier l'acceptation du *riba* dans des cas exceptionnels, on s'interroge sur le fondement et la manière dont ces derniers vont légitimer¹³⁹⁹ les assurances *takaful*. Pour y arriver, nous allons examiner la licéité de ce produit (1), avant de voir les aménagements entrepris pour sa reconnaissance (2).

1) La licéité de ce produit

946. L'on sait que ce produit déroge, au même titre que les *sukuk*, à l'un des principes phares de cette finance qui est celui de l'interdiction du *gharar*¹⁴⁰⁰. Il est, par ailleurs, en parfaite adéquation avec la philosophie de solidarité et d'entraide qui gouverne la religion musulmane. Or, l'assurance conventionnelle remplit les mêmes rôles, sauf que le droit musulman ne cautionne pas la formation d'un contrat fondé sur un événement imprévisible¹⁴⁰¹ ou aléatoire.

¹³⁹⁶ L. Aldo, *Finance islamique Opérations financières autorisées et prohibées vers une finance humaniste*, Ed. Gualino, « Lextenso édition », 2012, p. 136-144

¹³⁹⁷ M. Al- Gamal, *La finance islamique, aspects légaux économiques et pratiques*, op. cit., p. 28.

¹³⁹⁸ C. A. Moheyddine Qurradaghi, *L'assurance islamique (Takaful) : étude des fondements juridiques approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratiques*, Bayane éditions, p. 2.

¹³⁹⁹ Cf. A. Rousillon, *La pensée islamique contemporaine : acteurs et enjeux*, Taraedre, collection « Islam en débat », 2005.

¹⁴⁰⁰ L. Aldo, *Finance islamique : opérations financières autorisées et prohibées : vers une finance humaniste*, op.cit., p. 65.

¹⁴⁰¹ Cf. J.-F Rycx, « L'enseignement du droit musulman », in Flory Maurice, Jean-Robert Henry, *Économie et d'ordre islamique*, CNRS, 1989, 267 pages ; v. aussi, J. Lasserre Capdeville, « La finance islamique, une finance

Dans le but de justifier la licéité de ce produit, les savants musulmans se sont divisés sur la nature de ce contrat. Certains l'analysent comme étant un contrat commutatif, du seul fait que le montant des primes est connu d'avance par l'assuré. D'autres rejettent cette qualification en invoquant la méconnaissance du montant de l'indemnité en cas de sinistre, ce qui renvoie à l'idée de *gharar*¹⁴⁰². Ils vont, comme ils l'ont fait avec les *sukuk*, aller sur le terrain de la rémunération pour justifier la légitimité, alors que la problématique se situe sur la légitimation de ce produit. Ainsi, ils choisissent les mécanismes du *wakala* (mandat) ou du *moudaraba* pour justifier la contrepartie ou la rémunération de la compagnie. Ce subterfuge ne semble pas suffire, selon nous, pour rendre légal ce produit, car les principes posés par la loi islamique sont cumulatifs et non pas alternatifs. Pareillement, l'idée de la solidarité ne peut pas être prise en compte pour justifier la dérogation à ce principe, d'autres mécanismes plus adéquats sont connus dans le système pour répondre à l'idée de solidarité, notamment avec le *waqf* (œuvre sociale) et la *zakat*.

947. L'étude de ce produit montre de nouveau le paradoxe de cette finance qui ne cesse de déroger aux principes qui la sous-tendent dans le seul but de moderniser¹⁴⁰³ et de concurrencer la finance conventionnelle. Cette modernité corrobore l'argument marketing avancé par certains chercheurs¹⁴⁰⁴, ce qui coïncide avec la mise en place des aménagements des règles religieuses (2).

2) Les aménagements des règles religieuses

948. Les aménagements dans le secteur des assurances seront plus nécessaires que ceux déjà amorcés dans le milieu bancaire. Ainsi, la souscription de certaines polices d'assurance est impérative pour toute personne vivant sur le territoire français et nonobstant sa croyance

douteuse ? » *op.cit.*, p. 20 ; V. aussi H. Bleuchot, *Droit musulman*, Tome I : Histoire, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, collection Droit et religions, 2000, 419 pages.

¹⁴⁰² M. Al- Gamal, *La finance islamique : aspects légaux, économiques et pratiques*, *op. cit.*, p. 192.

¹⁴⁰³ H. Tammam, P. Haenni, « Le management, nouvelle utopie islamique : une lecture managériale des textes », *Revue française de gestion*, 2007, n° 71, p. 179.

¹⁴⁰⁴ Cf. B. Pras, C. Vaudour-Lagrace, « Marketing et islam. Des principes forts et un environnement complexe », *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, p. 195-223. Pour ces derniers, le système islamique a pour seul et unique but de bancariser les musulmans qui refusent de contracter avec les banques conventionnelles sur le fondement d'un argument religieux.

religieuse. Les six millions de musulmans¹⁴⁰⁵ qui vivent sur le territoire français ont-ils le droit de demander des polices d'assurance conformes à leur conviction religieuse ? Le paradoxe de cette finance est marqué par la reconnaissance de la conformité par les comités de *charia board* aux produits qui ne respectent pas les principes de base du droit musulman, dans le seul but de les rendre compétitifs sur le marché de la finance¹⁴⁰⁶. Cette violation des règles se manifeste dans bon nombre de produits utilisés dans les banques islamiques en commençant par le *salam* et l'*istisna'a*. Ces derniers ont porté atteinte aux principes de la propriété, car en Islam on ne peut pas vendre ce que l'on ne possède pas.

949. Sur les produits, tels que les *sukuk* et le *takaful*, on transgresse respectivement le *maysir* et le *gharar*. Ces dérogations ont été posées par un accord du 1er mars 2010 signé solidairement par l'IIFM et l'ISDA¹⁴⁰⁷. Cette modernisation dans le système financier se manifeste tant sur le plan contractuel que sur celui des produits utilisés. Il est nécessaire d'étudier la nature juridique de ces contrats au regard des règles du droit français. Ce paradoxe apparaît de nouveau dans cette sous-section, puisque certains auteurs ont posé des critères de ressemblance entre les produits islamiques et les contrats existant en droit français sans examiner ces produits et, dans la même occasion, ces mêmes auteurs refusent de donner une qualification juridique à ces mêmes produits islamiques. C'est ce qui nous pousse à nous interroger sur l'analyse juridique de ces produits que nous venons de présenter.

¹⁴⁰⁵ Andréane Fulconis-Tielens, « La finance islamique au chevet de la relance française ? », *Revue banque*, mars 2009, n° 711, p. 72.

¹⁴⁰⁶ G. Causse Broquet, N. Abdelhafid, « Produits dérivés islamiques de l'utilisation implicite à la standardisation », *Revue Banque*, juin 2010, n° 725, p. 51.

¹⁴⁰⁷ A. Hassoune, M. Haladjian : « Dérivés et finance islamique : État des lieux de l'innovation dans le secteur », *Revue du financier*, mars-juin 2010, n° 182-183. V. aussi G. Causse Broquet et N. Abdelhafid, « Produits dérivés islamiques de l'utilisation implicite à la standardisation », *Revue banque*, juin 2010, n° 725, p. 52. Selon les auteurs, ces dérogations permettent une meilleure compétitivité des produits islamiques et assouplissent aussi la notion de risque dans certains produits tels que le *moudaraba* et la *moucharaka*.

Section II : L'analyse juridique des produits islamiques au regard des règles du droit français

950. L'originalité du système islamique réside dans ses fondements et de ses sources¹⁴⁰⁸, justifiant l'influence et la prédominance des règles du droit musulman dans ce domaine. Cette influence resurgit sur le plan contractuel, en effet, tous les contrats utilisés dans les banques islamiques tirent leur source des règles du droit musulman depuis leur formation jusqu'à leur dénouement en passant par leur exécution. Souvent, les intérêts des parties sont opposés : les uns préfèrent l'application du droit national¹⁴⁰⁹, les autres appliquent des règles religieuses. Pour éviter tout malentendu, il serait nécessaire de connaître la qualification juridique exacte des produits islamiques en droit français. Cette ingénierie juridique ne serait pas facile, car les règles contractuelles islamiques n'ont pas un régime général permettant de les comparer à ceux du droit français, chaque contrat obéit à un régime particulier. Ces produits ont été déjà exposés dans notre précédente section, lors de cette présentation nous avons mis en évidence le problème de qualification de ces produits, tant modernes que classiques. Dans cette section, nous allons emprunter la même méthodologie utilisée lors de la démonstration de la qualité de banque islamique au regard du droit français et, notamment, la loi du 24 janvier 1984 codifiée dans le Code monétaire et financier. Ainsi, nous allons nous interroger si les produits examinés ci-dessus sont conformes aux contrats au regard du droit des contrats français. Pour ce faire, nous n'allons pas nous concentrer sur l'étude comparative, mais plutôt analyser les conditions de validité du droit des contrats musulman (§I), afin de voir s'ils ne contredisent pas le régime du droit des contrats français, avant d'examiner l'équivalence des produits islamiques en droit français par la doctrine majoritaire (§II).

¹⁴⁰⁸ Cf. I. Cekici, « Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique », *Revue de droit bancaire et financier*, mars-avril 2011, p. 31-34 ; Cf. G. Saint Marc, « La finance islamique : un enjeu pour la France », in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie et une alternative pour l'éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, p. 291-305.

¹⁴⁰⁹ J. F. Rycx, « Système juridique et économique islamique », in *Les capitaux en Islam, op. cit.*, p. 66.

Paragraphe I) Les conditions de validité des contrats en droit musulman, face à celles du droit français

951. Le droit musulman est profondément influencé par des règles religieuses, morales, éthiques et sociales¹⁴¹⁰. L'originalité du système bancaire islamique réside dans le respect d'une multitude de ses règles. Ces mêmes principes constituent le socle du droit des contrats dans ce système caractérisant la ligne de démarcation entre les deux systèmes et marque, par la même occasion, la spécificité du droit des contrats islamique¹⁴¹¹. En plus du respect de ces règles, il doit être en harmonie avec les principes de base du droit des contrats français¹⁴¹² pour que ces banques puissent être accueillies en France. Maître Gilles Saint Marc avait exposé, lors de la table ronde organisée par Paris euro place, les grands principes qui unissent les deux systèmes. Le droit français avait prohibé, depuis le Code Napoléon de 1804, l'usure¹⁴¹³. Le principe du partage des profits et des pertes nous renvoyant aux dispositions de l'article 1832 qui définissent la société, en ce sens, il met en avant les règles participatives connues dans la loi islamique¹⁴¹⁴. Le périmètre de licite et de l'illicite, correspondait au domaine des bonnes mœurs et de l'ordre public tel que connu en droit français dans l'article 6 du Code civil « *On ne peut déroger, par conventions (..), aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ».

952. En plus de ces principes communs¹⁴¹⁵ aux deux systèmes, le régime des contrats en droit musulman obéit à d'autres règles directement liées à l'éthique et à la morale religieuse fondées sur l'équité, l'égalité, la solidarité, la justice et la participation. Ces principes associatifs rejoignent l'idée de partage des profits et des pertes dans les banques islamiques, et

¹⁴¹⁰ Th. Bonneau, « Loi Islamique », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, novembre 2007, commentaire, 237, p.1. ; V. aussi François Guéranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, *op.cit.*, p. 12. V. aussi G. Causse-Broquet, *La Finance islamique*, *op.cit.*, p. 46 ; Cf. Isabelle Chapellière, *Éthique et Finance en Islam*, *op. cit.*, p. 98 et s.

¹⁴¹¹ A. Chelbi Salim, « Optimiser les synergies de l'économie et de l'industrie financières françaises avec les contrats et la finances islamique, l'investissement *sharia compliant* et les entreprises françaises », in *La finance islamique à la française un moteur pour économie et une alternative éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, p. 206.

¹⁴¹² Cf. G. S. Marc, « L'adéquation du droit bancaire islamique, avec les règles du droit français », *op. cit.*, p. 12.

¹⁴¹³ L'article L. 311-1 du Code de la consommation

¹⁴¹⁴ Th. Bonneau, « Loi Islamique », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6, novembre 2007, commentaire, 237, p. 1.

¹⁴¹⁵ G. Naulleau, « La filiation avec le mouvement des banques coopératives et mutualistes », in *Les capitaux en Islam*, *op. cit.*, p. 192.

l'équivalence des prestations présente dans toutes transactions financières et commerciales. La prise en compte de ces règles dans la théorie du droit des contrats musulman ne va-t-elle pas à l'encontre des règles du droit des contrats français ? En d'autres termes, ces principes éthiques ne dénaturent-ils pas les règles du droit des contrats dans le système français ? Le droit des contrats musulman est-il assimilable au régime du droit des contrats français ? L'objet de ce paragraphe n'est pas d'étudier les contrats, car cela est déjà fait, mais plutôt de montrer les principes qui gouvernent le système musulman, et leur rapport avec le droit français. Nous allons examiner les principes du droit des contrats en droit musulman (I.) avant d'essayer de trouver un régime juridique contractuel musulman en fonction des règles du droit français (II.)

I) Les principes et éthique dans le droit musulman

953. Bien que certains auteurs assimilent les principes généraux de la finance islamique à ceux du droit des contrats français, force est de constater que cette apparence n'est que formelle. Une ingénierie juridique¹⁴¹⁶ est nécessaire afin de mieux connaître les caractéristiques de ces contrats. Le droit des contrats français est fondé sur des principes que le droit musulman méconnaît, tels que la liberté contractuelle ou l'autonomie de la volonté. En effet, le principe qui gouverne la théorie des contrats en droit français est le consensualisme, comme l'indique les dispositions de l'article 1583 du Code civil, faisant du contrat de vente un contrat purement consensuel¹⁴¹⁷. Le droit musulman connaît un régime différent tant sur les principes et les conditions de formation des contrats en droit français, puisque dans ce système tous les contrats sont nommés¹⁴¹⁸ avec un régime préétabli prévoyant des clauses religieuses. Cette structure contractuelle fait que le contrat ne relève pas de la volonté des parties ni du consensualisme, mais plutôt de la volonté divine¹⁴¹⁹. La définition de la notion de contrat donnée par Monsieur Chahata atteste parfaitement cette différence « *Le contrat n'est pas un échange de consentement mais un échange de règlement, la volonté de*

¹⁴¹⁶ G. Parleani, « Regard pragmatiques sur la finance islamique », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2012, Dossier 12, p. 6.

¹⁴¹⁷ Elle est parfaite entre les parties, et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé. V. Cass. Civ. 3^e, 22 sept. 2004, *JCP. N* 2006, 1148, note Dagot.

¹⁴¹⁸ N. C.-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, op. cit., p. 8.

¹⁴¹⁹ *Idem*.

l'auteur n'a pas sa place dans les contrats nommés ». En droit musulman le contrat est un acte posé par la loi divine qui s'impose aux parties. Selon Madame Comair, ces définitions de la notion de contrat en droit musulman méconnaissent le principe de la liberté contractuelle qui est, pourtant, le socle du droit des contrats en droit français¹⁴²⁰. L'absence de ce principe constitue-t-elle un obstacle pour la reconnaissance et l'intégration du droit des contrats musulman ? Les autres principes éthiques peuvent-ils remplacer celui de la liberté contractuelle ? Examinons l'ensemble ces principes (A), avant de voir les règles participatives (B) afin de répondre à ces interrogations.

A) L'équité et l'équilibre contractuel :

954. Le but du principe de la liberté contractuelle est de protéger les parties pendant toute la durée du contrat, leur permettant de choisir non seulement le contenu du contrat, mais aussi son cocontractant¹⁴²¹. Les principes du droit musulman vont aussi dans ce même sens, car ils visent à garantir la protection. Est-ce que cela suffit pour les substituer au principe de la liberté contractuelle ? À notre avis la réponse semble être négative, puisque les formes de la protection sont différentes dans les deux systèmes. Ainsi, la protection instaurée par le droit français, via le principe de la liberté contractuelle, définit les règles et les contours de cette disposition qui se veut pour but essentiel de protéger les parties contre toutes clauses abusives. En droit musulman, les données sont totalement différentes, puisque toutes les règles contractuelles sont déjà définies par la loi musulmane en instaurant des contrats nommés¹⁴²². Il sera donc impossible de poser des règles dictées par les parties du contrat. Toutefois, ces règles posées dans le droit musulman ont pour but de protéger les parties avec des règles participatives guidées par le principe de la solidarité (B).

B) La participation et la solidarité :

955. Ces deux principes sont les corollaires des deux précédemment examinés, l'équité et l'égalité. La participation est plus présente dans les opérations bancaires et, d'ailleurs, c'est le

¹⁴²⁰ Cf. L'article 1134 du Code civil.

¹⁴²¹ Y. Linant de Bellefonds, « L'autonomie de la volonté en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine des législations et jurisprudence*, 1958, p. 87 et s.

¹⁴²² A. Gawad, *La force obligatoire du contrat en droit musulman et la théorie de l'imprévision en droit égyptien*, Thèse, Paris, 1957, p. 20.

postulat de base du mécanisme qui substitue l'intérêt : le principe de partage des profits et des pertes. C'est sur ces principes que les premières banques islamiques ont exercé leurs activités en Égypte sous la forme de banques mutualistes où coopératives¹⁴²³. Ainsi, toutes les activités bancaires se fondent sur des contrats participatifs tels que la *moudaraba*, le *moucharaka* et la *mourabaha*¹⁴²⁴. La définition du contrat de sociétés posée dans les dispositions de l'article 1832 du Code civil comme étant « *un contrat, par lequel deux ou plusieurs personnes mettent en commun leurs apports afin de partager les bénéfices et les pertes* », permet de rapprocher les deux systèmes qui se fondent sur l'idée de partage et de solidarité. Cette définition pose le principe de partage comme étant un élément essentiel de ce contrat.

956. Quant à la solidarité, elle se manifeste davantage en cas de déficit où la solidarité et la contribution à la dette prennent application face aux pertes générées par l'opération. Elle se manifeste aussi par l'obligation de verser la *zakat* aux plus nécessiteux dans le but de leur permettre de subvenir à leurs besoins. Au-delà des principes de protection, les contrats islamiques connaissent des moyens d'entraide de solidarité voire même de soutien, ce qui conforte l'aspect social, mais aussi la présence de l'éthique islamique. Ces principes suffisent-ils pour parler de contrat face aux règles du droit français ? L'étude des règles contractuelles musulmanes, face aux règles contractuelles françaises peut nous apporter des éléments de réponse à cette question.

II) Le contrat musulman face aux règles contractuelles françaises

957. Le principe de la liberté contractuelle ne semble pas être, selon nous, une condition de validité du contrat, mais plutôt un moyen de protection des parties¹⁴²⁵ qui se place en amont de la formation du contrat, tant dans le choix des cocontractants que dans le contenu du contrat. Ce principe est important pour la mise en œuvre d'un contrat en droit français, car c'est l'intention des parties et de leur volonté qui est le socle de ce contrat. Cette protection n'est

¹⁴²³ G. Naulleau, « La filiation avec le mouvement des banques coopératives et mutualistes », in *Les capitaux en Islam*, op. cit. p. 196 ; V. aussi, H. Algabid, *Les banques islamiques*, op. cit., p. 8.

¹⁴²⁴ M. Bali, « Le réveil de la société en participation par les finances éthiques », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 1, janvier 2011, étude 3, p. 4.

¹⁴²⁵ Cf. Ph. Malaurie, L. Aynés et Ph. Stoffet-Munck, *Les Obligations*, 5^e ed. Defrénois « Lextenso éditions », 2011.

pas totalement absente du modèle contractuel musulman¹⁴²⁶, mais elle n'est pas à proprement parler une des conditions de validité du contrat. En droit musulman, les contrats sont reconnus soit par la loi, soit par la pratique, la nécessité, ou par la commune volonté des parties¹⁴²⁷ à condition de respecter toutes les règles posées. Le droit musulman reconnaît deux types de volontés, la volonté déclarée (A) et la volonté réelle (B).

A) La volonté déclarée

958. Cette forme de conclusion du contrat renforce l'idée de la protection qui tire sa source et ses fondements dans l'intention des parties, elle s'exprime par la rencontre d'une offre et de la demande. Dans une telle situation, le contrat reflète l'échange des parties. L'élément intentionnel est un outil de protection des parties, en droit musulman le silence ne vaut pas acceptation, sauf en cas de renonciation¹⁴²⁸. La déclaration doit en principe émaner des parties. Toutefois, le contrat peut se former dans des déclarations provenant d'une seule partie renvoyant aux contrats unilatéraux connus en droit français qui créent des obligations à l'égard d'une autre partie¹⁴²⁹. Ce constat montre l'influence du droit occidental¹⁴³⁰ et leurs traits communs. Il arrive que la volonté déclarée soit différente de l'intention souhaitée, dans ce cas, on cherche l'intention réelle.

B) L'intention réelle

959. La définition de la notion de contrat donnée par Chahata, met en avant l'échange des consentements et l'intention des parties comme étant des éléments nécessaires pour la formation du contrat. Cette définition semble poser la volonté déclarée comme étant le fondement du contrat, et non pas la volonté réelle. Si la volonté réelle est différente de la volonté déclarée, le contrat pourrait être annulé, et la partie victime serait en droit de demander la nullité du contrat sur le fondement du dol¹⁴³¹. Les cas où les deux volontés

¹⁴²⁶ M. Kotb, *Le rôle de la volonté dans la formation du contrat en droit musulman*, Thèse, Paris, 1984, p. 382 et s.

¹⁴²⁷ Ch. Chahata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz, 2005, p. 105. Le contrat sera formé une fois que l'échange de déclaration de volonté a eu lieu.

¹⁴²⁸ *Ibid.* p. 115.

¹⁴²⁹ Cf. M. Kotb, *Le rôle de la volonté dans la formation du contrat en droit musulman*, Thèse, Paris.

¹⁴³⁰ L. Milliot, F. P. Blanc, *Introduction à l'étude du droit musulman*, Dalloz, 2001, p. 604.

¹⁴³¹ L'article 1116 du Code civil : « Le dol est une cause de nullité de la convention ... », cf. Cass. 1^{er} Civ., 10 juil. 1995 : D. 1997, 20 note Chauvel, CCC, 1996, 360 note Leveneur.

seraient différentes sont : la violence, l'erreur, le dol et l'incapacité, ce qui constitue en droit français les vices de consentement. Il ressort que l'absence de la liberté contractuelle en droit des contrats musulman ne constitue pas un obstacle pour la reconnaissance de ces contrats français, puisque le régime du droit des contrats dans le système islamique est quasi identique à celui des contrats en droit français, surtout en phase de leur formation.

960. Nous devons plutôt rechercher la divergence sur la classification de ces contrats, car le droit musulman reconnaît une trentaine de contrats nommés qui étaient la symétrie des produits dans les banques islamiques lors de leur implantation en Égypte dans les années 60. La question est de savoir si un contrat innommé peut être reconnu en droit musulman ? La réponse à cette problématique passe au préalable par un essai de qualification des produits islamiques au regard des règles du droit des contrats français.

Paragraphe II) L'équivalent des produits islamiques aux contrats en droit français

961. Le rôle d'une banque islamique ou conventionnelle est d'exercer l'activité bancaire par le biais des opérations de banque. Ces dernières nécessitent la mise en place de produits qui permettent aux banques d'exercer leur fonction d'intermédiaire bancaire et financier¹⁴³². Au-delà de leur réglementation sur le plan religieux avec l'instauration des comités de *charia board*, ces produits doivent être classés dans un régime juridique reconnu par le droit positif du pays d'accueil¹⁴³³. Nous allons voir la réception de ces produits en droit français avec l'examen de la nature juridique de ces produits en droit français, afin de déterminer la nature du contentieux qui en découlerait une fois les banques islamiques acceptées sur le sol français.

962. Tous ces produits déjà présentés au niveau du chapitre II de cette deuxième partie ont fait l'objet d'un essai de qualification en droit français¹⁴³⁴. L'objet dans cette section serait de voir si les qualifications sont appropriées aux règles qui régissent les contrats en droit français et celles du droit musulman. Existe-t-il un moyen de leur attribuer une qualification plus

¹⁴³² N. Abdelhafid, « Les marchés financiers et les fonds d'investissements islamiques », *Revue du Financier*, op. cit., p. 9.

¹⁴³³ Hassan Javanshir et Hisham Bouhouita Guermech, « Financement conformes à la charia. Neutralité fiscale : à quand les ménagements juridiques ? », *Revue Banque*, mai 2009, n° 713, p. 73.

¹⁴³⁴ G. Affaki, « Règlement des différends. La finance islamique en France : entre accueil et réforme », *Revue Banque*, juin 2010, n° 725, p. 55.

adéquate au regard des règles qui gouvernent les deux systèmes ? La réponse à ces interrogations nécessite l'étude des qualifications attribuées à chaque produit en l'état actuel du droit (I), avant de révéler ce qui nous semble plus adapté aux normes tant religieuses que françaises (II).

I) La qualification retenue à l'heure actuelle : une qualification douteuse ?

963. Pour rester fidèle à notre démarche méthodologique, nous allons commencer par étudier les produits classiques (A) avant de voir les produits modernes (B). Il faut signaler que certains produits dont la qualification ne pose pas de doute ne feront pas l'objet d'étude dans ce paragraphe. D'autres seront aussi exclus du fait qu'ils ne sont pas utilisés dans le modèle actuel des banques islamiques. Nous verrons si les produits spécifiques aux banques islamiques peuvent être calqués sur le régime des contrats en droit français ¹⁴³⁵ ou plutôt se référer aux contrats nommés reconnus dans le système islamique.

A) Les produits classiques

964. Les produits classiques de type participatif (1) et les produits classiques de type non participatif (2) qui font appel à des modes de rémunérations différents seront examinés distinctement dans deux points distincts. Les premiers sont rémunérés en fonction du principe de partage des profits et des pertes et les seconds en tenant compte de la notion de marge et de bénéfice.

1) Les produits classiques de type participatif

965. Les activités des banques islamiques ne datent pas d'aujourd'hui ¹⁴³⁶, aussi loin que nous remontons dans le passé elles s'exerçaient sous la dénomination de *Sarf* ¹⁴³⁷. Aujourd'hui, la politique de modernisation de cette industrie nécessite la mise en place de nouveaux produits et de nouvelles techniques d'investissement. Nous allons procéder à l'analyse juridique de la

¹⁴³⁵ G. Causse Broquet et N. Abdelhafid, « Produits dérivés islamiques. De l'utilisation implicite à la standardisation », *Revue Banque*, juin 2010, n° 725, p. 51.

¹⁴³⁶ G. Parleani, « Regards pragmatiques sur la finance islamique », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2012, dossier 12., p. 1.

¹⁴³⁷ S. Al-Suwailem, « Venture Capital: A proposal Model of Moucharaka », *Journal of Islamic Economics*, 2004, vol.10, cité par C.-J. Serhal, *op. cit.*, p. 36.

moudaraba (a) et de la *moucharaka* (b), afin d'en tirer leur régime juridique voire éventuellement leur qualification.

a) L'analyse juridique du *moudaraba*

966. Elle consiste en une technique de financement par laquelle une partie apporte le capital et l'autre fait un apport en industrie, cet apport peut se matérialiser par son savoir-faire et son expérience. Ce produit s'analyse comme une technique de financement participatif passif, car une seule partie s'occupe de la gestion du projet.

967. Cette gestion unilatérale donne lieu à un partage inégal et inéquitable des bénéfices et des pertes. En cas d'échec du projet, la responsabilité personnelle du gestionnaire de l'opération peut être engagée. Le mode de dénouement de ce produit nous fait penser au contrat de société défini dans les dispositions de l'article 1832 al 1 du Code civil, « La société est une 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 ».

968. L'ordonnancement de cet article pose les critères de qualification d'un contrat de société en posant des critères essentiels. Le premier des éléments renvoie à la notion d'associé qui, en plus de son apport, doit avoir l'intention de former une société, ce qui traduit le critère de l'*affectio societatis* résumé par la jurisprudence comme la volonté de partager les bénéfices et les pertes d'une entreprise commune¹⁴³⁸.

969. Cette conception est contraire, selon certains, au critère d'*affectio societatis* qui constitue le fondement de ce contrat de société et son absence dans la société en ferait une société fictive¹⁴³⁹. Ce courant est connu sous le nom de la conception subjective. D'autres, comme Monsieur Viandier, relèvent les faiblesses de l'absence de l'aspect intentionnel de la notion d'*affectio societatis*¹⁴⁴⁰ et prônent la conception objective faisant appel à des règles

¹⁴³⁸ Cass Civ. 1^{re}, 18 juil.1995, n° 93-19449, Bul.civ. I. n° 320 p. 223; Cass. 1^{re} civ. 3 dec.2008, n°07-13043.

¹⁴³⁹ Civ. 3^e, 8 jan. 1975, *Rev. Sociétés* 1976. 301, obs. I. Balensi « La nullité d'une société pour défaut d'*affectio societatis* entraîne l'inexistence de tout lien véritable d'association entre les pseudo-associés... » ; Paris, 8 nov. 1989, Bull. Civ. Joly 1990, p. 98, n° 21, Obs. M. Jeantin, *JGP. E.* 1990, II, 15677, n° 3.

¹⁴⁴⁰ N. Reboul, « Remarque sur la notion conceptuelle et fonctionnelle, l'*affectio societatis* », *Revue sociétés*, 2000, p. 425.

autres que celles de l'*affectio societatis* pour qualifier le contrat de société. Selon nous, ce critère ne pose pas d'obstacle, car en droit des contrats musulman l'intention est un élément du contrat, bien que son absence ne soit pas sanctionnée par la nullité¹⁴⁴¹.

970. Cette définition, bien qu'elle partage des points communs avec ces produits musulmans comme celui des partages des bénéfices et des pertes, en diffère sur d'autres, notamment sur le mode de partage des bénéfices et la détermination des apports. Il faut qu'une partie apporte le capital et l'autre son savoir-faire, selon les termes de l'article 1832, alors que dans une société rien n'interdit à toutes les parties de contribuer avec leur savoir-faire. Ils se rejoignent sur la répartition des responsabilités de la gestion à l'issue de l'opération, le dirigeant fautif responsable est obligé d'indemniser les autres actionnaires. En revanche, les retombées financières seront partagées en fonction des apports et des clauses contractuelles. L'article 1844 du Code civil autorise tout associé à participer à la gestion collective¹⁴⁴², cette liberté de gestion n'est pas autorisée dans le cadre du *moudaraba*, car seule une partie s'occupe de la gestion, d'où l'appellation de participation passive. Les similitudes dans le cadre du partage peuvent également semer le doute. En effet, en droit des sociétés, on parle de partage de bénéfices permettant aux associés d'avoir comme contrepartie des droits de vote ou la main mise dans la gestion de l'entreprise. Dans le *moudaraba* le principe de partage des profits est lié aux retombées économiques du projet, mieux encore, dans le système musulman les mécanismes de partage diffèrent selon que l'on partage les pertes ou les profits.

971. L'objet social peut aussi constituer un obstacle pour la qualification du *moudaraba* à un contrat de société, car en droit musulman l'objet doit être conforme aux règles religieuses et éthiques du *halal* et du *haram*, de telles interdictions ne nous semblent pas être respectées dans les dispositions de 1832 du Code civil¹⁴⁴³. Cette orientation de l'objet risque, à notre avis, de faire perdre la qualification de *moudaraba* à un contrat de société. Pourtant, certains

¹⁴⁴¹ N. C.-Obeid, Les contrats en droit musulman des affaires, *op. cit.*, p. 96; Ch. chehata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Dalloz 2008, p. 18. ; M. Kotb, *Le rôle de la volonté dans la formation du contrat en droit musulman*, Thèse, Paris, 1984, p. 382 et s.

¹⁴⁴² Com. 3 mars 2009, *Droit Fiscal*, 2009, n° 25, Com. 378, les participations sont calculées en fonction de leur participation.

¹⁴⁴³ Ph. Merle, *Droit commercial des sociétés*, 16^e éd. Dalloz, 2013, p. 82, Le genre d'activité qui n'est pas soumise à la même restriction que celle du droit musulman en excluant certaines activités.

auteurs n'ont pas hésité à qualifier ce produit en contrat de société en commandite simple¹⁴⁴⁴, alors même que sa qualification de société pose de doute. Ce constat nous conduit, dans notre second paragraphe, à essayer de trouver une qualification juridique du *moudaraba*. Il faut analyser, au préalable, le terme de *moucharaka*.

b) L'analyse juridique de la *moucharaka*

972. Cette technique de financement, comme nous l'avons déjà présentée dans notre section I, constitue une technique de participation active différente de la *moudaraba* ; avec la *moucharaka* les parties ont la liberté de choisir le gestionnaire du projet¹⁴⁴⁵. Cette liberté dans la gestion, l'approche du contrat de société surtout en ce qui concerne les dispositions de 1844 al.1, permettant à chaque partie de participer à la gestion du projet. Contrairement à la *moudaraba*, la *moucharaka* est aujourd'hui assimilée à trois mécanismes juridiques différents connus dans le système français : une prise de participation directe de la banque islamique dans le capital de société ; les sociétés à capital risque, et enfin les fonds commun de placement à risque. La *moucharaka* est plus proche de la société en participation, en ce sens que les associés peuvent s'ils le désirent ne pas l'immatriculer au registre du commerce¹⁴⁴⁶. Outre, ces similitudes avec le mécanisme de la *moudaraba*, ces produits se différencient par leur mode de partage dans la *moucharaka*, les profits sont partagés en fonction des clauses prévues dans le contrat et les pertes en fonction des apports des parties. Ils sont également différents de par leur modalité de gestion, alors que de tels points ne posent pas d'obstacles pour la qualification du *moudaraba* en un contrat de société, ce qui nous fait douter de la qualification du *moucharaka* en société, bien que le régime de participation instauré par le droit musulman lui ressemble en partageant les principes généraux. Après l'analyse juridique des produits classiques de type participatif, nous allons analyser les produits classiques de type non participatif.

¹⁴⁴⁴ C.-J. Serhal, « La finance islamique : intégration possible dans le système bancaire français », op. cit., p. 41, la *moudaraba* est l'équivalent d'une société en commandite simple ou par actions, le client étant le commandite simple ou par action, le client étant le commanditaire et la banque le commandité.

¹⁴⁴⁵ H.Hourani, «The three principals of Islamic Finance », *International financial Law*, May 2004, cité par C.-J. Serhal, art. cit. p. 42.

¹⁴⁴⁶ Paris 31 mai 2002, *Droit des sociétés* 2003, n° 29, F. X. Luxas, si la société n'a pas été immatriculée les accords ne lient pas les parties (associés)

2) Les produits classiques de type non participatif

973. Le système bancaire islamique se démarque du système conventionnel par la mise en place des produits participatifs, justifiant l'application des principes tels que le partage des profits et des pertes dans le *moudaraba* et la *moucharaka*. Il existe des produits non participatifs mettant en place des mécanismes autres que ceux du principe de partage des pertes et des profits, nous pouvons citer la *murabaha* (a) et l'*ijira* (b), qui utilisent respectivement la marge et les loyers.

a) L'étude juridique de la *murabaha*

974. La *murabaha* est une technique de financement islamique qui consiste à l'achat d'un bien au comptant par la banque pour le revendre à un prix majoré d'une marge, représentant sa rémunération. Le prix est souvent négocié entre les parties et le bien choisi par le client. Ce produit ne donne pas lieu à une prise de participation directe empêchant l'application du principe de partage des pertes et des profits, puisqu'il n'existe pas une opération bancaire gratuite¹⁴⁴⁷ à proprement parler. Le banquier met en place une rémunération par le biais d'une marge ou bénéfice qui du point de vue économique porte sur la différence de valeur entre le prix de vente et le prix d'achat réel¹⁴⁴⁸. Alors, sur le plan juridique, seul le caractère onéreux permet de qualifier une contrepartie d'une prestation sous forme d'intérêt¹⁴⁴⁹. Cette onérosité de l'opération a permis à certains¹⁴⁵⁰ de qualifier cette opération de convention de crédit. Mais il ne suffit pas que l'opération soit onéreuse pour être qualifiée d'opération de crédit, d'autres critères doivent être pris en compte, d'où la nécessité d'analyser ces éléments. Sinon l'opération d'*ijira* sera, quant à elle, considérée comme une opération de crédit, puisque le critère d'onérosité est bien présent.

¹⁴⁴⁷ M. Bali, « Le réveil de la société en participation par les finances éthiques », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 1, janvier 2011, étude 3., p. 3. « Le prêteur ne participe jamais aux pertes aussi bien sur le prêt classique mais aussi sur le prêt participatif » ; V. aussi Ibrahima Cekici, « La prohibition islamique de l'intérêt et les opérations en France », *Revue Lamy droit des affaires*, oct. 2008.

¹⁴⁴⁸ L. Aldo, *Finance islamique opération financière autorisées et prohibées vers une finance humaniste*, *op.cit.*, p. 99.

¹⁴⁴⁹ Cf. L'article L.313.1 du Code monétaire et financier.

¹⁴⁵⁰ C.-J. Serhal, « La finance islamique : intégration possible dans le système bancaire français », *art.cit.* p.42. « Prêt des banques islamiques »

b) L'étude de l'opération d'*ijira*

975. L'*ijira* est une technique de financement par lequel le financier (la banque) achète des biens ou des équipements, qu'il donne en location au bénéficiaire (le preneur de bail). La banque (le crédit-bail) conserve la propriété des biens jusqu'au terme du financement¹⁴⁵¹. C'est d'ailleurs sur ce dernier élément relatif au transfert de propriété que bon nombre d'auteurs se sont fondés pour assimiler le contrat de crédit à l'*ijira*¹⁴⁵². Cette assimilation rendrait illégitime cette opération selon les règles du droit musulman, car certains procédés connus dans le crédit-bail sont contraires aux principes du droit musulman. Parmi ces derniers, nous pouvons citer la clause qui impose au crédit-preneur de continuer à payer les loyers en cas de perte ou de destruction du bien objet du contrat de crédit. En droit musulman, la disparition du bien entraîne automatiquement la nullité du contrat¹⁴⁵³.

976. L'étymologie même du mot *ijira* renvoie à la notion de bail¹⁴⁵⁴, alors que le crédit-bail est plus une opération de crédit qu'un contrat de bail, pour deux raisons. D'une part, toutes les obligations du bailleur ne se trouvent pas respectées, notamment celle de l'entretien¹⁴⁵⁵, d'autre part, les loyers que le crédit-preneur paye ne reflètent pas la contrepartie de la jouissance, mais plutôt l'appropriation. En outre, l'article L.313.1 du Code monétaire et financier assimile le crédit-bail à une opération de crédit¹⁴⁵⁶, justifiant son caractère onéreux. Alors que cette contrepartie est due seulement au fait de l'écoulement du temps prohibé en droit musulman.

977. Aujourd'hui, la naissance de la location avec option d'achat, comme nouvelle variété du crédit-bail, prend en considération dans sa qualification des éléments relatifs à la destination

¹⁴⁵¹ C. Chance, « Finance islamique, le projet *Al-Waha* : un exemple d'innovation financière », *Revue banque*, juin 2007, n° 692, p. 54.

¹⁴⁵² S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, *op. cit.*, p. 82 ? L'auteur assimile l'*ijira* à la fois à un crédit-bail et à un leasing ; Cf. La fiche de présentation des produits de la finance islamique de la banque islamique de développement du Maroc (Rabat), sur le document qui sera annexé, le crédit-bail est assimilé à (*Ijira*).

¹⁴⁵³ E. Jouini, O. Pastré, *La finance islamique. Une solution à la crise ?*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁴⁵⁴ L. El Halimi, *Les substituts du prêt à intérêt dans les banques islamiques*, thèse en droit, Perpignan, 2007, p. 184.

¹⁴⁵⁵ E. Lecorre Broly, *Crédit-bail mobilier et procédure collective : contribution à l'étude du contrat de crédit bail mobilier en cas de redressement ou liquidation judiciaire du locataire*, thèse en Droit, Lille 2, 1997, p. Selon l'auteur, le crédit bailleur apparaît comme un intermédiaire...

¹⁴⁵⁶ Cass. Com., 30 mai 1989, *Bull. Civ. IV*, n° 167, la promesse unilatérale est un élément constitutif du crédit-bail.

du bien et la qualité du locataire. Voilà autant de raisons qui nous conduit à nous douter de la qualification de l'*ijira* comme d'un crédit-bail. Alors, s'agit-il d'une vente à crédit ou d'une promesse unilatérale de vente ? La suite de notre raisonnement nous permettra d'apporter une réponse. Les produits dans les banques islamiques ne se limitent pas à ces seuls contrats précédemment cités, mais comme nous l'avons déjà indiqué dans l'introduction de cette section, certains produits ne seront pas traités du fait qu'ils très peu utilisés actuellement, en l'occurrence le *salam* et l'*istisna'a*. Passons à l'analyse ou l'examen juridique des produits modernes.

B) Les produits modernes ou modernisés

978. Aujourd'hui, la mondialisation de la finance islamique est due non seulement à la renaissance du phénomène religieux, mais à la surliquidité¹⁴⁵⁷ qui émane des pays du Golfe depuis l'évènement du 11 septembre 2001. Cette modernité est la fille de cette internationalisation, avec la mise en place de produits modernes qui peinent à répondre aux doubles exigences religieuses et juridiques. Ces produits sont plus présents dans l'activité des banques d'investissement, avec l'émergence de produits qui étaient jusque-là le monopôle des sociétés financières et des compagnies d'assurance. Ces produits modernes sont les *sukuk* (1) et le *takaful* (2).

1) L'analyse juridique des *sukuk*

979. Les instructions du Ministère des finances définissent les *sukuk* comme « *des titres représentant pour leur titulaire, un titre de créance ou un prêt dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs, détenus par l'émetteur, affectés au paiement de la rémunération et du remboursement*¹⁴⁵⁸ ». Cette définition, bien que différente de celle couramment connue dans la pratique, résout différents problèmes, car les *sukuk* peuvent être liés au régime fiscal du *sukuk* qui, depuis le 18 décembre 2008, bénéficie d'un régime de traitement favorable. Madame Lagarde, ministre de l'Économie et des Finances avait manifesté, lors d'une réunion tenue à Paris Europlace, sa volonté de proposer

¹⁴⁵⁷ A. Sid Ahmed, « Pétrole et économie islamique », in *Les Capitaux en Islam*, op. cit., p. 76.

¹⁴⁵⁸ G. Saint Marc, « Finance islamique, un régime fiscal visant à faciliter l'émergence de la place de Paris », *Revue Banque*, novembre 2010, n° 729, p. 54.

V. Instructions fiscale relatives au régime fiscal des *sukuk*, 25 fév. 2009, n° 4 FE/ 09, Direction générale des finances publiques et du trésor : BOI n° 78, 24 août 2010.

les réformes juridiques nécessaires afin d'instaurer la finance islamique. De plus, cette définition assimile d'une manière implicite les *sukuk* aux obligations ou à des titres de créances¹⁴⁵⁹, ce qui a permis de les assimiler, dans le cadre de leur traitement fiscal. C'est peut-être cette assimilation qui a conduit certains¹⁴⁶⁰ à qualifier les *sukuk* d'obligations classiques, qualification qui ne fait pas l'unanimité. Certains, comme Maîtres Jacques Bertran de Balanda et Foued Bourabiat rejettent cette assimilation¹⁴⁶¹. La difficulté de cette qualification réside dans le fait que cette technique de financement islamique se fonde sur la notion de propriété. Or, cette dernière est différente dans les deux systèmes juridiques. En droit musulman, absolutisme et perpétuité ne sont pas des critères de la propriété¹⁴⁶², car en Islam tout ce qui est entre les « *Cieux et la terre appartient à Dieu*¹⁴⁶³ ». Alors qu'en droit français, l'article 544 du Code civil¹⁴⁶⁴ donne une définition de la propriété qui va à l'encontre des principes de l'Islam.

980. Dans ce contexte, il était nécessaire de trouver une harmonie, ce qui avait donné lieu à une intervention législative¹⁴⁶⁵ ajoutant un nouvel alinéa dans l'article 2011 du Code civil : « *Le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie* ». Cet alinéa avait en partie pour rôle, selon nous, de corriger les divergences qui posent un souci majeur dans l'accueil de ce produit. Ainsi, avec cette ordonnance le législateur reconnaît le droit de propriété du porteur et le droit réel du bénéficiaire, ce qui est contraire à la philosophie de la

¹⁴⁵⁹ M. Storck, I. Zeyyad Cekici, « Les *sukuk* : aspects de droit français et de droit musulman », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, mars 2011, étude 17, p. 6.

¹⁴⁶⁰ J. Charlin, « Fiducie, *sukuk* et autres *murabaha* ou *ijira* : à propos de la finance islamique », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 41, 8 octobre 2009, 1946, p. 4. Les obligations islamiques dites *sukuk* sont des titres représentant pour leur titulaire un titre dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des *sukuk*. ; V. aussi Michel Storck et Ibrahima Zeyyad Cekici, « Les *sukuk* : aspects de droit français et de droit musulman », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 2, *op. cit.* Ils vont dans le sens de cette assimilation ; V. aussi S. Dhafer, *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, p. 114.

¹⁴⁶¹ J. Bertran de Balanda, F. Bourabiat, « Fiducie et finance islamique » in dossier Fiducie-sûreté et sûretés réelles que choisir ?, *Droit et Patrimoine*, n° 192, mai 2010, p. 84.

¹⁴⁶² M. Thiam, « La fonction sociale du droit de propriété : *Le Waqf* », in *Les cahiers du CDPC*, n° 9, p. 555 et s.

¹⁴⁶³ Gh. Ghaussy, « Étude sur la théorie de l'ordre économique islamique », in *les Capitaux en Islam, op. cit.*, p. 39.

¹⁴⁶⁴ Cette disposition est issue des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et de la citoyenneté de 1789.

¹⁴⁶⁵ Rapport sénat, « Adaptation du régime de la fiducie afin de permettre l'émission de « *sukuk* », *La semaine juridique et affaires*, n° 26, 25 juin 2009, act. 322. p. 1 ; V. La finance islamique, *Lamy droit du financement*, 2012, partie 8.

fiducie en elle-même, il ne faut pas oublier qu'elle est en même temps une sûreté. Ainsi, en reconnaissant le droit de propriété du porteur de la fiducie, celle-ci peut vider de tout son sens son droit de sûreté ou de garantie dont la fiducie jouit. C'est dans ce contexte que le Conseil Constitutionnel avait censuré l'amendement du 14 octobre 2009¹⁴⁶⁶. Le *takaful* aussi présente de grandes difficultés juridiques.

2) L'examen juridique du *takaful*

981. *Takaful* de son origine arabe, « *Ta-awun* », signifie garantie mutuelle qui s'effectue sous la forme de coopération associative. La question de sa légitimité a toujours divisé les penseurs et les chercheurs. Cette divergence découle du principe de l'interdiction du *gharar* que certains analysent comme étant un contrat aléatoire contraire au principe posé par l'économie islamique. Dans le souci de respecter les prescriptions de l'Islam, les contrats de *takaful* ne stipulent pas les bénéfices monétaires prédéterminés. L'assurance est définie comme des précautions terrestres que l'on prend à l'encontre des coups du destin et des pertes matérielles, autant d'épreuves envoyées par Dieu comme le sait tout musulman¹⁴⁶⁷. L'assurance constitue donc une remise en cause de la prédestination¹⁴⁶⁸ divine.

982. Aujourd'hui, ce produit est assimilé à l'assurance conventionnelle même si, nous le reconnaissons, avoir repris cette assimilation lors de la présentation de ce produit sur les premières lignes de notre thèse, elle est loin d'être un contrat d'assurance au vrai sens du terme. Alors que si nous nous arrêtons sur certains points, nous verrons que ces produits présentent de grandes différences. Les membres d'une mutuelle *takaful* sont à la fois assureurs et assurés, assureurs puisqu'ils sont les propriétaires des fonds gérés par la compagnie et assurés bénéficiaires en cas de sinistre. Dans le contrat de *takaful* on parle de bénéfices au lieu de primes¹⁴⁶⁹, au moment où d'autres fondent ce produit en tenant compte des éléments qui justifient la garantie et la caution où l'idée de risque, d'autres comme Monsieur Sanhuri¹⁴⁷⁰ se fondent sur l'idée de nécessité sociale. Ce qui a donné lieu à

¹⁴⁶⁶ L. Aynés, P. Crocq, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *Recueil Dalloz* 2009, n° 38, p. 2559 ; V. aussi A. Lienhard, « Fiducie et finance islamique : censure formelle du conseil », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 36, p. 2412 -2413

¹⁴⁶⁷ E. Klingmuller, « Islam et assurance », in *Les Capitaux en Islam*, op. cit., p. 153.

¹⁴⁶⁸ *Idem*.

¹⁴⁶⁹ E. Jouini, O. Pastré, *La finance islamique. Une solution à la crise ?* op. cit, p. 34.

¹⁴⁷⁰ A. Ahmed Al Sanhuri, est le père spirituel du code civil égyptien.

l'émergence d'une assurance sociale¹⁴⁷¹ qui permet de suppléer le père de famille en cas de décès soudain ou encore par le caractère obligatoire de certaines polices d'assurance dans certains pays. Malgré les critères de légitimation, le *takaful* est différent de l'assurance conventionnelle, puisqu'il signifie garantie mutuelle. En plus, il y a l'absence d'*aléa* constituant une cause de nullité du contrat d'assurance¹⁴⁷². L'ensemble des assimilations faites par les auteurs français qui s'intéressent à cette finance semble être douteuses, nous allons essayer de donner une qualification qui nous semble être la plus adaptée aux exigences du droit musulman, mais aussi à celles du droit français.

II) La qualification retenue en tenant compte des règles des deux systèmes : une qualification adaptée ?

983. L'accueil de la finance islamique dans les pays où la *charia* ne constitue pas une source du droit peut se faire sous différents modèles, soit en assimilant les règles qui régissent le fonctionnement des banques islamiques à celle du droit national, comme c'est le cas de Londres, soit en adaptant un modèle intermédiaire, ou enfin en instaurant un régime spécifique¹⁴⁷³. Cette dernière option nous semble la plus apte et adéquate pour l'instauration des banques islamiques en France, en ce sens tous les pays qui ont adapté cette finance ont emprunté cette voie et le système français présente des similitudes avec les règles de la finance islamique. Quel que soit le modèle adopté, le droit des contrats doit être analysé, examiné. En effet, ce droit demeure un outil indispensable pour le financement d'une banque. En droit français, certains ont préconisé d'opter pour le modèle bivalent qui doit emprunter l'un des modèles des contrats nommés, soit un modèle multivalent qui consiste à adopter d'autres systèmes juridiques par l'effet de la mondialisation¹⁴⁷⁴. Jusqu'ici, en France, aucun des modèles n'a été adapté d'une manière officielle sur le plan contractuel, malgré

¹⁴⁷¹ M. El-Gamal, *Finance islamique., Aspects légaux, économiques et pratiques*, op. cit., p. 208, assurance commerciale, assurance sociale et assurance mutuelle.

¹⁴⁷² B. Beignier, *Droit des assurances*, Montchrestien, Paris, « Lextenso éditions », 2011, p. 163.

¹⁴⁷³ A. Belabes, « Variété de modèle d'accueil de la finance islamique en droit national », in *Les cahiers de la finance islamique*, numéro 3, p. 81

¹⁴⁷⁴ G. Affaki, « Accueil de la finance islamique en droit français : essai d'un transfert de droit normatif », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, op. cit., p. 147.

l'instauration d'un compte bancaire conforme aux règles de la *charia* et des prises de position de la part de certains juristes sur la nature du droit applicable ou le régime juridique des contrats utilisés dans les banques islamiques. Nous allons essayer de trouver une qualification adaptée tant pour les règles du droit musulman que de celles du droit français afin de trouver une solution médiane. Nous souhaitons trouver ainsi une qualification commune à tous les produits participatifs (A), avant de voir celle des produits non participatifs (B).

A) La qualification des produits participatifs

984. La prohibition de l'intérêt dans les transactions bancaires islamiques ne signifie pas la négation de toute rémunération¹⁴⁷⁵. Toutefois, cette rémunération doit se faire d'une manière participative. C'est sur ce point que l'interdiction de l'intérêt dans la religion musulmane est différente des autres religions monothéistes, car le catholicisme et le judaïsme n'ont pas, à proprement parler, proposé des substituts de l'intérêt ou de prêt à intérêt, malgré la mise en place chez les seconds des associations sous le nom de « *heter issaka* »¹⁴⁷⁶. L'alternatif du mécanisme de l'intérêt s'est manifesté chez les musulmans par la mise en place des produits participatifs tant dans le domaine des assurances que dans les banques. Ce constat nous permet de classer le *takaful* dans les produits participatifs. Quant aux produits non participatifs, ils font appel à d'autres procédés rémunérateurs tels que la marge ou le bénéfice pour rémunérer le banquier. Cette rémunération se justifie par la rémunération *post-ante* et la rencontre entre le travail et le capital¹⁴⁷⁷ comme l'illustre la *moudaraba*. La qualification juridique du *takaful* sera examinée dans le cadre des produits modernisés. L'étude juridique du *takaful* nous a permis de le classer dans les produits participatifs, à côté de la *moucharaka* et de la *murabaha*, puisqu'il fait appel aux instruments participatifs. Cette classification nous conduit à essayer de les qualifier séparément : *moucharaka* (1), *la moudaraba* (2) et le *takaful* (3).

¹⁴⁷⁵ L. Sbai El driss, « La rémunération du capital en Islam », *Finance and common good*, autumn, 2003, p. 19 ; V. aussi, M. Rodinson, *Islam et capitalisme*, Paris, Seuil, 1970, 306 pages.

¹⁴⁷⁶ A. Weingort, *Intérêt et crédit dans le droit talmudique*, LGDJ 1979, p. 434.

¹⁴⁷⁷ J. Lasserre Capdeville, S. Hazoug, « Le compte de dépôt et la finance islamique », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 6, novembre 2011, étude 33, p. 2. Selon les auteurs, l'Islam ne blâme pas la recherche du profit

1) Essai de qualification juridique de la *moucharaka*

985. La mise en place d'un système bancaire conforme aux principes et aux règles religieuses nécessite l'instauration de produits qui doivent, en plus de la conformité aux principes éthiques, être en adéquation avec les dispositions qui gouvernent la finance conventionnelle. Les premières analyses qui ont été faites pour trouver un équivalent ou un contrat similaire se sont très vite orientées vers des produits ayant des caractères similaires avec ceux de la finance islamique tels que le contrat de société. En droit français, nous avons pensé au mécanisme du prêt participatif et à celui de la société en participation. Le premier est régi par l'article L. 313.13 du Code monétaire et financier, la ressemblance entre le prêt participatif et la *moucharaka* ne fait pas de doute du point de vue de son dénouement, c'est-à-dire de la rémunération par la mise en œuvre du principe de partage des pertes et des profits. Mais l'opposition réapparaît sur le plan formel, puisque nous avons déjà démontré que le caractère onéreux permet de qualifier toute opération en une opération de crédit, peu importe la forme de la rémunération, malgré le mécanisme du partage des bénéfices¹⁴⁷⁸. Mais le prêt participatif pêche par le fait qu'il fonctionne avec un taux d'intérêt fixe¹⁴⁷⁹ et un tel procédé constitue l'un des interdits principaux du système bancaire islamique¹⁴⁸⁰. C'est d'ailleurs ce point qui nous fait douter de cette qualification de la *moucharaka* de prêt participatif, malgré les nombreux traits en commun¹⁴⁸¹.

986. En ce concerne la qualification de la *moucharaka* en contrat de société, rappelons que si nous faisons appel à l'étymologie de ce produit, il renvoie à la notion de société (*sharika*). Ce qui nous fait penser au contrat de société prévu à l'article 1832 du Code civil, mais les formes de sociétés sont nombreuses et diverses. Alors de quelle société s'agit-il ? Société de capitaux ou de personnes ? Vu les procédés et les modalités de montages de ce produit qui constitue un

¹⁴⁷⁸ Cf. Gavana et Stoufflet, *Droit bancaire*, Litec, 2007 n° 33. V. aussi Jean Stoufflet, « Le coût du crédit encadrement ou liberté ? Table ronde introductive, in Dossier *Revue bancaire et financier*, p. 84-85.

¹⁴⁷⁹ L'article L. 313-17 du Code monétaire et financier ; V. aussi sur ce point C. J. Serhal et I. Zeyyad Cekici, « L'application du taux effectif global aux opérations de financements islamiques », *op. cit.*, p. 5.

¹⁴⁸⁰ L'interdiction du *riba* ou de l'intérêt.

¹⁴⁸¹ M. Bali, « Le réveil de la société en participation par les finances éthiques », *op. cit.*, p. 2. Il parle de l'inadaptation fondamentale du prêt participatif.

substitut du prêt à intérêt, la forme de la société importe peu. Ainsi, nous proposons d'assimiler ce produit à la société de participation¹⁴⁸² par sa simplicité dans sa formation et dans sa dissolution, avec l'absence de toute personnalité juridique¹⁴⁸³. Cette qualification ne veut pas dire que le régime des sociétés en participation sera transposé sur celui du contrat de la *moucharaka*, mais les aménagements prévus seront très légers comparés à ceux qui devraient être opérés avec le prêt participatif. Qu'en est-il de la *moudaraba*.

2) Essai de qualification juridique de la *moudaraba*

987. Ce type de produit est différent du *moucharaka* au-delà du fait qu'il partage les règles participatives¹⁴⁸⁴. Le *moudaraba* se démarque tant du point de vue de la responsabilité des partenaires que de la gestion. Dans le mécanisme du *moudaraba*, seul le banquier bailleur de fonds (*ral-el-mal*) aura une responsabilité financière¹⁴⁸⁵. Il sera aussi le seul à gérer le projet. Le *moudarib* apporte, quant à lui, son savoir-faire et son expertise, c'est ce travail qui sera rémunéré¹⁴⁸⁶. En dépit de leurs différences, ces deux produits ont été logés à la même enseigne. Autrement dit, ils bénéficient tous deux de la qualification de société et cela du fait de la simple présence du caractère participatif semblable à celui qui existe en droit des sociétés.

988. Nous ne devons pas nous limiter à la qualification générale attribuée à ce produit *moucharaka* avec lequel il partage la même qualification. Nous devons la classer dans un autre groupe de société plus déterminée et plus précise. Pourquoi ne pas faire de même pour le *moudaraba* ? Dans ce contexte, nous avons jugé logique et nécessaire de lui trouver une catégorie de société qui lui ressemble plus. Ainsi, au vu de ses caractéristiques et de son mode de fonctionnement, nous pouvons l'assimiler à la société en commandite simple. En plus de leurs traits communs, responsabilité du commandité et du rôle passif du commanditaire dans la gestion des projets, ils partagent aussi un but commun qui était celui du contournement de

¹⁴⁸² F. Lorenzini, « Finance islamique. L'Afrique, nouveau terrain de chasse », *Revue banque*, n° 702 mai 2008, p. 12.

¹⁴⁸³ Cf. Lamy *droit des sociétés commerciales*, n° 5069, p. 2446.

¹⁴⁸⁴ C.J. Serhal, I. Zeyyad Cekici « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *op. cit.*, p. 4.

¹⁴⁸⁵ I. Zeyyad Cekici, « Développement de la finance islamique en France : les premiers pas de l'administration fiscale », *op. cit.*, p. 77 et s.

¹⁴⁸⁶ G. Causse-Broquet, *La finance islamique*, *op. cit.*, p. 53 ; A. Lévy, *Finance islamique. Opérations autorisées et prohibées vers une finance humaniste*, *op. cit.*, p. 90.

la prohibition du prêt à intérêt¹⁴⁸⁷. Cette qualification, au même titre que celle du *moucharaka*, mérite des ajustements nécessaires afin de lui faire bénéficier du même régime juridique que celui de la société en commandite simple. L'assurance islamique, quant à elle, partage presque avec les produits du système bancaire les mêmes règles de fonctionnement. Ce qui se manifeste par le caractère participatif qui est le corolaire du principe de la mutualité.

3) Essai de qualification du *takaful*

989. L'assurance, contrairement à la banque, se justifie sur l'idée du fondement de la nécessité, renforcée par son caractère obligatoire dans certains domaines (assurance automobile, assurance habitation...). Mais, au-delà de cette nécessité, elle transgresse deux interdits phares du droit musulman : le *gharar* et le *maysir*. C'est pour cette raison que certains auteurs s'opposent à cette forme d'assurance dite *takaful*¹⁴⁸⁸. Rappelons que ces opposants l'assimilent souvent à l'assurance conventionnelle. Cette juxtaposition n'est pas exacte, selon nous, puisque la racine du mot en arabe renvoie à l'idée de garantie mutuelle qui nécessite l'instauration des ressources en commun sous forme de tontine¹⁴⁸⁹. Le *takaful* est plus proche du mécanisme de tontine ou de la mutuelle qui respecte les règles du droit musulman et met en place les règles participatives en véhiculant l'idée de solidarité et d'entraide qui est la base des contrats d'assurance¹⁴⁹⁰, ces mêmes principes gouvernant aussi l'esprit du droit musulman des affaires¹⁴⁹¹. Dans ces types de mutuelles comme les tontines, le terme du contrat est connu puisqu'un échéancier est élaboré. Il indique clairement la date de versement des fonds pour chacun des membres, d'où l'appellation de « tontine rotative », à différencier de la « tontine cumulative »¹⁴⁹². Le concept d'assurance n'est pas nouveau, car les

¹⁴⁸⁷ P. le Canu, *Droit des sociétés*, op. cit., p. 881.

¹⁴⁸⁸ V. S. Aldeeb, op. cit., p. 233.

¹⁴⁸⁹ Il s'agit d'un système informel et collectif d'épargne et de crédit pratiqué dans certains pays en développement, et caractérisé par l'association de personnes disposant d'un niveau sensiblement identique de revenus et ayant pour objectif de bénéficier de crédits en dehors des circuits financiers officiels. V. E. Fottorio, C. Guillemin, E. Orsema, *Besoin d'Afrique*, Fayard-Livre de poche, 1992, p. 254 et s. cité par J. Charbonnier, *Islam, finance et assurance*, op. cit., p. 86.

¹⁴⁹⁰ Cf. J. Bonnard, *Droit des assurances*, 3^e éd. Litec, Paris, 2009 ; M. Chagny, *Droit des assurances*, L.G.D.J., 2010 ; V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, Paris, 2012.

¹⁴⁹¹ Cf. F. Guéranger, *Finance islamique ; une illustration de la finance éthique*, op. cit., p. 54.

¹⁴⁹² J. Charbonnier, *Islam, finance et assurance*, op. cit., p. 87.

musulmans l'utilisèrent avant l'avènement du Prophète sous le vocable « *Alquila* », qui consiste à verser une somme pour indemniser la famille du défunt. Il fut remplacé par le « *diya* », appelé le prix du sang. Jusqu'à cette époque, la tontine était autorisée, mais pas l'assurance. Aujourd'hui, avec le développement économique, les musulmans ont besoin des techniques d'assurance qui protègent leurs biens et patrimoines. Dans les pays comme la France où l'assurance automobile est obligatoire, il n'existe pas actuellement d'assurance alternative conforme aux règles religieuses.

990. Il semble nécessaire de généraliser la *fatwa* qui a autorisé les musulmans vivants dans les pays où le système bancaire en vigueur n'était pas conforme aux règles de la *charia* de contracter avec le système en place. Selon nous, cet avis juridique peut être transposé dans le système actuel de l'assurance. Toutefois, des travaux seront nécessaires pour trouver une qualification juridique à ce produit. Même si nous ne doutons pas de sa ressemblance avec l'assurance conventionnelle, l'un des critères fondamentaux de l'assurance conventionnelle demeure l'aléa¹⁴⁹³ qui reste formellement interdit par les règles qui gouvernent le système islamique¹⁴⁹⁴, rendant les choses compliquées. Avec leur caractère associatif, participatif voire mutualiste, les produits examinés étaient similaires aux règles du contrat de société ou le prêt participatif. Cette particularité nous a permis de leur trouver un équivalent en droit français¹⁴⁹⁵. Voyons le sort des produits non participatifs.

B) La qualification des produits non participatifs

991. Le fonctionnement des banques islamiques ne s'effectue pas seulement avec les produits participatifs. D'autres produits autrement formés contribuent à son organisation et à son fonctionnement. L'absence d'un caractère participatif fait appel à un autre critère qui peut faire douter de la légitimité de cette finance attestant le caractère paradoxal de cette finance : il s'agit de la notion de marge ou bénéfice permettant de rémunérer le banquier. Nous allons donc analyser successivement le *mourabaha* (1) et l'*ijira* (2).

¹⁴⁹³ J. Bonnard, *Droit des assurances*, 3^e éd. Litec, 2009, p. 3.

¹⁴⁹⁴ J. Charbonnier, *Islam, finance et assurance*, op. cit., p. 93.

¹⁴⁹⁵ V. Fr. Gueranger, *Finance islamique : une illustration de la finance éthique*, op. cit. p. 87.

1) La qualification juridique de la *mourabaha*

992. À la différence des contrats participatifs où le banquier participe à sa manière à l'élaboration du projet, soit en apportant des fonds soit son expertise, sa rémunération se justifie en tenant compte de la contribution et de la réussite du projet. Dans les contrats non participatifs, d'autres critères que celui du partage des profits et des pertes permettent de rémunérer le banquier. Ces modes ou méthodes de rémunérations sont quasi identiques que celles existant dans les contrats de type participatif, même si leurs techniques de fonctionnement sont peut-être différentes d'un produit à un autre. La *mourabaha* consiste à un achat-vente avec une majoration du prix. Cette marge, bien que qualifiée d'intérêt par l'administration fiscale¹⁴⁹⁶, n'attribue pas à ce produit la qualification d'opération de crédit. Ce qui semble absurde, à notre avis, car l'objectif de l'administration fiscale visait à contourner la qualification du *mourabaha* en une opération crédit en le dispensant de la mention du taux effectif global (TEG)¹⁴⁹⁷, malheureusement ils ont échoué en assimilant cette marge à l'intérêt¹⁴⁹⁸, car l'intérêt est interdit en islam. Les parties dans le contrat de *mourabaha* doivent déterminer par avance cette marge qui ne sera ni majorée par l'effet du temps, ni par les modes de paiement qui peuvent être faits au comptant ou de façon différée. Les critères de qualification de ce produit sont largement inspirés de ceux du contrat de vente connu en droit français, tel que défini par l'article 1582 du Code civil. Les modes de déterminations du prix et de l'objet de la vente voire aussi l'obligation d'information qui pèse sur le vendeur dans le cadre du contrat de *murabaha* sont d'une importance capitale pour la validité de cette technique. Ces similitudes ont permis à certains auteurs¹⁴⁹⁹ de qualifier ce produit non pas d'opération de crédit, mais plutôt d'une opération de vente. Une telle qualification est non seulement contredite par les fiches présentées par l'administration fiscale, mais aussi par la mission de la banque. Celle-ci doit axer son activité sur des opérations de crédit et non pas sur celle de vente. Ce rejet a permis à certains d'assimiler cette

¹⁴⁹⁶ *Bulletin officiel des impôts*, n° 22 du 25 fév. 2009, régime fiscal des opérations de *mourabaha*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁴⁹⁷ C. J. Serhal, I. Zeyyad Cekici « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *op. cit.*, p. 8 ; V. aussi C. Rist, *Histoire des doctrines relatives au crédit et à la monnaie*, Paris, Ed. Sirey, 1957.

¹⁴⁹⁸ F. Bourabiat, « Finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs », *Revue de Droit bancaire et financier*, n° 4, juil. 2009, étude 27, p. 1.

¹⁴⁹⁹ C.J. Serhal, I. Zeyyad Cekici « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique », *op. cit.*, p. 9.

opération à une opération de crédit-bail. Une telle qualification n'a pas été retenue, puisque le crédit-bail est assimilé à une opération de crédit¹⁵⁰⁰, et imposerait aux banquiers la mention du TEG sous peine de nullité de l'opération.

993. Si le paiement est effectué au comptant, l'opération peut revêtir des critères d'un contrat-vente, ce qui ne rentre pas forcément dans le cadre des opérations de banque. Cette qualification orientée par un intérêt particulier se manifeste davantage sur celle de l'opération d'*ijira*.

2) La qualification de l'opération d'*ijira*

994. Les fiches du Minefi publiées le 18 décembre 2008 par l'administration fiscale qualifient l'opération d'*ijira* de contrat de louage dans le but de le faire échapper à la mention du TEG. Les auteurs qui ont avancé une telle qualification étaient inspirés par une décision de la chambre criminelle qui avait exclu l'opération de crédit-bail du régime des opérations de crédit¹⁵⁰¹. Cette solution est bien entérinée par les dispositions du Code monétaire et financier qui assimilent clairement le contrat de crédit-bail à une opération de crédit¹⁵⁰², non pas à un contrat de bail ou de louage.

995. De par son mode de rémunération et aussi les obligations des parties aux contrats¹⁵⁰³, même si on qualifie l'*ijira* de contrat de crédit-bail, il faut savoir distinguer au sein de ce type de contrat entre le crédit-bail proprement dit et la location avec option d'achat (LOA). La qualité du crédit preneur et la destination du bien objet du contrat sont les critères déterminants nous permettant d'opérer cette distinction. Cette sous-distinction au sein du contrat de crédit-bail accentue le problème de qualification que connaît l'opération d'*ijira*. L'*ijira* n'est pas un contrat de bail, puisque le preneur peut lever son option. L'objet du bien aussi peut être un outil de requalification du contrat en une LOA.

996. Malgré ces similitudes et ces ressemblances, les produits utilisés dans les banques islamiques sont loin d'être conformes au droit français, ce qui nécessite tant des ajustements

¹⁵⁰⁰ Cf. l'article, L. 311.1 du Code monétaire et financier.

¹⁵⁰¹ Cass. Crim. 12 nov. 1979, n° 79.90.165.

¹⁵⁰² Cf. article L. 313-7 ; V. G. Saint Marc, « La finance islamique : un enjeu pour France », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, op.cit. p. 303.

¹⁵⁰³ Cf. E. Lecorre-Broly, Thèse Lille II, op. cit.

de fond que des aménagements de forme. Les produits bancaires islamiques d'investissement connaissent aussi le même sort que ceux des produits déjà examinés.

C) La qualification du produit d'investissement : Les *sukuk*

997. Souvent qualifiés d'obligations conventionnelles utilisées dans le système classique, alors que ce dernier n'a pas recours aux mêmes produits que ceux utilisés dans la finance classique. Mieux encore, d'autres justifient son immunité par le fait que les banques islamiques n'utilisent pas des produits faisant appel à la spéculation et à des procédés d'incertitude. Ces constantes nous poussent à nier cette assimilation afin d'attribuer aux *sukuk* une qualification plus appropriée aux réalités qui gouvernent cette finance, mais aussi aux principes qui la fondent.

998. L'examen de sa qualification nécessite au préalable sa définition, avant de voir les caractéristiques des obligations dans le système conventionnel. Les *sukuk* sont différents des obligations conventionnelles, dans la mesure où l'origine et la destination des fonds investis sont très difficiles à contrôler, ce qui est contraire au principe de la finance islamique, notamment à celui de la conformité du *halal* et du *haram*¹⁵⁰⁴. De plus, cet instrument est qualifié par l'administration fiscale d'instrument de dettes¹⁵⁰⁵ pour des raisons fiscales. Or, en droit musulman il est nécessaire que le porteur de *sukuk* soit investi d'un titre de propriété et non pas d'un droit de créance¹⁵⁰⁶. Ces différences nous permettent de remettre en cause la qualification des *sukuk* comme l'équivalence d'une émission, même si nous ne doutons pas de leurs ressemblances qui se manifestent par leur caractère négociable et participatif¹⁵⁰⁷. Certains, comme Maîtres Jacques Bertran de Balanda et Foued Bourabiat n'ont pas hésité à le qualifier de certificat d'investissement représentant une participation des porteurs de *sukuk* proportionnelle dans la détention de la propriété de l'actif tangible sous-jacent.

¹⁵⁰⁴ A. Hassoune, « La finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation », in *La finance islamique à la française : un moteur pour l'économie et une alternative éthique*, op. cit., p. 91.

¹⁵⁰⁵ Fiche Minefi, n° 2.A, déc. 2008: « (...) un titre de créance ou un prêt dont la rémunération ou le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés au paiement et au remboursement des *sukuk*(...) »

¹⁵⁰⁶ J. Bertran de Balanda, F. Bourabiat, « Fiducie et finance islamique » in dossier Fiducie-sûreté et sûretés réelles que choisir ?, *Droit et Patrimoine*, n° 192, mai 2010, p. 84

¹⁵⁰⁷ A. Amine Toloba, « Les montages LBO et les *sukuk* », in *Les cahiers de la finance islamique*, École management de Strasbourg, Université de Strasbourg, disponible www.em-strasbourg.eu, juil. 2012, p. 61.

999. Le législateur est intervenu à plusieurs reprises afin d'adapter ce produit aux dispositions fiscales¹⁵⁰⁸. Chose faite par l'utilisation des fiches publiées par l'administration fiscale en 2009¹⁵⁰⁹ et bien avant par la loi du 17 juil. 2007 sur les OPCVM¹⁵¹⁰. Toutes ces dispositions législatives¹⁵¹¹ et réglementaires se sont orientées vers le traitement fiscal des *sukuk*, de même que la note de l'AMF sur la négociation des *sukuk*¹⁵¹² plutôt que de s'intéresser à la détermination de leur qualification juridique. Cette orientation est à l'origine d'une ruse juridique¹⁵¹³ ou d'un moyen de laisser du travail aux avocats et aux juristes spécialistes de la finance islamique postérieurement à l'implantation des banques islamiques.

1000. En dépit des similitudes et des points communs avec certains contrats issus du droit français, les produits de la finance islamique ont besoin d'être adaptés aux droits communs des contrats français. C'est cette apparence qui a permis aux autorités françaises et aux universitaires d'opérer respectivement des réformes fiscales et des travaux de recherche permettant de mieux faire connaître la finance islamique, ce qui reste insuffisant sur le plan juridique et nécessite encore de réformes et des formations dans ce secteur. Cette ingénierie juridique que nous avons essayée, atteste encore une fois le côté paradoxal de cette finance que l'on pensait identique à la finance conventionnelle. Mais si l'on s'intéresse un peu plus à son fonctionnement de par la structure de ces produits, nous constatons qu'il existe de grandes différences. Ces oppositions ne doivent pas être négligées, surtout sur le plan juridique, car « *le diable est dans les détails* ».

¹⁵⁰⁸ K. Hicham, X. Legende, « Le cadre fiscal de la finance islamique », *Droit fiscal*, n° 3, 15 janv. 2008, 53, p. 18.

¹⁵⁰⁹ Instruction 4 FE/09, n° 22, 25 fév. 2009.

¹⁵¹⁰ F. Barrière, « Propriété, fiducie et *sukuk* », *op. cit.*, p. 1.

¹⁵¹¹ L'article 16 de la loi n°2009-1255 du 19 oct. 2009, envisageait la modification de la fiducie en vue de la rapprocher du trust et de permettre ainsi son utilisation.

¹⁵¹² M. Storck, I. Zeyyad Cekici, « Les *sukuk* : aspects de droit français et de droit musulman », *op. cit.*, p.1; Cf. C. J. Serhal, G. Saint Marc « Titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investissement », *Revue banque et droit*, 2006, n° 109, p. 29-34.

¹⁵¹³ G. Saint Marc, « La finance islamique : Un enjeu pour la France », *op. cit.*, p. 295, l'auteur opte d'orienter son analyse sur la nature juridique plutôt que la qualification juridique.

Conclusion de la seconde partie

1001. L'organisation et le fonctionnement d'une banque obéissent à des conditions strictes dont les violations peuvent donner lieu à des sanctions différentes. L'organisation constitue un gage de sécurité permettant aux autorités de mieux contrôler l'institution. Alors que le fonctionnement protège les déposants en leur offrant des services efficaces et adaptés à leurs besoins, transformer ce dispositif organisationnel et fonctionnel dans le système islamique ne va pas se faire sans conséquences, car ces deux systèmes sont totalement différents à divers niveaux.

1002. Le contrôle des banques islamiques constitue un réel problème, non seulement pour son efficacité, mais aussi pour l'instauration du conseil de *charia board* comme organe de contrôle. Cet organe peut porter atteinte au principe du secret bancaire, en ce sens que le client est obligé de délivrer toutes les informations relatives à l'investissement à son banquier qui le transmet au conseil religieux dont les membres ont juridiquement le statut d'un tiers au contrat. L'instauration du comité de *zakat* pose aussi de sérieux problèmes dans la reconnaissance de la banque islamique comme une banque au sens de la loi bancaire du 24 janvier 1984. Ce produit le rapproche plus d'une association que d'une banque. Ces paradoxes apparaissent au niveau de son organisation, mais ils ne sont pas tout à fait absents de son mode de fonctionnement.

1003. Rappelons pour mémoire que la fonction première d'une banque est d'effectuer des opérations de banque. Ces dernières se fondent sur des opérations de crédit qui se distinguent des autres opérations par leur caractère onéreux. Or, parmi les caractéristiques essentielles du fonctionnement des banques islamiques figure l'absence de taux d'intérêt. Le principe de l'interdiction du *riba* risquerait non seulement d'invalidier les opérations effectuées par les banques dans les industries islamiques, mais aussi leur qualité de banque, au sens de la loi qui régit cette industrie. Pourtant, si on prend à la lettre les dispositions du Code monétaire et financier qui définissent l'opération de crédit, on peut en déduire qu'elles n'ont pas déterminé la forme de cette rémunération. Cette liberté permet, selon nous, de prendre en compte le profit, le bénéfice, ou la marge, selon l'opération, comme élément rémunérateur qui

permet d'affirmer que l'opération de crédit islamique est conforme aux dispositions du Code monétaire et financier.

1004. Le paradoxe est plus apparent sur le terrain contractuel. Ainsi, nous avons démontré que le droit des contrats en droit musulman est différent de celui du droit français sur bon nombre de points, notamment sur celui de la liberté contractuelle qui semble être absente du droit musulman. Malgré cette différence, la majeure partie des auteurs français qui s'intéressent à la question ont assimilé très vite les contrats français à certains produits islamiques. Ce qui n'est pas tout à fait exact mais mérite des analyses plus approfondies. Voilà des points qui constituent autant d'obstacles à l'avancée et au développement de cette finance en France.

Conclusion générale

1005. Au terme de cette étude, nous pouvons affirmer que la banque est un élément indispensable, tant pour l'économie que pour les particuliers. En ce sens, le crédit est un moteur de l'économie et l'épargne un outil de financement des ménages. Cette importance justifie la prééminence de l'activité bancaire dans notre vie quotidienne, nécessitant sa réglementation et son contrôle. Les critères requis pour l'agrément d'une banque et d'un établissement de crédit en France s'intéressent à la fois aux conditions liées à l'activité bancaire et à la qualité de ses dirigeants. Les banques islamiques semblent respecter certaines opérations et activités, prévues dans le Code monétaire et financier en usant de techniques différentes. Dans les banques classiques, l'intérêt gouverne tout son fonctionnement, en revanche, le mécanisme n'est pas le même dans les banques islamiques, car l'intérêt appelé aussi *riba* est prohibé sous toutes ses formes et tous les genres : de la consommation à la production, en passant par les intérêts moratoires et compensatoires.

1006. Le substitut de l'intérêt dans le système islamique répond légitimement au caractère onéreux qui permet de qualifier une opération de crédit au sens de la loi française. Ce constat sur l'onérosité du crédit islamique est surprenant et rend paradoxale cette finance, car la banque islamique est considérée comme une institution qui fonctionne sans intérêt : une banque gratuite.

1007. L'étude de son fonctionnement nous a permis de montrer qu'elle est loin d'être une banque sans intérêt¹⁵¹⁴. Une telle confusion était en partie due à la méconnaissance de son mode de fonctionnement. L'examen de son évolution et son historique, dans la première partie, nous ont permis d'y voir plus clair. Ce qui nous a conduit à dire que l'Islam n'était pas la seule, ni la première religion à interdire l'intérêt. En effet, les Juifs et les Chrétiens l'avaient aussi proscrit à des degrés variés et sous des formes différentes. Cette généralisation de

¹⁵¹⁴ Avec l'application des commissions bancaires qui viennent se greffer au taux d'intérêt

l'interdiction à travers les religions monothéistes nous a permis de critiquer la thèse qui considérerait la finance islamique comme un oxymore.

1008. Cette position est renforcée par l'exposé des principes et des fondements du droit musulman, ces derniers attribuent à ce droit un caractère spécifique faisant de lui un droit transversal englobant tous les aspects de la vie du musulman : le droit, l'économie et la finance formant un tout indissociable.

1009. Si ce système semble surmonter, sans difficulté, la question ou la problématique de l'intérêt avec la mise en place du principe de partage des profits et des pertes, il est loin d'être en harmonie avec les règles juridiques gouvernant l'organisation des banques françaises, notamment leur forme juridique. En effet, dans les banques islamiques la conformité des produits aux règles religieuses est soumise à l'avis et à l'analyse des conseillers religieux.

1010. L'intégration et la reconnaissance de cet organe dans le système occidental constituent un obstacle, sur le plan juridique, en ce sens un organe similaire n'est pas prévu dans l'architecture bancaire française. Après l'étude des organes habilités en droit français à mener le contrôle financier, aucun de ces organes ni l'ACP ni l'AMF ne peuvent exercer la fonction dévolue à cette instance religieuse. Cette absence empêche un contrôle de l'industrie islamique par des autorités publiques et administratives, seules des institutions à initiative privée mènent le contrôle actuellement. Ce qui est insuffisant pour garantir la crédibilité de cette institution victime de critiques sur son organisation juridique.

1011. Le comité de la *zakat* est aussi une déclinaison de la banque islamique n'ayant pas d'équivalent dans le système classique et au même titre que le conseil religieux, sa présence est obligatoire car il confirme le respect des règles religieuses et sociales. Le contrôle de ces produits par les organes administratifs, financiers voire même juridictionnels demeure toujours possible dans le cadre de la législation française, permettant de passer au crible toutes les suspicions relatives aux blanchiments d'argent et de financement du terrorisme, au-delà du mécanisme de contrôle opéré par la cellule de Traitement du renseignement et d'action contre les circuits financiers clandestins (TRACFIN), l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) et l'Autorité des marchés financiers. La mondialisation de cette industrie islamique dans certains pays occidentaux luttant farouchement contre le mouvement terroriste et le blanchiment de fonds, tels que les États-Unis, la Grande-Bretagne et plus récemment la

France, nous a permis de penser que cette finance est susceptible d'être soumise au même mode de contrôle.

1012. L'étude faite dans la seconde partie de cette thèse est beaucoup plus analytique que la première, car elle examine le fonctionnement de cette finance en la comparant avec les banques classiques. En plus, elle s'intéresse aux obligations du banquier et au régime des contrats en droit musulman. Les caractéristiques de ces contrats ont décelé un paradoxe au niveau de leur organisation, car le système ne dispose pas, à proprement parler, de banque centrale jouant le rôle de contrôleur monétaire. Même si la banque islamique de développement est considérée par certains comme faisant office d'une banque centrale, elle ne remplit pas à notre avis tous les éléments requis.

1013. Le droit des contrats musulman qui tire ses fondements de la *charia* énumère un certain nombre de contrats nommés dont les règles sont fixées par la loi musulmane, et non pas par les parties aux contrats. Cette spécificité déroge au principe de la liberté contractuelle qui constitue un moyen de protection des parties au contrat. De telles protections sont assurées en droit musulman par des règles éthiques et religieuses. Ce qui nous a permis de penser que l'absence de liberté contractuelle ne porte pas atteinte au droit des contrats musulman puisqu'il est substitué par d'autres moyens de protection.

1014. Contrairement au droit français, le droit musulman ne fait pas de distinction entre le droit des contrats et celui des obligations, ce qui se justifie par le caractère unitaire et globalisant de ce droit. Ce constat n'exclut pas l'existence du droit des obligations en droit musulman, car il existe des obligations divines posées par la *charia* et l'étude de certains contrats nommés dans le système islamique présume l'existence d'un régime d'obligations spécifique à ces contrats. Par exemple, le contrat de prêt est classé dans la catégorie de ces contrats nommés qui impose à chacune des parties des obligations, car le prêteur doit débloquer les fonds et l'emprunteur rembourser le prêt. Chacune de ces obligations donne naissance à un régime spécial.

1015. Les banques islamiques ne sont pas une création récente, ce qui est nouveau c'est le système bancaire conforme aux normes internationales, faisant appel à des produits et des contrats de type moderne tels que les *sukuk* et les *takaful*. Ces derniers dérogent aux principes mêmes qui gouvernent cette finance, en l'occurrence, la spéculation et l'incertitude interdits dans le Coran et la *sunna* présents dans presque toutes les sources du droit musulman.

Pourtant l'interdiction est plus claire même que celle du *riba*, hormis celle du *gharar* et relativisée pour pratiquer des activités concurrentielles. Ce constat caractérise de nouveau un paradoxe en réorientant la motivation de l'implantation des banques islamiques qui ne se fonde plus sur l'argument religieux, mais désormais sur l'idée de concurrencer le système classique, ce qui crédite et conforte la thèse selon laquelle la banque islamique n'est qu'un outil de *marketing*. En plus, ces produits modernes ne se fondent pas sur les contrats nommés, ce qui en fait des contrats innommés non reconnus par la loi musulmane.

1016. Le dénouement de ces opérations bancaires a de nouveau retenu notre attention, car la mise en place du principe de partage des profits et des pertes ne peut pas être appliquée dans toutes les opérations bancaires islamiques. Comme dans les produits non participatifs, tels que l'*ijira* et la *moudaraba* dans cette dernière la marge que le banquier taxe à son client n'a aucun fondement religieux. Les principes qui gouvernent le système islamique sont en adéquation avec ceux du droit français tels que l'interdiction du *riba* qui rejoint la prohibition de l'usure, les limites du *halal* et de *haram*, que l'on assimile à la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs, le *gharar* et le *maysir*, respectivement à la spéculation et à l'incertitude. Ces ressemblances ont permis à certains d'affirmer trop vite la conformité des règles qui gouvernent la banque islamique à celles du droit français. Ce constat n'est pas totalement faux en ce qui concerne les principes de la finance, mais pour ce qui est des produits, il n'est pas judicieux de les assimiler sans pour autant vérifier leurs régimes juridiques, puisque ces produits sont des contrats conformément au droit musulman.

1017. Il serait absurde, voire paradoxal, selon nous, de les assimiler si l'on sait que les deux droits qui les sous-tendent ne sont pas assimilables ni identiques. Ces similitudes constituent l'obstacle et bloquent l'avancée de cette finance en France. L'implantation des banques islamiques nécessite au préalable des réformes de grande envergure allant du Code civil, jusqu'au Code monétaire et financier en passant par le Code de commerce.

Aujourd'hui, la volonté des autorités françaises, notamment celle de l'administration fiscale, est plus orientée vers les banques d'investissement, justifiant les réformes sur la fiducie et sur le régime fiscal favorable aux *sukuk*. Ce qui nous a permis de dire que la volonté d'implanter les banques en France n'est pas motivée par le désir de satisfaire les six millions de musulmans vivants sur le sol français, mais plutôt par celui de concurrencer la place

financière de Londres qui a réussi à drainer des fonds provenant des pays du Golfe depuis le 11 septembre 2001.

BIBLIOGRAPHIE

I) TRAVAUX UNIVERSITAIRES (Thèses et Mémoires)

En langue française

ABBASSI (A.), *Le Bait al mal en Islam sunnite*, thèse de doctorat soutenue à Perpignan, 2007, 520 pages.

ABBOUR (A.), *Le statut de la copropriété immobilier en droit marocain : Regards historique, critique et comparé*, thèse, Toulon, 2009, 476 pages.

ABI NADER (R.), *Le développement du takaful au Liban – Une approche stratégique au développement de l'assurance islamique*, mémoire de fin d'études du programme MBA exécutif, Institut supérieur des sciences de l'assurance, Beyrouth, 2007, 96 pages.

AFRA (H.), *Organisation et Stratégie des Banques Islamiques*, thèse de doctorat Paris I, 1993. 363 pages.

AL MOTAOUSSET (A.), *Le modèle Islamique de développement*, thèse 3eme cycle, Paris II, 1973.

AMINE (A.), *Contribution à la connaissance des méthodes de financements sans intérêts*, thèse soutenue Bordeaux IV, 2004, 361 pages.

BA FALL (M.), *L'argent de Dieu contribution à une anthropologie des systèmes financiers musulmans*, thèse Metz 2007, 488 pages.

BENAMARA (S.), *La finance islamique et le capital-risque*, mémoire : Laval, 2008, 72 pages.

BOUDJELLAL (M.), « Le système bancaire islamique », Thèse, 1992, Paris 2.

BOUSTANY (S.), *L'établissement d'une banque islamique en France*, mémoire de Master 2, Paris Panthéon-Assas, 2010, 67 pages.

CHAPELLIÈRE (I.), *Islam et rationalité économique : De l'éthique musulmane à la finance islamique*, thèse de doctorat en économie, Université d'Aix-Marseille II, 2004.

CHEBLI (R.), *Financement bancaire et droit musulman : des solutions juridiques à une prohibition religieuse*, mémoire USJ 2004, 89 pages.

COLAS DE LANOUE (E.), *Du prêt à l'intérêt en Grèce à Rome en Judée, dans le droit canonique, d'après les ordonnances des rois de France et le code Napoléonien*, thèse, Paris 1967.

COSTE (L.), *Histoire des doctrines économiques concernant la légitimité de l'intérêt*, thèse, Paris 1987.

COUSIN (H.), *L'évolution du prêt d'argent vers un régime favorable au prêteur*, thèse Lille, 1976.

EL HATIMI (L.), *Les substituts du prêt à intérêt dans les banques islamiques*, thèse, Perpignan, 2007, 352 pages

EL KHOURY (M.), *La fiducie : étude de droit comparé* », thèse Paris II, 2002, 287 pages.

EL OBEIDI (Z.), *La banque islamique sans intérêt*, mémoire D.E.A., Paris-Nord Villetaneuse, 1982.

EL-MASRI (R), *Essai d'intégration d'une banque de développement dans une société islamique : les problèmes que pose la conception islamique de l'intérêt*, thèse Rennes, 1975, 456 pages.

FAHIM (A.), *Le riba et les contrats usuraires en droit musulman*, thèse Paris, 1961.

FATI Ali (A.), *La finance islamique*, mémoire Master 2 recherche, Université Montesquieu Bordeaux IV, 2007, 98 pages.

FRIEDER (S.), *La tolérance religieuse dans l'histoire sociale de l'Europe, du moyen âge à la révolution française*, thèse : Sciences sociales et Politiques, Université Lausanne, Suisse, 1957, 146 pages.

HUGUES (M. S), *L'adaptation des exigences de l'ordre moral islamique aux opérations de financement de projet : Perspectives pour le droit français*, thèse droit, Paris I, 2011, 530 pages.

GALLOUX (M.), *Finance islamique, libéralisation et ouverture arabo-musulmane en Tunisie : Le cas de Beit et amoun Essaoudi et Tounsi (Best Bank)*, mémoire DEA d'études politiques, IEP, Paris, 1988.

GAWAD (A.), *La force obligatoire du contrat en droit musulman, théorie de l'imprévision, droit égyptien*, Thèse, Paris, 1957, 345 pages

GHAYAD (R.), *Les facteurs déterminants de la performance globale des banques islamiques*, Thèse soutenue à Caen 2006.

- GUILLOT (P.),** *L'émergence d'une nouvelle puissance financière à vocation mondiale en péninsule arabe*, thèse, Paris, 2006, 412 pages.
- HAIDAR (Ch.),** *Modèle optimisation des banques islamiques*, Thèse soutenue en Belgique (Louvain la Neuve), 1988. 192 pages.
- HAIDAR ALAIN (A.),** *La banque islamique. Essai d'intégration dans un système juridique de type occidental*, thèse de doctorat Paris II, 1991.
- HAMDI (I.), SAMEH (E.),** *Fonctionnement des banques islamiques*, mémoire de fin d'études en sciences comptables, Institut supérieur de gestion, Université Tunis III, 2004-2005, 78 pages.
- KACI (S.),** *Le fonctionnement des banques islamiques : Le cas de la banque El-Baraka d'Algérie*, mémoire, Perpignan, 2010, 87 pages.
- KALAOUI (G.),** *Les banques sans intérêt : les banques islamiques* thèse : économique, Montpellier 1988.
- KOTB (M.),** *Le rôle de la volonté dans la formation du contrat en droit musulman*, thèse, Paris, 1984, 367 pages
- LAAJALI (M.),** *La gestion des risques dans les banques à intérêt nul*, mémoire de Master, Bordeaux, 2007, 67 pages.
- LECORRE BROLY (E.),** *Crédit-bail mobilier et procédure collective : contribution à l'étude du contrat de crédit-bail mobilier en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du locataire*, Thèse Lille II, 1997, 669 pages.
- MASSOUDI (B.), MORCHID (N.),** *Système bancaire tunisien-marocain. Structure et financement de développement*, mémoire de licence en sciences économiques, Université Cadi Ayyad, Faculté des sciences économiques et sociales de Marrakech, 1992-1993
- MOATE (M.),** *La création d'un droit bancaire islamique*, Thèse en Droit, La Rochelle, 2011, 416 pages.
- MOSSAVAR-RAHMANI (F.),** *A proposed model for an islamic insurance industry*, A dissertation presented to the Graduate Faculty of the College of Business Administration, United States International University, San Diego, 1997.
- OUKID (Y.),** *Projet d'une banque islamique en France et principe de laïcité*, mémoire Perpignan, 2010, 88 pages.

- RISPLER (V.),** *Insurance in the world of Islam: Origins, problems and current practice*, Ph. D. Thesis, University of California, Berkeley, 1985.
- ROCCA (J.),** *La finance islamique en droit français*, mémoire de master droit notarial, La Réunion 2010, 62 pages.
- SIAGH (L.),** *Le fonctionnement des organisations dans les milieux de culture intense, le cas des banques islamiques*, thèse : administration, Université de Montréal, 2001, 368 pages.
- THEPAUT (C.),** *Le cas des banques islamiques en Syrie: Introduction du référent religieux dans la libéralisation économique*, mémoire de Master relation internationale, soutenue à Lille, 2010, 110 pages.
- WITZ (C.),** *La fiducie en droit privé français*, thèse : Droit Université Strasbourg III, 1979, 351 pages.
- ZAHID (A.),** *Efficacité et contraintes des Banques islamiques*, thèse, Lille 2007, 343pages.

II. Ouvrages en langue française

- ABDELHAMID (H.),** *Essais sur le langage juridique de l' Islam*, Le Caire, Editions Dar al-Nahda al-Arabia, 2005, 272 pages.
- ABDERRAZIQ (A.),** *L'Islam et les fondements du pouvoir*, Ed.La découverte /CEDEJ Paris 1994, 178 pages.
- ABDUS-SAHID (T.A),** *Intérest, usury and the Islamic développent bank*, Georgetown University, 1983.
- ABOU-ZEID (A.),** *Les stratégies des fonds islamiques de capital investissement*, éditions universitaires européennes, 2010, 336 pages.
- ABU Sahlieh (S. A. A.),** *Projet de constitutions et droits de l'homme islamiques*, Ed. de Paris, 2008, 344 pages.
- ABU Sahlieh (S. A. A.),** *Religion et droit dans les pays arabes*, Presse Universitaire de Bordeaux Pessac, novembre 2008, 590 pages.

ABU-Sahlieh (S. A.A.), *Le système bancaire en droit Juif, Chrétien et Musulman*, Centre de droit arabe et musulman, 18 p., [En ligne]

<http://www.samialdeeb.com/sections/view.php?id=18&action=publications> (consulté le 25 septembre 2011).

ABU-Sahlieh (S.A.A) , *Les intérêts et les banques en droit juif, chrétien et musulman*, Centre de droit arabe et musulman, 30 p., [En ligne]

<http://www.samialdeeb.com/sections/view.php?id=18&action=publications> (consulté le 25 septembre 2011).

AKALAY (O.), *Histoire de la pensée économique en Islam du 8^e au 12^e siècle*, L'Harmattan, Paris, 1998.

Al BADRAN Kassib (A.), *Le contrat d'istisna'a: Etude compare*, Ryad, 1978

Al HAYTI (A.R.), *Les banques islamiques entre la théorie et la pratique*, Dar Oussama Jordanie, 1998.

AL-ASSIOUTY, *Recherche comparées sur le Christianisme Primitif et l'Islam Premier, théorie des sources Evangiles et Corans apocryphes logia et hadiths forgés*, Letouzey et ané, Paris 1987, 82 pages.

ALDOL (L.), *Finance islamique Opérations financières autorisées et prohibées vers une finance humaniste*, éd. Gualino « Lextenso édition », 2012, 251 pages.

ALGABID (H.), *Les banques islamiques*, Economica, Paris, 1990, 256 pages.

ALGABID Hamid, *Les banques islamiques*, Paris, Economica, 1990, 256 pages.

ALVERNY (M.T.), *La connaissance de l'Islam dans l'occident médiéval*, Variorum, 1994, Tome VII.

AMAR (A.Z.), *Les stratégies des fonds de fonds islamiques capital investissement*, Presse Universitaire Européenne, Aout 2010, 336 pages.

AMIRMOKRI (V.), *L'Islam et les droits de l'homme : L'islamisme le droit international et le modernisme islamique*, Les presses Universitaires de Laval, Québec 2004, 184 pages.

ANTONMATTEI (P.H), RAYNARD (J.), *Droit Civil : Contrat spéciaux*, Litec, Paris 2008, 478 pages.

ATTARD, (J.), *Le contrat de prêt d'argent un contrat unilatéral ou un contrat synallagmatique ?*, Presses universitaires d'Aix en province, 1999,

AUCKENTHALER, (F.) *Droit des marchés de capitaux*, L.G.D.J, 2004, Paris, 510 pages.

- BAISSET (D.)**, Etudes des Marocaines, Tunisienne et Libanaise, Revue franco-maghrébine de droit, N° 17 2010, Presse universitaire de l'Université de Toulouse I Capitole 282, pages.
- BAZARD (PH.)**, *Riba et conception monétaires en Islam Médiéval*, mémoire soutenu, à Paris 1993, 103 pages.
- BRACK (E.)**, *Système bancaires et financiers des pays arabes : Vers un modèle commun ?*, l'Harmattan, 2012, 295 pages.
- BEAUGE (G.)** (coord.), *Les capitaux de l'Islam*, Presses du CNRS, Paris, 1990, 273 pages.
- BEIGNIER (B.)**, *Droit des assurances*, Montchrestien « Lextenso éditions », 2011, 716 pages.
- BELAID (S.)**, *Islam et droit*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2000.
- BENABDELALI (N.)**, *Le Don et l'Anti-économique dans la société arabo-musulmane*, Eddif, Casablanca, 1999.
- BENABENT (A.)**, *Droit civil contrats spéciaux civils et commerciaux*, 9 éditions Montchrestien 2011. 702 pages.
- BENCHEIKH (G.)**, *La Laïcité au regard du Coran*, Ed. Presse de la renaissance, Paris 2005, 297 pages.
- BENMANSOUR (H.)**, *L'Islam et le Riba*, Dialogues Editions, Paris,
- BENMANSOUR (H.)**, *Politique économique en Islam*, Ed. Al Qalam, Paris, 1994.
- BENNABI (M.)**, *Le phénomène coranique*, essai d'une théorie sur le Coran, UCAD, Dakar, 190 pages.
- BLACHERE (R.)**, *Le Coran*, PUF, 8^e éd., 1988.
- BLANC (F. P.)**, *Le droit musulman*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2^e éd., 2007, .
- BLANC (F.P.) (dir.)**, *Droit Institutions, Société-méditerranée, Islam et Afrique francophones*, Revue Franco-maghrébine de droit, 2000, n° 8, 498 pages.
- BLANC (F.P.)**, Marrakech : Faculté des Sciences Juridiques, Economiques et sociales, 1986.
- BLEUCHOT (H.)**, *Droit musulman*, Tome I : Histoire, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, collection droit et religions, 2000, 419 pages.
- BOISARD (A.M.)**, *L'Islam aujourd'hui*, Unesco Paris, 1985, 279 pages.
- BONNARD (J.)**, *Droit des assurances*, 4^e ed. Litec, Paris, 2009 ; M. Chagny, *Droit des assurances*, L.G.D.J. 2012 0 430 pages.
- BONNEAU (T.)**, *Droit bancaire*, Montchrestien 9eme éd. 2011. 727 pages.

- BONNEAU (T.), DRUMMOND (F.),** *Droit des marchés financiers*, Economica, 3^e éd. 2010, 1202 pages.
- BOUCHARLAT (Th.),** *Le cadre fiscal de la finance islamique en France et grande bretagne : les apports de l'instruction 4 FE/09 du 25 février 2009 sur le régime fiscal des opérations de murabaha et d'émission sukuk*, Presse Universitaire Européenne, Nov. 2010, 80 pages.
- BOUKNANI (S.),** *La transaction en droit marocain*, préface de F. P.
- BOUSQUET (G.-H.),** *L'Islam maghrébin. Introduction à l'Etude Générale de l'Islam*, La Maison des Livres, Alger, 2^e éd., 1944.
- BOYER (A.),** *L'islam en France*, Presses Universitaires de France, Paris, 1998, 369 pages.
- BRAYER (G.),** *La finance islamique : L'autre finance*, Paris, société de législation comparée, 2009, 144 pages.
- BURGARD (J.J.),** *La banque en France*, Presse de sciences PO et Dalloz, 1995, 412 pages.
- CARBONNIER (J.),** *Droit Civil, (Tome 4 : Les obligations)*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004, 665 pages.
- CAUSSE-BROQUET (G.),** *La finance islamique*, Revue banque éd. « collection marché financier », France 2009, 216 pages.
- CHAIBAINOU (E.),** *La nouvelle loi bancaire marocaine, analyse et commentaire*, Ed. Datapress, 1993.
- CHABINEAU (A.):** *Mécanismes et politique monétaires*, Presse Universitaire de France, 2000, 280 pages.
- CHAMAS (S.),** *L'Etat et les systèmes bancaires contemporains, Collection « Bibliothèque de droit comparé »* Tome 13, Paris Sirey 1964, 363 pages.
- CHAPELIERE (I),** *Ethique et finance en Islam*, Koutoubia, 2009, 331 pages.
- CHARFI (M.),** *Islam et liberté, le malentendu historique*, Albin Michel, Paris, 1998.
- CHARLES (R.),** *Le droit musulman*, PUF, Paris, 1953 126 pages.
- CHEHATA (C.),** *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Ed. Dalloz, 2005, 367 pages.
- CHOINEL (A.),** *Le système bancaire et financier, Approches française et européenne*, Revue banque éd. 277 pages

COMAIR-OBEID (N.), *Les contrats en droit musulmans des affaires*, Paris, Ed. Economica, 1995, 228 pages.

CORAN, Etude pour la correction des informations erronées contenues dans l'encyclopédie de l'Islam, Ed. Brill, Leiden, Organisation islamique pour l'éducation, les sciences et la culture – Esesco, 1997, 133 pages.

COULSON (N. J.), *Histoire du droit islamique*, PUF, « collection islamique » Paris, 1995, 234 pages.

CULSON (C.), *Cours d'économie politique*, Paris, 1920, Livre IV

CUTAJAR (Ch.), LASSERRE (C.J) et STORCK (M.), *Finance et éthique*, Lamy éd. 2013, 314 pages.

DAVID (V.), *Les intérêts de sommes d' argent*, Poitiers, L.G.D.J, Université de Poitiers, « Collection de la Faculté de Droit et des sciences sociales de Poitiers », 2005, 580 p.

DIOUF (M.), *Islam et développement, économie politique de la charia, le Coran et la sunna, Max weber et les autres*, Presses universitaires de Dakar, 2008, 323 pages

EL-GAMAL (M.), *La finance islamique aspects légaux, économiques et pratiques*, De Boeck, Bruxelles, 2010, 243 pages.

EL-GAMAL (M.), *Sésame de la banque et la finance islamique*, De Boeck, Bruxelles, 2012, 160 pages.

EL-GAMAL (M.), *La banque et la finance islamique*, De Boeck, Bruxelles, 2012, 62 pages.

EI-GHAZALI (A.H.), *Profits et intérêts bancaires entre l'analyse économique et la charia*, éd. Banque islamique de développement, Djeddah 1994.

EL-HAZZAOUNI, *Finance islamique, fondement mécanismes et apport*, ADERTEC conseil éd. 2012, 176 pages.

EL-SADR (M. B.), *Aperçu de l'économie islamique*, Bibliothèque Ahl-Elbeit, Paris, 1983.

EL-SADR (M.B.), *Lignes détaillées de l'économie de la société islamique*, Bibliothèque Ahl-Elbeit, Paris, 1983.

FAROUK AN-NABHANE (M.), *La notion de riba*, Casablanca, Ed. Barada 1978,

FILALI- ANSARY (A.), *Réformer l'Islam ? Une introduction aux débats contemporains*, La découverte Ed. Islam et société, Paris 2003.

GAFOURI (A. H.), *Islam et Economie*, Al Bouraq, Beyrouth, 2000.

GALLOUX (M.), *Finance islamique et pouvoir politique. Le cas de l’Egypte moderne*, PUF, 1997, 222 pages.

GAUCHET (M.) (dir.), *La religion dans la démocratie*, Ed. Gallimard 1998, 175 pages

GAVALDA (C.), Stoufflet (J.), *Droit bancaire*, Litec 8 éd. 2010, 742 pages.

GERANGER (F.), *Finance islamique-une illustration de la finance éthique*, Ed. Dunod 2009, 262 pages.

GERARD (B.), *La finance islamique : L’autre finance*, Société de législation comparée, 2008.

GHAYAD (R.), *Gouvernance et performance globales des banques islamiques*, Ed. Universitaires européennes, 2011, 484 pages.

GIDDENS (A.), “*The construction of society: Outline of the theory of structuration*, Oxford Polity Press, 1984.

GRESH (A.), *L’Islam, la République et le monde*, fayard 2004, 439 pages.

GRUA, (F.), *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec 2000 « collection Litec affaires finances »

HADI (A.G.), *Islam et économie*, Beyrouth, Liban, les éditions Al Bouraq, 2000.

HOAREAU (H. J.), **METAIRIE (G.)**, *La religiosité du droit*, Presse Universitaire de Limoges, 2013, 328 pages.

HUGUES (M.S) , *Finance islamique et financement de projets en France*, IRJS Ed. 2012, Paris, 463 pages.

IBN BENMANSOUR (H. S.), **AL FAWSAN**, *Le commerce et les transactions usuraires*, Sana, 2004.

JOINVILLE-Ennezat (M.), *Islamité et Laïcité, pour un contrat d’alliance*, l’Harmattan 1998 367 pages.

JOUINI (E.), **Olivier (P.)**, *La finance islamique une solution à la crise*, Rapport Paris eurolplace, novembre 2008, 135 pages.

KARICH (I.), *Finances et Islam*, Le Savoir Editions, Bruxelles, 2004, 257 pages.

KARICH (I.), *Le système financier islamique, de la religion à la banque*, Larcier, Bruxelles 2002, 135 pages.

KAOUTHER (J.S), *La finance islamique*, La découverte, 2012, 124 pages.

KETTANI (M.), *Le système bancaire marocain et son environnement*, Edition Ecole marocaine de banque et de commerce international, Rabat, Maroc, 2008, 104 pages.

KHAN (S.), *Profit and loss Sharing*, Oxford University, Press, 1987.

LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME, LES NORMES DU CONSEIL DE L'EUROPE, 4^E EDITION DU CONSEIL DE L'EUROPE AOUT 2007.

KOVAR (J.Ph.), **LASSERRE (C.J.)**, *Droit de la régulation bancaire*, Revue Banque , Ed. 2012, 350 pages

LABEVIERE (R.), *Les dollars de la Terreur, Les Etats-Unis et les islamistes*, Ed. Grasset et Fasquelle, 1999, 433 pages.

LARAMÉE (J.-P.) (dir.), *Finance islamique à la française*, Bruno Leprince Ed., Paris, 2008, 317 PAGES.

LASSERRE (C.J.), **STORCK (M.)**, *Le Crédit aspects juridiques et économiques*, Dalloz, 2012, 202 pages

LINANT DE BELLEFONDS (Y.), *Traité de droit musulman comparé*, Mouton, 1965.

Livre blanc, *Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir*, Norton

Rose Cabinet d'avocats d'affaires international et DTZ Asset Management, Paris, 2010, disponibles : www.financeislamiqueimmo.com, 133 pages.

MAHMOUD (M.H.), *Les contrats de la charia dans les pratiques financières : la mourabaha, la moudaraba, étude comparée*, Université du Koweït, Koweït, 1997.

MALAUURIE (PH.), **AYNES (L.)** et **STOFFET-MUNCK (Ph.)**, *Les Obligations*, 5^e Ed. Defrénois « Lextenso éditions », 2011, 720 pages.

MATTOUT (J.P), *Droit bancaire international*, 3 éd. Revue Banque Ed. 2004, 272, pages.

MERIEUX (A.), *Le rapport moral sur l'argent dans le monde 2006*, Association d'économie financière, Lille 2006, 489, pages.

MILLOT (L.), *Introduction à l'étude du droit musulman*, Sirey, Paris, 1953.

MIRAKHOR (A.), **IQBAL (Z.)**, *Islamic Banking, International Monetary fund, Occasional Paper*, Washington DC, 1987, n° 49.

MIRAKHOR (A.), "Muslim scholars and the history of Economic, Monograph Series, Islamabad, Intern. Inst, of Islamic Economic, 1986.

MORCK (R.) and NAKAMURA (M.): *Bank and corporate governance in Canada*, 1995.

NCIRI (H.), *La finance Islamique à la française*, collection Economie/ Finance 2011 ,57 pages.

NEAU-LEDUC (PH.), *Droit bancaire*, 4ème éd. Dalloz, 2010, 300 pages.

OBEIDI (Z.), *La banque islamique, Une nouvelle technique d'investissement*, Dar al-Rashad al-Islamiya, Beyrouth, 1988, 291 pages.

PANAFIT (L.), *Quand le droit écrit l'islam, l'intégration juridique de l'islam en Belgique*, Bruylant, Bruxelles, 1999, 545 pages.

PANSIER (F.J.), GUELLATY (K.), *Le droit musulman*, PUF, 2000, Paris, 127 pages.

PARIGI (S.), *Des banques islamiques*, Ramsay, Paris, 1989, 216 pages.

PESLES (O.), *Les fondements du droit musulman*, Imprimeries Réunies, Casablanca, s.d. 1999.

QURRADAGHI (C.A), *L'assurance islamique (Takaful) étude des fondements juridiques approche comparative avec les assurances commerciales et cas pratiques*, Bayane éditions

RAYNER (M.H.), *Droit du crédit*, Archétype Ed. 2012, 162 pages

RAHIM Juday Al hayti (A.), *Les banques Islamiques entre la théorie et la pratique*, Dar Oussama Jordanie, 1998.

RIPERT (G.) et R. ROBLOT (R.) par Ph. Delebecque et M. Germain, 16^e éd. *Traité de droit commercial*, t. II, 16^e ed., LGDJ, 2000, n° 2216, 1256 pages

RIST (C.), *Histoire des doctrines relatives au crédit et à la monnaie*, Paris, Ed. Sirey 1957.

RODINSON (M.), *Islam et capitalisme*, Paris, Seuil, 1970, 306 pages.

ROUSSILLON (A.), *Société islamique de placement de fonds et ouverture économiques les voies islamiques du néo libéralisme en Egypte*, Dossier du Centre d'Etude et de Documentation Economique et sociale, n°3, 1988, 142 pages.

ROUTIER (R.), *Obligations et Responsabilités*, 3 éd. Dalloz 2008, 1253 pages.

RUIMY (M.), *La finance islamique*, Arnaud Franel, Paris, 2008, 214 pages.

RYCK (J-F.), *Islam et dérégulation financière*, Centre d'Etudes et de Documentation Economique, Juridique et Sociale, Le Caire, 1988.

SADOK (B.), *Islam et Droit*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2000.

SAIDANE (D.), *La finance islamique à l'heure de la mondialisation*, Revue Banque 2^e Ed.2011, 124 pages.

SAIDANE (D.), TRAIMOND (P.), *La mondialisation financière islamique est-elle au service du développement ?* Paris Epargne sans frontière, 2008, 104 pages.

SCHACHT (J.), *Introduction au droit musulman*, Maisonneuve et Larose, 1993, 252 pages.

SIAGH (L.), *Islam et monde des affaires*, Editions d'Organisation, Paris, 2003, 383 pages.

SPINOSI, (J.) et David (R.) *Les grands systèmes de droit contemporain*, Paris, Dalloz ; 2002

SUEUR (J.J.) (Coord.), *Justice et Religion*, l'Harmattan 2002, 360 pages.

SYED ALWI (M.), *La comptabilité pour les produits financiers islamiques*, De Boeck, Bruxelles, 2012, 72 pages.

THAMINY (O.), *Théorie générale de l'acte en droit musulman*, Casablanca, Ed. Wallada, 1989.

TOUSSI (A.), *La banque dans le système financier islamique*, l'harmattan 2010.

TOUSSI (A.), *Le taux d'intérêt dans le système financier islamique*, 2011, 123 pages.

TOUSSI (A.), *Qu'est-ce qu'une économie islamique?*, Albouraq, Beyrouth, 2002.

VANDEVELDE (H.), *Cours d'histoire du droit musulman et des institutions musulmanes*, Alger, Ed. Office des publications Universitaires, 1983.

Wael (H.), *Le droit musulman, nature et évolution*, Juan Miro, UNESCO, (C.H.E.A.M), Paris, 1989, 118 pages.

WEBER (M.), *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, traduit par J. Chavy, Paris, Plon, 1964.

WEINGORT (A.), *intérêt et crédit dans le droit talmudique*, Paris LGDJ, 1979

WILLIAMSON, (O.), *The Economic Institution of Capitalism, The free press, A division of MacMillan Inc., New York, Collier Macmillan Publishers, London*

WOHLERS-SCHARF (T.), *Les banques arabes et islamiques*, OCDE, Paris, 1983, 183 pages.

YAGI (A.), *Droit musulman*, Publisud, 2004, 274 pages.

ZAKARIYA (F.), *Laïcité ou islamisme, les arabes à l'heure choix*, Découverte Ed. al-fikr, Le Caire 1991, 165 pages

ZUHAIR (I.) and ABBAS (M.): *Islamic Banking, IMF*, 1987.

III-Articles en langue française

ABDELHAFID (N.), « Les marchés financiers et les fonds d'investissements islamiques », *Revue du Financier*, mars –juin 2010, n°182-183, pp.89-97.

ABDERRAHMANE, B. (D.), « Le droit musulman Fondement d'une Finance Alternative reposant sur l'économie réelle et le partage du risque », *in* La Finance islamique: une autre finance, *Société de législation comparée*, 2008,pp.

ABI RIZK (G) : « La gouvernance des banques islamiques au Liban », *Revue droit bancaire et financier* : 2008, n°1, pp. 27-30

ACHI (F.), FORGET (E.), « La Gouvernance des comités charia », *Revue de droit bancaire et financier* : n°2, Mars 2011, Etude 14, pp. 27-30.

AFFAKI (G.), « Règlement des différends, La finance islamique en France : Entre Accueil et Réforme », *Revue Banque* juin 2010, n°725, pp. 55-58.

AFFAKI (G.), FADLALLAH I. et HASCHER D., PERZARD A., Rapport du groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques, F-X Train, 21 septembre 2009, 29 pages.

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, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 145-172.

AHMED (E.), « Banques islamiques et sociétés islamiques d'investissement », *Politique africaine*, n° 66, juin 1997, pp. 39-48.

AINLEY (M.), « Banque islamique au Royaume-Uni, la FSA est prête à suivre les évolutions du marché » : *in* Dossier La finance islamique ouverture européenne, *Revue banque*, n° 697, novembre 2007. pp. 34-38.

AKALAY (O.), « De la sharia au droit : le régime des taux d'intérêts pratiqués au Maroc » : *in* Le débat juridique au Maghreb de l'étatisme à l'Etat de droit, études en l'honneur de Ahmed Mahiou, Ed. Publisud-Iremam, 2009

AL AMIN (H.), « La moudaraba et ses applications contemporaines », *Jiddah, IRITI*, 2005, Arabie Saoudite, Banque islamique de développement, IIRF, 1994, 18 pages

AL AMIN (H.), « Le statut légal des transactions avec intérêt, Jeddah, IRTI, 2002, disponible sur www.irtipms.org, 56 pages.

AL- JAHRI (A.), IQBAL (M.), « Banques islamiques, réponses à des questions fréquemment posées », institut islamique de recherche et de formation, banques islamiques de développement, document périodique n°4, 2001.

ALDEEB (S.), « Les intérêts chez les juifs chrétiens et musulmans » : *Centre de droit arabe et musulman*, 18 pages, disponible : www.samialdeeb.com/sections/view.php?id.18 pages.

ALDEEB (S.), « Les banques chez les juifs, chrétiens et musulmans », *Centre de droit arabe et musulman*, 30 pages, disponible : en ligne <http://www.sami-aldeeb.com/section/view.php?id:>

ALKAZAZ (A.), « L'islamisation du système bancaire et du système de financement au Pakistan », in *Les capitaux de islam*, Presses CNRS, 1999, pp. 101-120.

ALONSO (J.U.), COISPEL (A.), « Finance islamique, Quelle possibilité de développement en Espagne ? », *Revue Banque*, février 2009, n° 710, pp. 73-74.

ANSALONI (G.), « Le risque de crédit, critère de la notion d'opération de crédit en droit français », *Banque et Droit*, n° 148 mars-avril 2013, p. 18

AOUN MAARAOUI (C.), « La gouvernance dans les banques islamique : Le cas du Liban », in, *La finance islamique « l'autre finance »*, *Revue du Financier*, juin 2010, n° 182-183, pp. 53-61.

ARKOUM, (M.), « Réflexion sur la notion de raison islamique », *Archives des sciences sociales des religions*, 1987, n° 1, disponible : www.persee.fr, pp. 125-132.

ARTHUIS (J.), Rapport d'information fait au nom de la commission des finances sur le déplacement d'une délégation du bureau de la commission dans trois Etats du Golfe persique, *Sénat français*, 17 octobre 2007, 60 pages, en [ligne] : disponible <http://www.senat.fr/rap/r07-329/r07-3291.pdf>

ASTAIX (A.), « Banque-assurance : une nouvelle autorité de contrôle », *Recueil Dalloz*, 2010, n° 4, pp. 196-197.

ATTUEL-Mendés (L.), ARVIND (A.), « La législation française en matière d'usure et le développement de l'accès au crédit micro des entreprises », *Cahiers du CEREN* 21, 2007 et en version anglaise, *Global Journal of Business Recherche*, 2008, vol 2. Issue 2 pp. 123-137.

AYNES (L.), CROCQ (P.), « La fiducie préservée des audaces du législateur », *Recueil Dalloz*, 2009, n° 38, pp. 2559-2560.

- BA (I.), DELATTE (B.),** « PME et institutions financières islamiques », Aide au développement autonome, (ADA), *Dialogue, Luxembourg*, n° 2, Avril 1996, 9 pages.
- BADR MOURSIR (G.),** « La tendance objective en matière de représentation dans la Common Law et droit islamique » : *Revue Internationale de droit comparé* 1965, n°2, pp. 379-394.
- BALI (M.),** « Le réveil de la société en participation par les finances éthiques », *Revue de Droit bancaire et financier*, n°1, Janvier 2011, étude 3
- BARRIERE (F.),** « La propriété, fiducie et sukuk », *JCP. E et Affaires* n°10, 10 mars 2011, 1203.
- BEAUGE (G.),** « Les enjeux de l'islam dans le champ économique », in *les capitaux de islam*, Presses CNRS, 1999, pp. 11-26.
- BEAUJOUAN (J.),** « Le crédit solidaire au crédit agricole du nord-est », *In le rapport morale de l'argent dans le monde 2006*, Association d'économie financière, Lille 2006, pp.391-404.
- BECHADE (Ph.),** « La finance islamique suscite la curiosité et la convoitise de la France » disponible : www.moneyweek.fr/20091210076/conseil/actions/finance-islamique-france/
- BECHIR OULD SASS (M.),** « Les comités de la charia : Historique, constitution et pouvoir » : in *Dossier sur la Finance islamique*
- BELABES (A.),** « La rencontre entre le droit libanais et la finance islamique, un itinéraire inédit », *Banque stratégie*, février 2009, n° 278, pp. 8-11.
- BELABES (A.),** « Variété de modèle d'accueil de la finance islamique en droit national », in *Les cahiers de la finance islamique*, numéro 3 ; disponible www.em-strasbourg.eu, pp.77-86.
- BELKACEM (B.),** « La finance islamique au pays du soleil couchant », *Tribune in jeune Afrique* n° 2689, du 22 au 28 juil. 2012, p. 79.
- BELLEFONDS LINANT (Y.),** « L'autonomie de la volonté en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine des législations et jurisprudence*, 1958, pp. 87 et s.
- BEN BOUZID (F.),** Le développement du *takaful* et ses perspectives, *II^e Forum Français de la Finance islamique*, Paris, 26 novembre 2008.
- BERGER (K.),** « Projet de loi de séparation et de régulation des activités bancaires. Présentation générale de la réforme », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2013, pp. 75-77.

BERTRAN de BALANDA (J.), BOURABIAT (F.), « Fiducie et finance islamique » *in* dossier, Fiducie-sûreté et sûretés réelles que choisir ?, *Droit et Patrimoine*, n°192 mai 2010, pp. 84-92.

BET (M.), « La location financière dans la réforme bancaire » : *J.C.P (E) 1985, I, 14630.*

BIGOT (J.), BELLANDO (J.L.), « La nouvelle autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspect structurels », *JGP*. Ed. Générale-n° 364, 13-29 mars 2010, p. 665.

BILGER (M.), « Réforme prudentielle de Bâle III, Préserver le modèle résilient de la bancassurance française », *Revue Banque*, n° 739, septembre 2011, pp. 61-62.

BOCCARA « La nouvelle réglementation des cartes de crédit », *Droit et patrimoine*, oct. 2010. 60

BONNAFOS (V.), « La réception de la finance islamique en droit français », *Annuaire Droit et Religions*, Vol. 6, tome, 2, Presses universitaires d'Aix Marseille 3, 2012-2013, pp. 535 et s

BOULOC (B.), « La réforme de l'usure », *Revue de droit bancaire et financier*, n° 6 nov.-dec. 2003, pp. 387-389.

BORMET, (J.P.), « La vigilance des autorités de contrôle », *Revue de droit bancaire et financier*, Novembre-décembre 2002, 371-372 pages.

BONNEAU (T.), « De la nécessaire publication des décisions individuelles prises par le CECEI », *Revue, Droit bancaire et financier* n°1, janvier-février 2000.

BONNEAU (T.), « Loi Islamique » : *Revue droit bancaire et financier*, novembre décembre 2007, commentaire 237, pp. 65-66.

BONNEAU (T.), « Commentaire de l'ordonnance », *JCP E*, 2010, 1140. pp. 16-21.

BONNEAU (T.), « Crédit gratuit et promotionnel : vraies et fausses rémunérations », Table ronde, *Revue de Droit bancaire et financier*, mars-avril, 2007, dossier, n° 11, pp. 89-93.

BONNEAU (T.), « Séparation et régulation des activités bancaires : propos conclus », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-aout 2013, pp. 107-109

BONNEAU (TH.), « Prudence et finance : introduction à la réglementation Bâle III, *Revue droit bancaire et financier*, mars-avril 2012, pp. 85-87.

BOURDEAUX (G.), « Bâle III et résilience du secteur bancaire », *Revue droit bancaire et financier*, mars-avril 2012, p. 87.

BORMET, (J.P.), « La vigilance des autorités de contrôle », *Revue de droit bancaire et financier*, Novembre-décembre 2002, pp. 371-372.

BORNET (J.P.), « La vigilance des autorités de contrôle » : *Revue de droit bancaire et financier*, Novembre- décembre 2002, pp. 371-372.

BOUALAM (H.), « Finance islamique et intermédiation financière, collecter l'épargne sans transgresser la *charia* », *Revue Banque*, n° 713, mai 2009, pp.76-77.

BOUALEM, (B.), « La *moucharaka* ou mode de financement de la participation » : in *introduction technique de financement des produits de la finance islamique*, Banque Islamique de développement, 1996, pp. 34-55, disponible : www.itfc-ibd.org/files/ITFC-articlessof-agreement_french-opt.pdf.

BOUAZIZ (H.), « L'heure de vérité pour les banques islamiques », *Revue Banque*, mars 2009, n° 711, pp.73-76.

BOUAZIZ (H.), « Les banques islamiques à l'assaut du Maghreb », *Banque stratégie*, 2007, n° 253, pp. 24-26.

BOUDJELLAL (M.), « Le système bancaire islamique, aspects théoriques et pratiques », in *introduction technique de financement des produits de la finance islamique*, Banque Islamique de développement, 1996, pp. 153-173, disponible : www.itfc-ibd.org/files/ITFC-articlessof-agreement_french-opt.pdf.

BOURABIAT (F.), « Finance islamique en France : éclairage sur les nouvelles opportunités offertes aux investisseurs » : *Revue de droit bancaire et financier*, Juillet-Aout 2009, étude 27, pages 14-16.

BOURABIAT (F.), PATEL (A.), « La finance islamique : convergence éthique et pratiques pour l'accession à la propriété et les investissements responsables » : in *La finance islamique à la française un moteur pour l'économie une alternative éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, 231-271.

BOUREGHDA (M.), HAMRA KROUHA (M.), « Problématique pratiques des financements de projets islamiques », *Banque stratégie*, 2007, n° 253, pp. 4-7.

BOUREGHDA (M.), « Le financement islamique, une alternative à la finance conventionnelle », in *La finance islamique à la française*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 181-199.

BOUSLAMA (G.), « La finance une récente histoire avec la France, une longue histoire avec les banques », *Revue d'économie financière*, nov. 2009, n° 95. pp. 19 -27.

BRACK (E.), « Banque et finance islamique en France » : in *La finance islamique: l'autre Finance, Société de législation comparée*, 2009, pp. 119- 126.

BRACK (E.), « Les défis soulevés par le développement de la banque islamique », *Revue Banque*, n° 696, p. 41.

BRACK (E.), « Finance islamique », in *Systèmes bancaires et financiers des pays arabes : Vers un modèle commun ?*, L'Harmattan, 2012, p.75

BRAYER (G.), « Une autre finance » : in *La finance islamique, une autre finance*, Société de législation comparée, 2009, pp. 9-42.

BRIGITTE (P.), « Ethique, gouvernance et corruption » : *Revue Banque et Droit* n° 111 janvier -février 2007.pp.11-22.

BROQUET CAUSE (G.), « Introduction au dossier la finance islamique: l'autre finance » *La Revue du Financier*, juin 2010, sommaire 182-183, pp. 6-7.

BROQUET CAUSE (G.), « La finance islamique : les principes et les principales opérations », in la finance islamique une autre Finance, *La Revue du Financier*, juin 2010, sommaire 182-183, pp. 23-44.

BROQUET CAUSE (G.), « Le système financier islamique nature et perspectives de développement », in La finance islamique « l'autre finance », *Revue du financier*, n° 182-183, pp. 169-177.

BROQUET CAUSE (G.), « La finance islamique : les principes et les principales opérations » : in La finance islamique une autre Finance, *La Revue du Financier*, juin 2010, sommaire 182-183, pp .20-26.

BROQUET,(G.), ABDELHAFID(N.),« Produits dérivés islamiques de l'utilisation implicite à la standardisation », *Revue banque* Juin 2010, n° 725, pp. 51-54.

Bulletin officiel des impôts, n° 22 du 24 aout. 2010, régime fiscal des opérations de *mourabaha*, pp. 1-8.

CAEN (B.J.), « Prospective : Vers Bâle IV, une réglementation simplifiée », *Revue Banque*, n° 758 mars 2013, p. 2

CAILLE A. (I), INSEL (A.), « Ethique et Economie, l'impossible (re)mariage? » In *Revue du MAUSS*, n°15, 2000. pp. 5-16.

CAILLEMER DU FERRAGE (A.), « L'impact de la résolution sur le *netting* », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2013, pp. 85-89.

LACROIX (F.), « La séparation des activités bancaires en France dans le cadre communautaire », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2013, pp. 97-106.

CAPLAIN (Y.), « Les déontologues, boucliers de l'éthique »: *Banque Magazine*, févr.2002, pp. 70-75.

CARDAHI (CH.) « Le prêt à intérêt et l'usure au regard des législations antiques, de la morale catholique, du droit moderne et de la loi islamique », *Revue internationale de droit comparé*, 1995, Vol. 7, n° 3, disponible : www.persee.fr, pp. 499- 541.

CAUSSE (H.), MAYMONT (A.), « L'Autorité de contrôle prudentiel », *Revue de droit bancaire et Financier*, pp. 11- 21

CAUSSE (H.), « L'obligation de restitution du banquier dépositaire peut-elle être payante ? *Revue droit bancaire et financier*, sept. Oct. 2003, p. 315

CEKICI (I.) « Doubter de la finance islamique: le cas du financement du terrorisme », in *Cahier de la Finance Islamique* n° 2, décembre 2010, disponible : www.em-strasbourg.eu, pp. 21-24.

CEKICI (I.) , « Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique », *Revue de droit bancaire et financier*, mars-avril 2011, pp. 31-34.

CEKICI (I.) « La zakat questions choisies du régime général en droit musulman” in colloque La zakat et les banques, organisé à Strasbourg le 26 mai 2012 (à paraître)

CEKICI (I.), « Du filtrage islamique », in *Cahier de la Finance Islamique* n°2, décembre 2010, disponible : www.em-strasbourg.eu, pp. 2-3.

CEKICI (I.), « Développement de la finance islamique en France : les premiers pas de l'administration fiscale » : *Revue Lamy droit des affaires*, février 2009, n°35, pp. 77-81

CEKICI (I.), « Finance islamique en France, Problème de forme ou de Fonds ? » : in *Cahier de la Finance Islamique* n°2, décembre 2010, disponible : www.em-strasbourg.eu, pp. 2-3.

CEKICI (I.), « La prohibition islamique de l'intérêt et des opérations de crédits islamique en France » : *Revue Lamy Droit des Affaires*, Octobre 2008

CHAAR (M.), « Charia 'a et institutions financières islamiques », in *La finance islamique à la française un moteur pour l'économie une alternative éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 53- 85.

- CHAAR (M.),** « Formation et conceptualisation de la finance islamique », in *La finance islamique à la française un moteur pour l'économie une alternative éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, 273-290.
- CHAAR (M.),** « Principes directeurs et stratégie », in *La finance islamique à la française un moteur pour l'économie une alternative éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 33-51.
- CHAAR Abdel (M.),** « Charia 'a et institutions financières islamiques » : in *La finance islamique à la française un moteur pour l'économie une alternative éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008,
- CHAAR Abdel (M.),** « La finance islamique : Evolution et possibles stratégies », *La Revue du Financier*, juin 2010, sommaire 182-183, pp. 62-71.
- CHAHETA (CH.),** « Le concept de contrat en droit musulman » : in *Archives de philosophie de droit* T. XIII, paris, Sirey, 1968,
- CHALLONER (J.),** « Comment les Britanniques se sont adaptés ? » : La Finance islamique : l'ouverture européenne.
- CHALLONER (J.), ROSE (L.),** « Comment les Britanniques se sont adaptés ? », in *La finance islamique en Europe*
- CHAMAS (S.),** « L'état et les systèmes bancaires contemporains » in *Revue Internationale de Droit comparé* 1966, vol. 18 n°2, avril-juin, pp. 521-542.
- CHANCE (C.),** « Finance islamique, le projet *Al-Waha* : Un exemple d'innovation financière » : *Revue banque*, juin 2007, n° 692, pp. 54-56.
- CHANCE (C.),** « Finance islamique, le projet *Al-Waha* : Un exemple d'innovation financière », *Revue banque*, juin 2007, numéro 692, pp. 48-57.
- CHAPELLE (A.)** , G. Hubner, *Le risque opérationnel : Implication de l'accord du Bâle pour le secteur financier*, Larcier 2005, p
- CHAPELLIERE (I.)** « Le modèle turc : une référence pour l'implantation des banques islamiques en France », in *La finance islamique: « une autre finance »*, *La Revue du Financier* juin 2010, sommaire 182-183, pp. 114-125.
- CHAPELLIERE (I.),** « De l'éthique économique musulmane à la finance islamique: vers un renouvellement du concept de rationalité », in *La finance islamique: « une autre finance »*, *La Revue du Financier* juin 2010, sommaire 182-183, pp. 8-22.

- CHARLIN (J.)**, « Fiducie, *sukuk* et autres *murabaha* ou *ijira* : à propos de la finance islamique », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n°41, 8 octobre 2009, 1946, p. 1-6.
- CHARLIN (J.)**, « Fiducie, *sukuk* et autres *moudaraha* ou *ijara* ; à propos de la finance islamique », *JGP, E.* n°41, 8 octobre, 2009, 1946, pages 1-7.
- CHEHATA (CH.)**, « Le concept de contrat en droit musulman », in *Archives de philosophie de droit* T. XIII, paris, Sirey, 1968,
- CHEKIR (A.)**, « Les aspects pratiques du financement du *moudarabaha* », in introduction aux techniques de finance islamique, colloque, pp. 56-71, disponible : [disponible :www.itfc-ibd.org/files/ITFC-articlesof-agreement_french-opt.pdf](http://www.itfc-ibd.org/files/ITFC-articlesof-agreement_french-opt.pdf).
- CHEKIR ALI (M.)**, « Les aspects pratiques du financement du *Moudarabaha* » : in *introduction aux techniques de finance islamique, colloque*,
- CHELBI SALIM (A.)**, « Optimiser les synergies de l'économie et de l'industrie financières françaises avec les contrats et la finance islamique, l'investissement sharia compliant et les entreprises françaises », in *La finance islamique à la française un moteur pour l'économie et une alternative éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 173-230.
- CHERIF et KETTATANI**, « Banque originale: les banques islamiques », *Faculté des sciences juridiques économiques et sociale*, Rabat, 1993
- CHOKAIR (L.)** « La notion de développement arabe et ses exigences selon l'Idéologie contemporaine » : *Le Fonds Monétaire Arabe*, 1981
- CREDOT (F.T)** « Le secret bancaire, son étendue et ses limites, la fourniture de renseignements commerciaux par les banques », *LPA* 17 févr. 1993, p. 8.
- COSTE (F.)**, « L'émergence de la finance islamique aux états unis et en Angleterre » : in la finance islamique à la française, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 127-172.
- 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 et une alternative pour l'éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 19-31.
- COURET (A.)**, « Le gouvernement d'entreprise, la *corporate governance* », *Chr.*, Dalloz 1995,
- CUTAJAR (C.)**, « L'extension du champ de déclaration de soupçon et ses conséquences » : *Revue droit bancaire et financier* 2009, mai-juin, dossier 14, pp. 107-112.

D'ESTAINOT (R.), « Les personnes politiquement exposées (PPE) : Réflexions sur une obligation renforcée de vigilance », in La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme, *Revue de Droit bancaire et financier*, mai-juin, 2009, pp. 97-100.

D'IRIBARNE (Ph.), « Islam et management. Le rôle d'un univers de sens », *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, pp. 141-156.

DAOUDI (L.), « Islam et taux d'intérêt positions », in Colloque Ethique et Entreprise Perspectives maghrébines, *Wallada* 1989, p.35-39.

DAVID (A.), « Banque de financement d'investissement, La satisfaction client : enjeu d'après-crise », *Revue banque* février 2010, n° 721, pp. 65-67.

DEANAZ (G.), « La sanction par l'ACP de Bank Tejerat Paris : Une décision novatrice », *Revue Banque*, n° 757, février 2013, pp. 48 et s

DE BOISSIEU (CH.), « A propos de Bale III », *Revue Banque*, mai 2012, n°748, pp. 18-19.

DEHOUX (E.), « Le silence du diable : définition de la norme dans l'au-delà et exaltation de la grâce » : In *La religiosité du droit*, Presses universitaire de Limoges, 2013 pp. 69. s

DENIS (R.) : « La rémunération du capital à la lumière de la doctrine traditionnelle de l'Eglise catholique » :in *Catholica*, n° 86, hiver 2004/05, reproduit dans : http://www.salveregina.com/Chretiene/Le_pret_a_interet_Ramelet.htm

DE GANAY (H.), « Les pouvoirs de la futur ACPR », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2013, pp. 78-79.

DE PELLEGARS (L.), « La finance participative trouvera-t-elle sa place dans l'économie ? », *Revue Banque*, n° 763 septembre 2013, pp. 68-70.

DHAFFER (S.), « La finance islamique, peut-elle se mondialiser », in la finance islamique : « l'autre finance », *La revue du financier*, n°182-183, pp. 151-168.

DHAFFER (S.), BRACK (E.), « La finance mondiale après la crise, les quatre commandements oubliés », *Revue Banque*, n° 720 janvier 2010, pp. 56-59.

DIAXHATE (A.), THIAM (M.), « Développement de la finance islamique au Sénégal : Approche managériale » contribution dans le management du secteur public et privé au Sénégal, (à paraître chez l'Harmattan Sénégal)

DIAZ (X.), ZAKHIA (Th.), « Un environnement porteur d'indices *charia* compatibles », *L'AGEFI Hebdo*, 11 au 17 juin 2009, 30 pages.

- DIOP (S.),** *Les Banques Islamiques : Le cas de la banque al baraka mauritanienne islamique*, mémoire de D.E.A., Perpignan, 1998, 80, pages. Disponible in Droit, *Institution, société Méditerranée, Islam et Afrique Francophones*, Revue franco-maghrébine de droit, 2000, n°8.
- DJARAOUANE (K.), SERHAL (C.J.),** « La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique », *Revue droit des affaires internationales*, n°2 2009, p.115-123.
- DOSTALER (G.),** « Thomas d'Aquin et le péché de l'usure », in *Alternatives économiques*, n°227, février 2009
- DOUALIBI,** « La théorie de l'usure en droit musulman », in *travaux de la semaine internationale de droit musulman*, conférence du 2 au 7 juillet 1951, Paris, Sirey, p
- DOUMANI (B.),** « Le contrat *salam* et les relations ville-campagne dans la Palestine ottomane » traduit de l'anglais par Christophe Jacquet, in *Annales HSS*, juillet-Aout 2006, n°4
- DU MARRAIS (B.),** « La contribution des grandes religions et éthiques à la résolution de la crise financière », *Revue Banque*, n° 759 avril 2013, pp. 74-75
- DURAND (F.), HAZOUG (S.),** « *La murabaha* », *Revue de droit bancaire et financier*, mars-avril 2011, étude n) 16, pp. 34-38.
- E. RHODE (K.),** « Islam et développement dans les pays du conseil de coopération du Golfe, in *Les capitaux en Islam*, 1990, pp. 89-95.
- EHRlich (J.F.),** « La réforme bancaire, la vie judiciaire du 26 mars au 1 avril 1984 »,
- EL IDRissi (S.),** « La rémunération du capital en islam », *Finance et bien commun*, n° 16, automne 2003, pp. 16-30.
- EL KATTANI (O.),** « La banque islamique cadre théorique et expérience pratique », in *Ethique et Entreprise Perspectives maghrébines*, *Wallada* 1989, p.41-51
- EL KHOURY (M.),** « Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France », *Revue Banque et Droit*, 2007, n° 92, pp. 17-23.
- ELMAHI Elzein (I.)** « La banque islamique au soudan », *Techniques Financières et Développement*, n° 90.
- EL-QORCHI (M.),** « La Finance islamique est en marche » : *Finances et Développement*, Décembre, 2005, pp. 46-49.

- ESSABRI (M.),** « L'évolution du taux d'intérêt au Maroc », *Revue Marocaine d'économie et de droit comparé*, 1998, n° 30, pp. 23-39.
- ESSABRI (M.),** « L'évolution du taux d'intérêt au Maroc », *Revue Marocaine d'économie et de droit comparé*, 1998, n° 30,
- FABRE (P.),** « Bahreïn, une place financière islamique de référence ? », *Banque et Stratégie*, 2007, n° 253, pp. 17-18.
- FAIK (I.),** « Actualité du contrat : Approche pluridisciplinaire », *Revue Droit et entreprise*, Marrakech, n° 51, 2009
- FARIBA (A.),** « Un évergétisme islamique : les réseaux bancaires et financiers en Iran », *Revue du monde musulman et de la méditerranée*, n° 85-86, 1999, pp. 63-79.
- FERNANDEZ-BOLLO (E.), Moulin (A.),** « L'approche fondée sur le risque : Le point de vue du contrôleur bancaire », in *La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme*, *Revue de droit bancaire et financier*, main-juin 2009, pp. 86-96.
- Fiche Minefe**, n°2. A, déc. 2008, disponible : www.marchè-public.fr/fiche-MINEFE.dematerialisation-marchè-publics-publics.htm. (Consulté, le 20 septembre 2012)
- Finance islamique en France**, quel marché et quelles opportunités pour les banques de détail ?, Etude de marché réalisée par l'IFOP pour l'islamic finance Advisory and assurance services et l'association d'innovation pour le développement économique et immobilier, 2008 disponible : www.aidimm.com, 58 pages.
- FLORENZINI (F.),** « Finance islamique, L'Afrique, nouveau terrain de chasse », *Revue banque*, n° 702 mai 2008
- FORGET (E.),** « Le développement durable dans la finance éthique et la finance islamique », in *Cahier de la Finance Islamique* n°1, juin 2009, disponible : www.em-strasbourg.eu, pp. 1-4.
- FOUET (Ph.),** « Le développement de la finance islamique vu du Moyen-Orient », *Banque stratégie*, 2007, n° 253, pp. 14-16.
- FREYER (E.),** « Les sociétés de participation islamique et occidentales », in *les capitaux de l'islam*, Presses CNRS 1990, pp. 201- 220.
- FULCONIS-TIELENS (A.),** « Les stratégies sur le terrain », in *La finance islamique l'ouverture européenne*, *Revue banque*, Novembre 2007, n° 696, pp.28-32.

FULCONIS-TIELENS (A.), « La Finance islamique au chevet de la relance française ? », *Revue Banque* Mars 2009, n° 711. pp. 62.

FULGERAS ANNES (J.), « Les banques et le respect des normes : Conformé n'est pas conformisme » ! in *Le rapport morale de l'argent dans le monde 2006*, Association d'économie financière, Lille 2006, pp.313-323.

GAUDEMET (A.), « Autorité de contrôle prudentiel : poursuite et nouvelles sanctions à l'encontre de la banque populaire cote d'azur », *Revue de droit bancaire et financier*, mars-avril 2013, pp. 69-70.

GARDET (L.), « Islam religion et communauté », *Revue de l'histoire des religions*, 1969

GAVALDA (CH.), STOUFFLET (J.), « La loi bancaire du 24 janvier 1984 », *JGP*. G. 1985, n°. 3176, pp. 1-101.

GHAUSSY (Gh.), « Étude sur la théorie de l'ordre économique en islam », in *Les capitaux en Islam*, Presses du CNRS, 1990, pp. 35-48.

GRANGEREAU (P.), HAROUNE (M.), « Financement de projet et financement islamique », *Revue banque et droit*, n° 97, septembre –octobre 2004.

HAFSI (T.), SIAGH (L.) et DIALLO (A-O), « Environnement intense et choix stratégiques. Les cas des banques islamiques », *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, pp. 119-140.

HAJJAJI (H.), « Pactes d'actionnaires et financements islamiques », *Revue de droit des affaires internationales*, 2009, n° 5, pp. 556- 567.

HALPEM (N.), « La finance islamique s'impose dans le monde musulman » : *Les Echos*, n° 19756, du 21 sept. 2006, p. 21.

HAMOUD (S.), « L'expérience bancaire islamique », *Revue Al-Iktisad et Al-Amaal*, L'économie et les affaires », en arabe, mai 1985

HAQUANI (S.), « Finance islamique, les ambitions françaises se renforcent », *l'AGEFI Hebdo*, 11 au 17 juin 2009, n° 5, pp. 26-28.

HARDY (H.), « Finance islamique: Les acteurs, les instruments », in *La Finance islamique: une autre finance*, Société de législation comparée, 2009.

HARDY (N.), « Finance islamique: Les acteurs, les instruments », in *La Finance islamique: une autre finance*, Société de législation comparée, 2009, pp. 79-100.

- HARZI (A.),** « Les banques islamiques plus résilientes que les banques conventionnelles », *Revue Banque*, n° 759 avril 2013, pp. 76-78
- HASSAN (M.), DRIDI (J.),** « Mise à l'épreuve les banques islamiques ont mieux résisté à la crise que les banques classiques », *Finance et développement*, déc. 2010, p. 47
- HASSOUNE (A.),** « Les *sukuk* et le respect des principes fondamentaux de l'islam financier » in *la finance islamique à la française alternative éthique et moteur pour l'économie*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 91-126.
- HASSOUNE (A.),** « Principes de structuration des *sukuk* », in *Cahier de la Finance islamique* n° 1, juin 2009, disponible : www.em-strasbourg.eu, pp. 18-29.
- HASSOUNE (A.),** « La finance islamique dans le système financier international et dans la mondialisation », in *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie et une alternative éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 87-90.
- HASSOUNE (A.),** « La solvabilité des banques islamiques : forces et faiblesses », *Revue d'économie financière*, 2003, n° 72.
- HASSOUNE (A.),** « Quelle intégration de la finance islamique dans le système financier global ? Quels enjeux pour la France ? », *Moody's investor service* in table ronde organisée par la commission des finances du Sénat, Paris 14 mai 2008, disponible : www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_hassoune.ppt.
- HASSOUNE (A.), DAMAK (M.),** « Les habits neufs de la finance islamique », conférence de Master *Asset management* de l'université Paris Dauphine, www.master222.com
- HASSOUNE (A.), HALADIJAN (M.),** « Dérivés et finance islamique : Etat des lieux de l'innovation dans le secteur », in *La Finance islamique: une autre finance, Société de législation comparée*, 2008.
- HAZOUG (S.),** « Banque et *zakat* tenue à l'école de management de Strasbourg (à paraître)
- HAZOUG (S.), LASSERRE CAPDEVILLE (J.),** « Le compte de dépôt et la finance islamique », *Revue de Droit bancaire et financier*, novembre-décembre, 2011, étude 33, pp. 9-12.
- HENRION (R.),** « Financiers et banquiers, essai d'une définition », *Revue Banque*, 1959,
- HICHAM (K.) LEGENDE (X.),** « La cadre fiscal de la finance islamique », *Revue, Droit fiscal*, n°3, 15 jan. 2009, pp. 10-16.

HIDEUR (N.), « Quels types de risques de crédit spécifiques à la finance islamique, First conférence in islamic finance, Paris, Mardi 28 janvier 2010, *Université Paris Dauphine*, disponible : www.financeislamiquefrance.fr/document-et-rapports.php.

HIDEUR (N.), CAUSSE-BROQUET (G.), « La gestion des risques dans les banques islamiques », *Revue du financier*, mars –juin 2010, n°182-18, 73-87pages.

HUGUES (M.S.) « OPCVM islamique, un mode de financement innovant pour les infrastructures ? », *Revue Banque*, mars 2013 n° 758, 70-72 pages .

JACQUES (A.), « Les juifs, les chrétiens et l'argent », interview dans L'Express du 10/01/2002, p. 56 65, reproduit dans:<http://www.denistouret.fr/ideologues/Attali.html>

JAHEL (S.), « *Le Khiyar Al-Chart*, clause de repentir du droit musulman, et les intermittences de la volonté » : *Mélanges Boyer, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996.*

JAHEL (S.), « La finance islamique», *Les cahiers de l'institut du pacifique*, n°45, octobre 2009

JAHEL (S.), « La finance islamique » : *Les cahiers de l'institut du pacifique*, n° 45, octobre 2009

JAHEL (S.), « Droit des affaires et Religion » : *Revue internationale de droit comparé* : disponible sur www.persee 1-25 pages.

JAHEL (S.), « La laïcité dans les pays musulmans », in *la Laïcité, archives de la philosophie du droit*, Tome 48 ; Dalloz, 2005, p. 145-

JAHEL (S.), « L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garanties » : *Revue Trimestriel de Droit Commercial*, 1985 pp.483-504.

JAHEL (S.), « L'adéquation du droit musulman classique aux procédés modernes de financement et de garanties », *Revue Trimestriel de Droit Commercial*, 1985 pp.483-504.

JAUDON (O.), « Agrément des banques étrangères : En tant que autorité d'agrément et de contrôle, nous privilégions la sécurité du système », in, *Pays arabe Europe quelles stratégies pour les banques ? Revue Banque*, juin 2011,pp. 24-26.

JAVANSHIR (H.) HISHAM BOUHOUITA (G.), « Financement conformes à la charia, Neutralité fiscale à quand les ménagements juridiques », *Revue Banque*, mai 2009, n° 713.pp. 73-75.

JAVANSHIR (H.), GUERMECH (B.H), « Financement conformes à la *charia* Neutralité fiscale, à quand les aménagements juridiques » *Revue Banque* Mai 2009, n° 713, pp. 73-75.

JEREZ (O.), « Le blanchiment d'argent », *Revue Banque*, 2003,

JOUINI (E.), OLIVIER (P.), « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris. Dix propositions, pour collecter 100 milliards d'euros » : *Rapports remis à Paris Europlace*, le 14 novembre 2008, 134 pages.

JOUINI (E.), Pastré (O.), « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris », *Paris Europlace*, décembre 2008, 135 pages.

JOUE (G.), VILLEROY de GALHAU (F.), « Accès au crédit et prévention du surendettement » : In *Le rapport morale de l'argent dans le monde 2006*, Association d'économie financière, Lille 2006, pp.373-379.

JULIENNE (M.) , « Obligations naturelles et obligation civile », *D.* 2009. 1709

KABBAJ (H.), LEGENDE (X.), « Le cadre fiscal de la finance islamique », *Droit fiscal*, n°3, 15 janv. 2009, 53. 1-11 pages.

KARICH (I.), « Les préceptes de la *charia*, finance islamique tout es prêt ! » : *Échanges*, *Revue des dirigeants*, juin 2009, n°266, pp. 34-38.

KARICH (I.), « Les préceptes de la *charia* », in dossier la finance islamique: tout est prêt ! Échange, *La revue des dirigeants financiers*, juin 2009 n° 266

KETTATANI (C.), « Banque originale: les banques islamiques »: *Faculté des sciences juridiques économiques et sociale*, Rabat, 1993, pp.

KLINGMULLER (E.), « Islam et assurance », in *les capitaux de islam*, Presses CNRS, 1999, pp.

KLINGMULLER (E.), « Islam et assurance », in *les capitaux de l'islam*, Presses CNRS, 1999, pp. 153-160.

KOVAR (J. Ph.), LASSERRE CADEVILLE (J.), « Droit de la régulation bancaire, condamnation d'USB France », *Revue Banque* 2013, n°763, pp. 82-84.

KOVAR (J. Ph.), LASSERRE CADEVILLE (J.), « Droit de la régulation bancaire : dispense d'agrément d'établissement de paiement, CE 24 avril 2013, n° 354957, Société printemps : mentionné aux tables du Recueil Lebon », *Revue Banque*, juillet-août, 2013, n° 762, pp. 87-88.

KOVAR (J. PH.), « L'indépendance des autorités de régulation financière », *Revue de droit bancaire et financier*, mai-juin 2012, p. 15

KOVAR (J. PH.), LASSERRE CAPDEVILLE (J.), « Droit de la régulation bancaire coopération entre régulateur et procédure de contrôle, *Revue Banque*, n° 760, mai 2013, pp. 90-91.

LASSERRE CADEVILLE (J.), « L'indépendance des autorités de régulation financière », *Revue de Droit bancaire et financier*, n°3, Mai 2012, étude 10, pp. 15-20.

LASSERRE CADEVILLE (J.), « Le délit d'obstacle au contrôle de l'ACP », *Revue de Droit bancaire et financier*, n°3, Mai 2011, pp. 9-13.

LASSERRE CADEVILLE (J.), « La convergence du droit régissant l'autorité des marchés financiers et l'autorité de contrôle prudentiel », *Revue de Droit bancaire et financier* n°4, Juillet 2011, dossier 21, pp. 57-60.

LASSERRE CADEVILLE (J.), « La Finance Islamique : une Finance douteuse ? », *Revue de Droit Bancaire et financier*, n° 5, septembre 2009, pp. 19-23.

LASSERRE CADEVILLE (J.), « crédit et code de la consommation, la protection du consommateur-emprunteur par l'encadrement légal du taux d'intérêt », *Banque et Droit* n° 150, juillet-août 2013, pp. 8-13.

LASSERRE CADEVILLE (J.), « Que reste-t-il au XXI^e siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? » : *Banque et droit* 2005, n° 101.

LASSERRE CADEVILLE (J.), HAZOUG (S.), « Le compte de dépôt et la finance islamique », *Revue de Droit bancaire et financier*, n°6, nov. 2011, étude 33, pp 9-12.

LASSERRE CADEVILLE (J.), « Les principes de la finance islamique : présentation et illustration », *Revue de droit bancaire et financier*, mars-avril, 2011, étude 13, pp. 24-26.

LATRACHE (H), ODDOS (S.), « Le *Tawarruq*, un mal nécessaire ? », *Les cahiers de la finance islamique* n° 2, Ecole de management de strasbourg.eu, p. 50-63.

LE NOIR (A.), DHAFER (S.), « Les banques africaines faces aux défis de la mondialisation », *Revue Banque*, n° 713, mai 2009, pp.66-68.

LEGEAIS (D.), « Crédit responsable » *Revue droit bancaire et financier*, mars-avril 2012, pp. 71

LEMBA (G.), « La SCIAPP : nouvel instrument juridique français, 100% charia compatible », *Droit et patrimoine* 2010, n° 188, pp. 38-40.

LEPOUTRE (Ph.) « Crédit aux entreprises, l'affacturage est la seconde source de financement court terme des entreprises », *Revue Banque* n° 753 sept. 2013, pp. 60-62.

LHERIAU (L.), « La Relation à l'Argent dans le Judaïsme, le Christianisme et l'Islam dans le cadre de lutte contre la pauvreté » : *Techniques financière de développement*, n° 90, p.p. 1-13.

LIANANT de BELLEFONDS (Y.), « L'autonomie de la volonté en droit musulman », *Revue algérienne, tunisienne et marocaine des législations et jurisprudence*, 1958

LIENHARD (A.), « Fiducie et finance islamique : censure formelle du conseil constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 2009, n°36, pages 2412-2419.

LIENHARD (A.), « Fiducie et finance islamique : censure formelle du conseil constitutionnel », *Dalloz actualité*, du 16 octobre 2009

lisation implicite à la standardisation » : *Revue Banque* Juin 2010, n° 725, pp. 51-54.

Livre blanc, Finance islamique et immobilier en France, Comprendre pour agir, *Norton Rose cabinet d'affaires international et DTZ Asset management*, Paris, 2010, disponible : www.financeislamiqueimmo.com, 133 pages.

MAARAOUI AOUN (C.), « La gouvernance dans les banques islamique : *Le cas du Liban* », *Revue du Financier*, juin 2010, sommaire, 182-183, pp. 50-61.

MAAOULA (W.), « **La finance islamique** » in, *Droit des religions*, CNRS Ed. 2010, pp. 337-342.

MAAZOUZ (J.), « La réception de la finance islamique en France : Entre résistance idéologique et défaut méthodologique », *Revue Banque*, n° 759 avril 2013, p. 73

MAHMOUD MOUHAMED (H.), « Les contrats de la *charia* dans les pratiques financières : *murabaha, moudaraba* , étude comparée, *Université du Koweït*, Koweït, 1997.

MAIGRE MARIE (E.), « Turquie : L'émergence d'une éthique musulmane dans le monde des affaires : réflexions autour de l'évolution du *Musiad* et des communautés religieuses », *Religioscope, Etudes et analyses*, n°7, mai 2005.

MARTENS (A.), « La finance islamique : fondements théorie et réalité », Actualité économique, *Revue d'analyse économique*, Montréal, vol. 77, n° 7 mai 2005. pp. 475-478

MASMOUDI (F.), BELBED (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 droit bancaire et financier*, mars-avril 2013, p. 83.
- MELIANI (H.), AGHROUT (A.)**, « Développement de la micro-finance islamique : défis et perspectives », *Les cahier de la finance islamique* n° 2, Ecole de management de Strasbourg.eu, p. 25-38.
- MENDES (L.), ASHTA (A.)**, « La législation française en matière d'usure et le développement de l'accès a crédit des micro-entreprises » : *Cahiers du CEREN* 21 2007
- MISSAKIAN (M.), KERMARREC (Y.)**, « Banque d'investissement, Une attention accrue de la FSA sur les fonctions de « Product control », *Revue Banque*, n° 741 novembre 2011, pp. 72-73.
- MOHAMED (O.)**, « La *mourabaha* comme mode d'intervention dans les banques islamiques », in *Introduction aux technique de financement islamique, institut islamique de recherche et de formation banque islamique de développement*, disponible : www.itfc-ibd.org/files/ITFC-articles_of-agreement_french-opt.pdf. 206 pages.
- MOHAMEDEN (O.), MOHAMED (S.)**, « La *mourabaha* comme mode d'intervention dans les banques islamiques », in *Introduction aux technique de financement islamique, institut islamique de recherche et de formation banque islamique de développement*, pp.123-130, disponible, www.itfc-ibd.org/files/ITFC-articlesof-agreement_french-opt.pdf.
- MOORE (H.C.)**, « Les banques islamiques : intermédiation politique et financière dans les pays arabes, in *Les capitaux de islam*, Presses CNRS, 1999, pp. 135- 150.
- NAJAB (K.)**, « L'exigence Ethique », in *Ethique et Entreprise Perspectives maghrébines, Wallada* 1989, pp. 64-73.
- NASSER (H.)**, « La finance islamique et la crise financière : quels enseignements », in *La finance islamique « l'autre finance »*, *La Revue du financier*, n° 182-183, pp. 126-150.
- NAULLEU (G.)** « Le système financier islamique développement et perspectives », *École supérieure de commerce de Paris*, document de travail, n° 80-86.
- NAULLEU (G.)**, « La filiation avec le mouvement des banques coopératives et mutualistes », in *Les capitaux de l'islam*, Presses CNRS, 1990, pp. 187-198.
- NAULLEU (G.)**, « Le contrôle bancaire et la politique des banques centrales : étude comparative », in : *Les capitaux de l'Islam, Presses CNRS*, 1990, pp.165-185.

NIENHAUS (V.), « Accueil de la finance islamique, élément de comparaison entre le Royaume-Uni et l'Europe continentale », in Dossier Pays arabes Europe quelles stratégies pour les banques ? *Revue banque* juin 2011, pp. 21-22.

NIENHAUS (V.), « Les biens publics et la politique financières dans une économie islamique », in *les capitaux de islam*, Presses CNRS, 1999, pp. 123-134.

NOLAND (M.), « Religion, Islam et croissance économique : L'apport des analyses empiriques », *Revue française des gestions*, 2007, n° 71, p. 97-118.

ORDODY de ORDO, « La modernité du système financier islamique », in *les capitaux de l'islam*, Presses CNRS 1990, pp. 221- 247.

OULD SASS (M. B.), « Les comités de *charia* : historique constitution et pouvoir », in, la finance islamique « l'autre finance », *Revue du financier*, n° 182-183, pp. 45-52.

PARANCE (B.), « Nouveaux développements sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit à l'égard d'emprunteur non avertis », *RLDC*, n° 43, nov. 2007 pp. 17-21.

PARLEANI (G.), « Le risque de vigilance excessive des autorités de contrôle » : *Revue de droit bancaire et financier*, nov.-déc. 2002, pp. 373-376.

PASTRE (O.), « Problématique économique de la rémunération du crédit bancaire », *Revue de Droit bancaire et financier*, mars-avril, 2007, dossier, n° 8, pp. 70-72.

PASTRE (O.), GECHEVA (K.), « La finance islamique à la croisée des chemins », *Revue d'économie financière*, n° 92, juin 2008, pp. 197-213.

PATEL (M.), « Les quatre principes du droit musulman des contrats », disponible : www.financeislamiquefrance.fr/archives

Pays arabes Europe Quelles stratégies pour les banques ? *Revue Banque*, juin 2011, pp.3-42.

PIEDELIEVRE (S.), « La responsabilité liée à une opération de crédit », *Revue droit et patrimoine*, janvier 2001, p. 63.

PIEDELIEVRE (S.), « La réforme du crédit à la consommation », *Dalloz*, 2010, 1952, n° 1

PIEDELIEVRE (S.), « Ordonnance du 15 juil. 2009, relative au service de paiement », *Gal. Pal.* 8 sept. 2009, pp.1- 5

PIGNOLET (J.), « Premiers produits islamiques en France », disponible : www.financeislamiquefrance.fr/interview-de-jerome-pignolet-de-fresnes.php.

PILLET (G.), BOSKOVIC (O.) , « Rome I et le choix d'un droit compatible dans les contrats internationaux », in *Colloque le règlement communautaire*, 2010 Université de Dijon (9 sept. 2010).

PLUCHART (J.J.), « La gouvernance plurielle de la banque islamique », in dossier La finance islamique: tout est prêt, in *La Revue des dirigeants financiers* juin 2009 n°

PRADA (M) « La commercialisation des produits financiers », *In le rapport morale de l'argent dans le monde 2006*, Association d'économie financière, Lille 2006, pp.343-349.

PRAS (B.), « Management et islam, vers une convergence de valeur », *Revue française de gestion*, 2007, n° 71, pp. 91-95.

PRAS (B.), « Management et islam, vers une convergence de valeur », *Revue française de gestion*, *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, pp.

PRAS (B.), VAUDOUR-LAGRACE (C.), « Marketing et islam. Des principes forts et un environnement complexe », *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, pp. 195-223.

Rapport de la banque de France , « La crise financière, documents et débats », février 2009 n°2 disponible sur le site de la banque de France , http://www.banque-france.fr/fr/publication/autres_telechar/focus.htm- Rapport d'information du sénat sur la crise financière et la régulation des marchés, n°59, 21 octobre 2009-Rapport du conseil d'analyse économique , *la crise des subprimes*, la documentation française, 2008.

Rapport de la banque de France, « La crise financière, documents et débats », février 2009 °2 disponible sur le site de la banque de France http://www.banque-france.fr/fr/publication/autres_telechar/focus.htm-

Rapport sénat, « Adaptation du régime de la fiducie afin de permettre l'émission de « sukuk », *La semaine juridique et affaires* n°26, 25 juin 2009, act. 322.

RAVEAUD (G.), « Loi bancaire : Les contribuables ne doivent pas payer pour la finance », *L'économie politique*, février 2013, disponible <http://alternatives-economiques.fr/blogs/raveaud/2013/02/15/loi-bancaire-les-contribuables-ne-doivent-pas-payer-pour-la-finance/>

REBOULT (E.), « Remarque sur la notion conceptuelle et fonctionnelle, l'affection societatis », *Revue sociétés* 2000, pp.426-452.

Régime fiscal du *murabaha*, *Sukuk* et les produits assimilés, Fiches n°1-A et n°2.A, ed. Francis Lefèvre, avril 2009, n° 381, pp. 324-330.

- REPERES**, « Les accords du Bale », *Revue Banque*, novembre 2011, n° 741, pp. 61-62.
- RIASSETTO (I.)**, « Les fonds islamiques », *Revue de Droit bancaire et financier*, mars-avril 2011, étude 18, pp. 43-48.
- RIASSETTO (I.)**, « Le *faith based*, un concept en droit bancaire et des marchés financiers », in Le Dolley, E., ss. dir., *Les concepts émergents en des affaires*, L.G.D.J, coll. Droit et Economie, 2010, pp. 177-181
- RIDHA (S.)**, « Le financement islamique : concept et principes, introduction aux techniques de financements », , *institut islamique de recherche et de formation banque islamique de développement*, disponible : www.itfc-ibd.org/files/ITFC-articles_of-agreement_french-opt.pdf.
- ROBERT (H.)**, « Tracfin après l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009 » : in La prévention du blanchiment et du financement du terrorisme, Dossier : *finance islamique*, *Revue de Droit bancaire et financier*, mai-juin, 2009, pp. 17. 19.
- ROCHDAHOU (O.)**, « la réception de la finance islamique en France », *Revue Banque*, n° 759 avril 2013, p. 61.
- ROCHDAHOU (O.)**, « La réception de la finance islamique en France », *Revue Banque*, mars 2013 n° 758, p. 67
- RUIMY (M.)**, « Quelle vocation pour la finance islamique ? » : *Revue Échanges* juin 2009 pp. 08-14.
- RYCX (J.F.)**, « L'enseignement du droit musulman », in Flory Maurice, Henry Jean-Robert, *Economie et d'ordre islamique*, CNRS, 1989, 267 pages.
- RYCX (J.F.)**, « Systèmes juridiques et économique islamique », in *les capitaux de islam*, Presses CNRS, 1999, pp. 51- 70.
- SYNVET (H.)**, « Projet de loi de séparation e de régulation des activités bancaires », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2013, pp. 73-74.
- SACI (D.)**, « Banque islamique de développement et les principales institutions », in la finance islamique « l'autre finance », *Revue du financier*, n° 182-183, pp. 99-113.
- SAINT MARC (G.)**, « Finance islamique et droit français », *Cabinet Gide Loirette Nouel*, *Table Ronde finance islamique organisée par la commission des finances du sénat* Paris 14 mai 2008, 27 page disponible: www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamique_saintmarc.ppt.

SAINT MARC (G.), « Finance islamique, un régime fiscal visant à faciliter l'émergence de la place de Paris », *Revue Banque*, novembre 2010, n° 729, pp. 53-54.

SAINT MARC (G.), « La finance islamique: un enjeu pour la France » in, *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie et une alternative pour l'éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 291-305.

SAINT MARC (G.), « Le droit français est-il compatible avec la Finance islamique ? », *Revue Banque* 2008, n°703, pp.60-63.

SAINT MARC (G.), « La finance islamique : Un enjeu pour la France », *Bulletin Joly Bourse*, 01 avril 2009 n°32.

SAMUELIAN (M.), « L'agrément des banques islamiques en question », in dossier Pays arabe Europe quelles stratégies pour les banques ?, *Revue Banque*, juin 2011, pp. 27-28.

SBAI EL DRISS (L.), « La rémunération du capital en Islam », *Finance and common good*, autumn, 2003, pp. 16-30.

SCHMOECKEL (M.), « Le droit naturel et ses trois confessions à l'époque moderne », in *La religiosité du droit*, Presse Université de Limoges, 2013 205 pages

SECK (D.), THIAM (M.), « La problématique de la finance islamique au Sénégal ; approche juridique sociologique et religieuse », In *Les Cahiers de la finance islamique* n° Spécial janvier 2013, pp. 41-48.

SELLAMI MOHAMED (M.), « Le *Qiyas* et ses applications contemporaines, *Jeddah*, IRITI, 1999, disponible : www.iritpms.org, 143 pages.

SENAT français, « La finance islamique », Tables Rondes organisées par *la commission des finances du Sénat*, 14 mai 2008

SERHAL (C. J.), « La Finance islamique : une intégration possible dans le système bancaire français » : *Banque et Droit* 2006, n° 106, pp. 36-39.

SERHAL (C.J.), ZEYYAD Cekici (I.), « L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique » : *Banque et Droit* n° 126 Juillet-Aout 2009, pp. 11-15.

SERHAL (C.J.), « La structure de produits *charia* 'à compatibles' », in *La finance islamique à la française un moteur pour l'économie une alternative éthique*, éd. Secure finance, éditions Bruno Leprince, 2008, pp. 200-230.

SERHAL (C.J.), SAINT MARC (G.), « titrisation islamique : comment accéder à une nouvelle base d'investissement », *Revue banque et droit*, 2006, n° 109, pp. 29-34.

SERHAL (C.J.), « Le prêt participatif à l'heure de la finance islamique », *Bulletin Joly société*, octobre 2005, pp. 8-13.

Services bancaires et finance islamique en Afrique du Nord, Evolution et perspective d'avenir, *Banque africaine de développement Bank*, 2011

SID AHMED (A.), « Pétrole et économie islamique », in *les Capitaux en Islam 1990*, pp.73-86.

SIDDIQI (N.) « La rationalité du système bancaire *islamique* » in *Bulletin du fonds monétaire international*, mars 1982, pp. 56-61

SID-HAHMED (A.), « Finance islamique et développement », *Revue Tiers-monde*, tome XXIII, n°2, octobre-décembre, 1981, pp. 887-890.

SQALLI (N.), « La finance islamique drôle de *halalisation* », *l'économiste*, 5 février 2009, disponible : www.cerei.net.

STORCK (M.), « Sociétés de gestion de portefeuille » : *J-CL. Banque*, Fasc. 2210.

STORK (M.), CEKICI ZEYYAD (I.), « Les sukuk : aspects de droit français et de droit musulman », *Revue de droit bancaire et financier*, n°2, mars 2011, étude 17, pp. 38-42.

STOUFFLET (J.), « La loi bancaire du 24 janvier 1984 », *JGP. G.* 1985, n°3221.

STOUFFLET (J.), « Le coût du crédit : encadrement ou liberté ? » : Table ronde, in dossier, La rémunération du crédit en Europe, *Revue droit bancaire et financier*, mars- avril 2007, dossier, n° 10, pp. 84-88.

SUSSET(E.), « Enjeux de la résolution bancaire », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2013, pp. 80-81

SYNVET (H.), « La réforme du droit français à l'épreuve de la directive européenne sur les services d'investissement », *Petites Affiches*, n° 56, 8 mai 1996, pp. 18-22.

TAMMAM (H.), HAENNI (P.), « Le management, nouvelle utopie islamique une lecture managériale des textes », *Revue française de gestion*, 2007, n° 71, pp.179-193.

THIAM (M.), « La fonction sociale du droit de propriété : Le *waqf* » : *Cahier du CDPC*, n° 9, pp. 165-184.

THIAM (M.), « Le temps dans le dénouement des opérations bancaires : L'exemple des banques islamiques » : *Annuaire droit et religions*, D'Aix, Presse Universitaires de Marseille, Vol. 6, Tome 2, pp. 556- 565.

TOLOBA AMINE (A.), « Les montages LBO et les *sukuk* », in *les cahiers de la finance islamique* n°3 disponible : www.em-strasbourg.eu, juin 2012, pp 61-76.

TOXE (L.), « L'expérience britannique : l'évolution de la législation fiscale britannique pour s'adapter aux produits financiers islamiques », *Norton Rose LLP*, Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, 14 mai 2008, Paris, 16 pages, disponible : www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamiques_toxe.ppt.

TRICOU (J.), « La loi de modernisation des activités financières » : *JCP*, 1996, éd. G, I, 4022, n° 12,

VASSENAIX-PAXTON (A.), « L'expérience Britannique : Une source d'inspiration pour le développement de la finance islamique en France ? » *Norton Rose LLP*. Table ronde finance islamique organisée par la commission des finances du Sénat, 14 mai 2008, Paris, 16 pages, disponible : www.senat.fr/commission/fin/actualites/finance_islamiques_vassenaix-paxton.ppt

VAYSSET (G.), « Contrôle interne : Nouvelle avancées dans le secteur bancaire et financier » : *In le rapport morale de l'argent dans le monde 2006*, Association d'économie financière, Lille 2006, pp.299-312.

VAUPLANE (H.), « Les origines de la crise financière à la lumière de religions monothéistes », *Revue Banque*, n° 761, juin 2013, pp. 81-83.

VERNIER (E.), GAUDIN (CH.), « La coopération judiciaire en matière de lutte anti-blanchiment existe-t-elle ? », *Banque et Droit*, n° 121 septembre-octobre 2008, 3-7 pages.

VERMEILLE (S.), « Projet de loi bancaire : un *chapter 11* bancaire ? », *Revue Banque*, n° 755-756 janvier 2013, pp. 92

VENUS (M.), « Les plans de résolution bancaire », *Revue de droit bancaire et financier*, juillet-août 2013, pp. 82-84.

VIGNAUD (M.), « L'offensive de la finance islamique en France », *Le point.fr*, 26 novembre 2009, disponible : www.lepoint.fr/archives/articles.php/399311.

WARDE (I.), « Les principes religieux à l'épreuve de la mondialisation : paradoxes de la finance islamique », *Le monde diplomatique*, septembre 2011, 20 pages, disponible : www.monde-diplomatique.fr/2001/09/WARDE/15584.

WEHBE (S.M.), « Banque islamique, intégration et problématique », in *The certified accountant 2 nd Quarter* 2006, 82-91 pages.

WERNER (P.), « La conformité comme outil de prévention du blanchiment », *Revue de Droit bancaire et financier*, mai-juin, 2009, pp. 113-116.

YOUSFI (H.), « Gérer en Jordanie. Une coexistence problématique entre système hiérarchique et idéal religieux », *Revue française de gestion*, 2007/2, n° 171, pp. 157-173.

ZAATAR (R.), « *takaful* une Alternative à l'Assurance Traditionnelle », *CHEA*, 10 mars 2008.

Table chronologique des arrêts

Cour de cassation, Conseil d'Etat, Commission de sanction ACP et CEHD.

Cass. Civ. 1^{er}, 16 jan. 2013, *D.* 2013, p. 890. note J. L. Capdeville.

Cass. Com. 5 fev. 2013, *JCP. G.* 2013, 2013, 502, note de J. L. Capdeville.

ACP. Com. Saction : 25 juin 2013, n° 2012-03, *Revue Banque*, n° 757, p. 82 note de J. ph. Kovar, J. L. Capdville.

Cass. Com. 26 mars 2013, *Revue Banque*, n° 763, sept. 2013 p. 79, note de J. L. Gouillin

CASS. COM. 30 oct. 2012 : *D.* 2012, actualité, p. 2589, note de Avena-Robardet.

Cass. Com. 11 Oct. 2011, n° 10-10490

Cass. Com. 11 Oct. 2011, n° 10-10490.

Cass. Com., 26 janv. 2010, n° 08-18.354.

Cass. Civ. 1^{er} 25 février 2010 : *JCP. E.* 2010, n° 1496.

Civ. 1^e, 28 mai 2010, *D.* 2011, pan. 2898.

Com. 3 mars 2009, *Droit Fiscal*, 2009, n° 25, Com. 378.

Cass. Com. 16 juin 2009 : *Banque et Droit* 2009, p. 19.

CEDH, 23 juil. 2009, *RLDC*, 2009/65, n° 3612 obs. Pouliquen.

Cass. Com., 20 oct. 2009, *JCP* 2009, 423, obs. L. Dumoulin.

CEDH, 11 sept. 2009, n° 5242/04 D. 2009, p. 2247, note A. Couret.

Cass. Com. 7 avril 2009, n° 08-12.192 : *Bul. Civ. IV.* n° 54.

Cass. Com., 25 mai 2008, n° 07-13.241 F-D.

Cass. plen. 2 mars 2007, n° 06-15.267.

Com. 8 mars 2005, n° 02-11.154, *Revue droit bancaire et financier*, sept. Oct. 2005.

Civ. 1^{er}, 5 avril 2005 : *Bull. Civ. I*, n° 165.

Cass. Mixte, 29 juin 2007, *JGP* 2007, II, 10146, note Gourio.

CE. 30 nov. 2007, n° 293952 : *AJDA* 2007, p. 2285.

Cass. Com. 14 novembre 2007 *JGP. G* 2008 II 10043, note de J. Lasserre Capdeville.

Civ. 1, 16 mai 2006, *Bull. Civ., I*, n° 241, *Dalloz* 2006 IR 1564

Cass. Com. 16 mai 2006, *Bull. Civ. IV*, n° 124

Civ. 1^{er}, 21 février 2006, *RJDA*, 2006, n° 52, *Droit des sociétés* 2006, n° 87.

Cass. Civ. 1^{er} 30 mai 2006, n° 03-17646.

Cass. Com. 28 février, 2006, n° 04-17545

Cass. Ass. plen. 9 octobre 2006, *Dalloz.06 Jur.* p. 2933, note D. Houtcieff, *JCP G.* 2006 II, 10175

Ass. Plan. 9 oct. 2006, n° 06-11.056.

Ass. Plen. 4 mars 2005, *Dalloz*, 2005, 785, obs. B. Souci.

Cass. Civ., 12 juil. 2005, *JGP. G.* II. 10140, note A. Gourio ; *D.* 2005, p. 2276

Civ. 1^{er}, 13 dec. 2005, *JCP. E.* 2006, 2743, note Lamoureux, *CCC* 2006 n° 35.

Cass. Com. 28 avril 2004, n° 02-15.054 obs. Cutajar, *JGP. E.* 2004. 830.

CJCE, 5 oct. 2004, *Dalloz* 2005.

Cass. Civ. 3^e, 22 sept. 2004, *JCP. N* 2006, 1148, note Dagot.

Cass. Ass. Plen. 29 oct. 2004, *Bull. Civ.*, n° 12, R. p. 203 et 208.

Cass. 1^{er} Civ. 23 Nov. 2004, n° 02-13.206, *JCP. 2005*, IV, 1013.

Cass. Civ. 2005, IV.

Commercial court du 1^{er} aout 2003 [2003] EWHC 2118 (comm).

CE, 19 mars 2003, Hannoun, n° 240718, Conclusions de M. Guyomar, *Les Petites Affiches*, 23 avril 2003 n° 81, p. 5.

Crim. 3 dec. 2003, *JGP. G.* 2004, II 10066, p. 790.

Cass. Com, 10 déc. 2003, *Revue droit bancaire et financier*, 2004, p. 90, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard.

Cass. 3^e Civ., 3 déc. 2003, *RDC*, 2004, p. 280, obs. Stoffel-Munk.

Civ. 1^{er}, 22 jan. 2002, n° 99-13.456, *Dalloz*, 2002, Jur. 2670, note A. Debet.

Cass. Crim. 2 oct. 2002, n° 01-85.931, *Bull. Crim.*, n° 179.

Civ. 1^{er}, 18 sept. 2002, *Bul. Civ. I* n° 202, note G. Affaki, J. Stoufflet.

Cass. Ass. Plen. 13 décembre 2002 : *droit de la famille* 2003, chr. 13 Poulet
 Cass. civ 1. 2 mai 2001 : *JCP*. 2002, II, 10062, note O. Barret
 Civ. 2^e, 10 mai 2001 (Levert), *D*. 2001 2851.
 Com. 17 juil. 2001, n° 98-18.435., *Dalloz*, 2001, AJ. 2409, obs. P. Leclercq.
 Civ. 1^{er}, 22 avril 1997, *Bull. Civ. I*, n° 124, p. 83, *Dalloz aff.* 97, 698.
 Cass. Com. 17 juin 1997, *JCP. E.* 1997, II. 1007, note D. Legeais
Civ. 1^{er}, 9 dec. 1997, Bull. civ. I, n° 368.
 Cass. Civ. 1^{er}, 1^{er} oct. 1996, *JCP. G.* 96, IV, 2247.
 CE, 27 oct. 1995, *Dalloz*, 1996, 177, note Lebreton.
 Cass. 1^{er} Civ., 10 juil. 1995 : *D.* 1997, 20 note Chauvel, *CCC*, 1996, 360 note Leveneur.
 Cass Civ. 1^{re}, 18 juil. 1995, n° 93-19449, *Bul. civ. I*. n° 320 p. 223.
 Civ. 1^{er}, 21 Nov. 1995, *Bul. Civ. I*. n° 424 .
 Cass. Crim. 27 avril 1994, *Dalloz* 1994 Jur. 402, Gavalda
 Cons. Const, 3 aout 1994, *JCP. G.* 1995, II 22404, note Y. Broussole.
 Civ. 1^{er}, 21 Jan. 1992, n° 02-12.598.
 Cass. Ass. Plen., 29 mars 1991 : *JCP* 91 II 21673, note de Ghestin .
 Com. 15 oct. 1991, *Dalloz*, 1991, 632, note Derrida.
 Civ. 1^{er}, 26 Nov. 1991, *Bul. Civ. I*, n° 335.
 Cass. Com., 30 mai 1989, *Bull. Civ. IV*, n° 167.
 CE, 28 juil. 1989, *JO*, 1^{er} Aout 1989, p. 9676.
 CE, 28 juil. 1989, *JO*, 1^{er} Aout 1989, p. 9676.
 Cass. Civ. 1^{er}, 31 oct. 1989, *JGP. G.* 1990, II, 21568.
 Cass. Com. 18 février, 1983, *Bull. Civ. IV.*, n° 86, *RTD. Civ.* 1983, p. 476.
 Cass. Com., 28 février 1983, *Bull. Civ. IV.*, n° 86.
 Com. 14 oct. 1981, *D.* 1982, 301, obs. Vasseur.
 Civ. 8 Nov. 1989, *Bull. Civ. Joly* 1990, n° 21, *Obs. M. Jeantin.*
 Cass. Crim. 12 nov. 1979, n° 79.90.165.
 Civ. 1^{er}, 22 mars 1977, n° 75-11.030, *RTD. Com.* 1977. 566, obs. M. Cabrilla.
 Civ. 3^e, 8 jan. 1975, *Rev. Sociétés* 1976. 301, obs. I. Balensi.
 Com. 18 oct. 1971, *JGP. G.* 1972, II. 17053, note J. Vezian.
 Civ. 3^e, 15 Jan. 1971, *Bul. Civ. III*, n° 38.

Civ 1, 28 juin 1967, *Revue banque* 1974, p. 42.

Civ. 21 nov. 1911, GAJC, 11^e éd., n° 262 .

Cours D'Appel

CA. Nancy, Ch. Civ. 2, 31 mai 2012, *JCP. G.* 2012, 1352, note de Henry X.

ACP. Com. Sanction, 24 oct. 2012 : *JCP. E.* 2012, 738.

CA. de Paris pôle 01 Ch.01, 17 février 2011 n°09/28533.

CA. d'Aix-en- Provence, 20 oct. 2011, *RG*, n° 11/00420.

CA. de Caen, 28 octobre 2010, n° 09-01.539.

CA. de Paris, 1er Ch., sect. H., 18 déc. 2008, n° 2008/07645.

CA. De Paris, 15^e ch. 3 juil. 2008, *Gaz. Pal.* 21-22 janv. 2009.

Court of Appeal Chancery Division, December 14, 2007, [2007] EWHC 2981 (Ch)

Reporting Judge: [2007] EWHC 2981 (Ch).

CA. de Paris, 1^{er} avril 2005, *Dalloz*, AJ. 1148, obs. Ph. Delpech

Cour d'appel du 28 janvier 2004[EWCA] civ. 19.

CA. De Colmar, 2 juin 2004 : *JCP. E.* 2005, n° 47, p. 1978, obs. Lassalas-Langlais.

CA. de Lyon, 28 février, 2002, n° 2000/00306, *JCP. N.* n° 1203, p. 40.

CA. de Pau, 1^{er} mars 2001, *D.* 2002. Jur. 639.

CA.de Versailles, 19 sept. 1996, *D.* 2007, AJ. 1950

CA. de Paris, 12 juin 1991, *D.* 91 jur. 591, note D. R. Martin.

CA. de Paris, 19 février 1987, *D.* 1987, IR. 57.

CA. de Nîmes, 13 nov. 1963, *RTD. Com.* 1964. 163, obs. Becque et Cabrillac.

Tribunaux de grande instance et tribunaux d'instance

Paris, 15^e ch. B., 18 Nov. 2005, n° 28.9816.

Rapport annuel, Cass. 2005, IV, activités économiques, commerciales et financières.

Paris, 1^{er} ch. G. 23 oct. 2002, *RD bancaire et financier*, 2003, p. 160, obs. Crédot et Gérard.

TGI. de Sarreguemines, 23 nov. 2001, *Banque et Droit* janv. Fev. 2003, 65, obs. Guillot

TGI. de Paris, 20 nov. 1990, *D.* 1992. Somm. 31, obs. M. Vasseur ; CA Toulouse, 8 fév. 1993.

TI. de Soissons, 19 janv. 1979, *Dalloz* 1980 IR 228 .

Index alphabétique

A

AAOIFI, ... 347
ACERFI, ... 276
ACP .. 8, 153, 156, 157, 158, 166, 194, 195, 201, 202, 204,
 205, 211, 217, 221, 225, 226, 230, 244, 245, 246, 254,
 255, 256, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 268, 274,
 277, 286, 291, 293, 314, 437, 460, 467, 476, 479
aléa, ... 371
AMF, ... 214, 224, 229, 232, 254, 255, 261, 375
argent, ... 37, 44, 67, 81, 93, 95, 136, 149, 178, 179, 180,
 224, 349, 390, 447
asset backing, ... 109

B

banque islamique, ... 10, 24, 26, 27, 51, 85, 99, 121, 133,
 163, 167, 176, 191, 201, 216, 219, 221, 233, 351, 367,
 376, 385, 393, 449
bbanques d'affaires, ... 183
board, ... 20, 156, 157, 163, 211, 255, 264, 271, 278, 414

C

CECEI, ... 148, 149
Chaabi bank, ... 346
charia, .. 23, 52, 68, 86, 93, 132, 133, 168, 197, 329, 364,
 373, 377, 388, 391, 402, 447, 466, 467
chiites, ... 88
comités religieux, ... 199
consensus, ... 87, 398
contrat de prêt, ... 73, 119, 359
crédit à la consommation, ... 43, 84

D

d'équité 83, 93, 304, 329, 330, 331
droit de propriété 422

E

éthique, ... 12, 25, 29, 33, 36, 59, 86, 92, 93, 94, 97, 103,
 107, 111, 125, 127, 133, 140, 141, 144, 145, 147, 148,
 165, 186, 224, 235, 239, 267, 313, 326, 330, 334, 335,
 337, 339, 340, 346, 364, 365, 382, 384, 385, 387, 388,
 396, 408, 409, 424, 428, 429, 431, 432, 447, 452, 456,
 458, 460, 464, 473, 474

F

fatwa 83, 84, 90, 91, 104, 163, 297, 299, 429
fiqh, ... 271
FSA .. 13, 28, 136, 137, 138, 163, 173, 187, 189, 231, 452,
 469

G

gharar, ... 122, 234

H

hadiths, ... 81, 236, 281
haram, ... 92, 103, 113, 145, 392, 417, 439
hyales, ... 386

I

IFAAS, ... 266, 274, 343

Islam, .. 13, 21, 27, 32, 33, 35, 36, 37, 39, 57, 61, 62, 63,
71, 72, 92, 94, 95, 97, 102, 105, 122, 137, 138, 141,
171, 172, 199, 215, 216, 313, 326, 330, 332, 337, 351,
352, 368, 376, 377, 381, 392, 401, 402, 408, 409, 412,
421, 422, 423, 428, 429, 443, 444, 445, 446, 448,
462, 464, 470

J

Juifs, ...14, 44, 53, 74, 76, 217
justice 14, 40, 45, 49, 51, 68, 71, 83, 93, 95, 96, 100, 118,
122, 133, 146, 148, 168, 409
justice, ... 51, 68

L

la banque, . 18, 33, 98, 157, 176, 188, 197, 244, 348, 378,
379, 388, 392, 428, 448
la fiducie, ... 249, 423
La finance islamique, ... 132, 133, 148, 165
la finance conventionnelle, ... 21, 83, 317, 386
la monnaie, ... 27, 35, 38, 43, 44, 45, 167, 171, 172, 178,
191, 192, 377, 393, 430, 450
la monnaie, ... 45, 430, 450
la religion musulmane, ... 37, 39, 84, 217, 377
9

le droit musulman, ...117, 139, 145, 147, 197, 334
les comptes courants, ... 76
loyers, ... 115

M

marge, ... 389, 390, 391, 419, 430
maysir, ... 404, 439
moucharaka .. 23, 115, 378, 379, 380, 381, 382, 385, 389,
406, 418, 419, 425, 426, 427, 455
moucharaka, ... 76, 378, 379, 380, 389, 418, 427

moudaraba, .. 76, 107, 211, 228, 333, 347, 349, 381, 383,
384, 393, 412, 417, 418, 427, 449

mourabaha, ... 133, 139, 347, 389, 394, 430, 449, 457

musulman, ... 3, 21, 23, 36, 49, 50, 51, 52, 57, 60, 62, 63,
67, 74, 80, 82, 84, 86, 88, 89, 92, 95, 97, 98, 105, 110,
111, 113, 114, 117, 122, 123, 125, 139, 144, 145, 146,
147, 161, 197, 213, 219, 236, 238, 248, 271, 274, 279,
282, 292, 304, 323, 325, 326, 328, 329, 330, 331, 332,
333, 334, 335, 336, 337, 338, 340, 341, 342, 348, 352,
354, 356, 357, 358, 359, 360, 367, 374, 376, 381, 386,
389, 392, 393, 395, 405, 406, 409, 410, 411, 412, 413,
417, 420, 422, 424, 436, 438, 441, 442, 443, 445, 446,
449, 450, 451, 452, 461, 465

O

OPCVM, ... 268, 345
opération de crédit, .. 58, 63, 168, 170, 190, 348, 368,
390, 419, 426, 430, 434

P

participatifs, ... 105, 142, 381, 386, 419, 425, 430, 439
pays du Golfe, ... 12, 193, 275
produits alternatifs, ... 164
produits bancaires, ... 158, 240
produits modernes, ... 23, 222
propriété, ... 16, 96, 331, 349, 359, 406, 453

Q

qard hassan, ... 175
qiyas 50, 61, 78, 87

R

réception de fonds, ... 179
recevoir des fonds du public, ... 243
réglementation bancaire, ... 310

règles sociales 92, 331
règles sociales, ... 331
religions monothéistes, ... 32, 73, 97, 425
rémunération, ... 69, 116, 348, 360, 379, 402, 426
riba, .. 19, 34, 63, 65, 80, 81, 82, 83, 84, 89, 90, 103, 113,
130, 215, 216, 222, 279, 296, 324, 370, 381, 384, 389,
404, 438, 447
risques, ... 106, 109, 152, 189, 301, 319, 374

S

salam, ... 337, 369, 395, 396, 397, 398
simultanéité ... 23, 68, 70, 78, 79, 81, 83, 88, 97, 336, 337
simultanéité, ... 70
solvabilité, ... 302, 310, 361
spéculation 59, 86, 103, 111, 121, 123, 124, 128, 367,
404, 432, 438, 439
spéculation, ... 121
stamp Duty land tax 138
sukuk ... 21, 23, 29, 83, 131, 138, 143, 158, 349, 366, 368,
374, 400, 401, 402, 403, 405, 421, 422, 432, 433, 438,
439, 445, 453, 459, 464, 472, 474, 475
sukuk, ... 6, 247, 366, 401, 402, 405, 421, 433, 445
sunna ... 59, 60, 79, 80, 85, 86, 88, 89, 113, 114, 145, 297,
328, 438, 447

sunna, ... 60, 80, 85, 114, 297, 398, 447
supervision, ... 290

T

takaful, ... 371, 400, 406
temps, .. 27, 35, 40, 47, 48, 62, 73, 95, 100, 106, 135, 147,
157, 173, 188, 191, 327, 346, 376, 398, 430
Testament, ... 37, 53
transactions, ... 91, 339
travail, ... 39, 63, 105, 106, 147, 164, 174, 251, 381, 470

U

un organe de contrôle 236, 291, 294, 316, 318
uusuure, ... 10, 48, 54, 55, 56, 62, 64, 65, 80, 82, 88, 121,
217, 237, 250, 296, 390, 439

V

vente, ... 16, 85, 125, 147, 328, 332, 333, 336, 340, 341,
358, 393, 396, 399, 431

Z

Zakat 13, 100, 219, 272, 347, 351

Table des matières

SOMMAIRE.....	1
GLOSSAIRE	3
LISTE DES ABREVIATIONS	8
INTRODUCTION GENERALE	10
PREMIERE PARTIE : LA BANQUE ISLAMIQUE, UN OXYMORE	27
TITRE I : ÉTUDE HISTORIQUE ET THEORIQUE DU SYSTEME ISLAMIQUE	32
CHAPITRE I: L'EVOLUTION DE L'INTERDICTION DE L'INTERET A TRAVERS LES DIFFERENTES RELIGIONS MONOTHEISTES	35
SECTION I) L'INTERET A TRAVERS LES RELIGIONS MONOTHEISTES.....	36
PARAGRAPHE I : LA CONDAMNATION TRADITIONNELLE DE L'INTERET	37
I) LA PROHIBITION CHEZ LES CANONISTES	38
<i>B) La situation du débiteur</i>	<i>40</i>
II) L'INUTILITE DU PRET A LA CONSOMMATION	42
A) L'INADAPTATION DU PRET A LA CONSOMMATION AVEC LES PRINCIPES RELIGIEUX.....	42
B) L'HARMONIE DU PRET DE PRODUCTION AVEC LES REGLES RELIGIEUSES.....	43
I) ASSOUPLEMENTS DOCTRINAUX A LA PRATIQUE DE L'INTERET.....	47
<i>A) L'état de nécessité (darura).....</i>	<i>49</i>
<i>B) La facilitation (souhalat) et Le recours aux sources secondaires</i>	<i>50</i>
<i>1) Le recours aux sources secondaires.....</i>	<i>50</i>
<i>2) Les hiyals.....</i>	<i>51</i>
I) DISTINCTIONS JURIDIQUES FAVORABLES A L'INTERET.....	53
A) LA LEGISLATION FRANÇAISE SUR L'USURE	53
B) LA CONCEPTION DE L'USURE DANS D'AUTRES PAYS	54
PARAGRAPHE I : FONDEMENTS RELIGIEUX.....	60
I) LES FONDEMENTS PRINCIPAUX.....	60
<i>1) Le Coran.....</i>	<i>61</i>

2) Les textes de référence relatifs à cette interdiction en droit musulman	64
B) L'EXPERIENCE DE CERTAINS PAYS MUSULMANS	66
1) Le cas du Maghreb : Maroc et l'Algérie	66
2) Le cas des pays du Golfe et du moyen orient : la Jordanie, Le Koweït et la Turquie	70
a) Les opinions favorables à l'intérêt :	73
b) Opinions défavorables à l'intérêt	76
II) LES SOURCES SECONDAIRES :	80
A) La Sunna	80
1) La théorie extensive du riba : le riba de la sunna et du hadith	80
2) Le riba de production et de consommation	84
B) Les sources dérivées	86
1) Le consensus ou idjima	87
2) Le raisonnement par analogie ou Kiyas	89
3) les fatwas ou fiqh	90
PARAGRAPHE II) LES FONDEMENTS ETHIQUES	92
A) La notion d'éthique	94
1) l'unicité de Dieu, propriétaire absolu	94
2) L'esprit de communauté et de solidarité	95
B) Le rôle de l'argent et la neutralité du temps	95
1) L'homme, simple gérant sur terre	96
2) La croyance en une vie dans l'au-delà après le jugement dernier	97
II) LES FONDEMENTS SOCIAUX	98
A) La banque islamique, une banque de l'économie sociale	99
B) La banque islamique : une banque redistributive des richesses	100
SECTION I : LES PRINCIPES POSITIFS OU LES COMMANDEMENTS	105
PARAGRAPHE I. LES TECHNIQUES PARTICIPATIVES	105
I) Le principe de partage des profits et des pertes et la marge	107
A) La musharaka	107
B) Le moudaraha	108
II) L'ADOSSEMENT A UN ACTIF TANGIBLE	109
A) DEFINITION DE L'OBJET	110
B) LES CARACTERES DE L'OBJET	110
C) LA LICÉITE DE L'INVESTISSEMENT	111
1) La licéité de l'objet	112
PARAGRAPHE II : LES TECHNIQUES NON PARTICIPATIVES	115
I) LA REMUNERATION PAR LA MARGE ET LE LOYER	115
A) LA MOURABAHA	115

B) L'IJIRA	116
II) LA CONFORMITE DE L'ACTE AUX BONNES MŒURS	116
A) BONNES MŒURS	117
1) <i>Ordre public économique de direction</i>	120
2) <i>Ordre public économique de protection</i>	120
SECTION II : LES PRINCIPES NEGATIFS	122
PARAGRAPHE I. L'INTERDICTION DU RISQUE DE PERTE (<i>AL-GHARAR</i>) ET LA CONDAMNATION DE	122
I) <i>La notion de gharar</i>	123
A) <i>Définition du gharar</i>	123
B) <i>La détermination du prix</i>	124
II) FONDEMENT DE LA PROHIBITION DES CONTRATS ALEATOIRES	125
A) <i>Les fondements coraniques</i>	125
B) <i>Les fondements sunnites</i>	125
PARAGRAPHE II. LES CAS OU L'IGNORANCE (<i>JAHL</i>) EST CONSTITUTIVE DE <i>GHARAR</i>	126
I) <i>La vente des fruits avant ou après leur coloration</i>	126
B) <i>La vente avec réserve</i>	128
II) <i>L'ignorance exorbitante</i>	128
A) <i>L'aléa</i>	128
B) <i>L'évolution du gharar ou l'aléa</i>	129
TITRE II : ASSIMILATION DES BANQUES ISLAMQUES AUX BANQUES CLASSIQUES	131
Chapitre I: <i>Les freins d'ordre idéologique</i>	133
Section I <i>Finance Islamique et intégrisme religieux</i>	134
PARAGRAPHE I) : LE PROCESSUS D'INTEGRATION DE LA FINANCE ISLAMIQUE DANS LE MONDE	134
A) <i>L'absence de lien entre finance islamique et mouvement terroriste</i>	135
B) <i>La réception de la finance islamique, une nécessité pour la population musulmane</i>	136
A) <i>La décision Symphony Gems</i>	140
B) <i>La décision Beximco</i>	140
C) <i>La décision Musawi</i>	141
PARAGRAPHE II). LA BANQUE ISLAMIQUE EN FRANCE	142
A) L'ETHIQUE AU CŒUR DU DROIT DES AFFAIRES MUSULMAN	145
B) L'ASPECT SOCIAL DE LA FINANCE ISLAMIQUE	146
A) <i>L'esprit du droit des contrats islamiques</i>	147
□ <i>Les libéralités qui opèrent un transfert de droits sans contrepartie. Ce sont le don, le dépôt, le prêt qui est aussi classé dans cette catégorie. Car, pour les juristes, le prêt doit se faire sans intérêt. Ce constat, nous conduit à examiner les caractéristiques de ces contrats. B) Les caractéristiques des contrats islamiques</i>	148

SECTION II : LA FINANCE ISLAMIQUE : UNE FINANCE SUSCEPTIBLE D’ETRE CONTROLEE	150
PARAGRAPHE I. LES DIFFERENTS MODES DE CONTROLE	151
<i>A) Les conseils de supervision et les institutions internationales</i>	<i>152</i>
<i>B) L'œuvre de codification des normes financières de la charia : AAOIFI</i>	<i>153</i>
<i>A) Le contrôle opéré par le TRACFIN :.....</i>	<i>154</i>
<i>2) Obligation de déclaration</i>	<i>156</i>
<i>B) Le contrôle opéré par l'ACP Et l'AMF</i>	<i>157</i>
<i>1) Le contrôle des produits bancaires islamiques par l'autorité de contrôle prudentiel.....</i>	<i>158</i>
<i>2) Le contrôle des produits financiers islamiques, par l'autorité des marchés public.....</i>	<i>159</i>
CHAPITRE II) LA STRUCTURE BANCAIRE : DEFINITION DE LA BANQUE DOCTRINALE ET LEGISLATIVE	161
SECTION I. L'INTEGRATION DU SYSTEME ISLAMIQUE	163
PARAGRAPHE I) LA REGLEMENTATION FACE A L'IMPLANTATION DE LA BANQUE ISLAMIQUE AU SEIN DU SYSTEME OCCIDENTAL.....	163
I) UNE REGLEMENTATION	166
<i>A) Le but de cette réglementation</i>	<i>167</i>
<i>B) La nature juridique de la banque islamique</i>	<i>169</i>
<i>1) Le crédit : élément déterminant pour la qualification d'une banque au sens de la législation française. ..</i>	<i>171</i>
<i>b) Le crédit à la consommation et à la production.....</i>	<i>172</i>
<i>2) La banque islamique et la création de monnaie scripturale.....</i>	<i>173</i>
<i>a) L'obligation de restitution dans les banques islamiques</i>	<i>174</i>
<i>b) Le banquier islamique, mandataire tenu à des obligations professionnelles</i>	<i>175</i>
A). LA NOTION DE BANQUE	177
<i>1) La définition doctrinale</i>	<i>178</i>
<i>2). La conception légale de la notion de banque.....</i>	<i>180</i>
B) L'OBLIGATION D'AGREMENT PREALABLE A L’EXERCICE DE LA PROFESSION DE BANQUE.....	196
I). LES PERSONNES HABILITEES DANS LES DEUX SYSTEMES	198
A) LES ETABLISSEMENTS DE CREDITS	199
B) LES BANQUES.....	199
II) LES PERSONNES HABILITEES DANS LE SYSTEME ISLAMIQUE.....	200
A) LES ORGANES RELIGIEUX AU SEIN DES SYSTEMES LAÏQUES	200
B) LES CONSEILS RELIGIEUX INDEPENDANTS DANS LES PAYS ISLAMISES	201
SECTION II) L'AGREMENT FINANCIER ET BANCAIRE.....	202
I). La composition	204
A) LE COLLEGE.....	205

B) LA COMMISSION DE SANCTION	205
II) Fonctionnement et nature juridique	206
A) LA MODALITE DE PRISE DE DECISION	206
B) LA NATURE JURIDIQUE DE L'ACP	206
PARAGRAPHE II. L'OBJET DU CONTROLE	207
I). La capacité financière ou de solvabilité de la banque.....	207
1) Le renfort des apporteurs de capitaux.....	209
2) La capacité organisationnelle de la structure bancaire.....	210
B) La forme juridique	210
2) Les moyens de gestion.....	213
II) Compétence des dirigeants	214
A) La capacité morale	214
B) Les qualités techniques des dirigeants.....	215
CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE	216
DEUXIEME PARTIE: LA BANQUE ISLAMIQUE, UN PARADOXE	220
TITRE I : L'ORGANISATION ET LA STRUCTURE DES BANQUES ISLAMQUES	224
SECTION I : LA STRUCTURE D'UN CONSEIL RELIGIEUX.....	232
PARAGRAPHE I.) L'ENVIRONNEMENT DU CHARIA BOARD.....	232
I) La gouvernance du conseil.....	233
B) Les conditions requises pour être membre :.....	237
II) LE PROFIL DES MEMBRES DU CONSEIL	238
A) Les compétences religieuses :	239
B) L'aspect juridique et financier.....	239
PARAGRAPHE II) LE FONCTIONNEMENT DU COMITE ET LE ROLE DES CONSEILLERS	241
I) Les réformes des organes de régulation.....	243
A) L'exemple du Financial Service Authority (FSA).....	244
B) Les réformes entreprises en France	245
II) Le rapport entre les organes de régulation et le charia board	255
B) L'autorité du contrôle prudentiel (ACP) , un conseil religieux ?.....	263
SECTION II) LES CHARIA BOARD EN FRANCE.....	269
Paragraphe I) L'ACERFI : Un exemple de charia board à la française.....	269
A) La mission de l'ACERFI :	271
II) Les obstacles de fonctionnement de l'ACERFI	274
A) d'ordre structurel	274
B) d'ordre fonctionnel.....	275

PARAGRAPHE II) L'ISLAMIC FINANCE ADISORY AND ASSURANCE SERVICES (IFAAS)	275
CHAPITRE II : LES ORGANES DE CONTROLE EXTERNE A CARACTERE ADMINISTRATIF, FINANCIER ET JURIDICTIONNEL	281
SECTION I : L'ORGANE DE CONTROLE ADMINISTRATIF	283
Paragraphe I) L'étude de la banque islamique de développement	283
I) L'OBJET DE LA BANQUE ISLAMIQUE DE DEVELOPPEMENT :	284
2. La société islamique pour le développement du secteur privé :	285
4. L'institut Islamique de recherche et de formation :	286
1) Agriculture et l'industrie :	287
2) Secteurs sociaux :	287
3. Transports et communication :	288
II) LA COMPOSITION DE LA BANQUE ISLAMIQUE DE DEVELOPPEMENT :	288
A) L'organe de contrôle de la BID:	289
1. Le conseil des gouverneurs :	289
B) L'organe décisionnel de la BID	290
1. Le Président :	290
2. Le vice Président :	290
PARAGRAPHE II) L'ETUDE D'UNE BANQUE CENTRALE :	291
I) BANQUE CENTRALE, ORGANE DE CONTROLE :	292
A) L'information nécessaire pour le contrôle	292
B) L'indépendance de la banque centrale comme organe de contrôle	293
II) BANQUE CENTRALE UN OUTIL UNIFORMISATION ET DE FINANCEMENT	294
A) La création d'un organe centrale commun de contrôle	294
B) La banque de France, un organe de contrôle	295
SECTION II : LES ORGANES DE CONTROLE FINANCIERS ET JURIDICTIONNELS	298
PARAGRAPHE I) L'INSTANCE SUPERIEURE D'AL AZHAR : UN ORGANE DE CONTROLE JUDICIAIRE	298
A) Une différence dans l'interprétation	299
B) La pluralité de rite « courants de pensée »	300
II) L'AZHAR, UN OUTIL D'UNIFICATEUR DU DROIT MUSULMAN	301
A) L'élaboration des fatwas	301
B) La ligue islamique mondiale	302
PARAGRAPHE II : LES ORGANES DE CONTROLE FINANCIERS COMMUNS AUX DEUX SYSTEMES	303
I) LES OBLIGATIONS PROFESSIONNELLES, MOYEN DE PROTECTION DU CLIENT	304
A) L'obligation de restitution :	304
B) L'obligation d'information :	307

1. <i>La raison fonctionnelle</i> :	310
2. <i>Les raisons techniques</i> :	311
II) LA PROTECTION ET LE CONTROLE, PAR VOIE COMPTABLE ET FINANCIERE :	312
A) <i>L'organe de contrôle de la solvabilité (comptable)</i> :	314
1. <i>L'obligation de sécurité et de vigilance</i> :	314
2) <i>L'Accounting and Auditing Organization for Islamic and financial Institution (AAOIFI)</i> :	315
B) <i>L'organe de contrôle de liquidité financière</i> :	318
1. <i>L'organe de standardisation financière spirituelle</i> :	319
2) <i>Les organes de contrôle internationaux</i> :	319
2-1) <i>Le Fonds Monétaire International</i> :	320
2-2 <i>Les accords de Bâle</i> :	321
2-3 <i>Association Internationale des banques islamiques</i> :	322
TITRE II : ÉMERGENCE D'UNE THEORIE GENERALE DU DROIT DES CONTRATS : UNE NECESSITE POUR L'INSTAURATION D'UN DROIT BANCAIRE ISLAMIQUE :	325
CHAPITRE I : DROIT DES AFFAIRES EN ISLAM : UN DROIT HETEROGENE	326
SECTION I : LE DROIT DES CONTRATS EN DROIT MUSULMAN :	328
PARAGRAPHE I) LES CONDITIONS DE VALIDITE D'UN CONTRAT EN DROIT MUSULMAN.	330
I) <i>Les conditions de formation, outil de protection</i> :	331
A) <i>Le principe d'équivalence, d'équité et d'égalité en droit musulman</i> :	332
B) <i>La propriété gage de protection et outil de validité du contrat</i> :	334
II) LE CONTRAT DE VENTE : MODELE DE BASE DES CONTRATS EN DROIT MUSULMAN	337
1) <i>L'obligation de livraison de la marchandise</i> :	338
2) <i>L'obligation de payer le prix</i> :	339
B) <i>Les conditions d'opposabilité du contrat de vente</i> :	340
1) <i>L'intention ou le (niya)</i> :	340
2) <i>La capacité et le pouvoir</i> :	341
PARAGRAPHE II) LE CONTRAT DE VENTE : SUPPORT POUR L'ÉMERGENCE D'UN DROIT BANCAIRE ISLAMIQUE	341
I) LES CARACTERISTIQUES DU CONTRAT DE VENTE EN DROIT MUSULMAN	342
A) <i>Le contrat de vente, un contrat nommé</i> :	342
B) <i>Le contrat de vente, un contrat préparatoire</i> :	342
II) LES CONTRATS DANS LES BANQUES ISLAMQUES:	343
A) <i>Les moyens de financement dans les banques islamiques</i> :	345
1) <i>Les différents modèles de banques islamiques</i> :	345
2) <i>Les banques islamiques dans le monde</i> :	346
B) <i>Les moyens de paiements et de crédit</i> :	347

<i>1) Les cartes bancaires et les comptes</i>	348
<i>2) Le contrat de prêt :</i>	350
SECTION II : LE DROIT DES OBLIGATIONS EN DROIT MUSULMAN DES AFFAIRES	352
PARAGRAPHE I : LES OBLIGATIONS DIVINES :	353
II) L'OBLIGATION INDIRECTE	353
<i>A) La zakat comme outil de solidarité</i>	354
<i>B) La zakat comme un outil financier et éthique</i>	354
II). LES OBLIGATIONS DIRECTES	355
<i>A) La prière</i>	356
<i>B) Le ramadan</i>	356
<i>C. Le pèlerinage à la Mecque :</i>	356
PARAGRAPHE II) LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES EN DROIT BANCAIRE ISLAMIQUE	356
I). LES OBLIGATIONS ACCESSOIRES	357
<i>A) Les obligations de faire ou de ne pas faire</i>	360
<i>B) Les obligations de donner</i>	361
II) Les obligations principales	362
<i>A) Les obligations professionnelles</i>	363
<i>B) L'obligation du banquier mandataire</i>	364
<i>C) L'obligation du banquier, intermédiaire</i>	365
III) LES BANQUES D'INVESTISSEMENT	367
A) LES TECHNIQUES DE FINANCEMENT DANS LES BANQUES D'INVESTISSEMENT ET COMPAGNIES D'ASSURANCE	368
<i>1) L'émission de titres</i>	368
<i>B. Le crédit documentaire et ses dérivés dans le système islamique</i>	371
<i>1) Le Hawala</i>	372
<i>2) Le takaful</i>	373
CHAPITRE II. L'INGENIERIE JURIDIQUE DES PRODUITS ISLAMQUES	375
SECTION I : LA PRESENTATION DES PRODUITS DANS LES BANQUES ISLAMQUES	378
PARAGRAPHE I) LES PRODUITS PARTICIPATIFS	379
A) LA MOUCHARAKA CONTRACTUELLE	382
<i>B) La moucharaka de fait</i>	382
II) La moudaraba, technique de financement participatif passif	383
<i>B) Les conditions de validité de la moudaraba</i>	386
PARAGRAPHE II) LES PRODUITS COMMERCIAUX	388
<i>I) Les produits commerciaux classiques</i>	388

<i>A) La murabaha</i>	389
<i>1) Les conditions de forme</i>	390
<i>a) Les conditions relatives à l'objet</i>	390
<i>b) Les conditions relatives au prix</i>	390
<i>2) Les conditions de légitimité de la murabaha</i>	391
<i>a) La définition de la notion de marge</i>	392
<i>b) La marge et l'intérêt</i>	392
<i>B) L'ijira</i>	394
<i>1) Les conditions relatives au bien objet de l'ijira</i>	394
<i>2) Les conditions relatives au loyer</i>	395
II) LES PRODUITS DERIVES : SALAM ET ISTISNA 'A'	396
<i>A) Le Salam</i>	396
<i>1) Les conditions relatives à l'objet du salam</i>	396
<i>2) Les conditions relatives au prix</i>	397
B) Le contrat d'istisna'a :	398
<i>1) Les conditions de validité de l'istisna'a</i>	399
<i>a) Les conditions relatives à l'objet du contrat de l'istisna'a</i>	399
<i>b.) Les conditions relatives au prix</i>	400
<i>2). La licéité de l'istisna'a</i>	400
<i>a) Les fondements de cette légitimation</i>	401
<i>b) Les raisons</i>	401
<i>A) La structure des sukuk</i>	403
<i>1) Les conditions de validité des sukuk</i>	405
<i>2) Les raisons de sa validité</i>	406
B) Le takaful ou l'assurance islamique	407
<i>1) La licéité de ce produit</i>	407
 SECTION II : L'ANALYSE JURIDIQUE DES PRODUITS ISLAMIQUES AU REGARD DES REGLES DU DROIT FRANÇAIS	410
 PARAGRAPHE I) LES CONDITIONS DE VALIDITE DES CONTRATS EN DROIT MUSULMAN, FACE A CELLES DU DROIT FRANÇAIS	411
I) LES PRINCIPES ET ETHIQUE DANS LE DROIT MUSULMAN	412
<i>A) L'équité et l'équilibre contractuel :</i>	413
<i>B) La participation et la solidarité :</i>	413
II) LE CONTRAT MUSULMAN, FACE AUX REGLES CONTRACTUELLES FRANÇAISES	414
<i>A) La volonté déclarée</i>	415
 PARAGRAPHE II) L'EQUIVALENT DES PRODUITS ISLAMIQUES AUX CONTRATS EN DROIT FRANÇAIS	416

I) LA QUALIFICATION RETENUE A L'HEURE ACTUELLE : UNE QUALIFICATION DOUTEUSE ?	417
<i>A) Les produits classiques</i>	417
<i>1) Les produits classiques de type participatif</i>	417
<i>a) L'analyse juridique du moudaraba</i>	418
<i>b) L'analyse juridique de la moucharaka</i>	420
<i>2) Les produits classiques de type non participatif</i>	421
<i>a) L'étude juridique de la mourabaha</i>	421
<i>b) L'étude de l'opération d'ijira</i>	422
<i>1) L'analyse juridique des sukuk</i>	423
II) LA QUALIFICATION RETENUE EN TENANT COMPTE DES REGLES DES DEUX SYSTEMES : UNE QUALIFICATION ADAPTEE ?	426
A) LA QUALIFICATION DES PRODUITS PARTICIPATIFS	427
<i>1) Essai de qualification juridique de la moucharaka</i>	428
<i>2) Essai de qualification juridique de la moudaraba</i>	429
<i>3) Essai de qualification du takaful</i>	430
B) La qualification des produits non participatifs	431
<i>2) La qualification de l'opération d'ijira</i>	433
<i>C) La qualification du produit d'investissement : Les sukuk</i>	434
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	436
CONCLUSION GENERALE	438
BIBLIOGRAPHIE	443
TABLE CHRONOLOGIQUE DES ARRETS	480
INDEX ALPHABETIQUE	ERREUR ! SIGNET NON DEFINI. 485
TABLE DES MATIERES	488