

École de Droit de la Sorbonne
École Doctorale : Département de droit privé

THÈSE
Pour l'obtention du titre de Docteur en Droit
Présentée et soutenue publiquement
le 7 janvier 2022 par

Salah JARRAYA

**Conformité rituelle islamique : l'exemple de la
contractualisation des règles malikites de gestion et
d'investissement de contrôle en private equity
européen**

Sous la direction de M. Alain PIETRANCOSTA
Professeur, Université Paris 1

Membre du Jury

M. Gilbert Parléani, Président, Université Paris 1
Mme Isabelle Riassetto, Rapporteur, Université du Luxembourg
M. Michel Storck, Rapporteur, Université de Strasbourg
M. Alain Pietrancosta, Membre, Université Paris 1
M. Didier Poracchia, Membre, Université Paris 1
M. Alain Steichen, Rapporteur initial, Université du
Luxembourg ; Avocat, Associé gérant du cabinet BSP

Résumé

Pour protéger les parties prenantes des entreprises contre l'utilisation abusive des labels RSE, le droit européen commence à instaurer des critères objectifs. Cette préoccupation est partagée par l'AAOIFI, qui depuis 2006 cherche à aider les entreprises de la finance islamique à évoluer pour mériter véritablement leur label, en abandonnant les artifices purement formels. Fidèle au fond et aux motifs du droit islamique, la source de cette nouvelle conformité ne peut être, à notre avis, que la jurisprudence des rites ou madhahib. Cette thèse est une contribution pour aller dans cette direction, en démontrant la faisabilité, tant théorique que pratique, de cette conformité rituelle en Europe.

Sur le plan théorique, les fondements du droit applicable permettent non seulement d'optimiser la domiciliation des véhicules d'investissement confessionnels mais aussi de protéger juridiquement la conformité de la gestion de ces véhicules. Pour ce faire, il suffit que cette conformité soit clairement contractualisée et qu'elle respecte l'ordre public. À cet égard, les fondements des rites islamiques révèlent une richesse et une précision permettant la réalisation d'une telle contractualisation tout en reconnaissant la nécessité de respecter le droit applicable d'accommodation. Il conviendrait alors de s'assurer que ces fondements peuvent être appliqués à un cas réel.

Ainsi et pour tester concrètement cette conformité rituelle, nous avons choisi comme véhicule d'investissement islamique une holding de contrôle de private equity. Respectant cette conformité, la contractualisation de la gestion d'une telle holding s'est avérée possible tant pour sa gouvernance que pour son métier. Toutefois et sans vraiment réduire les possibilités de rentabilité de la holding, cette conformité rituelle implique l'exclusion de certains moyens financiers, parmi lesquels figurent 90% des produits offerts par les banques islamiques. Cela montre que ces banques continuent en effet à souffrir de la faiblesse de la conformité de leurs normes en termes de substance.

À l'instar des critères établis en Europe pour les fonds ISR, on pourrait alors envisager une taxonomie des banques arborant le label islamique en fonction du pourcentage de leur chiffre d'affaires respectant la conformité rituelle. Une telle mesure pourrait motiver et aider ces banques à réussir l'évolution nécessaire à un développement solide à long terme, en adoptant un nouveau business-modèle qui leur permette de dépasser leurs montages purement formels. En utilisant l'Europe comme un marché test, les banques islamiques pourraient atténuer leur risque d'évolution en mettant au point de nouveaux produits plus authentiques avant leur lancement mondial.

Résumé en anglais (Abstract)

To protect corporate stakeholders against the misuse of CSR labels, European law is beginning to establish objective criteria. This concern is shared by the AAOIFI, which since 2006 has been seeking to help Islamic finance companies evolve to truly deserve their label, by abandoning purely formal legal structures. Faithful to the substance and motives of Islamic law, the source of this new conformity can only be, in our opinion, the jurisprudence of rites or madhahib. This thesis is a contribution to move in that direction, by demonstrating the feasibility, both theoretical and practical, of ritual conformity in Europe.

On the theoretical level, the foundations of the applicable law allow not only to optimize the domiciliation of confessional investment vehicles but also to legally protect the conformity of the management of these vehicles. To do so, it is sufficient that this compliance is clearly contractualized and that it respects public order. In this regard, the foundations of Islamic rites reveal a richness and a precision allowing the realization of such contractualization while recognizing the need to respect the applicable law of accommodation. It would then be necessary to ensure that these foundations can be applied to a real case.

Thus, and to practically test the ritual conformity, we have chosen a private equity controlling holding company as an Islamic investment vehicle. Respecting this compliance, the contractualization of the management of such a holding company proved to be possible both for its governance and its business operations. However, and without really reducing the holding company's possibilities of profitability, this ritual conformity implies the exclusion of certain financial means, among which are 90% of the products offered by Islamic banks. This shows that these banks indeed continue to suffer from weak compliance in terms of substance.

Following the example of the criteria established in Europe for SRI funds, one could then envisage a taxonomy of banks bearing the Islamic label according to the percentage of their turnover respecting the ritual compliance. Such a measure could motivate and help these banks to succeed in the evolution necessary for their solid long-term development, by adopting a new business model that would allow them to go beyond their purely formal legal tricks. By using Europe as a test market, Islamic banks could mitigate their evolution risk by fine tuning new, more authentic products before their global launch.

ملخص (Résumé en arabe)

بدأ القانون الأوروبي في وضع معايير موضوعية لحماية أصحاب المصلحة من إساءة استخدام علامات المسؤولية الاجتماعية للشركات "CSR". هذا المسعى تشاركه فيه هيئة "أيوفي"، التي تحاول منذ عام 2006 مساعدة شركات المالية الإسلامية على التطور لتستحق فعلاً تسميتها، عبر التخلي عن الحيل الشرعية الصورية. هذا التجاوز من الظاهر إلى الجوهر لتطبيق أحكام ومقاصد الشريعة الإسلامية لا يمكن أن يكون مصدره - في رأينا - إلا فقه المذاهب. وتعتبر هذه الأطروحة مساهمة في هذا التوجّه الجديد، حيث تثبت نظرياً وعملياً إمكانية تركيز هذا الامتثال الشرعي الأصل في أوروبا.

فعلى المستوى النظري، أصول القانون المطبق في أوروبا لا تسمح فقط بحسن اختيار القانون المناسب المحتضن لشركات الاستثمار ذات القيم الشرائعية، ولكن العمل أيضاً على حماية إلزام امتثال إدارة هذه الشركات للمطابقة الشرعية. ولتحقيق ذلك، يكفي أن تكون هذه المطابقة تعاقدية بشكل واضح، وأن تحترم النظام العام الأوروبي. وفي هذا الصدد، تكشف أسس المذاهب الإسلامية عن ثراء ودقة تسمح بتحقيق هذا النوع من التعاقد، مع الاعتراف بضرورة احترام القانون المحتضن المطبق في الدول. وللتثبت من هذه الإمكانية، ينبغي تنزيل هذه النظريات على حالة واقعية.

وقد اخترنا، شركة قابضة متحكمّة في فروعها من الرأس المال الخاصّ "private equity" كوسيلة استثمارية إسلامية لهذا التثبت على أرض الواقع. وأثبتت الأطروحة أن التعاقد على إدارة هذه الشركة القابضة، بطريقة تحترم الامتثال المذهبي، أمر ممكن لكلّ من حوكمتها ومعاملاتها. لكن، ودون التقليل من إمكانيات الربح للشركة القابضة، تقتضي هذه القواعد الشرعية استبعاد بعض الوسائل المالية، من بينها وسائل تمثل 90٪ من معاملات البنوك الإسلامية. وهذا يدل على أن هذه البنوك لا تزال تعاني بالفعل من ضعف امتثال معاييرها لجوهر الشريعة.

وعلى غرار المعايير التي وضعت في أوروبا لصناديق "SRI"، يمكن للمرء أن يتصور للبنوك التي تحمل علامة المصارف الإسلامية تصنيفاً وفقاً للنسبة المئوية من رقم معاملاتها المطابقة لفقه المذاهب. ومن شأن هذا الإجراء أن يُحفّز هذه البنوك ويساعدها على النجاح في التطور اللازم لتنميتها على أسس صلبة تعود بالنفع على المدى الطويل، من خلال اعتماد نموذج جديد لمعاملاتها، يسمح لها بتجاوز الترتيبات الشكلية البحتة. وعبر استخدام أوروبا كسوق اختبار، يمكن للبنوك الإسلامية أن تخفف من مخاطر هذا التطور من خلال ضبط وتحسين منتجاتها الجديدة الأكثر أصالة في سوق محدودة قبل إطلاقها العالمي.

Mots-clés

Droit de réception de holding islamique – Concurrence des droits – Droit luxembourgeois – Droit anglais – Contrat de société – Forme de société – Contrôle de gouvernance – Fiscalité comparée des holdings – SAS – Organes de représentation – Organes de gestion – Contractualisation du fait religieux – Entreprise de tendance – Respect de l'ordre public – Ordre public international – Contrat de gestion – Charte de gestion – Convention de management – Arbitrage international – Sanctions d'inexécution.

Sources de conformité islamique – Hard law des rites islamiques – Soft law de l'AAOIFI – Rite malikite – Sources de la jurisprudence islamique – Coran – Sunna – Pratique de Médine – Diligence de l'ijtihâd – Motifs législatifs islamiques – Règle de droit islamique – Sujet de droit islamique – Principes de droit islamique – Consensus des Diligents – Consensus de Médine – Analogie sunnite – Méthodes de l'analogie malikite – Conditions de la diligence malikite – Historique du sunnisme – Opposition Wahhabite – Dépeçage du Talfiq – Dérogation pour nécessité – Mouwatta Malik – Moudawwana – Exégèses malikites – Précis de Khalil.

Gouvernance de la commandite Moudaraba – Régime du Waqf – Personnalité morale malikite à responsabilité limitée – Cession malikite des actions – Conformité de la convention de management Moudaraba – Capital de la Moudaraba – Société de gestion commanditée Moudarib – Crédit fournisseur de la Moudaraba – Durée de la Moudaraba.

Gouvernance de la Wakala – Conformité de la convention de management Wakala – Organes de la Wakala – Régime malikite de la Moucharaka – Capital de la Moucharaka – Forme de la Moucharaka – Société de gestion mandataire Wakil – Wakala des métiers du private equity – Louage islamique – Pollicitation forfaitaire islamique – Durée de la Wakala.

Charte islamique du private equity de contrôle – Gestion intégrée du groupe de holding islamique – Fiscalité islamique du groupe – Calcul de la Zakat – Liquidation de la Zakat – M&A islamique – SPA islamique – Objet d'acquisition conforme – Prix d'acquisition conforme – Inexécution du SPA islamique – Garanties conformes d'acquisition.

Charte financière de holding islamique – Régime malikite de l'usure – Conformité de la promesse – Conformité du dénouement de la dette – Vente à terme Salam – Régime malikite de la monnaie – Conformité du placement de la trésorerie – Authenticité de la banque islamique – Régime malikite des montages Înah – Non-conformité de la Mourabaha bancaire – Régime malikite des montages de forme – Non-conformité du Tawarruq bancaire – Évolution souhaitable des banques islamiques – Effets de la gestion islamique sur l'Europe.

Mots-clés en anglais (Keywords)

Islamic holding law of accommodation – Law shopping – Luxembourg law – English law – Company by-laws – Company form – Governance control – Holding comparative tax – SAS company form – Company representative bodies – Company managing bodies – Religious fact contractualization – Public order respect – International public order – Management contract – Management charter – Management convention – International arbitration – Breach remedies.

Islamic compliance sources – Islamic madhhabs' hard law – AAOIFI soft law – Maliki madhhab – Islamic jurisprudential sources – Quran – Sunna – Medina customs – Ijtihad diligence – Islamic legislative motives – Islamic law rule – Islamic subject of law – Islamic law principles – Scholars' consensus – Medina consensus – Sunni analogy – Maliki analogy methods – Maliki diligence conditions – Sunnism history – Wahhabi opposition – Talfiq Dépeçage – Derogation for necessity – Malik Muwatta – Mudawwana – Maliki exegesis – Khalil's précis.

Mudaraba limited partnership governance – Waqf regime – Maliki limited liability legal personality – Maliki share sale – Compliance of Mudaraba management convention – Mudaraba's capital – Mudarib general partner management company – Mudaraba supplier credit – Mudaraba lifespan.

Wakala governance – Compliance of Wakala management convention – Wakala bodies – Mucharaka Maliki regime – Mucharaka's capital – Mucharaka's form – Wakil agent management company – Wakala of private equity businesses – Islamic hire – Islamic fixed *pollicitatio* – Wakala lifespan.

Islamic charter of controlling private equity – Group integration management of Islamic holding – Group Islamic tax – Zakat calculation – Zakat payment – Islamic M&A – Islamic SPA – Compliant acquisition purpose – Compliant acquisition price – Breach of Islamic SPA – Compliant acquisition guarantees.

Financial charter of Islamic holding – Usury Maliki regime – Promise compliance – Debt settlement compliance – Salam forward sale – Currency Maliki regime – Cash investment compliance – Authenticity of Islamic banking – Maliki regime of Inah arrangements – Non-compliance of banking Murabaha – Maliki regime of formal arrangements – Non-compliance of banking Tawarruq – Desirable evolution of Islamic banks – Islamic management effects on Europe.

(الكلمات المفتاحية) Mots-clés en arabe

القانون المحتضن للشركة القابضة الإسلامية – انتقاء القوانين – قانون لوكسمبورغ – قانون انكلترا – عقد الشركة – شكل الشركة – مراقبة الحوكمة – الجباية المقارنة للقباضات – شركة بسيطة بالأسهم (SAS) – الهيئات التمثيلية – الهيئات المديرة – التعاقد على المعاملة الدينية – المنشأة ذات الصبغة – احترام النظام العام – النظام العام الدولي – عقد الإدارة – ميثاق الإدارة – اتفاق الإدارة – التحكيم الدولي – علاجات الإخلال.

مصادر الامتثال الشرعي – الفقه الصلْب للمذاهب الإسلامية – الفقه اللَّيْن لمعايير الأيوبي – المذهب المالكي – القرآن – السنّة – عمل أهل المدينة – الاجتهاد – مقاصد الشرع – حكم الشرع – المكف – قواعد الفقه – الإجماع – إجماع أهل المدينة – القياس – طرق القياس المالكي – شروط الاجتهاد المالكي – تاريخ أهل السنّة – المعارضة الوهابية – التلفيق – الرخصة للضرورة – موطأ مالك – المدونة – التفسير المالكية – مختصر سيدي خليل.

حوكمة المضاربة – أحكام الوقف – الشخصية المعنوية ذات المسؤولية المحدودة في المذهب المالكي – بيع الأسهم عند المالكية – امتثال الاتفاق على إدارة المضاربة – رأس مال المضاربة – الشركة المديرة كمضارب – الشراء بالدين في المضاربة – تحديد مدة المضاربة.

حوكمة الوكالة – امتثال الاتفاق على إدارة الوكالة – هيئات تسيير الوكالة – أحكام المشاركة في المذهب المالكي – رأس مال الشركة – أشكال الشركة – الشركة المديرة كوكيل – الوكالة في مَهَن استثمار الرأس المال الخاص – أحكام الإجارة – أحكام الجعالة – تحديد مدة الوكالة.

الميثاق الشرعي لاستثمار السيطرة في الرأس المال الخاص – إدارة التكامل لمُجَمِّع القابضة الإسلامية – زكاة المُجَمِّع – مقدار الزكاة – مصارف الزكاة – فقه الاندماج والاقترناء "M&A" – أحكام الالتزام باقتناء الشركات – شرعية العَوْض المُباع – شرعية ثمن الاقترناء – الإخلال بالالتزام الشرعي للاقتناء – امتثال ضمان الاقترناء.

الميثاق المالي للقابضة الإسلامية – أحكام الربا في المذهب المالكي – الامتثال الشرعي للوعد – الامتثال الشرعي في تسوية الديون – فقه السَلَم – أحكام العُملة – الاستثمار الشرعي لفائض الخزينة – أصالة المصارف الإسلامية – أحكام العِيْنَة عند المالكية – حرمة المرابحة للأمر بالشراء – أحكام التركيبات الشكليّة في المذهب المالكي – حرمة التورق المصرفي – التطور المنشود للمصارف الإسلامية – آثار الإدارة الشرعية للمؤسسات في أوروبا.

Dédicace

À mes parents ; mon épouse ; mes enfants ; mon beau-fils, mes belles-filles et mes petits-enfants. À toute ma famille et tous mes amis qui m'ont comblé avec leur amour et amitié.

Aux cheikhs oulémas Zitouniens et leurs élèves qui m'ont aidé à décoder les livres « jaunes » du fiqh. Aux professeurs, avocats et patrons qui m'ont fait aimer le noble art du droit et m'ont donné l'opportunité de le pratiquer.

À l'amitié, la solidarité et la coopération qui nous rapprochent et nous enrichissent, quelles que soient notre origine, notre culture ou notre religion.

Remerciements

À mon professeur, Alain Pietrancosta, qui a bien voulu m'encadrer malgré ses multiples occupations.

Aux Professeurs Pierre-Charles Pradier, Gilbert Parléani et Yvonne Flour qui m'ont guidé avant et après mon admission ; à tous les professeurs du parcours doctoral et les responsables des doctorants, de l'Université Paris 1 ou de la bibliothèque Cujas, qui m'ont aidé dans ma recherche en droit français ; à tous mes encadreurs et professeurs aux universités d'échange à l'étranger, King Abdulaziz University et Université du Luxembourg, qui m'ont permis d'étendre mon étude de droit comparé.

À tous mes soutiens qui ont relu et critiqué ma rédaction pour la rendre meilleure.

Avertissement

Cette thèse a des objectifs pratiques pour les professionnels, notamment les avocats et les juristes, conseillant des investisseurs ou des gestionnaires d'actifs. Cependant, les avis de l'auteur, fruit de recherches et de réflexions individuelles, ne constituent pas des avis autorisés ni par l'Université Paris 1, ni par les administrations étatiques, ni par les autorités ou oulémas religieux. En conséquence, les professionnels qui trouvent un intérêt dans ce travail sont invités à valider les recommandations qui les intéressent.

Sommaire général

RÉSUMÉ - 1 -

RÉSUMÉ EN ANGLAIS (ABSTRACT)- 2 -

RÉSUMÉ EN ARABE (ملخص)- 3 -

MOTS-CLÉS- 4 -

MOTS-CLÉS EN ANGLAIS (KEYWORDS)- 5 -

MOTS-CLÉS EN ARABE (الكلمات المفتاحية)- 6 -

DÉDICACE- 7 -

REMERCIEMENTS- 7 -

AVERTISSEMENT- 7 -

SOMMAIRE GÉNÉRAL- 8 -

LISTES DES ABRÉVIATIONS- 9 -

GLOSSAIRE ET INDEX DES TERMES DU DROIT ÉCONOMIQUE ISLAMIQUE- 13 -

INDEX DES AUTRES TERMES TECHNIQUES- 21 -

CHAPITRE INTRODUCTIF- 23 -

PLAN SOMMAIRE- 70 -

1^{ÈRE} PARTIE. SÉLECTION DES FONDEMENTS DE LA CONTRACTUALISATION- 71 -

TITRE I. CHOIX DU DROIT APPLICABLE- 74 -

TITRE II. CHOIX DU RITE DE LA CONFORMITÉ- 228 -

2^{NDE} PARTIE. DÉTERMINATION DU CONTENU DES CONTRATS DE GESTION DU PRIVATE EQUITY
DE CONTRÔLE- 380 -

TITRE I. CLAUSES SPÉCIFIQUES DE GOUVERNANCE- 384 -

TITRE II. CHARTE COMMUNE DU MÉTIER- 484 -

CONCLUSION- 674 -

TABLE DES ANNEXES- 685 -

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE DU DROIT APPLICABLE- 736 -

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE- 743 -

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE ÉCONOMIE, FINANCE ET GESTION- 750 -

TABLE DES MATIÈRES- 752 -

Listes des abréviations

Liste spécifique

Abréviations	Significations
(bsl), (psl), (pbsl), (SAW)	Formule de politesse pour un prophète (Mohamed, Abraham...). Bousquet (volume I, p. 211) retient "bénédictio et salut à lui" qui semble la plus proche des textes sacrés. Paris Europlace dans sa traduction des normes AAOIFI retient "paix et salut sur lui" ou "paix et bénédiction sur lui". Certains préfèrent le sigle "SAW" de la même expression en Arabe. Dans tous les cas, la formule rattache la noblesse du prophète à son rapport avec son supérieur qui est Dieu, un peu comme le rattachement de « HM Attorney General » à « Her Majesty ».
AAOIFI	Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions
AIFI	Académie internationale du fiqh islamique
G	Calendrier grégorien
H	Calendrier musulman hégire à partir de la migration à Médine en 622 G
Holis	Holding islamique objet de cette thèse : actant comme un véhicule européen de contrôle de filiales de private equity, elle est gérée conformément au droit islamique. Société fermée à l'origine, cette holding peut être cotée ultérieurement
IFSB	Islamic Financial Services Board
PLS	<i>Profit-Loss Sharing</i>
Prophète	Un envoyé de Dieu pour expliquer le message Divin ; la majuscule est utilisée pour le messager de l'Islam : Mohamed (également dit, Mohammed, Muhammad et Mahomet dans l'orthographe classique française ¹)

¹ « Chez les auteurs chrétiens orientaux des VIII^e et IX^e siècles, témoins directs de l'émergence de la nouvelle foi, les premières transcriptions sont hésitantes : 'Mamed' chez Jean Damascène, 'Moameth' chez Grégoire le Décapolite ... Au sortir du Moyen Age, la distorsion médiévale du nom du prophète s'est finalement imposée. Les études orientalistes du XIX^e siècle n'y changeront rien, et le nom 'Mahomet' subsistera en français. Et ce alors même que **le monde anglophone et germanique optera, de son côté, pour 'Muhammad'** ... **Une forme plus fidèle à la langue arabe, 'Mohammed', attestée en français depuis le XVI^e siècle** ... Mahomet' était-il utilisé de manière bienveillante ? À l'origine, non. Présenter Muhammad comme un pseudo-prophète était par exemple extrêmement courant, explique le médiéviste Thomas Burman. De plus, toutes sortes d'adjectifs péjoratifs étaient utilisés en latin pour le décrire : bellicosus ('belliqueux') et luxuriosus ('luxurieux') notamment ... Mais la diabolisation disparaît peu à peu. Au XVII^e siècle, Mahomet est réinterprété par les penseurs protestants et par les Lumières comme un réformateur religieux exemplaire. Dans Le Fanatisme, ou Mahomet le prophète, Voltaire l'utilise pour railler l'obscurantisme rétrograde de l'Église catholique. Napoléon voit en lui un modèle de chef militaire. Mahomet inspire également les artistes romantiques, tel Lamartine, qui le représente à l'aquarelle pour un projet de décoration du plafond du Palais-Bourbon, où siège l'Assemblée nationale. Comme le relève John Tolan, 'l'image de l'islam et du prophète en Europe est tout sauf monolithique, et loin d'être systématiquement hostile' ... **Comme le résume Tristan Vigliano, 'l'histoire de la langue française porte le souvenir d'une méconnaissance ou d'une approche agressive de l'islam, qui ont prévalu pendant des siècles et des siècles. Que nous le voulions ou non, nous sommes les héritiers de cet imaginaire linguistique'** » : voir Assma MAAD et William AUDUREAU, *Pourquoi parle-t-on de « Mahomet » et pas de « Mohammed » ou « Muhammad » ?*, Le Monde, Publié le 13 avril 2021 à 02h07 - Mis à jour le 14 avril 2021 à 08h11, URL : https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2021/04/13/pourquoi-parle-t-on-de-mahomet-et-pas-de-mohammed-ou-muhammad_6076539_4355770.html.

Liste générale :

(dir.)	sous la direction de
§	paragraphe, passage ou rubrique numéroté comme dans cette thèse
AG	Assemblée Générale
AGO	Assemblée Générale Ordinaire
AIFM	Alternative Investment Fund Managers (directive européenne)
al.	alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
art.	article
ATAD	Anti Tax Avoidance Directive
BFR	Besoin en Fonds de Roulement
B-to-C	Business to Consumer
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
Cass. com.	Cour de cassation, chambre commerciale
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CGI	Code Général des Impôts (français)
ch.	chambre d'un tribunal ou d'une cour
Civ. 1ère	(ou 1ère civ.) Cour de cassation, première chambre civile
Civ. 2ème	(ou 2e civ.) Cour de cassation, deuxième chambre civile
Civ. 3ème	(ou 3e civ.) Cour de cassation, troisième chambre civile
CJUE	Cour de justice de l'UE
CSSF	Commission de Surveillance du Secteur Financier
DCF	Discounted Cash Flows
déc.	décembre
EEE	Espace Économique Européen
EM	État membre de l'UE
ESG	Environnement-Social-Gouvernance (domaines initiaux de la RSE)
ESS	Économie sociale et solidaire
EURL	Entreprise Unipersonnelle à Responsabilité Limitée (française)
FIA	Fonds d'Investissement Alternatif
FMI	Fonds Monétaire International
IB	Impôt sur le Bénéfice (suisse)
Ibid.	" <i>ibidem</i> " pour signifier « bibliographie précédente »
IC	Impôt sur le Capital (suisse)
IDE	Investissements Directs Étrangers
infra	§ plus bas
IRC	Impôt sur les Revenus des Collectivités (luxembourgeois)
IRPP	Impôt sur le Revenu des Personnes Physiques (français)
IS	Impôt sur les Sociétés (français)

ISR	Investissement Socialement Responsable
juill.	juillet
LDIP	Loi fédérale suisse sur le Droit International Privé
LHID	Loi fédérale suisse relative à l'Harmonisation des Impôts Directs (2001)
LIFD	Loi suisse relative à l'Impôt Fédéral Direct (1990)
LIR	Loi luxembourgeoise de l'impôt sur le revenu (au 2 avril 2019)
LSC	Loi luxembourgeoise des sociétés commerciales (au 5 décembre 2017)
Luxco	Société luxembourgeoise
M&A	Opération ou activité de fusion-acquisition
MAC	Material Adverse Change
MENA	Middle East & North Africa (région géographique)
NDA	Non-Disclosure Agreement
NDI	Non Double Imposition (convention)
nov.	novembre
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Économiques
oct.	octobre
op. cit.	" <i>opere citato</i> " pour signifier « bibliographie citée »
OPC	Organisme de Placement Collectif
OPCVM	Organisme de Placement Collectif en Valeurs Mobilières
p.	page
PFU	Prélèvement Forfaitaire Unique (français)
PIB	Produit Intérieur Brut
PME	Petites et moyennes entreprises
RESA	Recueil Électronique des Sociétés et Associations
RSE	Responsabilité Sociale des Entreprises
s	suivant
s.	" <i>section</i> " d'un article de texte
SA	Société anonyme
SARL	Société à responsabilité limitée
SARL-S	SARL simplifiée
SAS	Société par actions simplifiée
SASU	SAS Unipersonnelle
SCA	Société en commandite par actions
SCI	Société Civile Immobilière
SCS	Société en commandite simple
SCSp	Société en commandite spéciale
SE	Société Européenne
sept.	septembre
Sicaf	Société d'investissement à capital fixe
Sicar	Société d'investissement en capital à risque
SNC	Société en nom collectif
Soparfi	Sociétés de Participations Financières
SPA	" <i>Share Purchase Agreement</i> " pour « contrat d'acquisition d'actions »

SPV	<i>Special Purpose Vehicle</i>
supra	§ plus haut
TA	Tribunal Administratif
TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'UE
TGI	Tribunal de grande instance
TSA	<i>Transition Service Agreement</i>
TUE	Traité de l'UE
TVA	Taxe sur la Valeur Ajoutée
UE	Union européenne
ZBA	<i>Zero Balancing Account</i>

Glossaire et index des termes du droit économique islamique

Dans le texte de cette thèse, les mots ayant la même racine que ces termes commencent en MAJUSCULE lorsqu'il est pertinent de rappeler au lecteur qu'ils sont utilisés dans le sens terminologique de ce glossaire et ce, même s'il s'agit d'une citation, d'un verbe ou d'un adjectif

Termes principaux	Termes anglais	Termes arabes	Définition succincte ou exemple, avec renvoi aux § de la thèse (y compris notes bas de page)
Académie internationale du fiqh islamique « AIFI »	International Islamic Fiqh Academy	مجمع الفقه الإسلامي الدولي	Académie de droit islamique contemporain, émanation de l'Organisation de la coopération islamique : http://www.iifa-aifi.org/ . § 16, 297, 299, 306, 313-316, 325-330, 332, 547, 553, 569, 573-574, 588, 590-591, 593, 599, 610, 613-614, 623.
Accaparement injuste	Unfair compensation	اكل أموال الناس بالباطل amwel ennasse bilbatel	Rémunération reçue sans fournir en contrepartie une juste prestation dans un contrat à titre onéreux. § 239, 461, 514, 537, 554, 569, 574, 599.
Aléa d'espèce	Species hazard	Mouzabana مزابنة	Ignorance de la quantité dans un troc de contreparties de même genre. § 539, 566.
Analogie	Analogy	Kiyas قياس	Méthode jurisprudentielle consistant à trouver la règle inconnue applicable à une situation à partir de la règle connue applicable à une situation similaire. § 190, 203, 216, 232, 241-242, 246-248, 250, 253, 257-261, 263-265, 267, 272, 275, 286, 292, 301, 317, 377-380, 387, 415, 425, 427, 437, 489, 539, 542, 561, 571.
Analogie par la Cause	Analogy by Cause	قياس العلة Kiyas al illa	Analogie basée sur une Cause commune comme la perte du discernement pour l'alcool et la drogue. § 247.
Analogie par l'apparence	Analogy by appearance	قياس شبه الصورة Kiyas chabeh al çoura	Analogie basée sur une apparence commune comme celle de l'huile et du vinaigre dans la purification. § 247.
Analogie par l'effet juridique	Analogy by legal effect	قياس شبه الحكم Kiyas chabeh al hokm	Analogie basée sur un effet juridique commun comme la purification réelle par l'eau ou symbolique par la terre. § 247.
Analogie par l'usage	Analogy by use	قياس شبه المقصد Kiyas chabeh al maksad	Analogie basée sur un motif ou un usage commun comme l'alimentation céréale par le blé ou par le riz. § 247.
Appréciation utilitaire (vs la notion de Choix Préférentiel)	Utility appreciation (vs the notion of Preferred Choice)	الاستحسان / الاستصلاح	Choix d'une source non évidente mais plus appropriée, à distinguer de la Préférence du caractère d'une règle dont la source ne peut être exprimée. § 260-261, 265, 317, 319

Arrhes acheteur (indemnité d'immobilisa tion)	Retainer (deposit, immobilizatio n allowance)	عَرْبُون [Arboun]	Prix de l'option donnée pour conclure ou ne pas conclure l'achat de la chose réservée. § 314, 340, 346, 514, 527, 554, 582-583, 593, 600.
Assure et j'allonge ton délai	Secure and I extend your delay	حط الضمان وأزيدك Hott dhamen wa azidek	Recevoir ou "se garantir" une contrepartie, comme l'augmentation au-delà du principal, afin d'accorder un allongement du délai d'une dette. § 323, 354-355, 546, 577, 581.
Cause (... commune)	Cause (common ...)	Illat علة القياس al kiyas	La raison (commune à plusieurs cas) du caractère d'une règle ou son signe distinctif comme la perte du discernement dans l'interdiction de certains aliments. § 216, 220, 246-247, 257-258, 263, 272, 286, 489, 539-540, 566, 569, 590, 603.
Charia (sciences / droit islamiques)	Sharia / Shariah (Islamic sciences / law)	الشريعة	Au sens large, ce terme englobe les trois sciences de l'Islam que sont le dogme, le droit et le soufisme ; au sens étroit, il désigne seulement le droit. § 10, 31, 34, 144-145, 156, 178, 188, 194, 201, 215, 252-253, 307, 309, 397, 420, 431, 444, 535, 537, 591, 600, 603, 606, 610-612.
Collective (Obligation ...)	Collective (... Obligation)	كفاية (فرض) Kifaya (... كفاية)	Règle incombant à la communauté dont l'exécution par une personne suffit pour le reste de cette communauté. 242, 272, 412, 436.
Complément	Complement (for perfection)	Kamalia كمالية	Besoin humain intermédiaire rattaché à une Nécessité comme l'interdiction de l'ignorance de la chose achetée est rattachée à la Nécessité de la vente pour la protection du patrimoine. § 215, 223, 232, 260, 317, 320, 540.
Condition (d'une règle)	Condition (of a rule)	Shart شرط	Modalité dont l'absence empêche l'application d'une règle. § 41, 207-208, 223, 320, 467, 481, 491, 494-496, 500-501, 504, 510-511, 514, 524, 526-528, 540, 542, 550-551, 553-554, 591-592, 606.
Conseil de la Jurisprudenc e Islamique	Islamic Fiqh Council	المجمع الفقهي الإسلامي	Conseil affilié à la Ligue Islamique Mondiale : http://en.themwl.org/content/islamic-fiqh-council-0 . § 299, 587, 596, 603-604, 606-607.
Coran (le)	(The) Quran / Koran	القرآن	La parole de Dieu aussi bien au niveau du sens qu'au niveau du texte même transmis au Prophète (bsl). § 156, 190, 192-195, 197, 199- 201, 205-206, 208, 229-232, 234, 238, 241-244, 248, 259, 267, 287, 290, 292, 305, 314, 323, 337, 350-361, 501, 533, 540, 568, 588
Défini (vs. Indéfini)	Defined (vs. Undefined)	مُحْكَم (ضدّ: مُتَشَابِه)	Texte qui n'a pas besoin d'un autre pour indiquer son sens ou son champ d'application. § 234, 293, 341, 355.
Dépeçage	Dépeçage	Talfik تلفيق	La technique de changer de rites entre des situations juridiques liées ou entre les composantes d'une même situation juridique. § 3-5, 20, 31, 34, 175-176, 189, 300, 305-306, 308,

			310, 314-316, 332-333, 561, 579, 590-592, 594, 599, 601, 603-605, 607, 609, 614, 616, 620.
Désigné vs Décrit	Assigned (Designated) vs. Described	معين أو موصوف Moayen vs mawsouf	Deux caractères opposés des choses dans la vente, la désignation peut concerner les corps certains ou les fongibles par marquage. § 348, 384, 395, 421, 436-437, 447-449, 453, 458, 501, 504, 511, 522, 524, 530, 540, 547-548, 550-551, 553, 563, 588, 611.
Désirable	Desirable	مندوب Mandub	Caractère d'une règle recommandant d'entreprendre une action. § 41, 208, 221, 254, 287, 292, 358-360, 431, 479, 527, 540, 546, 614.
Diligence	Diligence	الاجتهاد / إفتاء Ijtihad / Iftâ	Processus créateur de jurisprudence par un auteur reconnu par ses pairs. § 194-198, 203, 205, 208-210, 213, 216-217, 236, 241-246, 250-252, 256, 261-267, 272-274, 276-278, 280-284, 287, 299, 301-305, 307-313, 316, 322-323, 325, 330-332, 334-335, 337-340, 344, 346, 348, 351-353, 358-360, 362, 384, 412, 542, 561, 591-592, 608.
Dissuasion du préjudiciable	Deterrence of the harmful	درء المفسدة Dareu al mafsada	L'un des deux motifs piliers de l'intérêt général, comme "l'Incitation à l'utile". § 224-225, 234, 236-237, 239, 246-247, 253-256, 258, 264, 317, 382, 395, 415, 451, 458, 472, 510, 530, 539-540, 542, 588, 593, 608.
Distinction	Distinction, Distinguisher	ضابط الفرق Dhabet al farkh	Élément permettant de différencier des situations voisines ou des faux-semblants relevant de règles différentes. § 207, 209, 222, 302.
Embellissement	Enhancement (embellishment)	تحسينية Tahsiniya	Besoin humain inférieur de perfection comme l'interdiction de manger la souillure pour parfaire la Nécessité de la nourriture à la protection de la vie. § 215, 223, 232, 256, 317, 320, 328.
Empêchement (d'une règle)	Impediment	مانع Maneh	Caractéristique dont la présence s'oppose, souvent indirectement, à la réalisation du motif de la règle. § 103, 223, 320, 467, 473.
Équité	Fairness	عدالة Adala	Niveau de moralité exigé pour être fonctionnaire, juge, témoin ... § 215.
Facultatif	Optional (permissible)	جائز Jaiz	Caractère d'une règle confirmant la licéité d'une action sans recommandation de faire ou ne pas faire. § 41, 207, 221, 223, 236, 254-255, 257, 306, 322, 360, 367, 425, 453, 480, 546, 589, 592, 596, 605.
Faisable	Feasible	لا حرج	Action qui ne fait pas l'objet d'une demande d'éviter, qu'elle soit Facultative, Désirable ou Obligatoire. § 221-222, 224, 253.
Fatwa (Mufti / jurisconsulte / spécialiste de la Charia)	Fatwa / religious order (Mufti / jurisconsult / sharia scholar)	فتوى (مفتي)	Opinion juridique au sens large et doctrine jurisprudentielle au sens strict (juriste émetteur d'opinions de droit). § 7-8, 31, 34, 42, 44, 145, 190-192, 194, 209, 217, 265-267, 284, 287, 297, 299, 304-314, 316, 322, 325-326, 328-332, 345, 351, 360, 412, 420-421, 434, 443, 466, 484, 533, 535, 553, 566, 568, 573, 578-579, 587-588, 590-

			591, 595-596, 599, 603-604, 607, 610, 614, 618-619, 621, 623, 625.
Fiqh / jurisprudence (Faqîh)	Fiqh / jurisprudence / law (Faqih / jurist)	فقه (فقيه)	Droit (juriste). § 38, 41-42, 190, 227, 249, 256, 269, 271, 278, 282, 287, 291, 333, 335, 345, 360-362, 364-365, 369, 373, 381, 385-386, 391-393, 402, 404, 407, 409, 412, 414-415, 420, 424, 427-428, 435, 438, 451, 455, 457, 463, 472, 480, 482, 494, 497, 499, 502, 504, 511, 514, 518-519, 524, 530-531, 534, 536, 542, 546-547, 552, 564, 567, 572, 574, 598, 604, 610.
Flouze (billon)	"Down" Coin (vs "up": gold / silver)	فلوس	Monnaie dans un métal autre que l'or ou l'argent purs (avec du cuivre ou du zinc par exemple). § 564, 566, 568, 571-572.
Fongible (vs non fongible)	Fungible (vs non-fungible)	مثلي (ع مَقَوْم) Mithli (vs mokawem)	Le caractère mesurable (en nombre, en volume, en poids...) d'une chose de genre, contraire de corps certain ou unique exigeant une valorisation individuelle. § 290, 375, 382, 421, 437, 504, 510-511, 514, 520, 522-523, 540, 547, 563, 567, 573.
Fruits fécondés	Fertilized fruits	ثمار مؤبرة Thimar mouabarra	Fruits non cueillis dont l'arbre a fait l'objet d'une action de pollinisation. § 393.
Garantie acheteur de la promesse	Promise buyer guarantee	هامش جديّة Hâmich jiddiya	Dépôt de dédommagement en cas d'inexécution de la promesse. § 514, 581-582, 593.
Imam, guide	Imam, leader	إمام	Leader ou guide en toute chose comme la direction d'un pays ou la connaissance d'une science ; souvent désignant un Diligent en droit. § 190, 192, 194, 231, 243, 245, 255, 261-262, 264-265, 275-276, 280, 295, 302, 307, 334, 336, 343-344, 359, 365, 599, 602-604, 607.
Impôt de solidarité, Zakat, Aumône légale	Solidarity tax, Zakat, Legal charity	زكاة	Prélèvement annuel obligatoire réservé à huit catégories de bénéficiaires. § 9-10, 29, 208, 212, 223, 238, 264, 267, 376, 383, 386, 406, 430, 467, 470-471, 473-477, 479-480, 561, 568, 572.
Incertitude de la réalisation	Achievement uncertainty / deception	Gharar غرر	Doute sur la possibilité de prise de possession de la contrepartie de vente. § 11, 288-289, 340, 496, 509.
Incertitude de l'ignorance	Ignorance uncertainty / deception	Jehala جهالة	Méconnaissance des qualités déterminantes de l'une des contreparties d'une vente. § 11, 258, 288-289, 321, 438, 449, 496, 507, 509, 511-512, 514, 516, 518, 551, 572.
Incitation à l'utile	Incitement to the beneficial (usefulness)	جلب المصلحة Jalb al maslaha	L'un des deux Motifs piliers de l'intérêt général, comme "la Dissuasion du préjudiciable". § 215, 224-225, 237, 239, 246-247, 253-255, 259-260, 282, 317, 396, 440, 490-491, 539-540.

Indésirable / désapprobation de perfection	Undesirable / aversive / disliked / disapproval of perfection	كراهة تنزيه، Makruh مكروه	Caractère d'une règle qui recommande d'éviter une action (blâmable mais Permise). § 41, 208, 221-222, 254, 296, 322, 360, 367, 404, 431, 453, 469, 480, 489, 546, 554, 566, 568, 587, 596-597, 602-603, 605-606.
Intelligible (vs Rituelle / cultuelle)	Meaningful (vs Ritual / devotional)	Moallala, ma'khoulā معلة معقولة المعنى	Qualificatif d'une règle dont on comprend logiquement le Motif ou la Cause. § 214, 246, 252-254, 257, 263, 297, 489, 546, 566.
Interdit / illicite / désapprobation d'interdiction / haram (vs halal / Permis / licite)	Prohibited / disapproval of prohibition / haram (vs halal / Permitted / lawful)	حرام / كراهة تحريم (عكس: حلال)	Caractère impératif d'une règle de ne pas faire une action, contraire aux quatre caractères Permis : Obligatoire, Désirable, Facultatif ou Indésirable. § 2, 4, 10, 41, 208, 215, 221-224, 230, 234-235, 237, 239, 246-247, 253-258, 267, 288-289, 291, 296-297, 304-306, 308-310, 314, 318-319, 321-324, 327-332, 340, 346, 353-356, 367, 387, 401, 403-407, 420-421, 424, 431, 447, 449, 461-462, 480, 484, 488-491, 501, 504, 514, 518, 527, 533, 536-538, 540-544, 546, 549-552, 554, 556-557, 562-563, 565-569, 571, 574, 577-578, 587-588, 590-600, 602-607, 611, 614.
Louage / Location / Ijara	Hire / Rent / lease / Ijara	إجارة	Le fait de louer des choses ou des services, pour un travail ou une tâche, tout en respectant les règles de droit. § 12, 15, 215, 235, 239, 309, 393, 395-396, 403, 405, 407, 409, 412, 421, 431-438, 441-442, 444-445, 447-451, 453, 457-458, 461, 465, 501-502, 505, 523, 533, 543, 547, 550, 553-556, 599, 611.
Mission (texte / ordre de...)	Assignment (... text / order)	التكليف Takli (خطاب...) f	Partie d'un message spécifiant l'objet et le caractère de ce qui est demandé. § 206, 224.
Modalité (ordre de...)	Modality / term (... text / order)	الوضع Wadh (خطاب...) eh	Partie d'un message spécifiant les modalités de ce qui est demandé. § 192, 206-208, 211, 217, 220, 223-224, 232, 252, 259, 279, 281-282, 320, 322, 341, 350, 354, 377, 468.
Motif / finalité / fin	Purpose / motive / reason / end	مقصد، مقاصد Maksad الشريعة	Objectif d'une règle ou d'un ensemble de règles comme l'exposé des Motifs d'une loi ; souvent non explicité comme dans le concept de "l'objectif de valeur constitutionnelle". § l'entête, 191, 195-197, 207, 209, 211-216, 218, 220-221, 223-225, 232-233, 236-239, 246-247, 252-255, 257-261, 263-265, 267, 276-277, 284, 317-318, 323, 330, 332, 340, 350, 355, 360, 375-376, 391-392, 397, 404, 406, 412, 414, 424, 431, 467, 474, 489-490, 495, 521, 539-540, 551-552, 599, 603, 608, 610-612, 618.
Moucharaka (société de...)	Mucharaka (... company / partnership)	مشاركة	Société de droit islamique où tous les actionnaires peuvent gérer, contrairement à la Mudaraba. § 326, 370, 373, 375, 377, 398, 407,

			414, 424-430, 433-434, 438, 449, 477, 497, 499, 543, 554-557, 588, 598, 600, 611, 621.
Moudaraba (commandite de ...), Moudarib / commandité, Rab-el-mel / commanditaire	Mudaraba limited partnership, Mudarib / managing general partner, Rab-al-mal / investor limited partner	مضاربة، مضارب، رب المال	Partenariat entre gestionnaire et investisseur (non autorisé à gérer) avec des conditions particulières dérogatoires, notamment au régime du mandat. § 47, 53-55, 58-60, 66-67, 95-97, 100-102, 109, 112, 115, 118, 120-122, 159, 167, 171, 173, 181, 184, 185-186, 235, 309, 317, 326, 329, 332, 371-377, 380, 382, 385, 389-391, 393, 396-411, 413-421, 423, 431, 433, 438, 451, 454, 455, 457-461, 469, 475-477, 497, 502, 543, 554-557, 576, 582, 588, 600-601, 611-612, 615, 621, 627-628.
Mourabaha / vente en coût-plus-marge	Murabaha / cost-plus sale	مراوحة	Un contrat de vente dont le prix est basé sur le coût réel du vendeur. § 1-2, 12, 18, 26, 43, 305-306, 309, 314, 326, 328, 331-332, 499, 535, 546, 552, 554, 578-595, 597-601, 603-604, 606-607, 611-613, 615, 625.
Moyen (source du ... / méthode du ...) négatif comme prétexte / excuse, ou positif comme atout facilitateur	Medium (source of the ... / method of the ...) as a negative pretext / excuse, or as a positive helping mean	الذريعة (سدّها أو فتحها) thariya (saddaha aw fataâha)	Méthode de jurisprudence considérant le caractère juridique de la fin pour déterminer celui du moyen; comme argument de réfutation quand le moyen est un prétexte, ou comme argument de confirmation quand le moyen est un atout facilitateur. § 190, 237, 253-256, 258-261, 265, 290, 292, 308, 346, 406, 453, 457-458, 542, 590, 595-596, 604.
Nécessité, Nécessaire	Necessity, Necessary	Dharoura ضرورة ضروري	Besoin de la hiérarchie supérieure comme la protection du patrimoine par l'autorisation de la vente. § 215, 232, 235, 237, 260, 287, 299, 306, 308, 317-318, 320, 322, 324-332, 467, 473, 480, 484, 490, 540-541, 543, 546-547, 552-554, 556, 562, 565, 569, 574, 588, 591-592, 597, 601, 607, 609, 614, 623.
Obligatoire	Mandatory	Wajeb واجب	Caractère impératif d'une règle de faire une action. § 41, 208, 215, 221, 254, 256, 259, 287, 292, 294, 322, 358-360, 431, 500-501, 503-504, 527, 540, 546, 566, 590, 592, 598, 604, 611.
Observatoire d'al-Azhar	Al-Azhar Observatory	مجمع البحوث الإسلامية	Institut de recherche liée à l'université d'al-Azhar. § 132, 145.
Passif Décrit / dettes substituables	Described liability / substitutable debts	Thimma ذمّة	Passif du patrimoine universel dont l'objet est Décrit et non pas Désigné. § 384, 395, 524, 546-548, 553, 563.
Permis / licite / halal (vs Interdit /	Permitted / lawful / halal	حلال (عكس) Halal (حرام) (vs haram)	Caractère d'une règle non Interdite : Obligatoire, Désirable, Facultatif ou Indésirable. § 20, 221,

illicite / haram)	(vs Prohibited / haram)		224, 255-256, 306, 310, 327-328, 330, 353, 355, 501, 533, 546, 566, 569, 590, 592.
Pollicitation forfaitaire / honoraires conditionnés	Success fee or prize / lump sum solicitation or contingency fee	جُعل، جُعالة joôl ou joâla	Contrat de prestation dont les honoraires sont en contrepartie d'un résultat précis, ou une tâche, à réaliser. § 258, 395-396, 432-439, 441-442, 447-448, 453, 522, 543.
Principes globaux / Droits, besoins fondamentaux ou universels	Universals / Global principles / Fundamental rights	الأصول الكلية koliya Usul	La protection de la croyance, de la vie, de l'esprit, de la filiation et du patrimoine. § 27, 29, 197, 208-209, 214-215, 221, 223, 226, 232, 234, 238, 256, 260, 267, 287, 317, 319-320, 323-324, 335, 355, 367, 392, 409, 412, 431, 473-475, 541, 560, 574, 596-597, 601, 603, 607-608.
Priorité du fond (recourir à la source du Moyen)	Priority of substance (applying Medium source: non-pretext principal)	الأخذ بالذريعة Akhth bi-thariya	Application de la source du Moyen, ce principe traduit la dominance du caractère juridique de la fin sur celui du moyen en dérogeant à la règle applicable en considération de la forme. § l'entête, 2, 15, 26, 190, 255, 332, 346, 514, 594, 599, 602-607, 609-611, 618.
Qualification pertinente (attribuer la ...)	Relevant Qualification (assign the ...)	تخريج أو تحقيق المنط Takhrij al manat	Méthode d'appréciation d'un acte, d'un fait ou d'une situation pour identifier les règles applicables. § 192, 208, 213, 216-217, 253, 255, 263-264, 267-269, 279, 281-283, 314, 339, 360, 369, 384-385, 388-389, 421, 424, 426, 502, 509, 511, 516, 519, 523-524, 526, 530, 532, 535, 547, 553-554, 567-569, 571, 590-591, 604.
Raison (d'une règle)	Reason (for a rule)	سبب Sabeb	Caractéristique, agissant parfois avec d'autres, dont la présence ou l'absence sont indicateurs de la présence ou de l'absence du Motif de la règle. § 223, 290, 319, 322, 325, 472.
Rituelle ou culturelle (vs Intelligible)	Ritual or devotional (vs Meaningful)	Ta'aboudiya تعبدية	Qualificatif d'une règle dont on n'arrive pas à comprendre logiquement le Motif ou la Cause. § 7, 212, 217, 223, 246-247, 252, 259, 290, 319, 561, 566.
Suivants (des compagnons)	Followers (of companions)	التابعون (للصحابا) Tabioun (li'sahaba)	Ceux qui n'ont pas connu le Prophète mais qui ont connu au moins l'un de ses compagnons. § 202-203, 251, 273, 287, 335.
Suivants des Suivants	Followers of Followers	تابع التابعون Tabî et'tabioun	Ceux qui n'ont connu aucun compagnon du Prophète mais qui ont connu au moins l'un des Suivants. § 202, 273.
Suiveur	Imitator	مقلد Mokallid	Celui qui n'est pas Diligent en création de droit ou qui ne dispose pas d'une expertise liée à cette création. § 196, 262, 264, 267.

Sujets de droit	Legal Subjects	المكّلف Mokallaf	Les personnes physiques capables (majeures, saines d'esprit...) auxquelles s'adresse la Charia. 47, 209, 211, 214, 217, 223-225, 242, 255-256, 259, 272, 274, 282, 290, 294, 301-304, 306-310, 312, 317, 319, 321-323, 376, 384, 430, 436, 475, 502, 533, 542, 547, 596.
Sunna (la) / Hadîth (le)	Sunnah / Hadith	السنة، الحديث	Toutes paroles (<i>hadîth</i> au sens strict), toutes actions ou tous acquiescements attribués au Prophète (bsl). § 190, 193-196, 199-203, 205, 221-222, 224-225, 229-232, 234, 241-242, 244-245, 248, 251, 259, 265, 267, 272, 274-276, 278, 287-288, 292-295, 308, 314, 324, 335-341, 347-348, 350, 354-355, 375, 451, 531, 562, 567-568, 599, 603.
Usul al-fiqh / sources de droit de la Charia	Usul al-fiqh / Sharia law sources	أصول الفقه	La Charia est une œuvre humaine, d'origine plus doctrinale que judiciaire, dont les sources sont: le Coran, la Sunna, le principe du précédent et des méthodes dérivant de l'Analogie. § 41-43, 191, 278.
Usuraire ou non (un bien / actif)	Usurious or not (a good / an asset)	ربويّ (عكسه: غير ... ~ عَرْض) Ribawi	Actif soumis aux règles de l'Usure ou ceux non soumis. § 247, 387, 392, 427, 469, 535, 538-539, 549, 560-562, 565-566, 573, 593, 600.
Usure / Riba	Usury / Riba	ربا	Gain illicite lié à certains actifs stratégiques. § l'entête, 136, 216, 234, 323-324, 353-354, 356, 386, 424, 501, 532-533, 536-537, 543, 545, 548, 593, 610.
Usure de dette / Riba classique	Debt Usury / classical Riba	ربا الجاهلية el'jahilia Riba	Gain illicite sur dette par réduction du principal pour payer plus tôt ou par augmentation pour payer plus tard. § 323, 332, 354-356, 499, 518, 535, 537-538, 540, 548-553, 571, 603.
Usure de subterfuge / Riba frauduleux	Subterfuge Usury / fraudulent Riba	عينّة، بيعوع الأجل Înah, biyou el'ajel	Gain illicite par ventes apparentes cachant de l'Usure de vente ou de dette, comme l'Înah ou les Ventes temporaires. § 223, 314, 328, 345-346, 354, 367, 527, 535, 538, 541-546, 551-554, 565, 569, 579, 588, 590-592, 595, 597, 600, 603-605, 608, 611, 614.
Usure quantitative de vente / Riba différentiel	Quantitative Sale Usury / differential Riba	ربا التفاضل Riba at'tafadhol	Gain illicite par échange de quantités différentes de denrées Usuraires de la même espèce. § 260, 267, 354, 461, 535, 537-539, 562, 565-566, 569, 573, 603, 611.
Usure temporelle de vente / Riba temporel	Temporal Sale Usury / temporal Riba	ربا النسيئة Riba nassiaâ	Gain illicite par la vente à terme de denrées Usuraires. § 260, 354, 535, 537-540, 549, 551, 553, 565-566, 573, 593, 600.
Utilité générale / intérêt	General utility / undeclared	المصالح المرسلة el'masaleh el'moursalah	Considération des Motifs législatifs implicites pour créer la règle de droit. § 253, 258-259, 261, 292.

général non déclaré	general interest		
Vente (y compris échange)	Sale (including barter)	Baiê بيع	Contrat d'échange de troc ou de vente avec un prix monétaire. § 341, 347-348, 356, 377, 386-388, 392-393, 395-396, 399, 406, 431, 435-438, 443, 462, 481, 488-491, 494-496, 500-505, 509-511, 514, 516, 518-524, 526-527, 530-531.
Vente à terme / vente Salam	Forward sale / Salam sale	سَلَم	Vente de l'inexistant moyennant un prix comptant. § 215, 223, 328-329, 396, 437, 453, 474, 510, 540, 543, 547, 553, 555, 573, 576, 588, 593, 596, 611, 627.
Wakala / mandat (Wakil / mandataire, Muwakil / mandant)	Wakala / mandate (Wakil / agent, Muwakil / principal)	وكالة (وكيل، موكل)	Représentation entre vifs pour exercer un droit, notamment pécuniaire. L'intervention du mandant, notamment par révocation, et la rémunération du mandataire sont largement libres contractuellement. § 430-444, 447-453, 457-460.
Waqf / fondation / fiducie	Waqf / foundation / trust	وَقْف	Personne morale autonome accordant l'usufruit de ses biens à des bénéficiaires désignés par son fondateur. § 378-389.

Index des autres termes techniques

(toujours avec renvoi aux § pertinents de la thèse)

Capital Asset Pricing Model (béta, ligne du marché ...) : § 331, 486, 497.

Coûts d'agence (en cas de séparation entre propriété et gestion) : § 33, 158, 374, 377, 389-391, 394, 412, 439.

Due Diligence : § 374, 440, 493, 497, 507, 513.

Économie réelle (actif, immobilisation ou chose réels, non monétaire ou de production) vs Économie virtuelle : § 8, 10, 27, 37, 385-387, 388, 405, 464, 482, 494, 504, 506, 511, 519, 521, 540, 573-574, 608, 612, 616, 626.

Entreprise de tendance (confessionnelle, islamique ...) : § 26-27, 29, 36, 40, 128-129, 138, 156-157, 398, 431, 433, 455, 479, 616, 618, 621.

ESS (économie sociale et solidaire) : § 8-9, 11, 29, 64.

IDE (investissements directs étrangers) : § 17-18, 23-27, 31, 40, 485, 621-624, 628.

Leasing (crédit-bail, location-vente, lease-back...) : § 15, 555-557, 595, 599, 611, 627.

Moralité des affaires (finance alternative, critères non financiers, ESG, RSE/ECR, ISR/SRI, utilisation de label vendeur, taxonomie ou taxinomie des fonds d'investissement, raison

d'être et mission d'entreprise, externalités, concentration du capital ...) : § l'entête, 1, 3, 8, 11, 13, 17, 29-30, 36, 234, 299, 307, 313, 326, 332, 355, 533, 583, 586-587, 594, 610-611, 613, 616-617, 627.

M&A (autres termes que Due Diligence et SPA, pacte d'actionnaires) : § 17, 70, 73, 113-114, 116-117, 148, 156, 164, 182-183, 424, 481, 483, 485, 487, 492-495, 497-499, 505-508, 512-513, 515-518, 523, 525-526, 529-531.

SPA : § 498, 500-531.

PME : § 16, 24-27, 90, 465, 487, 514, 621-622, 624, 626-628.

Préjudice : § 108, 111, 134, 137, 142, 147, 149, 151-155, 166, 185- 186, 215, 217, 399, 411, 417-418, 420, 423, 529, 531.

Unidroit : § 3, 40, 55.

Chapitre introductif

En mai 2006, le président de l'AAOIFI², Saleh Kamel déclare lors de son introduction du Forum de développement du secteur financier islamique qu'il « est impératif de dépasser la forme en accédant au fond. Il est également impératif d'aller au-delà des mots et des montages pour atteindre les Motifs et les significations. Il est enfin impératif de passer d'un business-modèle d'imitation à un autre d'enracinement et d'initiative. En effet, l'expérience de l'activité bancaire islamique a été lourdement handicapée par notre focalisation, depuis des décennies, à trouver des interprétations et astuces charaïques³ pour des opérations fondées sur le *riba*⁴ et enracinées dans cette pratique. Par l'ajout de formulaires de façade et de démarches marginales, ces opérations ont été labellisées *islamiques* mais elles sont toujours restées, d'une part, fidèles à leur origine Usuraire⁵ dans leur conséquence économique et, d'autre part, contraires aussi bien à la Charia qu'à ses Motifs⁶ ».

En avril 2013, l'une des voix influentes en Europe dans ce domaine considérait que « la non-conformité religieuse d'un fonds qui n'aurait d'islamique que le nom peut être appréhendée en droit étatique sous l'angle du vice du consentement (erreur, dol), des vices cachés, du défaut de conformité ou de l'information inexacte ou trompeuse. C'est pourquoi, il [le juge étatique] pourra solliciter une expertise religieuse, afin de déterminer la non-conformité du fonds à la norme religieuse⁷ ».

1. Doute sur l'authenticité de la finance islamique. Le règlement européen 2020/852 du 18 juin 2020 dit « taxonomie » est venu rappeler que les préoccupations basées sur des critères non financiers ne sont plus l'apanage des seuls activistes pour devenir un sujet

² *Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* dont les fondateurs sont la banque multilatérale *Islamic Development Bank* basée à Djeddah, les trois banques saoudiennes : *al-Baraka* établie à Bahreïn, *Faysal* « Dar al-Maal al-Islami » établie en Suisse, *al-Rajhi* établie en Arabie Saoudite, la banque koweïtienne *Kuwait Finance House* et la fondation malaisienne *Albukhary* : <http://aaofi.com/founders/?lang=en>.

³ Au sens large, le terme « charia » englobe les trois sciences de l'Islam que sont le dogme, le droit et le soufisme. En revanche, au sens étroit, ce terme désigne seulement le droit, qui est un système composé des écoles juridiques des rites : voir infra § 3. Les astuces charaïques, auxquelles se réfère Saleh Kamel, sont des montages juridiques qui paraissent formellement conforme à la charia mais qui sont fondamentalement contraires à tous les rites qui constituent les véritables ordres juridiques au sein du système de droit islamique de la charia : voir infra § 578-615.

⁴ Voir infra § 2.

⁵ Nous utilisons la majuscule pour tout mot en rapport avec l'un des termes du Glossaire de cette thèse.

⁶ Voir infra § 610 et l'article en arabe « Cheikh Saleh Kamel remercie le Koweït pour ses efforts dans l'organisation de cet événement islamique important », le 29/05/2006 à 9:04 GMT, Agence de presse du Koweït, URL : <https://www.kuna.net.kw/ArticleDetails.aspx?id=1613642&language=ar>, consulté le 12 août 2021.

⁷ Voir infra § 144.

de fond auquel les pouvoirs publics s'intéressent de près⁸. Ces derniers cherchent à protéger les citoyens, sensibles à cette éthique non financière de responsabilité sociale, contre l'utilisation abusive par les entreprises de ce « label vendeur » sans qu'elles soient authentiquement conformes à cette éthique. Le règlement précité applique cette logique protectrice en introduisant une quantification objective de ces critères non financiers, dans le domaine de l'investissement socialement responsable (ISR). Cependant, il est clair que les préoccupations du droit européen sont plus générales comme le montre la communication de la Commission européenne, 681-final du 25 octobre 2011, relative à la responsabilité sociale des entreprises (RSE). Cette dernière a d'abord été définie par la Commission européenne comme étant « un concept qui désigne l'intégration volontaire, par les entreprises, de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec leurs parties prenantes ». Puis cette définition est devenue « la responsabilité des entreprises vis-à-vis des effets qu'elles exercent sur la société ». Ceci marque une évolution de la vision de la Commission européenne qui considérait initialement que « la responsabilité sociale des entreprises concerne les actions de celles-ci qui vont au-delà des obligations juridiques qui leur incombent à l'égard de la société et de l'environnement. Certaines mesures réglementaires peuvent créer des conditions plus propices à inciter les entreprises à s'acquitter *volontairement* de leurs responsabilités sociales ». Désormais la Commission européenne considère que « pour assumer cette responsabilité, il faut au préalable que les entreprises respectent la législation en vigueur et les conventions collectives conclues entre partenaires sociaux. Afin de *s'acquitter pleinement de leur responsabilité sociale*, il convient que les entreprises aient engagé, en collaboration étroite avec leurs parties prenantes, un processus destiné à *intégrer les préoccupations en matière sociale, environnementale, éthique, de droits de l'homme et de consommateurs* dans leurs activités commerciales et leur stratégie de base⁹ ». C'est dans ce contexte que peut se comprendre la responsabilité des entreprises confessionnelles vis-à-vis de l'utilisation du label vendeur de la conformité à l'éthique religieuse, notamment islamique. Or, cette éthique dont le porte-drapeau est l'industrie de la finance islamique fait l'objet, surtout depuis le début du

⁸ Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), 22 juin 2020. URL : <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/852/oj/fra>. Consulté le 29 août 2020.

⁹ EUROPEAN COMMISSION, *A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility (COMMUNICATION FROM THE COMMISSION TO THE EUROPEAN PARLIAMENT, THE COUNCIL, THE EUROPEAN ECONOMIC AND SOCIAL COMMITTEE AND THE COMMITTEE OF THE REGIONS)*, Publications Office of the European Union, 25 octobre 2011, p. 4,7. URL : <http://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/ae5ada03-0dc3-48f8-9a32-0460e65ba7ed>. Consulté le 2 septembre 2020.

millénaire, de critiques qui remettent en cause certaines de ses pratiques essentielles¹⁰. Pourtant, l'engouement mondial en faveur de cette forme de finance est la preuve que cette industrie a réussi à vaincre la peur qu'elle a pu susciter au départ, notamment en France. En effet, une meilleure compréhension de la finance islamique moderne a fini par faire diminuer l'appréhension à son égard. Ainsi cette industrie s'est développée en un demi-siècle au-delà des pays musulmans pour atteindre une taille mondiale qui se compte en milliers de milliards de dollars. Cependant, la réputation de la finance islamique en Europe est d'utiliser des montages complexes pour dupliquer les modes de financement conventionnels. Pour se défendre contre cette réputation auprès de régulateurs européens, l'industrie de la finance islamique est représentée par l'AAOIFI, l'IFSB¹¹ et les banques islamiques leaders¹². Malgré la qualité de ces défenseurs, certains doutent de l'authenticité¹³ de cette *success story*, ce qui nous incite à chercher l'éventuelle justification d'une telle opinion discordante. Autrement dit, nous pourrions rechercher une réponse à cette question surprenante : existe-t-il des fondements solides, dans la jurisprudence islamique, à l'opinion qui considère que la finance islamique contemporaine manque d'authenticité ? Plus spécifiquement, existe-t-il des fondements qui montreraient qu'un produit phare comme la Mourabaha, moteur de 90% de l'activité bancaire islamique, ne serait pas conforme à la jurisprudence islamique ?

2. Importance du respect de la philosophie éthique pour la finance islamique.

À première vue, ce genre d'interrogations est d'autant plus anachronique que l'industrie de la finance islamique se porte bien, comme nous venons de le souligner et comme le montre l'étude du contexte que nous développerons plus loin. Cependant et malgré leur importance dans tous les systèmes de droit, les prouesses économiques ne sont que secondaires dans la jurisprudence

¹⁰ Voir la dernière section de cette thèse.

¹¹ Islamic Financial Services Board "(IFSB) is an international standard-setting organization that promotes and enhances the soundness and stability of the Islamic financial services industry by issuing global prudential standards and guiding principles for the industry, broadly defined to include banking, capital markets and insurance sectors. The IFSB also conducts research and coordinates initiatives on industry related issues, as well as organizes roundtables, seminars and conferences for regulators and industry stakeholders" : <https://www.ifsb.org/>.

¹² Faute de régulateur supranational ou de régulateurs étatiques dans tous les cas : voir Sohail JAFFER (dir.), *Islamic investment banking: emerging markets, developments and opportunities*, London : Euromoney Books, 2010, p. 404.

¹³ Un doute similaire à celui entretenu en France pour l'usage de la notion de raison d'être des entreprises. Là aussi, nous avons une *success story* car, deux ans après la codification de cette notion par la loi PACTE, « on dénombre près de 200 entreprises à mission ». Pourtant, malgré cette adhésion, l'usage de cette notion « sonne souvent un peu creux », car si « ces raisons d'être viennent donner du sens, elles complètent davantage une stratégie de positionnement et de communication qu'elles n'expriment des stratégies de transformation », voir : URL : <https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/deux-ans-apres-le-vote-de-la-loi-pacte-bercy-veut-acceler-le-deploiement-des-entreprises-responsables-en-france-149800.html> ; article « De plus en plus d'entreprises se dotent d'une raison d'être », Jean-Claude Bourbon, le 13/05/2020 à 14:38, La Croix, URL : <https://www.la-croix.com/Economie/Entreprises/dentreprises-dotent-dune-raison-detre-2020-05-13-1201094075>.

islamique. En effet, celle-ci donne la priorité à l'impératif de l'éthique religieuse sur laquelle reposent non seulement la finance islamique mais toute l'économie halal¹⁴. Or et même dans le cercle puissant de décideurs, juristes, chercheurs, praticiens et sympathisants liés à l'industrie, les critiques des pratiques actuelles de la finance islamique sont maintenant audibles, du moins auprès des connaisseurs¹⁵. La critique la plus significative, émanant de l'industrie elle-même, est reflétée par la déclaration précitée du président de l'AAOIFI. De telles critiques interrogent la réalité du respect par la pratique actuelle de la finance islamique des principes fondateurs du droit économique islamique qui sont reconnus par tous. Parmi ces principes, il est notoire que le plus important est la prohibition de la rémunération du capital par le *riba* ; cette rémunération, « fonction exclusivement de l'écoulement du temps et entièrement détachée de la rentabilité réelle du projet d'investissement sous-jacent, est contraire à la philosophie éthique musulmane, car considérée comme socialement destructrice¹⁶ ». Il serait donc légitime que tout investisseur cherchant la conformité à cette éthique se demande si les produits courants des banques islamiques respectent vraiment ce principe de prohibition du *riba* ainsi que l'un de ses corollaires, appelé PLS¹⁷, exigeant le partage des pertes et des profits dans la rémunération du financement de l'entreprise. À titre d'exemple, la « Mourabaha au donneur d'ordre » dénommée la « Mourabaha bancaire » représente pour le client de la banque les mêmes flux de fonds et les mêmes risques que ceux d'un crédit bancaire pour l'achat d'un bien¹⁸. Il n'est donc pas surprenant que des recherches en jurisprudence islamique montrent que ce montage de forme de l'AAOIFI semble illicite et ne correspondrait pas à la véritable notion de Mourabaha. Même si les juristes supportant l'AAOIFI ont une autre logique, ils peuvent difficilement nier l'illicéité de ce montage dans la jurisprudence islamique qui existait avant la naissance de l'industrie moderne de la finance islamique et qui est rappelée aujourd'hui par certains chercheurs indépendants. Le doute sur l'authenticité est donc permis et c'est ce doute doublé d'une curiosité académique qui justifie alors l'exploration d'une autre forme plus authentique, représentant une nouvelle conformité islamique que le droit étatique notamment européen pourrait accommoder. Cette autre forme de conformité devrait alors s'écarter du fondement utilisé par l'industrie, qui repose sur une *soft law* récente, pour s'appuyer sur le

¹⁴ Conforme aux préceptes islamiques : voir infra § 221.

¹⁵ Toutefois, la documentation de ces critiques constitue parfois des sources « grises » comme nous le verrons.

¹⁶ Citation de maître Himeur par le professeur Bonneau dans sa préface : voir Chihab Mohammed HIMEUR, *Les contrats de la finance islamique : analyse prospective*, Bruxelles : Larcier, 2018 (Cahiers financiers), p. 12.

¹⁷ *Profit-Loss Sharing*.

¹⁸ Voir infra § 309 citant notamment Dorsaf MATRI, Gilbert PARLÉANI et Nazim ALI, *Le capital-risque islamique en droit français*, Paris, France : IRJS éditions, 2016, p. 124 et 128, § 242 et 249.

fondement des critiques de cette industrie qui relève de la *hard law* jurisprudentielle islamique dont l'origine remonte au VII^e siècle G.

3. « **Hard law & soft law** » islamiques. La jurisprudence islamique est un ensemble de normes juridiques énoncées par des théologiens juristes qui, en interprétant et en s'inspirant des textes sacrés, ont accumulé à travers les siècles une jurisprudence monumentale. Ce droit est constitué de plusieurs systèmes juridiques avec des distinctions substantielles à l'instar des différences fondamentales entre le système de droit civiliste continental et celui de la Common Law. Le principal système de jurisprudence islamique est le système sunnite adopté historiquement par la plus grande majorité des musulmans. Ce système se présente sous la forme de quatre écoles juridiques, appelées rites, dont les différences relativement secondaires sont comparables aux distinctions entre le droit anglais et le droit américain au sein du système de la Common Law. Ces rites constituent l'équivalent de ce qu'on appellerait aujourd'hui la *hard law* pour désigner le droit étatique par opposition à certaines créations privées de corps de règles, comme « les principes Unidroit », que l'on classe en *soft law*. En toute rigueur, les Normes AAOIFI ne font pas partie de la *hard law* de ce système sunnite formé par ces quatre rites, mais constituent une *soft law* dépendante du financement de l'industrie qui l'utilise. Sur les plans éthique et économique¹⁹, des différences apparaissent effectivement entre ces deux normes de conformité, mais c'est la comparaison juridique qui apporte réellement la preuve de leur distinction. En effet, l'analyse du fondement révèle qu'en termes de sources de droit, cette *soft law* n'est pas autonome, car elle se base sur les jurisprudences des rites sunnites de *hard law* à travers la technique du dépeçage²⁰, *talfiq*²¹, bien connue en droit international des contrats.

4. **Cause probable de l'irrationalité de la finance islamique contemporaine.** On ne peut écarter l'hypothèse du dépeçage dans la construction des Normes AAOIFI sur lesquelles se base la pratique actuelle de la finance islamique. En effet, sans le recours à cette technique,

¹⁹ Dans cette comparaison éthique et économique, les avantages de l'un sont les inconvénients de l'autre. Ainsi, la *hard law* apparaît comme plus authentique pour mériter le label « islamique » et donc plus sincère vis-à-vis de la clientèle attirée par un tel label. Elle apparaît également plus efficace pour la gestion des institutions islamiques en ce qu'elle évite la complexité de la reproduction de la finance conventionnelle, en bénéficiant (i) de la disponibilité de la compétence juridique et (ii) d'une gouvernance simple plutôt que d'un fonctionnement dual avec un binôme « Charia Board / Conseil d'administration ». Quant à la comparaison juridique et outre la distinction du fondement que nous décrivons ici et qui révèle que la *soft law* manque de profondeur, nous pouvons retenir que la *hard law* est plus cohérente, plus précise et plus complète. Finalement, l'avantage principal de la *soft law* est qu'elle facilite plus l'introduction de la finance islamique en procédant à la reproduction de la finance conventionnelle, qui domine le monde des affaires : voir supra § 1-2 ; infra § 4-5, 15, 17, 26, 30-31, 34-35 ainsi que la dernière section de cette thèse.

²⁰ GUNEY N, « Murabahah financing revisited: The contemporary debate on its use in Islamic banks », *Intellectual Discourse*, vol. 23, 2015, p. 502.

²¹ En arabe : تلفيق

on ne pourrait pas expliquer que certains de ces standards, tout en se proclamant du sunnisme, soient illicites dans tous les rites sunnites. Effectivement, le fait que chaque composante du dépeçage provient de l'un des rites n'implique pas, nécessairement, que la norme dans sa globalité soit licite dans un de ces rites. Dans une telle hypothèse, il serait erroné de réduire la cause de la différence d'interprétation des principes de jurisprudence islamique, tels qu'ils sont appliqués dans la finance islamique contemporaine, à l'existence de rites différents de hard law²². Avec cette vision fausse, un praticien trouve que la finance islamique « n'est pas prisonnière d'une observation excessivement soumise aux faits ou de construction intellectuelle rationnelle²³ », une qualification que le même auteur explique par la diversité des sources de la croyance religieuse qui constitue le fondement de la finance islamique. Il est probable que cette appréciation de manque de rationalité et d'unité soit largement partagée par les connaisseurs de la finance islamique contemporaine, mais il n'est pas certain que tous les chercheurs adoptent l'explication de ce manque de rationalité par la diversité des sources de la croyance religieuse. Cette explication serait valable uniquement pour les Normes de l'AAOIFI qui présenteraient effectivement un décalage avec les principes religieux que ces standards sont supposés appliquer et qui sont unanimement admis. En revanche, il serait quasiment impossible de déceler un décalage au sein d'un unique rite de hard law entre les principes et leurs règles d'application. En effet, même si la divergence des rites dans l'interprétation de ces principes est réelle²⁴, la cohérence régnera au sein d'un même rite entre l'interprétation de ces principes religieux et leurs règles d'application aux contrats commerciaux, notamment ceux de la finance. On pourrait alors suspecter que l'incohérence ou le décalage constaté au niveau de la finance islamique de l'AAOIFI découlerait d'un usage déraisonnable de la technique juridique du dépeçage, alors que son utilisation est très restreinte au sein des rites.

5. Cause erronée de la dispersion de la finance islamique. Au sein d'un même rite, le caractère partiellement jurisprudentiel du droit islamique ne permet pas non plus de justifier des divergences d'interprétation importantes, qui seraient à l'origine d'une sensation de dispersion. Nous pouvons reconnaître que dans beaucoup de situations du droit islamique, des jurisprudences successives affinent et corrigent la norme jusqu'à sa forme définitive qui

²² Comme on pourrait le comprendre de l'explication du professeur Bonneau dans sa préface à propos de l'application de ces principes islamiques « Ils sont toutefois délicats à mettre en œuvre car leur interprétation est dans la dépendance des sachants et peut ainsi varier selon ceux qui sont appelés à se prononcer. Ce qui n'est pas étonnant en raison de la coexistence de courants au sein de l'Islam » : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 12.

²³ *Ibid.*, p. 24.

²⁴ « Il faut immédiatement souligner que les divergences d'approche des questions morales sont très grandes dans l'Islam et ne peuvent être traitées de façon exhaustive » : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 19, § 40.

devient alors le précédent à suivre. Cette réalité nous permet d'apprécier la légitimité de la réponse à la question que maître Himeur considère comme la plus fondamentale et qu'il pose en ces termes : « quelle position adopter devant l'éclatement, et parfois l'ambiguïté, des réponses affirmées par les différentes écoles juridiques de l'islam sunnite ?²⁵ ». La note de bas de page associée à cette question ne laisse aucun doute à ce sujet : les écoles juridiques visées par maître Himeur sont bien les quatre rites sunnites de hard law. Pour cet auteur, c'est donc la pluralité de rites qui causerait un problème fondamental d'éclatement dans le domaine de la codification de certains *contrats-types* utilisés en finance. Or, ce problème fondamental de dispersion n'existerait pas à cause de l'application des rites, mais au contraire à cause de leur inapplication par l'industrie. En effet, et à l'instar de la Common Law anglaise, la jurisprudence de chacun de ces rites est parfaitement précise. Elle n'est instable que temporairement, pour les nouvelles situations pour lesquelles la jurisprudence n'a pas encore atteint le stade du respect du principe de précédent. La réponse à la question de maître Himeur serait donc simple : il y aurait, *in fine*, pour chacun de ces contrats au plus quatre modèles correspondant à chacun des différents rites sunnites. Malgré l'instabilité passagère inévitable pour actualiser les jurisprudences, cette méthodologie serait ultérieurement bénéfique. En effet, l'histoire du droit montre sur le long terme la meilleure stabilité du système jurisprudentiel par rapport au système codifié. Dans ces conditions, la dispersion et le manque de standardisation de la finance islamique actuelle ne peut provenir que de la soft law de cette industrie. De même, l'insécurité et la hausse des coûts de gestion décelées, notamment par Jouini & Pastré²⁶, ne correspondraient qu'au vide juridique de cette soft law accentué par un libéralisme excessif basé sur le dépeçage. Cette insécurité et ces coûts ne peuvent être causés par la jurisprudence fournie de chaque rite qui fonctionne avec le principe stabilisateur du *précédent*. Par conséquent, si la soft law de l'AAOIFI était probablement utile, voire nécessaire, au démarrage de l'industrie de la finance islamique moderne, la hard law serait probablement meilleure pour l'évolution future de cette industrie. Cependant, ce rôle prometteur pour la hard law n'est qu'une hypothèse qui suppose que sa mise en œuvre dans le droit étatique, notamment européen, soit faisable.

²⁵ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 15.

²⁶ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 300, § 570, note bas de page 1014 faisant référence à Hajjaji ; Elyès JOUINI et Olivier PASTRÉ, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris », 2008, p. 18 et 19. URL : <https://basepub.dauphine.fr/handle/123456789/4424>. Consulté le 30 juin 2017 : « En réalité, rien n'est moins homogène que l'univers de la Finance Islamique. Et ce à un double titre. D'abord parce que la Finance Islamique donne une place prépondérante à la jurisprudence. Il n'existe pas une définition unique et unanimement acceptée des produits Shariah compliant (conformes à la loi coranique). Tout est donc question d'interprétation, d'où l'importance des Shariah Boards, chargés d'interpréter la loi coranique. Il existe ainsi d'importantes différences de politique d'investissement entre les fonds islamiques originaires de chacun des pays musulmans (ce qui, soit dit en passant, contribue à la hausse des coûts de gestion de ces fonds, point sur lequel nous reviendrons) ».

6. Question principale de recherche. Sans aller jusqu'à cette hypothèse considérant que la hard law serait meilleure que la soft law actuelle pour assurer l'évolution future de la finance islamique, on pourrait raisonnablement supposer que certains investisseurs la considèrent plus authentique et donc souhaitent adapter la référence de conformité applicable à leurs investissements. Ce changement consisterait à remplacer la norme de conformité en vigueur basée sur la soft law de l'AAOIFI par une norme basée sur la hard law des rites, en supposant que cette substitution soit faisable dans le droit étatique de réception. Notre interrogation générale sur l'authenticité devient alors une interrogation sur la « **faisabilité en droit étatique de la conformité aux rites islamiques** » qui représentera notre question principale de recherche. Bien que cette question se pose pour toute la finance islamique, l'étude du contexte (section 1) nous aidera à canaliser la réponse que nous lui apporterons, tant au niveau de la détermination de notre sujet de recherche (section 2) qu'au niveau du traitement de ce sujet (section 3).

Section 1. Contexte de la recherche

7. Étendue du contexte pertinent. Il est important de souligner que l'objectif des critiques qui pourraient être formulées à l'égard de la soft law de l'AAOIFI ne peut jamais être de faire disparaître cette industrie naissante et prometteuse qui constitue une fierté non seulement pour ses promoteurs, mais pour tous les juristes cherchant à mettre la jurisprudence islamique au diapason de la modernité. Le but serait plutôt de consolider le fondement de cette finance avec des conséquences pratiques sur l'évolution de l'industrie, par exemple en enrichissant son portefeuille de produits financiers afin de répondre à une demande latente d'investisseurs plus conservateurs. Cet objectif, auquel s'associe ce travail en explorant la faisabilité d'une conformité rituelle, serait cohérent avec les approches de principe promues aussi bien par les jurisconsultes modernes les plus reconnus comme Sellami²⁷, que par les savants historiques les plus experts en sources de la jurisprudence islamique comme Shatibi. Ces auteurs font la promotion d'une éthique économique basée sur l'imbrication de la vie

²⁷ Mohamed Mokhtar Sellami (né en 1925, décédé en 2019), savant malikite contemporain de haut niveau formé à l'Université de la Mosquée Zitouna, Mufti de Tunisie (1984-1998) et ancien président de comité Charia dans des institutions financières islamiques. Auteur de plusieurs ouvrages, allant des sources de droit à l'exégèse du Coran, et éditeur d'un ouvrage de référence en droit : Abu Muhammad QADI ABDUL WAHHAB القاضي أبو محمد عبد الوهاب et Muhammad ibn Ali AL-MAZIRI المازري محمد بن علي, [Explication de l'apprentissage] شرح التلقين, Liban : Dar Al-Gharb Al-Islami, 1997 ; Sellami est également auteur de plusieurs Fatwas citées notamment par : Ali AL-NADWI مقاصد الشريعة وأثرها في المعاملات [Impact of Maqasid Sharia on contemporary Financial Transactions], علي الندوي, « المالية المعاصرة », in , KAU, 27 mars 2019 ; Ezzeddine KHOJA عز الدين خوجة, [Les Services bancaires islamiques « al-Hadamāt al-maṣrafiya al-islāmīya »] الخدمات المصرفية الإسلامية, Tunisie : al-Imtithal, 2017 (Mausū'at al-mu'āmalāt al-mālīya wa-'l-islāmīya), 292 p.

terrestre dans la religion. En effet, Sellami considère que, contrairement à la civilisation chrétienne, la civilisation musulmane n'a connu la gloire qu'en évitant la séparation entre la religion et la vie²⁸. Cette opinion prolonge la doctrine de Shatibi qui considère que l'intention du musulman transforme son activité économique de préservation et d'accroissement de son patrimoine en un rituel religieux au même titre que la pratique cultuelle de la prière²⁹. Sur cette base, l'authenticité religieuse devient capitale aussi bien pour la sincérité éthique des promoteurs de la finance islamique que pour le respect de la clientèle de cette industrie. Si cette clientèle se sentait trompée, elle pourrait revenir vers la finance conventionnelle³⁰ d'autant plus que les banques de cette dernière sont souvent plus compétitives que les banques islamiques. On pourrait d'ailleurs se demander si ce genre de phénomène lié au manque de crédibilité de la finance islamique n'est pas à l'origine du paradoxe de la faiblesse de la part de marché de la banque islamique dans les pays musulmans, malgré l'importance en valeur absolue des actifs islamiques dans certains pays³¹. C'est pour ces raisons que la faisabilité de la conformité rituelle, même pour une entreprise industrielle, doit être examinée sur deux niveaux communicants. Le premier niveau est celui du fonctionnement du métier même de l'entreprise en tant que fournisseur de produits correspondant à son objet, comme la fabrication d'un produit alimentaire, alors que le second est celui de son fonctionnement en tant que client consommateur de produits des tiers, comme les moyens de financement et de placement. Par ce second niveau, supportant le premier, l'illustration de la faisabilité d'une véritable conformité par une entreprise industrielle devient une appréciation de la conformité de tous les produits bancaires et non bancaires actuellement offerts par la finance islamique. C'est pour cela que notre étude préalable du contexte de cette recherche doit couvrir le cadre général de la finance islamique (A) même si nous devons nous intéresser plus particulièrement aux segments non bancaires (B) qui pourraient nous guider vers la bonne illustration de la réponse à notre question principale.

²⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=tpGB5dIHRe0>

²⁹ Ibrahim SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, [Muwafaqat] الموافقات, Le Caire, Egypte : Dar Ebn Affan, 1997, p. 354, v. 5.

³⁰ Une menace qui semble réaliste même si certains ne voient pas de concurrence entre la finance islamique et la finance conventionnelle comme Himeur qui considère qu'en « aucune manière, la finance islamique n'entre en conflit ou en situation de concurrence avec la finance conventionnelle » : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 19.

³¹ « De manière paradoxale, la majorité des pays musulmans ne compte, à ce jour, aucune banque islamique. Confrontés à une forte demande, certains pays ont adopté de nouvelles lois et autorisé l'installation de banques islamiques » : voir *Ibid.*, p. 16, maître Himeur rajoute en note de bas de page : « le rapport de la Banque africaine du développement, publié en octobre 2011, estime que seuls 4,9 % des actifs bancaires égyptiens seraient gérés conformément à la shari'a, contre 2,2 % en Tunisie et 1,1 % en Algérie ; le Maroc et la Libye ne comptent aucune banque respectant la loi islamique ».

A. Cadre général de la finance islamique

8. Crise de la finance conventionnelle. La recherche en finance islamique fait l'objet de nombreuses manifestations d'intérêt en Europe et notamment en France³², d'autant plus que la finance conventionnelle semble receler certaines menaces sérieuses pour l'économie internationale. Les professeurs Carreau et Juillard décrivent ces menaces ainsi : « Au-delà de la mondialisation, se devinent des perspectives qui ne sont guère rassurantes. Car la mondialisation s'est accompagnée de la dématérialisation de l'économie internationale. La production des richesses matérielles et la création des instruments financiers sont désormais découplées. Ce découplage favorise le passage d'une économie réelle à une économie virtuelle, dans laquelle la création des instruments financiers n'est plus mise au service de la production des richesses, mais devient une fin en soi. Ainsi se forme une bulle spéculative dont la croissance échappe à tout contrôle, mais peut représenter, à terme, une menace mortelle pour l'économie internationale³³ ». C'est dans cet environnement risqué que la finance islamique a fait son apparition en France lors de la crise des *subprimes* en réponse à l'intérêt que peut représenter un système de finance adossé à l'économie réelle³⁴, pouvant ainsi compléter dans le secteur lucratif, au même titre que la RSE, ce que l'économie sociale et solidaire « ESS » essaie de faire essentiellement dans le secteur non lucratif.

9. Contiguïté du champ d'application de l'économie sociale et solidaire. Objet d'une certaine volonté politique, l'ESS qui a commencé par une simple délégation rattachée au gouvernement français en 1981, est devenue par la force de la loi une notion juridique en France comme dans d'autres pays. En effet, la loi française n° 2014-856 du 31 juillet 2014 permet de dépasser le cadre étroit de la loi relative au mécénat de 1987 en définissant les conditions permettant de qualifier une société commerciale d'acteur de l'économie sociale et solidaire. Parmi ces conditions se trouve l'exigence que l'entreprise poursuive un but d'utilité sociale par le soutien aux personnes en situation de fragilité ou d'exclusion. Ceci rapproche un tel acteur

³² « La création d'un Centre de Recherche en Finance Islamique est à envisager, associant professionnels et Shariah scholars. Ce Centre de recherche pourrait jouer un rôle important dans l'harmonisation et la standardisation des produits et pratiques financiers islamiques au niveau national et européen. L'Irlande a lancé un centre européen de recherche en Finance Islamique, afin d'harmoniser les standards Shariah compliant et les Fatwas. La France peut s'inspirer de cet exemple pour définir ses propres standards et, éventuellement, les diffuser dans l'ensemble de l'Europe » : voir JOUINI et PASTRÉ, *op. cit.* (note 26), p. 123 ; voir également Isabelle CHAPPELLIÈRE, *Islam et rationalité économique : de l'éthique musulmane à la finance islamique : application au cas de la Turquie*, Thèse de doctorat, Centre de recherche sur les dynamiques et politiques économiques et l'économie des ressources, France, 2004, 342 p.

³³ Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, France : Dalloz, 2013, xi+802., résumé de couverture ainsi que § 1550, 1552 et 1557.

³⁴ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 15, 19.

économique plus d'un mode d'entreprise à but non lucratif qui pourrait se développer « aux côtés du mode capitaliste d'entreprendre³⁵ » auquel les sociétés commerciales sont habituellement destinées. En droit économique islamique, cette notion est couverte par l'Obligation de l'Impôt de solidarité³⁶ et la Désirabilité de toute aide aux personnes dans le besoin. L'application de ces notions s'étend à tout investissement islamique, mais seulement comme une modalité du reporting³⁷ aux investisseurs contribuables, car le but lucratif demeure central pour un tel investissement (même s'il est soumis à la conformité religieuse).

10. Investissement conforme aux règles religieuses. Pour l'Église catholique, ce n'est qu'à partir des années 1980 qu'apparaît la notion d'investissement conforme à la morale et à la doctrine religieuses. Pour l'Islam, le rapport entre le musulman et l'argent est plus développé que dans les autres religions du fait de la grande ampleur des normes et techniques de la jurisprudence islamique. L'Impôt de solidarité précité, ainsi que les autres règles ayant trait au rapport avec l'argent, répondent au motif de la « purification » des fonds aussi bien dans leur provenance que dans leur utilisation³⁸. En effet, de « cette exigence de justice, naissent des normes qui constituent la base juridique des opérations financières conformes à la Charia et suscitent la création de produits adaptés. C'est cet ensemble que l'on nomme la finance islamique. Celle-ci est gouvernée par des principes directeurs que la jurisprudence islamique encadre précisément mais avec des nuances selon les différents courants³⁹ ». Parmi ces principes et outre la prohibition du *riba* et l'obligation de partage des pertes et profits que nous avons déjà mentionnées, l'interdiction de l'aléa et la nécessité de l'adossement à un actif tangible sont des normes incontournables des contrats commerciaux⁴⁰. Couard considère que « cet important juridisme des normes religieuses en matière financière a conduit la finance islamique à éviter certains travers de la finance capitaliste libérale ». Ce facteur, combiné à d'autres, « a suscité un engouement pour ce type de financement, y compris en Europe et en France⁴¹ ».

³⁵ Contribution de Jérôme Lasserre Capdeville dans Jean-Marc MOULIN, Marie NOWAK et Thierry BONNEAU (dirs.), *Droit de la finance alternative*, Bruxelles : Bruylant, 2017 (Droit et économie sociale et solidaire), p. 35, 37, 45-46.

³⁶ Considérée par Couard au centre du rapport entre le musulman et l'argent : contribution de Julien Couard dans *Ibid.*, p. 218.

³⁷ Terme d'usage, plus que la rapportage, pour traduire la transmission des données notamment de gestion.

³⁸ Contribution de Julien Couard dans MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35), p. 218.

³⁹ Contribution de Julien Couard dans *Ibid.*, p. 219.

⁴⁰ Préface du professeur Bonneau : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 12.

⁴¹ Contribution de Julien Couard dans MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35), p. 220.

11. Inclusion des investissements confessionnels dans la finance alternative. Le contour de ce travail tracé par la question de recherche impose aux règles de conformité le respect de l'ordre public étatique dans lequel elles s'appliquent. Comme tous les investissements confessionnels, qui sont fondés sur une éthique religieuse, les investissements islamiques dont il est question « ne dérogent pas aux dispositions ni du droit boursier, ni du droit bancaire et financier, ils ne font qu'ajouter leurs propres spécificités, notamment eu égard aux finalités poursuivies⁴² ». Même si ces investissements confessionnels ne répondent pas aux exigences de la loi relative à l'économie sociale et solidaire⁴³, ils ont avec elle une certaine affinité comme l'a démontré Couard. Ce dernier estime que la multiplication des investissements confessionnels dans nos pays prouve que le droit n'entrave pas la liberté des investissements privés ayant une conformité religieuse⁴⁴. En effet et comme l'affirme la Cour Européenne des Droits de l'Homme, les restrictions de l'ordre public ne peuvent limiter la liberté de religion des investisseurs que d'une façon proportionnée. C'est pour cela que l'ordre public ne peut rejeter les principes de la finance islamique qui identifient les moyens « impurs » d'acquisition ou d'emploi des fonds parmi lesquels l'intérêt⁴⁵, l'aléa, l'incertitude⁴⁶ ou l'ignorance de la prestation contractuelle. Sur cette base, on peut considérer l'inclusion du thème de cette recherche dans « la finance alternative », dont la définition met en avant une vision alternative à la conception dominante de la finance contemporaine. Alors que cette dernière est hantée par le gain à court terme⁴⁷, la finance alternative prend en compte d'autres considérations bénéfiques sur le long terme qui, à notre avis, corrigent les effets indésirables des externalités sur les plus faibles⁴⁸. Cette finance alternative, dont le premier acte significatif de réglementation est le règlement européen « taxonomie » précité, fait partie d'une lame de fond qui cherche à protéger la société en évaluant l'impact non financier des acteurs, notamment les entreprises dans le cadre de la RSE. Les extraits précités de la communication de la

⁴² Contribution de Julien Couard dans *Ibid.*, p. 222.

⁴³ Voir supra § 9.

⁴⁴ Contribution de Julien Couard dans MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35), p. 249.

⁴⁵ Dont l'interdiction est justifiée pour Couard par le principe selon lequel « l'investissement doit être l'objet d'un partage des profits et des pertes entre les parties ».

⁴⁶ Contribution de Julien Couard dans MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35), p. 218-219, 248-249.

⁴⁷ Surtout depuis le départ précipité en 2021 du PDG Faber, promoteur de la société à mission chez Danone, dont le comportement aurait pu attirer des investisseurs activistes qui, selon une étude américaine, pense qu'un tel « engagement est un signal d'alerte indiquant que l'entreprise 'dépense' au lieu de maximiser la valeur de l'action à court terme », voir : Georg WERNICKE, *L'engagement d'Emmanuel Faber en faveur de la RSE pourrait bien avoir aussi attiré... les investisseurs activistes*, Le Monde, 23 mars 2021, URL : https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/03/23/l-engagement-d-emmanuel-faber-en-faveur-de-la-rse-pourrait-bien-avoir-aussi-attire-les-investisseurs-activistes_6074149_3232.html.

⁴⁸ Avec une définition aussi large, la finance alternative comprend une partie codifiée par la loi française correspondant à l'économie sociale et solidaire : voir la contribution de Adrien Tehrani dans MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35), p. 287.

Commission européenne 681-final, du 25 octobre 2011, montrent que le caractère de la RSE, initialement *volontaire* et suscité par l'incitation, devient une véritable responsabilité vis-à-vis de l'effet de l'entreprise sur la société. Cette responsabilité met en jeu des obligations et des recommandations fortes pour que les entreprises engagent, avec leurs parties prenantes, un processus d'intégration de certaines préoccupations de l'intérêt général de la société. Ces préoccupations de la RSE ont ainsi été élargies par la Commission européenne pour aller au-delà des domaines initiaux ESG⁴⁹, environnement-social-gouvernance, en accédant aux sujets de l'éthique ainsi que des droits de l'homme et de la protection des consommateurs. Dans l'activité d'investissement par exemple, le champ de l'ISR (socialement responsable⁵⁰) peut maintenant s'étendre à l'investissement éthiquement responsable, voire confessionnellement responsable quand l'éthique en question est confessionnelle. D'ailleurs, les préoccupations d'intérêt général étant souvent les mêmes, on constate en pratique une certaine convergence de ces divers critères non financiers, notamment en matière de passage en revue (screening) et de choix (picking) des cibles d'investissement. Cette évolution qui s'est accélérée depuis la crise des *subprimes* de 2008 a eu, entre autres, des effets sur l'introduction de la finance islamique en France.

12. Introduction de la finance islamique dans le système juridique français. En introduisant son travail dans le domaine de la finance islamique en France, Paris Europlace explique le processus suivi à l'occasion de la publication en 2013 de son ouvrage de traduction des Normes de l'AAOIFI⁵¹. Cette organisation française indique que « dès 2007, le Haut Comité de Place – instance de concertation de la Place financière de Paris, présidée par le ministre des finances - a mandaté Paris Europlace pour étudier la possibilité de mise en place de la finance islamique en France et sa compatibilité avec notre ordre juridique ». « Le rapport de Jouini-Pastré publié en octobre 2008 sous l'égide de Paris Europlace a alors posé les jalons du développement de la finance islamique en France... conclu par la publication le 24 août 2010, au Bulletin Officiel des Impôts, de quatre instructions fiscales encadrant les opérations de sukuk, Mourabaha, ijara et istisna ». À propos de son accord de coopération de 2009 avec l'AAOIFI, Paris Europlace ajoute que cette dernière « partage avec Paris Europlace la vision

⁴⁹ Un domaine retenu en 2019 par le droit français dans sa promotion de l'entreprise à mission comme moyen de mise en œuvre de la RSE. En effet, l'alinéa 2 de l'article L. 210-10 du Code de commerce retient que les statuts de la société à mission « précisent un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité ».

⁵⁰ Dirk A ZETTSCHKE, *The Alternative Investment Fund Managers Directive*, Pays-Bas : Kluwer Law International, 2015, p. 177-192.

⁵¹ AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI. Volume 1*, traduit par PARIS EUROPLACE, Paris, France : ESKA, 2013, xii+352.

d'une finance islamique francophone, adaptée au droit civil et unie dans sa pratique autour de ces normes ». Les normes en question se réfèrent au travail de l'AAOIFI qui « a élaboré une quarantaine de normes en langue arabe traitant des différents instruments contractuels qui sous-tendent l'industrie de la finance islamique⁵² » et que Paris Europlace a commencé à traduire en français. Les quatre instructions administratives fiscales précitées⁵³ ont été suivies, deux mois plus tard, par leurs instructions d'application dans les impôts concernés⁵⁴. En plus de cet aspect fiscal et sur un plan purement juridique, de nombreux auteurs ont démontré que les principes de la finance islamique ne heurtaient en rien l'ordre public français⁵⁵. C'est pour cela que la finance islamique a pu s'introduire en France comme dans beaucoup d'autres pays.

13. Marché mondial de la finance islamique. Sans revenir sur l'historique de la naissance de la finance islamique moderne, développé suffisamment par les recherches antérieures et les ouvrages de vulgarisation⁵⁶, force est de constater que l'existence de cette industrie est maintenant reconnue par tous, quels que soient les jugements de valeur⁵⁷ portés sur les principes de cette finance. Cependant, il est vrai que le contexte contemporain a suscité en France une certaine peur qui freine le développement de la finance islamique, une finance qualifiée de non « conventionnelle ». Cette peur en France devrait néanmoins diminuer sous l'effet d'une meilleure connaissance des fondements de cette industrie, comme le fait observer le professeur Bonneau dans sa préface à l'ouvrage de maître Himeur⁵⁸. Une telle peur a toutefois contribué à minimiser la présence de la finance islamique en France. Cependant, cela ne peut masquer la réalité mondiale de ce marché qui se manifeste par la présence de plus de 400 institutions financières islamiques dans plus de 70 pays, dont certains sont occidentaux. Outre les organisations nationales de droit interne, plusieurs organismes multilatéraux de normalisation et d'étude⁵⁹ soutiennent cette industrie dont la répartition des actifs par origine géographique en 2017 fait apparaître un leadership incontesté du Moyen-Orient détenant une part de marché de 67%, grâce notamment à l'Iran et à l'Arabie Saoudite. Ce leadership en

⁵² *Ibid.*, p. VII.

⁵³ BOI4 : FE/S1/10 à FE/S4/10.

⁵⁴ IS, TVA, droit d'enregistrement et IR : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 6-7.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁶ Voir par exemple : Zamir IQBAL et Abbas MIRAKHOR, *An introduction to Islamic finance: theory and practice*, Singapore : John Wiley & Sons (Asia), 2007, p. 22 et s. HG187.4 .I65 2007.

⁵⁷ Défavorable avec des jugements du genre « la condamnation du prêt à intérêt...dont l'une des conséquences a été de limiter de façon notoire la liberté contractuelle et l'autre de contrecarrer l'épanouissement de l'économie musulmane » : voir Nayla COMAIR-OBEID et Philippe FOUCHARD, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, France : Economica, 1995, p. 54 ; ou favorable comme dans : Abdelkader BESSEDIK, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, Thèse de doctorat, Université Paris-Est, France, 2013, p. 190.

⁵⁸ Préface du professeur Bonneau dans : HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 11, 12.

⁵⁹ IFSB, AAOIFI, IRTI, etc. .

volume est suivi par la région innovante de l'Asie du Sud-Est représentant une part de 24%, soutenue principalement par la Malaisie, laissant un solde de quelques 10% du marché aux pays non-musulmans, notamment le Royaume-Uni, le Luxembourg et l'Irlande. Au niveau mondial, la valeur des actifs de cette industrie qui était en 2014 d'environ 2 trillions de dollars américains est passée en 2017 à 2,5 trillions de dollars américains, dont 1,7 en actifs bancaires, avec une prévision de 3,8 trillions de dollars américains à l'horizon 2023, dont 2,4 en actifs bancaires. Cette réalité du marché en 2017 est ainsi en dessous de l'ancien pronostic qui prévoyait déjà pour 2015 le chiffre symbolique de 3 trillions de dollars américains en retenant un taux de croissance trop élevé à partir de la taille réelle de cette industrie en 2005 de 0,7 trillions de dollars américains, dont 0,3 d'actifs bancaires⁶⁰. Pour étudier la question d'authenticité de la conformité, nous nous intéressons seulement au segment non bancaire de ce grand marché. En effet, la partie que nous prévoyons d'étudier correspond plus à la demande de solutions de financement et de placement islamiques alors que le segment bancaire se positionne côté offre de ces solutions, ce qui l'incite à attribuer facilement le label islamique quitte à faire des compromis avec l'authenticité de ce label.

B. Finance islamique non bancaire

14. Dynamisme des actifs financiers islamiques non bancaires. Comme on vient de le constater, la proportion d'actifs bancaires de ce marché, estimée à 43% en 2005, semble avoir atteint son maximum de 68% en 2017 puisqu'on prévoit sa baisse à 63% en 2023. Cette évolution laisse une place plus importante aux actifs financiers non bancaires dont la part progresseraient de 32% en 2017 à 37% en 2023. Au sein de ces actifs non bancaires sont comptabilisés essentiellement les financements de projets notamment par des titres sukuk, offerts par introduction en bourse ou par placement privé, ainsi que les fonds islamiques détenant des titres cotés ou de private equity. Pour ces actifs non bancaires, l'Europe représente un acteur important avec le Luxembourg, devenant une base traditionnelle, et l'Irlande un centre secondaire⁶¹. Cependant, cette domiciliation des véhicules d'investissement en Europe n'implique pas nécessairement que les investissements correspondants soient également en

⁶⁰ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 2, 6 ; THOMSON REUTERS COMPANY, [Situation de l'économie islamique mondiale (actualisation 2018/2019 du rapport 2016)] (واقع الاقتصاد الإسلامي العالمي 19/2018 (تقرير 2016 مَطَوَّر) [s.l.] : [s.n.], 2016, p. 6, 14 ; WORLD BANK, ISLAMIC DEVELOPMENT BANK et ISLAMIC RESEARCH & TRAINING INSTITUTE, *Leveraging Islamic Finance for Small and Medium Enterprises*, octobre 2015, p. 4. URL : <http://www.irti.org/English/News/Documents/Islamic%20SMEs%20Finance%20Report%20on%20Leveraging%20Islamic%20Finance%20for%20SMEs.pdf> ; Mohyeddine HAJJAR (dir.), *Islamic finance in Europe: A cross analysis of 10 European countries*, Cham, Switzerland : Palgrave Macmillan, 2019, p. 11 et s.

⁶¹ JAFFER (dir.), *op. cit.* (note 12), p. 235-255.

Europe. Ceci peut néanmoins arriver comme dans les sukuk⁶² de projets d'infrastructure européenne dont l'analyse de conformité islamique a été réalisée par la thèse de Martin-Sisteron⁶³.

15. **Sukuk.** Le financement de projets, liés naturellement au secteur public, peut également concerner des investissements privés comme la construction d'une usine ou d'un centre commercial⁶⁴. Pour les projets importants, un tel financement peut faire l'objet d'une syndication ou d'une titrisation par l'émission de sukuk ; le montage devient alors plus élaboré mais, économiquement, le flux de fonds et le risque pour l'entreprise débitrice correspondent à une opération de *lease* ou *lease-back*. Décrivant ce montage, maître Himeur utilise pudiquement l'adjectif « comparable » pour qualifier ce type de sukuk en le rapprochant du crédit-bail immobilier⁶⁵ ; cependant, ce montage présenté comme une émanation du contrat islamique de location, dit « ijara », ne conserve que la forme de ce contrat. Sur le fond, c'est effectivement un contrat de crédit de type crédit-bail en finance conventionnelle où le débiteur effectue des paiements périodiques et un paiement final pour devenir propriétaire de l'actif financé. Ce rachat in fine est soit sécurisé par une promesse engageante, soit devient un choix économique obligatoire pour le débiteur. En effet, quand les paiements périodiques sont largement au-dessus de ce que peut être un loyer de marché, ces paiements incorporent déjà une partie du prix réel de l'actif, dont le rachat ne peut alors qu'être formalisé à la fin⁶⁶. Sur cette base, il semble légitime de s'interroger sur l'authenticité de la conformité de ce financement aux deux principes de la prohibition du *riba* et du partage des pertes et profits de l'entreprise financée.

⁶² Terme pluriel en arabe correspondant approximativement à la notion de « valeurs mobilières ».

⁶³ Hugues MARTIN-SISTERON, *L'adaptation des exigences de l'ordre moral islamique aux opérations de financement de projet : perspectives pour le droit français*, thèse, Paris 1, [s.l.], 1 janvier 2011. URL : <http://www.theses.fr/2011PA010281>. Consulté le 8 décembre 2019.

⁶⁴ Ou même le refinancement par un « sell and lease-back » des actifs immobiliers de l'entreprise pour permettre à cette dernière de disposer d'une trésorerie immédiate.

⁶⁵ Préface du professeur Bonneau citant maître Himeur qui décrit ce montage ainsi « Plus concrètement, dans le cadre d'un montage financier de type ijara, l'opération se déroule selon plusieurs étapes, qu'il serait essentiel de respecter. Pour le bon déroulement d'une opération de montage financier, cela consiste à respecter scrupuleusement les étapes suivantes : 1] l'entreprise crée une société ad hoc, SPV, et la mandate pour la location de l'actif immobilier ; 2) la SPV émet des sukuk, représentant une part indivise de l'actif immobilier ; 3] les investisseurs souscrivent des sukuk et versent les fonds à la SPV, qui s'engage à gérer les fonds pour les investisseurs ; 4) la SPV paie le prix d'achat des actifs à l'entreprise qui les utilise ; 5] la SPV verse des dividendes d'une manière périodique aux investisseurs ; 6) à maturité, la SPV vend les actifs isolés à l'entreprise au prix d'exercice, qui sera égal au prix de rachat indiqué dans la promesse unilatérale ; 7] le paiement de rachat de l'entreprise ; 8) la SPV utilise le prix de rachat pour payer le montant de dissolution aux investisseurs ; 9] la dissolution de la SPV » : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 13.

⁶⁶ Ce qui rend inopérant l'argument que le contrat de location et celui de la vente ne sont pas liés : voir CHARIA BOARD DE BISB « BAHRAIN ISLAMIC BANK », *GENERAL INQUIRIES "Frequently asked questions about Islamic banks"*, 2019, p. 23.

16. Fonds islamiques de private equity. Alors que le montage typique de sukuk est usuellement porté par une société spécifique à chaque projet, les fonds islamiques ont souvent comme véhicule une holding détenant des participations dans plusieurs investissements. Parmi ces fonds, étudiés abondamment⁶⁷, seul le segment de private equity⁶⁸ peut présenter un intérêt appréciable sur le plan de la conformité, car les fonds dédiés aux titres cotés représentent des investissements dans de grandes sociétés dont la gestion est rarement influençable par leurs petits actionnaires comme les fonds islamiques. Pour bien comprendre ce segment d'actifs islamiques non bancaires, étudié en profondeur par Matri⁶⁹, il faudrait d'abord décrire son correspondant conventionnel qui, même s'il peut comprendre des titres de dettes, se spécialise couramment en titres de capital à l'origine de l'appellation « capital investissement⁷⁰ ». Par définition, un fonds de ce genre est « un véhicule regroupant des investisseurs en vue de faire ensemble des investissements en capital investissement, et d'en partager les résultats selon une clef prédéterminée⁷¹ ». Ce segment correspondant à la gestion des actifs non cotés représenterait 30% des capitalisations boursières dans le monde en 2013 contre 4% à la fin des années 1980. Il se subdivise en plusieurs sous-segments, pas toujours disjoints, comme le « LBO », le « capital développement » et le « capital risque ». Ces fonds ont démarré aux États-Unis et en Angleterre depuis 1972 alors que la France, qui a suivi tardivement ce mouvement, se situait très loin en 2007 avec 13 milliards d'euros d'investissement dans l'année portant le total des actifs gérés en capital investissement à une centaine de milliards d'euros. 21% des titres de ces fonds français sont détenus par les assurances, principalement dans les LBO de grandes entreprises avec une part négligeable de LBO des PME, autour de 2%. À côté de ce sous-segment important de LBO, le « capital risque » ou *Venture capital* est apparu timidement dans les années 90 en France en ciblant principalement les PME ; l'évolution également timide n'a pas permis à ce produit de décoller. La taille de cette niche est donc restée marginale avec un actif total de 351 millions d'euros en 2012 contre 758 millions d'euros en 2008 car sa progression jusqu'en 2004 a été suivie par une chute de 60% des capitaux apportés notamment en 2008 et 2011 à cause de la crise financière⁷². Ainsi et comme beaucoup d'autres pays, la France souffre d'un sous-investissement de capital

⁶⁷ Voir résultats des moteurs de recherches SUDOC et THESE.FR pour « fonds islamiques ».

⁶⁸ Caractérisés par une durée de vie limitée à dix ans en général, ces fonds récoltent une levée annuelle de fonds dépassant le niveau symbolique du milliard de dollars depuis une décennie : voir JOUINI et PASTRÉ, *op. cit.* (note 26), p. 59.

⁶⁹ MATRI et al., *op. cit.* (note 18).

⁷⁰ Dénommé « *private equity* » dans le monde anglo-saxon.

⁷¹ Ce type de fonds a, en général, une durée de vie de 8 à 10 ans : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 203, § 377-378.

⁷² *Ibid.*, p. 183-184, 188-190, 192, 195, § 343-344, 350, 352, 357, 364.

surtout dans les PME, ce qui explique l'intérêt des fonds islamiques. Agissant en parallèle aux fonds conventionnels, les 130 fonds islamiques représentaient 41 milliards de dollars d'actifs selon le rapport 2012 « Global Islamic Finance Report » d'Ernst & Young. Ainsi et après leur apparition à la fin des années 1960 en Malaisie, les fonds d'investissement islamiques ont pris leur essor après une décision favorable en 1993 de l'Académie internationale du fiqh islamique, l'AIFI, qui a attiré vers ce secteur de nombreux juristes comme le confirme Sami Al-Suwailem⁷³. Souvent filiales de banques investissant leurs propres fonds ou les fonds des tiers⁷⁴, ces fonds se spécialisaient dans l'immobilier à l'origine puis, depuis peu et à partir de l'an 2002, s'intéressent au capital investissement dans les entreprises. En 2006, la BNP lance le fonds « Islamic fund equity optimiser » domicilié au Luxembourg ; puis, en 2007 elle lance « Easy ETF », premier fonds islamique agréé par l'AMF ; la Société Générale, la Banque Populaire et le Crédit Agricole suivront par la suite la voie tracée par la BNP. Des indices de références sont développés pour ces fonds qui suivent en général la pratique anglo-saxonne du capital-risque en passant souvent par des *partnerships*⁷⁵ avec un *general partner* gérant, lié à la firme de *venture capital*, et des *limited partners* investisseurs⁷⁶. En général, ces fonds liquident leurs participations, au bout d'une douzaine d'années, par cession en bourse initiée par une IPO ou des transactions de gré à gré avec des groupes industriels ou d'autres fonds d'investissement⁷⁷. En plus de l'intérêt du renforcement du capital des PME européennes, ces fonds islamiques de *private equity* présente un intérêt sur le plan de l'authenticité de la conformité islamique car, contrairement aux fonds dédiés aux titres cotés, ils peuvent parfois exercer une certaine influence sur les règles de gestion de leurs cibles. On peut alors s'interroger sur la mesure dans laquelle l'étude de l'authenticité de la conformité est présente dans la recherche sur les fonds islamiques.

17. Limite de l'étude de l'authenticité dans les travaux sur les fonds islamiques.

Comme nous l'avons vu pour les *sukuk*, les praticiens et les chercheurs ont privilégié jusqu'à maintenant la stratégie de reproduction des produits financiers conventionnels⁷⁸ à travers des montages bénéficiant du label de conformité à la finance islamique de la *soft law* de l'AAOIFI. Pour s'en convaincre, on pourra examiner le traitement islamique discutable de plusieurs notions juridiques utilisées par la finance conventionnelle comme le choix des cibles

⁷³ *Ibid.*, p. 134 et 161, § 264 et 310.

⁷⁴ États ou particuliers fortunés « *High Net Worth* ».

⁷⁵ Parfois, transparents fiscalement.

⁷⁶ Qui peuvent être des fonds communs de placement.

⁷⁷ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 3, 134-139, 161, 167-168, § 264-268, 270, 273, 309-310, 318-320.

⁷⁸ Moyennant, quand même, certaines limites tenant compte partiellement des principes du droit islamique.

d'investissement travaillant avec le *riba*⁷⁹ ou, parfois, les actions de préférence⁸⁰. Par une stratégie marketing d'imitation, les institutions financières islamiques se focalisent sur une offre de financement similaire à celle des institutions financières conventionnelles. Ce cadre a exercé une influence majeure sur les travaux de Matri et Hajjar qui se sont intéressés à la réception des fonds islamiques faisant appel public à l'épargne en droit civil, français pour Matri et libanais pour Hajjar. Ainsi, la thèse de Matri sur « le capital-risque islamique en droit français » répond à la question « peut-on avoir recours au droit commun des OPC ou doit-on au contraire aménager la règle de droit ? » pour ce type d'investissements. Comme pour toute offre au public d'instruments financiers, les structures étudiées par Matri doivent mettre à la disposition des investisseurs un prospectus ; dans le cas des fonds islamiques, ce dernier est précédé par un pacte entre les partenaires lançant le fonds, qui précise le cadre des relations entre les investisseurs conventionnels et islamiques⁸¹. En effet et préalablement à la mise au point du prospectus destiné au public, un PPM⁸² de la société de gestion promotrice permet d'identifier des investisseurs intéressés qui participeraient à la négociation de mise au point de la documentation de constitution pour devenir éventuellement des associés du fonds. Parmi cette documentation de constitution figure le règlement du fonds qui prévoit un aspect *intuitu personae* pour la désignation des personnes clés⁸³ de la gestion dont le départ entraîne l'arrêt des investissements du fonds jusqu'à la nomination des successeurs selon la procédure prévue. Ce règlement prévoit aussi la part⁸⁴ de la plus-value, réalisée par le fonds, revenant à l'équipe de gestion. Comme Matri, Hajjar s'intéresse aux véhicules faisant appel public à l'épargne à travers l'étude de la réception en droit civil libanais des Fonds Communs de Placement Islamique. Outre les bases et les qualifications juridiques, le fonctionnement de ces fonds est analysé aussi bien au niveau de la gouvernance qu'ils adoptent, qu'au niveau de l'ingénierie financière islamique qu'ils utilisent⁸⁵. Ainsi ces recherches, tentant d'extraire une logique ou une théorie générale de l'état actuel des fonds islamiques, n'avaient pas comme objectif d'aller au-delà de la simple mention du problème d'authenticité identifié dans la documentation de ces fonds. Les rares protections de conformité de ces thèses se limitent essentiellement aux clauses

⁷⁹ Voir le schéma de filtrage islamique de Cekici pour les opérations de capital investissement dans MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 273, § 516.

⁸⁰ Seule une minorité autorise certaines formes de ces actions alors que la majorité de la *soft law* les refuse : voir *Ibid.*, p. 269, § 506-507.

⁸¹ *Ibid.*, p. 12.

⁸² Private Placement Memorandum : voir *Ibid.*, p. 245, § 462.

⁸³ Key men : voir *Ibid.*, p. 246, § 465.

⁸⁴ Carried interest : voir *Ibid.*, § 465.

⁸⁵ Mohyeddine HAJJAR, *Les fonds communs de placement islamiques en droit libanais*, Paris 1, [s.l.], 15 décembre 2016, p. 356, 364. URL : <http://www.theses.fr/2016PA01D081>. Consulté le 14 septembre 2017.

intuitu personae du gestionnaire et, éventuellement, ses conseillers en conformité. En outre, l'influence exercée par les fonds islamiques sur la gestion des entreprises dans lesquelles ils investissent demeure limitée⁸⁶, car ces fonds (FCPR/SCR étudiés par Matri) ne sont pas autorisés à détenir le contrôle des entreprises dans lesquelles ils investissent compte tenu de l'exigence réglementaire de diversification découlant de leur caractère d'offre au public. Le mode de fonctionnement de ces fonds laisse, ainsi, peu de latitude aux chercheurs pour avancer dans le sens d'une conformité plus authentique au-delà de la formulation de quelques critiques. Dans les faits, seul le contrôle des entreprises investies induit une influence conséquente permettant d'envisager une portée réelle à l'authenticité de la conformité. Un tel contrôle n'est possible qu'à travers des holdings, têtes de groupes, relevant du droit commun des sociétés, qu'elles demeurent avec un capital fermé ou qu'elles soient introduites ultérieurement en bourse. Les investissements de ces holdings de contrôle, directement dans les entreprises, représentent la face cachée des actifs islamiques non bancaires. Celle-ci est certainement non comptabilisée dans les statistiques que nous avons citées sur la taille du marché de la finance islamique, mais relève des investissements directs étrangers « IDE ». Ce segment est probablement une bonne illustration de notre réponse à la question de recherche sur l'authenticité, autrement dit un objet qu'il est possible d'étudier en vue d'une application concrète de la conformité rituelle à un investissement islamique.

Section 2. Détermination du sujet

18. **Paramètres déterminants de l'illustration de la recherche.** L'étude du contexte de cette recherche que nous venons de faire a montré que la question de l'authenticité va au-delà des produits bancaires comme la Mourabaha et se pose également pour les produits non bancaires comme les sukuk ou les fonds islamiques ainsi que, probablement, pour les IDE non comptabilisés dans les statistiques de ce marché. L'interrogation sur le changement de norme de conformité est donc légitime pour toute l'industrie de la finance islamique mais, hélas, on ne peut étudier dans le cadre d'une thèse tous les cas de figure générés par cette interrogation. Il faudrait alors faire les bons choix pour pouvoir répondre à notre question principale relative à la « *faisabilité en droit étatique de la conformité aux rites islamiques* » tout en respectant nos contraintes. Le segment des IDE que nous venons d'identifier à l'issue de l'examen du contexte de la finance islamique non bancaire est un choix à considérer (A), en ce qu'il permet

⁸⁶ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 303, § 573, note bas de page 1016 illustrant l'affaiblissement du respect de l'intérêt de l'actionnaire par la divergence entre cet intérêt et celui du gestionnaire (citation de Sayer et Bentzmann, « Les 100 mots du capital-investissement », § 68).

de mieux appréhender la question de l'authenticité étudiée par cette recherche en raison du contrôle exercé par l'institution islamique sur son investissement. De même, l'option de gouvernance de l'institution islamique par contractualisation de sa gestion (B) est également un choix envisageable, car elle pourrait constituer, juridiquement et économiquement, le meilleur système de gouvernance pour étudier la question de la faisabilité en droit étatique de la conformité aux rites islamiques. La conjugaison de ces deux caractéristiques, IDE et contractualisation de la gestion, nous permettrait alors de déterminer l'objet de notre illustration principale. Néanmoins, avant d'amorcer l'étude de cet objet désormais précis, il convient d'identifier le territoire du droit étatique applicable et de choisir le rite islamique de conformité qui sera étudié.

19. Territoire du droit étatique applicable. Bien que la présence de la finance islamique soit mondiale, l'environnement de cette recherche et le délai imparti à cette thèse imposent que l'on choisisse quelques États européens préférentiellement membres de l'Union Européenne. Outre le droit français, nous faisons l'hypothèse que les droits luxembourgeois, anglais et suisse sont pertinents pour cette étude, car ils constituent en Europe des références que les acteurs en finance islamique ne peuvent ignorer. Le Luxembourg, parce qu'il représente le centre principal européen des fonds d'investissement, l'Angleterre parce qu'elle a une tradition jurisprudentielle proche du fonctionnement du droit de la finance islamique et la Suisse parce qu'elle est le centre principal de *family office* des investisseurs particuliers. C'est donc ce territoire de quatre États qui permettra d'alimenter notre étude de droit comparé complétée par la composante communautaire ou internationale qui pourrait exercer une influence sur le droit de ces États. La comparaison de ces quatre droits nous mènera alors à la détermination du droit applicable pertinent à l'appréciation de la faisabilité d'une conformité à la *hard law* islamique.

20. Identification du rite islamique de conformité. Nous avons déjà présenté en début d'introduction les systèmes et les rites de *hard law* pouvant servir de référence de conformité et de jauge d'authenticité pour l'activité des institutions islamiques. Évidemment, ces systèmes et rites correspondant à des écoles juridiques islamiques différentes ne peuvent être identifiés par un espace territorial comprenant un ou plusieurs États car, comme tout droit religieux, ils sont à vocation universelle. Dans ce cadre, nous faisons le même choix que maître Himeur pour positionner notre travail au sein du système sunnite adopté par la majorité des musulmans et qui comprend quatre rites connus⁸⁷. Ces rites nous serviront alors de champ

⁸⁷ « L'école hanafite de l'imam Abou Hanifa (699-767), on la retrouve aujourd'hui en Turquie, en Égypte, en Jordanie et en Syrie. L'école malikite du nom de son fondateur, l'imam Malik Ibn Anas (715-795). Cette école

principal de jurisprudence islamique comparée notamment lorsqu'il s'agira d'apprécier l'authenticité de la pratique actuelle de la finance islamique. Cependant et afin d'assurer la sécurité juridique du respect de la conformité, nous sommes amenés à choisir l'un de ces quatre rites comme référence : c'est ainsi que nous avons opté pour le malikisme, avec lequel, « historiquement, le droit français a entretenu une relation étroite⁸⁸ » et qui correspond au rite d'origine dominant de la minorité musulmane vivant dans l'Union Européenne⁸⁹. Bien que nos contraintes nous empêchent de dupliquer ce travail pour chacun des trois autres rites sunnites, notre démarche serait probablement applicable. Ceci sans oublier que chacun des quatre rites permet à ses adeptes d'appliquer un autre rite sunnite pour toute opération autonome, ce qui représente le genre de dépeçage permis par les rites de hard law sunnite. C'est ce choix du rite de conformité ajouté à celui du territoire de droit étatique qui fourniront les fondements nécessaires à l'appréciation de la faisabilité de cette conformité d'un nouveau genre dont l'illustration principale doit, à son tour, être choisie.

A. Pertinence de l'illustration du sujet par la holding de contrôle

21. **Acteur sociétaire de la conformité.** Quelle que soit sa référence, de soft law ou de hard law, la conformité est toujours assumée par une institution qui exerce l'activité de finance islamique. Cette institution islamique est donc l'acteur responsable de la conformité, ce qui suppose qu'elle est un sujet de droit correspondant, en général, à une société dotée de la personnalité morale dans notre environnement européen. La notion de société est donc centrale pour la compréhension de la nature juridique de l'acteur européen de la conformité. Dans sa définition de cette notion, le Code civil français dispose que « la société est instituée par deux

reconnaît aux usages en vigueur dans la ville de Médine au temps du Prophète une valeur de source de droit et comme étant la « sunna appliquée ». Son influence est importante aujourd'hui au Maghreb, au Soudan et en Afrique occidentale. La troisième est l'école chafite qui adopte l'opinion des traditionalistes. Son fondateur l'imam Al-chafi'i (767-820), limita la Sunna aux seules traditions attribuées formellement au Prophète. Elle n'accepte le Qiyas (analogie) que lorsque aucune indication n'a été fournie par les trois premières sources (Coran, Sunna, l'ijma). L'influence de cette école se trouve principalement dans la région de l'Asie du Sud-Est (Malaisie et Indonésie). Enfin l'école hanbalite, du nom de son fondateur l'imam Ibn Hanbal (780-855), est considérée comme l'école la plus rigoriste de l'islam sunnite. Bien que minoritaire dans la population musulmane mondiale, le hanbalisme est prédominant dans la péninsule Arabique, notamment en Arabie saoudite et au Qatar » : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 15.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 22.

⁸⁹ En France par exemple, les musulmans et les protestants sont aujourd'hui les minorités les plus dynamiques face au « gros bloc » de 32% de catholiques et au groupe des « sans religion » désormais majoritaire : voir FUNÈS Nathalie, Philippe Portier : « En France, le catholicisme s'effondre de manière spectaculaire », L'OBS, 29 mai 2021 à 12h00. URL : <https://www.nouvelobs.com/societe/20210529.OBS44631/philippe-portier-en-france-le-catholicisme-s-effondre-de-maniere-spectaculaire.html>.

ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune⁹⁰ » des ressources dans un but pouvant être qualifié de lucratif. La notion de société fait donc appel à la notion économique de l'entreprise.

22. Entreprise. À l'instar du droit luxembourgeois⁹¹, l'existence propre de l'entreprise n'est pas reconnue dans tous les droits étatiques. C'est pour cela qu'on a souvent recours à la littérature qui définit l'entreprise « comme un ensemble d'éléments susceptibles de l'exploitation autonome » d'une activité économique. Cette définition est plus cohérente avec le métier M&A des holdings qu'une autre définition retenant que « l'entreprise est une activité s'appuyant sur des moyens organisés et constituant un centre d'intérêts multiples ». Ces deux définitions étaient admises en 1989 par Paillusseau qui, une décennie plus tard, les a étendues à un catalogue de huit aspects. Ces derniers consistent à présenter l'entreprise, selon l'angle pertinent à l'usage que l'on veut en faire, comme une activité économique, un ensemble de moyens affectés à l'activité, une organisation, une communauté humaine organisée, un centre de décisions et de pouvoir, un actionnariat, un centre d'intérêts et un objet d'organisation juridique⁹². Au sens des règlements communautaires, on entend par entreprise « une unité organisationnelle de production de biens ou de services jouissant d'une certaine autonomie de décision, notamment pour l'affectation de ses ressources courantes. Une entreprise exerce une ou plusieurs activités dans un ou plusieurs lieux ». Les ressources de l'entreprise mentionnées dans cette définition constituent un ensemble d'éléments qui comprend essentiellement les actifs et les contrats répondant au besoin de l'activité de l'entreprise. Cette définition est complétée par l'adjonction d'une relation entre entreprise et unité légale dans le sens où l'entreprise correspond soit à une unité légale, soit à une combinaison d'unités légales. Par unité légale, il faut entendre une personne juridique exerçant une activité économique, que cette personne juridique soit physique ou morale, cette dernière correspondant souvent à une société. Dans la grande majorité des cas, nous pouvons dire qu'une entreprise est assimilée à l'unité légale correspondante qui sera obligatoirement son unique support juridique et organisationnel. L'assimilation n'est cependant pas valable dans le cas d'entreprises complexes comme les groupes où une unité légale « mère », la holding, est associée pour exercer une activité d'entreprise avec d'autres unités légales « filles », les filiales, qu'elle contrôle généralement par

⁹⁰ Article 1832.

⁹¹ Alain STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, Luxembourg : Éd. Saint-Paul, 2017, p. 17.

⁹² Jean PAILLUSSEAU, *La cession d'entreprise*, Paris, France : Dalloz, 1989, p. 573-574, § 1003-1004 ; Jean PAILLUSSEAU (dir.), *Cession d'entreprise*, 4. éd, Paris : Dalloz, 1999 (Dalloz référence Droit de l'entreprise), p. 2-8, § 4-19.

une propriété majoritaire⁹³. La compréhension de l'entreprise complexe renvoie donc à la notion de la holding en général et de la holding de contrôle en particulier.

23. **Holding.** Le dictionnaire définit la holding comme une société financière qui détient des participations dans d'autres sociétés, et dont la fonction est d'en assurer l'unité de direction. De son côté, la doctrine retient que la « société holding » ou simplement la « holding⁹⁴ » est une société dont l'activité, et souvent l'objet même, est de détenir des participations dans d'autres sociétés⁹⁵. Cette notion à l'origine fiscale est peu à peu devenue autonome grâce au droit européen⁹⁶. Ainsi l'article 1^{er} de la loi FIA luxembourgeoise, transposant ce droit européen, définit la société holding comme étant « une société détenant des participations dans une ou plusieurs autres sociétés, dont l'objectif commercial est de mettre en œuvre une ou plusieurs stratégies d'entreprise par l'intermédiaire de ses filiales, de ses sociétés associées ou de ses participations en vue de contribuer à la création de valeur à long terme⁹⁷ ». Sur cette base, la qualification de la société émettrice des titres détenus par la holding varie entre la filiale dont la gestion est contrôlée par la holding, et la participation dont la gestion ne peut être soumise qu'à une influence limitée de la holding (qui peut être totalement passive⁹⁸). Ce dernier type de holding avec peu ou pas d'influence sur ses investissements correspond aux fonds d'investissement (FCPR/SCR étudiés par Matri) que nous avons décrits dans notre étude du contexte de la finance islamique non bancaire. Nous avons alors signalé l'intérêt que peut représenter l'autre segment correspondant aux holdings de contrôle qui n'est pas compris dans les statistiques du marché de la finance islamique et qui relève des IDE. En effet, ce segment d'investissements étrangers est probablement plus à l'abri de l'influence de la finance conventionnelle que subissent les autres segments de la finance islamique à travers le droit monétaire et financier qui régit aussi bien les banques que les sukuk ou les fonds d'investissement.

⁹³ RÉPERTOIRE DES ENTREPRISES LUXEMBOURGEOISES, *Répertoire 2018*, [s.l.] : [s.n.], 2018, p. 3. URL : <http://statistiques.public.lu/fr/publications/series/repertoire-entreprises/2018/repertoire-2018/index.html>. Consulté le 17 mars 2019.

⁹⁴ Nom masculin ou nom féminin : voir

<https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/holding/40154?q=holding#40072>.

⁹⁵ Jean SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Luxembourg : juridique, fiscal, social, comptable*, Paris, France : F. Lefebvre, 2005, p. 251.

⁹⁶ Directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011 sur les gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs et modifiant les directives 2003/41/CE et 2009/65/CE ainsi que les règlements (CE) n° 1060/2009 et (UE) n° 1095/2010, p.17, art 4.1.o.

⁹⁷ Loi du 12 juillet 2013 relative aux gestionnaires de fonds d'investissement alternatifs.

⁹⁸ Toutefois et même dans ce cas de passivité de la holding, la détention des titres de participation présente une certaine permanence ce qui exclut les titres de placement de l'excès de trésorerie qui ont toujours un caractère temporaire et qui ne font pas partie du portefeuille de titres immobilisés correspondant à l'activité de la holding.

24. IDE islamiques. Par définition, « les investissements directs sont des investissements internationaux par lesquels des entités résidentes d'une économie acquièrent ou détiennent le contrôle ou une influence importante sur la gestion d'une entreprise résidente d'une économie tierce. Par convention, on considère qu'il y a investissement direct lorsque l'entité investisseuse acquiert ou détient au moins 10% du capital ou des droits de vote de l'entreprise investie... Les investissements immobiliers sont inclus dans les investissements directs, au titre des acquisitions d'actifs transfrontières⁹⁹ ». Ces investissements peuvent être autonomes ou en partenariat avec les fonds souverains islamiques, ces derniers sont en effet actifs en Europe et notamment en France¹⁰⁰. Dans tous les cas, ces investissements directs islamiques semblent dominés par la composante foncière à l'instar de l'investissement remarquable du Kuwait Finance House en Suède¹⁰¹. Cette dominance est affirmée depuis la renaissance de la finance islamique et continue à être forte de nos jours que ce soit dans les pays musulmans ou dans les pays développés ; selon Jaffer, ceci s'explique par la présence d'un actif réel à l'abri de l'inflation provoquée par la création monétaire¹⁰². Cependant cette explication semble manquer de nuance, car les entreprises commerciales, d'industries ou de services, pourraient également avoir des actifs réels et constituer une protection contre l'inflation. Même si l'investissement en entreprise est plus risqué, il sera récompensé potentiellement par une meilleure rentabilité ce qui justifie sa présence dans tous les portefeuilles diversifiés des investisseurs de grande taille. Il faudrait donc rechercher une autre raison à la faiblesse des IDE islamiques en entreprise comme le confirment les statistiques en France, qui ne compte aucun pays musulman dans la première vingtaine de pays investisseurs¹⁰³. À notre sens, c'est l'insécurité pour assurer une gestion conforme aux souhaits de l'investisseur islamique qui bloque les investissements de contrôle en entreprise sauf dans le cas de certaines grandes entreprises présentant un grand intérêt de stratégie commerciale ou de communication¹⁰⁴ pour

⁹⁹ BANQUE DE FRANCE, « Les investissements directs », *Banque de France*, 27 octobre 2016. URL : <https://www.banque-france.fr/statistiques/balance-des-paiements-et-statistiques-bancaires-internationales/les-investissements-droits>. Consulté le 8 décembre 2019.

¹⁰⁰ Bpifrance a comme partenaires le « Qatar Investment Authority (QIA) » et le 2ème fonds souverain d'Abou Dhabi « Mubadala » : voir BPIFRANCE, « Fonds souverains Bpifrance | Bpifrance servir l'avenir », [s.d.]. URL : <https://www.bpifrance.fr/Qui-sommes-nous/Nos-metiers/Fonds-propres/Fonds-droits-Bpifrance/Capital-Developpement-Transmission-International/Fonds-souverains-Bpifrance>. Consulté le 8 décembre 2019.

¹⁰¹ "The portfolio consists of 12 properties, being mail logistics and distribution centers with an area of approximately 360,000 m² in three main cities: Stockholm, Malmo, and Gothenburg. They are leased by 88% to the Swedish Post, which is fully owned by the government of Sweden, and responsible for distributing the mail in Sweden". Voir : <https://www.kfh.com/en/home/Personal/news/2007/2/news-380.html>

¹⁰² JAFFER (dir.), *op. cit.* (note 12), p. 24-25, 273.

¹⁰³ INSEE, « En 2015 en France, 1,8 million d'emplois dans les entreprises sous contrôle étranger - Insee Focus - 109 », [s.d.]. URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3315426#consulter>. Consulté le 8 décembre 2019.

¹⁰⁴ Comme des réseaux de distribution d'hydrocarbures ou des clubs sportifs.

lesquelles des solutions ad hoc de gestion ont été trouvées. Par conséquent, les IDE dans les PME ne peuvent se développer que si ce problème de sécurité est solutionné ; ceci en ce qui concerne le volet juridique. Quant au volet économique, il faudrait dépasser l'inconvénient de la taille modeste de l'investissement en PME en regroupant ces entreprises dans une holding de contrôle correspondant à la taille requise. Ainsi, l'étude de solution sécurisante de la gestion de ces groupes présenterait un intérêt probable pour les investisseurs islamiques qui ne disposent pas d'une capacité propre de gestion d'entreprise en Europe, comme les multinationales originaires des pays développés. Cet intérêt est d'autant plus évident quand ces investisseurs souhaitent préserver réellement l'authenticité de leurs investissements en adoptant une conformité de hard law. Celle-ci doit alors être respectée non seulement dans les activités propres de la holding mais également dans l'activité des PME qu'elle contrôle. Comme les fonds islamiques de capital-investissement, ce segment de groupes constitués par l'acquisition de PME qui sont presque toujours non cotées relèverait du private equity, dont l'étude devient pertinente à cette recherche.

25. **Private equity.** Terme anglo-saxon traduit en français par « capital investissement », le « Private Equity » est compris restrictivement par certains auteurs comme étant une opération de fusion-acquisition portant sur une société non cotée dont l'acquéreur est un fonds d'investissement¹⁰⁵. Cette définition étroite impose au private equity les contraintes des fonds d'investissement qui ne peuvent procéder à des acquisitions de contrôle. Cependant même si ce sens est dominant, il arrive souvent que le private equity soit utilisé dans un sens plus large englobant toutes les opérations M&A d'entreprises non cotées. Ce sens plus général comprendra alors l'acquisition de contrôle de filiales par des groupes de droit commun qui ne sont pas soumis à la contrainte de la participation minoritaire imposée à la gestion de l'épargne publique des fonds d'investissement. Juridiquement, les opérations M&A font appel à la notion de cession d'entreprise qui est définie comme étant le transfert des droits de propriété sur cette entreprise du détenteur desdits droits à un cessionnaire ; ainsi les détenteurs des droits sur l'entreprise changent mais l'entreprise continue¹⁰⁶. Même s'il s'agit de PME, l'entreprise de private equity ciblée par cette recherche est d'une certaine taille, ce qui induit en pratique qu'elle est une entreprise sociétaire, c'est-à-dire appartenant à la personne morale d'une société commerciale et non pas à une personne physique. Dans ces conditions, les détenteurs des droits sur cette entreprise peuvent être, soit directement la personne morale propriétaire de

¹⁰⁵ Philippe THOMAS, *Fusions-acquisitions*, Paris : RB édition, 2018, p. 269.

¹⁰⁶ PAILLUSSEAU, *op. cit.* (note 92), p. 5, § 4 ; PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 8-9, § 20.

l'entreprise, soit indirectement les détenteurs du bloc de contrôle de titres sociaux qui contrôle l'entreprise à travers le contrôle de cette personne morale. La cession de l'entreprise se traduit dans le premier cas par la cession de ses actifs et dans le second cas par la cession du contrôle de sa société propriétaire. C'est ce dernier cas qui caractérise l'acquisition des entreprises par une société holding même si la cession d'actifs peut être envisagée à une filiale créée à cet effet par la holding. Définie ainsi, la cession d'entreprise apparaît comme l'activité centrale du segment d'IDE de holdings de contrôle de private equity dont la pertinence, dans le cadre de notre recherche, doit être appréciée au regard de l'intérêt des autres segments plus usuels de la finance islamique comme les fonds d'investissement.

26. Segments du marché des investissements islamiques pertinent pour l'étude de l'authenticité. L'examen des IDE de la holding islamique de contrôle vient compléter notre étude du marché usuel de la finance islamique ce qui nous permet maintenant de synthétiser le lien de ce contexte à cette recherche. Tous ces instruments d'investissement de la finance islamique sont concernés par l'authenticité qui, selon la référence de conformité retenue par l'investisseur, pourrait être jaugée par la hard law des rites islamiques. Les critiques aux pratiques usuelles de la finance islamique laissent penser que ces rites infirmeraient la conformité des produits stars de l'industrie contemporaine appartenant non seulement au domaine bancaire comme la Mourabaha qu'au domaine non bancaire comme le segment des sukuk ou des fonds. Sous la contrainte de la réglementation, ces produits courants des marchés bancaires et financiers de la finance islamique subissent une certaine influence de la finance conventionnelle qui rendrait plus difficile leur conformité à la hard law, moins accommodante que la soft law pour dupliquer par des montages de forme les outils conventionnels de crédit. En conséquence, c'est probablement dans les investissements plus autonomes des IDE islamiques que la conformité rituelle pourra s'exprimer le mieux et avoir une meilleure portée. En outre, c'est parmi les investisseurs plus diffus des IDE, notamment dans l'immobilier européen, que l'on trouverait fréquemment ceux qui chercheraient l'authenticité des rites et la diversification de leurs investissements par des IDE en entreprises. Cet intérêt, rajouté à l'intérêt précité du contrôle, permet aux holdings des IDE d'influencer efficacement les règles de gestion de leurs entreprises pour adopter une conformité islamique authentique du point de vue de ces investisseurs. Ces intérêts, liés à l'authenticité, prennent plus de relief dans le cadre de l'intérêt économique plus général des IDE spécialisés dans le secteur des PME.

27. Intérêt général favorisé par les holdings islamiques de contrôle « Holis ». Les gouvernants sont supposés se préoccuper du bien-être de leurs citoyens qui est souvent

fondé sur des acquis de nature économique répondant aux besoins humains¹⁰⁷. Ainsi, la réussite d'une politique économique se mesure en termes de création de richesse et d'emploi, et ces derniers ont pour moteur les entreprises commerciales et tout particulièrement les PME dont l'épanouissement devient alors un enjeu majeur dans la politique économique moderne. Cet épanouissement dépend, bien entendu, de paramètres exogènes liés à l'environnement de l'entreprise ; mais il dépend surtout des ressources et de la qualité de gestion dont celle-ci dispose. Or, à un moment donné, une entreprise peut manquer de ressources pour financer ses actifs tangibles ou de qualité de gestion pour rester compétitive tout en assurant son développement ; sa cession à de nouveaux propriétaires représente alors une nouvelle chance pour elle¹⁰⁸. Quelle que soit la motivation de la cession de l'entreprise, l'objectif économique de l'acquéreur est généralement de donner à l'entreprise de meilleures chances pour continuer à contribuer d'une façon optimale à la création de la richesse et de l'emploi. C'est pour cela que la recherche d'investisseurs capables de reprendre des PME à la recherche d'un second souffle devient un enjeu économique. Un enjeu qui justifie l'intérêt des IDE islamiques dans les PME dont le véhicule usuel d'investissement est la holding islamique de contrôle, que l'on désignera par le terme *Holis*. Cet intérêt d'ordre général complète les intérêts spécifiquement liés à notre thème de l'authenticité. Ainsi, les holdings de contrôle de private equity constituent potentiellement notre illustration principale d'une authenticité exigeante, dans l'hypothèse où celle-ci serait réalisable dans l'environnement européen. De telles holdings seraient également des structures adéquates pour la mise en œuvre d'un bon type de gouvernance, performant juridiquement et efficace économiquement.

B. Mérite de l'illustration du sujet par la contractualisation de la gestion

28. Contexte de la contractualisation de la gouvernance. Au début de ce XXI^e siècle, des scandales¹⁰⁹ et une crise systémique¹¹⁰ ont déclenché un resserrement de la réglementation relative à la sécurité des investisseurs et notamment ceux des institutions

¹⁰⁷ Les cinq besoins humains (physiologique, de sécurité, d'amour, d'estime...) identifiés et hiérarchisés par Maslow ne peuvent se réaliser dans nos sociétés modernes sans des moyens économiques : voir Maslow, « a theory of human motivation » in Harold J. LEAVITT, *Readings in managerial psychology*, 3d ed., Chicago : University of Chicago Press, 1980, p. 21.

¹⁰⁸ La cession peut avoir, bien évidemment, d'autres motivations liées à la gestion du patrimoine du cédant (départ à la retraite, besoin de ressources pour investir dans d'autres activités...).

¹⁰⁹ Enron, Vivendi, etc.

¹¹⁰ Subprimes.

financières¹¹¹, remettant à l'ordre du jour les chartes de gouvernance. Cette problématique de formalisation précise de la gouvernance se pose alors à toute entreprise que ce soit dans le cours normal de son fonctionnement¹¹² ou à l'occasion d'une transaction sur son capital¹¹³. La réduction de l'insécurité de l'investisseur par ce moyen est d'autant plus impérative qu'il s'agit d'investissement international caractérisé, en droit international de l'investissement, par l'obligation d'un traitement juste et équitable de l'investisseur¹¹⁴ ; cette obligation du droit public ne pouvant avoir qu'un écho favorable en droit privé. En effet, la sécurité des relations juridiques et notamment la prévisibilité des relations contractuelles sont considérées comme la base des échanges économiques¹¹⁵. C'est dans ce contexte que s'engage notre réflexion sur le bon type de gouvernance de la Holis qui, sans créer de l'inefficacité économique, offre une sécurité juridique renforcée à l'investisseur adepte de l'éthique islamique.

29. Canalisation du but lucratif des investissements islamiques. Qu'il s'agisse « de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie » réalisés par l'entreprise, les associés investisseurs d'une société sont supposés poursuivre un but lucratif¹¹⁶ reflétant leur intérêt commun au sens de l'article 1833 du Code civil. Comme le précise ce même article¹¹⁷, cet intérêt social doit cependant respecter les limites de la licéité, imposée à l'objet social, et intégrer, depuis la loi relative à la croissance et la transformation des entreprises dite PACTE de 2019, la prise en considération des « enjeux sociaux et environnementaux ». Évidemment, ces obligations ne devraient pas être perçues comme engendrant des intérêts concurrents de l'intérêt social, caractérisé par le but lucratif, mais plutôt comme des contraintes¹¹⁸ participant

¹¹¹ Loi « Sarbanes-Oxley » aux États Unis, Loi n° 2003-706 en France, Directives européennes comme 2011/61/UE, etc.

¹¹² Daniel FASQUELLE, Jean-Pierre BERTREL et Jacques DELGA, *Droit de l'entreprise : l'essentiel pour comprendre le droit*, Paris, France : Lamy, 2004, § 2.48 et 2.146-2.147 ; Franck CEDDAHA, *Fusions, acquisitions, scissions*, Paris, France : Economica, 2013, p. 368.

¹¹³ CEDDAHA, *op. cit.* (note 112), p. 353.

¹¹⁴ Exigeant de l'État d'accueil d'éviter notamment tout manquement au principe de bonne foi, à l'obligation de maintenir la sécurité juridique, à l'obligation de respecter les attentes légitimes de l'investisseur et à l'obligation de non-discrimination : voir CARREAU et JUILLARD, *op. cit.* (note 33), § 1155 s et 1316.

¹¹⁵ Rémy CABRILLAC, *Droit européen comparé des contrats*, France : LGDJ-Lextenso éditions, 2016, p. 114.

¹¹⁶ Voir supra § 21.

¹¹⁷ Dont le dernier alinéa a été ajouté par la loi PACTE de 2019.

¹¹⁸ La perception d'un « élargissement » de la notion de l'intérêt social peut néanmoins être utile pour expliquer l'usage, probablement inattendu par le législateur, de cette obligation pour se défendre contre une OPA hostile. C'est dans ce cadre que le professeur Alain Pietrancosta considère que la « loi Pacte de 2019 a élargi cette notion d'intérêt social aux enjeux sociaux et environnementaux » (voir URL : <https://www.lopinion.fr/edition/economie/veolia-suez-raison-d-etre-coeur-bataille-225132>). Toutefois, cet élargissement de la notion devrait se comprendre comme une possibilité d'ajouter certaines contraintes à la gestion de la société et non pas comme une création d'intérêts concurrents à l'intérêt commun des associés. Celui-ci continue, en effet, à s'exprimer (i) par l'approbation des modifications statutaires relatives à la raison d'être ou à la mission de la société et, au besoin, (ii) par le limogeage des administrateurs qui ne montrent pas la diligence attendue pour la réalisation de cet intérêt commun.

à la réalisation de cet intérêt social. Ce dernier doit alors être poursuivi par tous les gérants¹¹⁹, y compris ceux des sociétés à mission dotées d'une raison d'être¹²⁰. Cette vision du droit étatique est partagée par les rites, notamment le malikisme, qui n'imposent pas aux activités économiques un caractère désintéressé. Au contraire, le développement et la préservation du patrimoine sont considérés comme un besoin fondamental dans la jurisprudence de ces rites¹²¹. Il ne s'agit donc pas d'ignorer dans cette recherche l'aspect lucratif de l'activité entrepreneuriale en ne gardant que l'aspect philanthropique promu par d'autres outils islamiques ; il s'agit uniquement de soumettre la rentabilité économique de cette activité à des règles découlant de l'éthique religieuse¹²². Toutefois, l'affichage de ces règles reflétant l'identité religieuse d'une entreprise commerciale ne la fait pas entrer dans la sphère de l'économie sociale et solidaire (ESS), malgré la référence à une certaine éthique. Dans ces conditions, la notion d'ESS telle que définie par la loi française¹²³ n'est pas centrale pour le sujet traité, et cela même si la holding islamique est tenue d'en rapporter à ses actionnaires pour permettre le calcul de l'Impôt de solidarité qui est l'un des outils islamiques de l'ESS. Ce type de rapport n'est en fait que l'un des aspects périphériques d'une gouvernance qui doit surtout répondre au but lucratif central de l'entreprise.

30. Lien du type de gouvernance des institutions islamiques avec l'efficacité économique. Les banques, qui sont les plus grandes institutions financières islamiques, doivent fournir une preuve à leur clientèle démontrant qu'elles méritent bien le label islamique. Ceci constitue une condition déterminante de leurs relations contractuelle avec leurs clients et, par conséquent, un gage de leur réussite économique. Cette preuve prend la forme d'un contrôle de la conformité de leur gestion aux principes et règles islamiques qu'elles se sont engagées à respecter. Cependant, ce contrôle de conformité peut répondre en plus à un besoin des actionnaires de ces banques, au cas où ceux-ci n'assument pas une gestion propre de ces entités,

¹¹⁹ La négligence, réelle ou supposée, de l'intérêt social par ces gérants peut alors entraîner des conséquences fâcheuses pour eux comme dans le cas Danone (voir : note bas de page 47 en supra § 11). Outre ce cas, le cas Suez nous a semblé receler le même genre de risque en misant, pour le support de sa raison d'être, sur une catégorie d'investisseurs qui ne formaient pas un noyau dur de contrôle. En effet, son directeur général met en avant l'intérêt de cette notion pour les investisseurs qui « sont de plus en plus nombreux à vouloir intégrer dans leur modèle de valorisation des entreprises le fait qu'elles soient vertueuses sur les questions environnementales et sociales » (voir : article « De plus en plus d'entreprises se dotent d'une raison d'être », Jean-Claude Bourbon, le 13/05/2020 à 14:38, La Croix, URL : <https://www.la-croix.com/Economie/Entreprises/dentreprises-dotent-dune-raison-detre-2020-05-13-1201094075>).

¹²⁰ Cette qualité de la société est codifiée par la loi PACTE qui a complété l'article 1835 du Code civil et ajouté l'article L. 210-10 du Code de commerce.

¹²¹ Voir infra § 214, 239.

¹²² Ce sont ces règles éthiques qui font entrer les investissements confessionnels dans la grande sphère de la finance alternative englobant l'économie sociale et solidaire comme on l'a vu en supra § 11.

¹²³ Voir supra § 9.

mais délèguent cette mission à une équipe de gestion. Ce second besoin de contrôle n'est pas spécifique aux banques. Il s'étend à toute institution islamique fonctionnant sur le modèle de la gestion pour compte, pour laquelle les règles de conformité adoptées par ses actionnaires non gestionnaires doivent être intégrées au périmètre du contrôle exercé sur son équipe de gestion. La nécessité de ce contrôle ne dépend pas de la référence de sa conformité, qui peut appartenir à la *hard law* des rites ou à la *soft law* des Normes de l'AAOIFI. Dans tous les cas, le contrôle de la conformité de la gestion pose le problème général du choix du type de gouvernance de l'institution contrôlée. Un choix permettant non seulement d'assurer une sécurité juridique à l'investisseur relative au respect de ses règles de conformité, mais également de sécuriser un fonctionnement de l'institution compatible avec son but lucratif. En effet et même s'il demeure secondaire par rapport à l'authenticité, le but lucratif des investissements islamiques nous invite à proposer également des solutions aux problèmes de coût et d'efficacité identifiés par les chercheurs dans le fonctionnement des institutions islamiques¹²⁴. À cette fin, nous devons étudier le type de gouvernance utilisé couramment dans les institutions islamiques et voir dans quelle mesure un meilleur choix serait possible, notamment pour la Holis nous servant d'illustration.

31. Faiblesses du type usuel de contrôle de la conformité islamique. Il est constant que les institutions ont recours à la compétence de juristes¹²⁵ afin de mettre en œuvre le contrôle de la conformité de leur gestion aux préceptes islamiques. Ces juristes agissent souvent comme membres de « Charia Boards » qui constituent, avec les conseils d'administration, un type de gouvernance duale. Si cette solution, lourde, du Charia Board est devenue la norme dans les grandes structures essentiellement bancaires, ce choix ne serait pas évident pour les petites structures des holdings d'investissement comme les fonds islamiques. Ces derniers devraient bénéficier de solutions adaptées à la rapidité de leur processus décisionnel et à leur petite structure ; ce qui ne les empêche pas de profiter des travaux de portée générale relatifs à la finance islamique¹²⁶. Ces spécificités, pertinentes également aux holdings de contrôle d'IDE, sont reconnues par l'organisme de normalisation¹²⁷ qui les autorise à substituer à la solution du Charia Board la désignation d'un consultant externe chargé de la

¹²⁴ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 258, 300, § 490 et 570, note bas de page n° 1014 en p. 300 faisant référence à Hajjaji.

¹²⁵ Appelés dans la littérature précitée « Charia Scholars ».

¹²⁶ JOUINI et PASTRÉ, *op. cit.* (note 26), p. 125.

¹²⁷ ISLAMIC FINANCIAL SERVICES BOARD, « IFSB-10 Published Standard », 2009, p. 8. URL : <http://www.ifsb.org/standard/IFSB-10%20Shariah%20Governance.pdf>. Consulté le 3 juillet 2017.

validation de la conformité de leur gestion¹²⁸. Cependant, qu'il s'agisse de Charia Boards ou de consultants externes, « les institutions financières islamiques doivent faire face à un autre problème de taille : la rareté du capital humain. Il y a moins d'une centaine de Shariah¹²⁹ Scholars dans le monde suffisamment formés et compétents pour siéger dans un Shariah Board. Pour contourner cette difficulté, ces spécialistes en droit islamique multiplient les mandats dans différents Shariah Boards. Cela permet, certes, d'assurer, de manière indirecte, une plus grande homogénéité dans les décisions des différents comités islamiques. Mais cela ne peut être qu'une solution temporaire et, par ailleurs, cela peut engendrer des situations de conflits d'intérêts¹³⁰ ». Toutefois, on peut estimer que ce problème de rareté de compétences est relatif au système utilisé actuellement dans l'industrie de la finance islamique basé sur la soft law qui, au-delà de ses standards, laisse à chaque institution la possibilité de créer le droit par dépeçage des rites de hard law. Ce problème ne devrait donc pas se poser de la même façon quand la conformité se base sur l'un ou l'autre de ces rites de hard law sans aucun recours au dépeçage car les juristes formés à la jurisprudence des rites se comptent probablement en dizaines de milliers. Il est vrai que ces compétences nombreuses doivent être formées à la finance moderne pour pouvoir devenir opérationnelles, non pas pour la création par dépeçage de solutions nouvelles en droit islamique répliquant les produits de la finance conventionnelle, mais pour le rattachement des situations juridiques actuelles aux règles du rite choisi. Cette mise en œuvre revient à qualifier dans la jurisprudence du rite les produits conventionnels actuels, ce qui est relativement simple, et à proposer des solutions authentiques à ce rite au cas où un produit conventionnel serait non conforme à la jurisprudence en question, ce qui est plus difficile. Toutefois, cette bonne nouvelle de disponibilité de jurisconsultes qualifiés, pour les investisseurs cherchant l'authenticité des rites, n'est réellement effective qu'avec un outil adapté de contrôle de la conformité.

32. Typologie des outils de contrôle de la conformité islamique. Dans le domaine du contrôle de conformité, le droit étatique « n'entrave pas les initiatives privées visant à l'emploi d'outils juridiques de financement dans un sens conforme aux normes religieuses : le fleurissement de comités de religieux et de chartes éthiques comportant des critères respectueux des prescriptions et doctrines religieuses en témoignent¹³¹ ». Ainsi, la pratique juridique montre que le droit étatique accommode les deux types de contrôle de la conformité des investissements

¹²⁸ AAOIFI' AUTHORS, [Études des normes de l'AAOIFI] دراسات المعايير الشرعية Dirāsāt ma 'āyir al-shar'īyah, al-Manāmah : AAOIFI, H 1437 (vol. 4), p. 2019, v. 3, note bas de page n° 1.

¹²⁹ Orthographe anglo-saxonne de « charia ».

¹³⁰ JOUINI et PASTRÉ, *op. cit.* (note 26), p. 42.

¹³¹ Contribution de Julien Couard dans MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35), p. 249.

confessionnels, que ce soit par des comités de religieux ou par des chartes éthiques de contractualisation de la gestion. Il n'y a donc aucun impératif de droit obligeant une institution islamique européenne à adopter comme type de gouvernance de sa conformité le comité de religieux du Charia Board plutôt que la solution de contractualisation. Cette dernière semble plus sécurisante pour les investisseurs exigeants de l'institution concernée et plus efficace économiquement.

33. Notion de contractualisation des règles de gestion d'une société. La définition juridique précitée de la société ne fait apparaître comme acteurs que ses associés, laissant entendre que la gestion de la société est assumée par les associés. Elle occulte le rôle du gérant tiers. Le droit spécial des sociétés intègre néanmoins la séparation fréquente entre associés et gérants. Il précise que le gérant est soumis au minimum à une obligation de respect des intérêts de l'associé qui constitue la principale, voire l'unique, composante de l'intérêt social. Cette obligation globale ne fait pas obstacle à l'usage de clauses contractuelles plus élaborées qui s'imposeront au gérant de la société (via les statuts ou un contrat ad hoc signé par le gérant). Quelle que soit la forme de ce contrat de gestion, il est d'usage qu'il comporte, d'une part, des clauses spécifiques détaillant les droits et obligations du gérant liés notamment au mode de gouvernance et, d'autre part, des clauses plus générales détaillant des règles de gestion regroupées dans une charte annexée audit contrat. Cette séparation au niveau de la documentation juridique des clauses spécifiques et générales permet une meilleure lecture du contrat de gestion. Elle permet également de donner à une charte l'autonomie qui peut lui conférer une valeur statutaire en cas d'annexion aux statuts de la société. S'agissant d'une contractualisation de conformité religieuse, l'ensemble des clauses (spécifiques comme générales) traduisent le fait religieux. Or, « dans la finance islamique... le fait religieux est une qualité substantielle de la chose, objet du contrat¹³² », ce qui fait peser sur le gérant l'obligation du respect du fait religieux contractualisé. C'est donc ce contrat *faith-based* qui transforme une obligation morale en une obligation civile¹³³ dont l'inexécution sera sanctionnée par le juge si elle est suffisamment précise¹³⁴. Ainsi, la contractualisation de la gestion dont il est question dans cette thèse nécessitera la formulation précise des règles de la jurisprudence islamique liées à l'interprétation des obligations contractuelles afin d'atteindre l'objectif de réduction de l'insécurité juridique de l'investisseur islamique. C'est à cette condition que la

¹³² MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 14.

¹³³ La distinction entre l'obligation civile et l'obligation morale est rappelé par Bertrand FAGES, *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, France : LGDJ-Lextenso, 2016, p. 24.

¹³⁴ Voir infra § 129-130.

contractualisation basée sur les obligations morales de la jurisprudence de hard law peut offrir une voie prometteuse non exploitée jusque-là en finance islamique.

34. Adaptation de la contractualisation à la conformité islamique de hard law.

Grâce à la précision des règles de conformité, la contractualisation de la gestion permettrait également de gagner en efficacité par la réduction drastique du recours préalable aux juristes qui caractérise la gouvernance duale avec un Charia Board. En effet, la voie d'avenir semble passer par l'intégration de certains membres du Charia Board dans les organes d'administration de l'institution islamique, où ils peuvent faire partie des comités d'audit interne ; quant aux membres du Charia Board qui demeurent indépendants, ils pourront participer aux audits externes annuels. Si les recherches antérieures n'ont pas emprunté cette voie que pourrait ouvrir la contractualisation de la gestion, c'est probablement parce que la précision requise des règles contractuelles est difficile à trouver dans une soft law qui manque de profondeur. Mais ce vide juridique patent de la soft law, qui rendrait impossible toute contractualisation précise de la gestion, ne devrait pas nous décourager d'explorer une telle solution si un des rites de hard law était retenu comme référence de conformité. Ceci peut changer la donne, car cette jurisprudence de hard law dispose justement de références précises et complètes qui permettent la construction d'une telle contractualisation de la gestion. Autrement dit, si cette voie paraît prometteuse pour les institutions adoptant une conformité de hard law, elle semble difficile à utiliser pour l'industrie de la finance islamique basée sur la soft law (qui doit créer au cas par cas des produits de substitution à la finance conventionnelle par dépeçage). Ceci peut donc expliquer l'absence ou la maigre présence du thème de la contractualisation des règles de gestion dans les recherches focalisées sur une conformité de soft law.

35. Absence de recherches dans la contractualisation de la gestion conforme à la soft law. Même pour les fonds islamiques qui sont étudiés abondamment comme nous l'avons indiqué, le contrat de gestion demeure une construction de praticiens dont les termes de conformité sont très généraux. Pourtant, les fonds d'investissement devraient être intéressés par une version de ces contrats qui réduirait l'insécurité juridique, car leur fonctionnement est caractérisé par une dissociation entre leurs associés et les gérants¹³⁵. Cependant, le positionnement marketing jugé opportun par l'industrie à ce stade ne demande pas d'aller plus loin pour viser une clientèle dont le souhait en conformité islamique serait plus exigeant et plus

¹³⁵ Liés par des contrats de management aux dits fonds : voir CEDDAHA, *op. cit.* (note 112), p. 391-396.

détaillé. L'ensemble des chercheurs n'ont donc pas orienté leurs travaux vers la construction d'une charte de gestion pour assurer la conformité des fonds en particulier et des institutions islamiques en général. Il est vrai, comme nous l'avons vu, que la norme usuelle de l'industrie de la finance islamique laisse cette responsabilité entière à la charge des organes de contrôle de la conformité qui interviennent préalablement au coup par coup dans la gestion de l'entité économique porteuse de l'investissement islamique. Dans la logique de cette pratique, les chercheurs auraient évité d'empiéter sur le domaine usuel de ces organes de contrôle de conformité qui pourrait, en plus, représenter une remise en cause des intérêts matériels liés à ce type de gouvernance. Ces chercheurs n'ont donc abordé certains éléments du fonctionnement des fonds islamiques que dans un but comparatif à la finance conventionnelle, souvent à titre d'illustrations des principales différences. Dans ces conditions, les recherches fondamentales récentes n'ont étudié que de façon lacunaire et sommaire la jurisprudence de *hard law* islamique applicable aux contrats dans leur régime général¹³⁶ et aux régimes spéciaux de vente¹³⁷ ou de crédit¹³⁸. Le même constat de lacunes est fait pour les recherches appliquées traitant spécifiquement des fonds islamiques ; en effet, ces recherches ne poursuivaient pas l'objectif de la contractualisation détaillée des règles de gestion islamique, ni au niveau des statuts, ni au niveau des contrats *ad hoc* de gestion. Dans ces conditions, il serait original et intéressant de chercher les fondements, islamiques et étatiques, qui pourraient rendre possible cette contractualisation, notamment pour la gestion des holdings dont le capital est détenu par des investisseurs réticents aux standards actuels de la finance islamique. Cette contractualisation devrait alors codifier la mise en œuvre de l'objet de l'institution islamique permettant à cette dernière d'être qualifiée « d'entreprise de tendance ».

36. Entreprise de tendance. Notion légale confirmée en jurisprudence, la doctrine désigne par « entreprise de tendance » celle qui a un régime spécial en droit du travail¹³⁹ en raison de son caractère de défense d'une certaine doctrine ou d'une certaine éthique qui fait

¹³⁶ Voir COMAIR-OBEID et FOUCHARD, *op. cit.* (note 57).

¹³⁷ Voir Rita MOUCANNAS-MAZEN, *Le Droit arabo-islamique et les relations économiques internationales : étude théorique du contrat de vente*, Lille 3, France : ANRT, 1989 ; BESSEDIK, *op. cit.* (note 57).

¹³⁸ Un sujet traité, toujours d'une façon lacunaire, par la quasi-totalité des chercheurs : voir Stanislas ORDODY DE ORDOD, *Taux d'intérêt explicite et principe du partage des profits et des pertes le coefficient « q »*, Grenoble : ANRT, 1996 ; Mondher BENAROUS, *Le prêt d'argent : intérêt ou participation équilibrée ? : le cas de la banque islamique : thèse de doctorat en sciences économiques*, Thèse, Faculté de droit et de sciences économiques, Limoges, France, 2000, 387 p. ; Abdelkerim AMINE, *Contribution à la connaissance des méthodes de financement sans taux d'intérêt*, Thèse doctorat, Université Montesquieu-Bordeaux IV, France, 2004, 361 p. ; Ibrahim-zeyyad CEKICI, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, France, 2012 ; Rola SHABAYEK, « Thèse en cours : La pratique de la prohibition du prêt à intérêt dans le monde moderne », <http://www.theses.fr>, [s.d.]. URL : <http://www.theses.fr/s103226>. Consulté le 27 juillet 2017.

¹³⁹ Voir *infra* § 138.

partie de son identité¹⁴⁰. Ceci s'applique en particulier aux entreprises de tendance religieuse « pour lesquelles la norme religieuse constitue à titre principal l'objet ou règle les conditions d'accomplissement de celui-ci¹⁴¹ ». La première branche de cette définition évoquant la norme religieuse constituant l'objet même de l'entreprise ne nous concerne pas car elle est spécifique aux collectivités religieuses, à l'exclusion des entreprises commerciales. En revanche, la deuxième branche de cette définition évoquant la norme religieuse réglant les conditions d'accomplissement de l'objet de l'entreprise correspond aux règles d'exécution de l'activité de l'entreprise qui peut alors être de nature commerciale. Pour ce dernier cas et comme nous l'avons indiqué pour les institutions islamiques considérées dans cette thèse, Couard estime que l'entreprise a intérêt à utiliser le véhicule de la personne morale¹⁴² pour assurer une meilleure sécurité juridique en évitant aussi bien l'indivision dans le patrimoine que la qualification de société de fait. Dans tous les cas, il s'agit d'entreprises « dont l'éthique est fondée sur la religion¹⁴³ » ou « les convictions » dans le langage de la CEDH et la terminologie de la directive¹⁴⁴ 2000/78. Se démarquant légèrement de ces définitions et dénominations, Couard considère qu'en réalité, ce régime de l'entreprise de tendance est emprunté à l'entreprise confessionnelle ou « congréganiste » qui, selon lui, se distingue de la définition générale de l'entreprise de tendance par des traits particuliers. Ces particularités traduisent, selon lui, la solidité du lien entre la ligne de conduite idéologique de l'entreprise confessionnelle et ses finalités religieuses. En effet, ce lien est caractérisé par la prééminence et la permanence qui, par ailleurs, donne à une telle entreprise confessionnelle son aspect institutionnel. Ainsi, c'est l'aspect définitif et essentiel de la conformité aux convictions religieuses de sa ligne de

¹⁴⁰ Définie par la doctrine comme étant « une entreprise dont l'objet est la défense et la promotion d'une doctrine ou d'une éthique » : voir Julien COUARD, *L'entreprise congréganiste en droit des affaires*, Paris : Defrénois, 2010 (Doctorat & notariat, collection de thèses, t. 41), p. 467.

¹⁴¹ Francis MESSNER, Pierre-Henri PRÉLOT, Jean-Marie WOEHLING et Isabelle RIASSETTO, *Traité de droit français des religions*, 2ème, [s.l.] : Litec, LexisNexis, 2013, p. 1177.

¹⁴² Dans ce cas d'entreprise sociétaire, l'identité religieuse réglant les conditions d'accomplissement de l'objet social peut être affirmée par tout moyen de preuve admis pour l'entreprise de tendance, que cette tendance soit religieuse ou, au contraire, de neutralité religieuse. En effet et pour instaurer une mesure proportionnée de restriction ou de discrimination dictée par une « exigence professionnelle essentielle et déterminante », le moyen minimal exigé en l'absence de clause du règlement intérieur est la note de service, comme le confirme l'arrêt n° 479 du 14 avril 2021 (19-24.079) de la Cour de cassation - Chambre sociale (URL : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_sociale_576/479_14_46873.html). Il va de soi que ces moyens, note de service ou règlement intérieur, peuvent se référer à une stipulation statutaire, relative aux modalités de réalisations de l'objet social. Même si son objet n'est pas de préciser « un ou plusieurs objectifs sociaux et environnementaux que la société se donne pour mission de poursuivre dans le cadre de son activité », cette stipulation doit être adoptée par une assemblée des associés selon un mécanisme semblable à celui des sociétés à mission, voir : article L. 210-10 du Code de commerce, URL : <https://www.legifrance.gouv.fr/codes/id/LEGIARTI000038528238/2019-05-24>.

¹⁴³ MESSNER et al., *op. cit.* (note 141), p. 1211.

¹⁴⁴ Facultative, la transposition de cette directive n'a pas eu lieu en France qui a choisi de modifier à minima le Code du travail : voir infra § 138.

conduite, et donc de sa gestion, qui fait de l'entreprise confessionnelle une catégorie à part distincte de l'entreprise de tendance (même si elles partagent le même régime en droit du travail). À vrai dire, et malgré ces explications de Couard, sa définition de l'entreprise qu'il dénomme « congréganiste » en référence au droit canon est bien un cas particulier de ce que la doctrine appelle l'entreprise à tendance religieuse qui constitue un sous-ensemble de l'entreprise de tendance. Sur le plan terminologique, l'appellation « congréganiste » n'est pas entrée dans les usages contrairement à celle d'entreprise « confessionnelle¹⁴⁵ » qui désigne couramment l'entreprise de tendance religieuse qui demeure l'appellation complète, reprenant sur la forme le terme jurisprudentiel « tendance » et sur le fond la définition de la directive précitée. Quelle que soit l'appellation, cette qualification ouvre la porte à un régime du droit de travail adapté à l'institution islamique dont la gestion est contractualisée en conformité avec le rite de hard law choisi par l'investisseur, ce qui précise davantage l'exemple appliqué servant d'illustration principale à notre recherche.

37. Hypothèse principale de réponse à la question de recherche. L'illustration de notre sujet d'abord par la holding d'investissement de contrôle en private equity, ensuite et surtout par la contractualisation de la gestion de cette holding constituera le fil conducteur de l'aspect pratique de cette thèse. À y regarder de près, le métier de private equity de cette holding est multiple car il s'exerce aussi bien dans l'activité M&A que dans celle de l'intégration du groupe de la Holis. Cette intégration de son groupe est le métier au quotidien de la Holis dont l'objectif est la création de valeur par la réalisation des synergies entre ses filiales. Quant au secteur d'activité de ce groupe, nous avons choisi que ce soit celui des activités non bancaires ou assimilées¹⁴⁶. Par conséquent, l'activité de la Holis est rattachée à un actif principal tangible¹⁴⁷ exploité par une entreprise de service ou d'industrie (et pouvant faire l'objet d'un partenariat de transfert technologique ou d'assistance technique avec la région MENA¹⁴⁸ notamment). Pour une telle activité et outre la bonne gouvernance, la connaissance du métier de private equity de contrôle est l'expertise sur laquelle on compte le plus pour assurer la réussite économique de la Holis dans son secteur de spécialisation. Il est en effet rare qu'une holding de contrôle soit une entreprise diversifiée dans plusieurs secteurs ; bien au contraire, de telles holdings sont extrêmement spécialisées afin de réaliser des synergies entre leurs filiales.

¹⁴⁵ « Confessionnelle » selon l'appellation de Riassetto dans le traité collectif sur le droit français des religions et « congréganiste » selon Couard dans sa thèse : voir MESSNER et al., *op. cit.* (note 141), p. 1212, 1214-1215 ; COUARD, *op. cit.* (note 140), p. 186, 468, 470-473.

¹⁴⁶ Comme les institutions de financement, quel que soit leur régime légal.

¹⁴⁷ Voir supra § 18, 24 et 27.

¹⁴⁸ Middle East & North Africa.

Cependant, notre sujet demeure plus large que cette illustration, car il répond à une question qui se pose à toutes les institutions islamiques concernant la « *faisabilité en droit étatique de la conformité aux rites islamiques* ». Ainsi, le choix de notre objet principal ne nous empêchera pas d'utiliser d'autres illustrations lorsque ce sera plus parlant, même quand il s'agira d'un domaine non économique. Ce choix illustratif ne sera pas un frein non plus pour l'application des analyses de cette illustration principale à tous les autres produits de la finance islamique, y compris les produits bancaires de financement et les produits du marché financier de placement et d'investissement. Ce qui fait l'unité de ce sujet demeurera toujours la réponse à notre problématique de la faisabilité de la conformité rituelle. Cette thèse a donc l'ambition de démontrer la « *conformité rituelle islamique illustrée par la contractualisation des règles malikites de gestion et d'investissement de contrôle en private equity européen* ». Ce libellé, constituant l'hypothèse principale de réponse à notre question de recherche, est à l'origine du titre de ce sujet dont le traitement requiert que l'on s'y arrête pour baliser le chemin de cette réponse.

Section 3. Traitement du sujet

38. **Idee directrice.** Notre hypothèse principale répondant à notre question de recherche s'appuie sur l'idée directrice que l'illustration par un exemple bien choisi suffit à démontrer la faisabilité de la conformité rituelle de hard law, sans avoir à faire une telle démonstration dans l'absolu. Cet exemple bien choisi que nous avons sélectionné : « la contractualisation des règles malikites de gestion de la Holis », a en sa faveur, comme nous le verrons, aussi bien des fondements généraux qu'un contenu qui se prêtent à la généralisation. En effet, les fondements étatiques semblent offrir un champ de liberté suffisamment large pour permettre l'accommodation d'une conformité malikite des holdings porteuses d'investissements islamiques à condition que cette jurisprudence malikite soit suffisamment complète et précise. Or, une étude initiale des fondements du malikisme au sein du système sunnite fait apparaître l'existence de méthodes juridiques qui seraient capables de combler les lacunes de la jurisprudence anciennement codifiée, pour offrir une jurisprudence complète et précise. Ceci rendrait donc possible la conformité malikite des holdings islamiques, comme d'une bonne partie des institutions islamiques, qu'il s'agisse de holdings de contrôle ou non. Cette généralisation des fondements de la contractualisation de la gestion de la Holis se retrouve également au niveau du contenu de cette contractualisation. En effet et comme nous le verrons, le positionnement de la Holis comme un acteur de la demande des produits financiers islamiques ouvrira la voie à l'identification de ceux de ces produits qui sont authentiquement

conformes au rite malikite de hard law. Ainsi, aussi bien les fondements que le contenu de la contractualisation de la gestion de la Holis présentent une capacité à la généralisation pour aller au-delà de l'illustration du private equity de contrôle. Ce potentiel apparaîtra aussi bien dans la méthode (A) que dans le plan (B) du traitement de ce sujet de faisabilité d'une conformité rituelle authentique.

A. Méthode de la recherche

39. Démarche de cette recherche. Notre hypothèse principale, celle d'une « *conformité rituelle islamique illustrée par la contractualisation des règles malikites de gestion et d'investissement de contrôle en private equity européen* », a d'abord pour but de trouver les bons fondements pour une conformité rituelle islamique. Des fondements qui permettent de démontrer nos hypothèses subsidiaires à travers l'illustration par la contractualisation des règles malikites de gestion et d'investissement de contrôle en private equity européen. Ainsi, le traitement de notre sujet se fait principalement à travers son illustration par la contractualisation de la gestion de la Holis, ce qui exige que l'on parte de la notion de contractualisation déjà indiquée pour identifier les problématiques juridiques qui se posent aussi bien en droit étatique qu'en jurisprudence islamique. Comme notre question de recherche, nos hypothèses de réponse reposent donc sur une dualité de fondements juridiques, étatiques et islamiques, qui appartiennent à deux mondes juridiques totalement différents car l'un repose sur une construction purement humaine alors que l'autre se proclame d'origine divine. Sans déroger à la tradition qui fait du droit des obligations un terrain d'étude privilégié pour le droit comparé¹⁴⁹, notre recherche de ces fondements consiste à identifier parmi les quatre droits étatiques sélectionnés ceux qui sont non seulement économiquement indiqués mais surtout juridiquement sécurisants pour cette contractualisation de la gestion par un tiers. Il faut donc au préalable repérer les disciplines utiles à cette démarche aussi bien pour les fondements islamiques qu'étatiques et préciser pour chacun de ces deux fondements les sources et les approches sur lesquelles il convient de s'appuyer.

40. Disciplines de la recherche en droit étatique. L'illustration de cette thèse, dont l'acteur est une holding d'IDE, se situe clairement en dehors du domaine de placement collectif ; notamment, parce que cette holding est constituée par un cercle étroit d'investisseurs pour réaliser un objet social déterminé¹⁵⁰. Notre sujet demeure, évidemment, régi par des

¹⁴⁹ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 30.

¹⁵⁰ Voir infra § 187.

dispositions plus générales des droits internes des États. Il fait également appel au droit international de l'investissement. Ce lien résulte davantage de la source de droit public international, à travers la convention de la loi applicable aux contrats internationaux¹⁵¹, que du droit privé international¹⁵² (qui peut néanmoins être applicable, par exemple à travers l'adoption des principes Unidroit comme droit gouvernant le contrat de gestion de la holding). Sans ignorer l'Économie¹⁵³ ni occulter l'expertise de l'ingénierie juridique¹⁵⁴, notre recherche demeure un travail de normalisation de la gouvernance de la Holis par la contractualisation des règles de sa gestion. Une contractualisation qui relève des disciplines du droit des affaires avec ses composantes de droit des sociétés, de droit fiscal et surtout de droit des contrats. La jurisprudence, sans être une source aussi fondamentale qu'en droit anglais, peut parfois ajouter un éclairage clé à la loi des trois pays continentaux inclus dans le territoire géographique de notre étude. Par un tel éclairage on arrive, par exemple, à cerner la frontière entre le droit des sociétés et le droit commun des contrats dans le domaine des conventions de management. C'est sur l'ensemble de ces disciplines que s'est appuyée l'œuvre collective monumentale que représente le traité de droit français des religions¹⁵⁵, notamment dans ses travaux sur l'entreprise confessionnelle. C'est également sur ces disciplines que s'est appuyée la recherche similaire de Couard qui applique le droit identifié par le traité précité aux entreprises dites « congréganistes ». Bien qu'elle étudie le droit canonique, cette thèse intéressante de Couard a une portée couvrant toute entreprise confessionnelle, comme l'a relevé le professeur Le Tourneau dans sa préface en estimant que la thèse en question montre qu'une « entreprise peut avoir une identité religieuse (quelle que soit du reste la religion, juive chrétienne ou musulmane¹⁵⁶) ». Partageant cette appréciation, nous estimons que notre recherche s'insère dans le cadre du sujet traité par Couard, mais aborde l'entreprise confessionnelle à travers la jurisprudence islamique alors que Couard l'aborde à travers le droit canon. Bien évidemment, notre conjugaison de ces disciplines de droit étatique, auxquels s'ajoute la dose nécessaire de droit international et de droit européen, se fera sur le territoire des quatre États choisis. Ces disciplines bénéficient d'une bibliographie publiée, mais comme notre recherche est de nature

¹⁵¹ Mario GIULIANO et Paul LAGARDE, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, [s.l.] : Journal officiel des Communautés européennes du 31.10.80, 1980. URL : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=EN).

¹⁵² Un ensemble de droits contractuels nationaux agissant juridiquement comme pour les souscripteurs aux instruments des euromarchés : voir CARREAU et JUILLARD, *op. cit.* (note 33), § 1820 et 1822.

¹⁵³ « la notion économique, d'un côté, la notion juridique, de l'autre côté » selon les termes de *Ibid.*, § 1224.

¹⁵⁴ Selon les termes de Bertrel : voir FASQUELLE et al., *op. cit.* (note 112), § 2.50.

¹⁵⁵ Dont la première édition remonte à 2003 et la seconde date de 2013 : voir MESSNER et al., *op. cit.* (note 141).

¹⁵⁶ COUARD, *op. cit.* (note 140).

à avoir des retombées pratiques, de multiples entretiens et échanges personnels avec des praticiens et des professeurs nous ont aidé à conforter nos choix.

41. Disciplines de la recherche en jurisprudence islamique. Le droit islamique étant de nature jurisprudentielle, le « *usul al-fiqh*¹⁵⁷ », décrivant les sources et méthodes créatrices de droit, constitue sa discipline fondamentale non seulement pour la compréhension des règles accumulées mais également pour la création des règles adéquates pour les nouvelles situations non encore qualifiées. Toutefois et comme nous le verrons, cette jurisprudence bâtie sur les textes sacrés est une œuvre humaine d'origine plus doctrinale que judiciaire. Ce sont donc des docteurs en droit qui ont créé le « *fiqh* », la jurisprudence proprement dite, qui est l'autre discipline qui nous sera nécessaire à la contractualisation de la conformité (dans un sens général englobant la contractualisation aussi bien de la norme religieuse elle-même que de la gouvernance imposant le respect d'une telle norme). Ces docteurs ont posé les Causes, les Conditions et les évaluations nécessaires à l'énonciation précise de chaque règle¹⁵⁸ en lui attribuant l'un des cinq caractères de l'Obligatoire à l'Interdit en passant par le Désirable, le Facultatif et l'Indésirable. Par ailleurs, et pour le cas où cette règle serait soumise à l'institution judiciaire, elle aurait également des modes de preuves relatifs aux faits qui lui sont associés¹⁵⁹. Comme pour le droit étatique, on peut délimiter le champ de la règle de droit qui serait utile à cette thèse en nous intéressant uniquement à la jurisprudence des relations, le *fiqh el-mouamalet*¹⁶⁰. Notre étude s'arrête à cette branche aussi fournie de la jurisprudence car nous ne sommes pas dans une conformité de soft law où il suffit de connaître les Normes de l'AAOIFI, nous sommes dans un domaine plus vaste d'un droit de nature jurisprudentielle qui fait un usage large de l'analogie au sein de *fiqh el-mouamalet*. Un domaine d'autant plus vaste que nous devrions codifier les principaux contrats commerciaux que rencontre le gestionnaire d'une holding de contrôle et surtout que nous devrions remonter aux sources de hard law et soft law pour pouvoir faire notre étude de droit comparé au sein des règles islamiques. Pour les questions encore inexplorées en hard law à cause du manque d'actualisation de la jurisprudence comme pour les questions sensibles à cause des intérêts en jeu, les sources publiées manqueront et nous aurons recours à des sources parfois grises et parfois purement verbales recueillies lors

¹⁵⁷ En arabe : أصول الفقه

¹⁵⁸ Shihāb al-Dīn QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, [Distinctions « Furuq »] كتاب الفروق, Egypte : Dar al-Salam, 2010 (vol. 1-4/4), p. 1009.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 252 et 1185, § 17 et 225.

¹⁶⁰ C'est ce que fait Himeur en se référant à Al-Zatari (A. E.), Les relations financières dans le droit musulman comparé (*fiqh al mou'amalt al maliya al-moqaran*), Syrie, Éditions Dar al-ʿata, 2005 : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16).

d'entretiens quelquefois officieux. Souvent, c'est sur notre propre capacité que nous devons compter pour qualifier les nouvelles situations juridiques, capacité forcément limitée face à cette matière extrêmement complexe.

42. Difficulté de la recherche en finance islamique. Au niveau même du vocabulaire, la finance islamique « pose une difficulté certaine¹⁶¹ », comme le constate le professeur Bonneau, ce qui nous a amené à dresser un lexique permettant au lecteur, non familier du droit islamique, de ne pas perdre pied au cours de sa lecture de cette thèse. Cependant, cette compréhension de « façade » du vocabulaire ne devient parfaite que si on saisit le sens des principes et concepts religieux sur lesquels ce vocabulaire est bâti. Or, la compréhension des principes religieux et de leur portée « objectivable » n'est pas facile car la matière est essentiellement exprimée en langue arabe, difficilement accessible¹⁶². En plus et même si cette matière, dite de *usul al-fiqh*, est comprise dans son état brut, son application à de nouvelles situations juridiques nécessite non seulement la connaissance de la jurisprudence islamique du *fiqh* mais également toutes les disciplines modernes pertinentes à ces situations¹⁶³, ce qui représente deux difficultés supplémentaires. La première de ces difficultés fait que l'accès à la matière brute des principes religieux pertinents à la finance islamique ne serait pas possible pour un simple arabisant, car il faut également avoir des connaissances suffisantes en *fiqh* ; autant dire que si on n'est pas au moins un apprenti juriconsulte, cette matière brute sera hors de portée¹⁶⁴. La seconde difficulté découle du fait que l'application de cette matière à des situations réelles, requiert la compréhension de toutes les disciplines permettant de qualifier ces situations dans leurs environnements notamment européens. Il convient donc d'être formé pour apprécier les avis d'experts en droits étatiques et en d'autres disciplines relevant de l'Économie et de la gestion. Globalement donc, pour pouvoir porter un avis relativement autonome sur la conformité de certains contrats modernes aux principes de la jurisprudence islamique, il faudrait être au minimum un apprenti juriconsulte formé aux disciplines modernes allant du droit à l'Économie. Ceci représenterait une barrière infranchissable pour la majorité des chercheurs en finance islamique, et serait accessible modérément à quelques « *happy few*¹⁶⁵ ». L'humilité

¹⁶¹ Préface du professeur Bonneau dans : *Ibid.*, p. 12.

¹⁶² Par son langage et ses termes spécifiques, en plus de ses concepts qui sont difficiles à saisir même pour un arabisant.

¹⁶³ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 24.

¹⁶⁴ Pour un exemple réel de difficulté de compréhension et de traduction, voir § 11 en annexe 3.

¹⁶⁵ Parlant de cette difficulté de compréhension de la jurisprudence islamique, maître Himeur s'exprima ainsi « Si la matière est abondante en langue arabe, il n'en demeure pas moins qu'elle ne se laisse pas facilement approcher ... Il est étonnant que le fondement de la finance islamique soit si connu dans son principe, mais si trouble dans son application. Rares sont les mécanismes dont l'histoire est si riche, si mouvementée et en même temps si

devrait donc caractériser tout exercice d'appréciation autonome de l'authenticité d'un système de règles de conformité. Un exercice nécessaire car seule l'autonomie d'une telle appréciation permettra de porter un regard critique sur tous les avis subjectifs, qui souffrent d'un conflit d'intérêt à cause des liens de leurs auteurs avec l'industrie contemporaine de la finance islamique. La difficulté de cet exercice d'appréciation autonome en droit islamique vient s'ajouter à la difficulté générale de l'étendue de l'approche du droit comparé.

43. Approche du droit comparé. Comme on l'a vu, les disciplines pertinentes du droit étatique comme celles du droit islamique sont souvent approchées par le droit comparé. Cette approche éclaire, voire détermine, le contenu de la contractualisation de la gestion conforme de la holding et explique l'intérêt de certains de nos choix comme la domiciliation de la holding dans un État plutôt qu'un autre. Appliquée au droit islamique, notre approche de droit comparé s'avère parfois insuffisante et il est utile de la combiner avec une approche plus théorique de *usul al-fiqh* expliquant les sources de la jurisprudence islamique afin de pouvoir qualifier en hard law certaines situations juridiques nouvelles. Sans cette approche imbibée d'une dose de théorie, il serait par exemple impossible de se prononcer sur la conformité en hard law du mode de financement Mourabaha que pratiquent actuellement les banques islamiques. Notre démarche, qui s'appuie sur cet ensemble de disciplines et d'approches pour répondre à la question centrale de notre recherche, nous aidera également à élaborer le plan de cette thèse.

B. Plan de la thèse

44. Méthode de l'élaboration du plan. Comme nous l'avons indiqué, nos contraintes nous empêchent de procéder à une démonstration dans l'absolu de la faisabilité de la conformité à la hard law ; c'est pour cela que l'idée d'une réponse à la problématique par l'exemple s'impose. Pour les raisons que nous avons expliquées précédemment, il nous a semblé judicieux d'utiliser l'exemple de la contractualisation des règles malikites de gestion et d'investissement de contrôle en private equity européen. Ce cas précis sera donc l'axe de la structuration hiérarchique de nos arguments pour une démonstration par étape. En effet, la contractualisation de la gestion de la Holis est une problématique complexe qui soulève une multitude de problématiques juridiques hiérarchisées, de la plus compliquée à la plus simple jusqu'à arriver à décomposer la problématique complexe initiale en un ensemble de

déterminante pour leur compréhension ... Les juristes praticiens comme théoriciens l'ont tous entrevu d'une façon ou d'une autre, à toute époque » : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 24.

problématiques élémentaires. Elle nécessite la résolution de problématiques plus simples dont celle consistant à identifier les fondements du droit étatique applicable qui transforme, comme on l'a vu, l'obligation morale de la conformité religieuse en une obligation civile. Cette dernière problématique relative aux fondements étatiques exige à son tour de considérer plusieurs problématiques élémentaires comme les fondements de la SAS luxembourgeoise permettant l'accommodation de la charte de gestion. A l'instar de cet exemple, tout notre plan s'organise comme cette hiérarchie de problématiques en constituant un ensemble dont chaque paragraphe répond à une partie des exigences de sa section qui, à son tour, répond à une partie des exigences de son chapitre, qui, en suivant la même logique, répond lui-même à une partie des problématiques soulevées par son titre et sa partie. Les paramètres choisis pour procéder à cette décomposition de problématiques, traduite dans notre plan, doivent contribuer à atteindre l'objectif de promotion d'un environnement de réflexion entre les futurs gestionnaires et les juriconsultes des futurs actionnaires de la Holis, permettant ainsi une négociation sereine et constructive afin d'aboutir à cette contractualisation. Cet objectif est d'autant plus important à respecter qu'il s'agit d'une conformité différente de l'usage habituel des standards de soft law. C'est pour cela que cette conformité nécessite une description dans cette introduction du chemin qui sera suivi par les parties de cette thèse afin de faciliter la lecture de son plan sommaire que nous présenterons à l'issue de ce chapitre introductif.

45. Problématiques juridiques des deux parties de cette thèse. Il est vrai que notre sujet, traitant la faisabilité de la conformité à la hard law à travers son illustration par la contractualisation des règles malikites de la gestion de la Holis, est à l'origine suscité par une opinion qui considère qu'une finance islamique basée sur la conformité de la hard law des rites serait plus authentique que la finance islamique actuelle. C'est cette opinion initiale qui nous a menés à l'interrogation sur la faisabilité de cette conformité de hard law, donnant naissance à notre sujet. Ce dernier est alors une démonstration de cette faisabilité qui, pour bien faire, use du droit comparé afin de nourrir une réflexion qui montre, au-delà de la faisabilité, que cette solution de la contractualisation est plus optimale pour la finance islamique aussi bien sur le plan juridique que sur le plan économique. C'est avec cette réflexion en tête, que nous avons adopté, comme argument majeur à la démonstration de cette faisabilité, l'existence de fondements appropriés à la contractualisation de la gestion de l'investissement islamique en conformité avec la hard law (partie I). Ensuite et après cette démonstration de l'existence des fondements, notre second argument est de montrer que ceux-ci sont applicables effectivement en pratique, comme le confirme l'exemple de la construction d'un contenu de la

contractualisation de la gestion de la Holis (partie II). Il est en effet impératif de connaître d'abord en première partie les sources de droit qui permettent de déterminer à la fois les règles de conformité et les moyens de leur accommodation respectant les limites d'ordre public du droit territorial étatique. C'est à la lumière de ces fondements de droit que la gouvernance et la gestion du métier de private equity majoritaire seront codifiés en seconde partie pour pouvoir s'imposer au gestionnaire par la force que la loi donne au contrat. Ainsi, la problématique de la seconde partie relative au contenu du contrat de gestion devrait rester fidèle¹⁶⁶ à l'axe illustratif de cette thèse que constitue le cas de private equity de contrôle, alors que la problématique de la première partie relative aux fondements aura une portée plus générale dépassant de loin le cadre spécifique de la holding de contrôle.

46. Rapport du sujet avec son illustration par le private equity de contrôle.

Comme nous venons de le préciser, le private equity de contrôle, qui constitue tout au long de cette thèse une illustration pratique de la démonstration de la faisabilité de la conformité de hard law, intervient selon une intensité variable en première partie. En effet, l'illustration du bon choix des fondements par le private equity de contrôle n'est pas toujours nécessaire ou possible car le développement de ces fondements est d'une nature générale qui se satisfait souvent d'un raisonnement théorique avec parfois des exemples typiques qui n'appartiennent pas forcément au domaine du private equity de contrôle. Ceci est l'une des conséquences de la portée étendue de cette thèse qui dépasse le cadre illustratif du private equity de contrôle pour s'appliquer à d'autres institutions islamiques, comme les fonds, ou même par certains aspects à tous les produits de la finance islamique en général allant du financement bancaire au placement du marché financier. Le seul trait commun exigé dans tous les cas pour l'application de cette thèse est que la conformité islamique se fasse par rapport à la hard law des rites et non pas par rapport à la soft law de l'AAOIFI.

47. Exigences de la problématique des fondements (première partie). La dualité des fondements juridiques de ce sujet de conformité impose forcément l'étude, d'une part, du droit étatique applicable et, d'autre part, de la jurisprudence islamique de conformité. Cependant et avant de procéder à une étude simultanée de cette dualité avec un véritable va-et-vient entre le droit étatique applicable et la jurisprudence islamique dans le cas précis du private equity de contrôle (seconde partie), il nous a semblé nécessaire d'étudier séparément le fondement de chacun de ces deux droits pour bien le comprendre dans sa propre logique et

¹⁶⁶ Tout en permettant l'évaluation des principaux produits actuels de la finance islamique, comme nous le verrons.

généralité. C'est en partie pour cela que nous nous sommes permis en première partie de dépasser le cadre de notre illustration par le private equity de contrôle à chaque fois que c'était faisable et utile. L'autre raison de ce dépassement du cadre illustratif est d'améliorer la portée de cette thèse afin de permettre à d'autres chercheurs de développer une conformité de hard law dans d'autres métiers que celui du private equity de contrôle. Ainsi justifiée, cette portée plus générale apparaît surtout dans notre étude du rite de conformité qui identifie les sources de la hard law islamique nécessaires à la détermination des règles de conformité pour tout comportement du sujet de droit, et notamment lorsqu'il s'agit de relations de nature économique. Un tel champ est évidemment beaucoup plus large que le domaine de la contractualisation de la gestion de la Holis. Dans une moindre mesure, ce dépassement du cadre illustratif du private equity de contrôle apparaît également dans notre étude du droit étatique applicable puisque la majorité des fondements de notre droit de réception s'applique à toute holding même si celle-ci n'est pas une holding de contrôle ou si elle s'éloigne du private equity en investissant dans les titres cotés. En termes de séquence, il semble naturel dans l'environnement de cette thèse d'orienter notre regard d'abord vers le droit étatique, ce qui nous mènera au choix du droit applicable pertinent (titre I) avant de procéder au choix, tout aussi judicieux, du rite de la conformité (titre II). Cette séquence nous impose, toutefois, d'introduire maintenant les modes islamiques de gouvernance de la gestion d'une entreprise constituée par le capital d'un actionnaire non gestionnaire. Cette gestion du patrimoine d'autrui peut se faire soit selon le mode de la commandite « *Moudaraba* » par un commandité, soit selon le mode du mandat « *Wakala* » par un gérant d'une société « *Mucharaka* ». Alors que l'actionnaire non gestionnaire n'a aucun rôle dans la gestion d'une Moudaraba, il retient une intervention partielle dans le travail du gestionnaire d'une Wakala. C'est sur cette base que seront identifiés les fondements du droit étatique, en cette première partie, et que seront ensuite déterminées les stipulations des contrats de gestion.

48. Exigences de la problématique du contenu de la contractualisation dans le cas de la Holis (seconde partie). Sous le contrôle dual des fondements déterminés en premier partie, la seconde partie illustre la conformité malikite par la construction du contenu de la contractualisation de la gestion dans le cas de la Holis, une holding de private equity de contrôle. Cette construction doit donc respecter aussi bien l'ordre public étatique, découlant du régime de la holding et du régime de son contrat de gestion, que les règles malikites, découlant des sources et des références de ce rite. Cette problématique du contenu du contrat de gestion exige que l'on détermine, d'un côté, les clauses spécifiques de ce contrat qui garantissent le mode de

gouvernance choisi (titre I) et, d'un autre côté, la charte commune à tous les modes de gouvernance, relative à l'exercice du métier-même de private equity de contrôle de la Holis (titre II). La séparation de ces deux exigences correspond à la structure logique que nous avons adoptée lors de la détermination de notre sujet qui ne garde dans le corps du contrat de gestion que ce qui lui est spécifique alors que la charte commune figure en annexe. L'autre raison de séparation de ces deux exigences est que, souvent, elles sont assumées par des personnes différentes au sein de l'équipe de gestion, l'une ayant une expertise plutôt générale d'administration et l'autre ayant une expertise pointue du métier .

49. **Plan sommaire.** Avec cette compréhension du contexte ainsi que du sujet et de son traitement, nous avons précisé le cheminement intellectuel qui sera suivi dans cette recherche et identifié les méthodes et les disciplines qui nous permettront d'avancer tout au long de ce parcours. Nous pouvons donc maintenant donner lecture du plan sommaire de cette thèse.

Plan sommaire

PARTIE I. SÉLECTION DES FONDEMENTS DE LA CONTRACTUALISATION

TITRE I. CHOIX DU DROIT APPLICABLE

Chapitre 1. Régime de la holding d'investissement

Section 1. Dispositions communes

Section 2. Dispositions spécifiques

Chapitre 2. Régime du contrat de gestion

Section 1. Droit commun du contrat de gestion

Section 2. Droit spécial du contrat de gestion

TITRE II. CHOIX DU RITE DE LA CONFORMITÉ

Chapitre 1. Proximité malikite des sources originelles

Section 1. Rigueur dans l'usage des sources législatives sacrées

Section 2. Ouverture des sources jurisprudentielles

Chapitre 2. Profondeur de la jurisprudence malikite

Section 1. Rapport à la hard law historique des rites

Section 2. Rapport à la soft law moderne de l'AAOIFI

Section 3. Piliers de référence du malikisme

PARTIE II. DÉTERMINATION DU CONTENU DES CONTRATS DE GESTION DU PRIVATE EQUITY DE CONTRÔLE

TITRE I. CLAUSES SPÉCIFIQUES DE GOUVERNANCE

Chapitre 1. Gouvernance de la Holis Moudaraba

Section 1. Conformité de la structure de la Holis

Section 2. Conformité des stipulations spécifiques

Chapitre 2. Gouvernance de la Holis Wakala

Section 1. Obligations des parties

Section 2. Protection des parties

TITRE II. CHARTE COMMUNE DU MÉTIER

Chapitre 1. Contractualisation de l'activité de l'entreprise

Section 1. Charte de l'intégration du groupe

Section 2. Charte du M&A

Chapitre 2. Contractualisation de la finance de l'entreprise

Section 1. Régimes malikites de conformité de la finance

Section 2. Montages de soft law problématiques en hard law

1^{ère} Partie. Sélection des fondements de la contractualisation

50. **Dualité des fondements.** Une thèse soutenant la faisabilité d'une conformité rituelle en finance islamique doit d'abord démontrer l'existence de fondements appropriés à cette nouvelle conformité. Or, dans tout sujet de finance islamique appliquée en Europe, les fondements relèvent à la fois de la jurisprudence islamique de conformité et du droit de réception applicable. Ayant choisi de manifester cette nouvelle conformité par le moyen de la contractualisation de la gestion de la holding d'investissement, le premier fondement relatif à la jurisprudence islamique est incorporé dans un acte juridique gouverné par le second fondement relatif au droit applicable dont les règles auront la primauté. Alors que les fondements du droit étatique déterminent les meilleures conditions permettant au fait religieux de s'imposer au juge, les fondements de la jurisprudence islamique déterminent la substance de ce fait juridique. Ainsi, c'est l'association de ces deux fondements étatiques et islamiques qui permettra d'élaborer les principales stipulations de la contractualisation de la gestion dans le cas illustratif de la Holis. Toutefois et avant de procéder à cette association, on étudiera en cette première partie ces deux fondements séparément, afin de bien comprendre chacun d'eux dans sa propre logique. Cette séparation de l'étude des fondements est l'une des justifications de la généralité de la portée de cette première partie allant au-delà du cadre illustratif du private equity de contrôle.

51. **Généralité des fondements.** Par leur nature, les fondements sont d'application générale et c'est pour cela que cette première partie, bien que pertinente en ce qui concerne le private equity de contrôle en particulier, peut également l'être pour bien d'autres produits et métiers de la finance islamique. Ainsi, le fondement étatique de la méthode d'accommodation des contrats de gestion islamiques serait applicable à toute holding d'investissement, dont la

gestion est soumise à la contractualisation d'une charte professionnelle ou éthique, religieuse ou non religieuse. De même, le fondement islamique permettrait de qualifier et de comprendre les règles de ce droit dans leur application non seulement au cas précis du private equity de contrôle mais également à d'autres cas relevant du droit économique islamique. C'est pour cela que nous utiliserons, dans cette première partie, les termes généraux de « société¹⁶⁷ » ou de « holding¹⁶⁸ » pour désigner le véhicule sociétaire d'investissement soumis à la conformité islamique quand la portée du fondement dépasse le cadre étroit de la « Holis¹⁶⁹ ». Tout en évitant le superficiel et la répétition, il serait toutefois utile que cet exposé des fondements signale, quand ceci est opportun, les effets spécifiques sur la contractualisation de la gestion de la Holis qui seront développés dans la seconde partie. Sur cette base et en respectant la hiérarchie entre les fondements, le titre I de cette première partie sera consacré au droit applicable à la contractualisation alors que le titre II traitera du rite de la conformité incorporée dans cette contractualisation.

52. Qualification du fondement islamique dans le droit de réception. Cette thèse traitant de l'application de règles islamiques de gestion à une activité ayant lieu en Europe, il convient de déterminer le moyen de réception des règles de conformité islamiques dans le droit applicable. La « réception de la norme religieuse ou du concept qu'elle contient peut ... se faire au moyen de la technique d'acculturation par assimilation ou traduction en une figure juridique non religieuse qui existe déjà dans le droit national ». Cette traduction, ou accommodation, « est réalisée au moyen d'une opération de qualification juridique ». Cette « opération de qualification suppose naturellement qu'il existe en droit national étatique une institution similaire ou équivalente ou, à défaut, que le montage contractuel correspondant puisse être réalisé par appel aux figures juridiques de droit commun sans heurt et frictions. Dans ce dernier cas, il s'agira d'un contrat ou d'un ensemble contractuel sui generis¹⁷⁰ ».

53. Contrats islamiques possibles pour la gestion de la holding. Comme indiqué en introduction¹⁷¹, le type du contrat de gestion retenu dépend de l'investisseur. Le contrat

¹⁶⁷ En plus de la Holis, ce terme couvre notamment les fonds d'investissement islamique et les sociétés ad hoc des sukuk par exemple.

¹⁶⁸ En plus de la Holis, ce terme couvre notamment toute holding d'investissement islamique dans des participations minoritaires, que cette holding soit soumise au droit commun ou au droit spécial des fonds d'investissement.

¹⁶⁹ Qui est, rappelons-le, l'abréviation de la holding de contrôle de private equity qui constitue l'illustration principale de cette thèse.

¹⁷⁰ Isabelle RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *Journal des tribunaux, Luxembourg*, n° 26, 5 avril 2013, p. 40. URL : <http://orbilu.uni.lu/handle/10993/14567>. Consulté le 17 février 2019.

¹⁷¹ Voir supra § 47.

pertinent est la Moudaraba si l'investisseur souhaite déléguer totalement le management en se réservant uniquement un rôle de contrôle, soit parce que le secteur d'activité n'est accessible que par du capital-risque « venture-capital » soit parce que des relations de confiance existent depuis longtemps entre l'investisseur et son gestionnaire. En revanche, le contrat pertinent sera la Wakala si, au contraire, l'investisseur souhaite exercer certaines prérogatives importantes de gestion. Il va de soi que les caractéristiques distinctives de ces deux types de contrats de gestion ont trait aux droits et obligations des contractants et non pas aux règles de gestion, qui sont identiques. Ainsi, chacun de ces deux contrats islamiques entre investisseurs et gestionnaires contient, en plus des droits et obligations qui lui sont spécifiques, la même charte générale constituée de règles de gestion conformes à la jurisprudence islamique.

54. Caractérisation préalable à la qualification. Pour pouvoir appliquer en Europe les contrats de Moudaraba et de Wakala, il importe d'abord de les caractériser par les droits et obligations des parties afin de pouvoir les qualifier dans le droit de réception en les traduisant en contrats de droit applicable en Europe. D'une part, la Commandite islamique de la Moudaraba¹⁷² comporte certaines contraintes supplémentaires par rapport à la commandite que nous connaissons en Europe. Un tel contrat est caractérisé par un capital en numéraire et un rôle nécessairement passif de l'investisseur qui ne peut qu'exercer un contrôle du gestionnaire sans s'immiscer dans la gestion. Quant au gestionnaire, qui ne peut être révoqué que pour juste motif, il n'est rémunéré qu'à la réalisation de l'objet du contrat par une partie de l'éventuel bénéfice selon un ratio fixé contractuellement dès le début et il n'est responsable de la perte du capital qu'en cas de négligence, notamment par violation des conditions du contrat. Ce régime de responsabilité du gestionnaire de la Moudaraba, incompatible avec le risque illimité du commandité en droit étatique européen, s'applique également au mandat de la Wakala. En revanche et contrairement à la Moudaraba, le mandat de la Wakala permet à la fois l'implication de l'investisseur dans la gestion et la rémunération du gestionnaire par d'autres moyens que le « success fee », mais ce mandat islamique est nécessairement révocable ad nutum par l'investisseur. C'est sur la base de l'accommodation de ces caractères de qualification des deux formes de contrats islamiques ainsi que sur la base de la réception de leur contenu commun correspondant à la charte de gestion que seront identifiés, dans le titre I qui suit, les critères aboutissant au choix du droit qui gouvernera la contractualisation objet de cette thèse.

¹⁷² Pour une étude plus complète du régime de la Commandite islamique, voir infra § 401-421.

Titre I. Choix du droit applicable

55. Sources du fondement relatif au droit applicable. Dans la logique des problématiques présentées dans le chapitre introductif, que nous venons de développer plus avant, les fondements du droit applicable devraient avoir une portée large couvrant la contractualisation de tout type de charte, confessionnelle ou pas, relative à toute holding, de contrôle ou pas. Ainsi, nous ne focalisons notre illustration sur la Holis que dans le cas où le fondement considéré a une portée limitée à ce cas précis. Dans ce cadre, la réception des contrats islamiques de la gestion de la holding passe d'abord par l'identification du régime de cette holding européenne elle-même (chapitre 1) avant d'arriver à la détermination du régime du contrat contenant ses règles de gestion conformes à la jurisprudence islamique (chapitre 2). Comme ce processus se déroulera dans un environnement européen, aussi bien la création de la holding que la contractualisation de sa gestion de conformité s'appuiera sur l'ingénierie juridique¹⁷³. Cette dernière est soutenue par un mouvement de réunification du droit international économique, fruit de la convergence progressive des trois sources de ce corps de règles que sont le droit national, le droit public international et le droit privé international¹⁷⁴. Chacune de ces trois sources sera pertinente pour la sécurisation de la contractualisation des règles islamiques de gestion et d'investissement de contrôle en private equity européen que ce soit au niveau du régime de la holding même ou au niveau de son contrat de gestion. Le droit national du pays d'établissement de la holding sera utile par sa branche du droit des sociétés et, éventuellement, sa branche de droit des contrats tout en respectant la primauté du droit international ratifié. Ce dernier, par ses composantes privée¹⁷⁵ et publique¹⁷⁶, interviendra

¹⁷³ FASQUELLE et al., *op. cit.* (note 112), § 2-50.

¹⁷⁴ Cette dernière source « droit privé international » étant un ensemble de droits contractuels nationaux ayant donné naissance aux euromarchés : pour plus de détail sur ces trois sources du droit international économique : voir CARREAU et JUILLARD, *op. cit.* (note 33), § 13, 15, 17, 19, 28 et 1876.

¹⁷⁵ Comme les principes Unidroit auxquels le contrat peut se référer.

¹⁷⁶ Comme les conventions de non-double imposition.

quasiment toujours pour gérer les obligations contractuelles entre cette holding et son gestionnaire notamment par le choix du droit applicable à ces obligations. C'est sur cette base qu'on offrira à l'actionnaire de la holding la protection nécessaire à même de le rassurer sur la gestion de sa société qui se fera dans le respect d'une charte conforme à la jurisprudence islamique. En tant que fondateur de la holding, cet actionnaire cherchera cette protection, en premier lieu, dans le choix approprié du pays de l'établissement de sa holding en fonction d'impératifs personnels, fiscaux et juridiques qui favoriseront certains pays pour des raisons de discrétion, de minimisation du coût fiscal¹⁷⁷ ou, encore, de sécurité juridique. Ensuite et en fonction de la forme islamique de gestion choisie, Moudaraba ou Wakala, l'actionnaire aura plus ou moins de latitude pour choisir la loi applicable au contrat de management entre sa holding et son gestionnaire ; ce choix pouvant lui procurer une sécurité juridique additionnelle quant au respect de la conformité du type et du contenu d'un tel contrat.

56. Droits étatiques étudiés pour ce premier fondement. Outre le droit français créateur de la SAS qui est la société par actions contractuelle par excellence, le droit luxembourgeois peut être d'une grande pertinence au sein de l'Union Européenne pour domicilier la holding. En effet, ce n'est pas sans raison que le Luxembourg est le premier pays en Europe pour la domiciliation des fonds d'investissement et certainement l'un des premiers pour la domiciliation des holdings de contrôle au sein de groupes européens ou internationaux. Dans une moindre mesure, le droit anglais et le droit suisse peuvent également être pertinents notamment comme droit gouvernant les contrats internationaux et comme siège de juridiction surtout si celle-ci est arbitrale.

57. Importance du droit luxembourgeois dans les montages internationaux. Dans le droit des affaires européen, l'ingénierie juridique, que nous comptons utiliser ici, est une réalité dans laquelle le Luxembourg joue un rôle important. Pour s'en convaincre, il suffit d'étudier les effets en jurisprudence française du montage « double luxco » pour sécuriser les droits du créancier contre les effets du droit français au cas où son débiteur serait ultérieurement protégé par le régime de sauvegarde des entreprises en difficulté¹⁷⁸. En plus d'une capacité inégalée dans la diversification de ses sources d'inspiration pour enrichir son droit interne, le Luxembourg joue ce rôle important dans le droit des affaires grâce à son adoption d'un monisme très avancé vis-vis des règles de droit international qui s'appliquent directement sans

¹⁷⁷ Certains pays ont une fiscalité quasiment nulle pour les revenus de la holding et de ses actionnaires aussi bien pour les dividendes que pour les plus-values ou les bonis de liquidation.

¹⁷⁸ Franz FAYOT et Mathilde LATTARD, « Les structures "double luxco" et leur effet sur la structuration des garanties financières luxembourgeoises », *BULLETIN DROIT & BANQUE*, n° 49, mai 2012, p. 31-37.

aucun besoin d'intégration dans le droit interne. En outre, en plaçant ces règles hiérarchiquement au-dessus de la constitution, le Luxembourg est volontariste pour limiter sa souveraineté par rapport au droit international. Le respect de cette hiérarchie des normes est une mission des tribunaux aidé par l'avis consultatif du Conseil d'État. Ainsi et sauf pour le test de constitutionnalité confié à une cour spécialisée, les lois en contradiction avec les conventions internationales ne sont pas invalidées immédiatement lors de leur promulgation, mais au fur et à mesure des cas de jurisprudence. Seules les normes d'origine réglementaire peuvent déroger à ce contrôle par voie d'exception en empruntant la voie du recours en annulation¹⁷⁹. En outre, pour ceux qui cherchent la discrétion, le Luxembourg offre une grande tradition dans les services fiduciaires de mise à disposition d'actionnaires, dans le cadre de sociétés écrans temporaires¹⁸⁰ par exemple, et de dirigeants apparents ne laissant pas paraître le bénéficiaire économique pendant et après la création de la holding¹⁸¹. Ce rôle du Luxembourg sera illustré dans ce titre I dédié à la détermination du meilleur droit applicable permettant le passage à des régimes étatiques à partir des deux contrats islamiques de gestion d'investissements dont les propriétaires sont non gestionnaires. Un tel passage dépendra, avant tout, du régime de la holding agissant comme véhicule porteur de ces investissements¹⁸² (chapitre 1). Cependant et comme l'activité d'une telle holding à travers ces cibles d'acquisition est européenne, d'autres droits que celui du Luxembourg interviendraient notamment en termes de fiscalité des flux entre la holding et ses filiales. En outre, d'autres droits étatiques pourraient intervenir dans la détermination du régime du contrat de gestion de cette holding (chapitre 2), notamment au niveau des clauses relatives à la désignation de la loi applicable et à l'attribution de juridictions tranchant les différends.

58. Régime de la holding comme première phase du montage d'accommodation (chapitre 1). Qu'il s'agisse de la Commandite Moudaraba ou du mandat de la Wakala, la traduction en droit étatique de ces contrats islamiques de gestion commence toujours par le choix du régime de la holding qui découlera à la fois de sa nationalité et de sa forme. Ainsi, la qualification de la Commandite islamique de la Moudaraba révélera que celle-ci n'est pas tout

¹⁷⁹ Pascal ANCEL, André PRÜM et Vincent BOLARD, *Droit du Luxembourg*, France : LGDJ, Lextenso éditions, 2016, p. 20 et s.

¹⁸⁰ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 260, § 2029.

¹⁸¹ Efficace vis-à-vis du public mais de moins en moins efficace vis-à-vis des autorités Luxembourgeoise et, parfois, de certains autres États dans le cadre de la lutte contre le blanchiment d'argent. Les membres de cette activité fiduciaire, profession réglementée, doivent prendre des mesures raisonnables pour obtenir les informations sur l'identité des personnes pour qui ils agissent : voir *Ibid.*, p. 261, § 2029 et 2029.A.

¹⁸² Une considération objective qui s'ajoute aux considérations plus subjectives de l'actionnaire guidant son choix de la domiciliation : voir supra § 55.

à fait étrangère au droit européen. On pourrait citer, à ce propos, le régime moderne du prêt participatif¹⁸³, dont une petite partie est constituée de prêt sans intérêts fixés en fonction du temps¹⁸⁴, mais il sera plus pertinent de revenir à l'histoire du droit des affaires en Europe. En effet, le Code de commerce napoléonien¹⁸⁵ connaît le « prêt à la grosse » du droit antique servant à financer les expéditions maritimes¹⁸⁶ par des créanciers supportant la perte en capital en cas d'insuccès de l'entreprise. Puis, liée à ce prêt à la grosse, la commandite européenne a été introduite dans la cité de Venise au Moyen Age¹⁸⁷ avec un régime où la rémunération en intérêt fixe due au financier commanditaire est remplacée par une part du bénéfice éventuel de l'entreprise¹⁸⁸ comme dans la Commandite islamique. Au-delà de ce financement des expéditions, l'objet possible de cette Commandite va plus loin que le financement du stock d'entreprises commerciales spécialisées dans la vente en l'état pour s'étendre au financement de toute entreprise commerciale ayant un terme prévisible pour la réalisation de son objet. Ce terme est nécessaire car sans lui il sera impossible de dénouer la Moudaraba par le partage entre l'investisseur et le gestionnaire du bénéfice bien déterminé de l'entreprise qui a épuisé son objet¹⁸⁹. Outre cet aspect de rémunération, la caractérisation complète de la Commandite islamique, rappelée en introduction de cette première partie, sera qualifiée en droit étatique au chapitre 1 afin de déterminer si la forme moderne de la commandite européenne est adéquate ou si, au contraire, une autre forme de société permettra de mieux traduire la Moudaraba. Quant à l'autre contrat islamique de gestion relatif au mandat Wakala, l'étude du régime de la holding dans le chapitre 1 établira les formes de société qui permettent le mieux l'accommodation en droit étatique des caractères de ce mandat islamique. Dans ce domaine, le prochain chapitre révélera que, malgré le caractère de la révocation ad nutum, la qualification en droit positif de ce mandat islamique est beaucoup plus facile que celle du régime d'exception de la Commandite Moudaraba. Enfin et pour ces deux contrats islamiques de gestion, ce chapitre 1 montrera que la holding, agissant comme véhicule de l'accommodation en droit étatique, bénéficierait d'une nationalité luxembourgeoise. En effet et en plus de l'attractivité juridique de ce pays, son attractivité fiscale est indéniable malgré les réformes incitatives françaises pour

¹⁸³ Articles L313-17 et L313-19 du Code monétaire et financier.

¹⁸⁴ <http://financeparticipative.org/barometres-crowdfunding/barometre-du-crowdfunding-2017/>

¹⁸⁵ Article 110-2 du Code de commerce.

¹⁸⁶ L'équivalent des caravanes chez les arabes, ou chez les babyloniens ou des expéditions maritimes phéniciennes ou carthagénoises : voir Romuald SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales*, Paris : Les Cours de droit, 1981, p. 19-21.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 27, 101.

¹⁸⁸ Silvestre Pinheiro FERREIRA, *Principes du droit public, constitutionnel, administratif, et des gens, ou manuel du citoyen sous un gouvernement représentatif*, [s.l.] : Rey et Gravier, 1834, p. 91.

¹⁸⁹ Ils ne seront donc exclus que les cas n'ayant pas de terme déterminable objectivement comme les contrats perpétuels ou les sociétés à durée indéterminée qui sont autorisés au Luxembourg.

réduire l'ampleur de certaines anomalies et notamment la taxation des plus-values de cession de titres de participation. C'est pour ces raisons que le droit luxembourgeois sera extrêmement important dans la construction des montages envisagés afin de passer des contrats islamiques aux contrats reconnus par le droit applicable en Europe pour la gestion de la holding. Avec l'importance que le Luxembourg a acquise dans l'ingénierie juridique des affaires, ce ne serait pas une surprise que ce pays s'impose pour la domiciliation de cette holding.

59. Régime du contrat de gestion comme deuxième phase du montage d'accommodation (chapitre 2). La détermination du régime de la holding en chapitre 1 rendra possible, comme nous venons de l'indiquer, l'accommodation en droit étatique des deux formes de contrats islamiques de gestion de la holding. Mais cet exercice n'est que la première phase du montage d'accommodation de la Commandite Moudaraba et du mandat Wakala. Cette première phase qui, en quelque sorte, identifie le terrain le plus favorable ouvrant la porte à l'accommodation du contrat de gestion conforme doit donc être suivie par une seconde phase qui détermine précisément le régime de ce contrat de gestion. Or, tout en restant soumis comme tout contrat à la force obligatoire et à ses effets, le régime du contrat de gestion notamment en ce qui concerne la loi qui le gouverne dépend du droit des sociétés. Ce dernier peut imposer au contrat de gestion le régime du mandat social soumis à la loi de domiciliation identifiée en chapitre 1, ou le laisser emprunter le régime de droit commun de la convention de management dont la loi applicable peut être librement choisie. Ce choix se basera alors sur l'étude comparé du droit commun des contrats qui devrait nous aiguiller vers le droit étatique le plus favorable au régime de ce contrat de gestion. Ainsi, cette précieuse liberté de choix, qui sécurisera encore plus l'actionnaire de la holding pour le respect de la conformité par le gestionnaire, est limitée par le régime de la holding qui peut avoir une gouvernance Moudaraba ou Wakala. En premier lieu et dans un schéma utilisant la SAS comme holding, le chapitre 2 indiquera que l'équivalent du contrat de gestion de la Commandite Moudaraba pourrait être traduit par un mandat social. Puis, allant plus loin, on étudiera dans quelle mesure un tel contrat islamique pourrait être traduit par une convention de management ce qui permettrait de profiter de la liberté du choix de la loi applicable. Dans l'une et l'autre des solutions, l'investisseur n'est pas autorisé par les statuts à s'immiscer dans la gestion et ne peut, donc, qu'exercer un rôle de contrôle à travers les audits périodiques et les prérogatives d'un conseil de surveillance prévu également par les statuts. En second lieu et encore plus que pour l'accommodation de la Commandite Moudaraba, l'examen du régime du contrat islamique du mandat de la Wakala révèlera que celui-ci est quasiment identique à celui du mandat ad nutum en droit européen. En effet, on peut

retrouver ce caractère révocable dans les mandats de gestion en Europe que ce soit dans le cadre du mandat social soumis au droit des sociétés ou dans le cadre du mandat soumis au droit commun qui serait lié à une convention de management. Ainsi aussi bien pour la Commandite Moudaraba que pour le mandat Wakala, cette frontière fine entre droit des sociétés et droit commun pour le régime du contrat de gestion sera étudiée dans ce chapitre 2 en fonction du régime de la holding sélectionné en chapitre 1.

Chapitre 1. Régime de la holding d'investissement

60. Lien historique entre le droit luxembourgeois et le droit français. Dans la décomposition de la problématique du choix du droit applicable que nous venons de voir, le régime de la holding d'investissement apparaît comme un passage obligé. En effet, ce régime est crucial non seulement pour accommoder efficacement la Moudaraba ou la Wakala, mais également pour tracer les limites du régime du contrat de gestion tout entier, comme nous le verrons dans le chapitre 2. L'introduction de cette première partie et de son titre I ont également annoncé le rôle important que peut jouer le droit luxembourgeois dans la détermination de ce régime. C'est pour cela que le droit luxembourgeois sera le fil conducteur dans ce premier chapitre, qui sera néanmoins assorti de comparaisons opportunes notamment avec le droit français, dont on connaît l'influence historique sur le droit luxembourgeois. Ce dernier est né le 1^{er} octobre 1795 quand le Duché de Luxembourg est devenu le département des Forêts de la République française et c'est ainsi que le droit issu de la révolution française « y fut transplanté quasiment en bloc¹⁹⁰ ». Jusqu'à 1814 et bien avant l'adoption d'une constitution propre datant du 9 juillet 1848 (inspirée de la constitution belge de 1831), toutes les réformes législatives françaises, y compris l'introduction du Code civil, étaient appliquées au Luxembourg. Le congrès de Vienne de 1815 a vu naître graduellement l'État indépendant du Grand-Duché de Luxembourg sans rupture de l'ordonnancement juridique français qui continue jusqu'à ce jour à avoir effet en plus de l'influence allemande en droit fiscal¹⁹¹ et, récemment, de l'intégration européenne sans oublier les exigences de l'internationalisation. C'est dans ce cadre qu'a eu lieu l'adoption en 1915 d'une nouvelle loi sur les sociétés commerciales « LSC », inspirée de la législation belge, mais c'est l'introduction du régime spécifique des holdings en 1929, complété en 1938, qui fera du Luxembourg une place financière dans l'après 1945. Continuant sa stratégie « d'importation » des meilleures dispositions des droits étrangers pour asseoir son attractivité des investisseurs internationaux, le Luxembourg a adopté les réformes de 1987 du Code civil pour la lésion relative aux contrats (article 1118) et pour l'abus de droit (article 6-1) en s'inspirant de la législation suisse¹⁹² et a modernisé son droit des sociétés par des réformes successives.

¹⁹⁰ ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 5.

¹⁹¹ Le droit fiscal actuel est bâti en partie sur le droit allemand introduit durant l'occupation et conservé par un arrêté Grand-Ducal de 1944 ; c'est pour cela que ce droit est en langue allemande alors que tout le reste des textes de droit est en français.

¹⁹² ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 11-17.

61. Tradition judiciaire luxembourgeoise. « La croyance irrationnelle dans la perfection de la loi » est un adage prisé par les juges luxembourgeois pour l'interprétation de la loi en acceptant leur subordination à la volonté historique du législateur, recherchée même dans les travaux préparatoires de la loi dans un état d'esprit « digne de l'école de l'Exégèse ». Cette méthode ancienne est parfois supplantée par la méthode téléologique moderne qui, contrairement à l'attachement littéral de la première approche, favorisera la finalité dans son interprétation de la règle de droit. Il est toutefois intéressant de noter que les applications faites par la loi à certains cas dans un domaine donné, en matière civile et commerciale, ont aidé la jurisprudence à dégager des principes généraux qui deviennent applicables à d'autres cas particuliers non visés par la loi. À l'exception de cette déduction de principes généraux à partir des situations particulières traités par les textes normatifs, la jurisprudence ne se reconnaît aucun rôle normatif qui se caractériserait par une référence systématique des juges aux précédents jugements ou arrêts comme c'est le cas dans la Common Law. Ainsi et contrairement à la jurisprudence islamique¹⁹³, la doctrine n'est pas considérée comme normative et ne présente de l'intérêt que par son aspect programmatique basé sur des écrits, des responsables de l'Administration ou des parlementaires, permettant d'éclairer la volonté du législateur¹⁹⁴.

62. Sources luxembourgeoises du régime de la holding. Bien que le droit des sociétés et le droit fiscal constituent les sources principales du régime de la holding, la création de celle-ci est souvent facilitée par des outils provenant d'autres sources, comme le mandat¹⁹⁵ ou le trust que nous avons mentionnés sommairement en introduction de ce titre et que nous développons un peu plus ici. Outre le Code civil luxembourgeois offrant des possibilités de contrats innomés de mandat sans représentation¹⁹⁶ pour certains fiduciaires comme les avocats ou les experts comptables¹⁹⁷, la loi du 27 juillet 2003¹⁹⁸ a introduit le contrat de fiducie qui présente des traits communs avec le trust anglo-saxon. En plus des services précités, cette fiducie permet de transmettre à l'issue de son terme l'actif fiduciaire à un bénéficiaire désigné

¹⁹³ Voir infra § 192-193.

¹⁹⁴ ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 20, 21 et s.

¹⁹⁵ Voir supra § 58-59.

¹⁹⁶ Le plus souvent, ce sont des conventions de « prête-nom » qui ne sont pas de vrais mandats car le prestataire agit bien pour le compte de son client mais en son propre nom et non pas au nom du client qui demeure caché : voir Philippe LE TOURNEAU, Cyril BLOCH, Christophe GUETTIER et André GIUDICELLI, *Droit de la responsabilité et des contrats : régimes d'indemnisation*, 2017, p. 1654.

¹⁹⁷ Jean SCHAFFNER, *Luxembourg (édition 2009) : juridique, fiscal, social, comptable*, Levallois-Perret, France : F. Lefebvre, 2009, p. 243, § 2037.

¹⁹⁸ Qui ratifie aussi la convention du 1er juillet 1985, relative à la reconnaissance du trust et à la détermination de sa loi applicable, permettant la reconnaissance internationale de la fiducie luxembourgeoise : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 265, § 2036.A.

par le fiduciaire et, en attendant, cet actif demeure indépendant des patrimoines personnels des contractants comme des autres actifs fiduciaires gérés par le même fiduciaire. L'actif en question est donc protégé et ne peut être atteint que par les créanciers dont les droits lui sont spécifiquement liés¹⁹⁹. Ce texte de 2003 sur la fiducie luxembourgeoise est venu abroger un premier texte de 1983 avec, entre ces deux lois luxembourgeoises, l'introduction d'un texte français. Ce dernier est beaucoup plus long car, d'une part, il est plus complet en intégrant le volet fiscal que ne contenaient pas les lois luxembourgeoises²⁰⁰ et, d'autre part, il contient des dispositions traduisant une certaine méfiance du droit français à l'égard de la fiducie. Cette méfiance s'explique par la dérogation que représente le patrimoine d'affectation fiduciaire dans la conception du Code napoléonien de l'unicité du patrimoine. Le trust anglo-saxon, conforme à son équivalent islamique même si la licéité de l'objet du trust diffère entre les deux droits, est reconnu largement au Luxembourg. Même si la convention de la Haye du 1^{er} juillet 1985 n'est pas encore en vigueur, sa ratification par le Grand-Duché a suffi pour que la jurisprudence luxembourgeoise reconnaisse le trust anglais par un arrêt significatif²⁰¹. Cet arrêt luxembourgeois est d'autant plus significatif qu'il porte sur un montage de financement ce qui représente un gage supplémentaire du respect par le Luxembourg des concepts de droit étranger et notamment anglo-saxon, au-delà du traditionnel usage du trust dans les successions qui est reconnu depuis quelques temps par d'autres pays comme la France. Un tel moyen peut être d'une grande utilité pour les investisseurs dont les actions de la holding peuvent être dans le patrimoine d'affectation d'un trust avec une mission large du *trustee* non seulement pour l'exercice de leurs droits politiques et pécuniaires sur ces actions mais également pour leur cession et la distribution des revenus du trust aux bénéficiaires. Ceci en ce qui concerne les sources des outils préalables facilitant la création de la holding. Quant aux sources principales du régime de la holding elle-même, il sera abordé d'abord à travers les dispositions communes applicables à toutes les formes de sociétés qui peuvent intéresser ce travail d'accommodation juridique et d'optimisation économique (section 1). Ensuite, nous nous focaliserons sur les dispositions spécifiques à certaines de ces formes sociales qui sont particulièrement pertinentes

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 260 et 263, § 2028 et 2035.

²⁰⁰ Car la fiscalité de la fiducie figure dans un texte fiscal hérité du droit allemand à l'exception de certaines dispositions du droit d'enregistrement rajouté par les articles 10 à 12 de la loi de 2003 : voir LOI DU LUXEMBOURG, « Loi du 27 juillet 2003 - portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ; - portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et - modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers. - Legilux », [s.d.]. URL : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2003/07/27/n4/jo>. Consulté le 27 mars 2019.

²⁰¹ Arrêt d'appel du 30 janvier 2008 (rôle n° 32497) diffusé et étudié au cours du Trust et Fiducie à l'Université du Luxembourg 2018-2019 CABINET ELVINGER HOSS, « Philippe Hoss », [s.d.]. URL : <https://www.elvingerhoss.lu/our-team/philippe-hoss>. Consulté le 27 mars 2019.

pour cette thèse pour parfaire l'accommodation et nous permettre en chapitre 2 de bien finaliser le régime du contrat de gestion (section 2).

Section 1. Dispositions communes

63. Combinaison du droit des sociétés et du droit fiscal. Aussi bien au niveau du droit des sociétés qu'au niveau du droit fiscal, le droit de l'Union Européenne intervient pour assurer une plus grande sécurité juridique à l'activité de la holding qui a lieu dans ses États membres. Ainsi, si cette société est citoyenne résidente de l'UE elle sera protégée non seulement sur le plan juridique général mais également pour le traitement fiscal de son flux financier interne à l'UE où l'essentiel de son activité est situé²⁰². C'est pour cela que, sur les quatre droits étudiés, le droit français et le droit luxembourgeois seront privilégiés avec, parfois, une légère référence au droit suisse dont le fonctionnement avec l'Union date depuis longtemps. Quant au droit anglais des sociétés, dans cette période d'incertitude due au Brexit, il ne serait pas pertinent de le considérer à l'heure où des holdings quittent l'Angleterre pour s'établir dans l'UE depuis le référendum de 2016 du Brexit. Par rapport au droit français et à la lumière du tableau comparatif annexé au projet de loi relatif à la SAS luxembourgeoise prouvant que les dispositions impératives de la SA française sont beaucoup plus nombreuses que leurs équivalentes en droit luxembourgeois, ce dernier apparaît comme offrant une « perspective de plus grande liberté contractuelle²⁰³ » utile pour cette recherche. C'est pour cela que le fil conducteur de cette section 1 sera, comme dans tout ce chapitre, le droit luxembourgeois avec autant que de besoin une comparaison avec le droit français et quelques références suisses. Dans les conditions découlant des critères d'accommodation adoptés pour cette recherche²⁰⁴, l'analyse du droit des sociétés se trouve restreinte rapidement aux formes SA, SARL et SAS dont nous abordons les dispositions communes maintenant (sous-section 1). De même, l'analyse du droit fiscal (sous-section 2) se trouve simplifiée car les dispositions communes applicables aux sociétés de capitaux exerçant l'activité de holding seront suffisantes pour déterminer le meilleur régime en laissant l'étude des dispositions spécifiques en section 2 réservée uniquement au droit des sociétés.

²⁰² Voir infra § 79.

²⁰³ André PRÜM, « La transplantation de la SAS dans le droit des sociétés luxembourgeois », in Jean-Jacques DAIGRE (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre : autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Issy-les-Moulineaux : Joly éditions, une marque de lextenso, 2017, p. 245.

²⁰⁴ Voir supra § 54.

Sous-section 1. Droit des sociétés

64. Introduction du droit des sociétés luxembourgeois. La pertinence du droit des sociétés luxembourgeois à notre problématique de sélection du meilleur régime à notre holding, nous impose d'introduire ce droit. Contrairement au Code civil français adopté par le Luxembourg il y a longtemps et largement suivi actuellement, le Code du commerce français de 1807, également adopté à l'époque, a été substantiellement changé au Luxembourg par des lois spéciales qui ont fermé définitivement la porte à une recodification de ce code comme en France au début de ce millénaire. Accompagnée d'autres lois luxembourgeoises, c'est la LSC du 10 août 1915 telle que modifiée qui forme l'essentiel du droit des affaires et de sa branche stratégique du droit financier. Cette loi, d'inspiration indirecte française via le droit belge, adopte la commercialité par la forme du droit français et codifie les sociétés les plus courantes que sont la SA et la SARL ainsi que les SCA ou SCS ou, encore depuis 2013, la SCS²⁰⁵ sans personnalité morale²⁰⁶. En 2015, cette dernière a probablement été la source d'inspiration de la France pour la rénovation de son régime de la commandite utilisée comme nouveau véhicule d'investissement²⁰⁷. En 2016 en revanche, c'est en sens inverse que l'inspiration a fonctionné avec l'introduction par le Luxembourg de la SAS qui a eu une réussite remarquable en France depuis son introduction en 1994, une première dans un droit des sociétés d'inspiration principale belge²⁰⁸, mais qui a su diversifier ses sources d'inspiration au fil du temps. Aujourd'hui, ce droit des sociétés luxembourgeois est devenu de plus en plus décalé par rapport à ces modèles d'inspiration d'origine belge et français²⁰⁹ et se trouve relativement émancipé même si le juge luxembourgeois continue à considérer la jurisprudence étrangère quand celle-ci est pertinente à l'état de son droit. Cette émancipation est d'autant plus nette grâce à la dernière réforme substantielle de 2016 qui est marquée du « sceau du libéralisme²¹⁰ » par le copiage intelligent des dispositions libérales provenant de tous les droits européens à l'instar du droit français pour le régime de la SAS. Une telle réforme ne sera certainement pas la dernière car la veille et la réflexion continuent pour refléter les nouvelles tendances, comme

²⁰⁵ Qui dispose d'un patrimoine propre à l'instar de la fiducie.

²⁰⁶ Pour répondre à la demande de certains fonds communs de placement qui préfèrent la forme de « l'indivision » dépourvue de la personnalité morale à la forme sociétaire : voir ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 97-100.

²⁰⁷ Myriam ROUSSILLE, « Commentaire de la loi Macron », *Lexis 360® | Droit des sociétés*, 1 novembre 2015. URL : http://www.lexis360.fr/document?docid=PS_KPRE-488251_0KTN. Consulté le 24 mars 2019.

²⁰⁸ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 244.

²⁰⁹ André PRÜM, « Préface », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg), p. 15.

²¹⁰ Franz FAYOT, « Une réforme marquée par son époque », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg), p. 163.

l'économie sociale et solidaire²¹¹, avec l'objectif de garder le droit luxembourgeois attractif en Europe dans ce domaine du droit des sociétés comme dans d'autres domaines appréciés par les fondateurs de sociétés.

65. **Contexte commun.** Parmi les règles communes du droit des sociétés, il serait utile d'étudier celles qui sont pertinentes à notre cas comme la durée de la holding, la validité des conventions de vote entre actionnaires et les critères de choix de la forme de la holding qui sont des règles qui s'appliquent en général (A), alors que d'autres semblent avoir une vocation plus internationale (B). Ces dernières peuvent s'illustrer par le droit applicable à la holding, l'instauration d'un conseil ad hoc pour le contrôle de sa gouvernance afin de s'assurer de la conformité de sa gestion ou, encore, le respect des conditions permettant la considération de l'intérêt de la holding en tant que groupe face à l'intérêt social de ses filiales. C'est la combinaison de ces deux types de règles qui permettra un premier filtrage aboutissant à une première pré-sélection, une sorte de *short-list*, des formes sociales éligibles pour notre holding.

A. Contexte général de la holding

66. **Conditions de fond du contrat de société.** Similairement à la France et en plus des conditions de droit commun des contrats, le Code civil²¹² et la jurisprudence du Luxembourg imposent au contrat spécial de société l'apport, le partage et l'affectio societatis. Ce qui se vérifie amplement dans le cas de cette thèse car la holding de private equity sera formée avec un tour de table réduit d'associés, liés par un affectio societatis fort, qui apportent à la société un capital en numéraire avec l'objectif de partager les bénéfices proportionnellement à leurs apports en capital. Outre ces trois conditions de validité, ce contrat de société aura l'objet usuel dans les holdings de détention de participations dans d'autres sociétés avec une vocation de contrôle notamment par des participations majoritaires et de spécialisation dans des secteurs économiques bien déterminés. Quant à la durée, rappelons que les premières sociétés ont été créées historiquement en Europe pour les commandites²¹³ de l'activité d'expéditions maritimes qui avaient une durée limitée²¹⁴, disposition reprise par le droit luxembourgeois moderne²¹⁵. Toutefois, ce droit a rendu la durée indéterminée également

²¹¹ *Ibid.*, p. 164.

²¹² Articles 1832 à 1873.

²¹³ Voir supra § 58.

²¹⁴ Ce qui permet, par ailleurs, d'éviter le blocage permanent entre associés.

²¹⁵ L'article 480-1 présente une disposition supplétive qui, dans le silence des statuts, donne la possibilité de la prorogation de la durée de la société à l'AG statuant à la majorité qualifiée.

possible avec un droit de dissolution²¹⁶ décidé par la majorité qualifiée des actionnaires dans les sociétés de formes pertinentes²¹⁷ pour l'accommodation du mandat de la Wakala. Ainsi, la holding peut avoir une durée déterminée, nécessaire dans le cas de la Commandite islamique, ou opter éventuellement pour une durée illimitée, dans le cas du mandat islamique.

67. Critères de choix de la forme de société. La holding luxembourgeoise est normalement une société de capitaux²¹⁸ caractérisée par un risque limité pour ces associés comme c'est le cas dans la SARL, la SA, la SAS ou la SCA à l'exception de son gérant commandité. Allant au-delà d'une inspiration initiale Belge²¹⁹ comme on l'a vu, le Luxembourg offre actuellement au sein de l'UE certainement la palette de choix la plus large en incorporant systématiquement dans son droit les formes sociales étrangères réussies et en mettant à jour ses anciennes formes comme la commandite. Beaucoup plus nombreuses que les sociétés de production de biens et services²²⁰, les sociétés luxembourgeoises sont en majorité des holdings de participations Soparfi²²¹ dont le capital est contrôlé et qui ont une gestion parfois autonome mais le plus souvent dépendante du groupe de contrôle. Cependant, les véhicules d'investissement collectif, dépassant les quatre mille, peuvent opter pour une forme sans

²¹⁶ Entraînant la nomination de liquidateurs par la même majorité conformément aux articles 1100-2 et 450-3 de la LSC ou, à défaut, les administrateurs ou les membres du directoire dans la SA et les gérants dans le SARL, conformément à l'article 1100-3 de la LSC.

²¹⁷ L'article 480-1 de la LSC relatif à la SA (et applicable à la SAS), suivi par d'autres pour les autres formes comme les articles 710-3 et 710-31 relatifs à la SARL, rend les articles 1865 et 1869 du Code civil inapplicables aux sociétés commerciales. De même, l'article 1865bis du Code civil n'est plus applicable aux SA, SAS et SARL en cas de réunion de tout le capital en une seule main car les réformes ont permis à ces sociétés de devenir unipersonnelles. Cependant et outre la majorité qualifiée des actionnaires, le juge peut également prononcer la dissolution pour juste motif correspondant aux cas extrêmes où la société se trouve dans l'impossibilité de fonctionner : voir Pierre TCHERKESSOF, *Droit commun des sociétés*, Levallois-Perret : Studyrama, 2010, p. 441-473.

²¹⁸ Qui comprend légalement (selon la loi fiscale) les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés à responsabilité limitée simplifiées et les sociétés européennes : voir infra § 81. Nous laissons de côté la société coopérative qui, malgré sa flexibilité en droit luxembourgeois, ne correspond pas aux meilleurs critères de la Holis qui n'est ni une banque, ni une assurance, ni un GIE de services. En effet et même si cette forme de société peut être à responsabilité limitée, elle sera utile plus pour profiter en nature d'un service commun que pour distribuer les bénéfices d'un groupe industriel ou commercial. De plus, dans sa version classique, elle est comparable à la SARL avec plus d'inconvénients pour la cession de ses parts et pour la distribution de son boni de liquidation. Ces derniers inconvénients sont allégés dans sa version organisée comme une société anonyme mais, comme nous le verrons pour cette dernière, la société coopérative ne semble pas être le meilleur choix pour la Holis. C'est ce que nous retenons du cours et des discussions avec le professeur Schummer.

²¹⁹ Donc indirectement et d'une façon assez lointaine française. Mentionnons que la réforme générale du droit belge des sociétés en 2019, allant dans le sens de la flexibilité déjà présente en droit luxembourgeois, rapproche de nouveau les deux droits.

²²⁰ En janvier 2018, il y avait 27.915 sociétés commerciales dont (i) 19.223 SARL en augmentation constante sur les quatre dernières années, (ii) 8.321 SA en régression, (iii) 21 SCA en stabilité et (iv) 31 SAS en progression depuis son introduction en 2016 : voir RÉPERTOIRE DES ENTREPRISES LUXEMBOURGEOISES, *op. cit.* (note 93), p. 7.

²²¹ Ce n'est pas une dénomination légale mais une dénomination d'usage pour les « sociétés de participations financières », désignant une société de capitaux résidente et imposable à l'IRC, l'impôt sur les revenus des collectivités : voir infra § 81.

personnalité morale transparente fiscalement comme la SCSp, créée en 2013, qui en trois ans a dépassé les 1200 sociétés représentant des Sicar et des sociétés de private equity²²². Pour les investisseurs contribuables américains par exemple, la SCSp a pris le relais de la SARL qui peut être traitée comme une société de personnes transparentes fiscalement²²³, assimilée à un « partnership » américain²²⁴, grâce à son caractère hybride entre la SA et la société de personnes. C'est selon l'objectif des actionnaires que le choix de la forme optimale de la société se fait par une hiérarchisation de certains critères usuels relatifs à la gouvernance, à l'actionnaire (responsabilité, apport, contrôle) ou à la personnalité morale. Dans ce processus d'optimisation, la réforme luxembourgeoise de 2016 tombe à pic car son fil conducteur est « le maintien d'une large liberté aux associés dans la configuration de leur société et son adaptation à leurs besoins particuliers²²⁵ » ce qui favorise l'attraction des investisseurs internationaux. Cette « indexation²²⁶ » du Luxembourg sur la globalisation et cette « logique pragmatique d'offrir le plus large choix à tous ceux qui souhaitent disposer d'une structure sociétaire²²⁷ » ont rendu l'offre tellement large et flexible que les investisseurs trouveront toujours au Luxembourg la forme sociale qui leur convient quels que soient leurs critères prioritaires²²⁸. Or et comme indiqué dans le chapitre introductif, la Holis est une société commerciale spécialisée dont le capital est à l'origine fermé et dont la gestion par des non associés est codifiée avec précision. Cette holding devrait donc naturellement être une société de capitaux ayant une personnalité morale qui, comme nous le verrons²²⁹, n'est pas si étrangère à la jurisprudence islamique. Ainsi, ni les sociétés civiles, privées de la commercialité, ni les sociétés de personnes, gérées par les associés avec un risque illimité, ne peuvent convenir. Comme il s'agit de sociétés dont le capital est verrouillé par un nombre limité d'associés et qui exercent le contrôle sur plusieurs filiales, les sociétés sans personnalité morale ne peuvent être retenues non plus. Seraient donc exclues les sociétés transparentes fiscalement comme la société de

²²² PRÜM, *op. cit.* (note 209), p. 17.

²²³ STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.* (note 91), p. 554.

²²⁴ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 258-259, § 2026.

²²⁵ Isabelle CORBISIER, Franz FAYOT, Philippe HOSS, Steve JACOBY, Jacques LOESCH, Pit RECKINGER, Laurent SCHUMMER, Jean-Paul SPANG et Alain STEICHEN, *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg), p. 17, préface de Prüm.

²²⁶ Selon les termes de mon Professeur PIERRE-HENRI CONAC : CONAC Pierre-Henri, « Université du Luxembourg », *Université du Luxembourg*, [s.d.]. URL : https://wwwfr.uni.lu/contact/rechercher_une_personne. Consulté le 15 mars 2019.

²²⁷ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 243.

²²⁸ Isabelle CORBISIER, « Chapitre V. La réforme de la SCA et comparaison générale du régime des diverses commandites et de la SARL », in *Les commandites en droit luxembourgeois*, Bruxelles : Larcier, 2013, p. 95-138 ; Thierry TILQUIN et Valérie SIMONART, *Traité des sociétés*, Bruxelles : Kluwer Ed. juridiques, 1996, p. 267-277, v. 1, 84-91, 3.

²²⁹ Voir infra § 110.

commandite spéciale populaire dans les holdings de private equity à vocation minoritaire promues par des sociétés de gestion soit auprès du public soit auprès d'investisseurs qualifiés dans le cadre d'un placement privé. Dans les sociétés de capitaux ayant une personnalité morale qui pourraient convenir à cette thèse, le critère déterminant est, sans équivoque, celui de la gouvernance que la réforme de 2016 a permis de moderniser en offrant des « structures de gouvernance pour tenir compte de pratiques déjà établies et pour offrir de nouvelles combinaisons²³⁰ ». Ainsi, les actionnaires pourront combiner les deux axes de la gouvernance que sont la délégation et l'institutionnalisation afin de déterminer la forme de la holding la mieux à même de respecter leur objectif de conformité sans occulter la rentabilité. L'utilisation de ces critères permettra²³¹ d'identifier les formes les plus pertinentes comme la SARL ou, surtout, la SAS et la SA qui peuvent se distinguer par cet aspect de la gouvernance, aussi bien dans l'organisation de la direction que dans le rôle des actionnaires, car pour le reste, ce sont des dispositions communes qui les régissent et qui, souvent, s'appliquent à la SARL. Quant à la SCA et bien que son régime suive en général celui de la SA, elle conserve certaines spécificités qui méritent analyse pour déterminer la pertinence de cette forme pour cette thèse. Ainsi, la SCA doit avoir une raison sociale comprenant le nom d'au moins une personne parmi les commandités qui sont gérants de la société conformément aux stipulations de ses statuts et sont aussi responsables comme fondateurs. Les actions aux porteurs peuvent être émises sous réserves de la signature des certificats par les commandités gérants. Le commanditaire devient responsable solidaire comme les commandités s'il transgresse l'interdiction d'accomplir le moindre acte de gestion ou s'il laisse son nom figurer dans la raison sociale. Sauf disposition statutaire contraire, l'assemblée des actionnaires commanditaires ne peut modifier les statuts ou conclure²³² un acte avec les tiers sans l'accord des gestionnaires commandités qui, disposent ainsi d'un droit de veto²³³. Il est vrai que ces spécificités sont en majorité cohérentes avec le régime de la Commandite islamique de la Moudaraba mais la responsabilité solidaire du commandité rajoutée à la difficulté de sa révocation en cas de violation de la charte de gestion de la holding rendent la SAS plus souple pour accommoder un tel contrat islamique. C'est ce que nous confirmerons tout au long de ce chapitre en retenant en définitif que la SAS et la SA et accessoirement la SARL.

²³⁰ PRÜM, *op. cit.* (note 209), p. 17.

²³¹ Voir infra § 77.

²³² Voire ratifier.

²³³ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 90, 96, § 482, 550.

68. Formalités administratives. L'établissement des statuts ainsi que les modifications ultérieures²³⁴ doivent être réalisés solennellement devant notaire²³⁵, ce qui présente dans notre cas un avantage par rapport au greffe du tribunal retenu par le droit français. Avec le notaire, l'utilisation d'une langue étrangère devient possible non seulement pour répondre aux questions des fondateurs mais également pour viser des statuts en anglais qui primeront entre les parties si celles-ci le souhaitent²³⁶. Cet acte authentique contient les mêmes rubriques que les statuts à la française ; il organise les règles de fonctionnement interne de la société et de sa représentation vis-à-vis des tiers en précisant les pouvoirs, droits et obligations des organes sociaux dans le respect des dispositions d'ordre public²³⁷. Outre cette obligation formelle de l'acte authentique, les sociétés commerciales luxembourgeoises sont soumises à l'autorisation d'établissement de droit commun. En revanche, la Holis n'est pas soumise à l'autorisation spéciale du Trésor requise pour certaines activités ; de même elle n'a pas besoin d'une autorisation de l'autorité fiscale²³⁸, une simple inscription auprès des diverses administrations fiscales et sociales avant de commencer l'activité suffit. Une fois l'autorisation d'établissement obtenue, ces sociétés doivent accomplir des formalités de publicité²³⁹, processus « révolutionné par le passage à RESA²⁴⁰ ». Il faut également procéder à l'immatriculation par le dépôt des statuts²⁴¹ au registre spécial des sociétés et associations tenu par le greffe du tribunal d'arrondissement qui, lui aussi, est passé « du tout papier au tout électronique²⁴² » depuis 2003. Contrairement à la France, ces formalités ne sont pas des préalables à l'acquisition de la personnalité morale qui est reconnue dès la signature de l'acte constitutif. En suisse et d'une façon comparable au Luxembourg, la SA, régie par les articles 620 et s du Code des obligations, est la forme la plus fréquente de sociétés de capitaux (même si la SARL progresse). Sa constitution se fait comme au Luxembourg par un acte authentique mais, contrairement à son équivalent luxembourgeois, elle n'acquiert la personnalité morale qu'à son inscription au registre du commerce comme en France. De la même façon que lors de

²³⁴ Simples modifications ou transformations par fusion ou scission par exemple.

²³⁵ Article 420-18 de la LSC pour la SA ainsi que la SAS et article 720-6 de la LSC pour la SARL, à l'exclusion de la SARL-S unipersonnelle.

²³⁶ En revanche, vis-à-vis des tiers, seules les versions française ou allemande sont opposables, contrairement à la publication des comptes qui est possible en anglais conformément à l'article 1300-6 de la LSC.

²³⁷ Isabelle CORBIER et André PRÜM, « De nouveaux espaces de liberté dans le droit des sociétés luxembourgeois », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg), p. 33.

²³⁸ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 90-95, 258, § 505-517.A, 2025.

²³⁹ Au Mémorial pour les statuts en entier et pour l'adresse du siège social.

²⁴⁰ Félix BRAZ, « Introduction », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg), p. 23.

²⁴¹ Qui deviennent alors libres à la consultation.

²⁴² BRAZ, *op. cit.* (note 240), p. 23.

la création, l'augmentation du capital requiert un acte authentique constatant la décision de l'organe de décision et le versement par les souscripteurs. Elle peut être autorisée préalablement en déléguant au conseil d'administration le soin de la décider en une ou plusieurs étapes. La réduction du capital est plus délicate car nécessitant, ici comme ailleurs, des publications et un délai permettant aux créanciers d'exiger un remboursement ou une garantie. Contrairement au régime de la SA qui est comparable à l'équivalent luxembourgeois, la SARL suisse a l'inconvénient de la publication de l'identité de ses associés. En plus, sa formation qui nécessite également un acte authentique doit être obligatoirement dans la langue du canton de son siège. C'est pour cela que, par comparaison à la SA, elle présente peu d'intérêt pour les sociétés à grand capital et ne dispose donc pas des arguments attractifs aux investisseurs étudiés dans cette thèse.

69. Nullité du contrat de société. Outre les cas de nullité de droit commun des contrats et même pour la SA dont les statuts doivent comporter des mentions légales obligatoires²⁴³, la nullité n'est envisagée que dans les quatre cas de l'article 100-18 et, même dans ces cas, la nullité ne sera prononcée qu'après un délai si le rattrapage est encore possible. Ces quatre situations de nullité correspondent au défaut de notaire quand c'est requis, aux statuts incomplets par rapport uniquement à trois rubriques (dénomination, objet, capital), à l'objet illicite²⁴⁴ et à l'absence d'engagement d'un fondateur dans un délai de cinq ans. En dehors de ces causes de nullité, les clauses statutaires illégales²⁴⁵ sont simplement réputées non écrites sans entraîner la nullité de la société. De même, la nullité ne peut être requise si les statuts ne prévoient pas d'autres mentions obligatoires comme la date et l'heure de l'AGO annuelle d'approbation des comptes dont la mention n'est pas prévue en droit français. En l'absence de la sanction de la nullité, ces irrégularités peuvent engager la responsabilité solidaire des fondateurs comme pour les engagements de la société en formation.

70. Conventions extrastatutaires complétant le contrat de société. Parallèlement aux statuts, il est possible que les actionnaires ou associés, ou certains d'entre eux, concluent des conventions extrastatutaires, parfois, avec des tiers. À titre d'exemple, en cas d'impératif de confidentialité relatif notamment aux droits des minoritaires et aux pactes de vote, la voie des conventions sous seing privé peut être adoptée, mais l'enregistrement demeure nécessaire

²⁴³ Indiquées à l'article 420-15 de la LSC.

²⁴⁴ Contraire à l'ordre public.

²⁴⁵ Contraires à une règle impérative, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

pour leur conférer une date certaine²⁴⁶. Même s'il s'agit d'une convention exclusivement entre actionnaires relevant d'un objet qui aurait bien pu figurer dans les statuts, le régime applicable sera celui du droit commun des contrats et non pas celui du droit des sociétés²⁴⁷. Cependant et à la suite de la réforme de 2016, le droit des sociétés luxembourgeois préfère que les accords entre tous les actionnaires, dont l'objet est compatible avec les statuts, figurent dans ceux-ci et non pas dans une convention séparée de droit commun, peut-être, à l'exception des conventions de vote dont l'existence légale est reconnue²⁴⁸. Pour ces dernières et contrairement à d'autres pays comme la France, c'est la loi même qui les autorise explicitement depuis 2016²⁴⁹, pour la SA ainsi que la SCA et la SARL²⁵⁰, favorisant ainsi la sécurité juridique de cette pratique stabilisatrice du contrôle des sociétés au Luxembourg. Par conséquent, c'est à celui qui attaque une telle convention qu'incombe la charge de la preuve que ladite convention ne respecte pas les dispositions impératives de la loi tel que l'intérêt social ou le respect de la hiérarchie légale des organes sociaux²⁵¹. Toutefois, une réflexion en droit français menée par les professeurs Germain et Ansault sur l'insertion dans ces pactes de vote d'un mécanisme efficace de prise de décision à la majorité a conclu qu'une telle solution n'est pas à l'abri d'une condamnation pour abus de majorité. En revanche, le minoritaire serait protégé d'une telle condamnation s'il provoque un blocage nuisible, car ses droits découlant d'une telle convention de droit commun ne sont pas soumis à un intérêt institutionnel supérieur. En outre et sans aller jusqu'à la sanction de la clause réputée non écrite, l'obligation d'information du contractant qui se soumet à ce genre de pacte est requise²⁵² ; par conséquent, cette réflexion devrait inciter les majoritaires à profiter de la flexibilité du droit luxembourgeois pour insérer ces accords de vote dans les statuts quand ceci est possible. Dans le même ordre d'idées, le Code civil luxembourgeois autorise par son article 1852-bis les statuts à prévoir librement l'allocation des droits de vote entre usufruitiers et nus-propriétaires tout en proposant une solution supplétive. Ainsi, il est possible de démembrer les actions en laissant le droit de vote et les droits pécuniaires à l'usufruitier,

²⁴⁶ Ces limitations, comme le droit de préemption, doivent toutefois être précisées et doivent laisser in fine la possibilité de la cession ; autrement la clause peut être invalidée pour dénigrement total du principe de la liberté de cession d'actions : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 259 et 262, § 2027 et 2033.

²⁴⁷ Ce qui laisse le champ libre pour le choix du droit applicable en présence d'une extranéité, une possibilité qui sera exploité en chapitre 2 : voir infra § 175-176.

²⁴⁸ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 34-35.

²⁴⁹ Dernier alinéa de l'article 450-1 de la LSC.

²⁵⁰ Articles 450-2 et 710-20 de la LSC : voir CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 38.

²⁵¹ Incompatible notamment avec des conventions permettant à l'organe de gestion de contrôler les assemblées d'actionnaires : article 450-2 de la LSC.

²⁵² Michel GERMAIN et Jean-Jacques ANSAULT, « Contrat et société : à propos du pacte extrastatutaire et de la SAS », in Jean-Jacques DAIGRE (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre: autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Issy-les-Moulineaux : Joly éditions, une marque de lextenso, 2017, p. 92-94.

ascendant d'un héritier détenteur de la nue-propriété par exemple. Il est cependant conseillé que cette liberté ne soit pas poussée à l'extrême en privant de tout droit de vote l'un des deux détenteurs de la propriété démembrée de l'action ; il serait donc plus sage de prévoir au minimum un droit de vote pour les décisions de dissolution anticipée, par respect de la jurisprudence française qui sanctionne les excès²⁵³. Dans tous les cas, ces stipulations dérogoires aux dispositions supplétives introduites en 2016 dans le Code civil devraient figurer aux statuts afin d'éviter l'insécurité, aussi légère soit-elle, de la convention séparée dans ce domaine²⁵⁴ utile à certains investisseurs de la holding. Ce panorama du contexte général, bien qu'utile à notre quête de la meilleure forme sociale pour notre holding, doit être maintenant complété par les dispositions du contexte international (B).

B. Contexte international de la holding

71. Droit applicable à la société holding. C'est le lieu du siège de la société qui détermine sa nationalité et le droit qui lui est applicable car, même si la société est à l'origine un contrat, celui-ci échappe en droit international²⁵⁵ à la liberté du choix de la loi applicable en présence d'une extranéité et c'est la domiciliation d'un tel contrat en droit local qui prime. Il fallait au moins cette reconnaissance au droit national pour respecter le fondement institutionnel de la société²⁵⁶. À l'exception des sociétés de droit de l'UE²⁵⁷ comme la SE, le siège social est défini différemment entre les pays qui optent pour le siège statutaire correspondant au lieu de son immatriculation, comme les Pays-Bas ou la Suisse avec certaines nuances²⁵⁸, et ceux qui optent pour le siège réel²⁵⁹. En plus, au sein de cette dernière catégorie, la notion de siège réel²⁶⁰ est entendue différemment comme le montrent les nuances entre le centre de décision ou de direction effective, retenu par le droit français, et le lieu de l'administration centrale tel que retenu par le droit luxembourgeois après l'abandon en 2006 du terme belge originel de *principal*

²⁵³ Malgré la présence d'une disposition supplétive dans le Code de commerce depuis 1966.

²⁵⁴ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 36-37.

²⁵⁵ Bien avant la convention Rome I et son article 1.2.e : voir EUR-LEX - 41998A0126(02) - EN - EUR-LEX, « Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », [s.d.]. URL : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:41998A0126(02)). Consulté le 15 mars 2019.

²⁵⁶ Voir infra § 95.

²⁵⁷ Règlements CEE 2137/85, CE 2157/2001 et CE 1435/2003 : voir Hélène MASSARD, « Le transfert international de siège des sociétés en droit luxembourgeois », *Pasicrisie luxembourgeoise : recueil trimestriel de la jurisprudence luxembourgeoise en matière civile, commerciale, criminelle, de droit public, fiscal, administratif et notarial*, Tome 35, n° 4, 2012, p. 774.

²⁵⁸ Article 154 du LDIP : voir note bas-de-page n° 26 dans *Ibid.*, p. 773.

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 772-774.

²⁶⁰ Se distinguant, dans tous les cas, du lieu de l'établissement le plus important d'exploitation commerciale ou industrielle, qui n'a d'utilité que pour déterminer le domicile secondaire au Luxembourg des sociétés de droit étranger.

établissement²⁶¹. Le droit luxembourgeois est plus flexible car, en plus de la possibilité de domiciliation chez un tiers agréé²⁶², la tenue au Luxembourg des réunions du conseil d'administration d'une SA suffit à établir son siège réel. Ceci peut alors créer des incohérences avec des pays comme la France ou l'Italie aboutissant à des sociétés ayant des nationalités multiples²⁶³. C'est pour éviter cela et sans aller à l'extrême exigence de la résidence luxembourgeoise du mandataire social de la holding, qu'il serait conseillé d'exercer réellement, et non pas d'une façon « factice », l'administration centrale de la holding au Luxembourg conformément aux articles 100-2 et 1300-2 de la LSC.

72. Concurrence des droits. Avec des dispositions comme celle facilitant le transfert ultérieur de la société vers un autre État²⁶⁴, le Luxembourg se positionne dans le nouvel environnement de *Law shopping* en droit des sociétés et notamment celles non soumises « à la multiplicité des normes du droit financier²⁶⁵ » comme c'est le cas dans cette thèse. Cette concurrence entre droits est aujourd'hui une réalité en Europe comme elle l'a été depuis longtemps aux États-Unis. En effet et comme entre États américains, la protection des libertés du marché unique²⁶⁶, qui fait partie des sources primaires de l'UE s'imposant à tous les EM, entraîne des conséquences positives pour sécuriser certaines règles fiscales ou juridiques transfrontalières à l'intérieur de l'UE et même certaines relations économiques avec les tiers non-résidents dans l'UE. Ainsi et avec, au besoin, un recours aux sources secondaires de droit de l'UE (les directives), aux droits nationaux des EM ou aux conventions de non double imposition, la Cour de Justice « CJUE » est intervenue pour défendre l'objectif de marché intérieur à travers « l'intégration négative²⁶⁷ » en développant en la matière des principes européens qui s'imposent aux EM. Parmi ces principes figurent la primauté de la norme européenne sur la norme nationale ou conventionnelle²⁶⁸, la reconnaissance mutuelle et l'accès

²⁶¹ CONAC Pierre-Henri, « Le siège social en droit luxembourgeois des sociétés », *Journal des tribunaux Luxembourg (JTL)*, vol. 1, 2009, p. 2-6 ; CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 72 ; Gérard CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dirs.), *Vocabulaire juridique*, 7e éd. rev. et augm. avec locutions latines, Paris : Quadriga / PUF, 2005, p. 766.

²⁶² Possible moyennant une convention de domiciliation conformément à la loi du 31 mai 1999.

²⁶³ MASSARD, *op. cit.* (note 257), p. 770.

²⁶⁴ Voir infra § 74.

²⁶⁵ Touchant notamment les sociétés cotées : voir CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 72.

²⁶⁶ Libertés de circulation des biens, des services, des personnes (résidence et travail pour les personnes physiques, et établissement pour les personnes morales) et des capitaux conformément aux principes et dérogations des articles 34-36, 45, 49/52/20, 56/62/52 et 63/65 du Traité de Fonctionnement de l'UE « TFUE ».

²⁶⁷ Sur la base des articles 258-259, 267, 263, 268 & 340 et 265 du TFUE.

²⁶⁸ Les arrêts « van Gend & Loos (C-26/62) » et « Flaminio Costa contre E.N.E.L. (C-6/64) » de la CJUE.

au marché²⁶⁹, l'effet direct²⁷⁰, la responsabilité des EM²⁷¹ et les pouvoirs implicites²⁷². Dans ces conditions, il est normal que le phénomène de « law shopping » apparaisse dans l'UE comme il est apparu aux États-Unis où l'État du Delaware est devenu, grâce à cette concurrence des lois, l'État de constitution de plus de la moitié des sociétés cotées et de plus de 60% des sociétés du Fortune 500. Cependant la réalité européenne est différente de l'américaine car, d'une part, en Europe deux théories du siège social s'affrontent alors qu'en Amérique c'est la seule théorie du siège statutaire qui s'impose à tous et, d'autre part, l'Europe oppose une mosaïque linguistique à l'uniformité américaine de la langue anglaise²⁷³. Malgré ces différences, il est clair que la Holis bénéficiera énormément d'une domiciliation sur le territoire de l'UE où elle est implantée à travers les filiales qu'elle contrôle et au sein de l'UE, cette holding préférera un EM de domiciliation comme le Luxembourg qui lui facilite la tâche au cas où elle souhaiterait changer de nationalité ultérieurement.

73. Contrôle du capital de la holding luxembourgeoise. Par principe et que ce soit pour une SA ou une SAS, le capital est divisé en actions de valeur égale. Toutefois, les actions peuvent être émises sans valeur nominale²⁷⁴ ou avec une valeur nominale²⁷⁵ accompagnée d'une prime d'émission ou sans prime. Les statuts peuvent prévoir plusieurs catégories d'actions ayant des droits différents comme les actions prioritaires sans droit de vote qui peuvent être au porteur comme les actions ordinaires. Ainsi, la SA peut être détenue à 100% par des actions au porteur soit initialement soit par conversion, car toute action de son capital, à l'origine nominative, peut devenir au porteur à la demande de son propriétaire si les statuts le permettent tout en préservant la possibilité de la conversion en sens inverse²⁷⁶. En effet, les statuts peuvent

²⁶⁹ L'arrêt « Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (C-120/78) » de la CJUE.

²⁷⁰ L'arrêt « van Gend & Loos (C-26/62) » de la CJUE.

²⁷¹ Les arrêts « Andrea Francovich et Danila Bonifaci et autres contre République italienne, pour les deux affaires jointes (C-6/90) et (C-9/90) » de la CJUE.

²⁷² Les arrêts « Fédération Charbonnière de Belgique contre Haute Autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (C-8/55) », « République fédérale d'Allemagne et autres contre Commission des Communautés européennes, pour les affaires jointes (C-283/85) et (C-287/85) » de la CJUE ; voir également en § infra 79 l'arrêt « Centros (C-212/97) » et les arrêts « Metallgesellschaft Ltd et autres pour les affaires jointes (C-397/98), Hoechst AG et Hoechst (UK) Ltd (C-410/98) contre Commissioners of Inland Revenue et HM Attorney General » ; voir enfin d'autres arrêts qui défendent la liberté d'établissement primaire et secondaire des sociétés en Europe comme « Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam contre Inspire Art Ltd (C-167/01) », « Überseering BV contre NCC, Nordic Construction Company Baumanagement GmbH, (C-208/00) », « Cartesio Oktató és Szolgáltató bt (C-210/06) », « Vale Építési kft (C-378/10) », « Polbud – Wykonawstwo sp. z o.o. (C-106/16) », etc.

²⁷³ MASSARD, *op. cit.* (note 257), p. 792.

²⁷⁴ Ce qui permet de faire l'économie d'une réduction de capital, notamment par réduction du nominal, en cas de restructuration par suite de pertes ; en effet, l'émission en dessous du pair n'est pas possible.

²⁷⁵ Supérieure à un minimum.

²⁷⁶ À titre de comparaison, en droit français, la forme au porteur est interdite aux sociétés dont les actions ne sont pas inscrites auprès d'un dépositaire central, c'est-à-dire essentiellement les sociétés cotées.

interdire les actions au porteur et limiter la cession des actions nominatives afin de verrouiller le capital avec la sécurité de l'opposable aux tiers acquéreurs moyennant publication de ces dispositions. En outre et sans faire partie du capital, des titres comme les actions de jouissance²⁷⁷ ainsi que les parts bénéficiaires ou de fondateur peuvent exister avec des droits pécuniaires pour leurs détenteurs mais cette possibilité n'est plus l'exclusivité de la SA ou SAS. En effet, la loi a autorisé en 2016 les parts de fondateurs également dans la SARL et a rendu leur cessibilité librement organisée par les statuts contrairement aux parts²⁷⁸. Par ailleurs, la SA peut acheter ses propres actions ou émettre des actions rachetables ce qui peut être un moyen de réaliser des plus-values pour ses actionnaires²⁷⁹. Tout en respectant les modalités statutaires, l'AGO est souveraine pour les décisions d'affectation du résultat, notamment par amortissement du capital ou distribution de dividendes. Dans ce domaine, les dispositions luxembourgeoises sont similaires au droit français pour lequel le dividende ne peut avoir lieu qu'en présence et dans la limite de sommes distribuables²⁸⁰. Sous cette réserve, l'article L 232-16 du Code de commerce autorise la clause statutaire prévoyant la distribution d'un premier dividende en pourcentage de la valeur nominale des actions ; les associés peuvent également prévoir la même obligation d'une façon extrastatutaire²⁸¹. Cette possibilité n'autorise pas les clauses d'intérêt fixe obligatoire qui sont proscrites par l'article L 232-15 et, allant dans le même sens, la jurisprudence²⁸² interdit les clauses où un associé garantit un coassocié contre le risque de non-distribution. De même et tout en admettant l'aménagement de la distribution par des actes extrastatutaires²⁸³, le droit français ne tolère pas la clause léonine accordant à un actionnaire « la part du lion ». Ces dispositions ne sont pas incohérentes avec la jurisprudence islamique qui est encore plus rigoureuse même si, comme nous le verrons²⁸⁴, la soft law de l'AAOIFI est plus flexible. Quant aux spécificités précitées du droit luxembourgeois et en plus des possibilités attractives de discrétion, une partie²⁸⁵ de la flexibilité relative aux droits politiques et pécuniaires des actionnaires est tout-à-fait utilisable en jurisprudence islamique comme nous le verrons pour le mandat de gestion rémunéré entre associés²⁸⁶. En Suisse, par

²⁷⁷ Le capital amorti.

²⁷⁸ STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.* (note 91), p. 557.

²⁷⁹ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 112-121, § 642-690.

²⁸⁰ Conformément à l'art. L 232-12 al. 1er du Code de commerce ; MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 309, § 587.

²⁸¹ *Ibid.*, p. 310, § 588, note bas de page n° 1030.

²⁸² Cass. com, 18 oct. 1994 : voir *Ibid.*, § 589, note bas de page n° 1032.

²⁸³ Et la possibilité des dividendes préciputaires accordés unanimement à certaines actions de préférence : voir *infra* § 517.

²⁸⁴ Voir *infra* § 407, 428.

²⁸⁵ Quant à l'autre partie, correspondant aux possibilités non conformes à la jurisprudence islamique, elle ne pose pas de problème car elle est supplétive.

²⁸⁶ Voir *infra* § 438.

comparaison au Luxembourg, les fondateurs peuvent agir à titre fiduciaire pour le compte de tiers dont l'identité n'est pas dévoilée lors de leur rachat des actions, par simple endossement communiqué uniquement à la société. Les statuts peuvent prévoir les possibilités de conversion des actions nominatives en actions au porteur et de restriction du droit de vote ou de la transmission d'actions nominatives dites « actions liées²⁸⁷ ». Ils peuvent également prévoir les possibilités de création (i) d'actions avec des privilèges pécuniaires, (ii) d'actions sans droit de vote avec les mêmes droits pécuniaires, (iii) des bons de jouissance sans valeur nominale et sans droit de vote ou (iv) des actions ordinaires avec des valeurs nominales différentes tout en gardant le même droit de vote. La matérialisation des actions est libre et peut être sous forme de certificat d'actions ; la seule obligation est la signature de la forme choisie par un administrateur. Lors des assemblées, sont admises les personnes figurants au registre des actionnaires nominatifs ou celles présentant un titre au porteur. Lorsqu'elle dispose des fonds propres suffisants, la société peut racheter jusqu'à 10% de son capital et temporairement jusqu'à 20% dont les rachats à la suite d'un refus d'agrément de cession d'action²⁸⁸. Ainsi et à l'exclusion de l'intérêt que peut représenter la matérialisation des titres pour certains investisseurs étudiés dans cette thèse, la SA suisse demeure comparable à son équivalente luxembourgeoise même si celle-ci conserve son avantage appréciable à cause de sa domiciliation sur le territoire de l'UE.

74. Unanimité dans les AG. L'assemblée générale, qui décide ordinairement avec une simple majorité des présents, sans quorum, fonctionne à la majorité qualifiée pour des cas limitativement déterminés, tandis que l'unanimité n'est exigée²⁸⁹ que pour l'augmentation des engagements des actionnaires et, uniquement quand les statuts le prévoient, pour le changement de forme de la société²⁹⁰. En revanche et d'une façon remarquable, le droit luxembourgeois autorise désormais²⁹¹ les statuts à ne pas exiger l'unanimité pour le changement de la nationalité

²⁸⁷ Possible uniquement pour les sociétés non cotées en Bourse, la restriction permet d'exiger l'agrément de la société qui ne peut être refusé que pour juste motif (indépendance de la société, incohérence avec le but social...) ou en offrant le rachat du cédant à la valeur réelle des actions pour son propres comptes ou pour le comptes d'autres actionnaires ou même des tiers : voir Etienne von STRENG, Nicolas de GOTTRAU et Christophe de KALBERMATTEN, *Suisse : fiscal, bancaire et financier, juridique, social*, France : Francis Lefebvre, 2011, p. 345-346, § 4031.

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 343-347, § 4010-4033, 4035-4041.

²⁸⁹ Que ce soit pour la SA, la SAS ou la SARL.

²⁹⁰ Philippe HOSS, « Les nouveaux droits des actionnaires », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg), p. 217.

²⁹¹ Cette réforme substantielle de 2016 a été opérée par l'abrogation de l'ancien article 199 et son remplacement par l'article 450-3 de la LSC qui ne mentionne plus l'unanimité pour le transfert de siège dans un autre pays.

de la société²⁹², même à l'extérieur de l'UE²⁹³, en exigeant seulement la permission du droit du pays d'accueil comme en matière de fusion transfrontalière²⁹⁴. Motivé principalement par l'attraction des investisseurs de toutes nationalités²⁹⁵ comme les fondateurs de la holding, le Luxembourg retrouve ainsi les dispositions du droit français du XIX^e siècle avant que la loi française ne change²⁹⁶ sous la pression du nationalisme pour se défendre de l'évasion fiscale et de l'irrespect du droit des minoritaires. Quant aux fusions que l'AG de la SA et de la SAS ainsi que de la SARL²⁹⁷ peut également décider à la majorité qualifiée, elles sont étendues aux restructurations fusions ou scissions²⁹⁸ transfrontalières²⁹⁹ qui permettent de préserver l'avantage de la continuité juridique, fiscale et comptable des sociétés restructurées avec ou sans disparition des sociétés d'origine³⁰⁰. Pour ces opérations, le Luxembourg est allé au-delà

²⁹² A priori, ceci ne concerne pas la SAS dont les statuts sont souverains pour déterminer les conditions de majorité requise car la LSC ne précisent cette disposition que pour la SA, SCA et SARL : voir CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 54.

²⁹³ En l'absence de conventions de reconnaissance mutuelle entre États membres, la jurisprudence de la CJUE se résume ainsi en cas de transfert de siège social entre le pays de constitution d'une société et un pays d'accueil de son siège « Si l'État d'accueil ne peut invoquer la théorie du siège réel pour dénier la capacité juridique ... cela n'empêche pas l'État de constitution d'appliquer la théorie du siège réel et de subordonner l'immatriculation d'une société qui veut se constituer sur son territoire à condition qu'elle y fixe également son siège réel. ... en réaffirmant que la localisation de l'administration centrale, du siège statutaire ou du principal établissement sert à déterminer le rattachement des sociétés à un ordre juridique national. Toutefois, selon la Cour, cette liberté du choix du facteur de rattachement ne préjudicie pas le fait que la liberté d'établissement suppose nécessairement la reconnaissance de sociétés soumises au droit d'un autre État membre par tout État membre dans lequel elles souhaitent s'établir. Dans ces circonstances, elle précise qu'une convention relative à la reconnaissance mutuelle de société n'est pas nécessaire » : voir MASSARD, *op. cit.* (note 257), p. 780-782.

²⁹⁴ Article 1020-1 de la LSC ; voir également CONAC Pierre-Henri, « La fusion transfrontalière en droit luxembourgeois », in CONAC Pierre-Henri (dir.), *Fusions transfrontalières de sociétés : droit luxembourgeois et droit comparé*, Bruxelles : Larcier, 2011, p. 69.

²⁹⁵ PRÜM, *op. cit.* (note 209), p. 15.

²⁹⁶ Actuellement et à moins d'avoir une convention bilatérale dans ce domaine avec l'État d'accueil, le droit français exige l'unanimité, ce qui sur le plan de la forme n'est pas une opposition du droit français au transfert dans un autre État membre mais constitue, en pratique, une condition difficile à réaliser. Ajoutée à la liberté fiscale reconnue par la CJUE pour l'imposition des plus-values lors du transfert, cette condition de l'unanimité constitue une véritable opposition de fond pour le transfert du siège des sociétés constituées en France : voir MASSARD, *op. cit.* (note 257), p. 776, 789.

²⁹⁷ Alors que l'unanimité est imposée à d'autres formes de sociétés comme les sociétés civiles, les sociétés en nom collectif ou en commandite : voir Jean-Paul SPANG, « Les restructurations d'entreprises », in FACULTÉ DE DROIT D'ÉCONOMIE ET DE FINANCE et André PRÜM (dirs.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés : [actes du colloque organisé par la faculté de droit, d'économie et de finance le 7 décembre 2007]*, Bruxelles : Larcier, 2008, p. 88 ; Jean-Paul SPANG, « La fusion transfrontalière en droit luxembourgeois : regard du praticien », in CONAC Pierre-Henri (dir.), *Fusions transfrontalières de sociétés : droit luxembourgeois et droit comparé*, Bruxelles : Larcier, 2011, p. 87.

²⁹⁸ Ainsi que d'autres techniques de restructuration comme l'apport de branche d'activité ou d'universalité : voir SPANG, « La fusion transfrontalière en droit luxembourgeois : regard du praticien », *op. cit.* (note 297), p. 96-97.

²⁹⁹ Transposition en 2007 et 2009 de la Directive 2005/56/CE en plus libéral ce qui a permis, notamment, de sécuriser la fusion-immigration d'ArcelorMittal au Luxembourg à partir des Pays-Bas : voir CONAC, *op. cit.* (note 294), p. 64-65.

³⁰⁰ Articles 1010-1 à 1040-5 de la LSC ; bien qu'en pratique la majorité des fusions transfrontalières corresponde à des optimisations par restructuration intragroupe : voir *Ibid.*, p. 79.

des exigences de l'UE en reprenant son régime flexible interne³⁰¹ avec un allègement total ou partiel des formalités au cas où les sociétés impliquées sont des filiales à 100% ou à plus de 90%³⁰². De même et sauf en cas de perte³⁰³, la majorité qualifiée peut décider de la réduction du capital mais les créanciers peuvent demander des sûretés adéquates au président du tribunal qui ne peut refuser que s'il estime que le créancier dispose déjà d'une garantie suffisante ou si la solidité de la société rend toute sûreté additionnelle superflue³⁰⁴. Ce sont là des flexibilités avantageuses qui, tout en s'appuyant sur la liberté contractuelle, peuvent être utiles au cas où le tour de table réduit d'actionnaires de la holding admettrait un minoritaire dans le capital.

75. Personnalité morale du dirigeant de la SA ou de la SAS. L'administrateur peut être une personne morale, mais celle-ci doit désigner un représentant permanent conformément à l'article 441-3 de la LSC. Cette disposition permettrait dans notre cas de nommer la société de gestion (non pas dans le sens de l'AIFMD, mais dans le sens d'une société, de droit commun, signataire avec la holding de la convention de management mentionnée en introduction de ce titre I) au conseil d'Administration. Une telle nomination induirait une meilleure sécurité juridique quant au respect de la charte de gestion car, en assumant une responsabilité sociale solidaire avec son représentant permanent, la société de gestion sera incitée à appliquer ladite charte de conformité. Cette obligation de représentant permanent, s'impose également dans les cas de directeur général ou membre de comité de conseil de surveillance, de directoire ou de comité de direction dans une SA ou dans le cas de président ou directeur dans une SAS³⁰⁵.

76. Application de la jurisprudence Rozenblum. Toute société est soumise au principe du respect de son intérêt social et de l'intérêt commun de ses associés³⁰⁶, mais ce principe comporte une exception actée par la jurisprudence française³⁰⁷ applicable aux filiales de la holding mais non à la holding même. Cette jurisprudence qui admet moyennant certaines conditions le respect de l'intérêt du groupe en plus de celui de l'intérêt social de chaque société

³⁰¹ Avec pratiquement toutes les possibilités de montages allant de la fusion par création d'une entité nouvelle à la fusion par absorption usuellement downstream ou upstream en reverse merger : voir *Ibid.*, p. 68.

³⁰² Articles 1023-1 à 1023-6 de la LSC ; voir également SPANG, « La fusion transfrontalière en droit luxembourgeois : regard du praticien », *op. cit.* (note 297), p. 92-93.

³⁰³ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 262-263, § 2032-2033.

³⁰⁴ Article 450-5.(1) à 450-5.(3) de la LSC.

³⁰⁵ Jean-Paul SPANG, « Les organes de gestion », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg), p. 142.

³⁰⁶ Michel GERMAIN et Pierre-Louis PÉRIN, *SAS, la société par actions simplifiée : études-formules*, France : Joly éditions - Lextenso éditions, 2016, p. 82, § 105.

³⁰⁷ Daniel OHL, « Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 Février 1985 - n° 84-91.581, note D. Ohl », *Recueil Dalloz Sirey*, 1985, p. 478-483.

composant le groupe, est applicable à notre cas, car il relève bien de la logique économique réelle des groupes contrairement aux holdings de fonds en private equity minoritaire (comme les SCR étudiées par Matri) ou aux holdings à but purement fiscal. En effet, la Holis est une holding de contrôle, spécialisée dans un secteur d'activité, dont l'objectif est la création de valeur à travers la synergie, le développement et la bonne gestion intégrée de ce groupe. En outre, les quatre conditions déduites de cet arrêt Rozenblum³⁰⁸ ont toutes les chances d'être satisfaites pour la Holis qui est soumise à des règles de gestion de conformité assurant une certaine éthique respectueuse des droits d'autrui. Ceci serait vrai non seulement au cas où la holding serait en France, où est née cette jurisprudence, mais également au cas où la holding est au Luxembourg dont le droit présente une telle souplesse qu'il ne soulève la primauté de l'intérêt social sur celui du groupe que dans le cas extrême où existe un danger d'insolvabilité de la société du groupe ayant consenti le sacrifice³⁰⁹.

77. Contrôle de la gouvernance de la holding par d'autres organes. Après la catastrophe de l'effondrement du Rana Plaza³¹⁰, le contrôle de la gouvernance est entré dans les usages des grandes sociétés comme la SA qui, parallèlement au conseil d'administration institutionnel, a la possibilité d'instaurer des conseils de contrôle de gouvernance regroupant d'autres parties prenantes. De telles instances de contrôle viennent s'ajouter aux outils classiques des règlements intérieurs et, plus récemment, des chartes déontologiques et éthiques. Il n'est donc pas étrange que, dans notre cas, la holding dispose d'organes spécialisés, comme le conseil charaïque, vérifiant la conformité de sa gestion à la charte adoptée par ses organes légaux³¹¹. L'objectif de contrôle demeure même si la nature de ces organes de contrôle dépend de la forme de la holding : SAS, SA ou accessoirement SARL comme semble nous guider le filtrage que nous venons d'effectuer à travers les dispositions communes de droit des sociétés et que nous retenons pour l'analyse fiscale qui suit.

³⁰⁸ Ces conditions sont : (i) le groupe est détenu par une personne morale, (ii) qui dispose d'un gouvernement central, (iii) instaurant une politique de groupe offrant potentiellement une compensation aux filiales participantes à l'intérêt du groupe, (iv) sans les soumettre à un danger de faillite : voir JURISPRUDENCE FRANÇAISE, « Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 Février 1985 - n° 84-91.581 - Lexis 360® », 4 février 1985. URL : http://www.lexis360.fr/document?docid=JK_KDEC-1521471_0KRH. Consulté le 15 mars 2019.

³⁰⁹ Note du cours « Company Law » CONAC Pierre-Henri, *op. cit.* (note 226).

³¹⁰ WIKIPÉDIA, « Effondrement du Rana Plaza », in *Wikipédia*, [s.l.] : [s.n.], 24 janvier 2019. URL : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Effondrement_du_Rana_Plaza&oldid=156109426. Consulté le 15 mars 2019.

³¹¹ Voir infra § 132 ainsi que 412.

Sous-section 2. Droit fiscal

78. Introduction du droit fiscal international. La fiscalité est l'élément essentiel de l'efficacité économique que nous cherchons dans le choix du régime de notre holding, acteur central du dispositif. Elle est une illustration de la globalisation de l'économie qui implique de plus en plus d'opérations commerciales et civiles dépassant le cadre des frontières d'un seul pays. Ces opérations transfrontalières se heurtent à la souveraineté des États en matière fiscale aboutissant souvent à une double imposition juridique où une même base fiscale d'un même contribuable est imposée, au titre du même type d'impôt, dans plus d'un pays³¹². Cette double imposition est causée en général par la différence des systèmes de rattachement retenus par les pays impliqués : certains rattachent l'impôt à la source, d'autres à la résidence et d'autres, encore, à la nationalité. Dans le domaine de cette fiscalité applicable en présence d'un élément d'extranéité, il faudrait distinguer entre le « droit international fiscal » relatif à la composante fiscale applicable du droit international et le « droit fiscal international » qui est plus général puisqu'il inclut la composante fiscale de droit interne transfrontalier. Steichen retient la conception large du droit fiscal international, applicable à ces situations transfrontalières, constitué par l'ensemble des règles fiscales relatives à de telles situations, qu'elles soient issues d'un droit national ou du droit international. La composante de droit international, en principe supérieure à la composante de droit interne³¹³, inclut les conventions bilatérales³¹⁴ de non double imposition ainsi que les accords multilatéraux³¹⁵ qui sont enrichis au sein de l'UE par la réglementation européenne dont une partie est transposée dans les pays de l'Union. Ces textes de droit international éliminent la double imposition par le procédé d'exonération ou celui d'imputation traduisant, dans les deux cas, le fait qu'un État accepte de réduire son impôt pour permettre à un autre État signataire d'appliquer son impôt. Quant à la composante du droit national transfrontalier, il inclut toutes les dispositions de droit interne relatives à l'imposition des non-résidents telles que la retenue à la source sous réserve des mesures discriminatoires cachées condamnées par la CJUE sur la base du droit européen³¹⁶.

³¹² À distinguer de la double imposition économique où la même base fiscale est imposée plus d'une fois aux mains de contribuables différents. Au Luxembourg, ce genre de double imposition a pratiquement disparu depuis la réforme fiscale de 1991.

³¹³ Notamment quand il s'agit de la supériorité du droit de l'UE aux droits internes des États membres.

³¹⁴ À titre d'exemple, le Luxembourg a conclu une soixantaine de conventions de ce type.

³¹⁵ Comme ceux de l'OMC.

³¹⁶ Alain STEICHEN, *Manuel de droit fiscal : droit fiscal général*, 5e édition, Luxembourg : Éditions Saint Paul, 2015, p. 94-97, 99-101, 110-111, 118-119. KKK354 .S74 2015.

79. **Jurisprudence de la CJUE.** Sur la base des principes découlant des traités de l'UE³¹⁷, la Cour a reconnu le droit d'ester en justice ou de s'établir à l'intérieur de l'UE pour une entreprise résidente sur son territoire. De même et bien que la taxation ne fasse pas partie des compétences de l'UE³¹⁸, la CJUE a pu établir certaines lignes de conduite des EM sur des thèmes aussi variés que la retenue à la source, l'imposition des non-résidents et, même, certaines règles d'imposition interne. À titre d'exemple et bien que la lutte contre l'évasion fiscale ait été considérée par la CJUE³¹⁹ puis par la directive ATAD comme une justification suffisante pour les dispositions discriminatoires contre les sociétés émigrantes, la création d'une société « boîte aux lettres » dans un EM avec l'unique objectif d'avoir une activité dans un autre EM ne peut être considérée par ce dernier comme abusive³²⁰. Dans d'autres cas³²¹, la CJUE a déclaré fautif un EM qui surtaxerait les dividendes payés par une filiale sur son territoire à sa société mère domiciliée dans un autre EM.

80. **Droit fiscal conventionnel.** Les conventions de non double imposition suivant le modèle de l'OCDE s'appliquent aux résidents des États signataires. Cette résidence pour les sociétés est régie par le droit interne du pays de résidence. Ainsi et en prenant l'exemple du Luxembourg, au sens de ces conventions une société de droit luxembourgeois bénéficie des conventions signées par le Luxembourg avec d'autres pays quand elle est considérée résidente par le droit luxembourgeois³²² ce qui implique son imposition sur le revenu au Luxembourg³²³.

³¹⁷ Voir supra § 72.

³¹⁸ Conformément à l'article 4 du TUE, la fiscalité relève de la compétence exclusive des EM car ce domaine ne figure pas dans les articles 3, 4 et 6 du TFUE relatifs aux compétences exclusives, partagées ou coordonnées. En conséquence et conformément à l'article 5 du TUE, l'adoption de directives fiscales ne pourra se faire qu'avec l'unanimité des EM.

³¹⁹ Voir par exemple l'arrêt « Cadbury Schweppes plc et Cadbury Schweppes Overseas Ltd contre Commissioners of Inland Revenue (C-196/04) » de la CJUE qui condamne les montages exclusivement fiscaux, passant par des sociétés sans consistance économique.

³²⁰ Le droit européen supprime ainsi la présomption d'abus : voir arrêt « Centros (C-212/97) » de la CJUE relatif à une société « boîte aux lettres » créée au Royaume-Uni par des actionnaires danois pour avoir une activité, à travers une branche, uniquement au Danemark.

³²¹ Les arrêts de la CJUE « pour les affaires jointes 'Metallgesellschaft Ltd & autres (C-397/98)' et 'Hoechst AG & Hoechst (UK) Ltd (C-410/98)' contre Commissioners of Inland Revenue et HM Attorney General ».

³²² La résidence fiscale des sociétés de capitaux (opaques fiscalement) est le siège effectif présumé être le siège statutaire sauf preuve contraire du lieu de l'administration centrale (définie par le TA comme étant « le lieu où se prennent les décisions les plus importantes », c'est donc le lieu des AG et des réunions régulières des organes de gestion). En pratique, le siège statutaire est retenu par l'administration fiscale s'il indique un lieu au Luxembourg ; dans le cas contraire, c'est le lieu de l'administration centrale qui est retenu. Pour éviter qu'une société ne soit pas résidente fiscalement dans deux pays, les conventions bilatérales sur le modèle OCDE retiennent le lieu de la direction effective (l'administration centrale en droit interne luxembourgeois mais avec des preuves différentes). Ce lieu est déduit d'un faisceau d'indices dont le lieu des réunions des organes de la société n'est que l'un d'entre eux ; les autres indices sont le lieu de la gestion journalière, le lieu des travaux administratifs comme la comptabilité et le pays de la loi applicable à la société : voir STEICHEN, *Manuel de droit fiscal*, op. cit. (note 316), p. 673-688.

³²³ *Ibid.*, p. 102.

Une limite de l'application de ces conventions est constituée par la pratique de l'abus de droit³²⁴, appelée dans ce cas « treaty shopping ». Un exemple serait l'interposition d'une société, dans un État tiers, entre une société filiale résidente d'un premier État et sa société mère résidente dans un second État qui n'a pas de convention avantageuse avec le premier État contrairement à l'État tiers qui a de bonnes conventions avec aussi bien le premier que le second État. Ce cas sera qualifié d'abusif si la société relais, interposée, n'a aucune consistance économique dans l'État tiers et n'a comme objectif que de faire transiter des revenus pour profiter des deux conventions conclues par cet État. Ce même concept s'applique à l'abus du droit fiscal de l'UE³²⁵.

81. Introduction de la fiscalité interne. En France, l'article 32 de la loi de finances rectificative pour 1993³²⁶ assimile la SAS à la SA dans le domaine fiscal tant au niveau des règles qu'au niveau des procédures et cette assimilation a été étendue par l'administration sur le plan international³²⁷. Que ce soit pour la SAS ou la SA, la fiscalité française paraît suffisamment attrayante pour localiser en France des sous-holdings éventuelles³²⁸ de la holding de tête, mais ne fait pas jeu égal avec la fiscalité de certains pays pour que cette holding de tête elle-même soit de droit français. Pourtant, la France a mis en place des retenues à la source dissuasives³²⁹ appliquées aux dividendes et aux plus-values de sources françaises reçus par les holdings résidant hors de France, mais la portée de cette dissuasion est limitée quand la holding bénéficie des directives de l'UE ou des conventions bilatérales avantageuses. Ceci a facilité à la majorité des holdings et des fonds internationaux actifs en France la prise en compte d'autres considérations pour s'établir dans d'autres pays comme le Luxembourg qui constitue l'une des plateformes de domiciliation des véhicules d'investissement choisies par les détenteurs de capitaux internationaux. Dans ce dernier pays, le concept de holding est une notion purement fiscale et ne correspond nullement à une forme juridique particulière de la société car ce n'est pas en raison de leur forme mais de leur activité spécifique comme sociétés de participations que les holdings bénéficient d'un régime fiscal favorable. En termes de droit des sociétés et à

³²⁴ Dans le cadre de son étude de la notion d'abus de droit qui est difficile à saisir, Steichen se réfère au théorème mathématique de Gödel qu'il exprime en matière de droit en disant « plus les notions juridiques occupent une position centrale, moins elles sont définies » : voir *Ibid.*, p. 262.

³²⁵ *Ibid.*, p. 270, 273.

³²⁶ Loi n° 93-1353 du 30 décembre 1993.

³²⁷ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 104 et 106, § 133 et 136.

³²⁸ Contrôlant des sociétés françaises opérationnelles au moins à 95% pour éviter l'impôt de distribution de 3% : voir *infra* § 90.

³²⁹ 21%, 30% ou 75% selon le pays de résidence.

l'exception de quelques allègements dans la publication des comptes³³⁰, les holdings sont donc soumises au droit commun des sociétés commerciales des sociétés de capitaux qui, dans notre cas, ont les formes SAS, SA ou SARL. En revanche, fiscalement, elles ont soit le régime de la loi de 1929, soit celui des sociétés mères communément appelé le régime des Soparfi. Les holdings « 1929 » ont eu leur heure de gloire jusqu'à 1990 grâce à une fiscalité inexistante³³¹, mais depuis la directive initiale des sociétés mères 90/435, elles sont exclues des conventions fiscales internationales car de nombreux États les assimilent à des véhicules de paradis fiscaux. C'est donc les Soparfi qui ont pris le relais des holdings 1929 tout en ayant la possibilité d'exercer, avantageusement sur le plan fiscal, des activités commerciales comme la fourniture de prestations de services³³² car, derrière cette dénomination d'usage, il s'agit légalement de sociétés commerciales résidentes ayant la forme de sociétés de capitaux. « Sont considérées comme telles les sociétés anonymes, les sociétés par actions simplifiées, les sociétés en commandite par actions, les sociétés à responsabilité limitée... »³³³. Ayant la personnalité fiscale, ces dernières sont imposables à l'IRC en tant que personnes fiscales autonomes de leurs associés, contrairement au cas des sociétés transparentes³³⁴.

82. Exclusion de la Sicar luxembourgeoise. Le régime d'exonération des holdings soumises à la loi de 1929 ayant fini par disparaître, on pourrait aussi penser dans le cadre de cette thèse à celui de la Sicar. La Sicar, introduite par la loi du 15 juin 2004, répond aux besoins de l'investissement en capital-risque dans des sociétés non cotées parfois à un niveau en dessous du minimum de pourcentage du capital requis pour l'exonération des Soparfi³³⁵. La loi précitée exige que cette société ait le capital-risque comme objet exclusif et qu'elle mentionne sa forme juridique complétée par le terme « Sicar » tout en faisant référence à cette loi. Ainsi, l'activité fonds d'investissement OPCVM³³⁶ ne peut être exercée par la Sicar ; en revanche, l'activité private equity ou capital-investissement est considérée comme du capital-risque au sens de cette loi, moyennant certaines contraintes par rapport au régime de droit commun des Soparfi. Naturellement, ne peuvent investir dans une Sicar que les institutionnels et les professionnels

³³⁰ Cependant les holdings de 1929 doivent avoir comme activité exclusive la détention de participations contrairement aux Soparfi qui sont libres d'exercer d'autres activités : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 252, § 2006.

³³¹ Ou presque depuis la réforme de ce régime en 2005.

³³² Pour un modèle d'objet statutaire, voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 257, § 2021 et 2070.

³³³ Article 159 de la LIR.

³³⁴ Alain STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 5^e éd., Luxembourg : Éd. Saint-Paul, prévu en 2019, p. 435.

³³⁵ Voir infra § 85.

³³⁶ Organismes de placement collectif en valeurs mobilières.

ayant un certificat d'un établissement de crédit confirmant leur aptitude à évaluer les risques de cette activité. Contrairement aux fonds d'investissement (étudiés par Matri), la Sicar n'a pas d'obligation de diversification de son portefeuille. Elle est soumise, en revanche, aux obligations de l'utilisation d'un dépositaire établi au Luxembourg pour ses avoirs, de la supervision de la CSSF et de l'audit par un réviseur de ses comptes qui, avec les autres éléments du rapport financier, doivent être communiqués notamment à la CSSF. Ainsi et outre les investisseurs, la CSSF ainsi que le dépositaire et le réviseur exercent un contrôle légal sur le fonctionnement de la Sicar. Ce contrôle pourra être aussi statutaire si la Sicar est une société de capitaux³³⁷, essentiellement SA, SARL ou SCA ; dans ce cas, la Sicar doit avoir un capital minimal d'un million € mais elle n'est soumise ni à l'obligation de la consolidation ni aux règles rigides de droit commun en cas de distribution intérimaire de dividendes. Fiscalement et bien que considérée comme « pleinement imposable », la Sicar bénéficie du régime des OPC : plafonnement du droit d'apport à 1250€³³⁸, inapplication de la TVA et exonération de la Sicar pour les revenus et plus-values provenant de ses participations. Quant aux propriétaires non-résidents de la Sicar, ils sont exonérés de toute retenue à la source sur leurs plus-values de cession du capital de la Sicar ou sur les revenus qu'ils reçoivent de celle-ci. Enfin, les institutionnels luxembourgeois, propriétaires de la Sicar, bénéficient du régime mère-fille. En définitif, n'est imposable dans la Sicar que le revenu commercial de droit commun comme le placement à moins de douze mois de sa trésorerie, en attendant l'acquisition des cibles³³⁹. Toutefois et avec l'évolution favorable du régime de droit commun de la Soparfi que nous détaillerons ci-après, ce régime de la Sicar devient moins pertinent pour cette thèse au regard de ses contraintes supplémentaires d'autant plus que le risque est réel que la Sicar ne puisse bénéficier des directives européennes et des conventions bilatérales³⁴⁰.

83. Étendue de l'analyse fiscale. Que ce soit pour la fiscalité des revenus de la holding (A) ou pour celle des revenus de ses actionnaires (B), l'analyse comparée que nous présentons ici reste focalisée sur les droits luxembourgeois et français pour les raisons avancées en sous-section 1 relative au droit des sociétés³⁴¹. Toutefois, il n'est pas rare que les investisseurs aient déjà une holding de tête en Suisse qu'ils souhaitent utiliser pour l'activité de

³³⁷ La Sicar peut, toutefois, être une société de personnes : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 331, § 2405.

³³⁸ Editorial committee ERNST & YOUNG, Janique BULTOT, Emmanuel CARLEN et Jacqueline GUÉRINEL, *Taxation of non-residents in Luxembourg*, Luxembourg : Editions Promoculture, 2008, p. 58.

³³⁹ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 330-332, § 2400-2410.

³⁴⁰ Ce que j'ai pu vérifier avec le professeur Isabelle Corbisier.

³⁴¹ Voir supra § 63.

private equity objet de cette thèse ; il devient donc utile de faire quelques références à ce pays qui a un droit fiscal complexe car fruit d'une grande autonomie des cantons agissant entre eux en concurrence au bénéfice du contribuable. Néanmoins en s'appuyant sur la LIFD et LHID comme sources principales, il est possible d'étudier l'IB des sociétés de capitaux³⁴² qui dispose d'un régime cantonal dérogatoire pour les holdings³⁴³.

A. Revenus de la holding

84. Imposition de droit commun. Pour une holding réalisant un chiffre d'affaires consolidé par pays inférieur à 250M€, le taux marginal d'imposition en France à l'IS du revenu non exonéré est de 34,43% car au taux de base de 33,33% peuvent s'ajouter une ou plusieurs contributions assises sur le montant de l'IS. Ces dernières aux taux de 3,3% et 10,7%, pour des chiffres d'affaires supérieurs respectivement à 7,6 et 250 millions d'euro³⁴⁴, ont évolué avec le deuxième taux devenant 15% pour un chiffre d'affaires supérieur à un milliard et un troisième taux nouveau de 30% pour un chiffre d'affaires supérieur à trois milliards ce qui aboutit à un taux global maximum de 44,43%³⁴⁵. Au Luxembourg par comparaison, le revenu de droit commun de la Soparfi³⁴⁶, est imposable à l'équivalent de l'IS à un taux global qui était de 30,38% avec la possibilité de la déduction des frais d'établissement³⁴⁷. Ce taux correspondant à l'IRC, à la contribution de solidarité et à l'impôt communal aux taux respectifs de 22%, 0,88% et 7,5% en moyenne. Par la suite, ce taux de 30,38% a baissé à 29,22% avec les trois taux qui le composent devenant respectivement 21%, 1,47% et 6,75%³⁴⁸ ; puis, ce taux marginal global a encore baissé pour s'établir en 2018 à 26,01%, soit huit points de moins qu'en France, avec des taux qui le composent de 18%, 1,26% et 6,75%³⁴⁹. De plus, il est souvent utile de développer

³⁴² Principalement : SA, SCA et SARL.

³⁴³ STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 31, § 301-302.

³⁴⁴ Maurice COZIAN et Florence DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises : 2015-2016*, France : LexisNexis, 2015, p. 381, § 861 et 862.

³⁴⁵ EY, *Worldwide Corporate Tax Guide 2018*, [s.l.] : EYGM Limited, 2018.

³⁴⁶ Autre que celui exonéré de la gestion de ses participations, comme les produits de placement ou le bénéfice commercial ordinaire d'autres activités opérationnelles.

³⁴⁷ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 260, § 2028.

³⁴⁸ STEICHEN, *Manuel de droit fiscal*, *op. cit.* (note 316), p. 659-661, 715-725.

³⁴⁹ « Depuis 1996 un certain nombre de mesures fiscales ont été prises, afin d'accroître l'attractivité du Luxembourg dans le domaine de la fiscalité des entreprises. Il s'agit notamment de concurrencer l'étranger, où les taux d'imposition sont parfois sensiblement plus faibles qu'au Luxembourg. Pour cette raison, le taux IRC a été réduit à raison de 1% par an de 1997 à 1999 afin de passer de 33% à 30%. Avec la réforme fiscale de 2001, le taux IRC a été réduit en un coup de 8% pour passer de 30% à 22%. En contrepartie, l'ICC n'est plus déductible pour les sociétés opaques. En 2006, la ville de Luxembourg a baissé le taux communal de 7,5% à 6,75%, ce qui a entraîné une baisse du taux effectif d'imposition de 30,38% à 29,63%. Le taux IRC passe à 21% en 2009, à 19% en 2017 et à 18% à partir de 2018. Si l'on compare le taux IRC luxembourgeois aux taux d'imposition pratiqués dans les autres pays, on peut constater que de nombreuses différences subsistent, même entre les pays de l'Union européenne. Ainsi, en 2016, le taux maximal d'imposition pour les entreprises s'est élevé à 10% en Bulgarie, à

pour les Soparfi une activité commerciale, comme les services rendus aux filiales³⁵⁰, permettant d'imputer sur les bénéfices de ces activités imposables les crédits d'impôt étrangers, les moins-values de participations et les charges de financement des participations excédentaires à leurs revenus³⁵¹. Outre cette imposition du bénéfice, ces activités commerciales sont soumises comme en France à la TVA après déduction de la TVA payée aux fournisseurs. Cette TVA ne s'applique pas aux revenus financiers qui sont soit hors champ soit exonérés et qui comprennent aussi bien les revenus de participations que d'autres produits imposables à l'IS comme ceux de placement de trésorerie³⁵². En comparaison à cette fiscalité du Luxembourg, le taux global suisse de l'IB, comprenant les 8,5% de la LIFD, varie selon les cantons entre 12,79% et 24,24% avec 24,24% à Genève et 21,45% à Zurich³⁵³ ce qui représente une fiscalité meilleure que celle d'une domiciliation à Luxembourg ville dont le taux global est de 26,01%. Cependant, cet avantage apparent de 2 à 5 points n'est pas globalement pertinent dans cette thèse car il ne représenterait au plus que 0,002% à 0,005% de l'actif net de notre holding dont le revenu relève quasiment exclusivement de celui des participations exonéré à l'IS. Ainsi, il ne resterait comme imposables que les autres revenus de droit commun qui sont usuellement des prestations aux filiales dont le montant, issu de la méthode « cost plus », ne dépasserait guère 0,1% de l'actif net³⁵⁴. Réduit ainsi à sa juste proportion, cet avantage suisse a peu de chance de compenser son impôt annuel IC ainsi que son impôt initial sur le capital dû à la création d'une SA³⁵⁵. En effet, d'une part et alors que l'impôt luxembourgeois sur la fortune ne s'applique pas à une holding de participations³⁵⁶, l'IC suisse assis sur l'actif net est dû avec un taux entre 0,001 et 0,525% de l'actif net en fonction du canton du lieu du siège avec 0,403% à Genève et 0,172% à Zurich, sauf pour les holdings dont le taux réduit s'établit à 0,03% à Genève et 0,015 à Zurich³⁵⁷. Ainsi, l'avantage suisse sur le taux de l'IS de droit commun que nous avons estimé entre 0,002% à

12,5% en Irlande et à Chypre, à 20,6% en Hongrie, 20% en Croatie, à 31,4% en Italie ou encore à 35% à Malte » : voir STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, op. cit. (note 334), p. 492.

³⁵⁰ La gestion de la trésorerie du groupe par exemple.

³⁵¹ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, op. cit. (note 95), p. 283 et s., § 2070 et s.

³⁵² Ce régime a été introduit par le règlement du 24 déc. 1990 modifié ultérieurement par les lois du 21 déc. 2001 et du 9 juil. 2004.

³⁵³ STRENG et al., op. cit. (note 287), p. 51, § 476.

³⁵⁴ L'hypothèse est que notre holding ait un capital d'un milliard € avec une masse salariale inférieure à cinq millions € dont au maximum un million est refacturé pour prestations de services aux filiales qui supportent en plus l'éventuel management fee aux prestataires externes qui leur sont liés contractuellement comme nous le verrons en chapitre 2 : voir infra § 172.

³⁵⁵ EY, op. cit. (note 345), p. 1550-1552, 1554-1555.

³⁵⁶ En effet, les Soparfi ne sont soumises ni à une taxe annuelle d'abonnement ni à une quelconque imposition en cas de dissolution et l'impôt sur la fortune, comme l'impôt commercial communal, n'est pas applicable aux activités des Soparfi relatives à la gestion de leurs participations remplissant les conditions d'exonération des dividendes reçus : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, op. cit. (note 95), p. 279-282, § 2067-2069.A.

³⁵⁷ STRENG et al., op. cit. (note 287), p. 546, § 7001-7003.

0,005% de l'actif net de notre holding ne peut, dans la meilleure des hypothèses, que compenser son inconvénient de l'IC en retenant hypothétiquement ses taux favorables relevant du régime de la holding bien que celle-ci ne peut exercer des activités commerciales en suisse³⁵⁸. Ce raisonnement rendant la fiscalité suisse au mieux comparable par rapport à celle du Luxembourg est d'autant plus valable quand on tient compte, en plus de l'IC annuel, des droits de 0,02% du capital dus à la création en Suisse alors que le Luxembourg a abandonné le droit proportionnel³⁵⁹ pour les Soparfi de capital en numéraire³⁶⁰.

85. Imposition des dividendes reçus par la holding. Tenant compte de la fiscalité des autres pays, la France a fourni des efforts considérables ces dernières décennies pour rendre sa fiscalité attractive. Ainsi et pour l'impôt sur les sociétés, une mesure efficace a été adoptée en permettant l'exonération de 95% des dividendes de participation reçus par une société mère sous réserve que cette participation soit détenue depuis au moins deux ans et qu'elle représente au moins 5% du capital de la société émettrice³⁶¹. Face à cet effort français, le Luxembourg fait mieux car le revenu brut³⁶² de dividendes est exonéré, même si la détention n'est que d'un an, avec la condition alternative que l'investissement représente au moins 10%³⁶³ du capital de la filiale ou dépasse un montant de 1,2 millions d'€ ce qui apporte une flexibilité appréciable pour les holdings à grand capital considérées de cette thèse. Ce régime des dividendes encaissés par les Soparfi découle de l'article 166 de la LIR³⁶⁴ qui s'applique aux filiales³⁶⁵ résidentes de la Soparfi soumises à l'IRC ou non résidentes mais (i) entrant dans le champ de la directive communautaire des sociétés mères ou (ii) soumises à un impôt étranger équivalent³⁶⁶ à l'IRC.

³⁵⁸ Au risque de perdre ses avantages pour son revenu de participations : voir § suivant.

³⁵⁹ De 0,5% ou 1%.

³⁶⁰ STEICHEN, *Manuel de droit fiscal*, op. cit. (note 316), p. 750-765.

³⁶¹ Article 216 du Code Général des Impôts français. La distribution de dividendes devient alors imposée à un taux effectif symbolique de 1,7% : voir Daniel GOUADAIN et Jean-Luc MONDON, *Fiscalité des créations, restructurations et liquidations d'entreprises*, France : Litec, 2006, p. 199, § 330 ; Patrick SERLOOTEN, *Droit fiscal des affaires*, France : Dalloz, 2017, p. 386, 417-418, § 534 et 598.

³⁶² Pour la déductibilité des charges liées à la participation, voir § suivant.

³⁶³ Directement ou indirectement via des sociétés transparentes mais avec une détention en pleine propriété et non pas comme simple usufruitier : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, op. cit. (note 95), p. 274, § 2061.A et 2061.B.

³⁶⁴ Loi de l'impôt sur le revenu.

³⁶⁵ Même indirectement à travers des sociétés de personnes transparentes fiscalement : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, op. cit. (note 95), p. 274, § 2061.A.

³⁶⁶ Pour être équivalent, un impôt étranger doit être obligatoire (payé par la société elle-même et non pas ses actionnaires) avec une assiette similaire à l'IRC et un taux minimum de 11% correspondant à la moitié du taux de 22% de l'IRC. Ce taux de 11% s'apprécie d'une façon nominale sans faire un calcul effectif de l'impôt réellement payé par rapport à une assiette similaire à celle de l'IRC. Si les revenus de la filiale proviennent de sous filiales dans des États tiers, l'appréciation se fera en assimilant la filiale à une société résidente au Luxembourg. En principe, cette condition d'imposition de la filiale étrangère est suffisante même si la filiale en cause est une société de personnes non transparente : voir *Ibid.*, p. 273-275, § 2060.A et 2061.C, ce taux de référence de 11% a été réduit à 9% en 2018 compte tenu de la baisse de l'IRC à 18%.

Toutefois, ce régime de l'article 166 peut être écarté³⁶⁷ afin de bénéficier d'une convention fiscale plus favorable comme celle avec la Suisse qui permet d'exonérer les dividendes reçus de la filiale suisse même si celle-ci est exonérée d'impôt à condition de détenir au moins 10% du capital de la filiale en question. Un autre exemple du régime conventionnel plus favorable est celui avec la France³⁶⁸ qui n'exige pas la période de détention minimale de 12 mois³⁶⁹. Autrement et en l'absence de conventions plus favorables, les dividendes ou boni de liquidation reçus par la Soparfi seront imposés à 9% si les conditions de l'article 166 ne sont pas remplies³⁷⁰. Cette logique de la directive de l'UE sur les sociétés mères et filiales adoptée très favorablement au Luxembourg est suivie également par la Suisse où le revenu net³⁷¹ des participations n'est pas imposable dans le régime fédéral³⁷² pour les sociétés de capitaux, notamment SA et SARL³⁷³, contrairement aux fondations qui sont assimilées aux personnes physiques. Sans tenir compte des droits de vote, les participations visées sont celles qui dépassent un seuil d'un million CHF ainsi que celles donnant droit à plus de 10% du capital ou de la distribution d'une filiale³⁷⁴. Cette dernière peut être de droit suisse ou de droit étranger mais imposable localement, même avec un régime avantageux sans que ce soit de l'évasion fiscale. Parallèlement à ces exonérations fédérales, le régime cantonal accorde aux holdings une exonération totale à condition que la valeur bilancielle ou le revenu des participations de ces sociétés de capitaux représentent au moins 2/3 respectivement de l'actif ou des recettes de la société mère ce qui correspond à la situation de cette thèse. Cependant, plusieurs cantons comme Genève admettent, comme alternative, les conditions fédérales énumérées ci-dessus pour la qualification des participations donnant lieu à exonération. Dans tous les cas cependant, le régime des holdings ne sera plus applicable si la société mère exerce une activité commerciale même si celle-ci est restreinte à la fourniture à ses filiales étrangères de prestations de marketing, de formation ou de gestion dans un cadre contractuel³⁷⁵. Cet inconvénient dans le régime de la holding peut, cependant être résolu par le régime de la société « d'administration » qui conserve les avantages des holdings pour les revenus de participations tout en rajoutant

³⁶⁷ Le mélange des dispositions de deux régimes étant interdit.

³⁶⁸ Il en est de même des conventions avec l'Allemagne, l'Irlande et la Suisse : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 276-277, § 2063.

³⁶⁹ Même si celle-ci s'apprécie a posteriori depuis la loi du 23 déc. 1997 en reprenant l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 oct. 1996 : voir *Ibid.*, p. 274, § 2061.

³⁷⁰ Ce taux est passé en quelques années de 11% à 9% en suivant la baisse de l'IRC dont il représente la moitié : voir *Ibid.*, § 2061.B.

³⁷¹ Des frais de financement : voir § suivant.

³⁷² Par un système de réduction d'impôt brut : voir STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 59-72, § 550-680.

³⁷³ Ou une SCA, y compris les sociétés ayant le régime de la Sicaif.

³⁷⁴ Ces trois conditions étant alternatives et non cumulatives : voir STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 61, § 565.

³⁷⁵ *Ibid.*, p. 60, 65-67, § 557, 625, 630, 640.

l'avantage par rapport au Luxembourg d'une imposition légère³⁷⁶ des revenus des prestations accessoires rendues aux filiales étrangères. Cette dérogation avantageuse est à comparer à certaines conventions fiscales, notamment avec la France³⁷⁷, qui rendent imposables en suisse certains revenus même sous le régime de la société d'administration³⁷⁸ ce qui permet d'aboutir, là aussi, à la comparabilité des coûts des fiscalités suisse et luxembourgeoise malgré certaines différences.

86. Imposition des plus-values reçues par la holding. À l'origine et comme pour les dividendes reçus, la France accordait l'exonération de 95% de la plus-value de cession de participations sous réserve que les titres objet de la cession soient détenus depuis au moins deux ans et qu'ils représentent au moins 5% du capital de la société émettrice³⁷⁹. En vigueur en 2006, cette imposition privilégiée a été alourdie depuis car dans les mêmes conditions en 2018, le régime fiscal de la société mère impose 12% de la plus-value mais en contrepartie admet en charge tous les frais d'acquisition amortis sur cinq ans. Cette évolution, qui trouve sa logique dans la déductibilité des intérêts relatifs au financement de l'acquisition, n'est évidemment pas favorable pour la holding de cette thèse qui n'est pas financée par des dettes financières. Les éventuels compléments de prix « earn out » sont traités de la même façon. En revanche, les sommes versées en garantie de passif seront totalement déductibles selon la cour d'appel de Douai même si l'Administration soutient que seule l'éventuelle partie dépassant le prix de vente est déductible³⁸⁰. Il faudrait préciser que l'assiette de la quote-part de 12% est, selon l'Administration la plus-value brute sans aucune réduction ou annulation de cette assiette pas les moins-values d'autres cessions de participations. Ainsi, un revenu imposable est constaté même en présence d'une moins-value nette globale qui est, paradoxalement, sans aucune influence fiscale. Cette position contestable est jugée contraire à l'intention du législateur exprimée lors du débat de l'adoption du nouveau texte de l'article 219.I.a-quinquies du CGI³⁸¹. Comme pour les dividendes, au « Luxembourg...les Soparfi, qui bénéficient des conventions fiscales, sont exonérées sur leurs plus-values de cession de titres lorsqu'elles détiennent 10%

³⁷⁶ Uniquement d'une quote-part de 20 à 30%.

³⁷⁷ art. 14 al. 2

³⁷⁸ STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 69-72, § 651, 660-680.

³⁷⁹ Article 216 du Code Général des Impôts français. La plus-value devient alors imposée à un taux effectif symbolique de 1,7% : voir GOUADAIN et MONDON, *op. cit.* (note 361), p. 199, § 330.

³⁸⁰ CAA Douai, 3e ch., 31 juill. 2012 COZIAN et DEBOISSY, *op. cit.* (note 344), p. 366-368, § 814-817 ; SERLOOTEN, *op. cit.* (note 361), p. 386, § 534 ; ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Fiscal 2016*, France : Editions Francis Lefebvre, 2016, p. 316-320, § 18770-18865.

³⁸¹ Anne CHARVÉRIAT, Jean-Yves MERCIER, et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Mémento expert Francis Lefebvre. Intégration fiscale 2014-2015 : résultat d'ensemble, restructurations, déclarations, conventions*, France : Ed. Francis Lefebvre, 2013, p. 235, § 6055.

du capital de la société dont les titres sont cédés et cela depuis au moins un an³⁸² » ; à défaut de la détention de 10% du capital, la participation minimale dans la filiale doit être de 6 millions €. Cette exonération se fait en brut entraînant, en toute logique, la non déductibilité³⁸³ des intérêts ce qui représente une neutralité fiscale vis-à-vis du mode de financement³⁸⁴ de la holding sans aucun inconvénient dans notre cas car la conformité interdit le financement par la dette financière. Cette non déductibilité s'applique également à la dépréciation et, généralement, à toutes les charges liées à la participation qui ne deviennent déductibles que pour la partie dépassant les revenus de cette participation, dividendes et plus-values, et cette déduction sera, le cas échéant, imposée ultérieurement lors de la cession comme une partie non exonérée de la plus-value³⁸⁵. Similairement, la Suisse n'impose pas la plus-value nette de cession des participations qui, outre les conditions ci-dessus applicable à l'exonération des dividendes, sont détenues depuis au moins douze mois mais la condition fédérale du taux minimum de détention de 10% n'est pas exigée dans certains cantons. Comme pour les dividendes, les plus-values exonérées sont nettes des frais de financement de la participation correspondante ce qui revient à préserver une certaine neutralité par rapport à son mode de financement en excluant les intérêts de la déductibilité en présence de revenus de la participation³⁸⁶.

87. Retenue à la source des holdings non-résidentes. Le sujet de retenue à la source pour le revenu de participation d'une holding étrangère se pose de moins en moins pour les groupes européens. En effet, la directive 2003/123/CE fait bénéficier la SAS comme la SA françaises du régime fiscal des sociétés mères de non double imposition pour les dividendes reçus de filiales domiciliées dans l'UE³⁸⁷ ; ce régime sans retenue à la source bénéficie également aux Soparfi luxembourgeoises³⁸⁸. Ces dernières, juridiquement de droit commun, ont donc pris le relais des holdings 1929, avec un succès considérable grâce à leur régime juridique flexible et à leur régime fiscal qui, sans être exorbitant comme celui des holdings 1929, demeure généreux. Cependant, les mesures anti-abus de la France³⁸⁹, basées sur la notion

³⁸² Dominique VILLEMOT, *Fiscalité des fusions acquisitions*, France : EFE, 2010, p. 149, § 225.

³⁸³ Au cas où il y aurait d'autres revenus imposables.

³⁸⁴ Par fonds propres ou par dettes (comme les comptes courants associés).

³⁸⁵ De la plus-value et non pas des futurs dividendes distribués. Ce procédé revient simplement à un report d'imposition SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 275, 281, § 2062, 2068.

³⁸⁶ STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 61-62, 67, § 565, 570 et 631.

³⁸⁷ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 83, § 107.

³⁸⁸ STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.* (note 91), p. 554.

³⁸⁹ Les articles 209B pour les personnes morales et 123-bis pour les personnes physiques.

abus de droit³⁹⁰, s'appliquent mais elles ne visent que les résidents en France et uniquement dans certains cas³⁹¹ sous réserves des considérations conventionnelles et communautaires. Ainsi, la France pourra refuser d'appliquer le régime mère-fille si la société mère luxembourgeoise est ultimement contrôlée par des non-résidents de l'UE³⁹² usant d'un montage, sans but économique, dont le seul objectif est d'éviter l'application d'une retenue à la source prévue par une convention NDI entre leur pays de résidence et la France. En dernier recours et ayant son centre de direction effective au Luxembourg, la holding Soparfi peut se prévaloir de la convention bilatérale qui limite la retenue à la source à 5% sur les dividendes distribués par une filiale française pour une participation minimale de 25% et qui exonèrent les plus-values de cession pour une participation détenue à plus de 10%³⁹³. Dans ce domaine, aussi bien la convention bilatérale avec la France que l'accord avec la CE³⁹⁴ conclus par la Suisse permettent d'exonérer de la retenue à la source, les dividendes et les redevances de licences versés par une filiale française³⁹⁵ à une holding suisse ainsi que la plus-value de cession par cette dernière de sa participation française³⁹⁶. Toutefois, si cette holding est contrôlée par des résidents d'États tiers, la France exigera l'établissement que le chaîne de participation n'a pas un objet principalement fiscal³⁹⁷ ; une telle condition est considérée comme abusive à l'intérieur de l'UE où la Cour de justice autorise même les sociétés « boîte aux lettres » dont l'unique objectif est fiscal³⁹⁸.

88. Comparaison synthétique 2017-2018 utile à cette thèse. En termes de dividendes reçus par la holding, la France impose à 0,34% si la filiale est contrôlée à 95% et à 1,7% si le contrôle est moindre mais au moins de 5% de ses filiales, ceci est à comparer à une

³⁹⁰ Cette notion d'abus de droit ne s'applique pas aux Soparfi ayant, en plus de la gestion des participations, une activité commerciale générant un bénéfice commercial et dont l'actif à plus de 50% ne serait ni monétaire ni financier (immobiliers, fonds de commerce...) : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 272, § 2058.A.

³⁹¹ Ainsi, le Conseil d'État en France (CE 18 fév. 2004, n° 247729, 8ème et 3ème sous-sections réunies, min. des finances c/ Sté Pléiade) a considéré comme un abus de droit le cas d'un groupe français détenant 16,66% d'une sous-holding Soparfi luxembourgeoise dépourvue de toute substance et n'ayant aucune justification économique : voir *Ibid.*, p. 261-262, § 2029.A.

³⁹² *Ibid.*, p. 470, § 4054.B.

³⁹³ *Ibid.*, p. 251 et s, 467, 470, 506, § 2001 et s, 4037, 4054.B, 4230.

³⁹⁴ Art 15 de l'AFisE du 26 octobre 2004 issue des négociations bilatérales II : voir STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 228, § 2060.

³⁹⁵ Détenue au moins à 10% sans exigence de durée de détention selon la convention bilatérale avec la France contrairement à l'AFisE qui en exige un taux de 25% et une durée de deux ans : voir *Ibid.*, p. 231-235, § 2082, 2088-2089, 2100-2103.

³⁹⁶ Sociétés SA, SARL et SCA avec acceptation du régime fiscal d'exonération suisse des revenus de participation, par réduction fédérale ou par les statuts cantonaux de holding ou société d'administration : voir *Ibid.*, p. 233, 527, § 2091, 6779.

³⁹⁷ *Ibid.*, p. 504, § 6623-6624.

³⁹⁸ Arrêt « Centros » C-212/97 : voir supra § 79, note bas de page n° 320.

exonération dans tous les cas au Luxembourg comme en Suisse. Quant aux autres revenus communs, le taux français est de 44,43% ou 39,43% respectivement quand le chiffre d'affaires consolidé en France dépasse trois milliards ou un milliard d'euros et 34,43% dans les autres cas qui correspondent probablement à la situation de cette thèse³⁹⁹ ; ce taux minimal français demeure toutefois nettement supérieur au 26,1% applicable au Luxembourg⁴⁰⁰. Cette imposition pour une domiciliation à Luxembourg ville demeure comparable à la fiscalité suisse pour une domiciliation à Genève ou Zurich en tenant compte d'autres impôts effectifs en Suisse et exonérés au Luxembourg. En termes de plus-values réalisées par la holding objet de cette thèse, l'imposition 2018 en France est de 4% sans compensation de moins-values alors que le Luxembourg et la Suisse accordent une exonération totale. Enfin et en termes de retenue à la source sur les revenus de la holding provenant des filiales étrangères, le droit de l'UE permet l'exonération sur son territoire ce qui correspondrait à la situation de cette thèse avec la holding et la majorité de ses filiales domiciliées à l'UE sans que la problématique du financement excessif par dette ne se pose pour une telle holding. Ainsi, l'usage des conventions bilatérales sera réservé principalement aux quelques filiales domiciliées dans d'autres États européens⁴⁰¹. En conclusion, la fiscalité du Luxembourg est meilleure que celle de la France qui pourrait présenter un handicap de 2 à 3% du bénéfice de l'investissement⁴⁰² ; par rapport à la Suisse, le Luxembourg demeure comparable tout en apportant une sécurité supplémentaire découlant du droit de l'UE. Toutefois, cette conclusion au niveau de la rentabilité économique de la holding doit être confirmée par l'étude de la fiscalité des revenus de ses actionnaires (B) pour pouvoir l'étendre à la rentabilité globale des investisseurs de capitaux islamiques dans la private equity européenne.

B. Revenus des actionnaires

89. La rentabilité globale de l'investisseur dans la holding. La rentabilité des investisseurs découle bien évidemment de la rentabilité de leur holding qui à son tour dépend aussi bien du facteur endogène de la qualité de sa gestion que du facteur exogène de sa fiscalité comme nous venons de le voir. Cependant, cette rentabilité de la holding se transmet rarement intacte à ses actionnaires car la fiscalité intervient à nouveau sur ces derniers pour les imposer une deuxième fois ce qui représente une double-imposition de la rentabilité économique

³⁹⁹ EY, *op. cit.* (note 345), p. 494-498, 503.

⁴⁰⁰ Qui exonère en outre la holding de l'impôt sur la fortune assis sur l'actif net : voir *Ibid.*, p. 923-924.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 494, 496, 927-928, 936, 1550-1552, 1554-1555.

⁴⁰² En supposant que celui-ci provienne à moitié des dividendes et à moitié de la plus-value et que les frais de fonctionnement de la holding sont négligeables par rapport à ses produits.

dégagée par l'investissement soumise d'abord à la fiscalité au niveau de la holding et soumise ensuite à la fiscalité de ses actionnaires. En plus au cas où ces derniers n'ont pas la même résidence fiscale que leur holding, la deuxième fiscalité qui est déjà une manifestation d'une double-imposition économique peut elle-même se transformer en une double-imposition juridique. Bien que ces deux types de double-imposition aient en commun l'unicité du revenu imposé, ils se distinguent par le fait que l'économique s'applique à deux sujets du droit fiscal différents, la holding et son actionnaire, alors que la juridique s'applique au même sujet de droit mais dans deux pays différents. C'est pour remédier à cet excès, que les conventions de NDI sont conclues comme nous l'avons déjà indiqué⁴⁰³ et sont maintenant pertinentes à notre étude de la fiscalité des revenus des actionnaires de la holding qui, outre le cas peu probable où ils seraient résidents, sont souvent non-résidents dans la situation de cette thèse. Les revenus des actionnaires en question sont principalement considérés ou assimilés aux dividendes et aux plus-values avec dans les deux cas une possibilité de retenue à la source pour les non-résidents.

90. Imposition des dividendes reçus par les actionnaires de la holding. Au Luxembourg, la réduction du capital provenant d'une incorporation de réserve est assimilée à une distribution de dividendes et il en est de même pour toute réduction ou remboursement d'apport non justifiés par des raisons économiques liées à la Soparfi⁴⁰⁴. Si le bénéficiaire de ces distributions effectuées par la holding est un actionnaire personne morale, il pourra bénéficier du régime de l'affiliation appliqué aux dividendes reçus par la holding moyennant le respect des conditions de ce régime favorable⁴⁰⁵. Certainement respectées dans le cadre de cette thèse, ces conditions sont une durée de détention minimale de 12 mois et, alternativement, une participation d'au moins 10% du capital ou atteignant 6 ou 1,2 millions € respectivement pour la cession ou la distribution⁴⁰⁶. Pour les actionnaires non-résidents, l'article 156 de la LIR considère comme revenus indigènes les revenus de capitaux provenant des sociétés imposables⁴⁰⁷ sous forme de dividendes non exemptés par la loi (al 6) ou sous forme de plus-values spéculatives ou relatives à des participations importantes des contribuables personnes physiques ayant résidé auparavant au Luxembourg (al 8). Pour les dividendes et dans le cadre du régime d'affiliation, l'associé ayant un caractère collectif est exonéré de la retenue à la source s'il est une société mère au sens de la directive, un contribuable soumis à l'IRC, un organisme public luxembourgeois, un établissement stable ou une société de capitaux de la

⁴⁰³ Voir supra § 78.

⁴⁰⁴ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 277, § 2064.

⁴⁰⁵ Voir supra § 85.

⁴⁰⁶ STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, *op. cit.* (note 334), p. 532.

⁴⁰⁷ Hors Sicar...

Suisse ou de l'EEE. Cette exonération s'applique également à « un organisme à caractère collectif pleinement imposable à un impôt correspondant à l'impôt sur le revenu des collectivités qui est un résident d'un État avec lequel le Grand-Duché de Luxembourg a conclu une convention tendant à éviter les doubles impositions, ainsi qu'à son établissement stable indigène⁴⁰⁸ ». Ainsi et en allant au-delà de l'article 147 de la directive communautaire⁴⁰⁹, ce régime exonère les associés personnes morales envisagés par cette thèse pour leurs dividendes reçus de la holding luxembourgeoise à moins qu'ils ne résident dans un pays où leur taux d'imposition est inférieur à 9% correspondant à la moitié du taux de l'IRC. Dans ce dernier cas, ils subissent une retenue à la source au taux de la convention bilatérale entre 0% et 5% pour les pays pertinents, musulmans⁴¹⁰ ou pas⁴¹¹, ou au taux de droit commun de 15% en l'absence de convention⁴¹². Cette retenue à la source sera libératoire de l'obligation fiscale luxembourgeoise⁴¹³ comme dans le cas des personnes physiques non-résidentes et dont le taux conventionnel est entre 5% et 10%, toujours meilleur que le taux de droit commun de 15% applicable en l'absence de convention. De même, cette imposition demeure en général meilleure que celle des personnes physiques résidentes imposables à un taux approximatif de 20% correspondant environ à la moitié du taux marginal maximum du barème⁴¹⁴ qui pour 2017 était de 42% avant déduction. En France et pour les dividendes, le bénéfice du régime des sociétés mères domicilié dans l'UE est conditionné comme on l'a vu⁴¹⁵ par une participation minimale de 5% détenue pendant au moins deux ans, ce qui est le cas de cette thèse, avec une quote-part imposée de 5% du montant reçu ou de 1% en cas d'intégration fiscale, contrairement au Luxembourg qui prévoit l'exonération totale. Ceci pour les actionnaires personnes morales de l'UE ; quant aux actionnaires personnes physiques résidentes, elles sont soumises à une retenue à la source de 21% qui sera ajustée par le contribuable de 9% complémentaires pour atteindre le taux de 30% du PFU. Par rapport au taux de l'ordre de 20% au Luxembourg, le contribuable français a donc peu de chance de s'éloigner de ce taux de 30% du PFU même s'il opte pour le barème progressif, dont le taux marginal au-delà de 156 mille € est de 45%,

⁴⁰⁸ Article 147 .2.e de la LIR.

⁴⁰⁹ 90/435/CEE du 23 juillet 1990.

⁴¹⁰ Pour des pays comme la Malaisie, l'Arabie Saoudite, le Qatar ou l'EAU : voir <http://data.legilux.public.lu/file/eli-etat-leg-memorial-2004-80-fr-pdf.pdf>.

⁴¹¹ 0% avec la Suède et, en cas de respect de la participation minimale de 10%, la Suisse ou 5% autrement ; 2,5% avec les Pays-Bas ; 5% avec la suisse dans les autres cas, les États-Unis, le Canada, le Japon, le Royaume-Uni et plusieurs pays de l'UE y compris la France et l'Irlande : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 273-279, § 2059-2065.

⁴¹² *Ibid.*, p. 279, § 2065.

⁴¹³ STEICHEN, *Manuel de droit fiscal*, *op. cit.* (note 316), p. 710.

⁴¹⁴ Voir : <https://impotsdirects.public.lu/dam-assets/fr/baremes/recueil-bareme-01012017.pdf>.

⁴¹⁵ Voir supra § 85.

applicable au revenu global incluant 60% des dividendes après déduction des autres 40%⁴¹⁶. Pour les non-résidents et sous réserves des conventions bilatérales, le droit commun de 2018 prévoit une imposition de 30%⁴¹⁷, inexistante dans notre situation pour les personnes morales au Luxembourg et le double du taux luxembourgeois pour les personnes physiques, par prélèvement à la source libératoire sauf pour l'UE et l'EEE qui sont exonérés. Les conventions conclues par la France peuvent prévoir soit l'exonération, comme dans les cas de l'Arabie Saoudite⁴¹⁸, du Qatar⁴¹⁹ et des Émirats⁴²⁰, soit la réduction comme dans le cas de la Malaisie qui prévoit, face à l'exonération accordée par le Luxembourg, une retenue à la source de 15% qui sera baissée à 5% si la participation est au moins de 10% du capital de la société émettrice⁴²¹. En outre et contrairement au Luxembourg, cette holding distributrice, qui n'est pas une PME⁴²², est soumise à une surtaxe de 3% des montants distribués avec une exonération uniquement pour le montant revenant à son éventuelle société mère qui la contrôle au moins à 95% même s'il s'agit d'entité mère non-résidente à l'exception, toutefois, de celle domiciliée dans un État non coopératif⁴²³.

91. Imposition de la plus-value des actionnaires de la holding. En termes de droits d'enregistrement français, les cessions réalisées dans le cadre d'un portage sont exonérées comme celles des actions cotées en bourse⁴²⁴ alors que les cessions d'actions de SAS sont soumises à l'enregistrement au taux de droit commun de 0,1%⁴²⁵. En revanche au Luxembourg, la cession d'actions est exonérée de la TVA et n'est soumise qu'à un enregistrement au droit fixe insignifiant ; par conséquent, seul l'imposition directe est pertinente comme pour les dividendes. Dans ce cadre, les plus-values non spéculatives des personnes physiques non-résidentes au Luxembourg ne sont pas imposables à moins qu'il

⁴¹⁶ <https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F1419>.

⁴¹⁷ Sauf pour les États non-coopératifs pour lesquels le taux sera de 75%.

⁴¹⁸ https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/10_conventions/arabie_saoudite/arabie-saoudite_convention-avec-l-arabie-saoudite_fd_2176.pdf.

⁴¹⁹ https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/10_conventions/qatar/qatar_convention-avec-le-qatar_fd_2100.pdf.

⁴²⁰ https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/10_conventions/emirats_arabes_unis/emirats-arabes-unis_convention-avec-les-emirats-arabes-unis_fd_2138.pdf.

⁴²¹ https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/10_conventions/malaisie/malaisie_convention-avec-la-malaisie-version-consolidee_fd_2173.pdf.

⁴²² Une PME étant fiscalement une entreprise de moins de 250 salariés ayant, soit un chiffre d'affaires inférieur à 50 millions d'euro, soit un total bilan inférieur à 43 millions d'euro : voir COZIAN et DEBOISSY, *op. cit.* (note 344), p. 382, § 864.

⁴²³ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Mémento Groupes de sociétés 2017-2018 », [s.d.], p. 5217, 6709, 6721, 6750, 6752, 6780. URL : <https://abonnes-efl-fr.bcujas-ezp.univ-paris1.fr/EFL2/document/?key=MGS&uaId=002U&refId=NMGSFR2001-1128241709>. Consulté le 24 avril 2019.

⁴²⁴ GOUADAIN et MONDON, *op. cit.* (note 361), p. 151 et 154, § 251 et 259.

⁴²⁵ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 104 et 106, § 133 et 136.

s'agisse de participation importante⁴²⁶ détenue par une personne qui « a été contribuable résident pendant plus de quinze ans et qu'il est devenu contribuable non résident moins de cinq ans avant la réalisation du revenu⁴²⁷ ». Dans ce dernier cas, la plus-value comme le boni de liquidation sont imposables selon le régime de la personne physique résidente, dans la catégorie des revenus divers et non pas celle des revenus des capitaux mobiliers comme les dividendes, à la moitié de son taux de barème progressif après toutes les déductions dont bénéficient les ménages aboutissant à un taux effectif d'environ 20%. En revanche, la personne morale non-résidente ne subit aucune exception et est, dans tous les cas, non imposable sur les plus-values non spéculatives. Enfin, s'il s'agit d'une personne morale résidente et grâce à un règlement auquel renvoie la loi, la plus-value provenant des sociétés de capitaux luxembourgeoises suit le régime des dividendes et du boni de liquidation en bénéficiant de l'exonération du régime d'affiliation dans la situation de cette thèse⁴²⁸. La France revient de loin dans ce domaine depuis une décennie et surtout en termes d'IRPP qui ne bénéficiait que de mesures de faible portée même si l'imposition lourde de 27% sur les plus-values réalisées par des particuliers n'étaient pas applicable aux cessions à titre gratuit comme les successions ou les donations. Cette imposition pouvait également être suspendue dans les situations d'échange⁴²⁹ et ce sursis pouvait devenir une exonération définitive en cas de transmission ultérieure à titre gratuit⁴³⁰. De même, une exonération conditionnée par une période minimale de détention⁴³¹ est accordée pour les cessions à l'intérieur d'un groupe familial⁴³² ou même à un tiers conformément aux dispositions de l'article 150-0 D bis du CGI⁴³³. Pour les non-résidents et contrairement au Luxembourg qui prévoit l'exonération, le droit commun prévoit en 2018 une imposition de 12,8% par prélèvement à la source libératoire uniquement quand la participation est au moins égale à 25% de la société française au cours des cinq années précédant la cession car les plus-values des participations plus petites ne sont pas imposables⁴³⁴. Cependant cette imposition,

⁴²⁶ La participation non-spéculative est celle détenue depuis plus de six mois et la participation importante est celle qui a dépassé les 10% du capital de la société émettrice pendant les cinq ans précédant la cession : voir STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, op. cit. (note 334), p. 772, 775.

⁴²⁷ Article 156 de la LIR précité.

⁴²⁸ STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, op. cit. (note 334), p. 550, 767, 771, 773-774, 777.

⁴²⁹ Comme l'apport en nature au capital d'une société soumise à l'impôt sur les sociétés ainsi que les opérations de conversion, de division ou de regroupement de titres.

⁴³⁰ GOUADAIN et MONDON, op. cit. (note 361), p. 162 et 163, § 268, 284 et 285.

⁴³¹ Respectivement de cinq et huit ans.

⁴³² GOUADAIN et MONDON, op. cit. (note 361), p. 160 et 161, § 274 et 276.

⁴³³ À partir de 2012. Toutefois, cette exonération ne s'applique pas à ce stade à la contribution sociale de 11% due par les résidents en France : voir Robert EL SAÏR et Maurice COZIAN, *La taxation des plus-values racontée aux dirigeants et à leurs conseils : fiches pratiques et schémas*, France : Litec, 2008, p. 71-72.

⁴³⁴ S'il s'agit d'un État non coopératif, la retenue devient 75% : voir ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Mémento Transmission d'entreprise 2018-2019 », [s.d.], p. § 61720, 61750. URL : <https://abonnes-efl-fr.bcujaas-ezp.univ->

applicable par exemple à l'Arabie Saoudite, au Qatar et aux Émirats, sera réduite le cas échéant à zéro si la convention bilatérale est plus favorable comme celle de la Malaisie qui ne prévoit aucune imposition⁴³⁵. Pour les personnes physiques résidentes, l'imposition se fera à un taux de 30%, contre 20% au Luxembourg, quel que soit le pourcentage détenu et la durée de détention à moins que le contribuable n'opte pour le barème progressif⁴³⁶. Pour les actionnaires personnes morales résidentes, le régime des plus-values à long terme en cas de cession dépend de l'exercice de l'influence en cas de contrôle, présumé à partir de 10% et pouvant être prouvé dans certains cas même si la participation est inférieure à 5% correspondant au seuil du régime de la société mère. L'application de ce régime des plus-values à long terme aux sociétés bénéficiant du régime des sociétés mères induit l'appréciation du seuil de détention de 5% lors de la cession et non pas tout au long de la période de détention de deux ans. Ce régime long terme est applicable à condition de détenir la participation au moins deux ans et l'imposition se fait au taux de droit commun appliquée à 12% de la plus-value dont 88% sont exonérés ce qui revient à un taux effectif de 4% à comparer à l'exonération luxembourgeoise. En dehors de ce régime de plus-value à long terme applicable à la situation de cette thèse, l'actionnaire personne morale soumise à l'IS sera imposée au droit commun⁴³⁷.

92. Comparaison de la retenue à la source 2018 en % des distributions par la holding à ses actionnaires. En France, 75% est le taux retenu pour l'actionnaire résident dans un paradis fiscal ; autrement, 30% pour le non-résident sociétaire et 12,8% pour le non-résident particulier qui ne bénéficie pas d'une convention NDI et le taux prévu par une telle convention si elle existe avec, le cas échéant, une exonération pour les sociétés mères visées par la directive de l'UE⁴³⁸. En comparaison, le Luxembourg retient 15% pour le non-résident qui ne bénéficie pas d'une convention NDI et le taux prévu par une telle convention si elle existe avec, toutefois, une exonération pour l'actionnaire d'une Sicar. Une telle exonération est également prévue pour l'actionnaire personne morale de notre holding Soparfi sous le régime des sociétés mères notamment celles bénéficiant d'une convention de NDI⁴³⁹ avec un taux de l'IS d'au moins 9%.

paris1.fr/EFL2/document/?key=MTE&uaId=0048&refId=NDF99618F4B2ECC2-EFL. Consulté le 24 avril 2019.

⁴³⁵ Article 13.3 de la convention : voir

https://www.impots.gouv.fr/portail/files/media/10_conventions/malaisie/malaisie_convention-avec-la-malaisie-version-consolidee_fd_2173.pdf.

⁴³⁶ En outre, un régime plus avantageux est prévu pour les stock-options : voir ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Mémento Transmission d'entreprise 2018-2019 », *op. cit.* (note 434), p. § 61981, 61985, 62030.

⁴³⁷ ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Mémento Groupes de sociétés 2017-2018 », *op. cit.* (note 423), p. § 5026, 5120, 5125, 5130.

⁴³⁸ EY, *op. cit.* (note 345), p. 503.

⁴³⁹ Article 147 de la LIR dans son 2ème alinéa, e] : voir STEICHEN, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, *op. cit.* (note 334], p. 515.

La Suisse est moins ambitieuse dans son droit commun qui prévoit un taux de 35% de retenue pour le non-résident qui ne bénéficie pas d'une convention NDI aussi bien pour les dividendes que les plus-values qui lui sont versées. Quant au bénéficiaire d'une convention NDI, ce sont les taux d'une telle convention qui s'appliquent⁴⁴⁰ sans possibilité d'extension, comme au Luxembourg, de l'équivalent du régime européen des sociétés mères.

93. Comparaison synthétique 2017-2018 utile à cette thèse. Dans la situation de cette thèse, on peut pratiquement retenir pour le Luxembourg la non-imposition des dividendes distribués aux personnes morales et l'imposition légère pour les personnes physiques à des taux ne dépassant pas 10% et 20% respectivement pour les non-résidentes et pour les résidentes. Par rapport à la fiscalité française, cette imposition luxembourgeoise représenterait un avantage rapporté au bénéfice de l'investissement⁴⁴¹ de l'ordre de 2% pour l'investisseur personne morale de l'UE, 1% à 4% selon les conventions fiscales pour les personnes physiques de l'UE ainsi que pour toutes personnes des autres États et de 5% pour les personnes physiques résidentes dans le pays de la holding. Quant aux plus-values, la totalité des personnes morales résidentes ou non résidentes et la quasi-totalité des personnes physiques non-résidentes sont exonérées de l'imposition de la plus-value non spéculative au Luxembourg alors que les personnes physiques résidentes ne sont imposées qu'à un taux maximal autour de 20% en 2017⁴⁴². Par rapport à la fiscalité française, cette imposition luxembourgeoise représenterait un avantage rapporté au bénéfice de l'investissement⁴⁴³ de l'ordre de 2% pour l'investisseur personne morale résidente dans l'État de la holding, de 0% à 6% selon les conventions fiscales pour toutes personnes non-résidentes avec le 6% subi par des pays comme l'Arabie Saoudite, le Qatar ou les Émirats et de 5% pour les personnes physiques résidentes dans le pays de la holding. Ainsi en cumulant le handicap de 2% à 3% de la fiscalité des revenus de la holding (A) et celui de la fiscalité des revenus des actionnaires que nous venons de résumer aussi bien pour les dividendes que les plus-values, le surcoût de la fiscalité française rapporté au bénéfice de l'investissement serait entre 6% et 7% pour les actionnaires personnes morales résidentes dans le pays de la holding. Ce surcoût serait entre 4% et 11% pour les actionnaires personnes morales résidentes dans un autre EM, entre 3% à 13% pour les personnes physiques de l'UE

⁴⁴⁰ EY, *op. cit.* (note 345), p. 503, 929-930, 1552.

⁴⁴¹ En supposant que celui-ci provienne à moitié des dividendes et à moitié de la plus-value et que les frais de fonctionnement de la holding sont négligeables par rapport à ses produits.

⁴⁴² Voir *supra* § 91.

⁴⁴³ En supposant que celui-ci provienne à moitié des dividendes et à moitié de la plus-value et que les frais de fonctionnement de la holding sont négligeables par rapport à ses produits.

ainsi que pour toutes personnes des autres États et entre 12% à 13% pour les personnes physiques résidentes dans le pays de la holding.

94. Bilan comparatif des dispositions communes du régime de la holding. Sans être exorbitant, ce surcoût fiscal constitue quand même un élément appréciable surtout pour des pays potentiellement représentatifs de la domiciliation des actionnaires ultimes de la holding comme la Malaisie et les pays du Golfe où ce handicap représenterait, respectivement, 5% et 9% du bénéfice de l'investissement. Ainsi, nous arrivons dans ce domaine fiscal à la même conclusion des analyses déjà menées par des auteurs qui considéraient que la France était le pays européen le plus défavorable à l'implantation des holdings en comparaison à d'autres pays comme le Luxembourg⁴⁴⁴. Ceci pour l'époque très ancienne mais même plus récemment et malgré les avancées françaises pour attirer fiscalement les investisseurs, ces analyses concluaient de la même façon que les régimes de certains pays voisins, dont le Luxembourg, demeuraient meilleurs que celui de la France pour les intervenants en fusions-acquisitions. Selon ces études, il serait alors « efficient que le cédant conserve les sociétés localisées dans des États qui exonèrent les plus-values de cession » et logique que l'acquéreur ait « tendance à créer des holdings de participation dans ces États⁴⁴⁵ » en évitant « les États ayant un poids élevé de prélèvements obligatoires et une administration fiscale efficace, comme la France⁴⁴⁶ ». Ainsi, le droit luxembourgeois présente un intérêt indéniable pour l'investisseur étranger souhaitant avoir une activité de private equity en Europe. C'est du moins ce que suggère notre analyse ici des dispositions communes du régime de la holding aussi bien en droit des sociétés qu'en droit fiscal, en attendant l'étude des dispositions spécifiques que nous abordons maintenant avec l'objectif de préciser les formes adéquates entre la SAS, la SA et la SARL pour traduire au mieux les deux contrats islamiques de gestion.

Section 2. Dispositions spécifiques

95. Intérêts des fondements contractuel et institutionnel de la société. Dans la détermination du meilleur régime pour notre holding, nous avons déjà quasiment opté pour une domiciliation au Luxembourg tout en restant partagé sur une pré-sélection de formes sociales. Ce sont donc les dispositions spécifiques à ces formes qui nous aiderons, dans la présente section, à préciser celles d'entre elles les plus à même de parfaire l'accommodation de la

⁴⁴⁴ COZIAN et DEBOISSY, *op. cit.* (note 344), p. 366, § 810.

⁴⁴⁵ VILLEMOT, *op. cit.* (note 382), p. 149, § 224.

⁴⁴⁶ C'est pour cela que la France a « mis en place des dispositifs visant à dissuader les groupes français de s'implanter dans les pays à fiscalité dite privilégiée, dont certains États de l'Union (Pays-Bas, Luxembourg, Irlande, Belgique" : voir *Ibid.*, p. 148, § 222.

Moudaraba et de la Wakala. Dans ce cadre, l'étude de l'équilibre de l'influence entre les fondements contractuel et institutionnel, selon la forme sociale, sera d'une grande utilité. Sur la base du Code civil⁴⁴⁷, le fondement originel de la société est contractuel ce qui induit une doctrine mettant en avant le principe de la liberté des contractants même si celle-ci doit respecter des exigences minimales d'ordre public comme on peut le constater dans la SAS. L'autre fondement de la société est institutionnel ; celui-ci s'illustre par la fiction de la personnalité morale⁴⁴⁸ qui fait de la société une personne juridique à part entière même si celle-ci ne se manifeste qu'à travers ses mandataires personnes physiques qui agissent en son nom et pour son compte, individuellement ou collégialement dans le sens de la directive 2009/101⁴⁴⁹. Ce dernier fondement se caractérise par « la mise en avant de la personnalité morale aux dépens de la personnalité des associés de la société⁴⁵⁰ » comme c'est le cas de la SA et, dans une moindre mesure, d'autres formes de la société. L'étude des spécificités de ces sociétés différenciées par des dosages différents de l'influence des deux fondements contractuel et institutionnel, confirmera ce que nous avons annoncé auparavant⁴⁵¹ que dans cette thèse la qualification de la Commandite de la Moudaraba islamique correspond davantage à une SAS, bien qu'il soit possible d'approcher son régime au moyen d'une commandite luxembourgeoise⁴⁵². Quant à l'accommodation du contrat islamique du mandat Wakala, on montrera que le choix de la forme de la holding est plus ouvert entre une SA ou une SAS, deux formes de société qui ont toutes les deux le caractère d'une société dont « le capital est divisé en actions et qui est constituée par une ou plusieurs personnes qui n'engagent qu'une mise déterminée⁴⁵³ ».

⁴⁴⁷ Cette source du Code civil à l'origine de la société civile, par opposition à la société commerciale, peut parfois intervenir dans les montages modernes et a même été considéré pour une société de gestion de private equity. Il faut cependant être extrêmement vigilant dans ce genre de montage car les dispositions civiles présentent parfois des différences substantielles avec celles de la LSC. À titre d'exemple et contrairement aux dispositions de la LSC, le Code civil donne le privilège à tout associé pour demander à tout moment la dissolution d'une société civile à durée illimitée : voir article 1869 du Code civil.

⁴⁴⁸ Apparue historiquement en Europe dans la législation du « Code pour le Royaume des Deux Siciles » de 1819 et pouvant être définie de nos jours « comme étant l'aptitude de certains groupements à être titulaires de droits et d'obligations qui leur confère la qualité de sujet de droit » comme l'indique Simonart : voir MASSARD, *op. cit.* (note 257), p. 769-770.

⁴⁴⁹ SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 130.

⁴⁵⁰ Cette personnalité des associés s'exprimant à travers leur liberté contractuelle dans la confection des statuts : voir Guy HARLES et Pierre BEISSEL, « Le contrat de société, rapport luxembourgeois aux journées marocaines de l'association henri Capitant (18-22 septembre 2006) », in Marc THEWES et Dean SPIELMANN (dirs.), *Annales du droit luxembourgeois de l'année 2006*, Bruxelles : Bruylant, 2007 (Pages 167 à 189 v. 16), p. 172.

⁴⁵¹ Voir les dispositions communes en supra § 67.

⁴⁵² Isabelle RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers* in « Les concepts émergents en droit des affaires », Paris : LGDJ-Lextenso Éd, 2010 (Droit & économie), p. 169-174 ; RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 40.

⁴⁵³ Formulation identique des articles 410-1 et 500-1 de la LSC ; PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 244-245.

96. Formes spécifiques étudiées. Modèle de la société institutionnelle par son fonctionnement au Luxembourg comme en France, la SA peut correspondre au profil recherché par certains investisseurs de la holding et notamment au cas où la participation des actionnaires à la gestion via un organe collégial est recherchée. Cependant, ce régime institutionnel de la SA peut être dupliqué dans la SAS caractérisée par la flexibilité et, dans une moindre mesure, dans la SARL gouvernée d'une façon partiellement institutionnelle rappelant la SA. Cette dernière a été ravivée et modernisée au Luxembourg par des réformes successives et notamment celle de 2016 ce qui a fait naître un mouvement de conversion de SA en SARL dans le secteur de production de biens et services. Par comparaison et par suite de son introduction par la réforme précitée de 2016 dans la LSC, la SAS bien qu'elle démarre bien⁴⁵⁴ avec un nombre de créations se comptant par dizaines⁴⁵⁵, elle demeure spécifique à sa niche de la société de capitaux la plus contractuelle. Par cette souplesse, cette dernière peut présenter un grand intérêt pour notre holding dont la gouvernance, selon les caractères des contrats islamiques, est le critère principal du choix de sa forme. Comme nous l'avons annoncé⁴⁵⁶, ce critère opère d'abord à travers un premier axe relatif à la délégation qui permet de doser l'autonomie du gestionnaire par rapport à l'actionnaire. Cette autonomie peut alors être inexistante dans certaines formes de sociétés de personnes où c'est l'associé qui gère. Elle peut également être totale dans d'autres formes où la gestion peut être confiée à un tiers tout à fait autonome par rapport aux actionnaires, comme on pourrait le concevoir dans la SA⁴⁵⁷. Elle peut enfin être dans une position intermédiaire, comme on l'observe dans beaucoup de SARL. Quant au deuxième axe de la gouvernance que nous suivons ici, il part d'une forme institutionnalisée par les dispositions d'ordre public (sous-section 1) comme pourrait l'être une SA pour revenir à l'origine contractuelle de la société à travers des formes donnant une large flexibilité conventionnelle (sous-section 2) à l'instar de la SAS d'inspiration française⁴⁵⁸. Cet axe d'analyse des formes sociales sur la base de leur fondement dominant, institutionnel ou contractuel, paraît en effet le plus pertinent à notre objectif du choix du régime de la holding en fonction de sa capacité à perfectionner l'accommodation des contrats de gestion islamique, Moudaraba et Wakala.

⁴⁵⁴ PRÜM, *op. cit.* (note 209), p. 17.

⁴⁵⁵ Sans compter les holdings qui sont plus nombreuses que les sociétés de production de biens et services, ces dernières choisissent la forme de SAS avec sept créations à janvier 2017 et vingt-quatre supplémentaires créées dans l'année qui suit établissant le nombre de SAS à 31 en janvier 2018 : voir RÉPERTOIRE DES ENTREPRISES LUXEMBOURGEOISES, *op. cit.* (note 93).

⁴⁵⁶ Voir supra § 67.

⁴⁵⁷ Qu'elle soit une holding de tête cotée ou une joint-venture fermée.

⁴⁵⁸ Ou de la commandite luxembourgeoise dont l'inspiration est partiellement anglaise

Sous-section 1. Holding institutionnelle

97. **Opposition de certains modes de gestion à l'alternative « voice ou exit ».**

Dans la société institutionnelle à gestion autonome, l'associé dispose de certains droits (A) lui permettant d'agir contre une gouvernance qui ne lui conviendrait pas, soit par une stratégie « exit » qui lui permet de sortir du capital de la société, soit par la stratégie alternative « voice » qui lui permet éventuellement de forcer la gouvernance souhaitée⁴⁵⁹. Dans notre cas où la holding est contrôlée par un noyau cohérent et stable, c'est cette dernière stratégie « voice » qui est pertinente ; or, celle-ci se trouve nécessairement contrariée par certains modes renforçant le pouvoir relatif à la gestion de la société (B). L'intérêt de la holding institutionnelle à ce travail sera donc considéré selon le champ qu'accorde une telle société à l'intérêt de l'associé dans les limites des modes de gouvernance institutionnalisés qui peuvent privilégier l'intérêt du gestionnaire. En l'occurrence, la question est de savoir dans quelle mesure le respect des caractères de la Moudaraba ou la Wakala, qui est l'intérêt principal de l'associé, serait défendu par les modes de gouvernance prévus pour la holding institutionnelle.

A. Intérêt de l'associé de l'institution

98. **Relativité du fondement institutionnel au Luxembourg.** Avant d'examiner ce que la holding institutionnelle offre comme protection à l'investisseur islamique, il paraît sage de commencer par apprécier la solidité de ce fondement institutionnel au Luxembourg, en comparaison à la France par exemple. Partant de la conclusion que « l'autonomie de la volonté, sans doute exagérée par les commentateurs du Code civil, a fini par être abandonnée », un éminent représentant français de la doctrine institutionnelle de la société considère que « dans une conception plus moderne, on dira que la société se caractérise par la volonté de ses membres de créer une situation juridique nouvelle⁴⁶⁰ ». En revanche et face à cette qualification de « situation juridique » qui paraît lointaine de la volonté des fondateurs, un juriste typique luxembourgeois verra la chose autrement. Il dira que « la société telle qu'elle existe de nos jours a été créée par le Code Napoléon en tant que contrat nommé » et conclura qu'au Luxembourg « il a toujours été admis que la société avait une nature contractuelle plutôt qu'institutionnelle⁴⁶¹ ». C'est pour cela qu'au Luxembourg, les exceptions de l'ordre public à la liberté contractuelle ont été maintenues au strict minimum notamment quand elles s'avèrent

⁴⁵⁹ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 32, note bas de page n° 3.

⁴⁶⁰ Paul LE CANNU et Bruno DONDERO, *Droit des sociétés*, [s.l.] : [s.n.], 2018, p. 205.

⁴⁶¹ HARLES et BEISSEL, *op. cit.* (note 450), p. 168-169, 172.

nécessaires à la protection des tiers. En donnant ainsi la primauté au fondement contractuel contrairement à la France⁴⁶², le Luxembourg privilégie un droit de sociétés libéral⁴⁶³ même pour la forme institutionnelle par excellence qu'est la SA et a fortiori pour les sociétés intermédiaires comme la SARL. En effet et même pour la SA, l'influence des directives de l'UE peut être évaluée à moins de 10% des règles, ce qui laisse une grande latitude au droit luxembourgeois pour imprimer son empreinte de flexibilité libérale aux dispositions d'ordre public d'origine française qui deviennent supplétives⁴⁶⁴ ou paramétrables entre plusieurs options en fonction du choix des contractants⁴⁶⁵. Suivant le mot d'ordre retenu lors de la rédaction de la LSC « liberté pour les associés, sécurité pour les tiers⁴⁶⁶ », les dispositions d'ordre public et leurs applications sont ainsi beaucoup plus légères et plus flexibles au Luxembourg qu'en France et en Belgique. Cette dernière, bien que source d'inspiration initiale de la LSC, n'a pas été suivie dans son imitation institutionnelle de la France dans les années 80. Cette tendance libérale luxembourgeoise s'est accentuée depuis les années 90 quand l'orientation de la place financière est devenue un enjeu majeur faisant du Luxembourg la première place européenne et la deuxième mondialement, derrière les États-Unis, pour la domiciliation des fonds d'investissement par l'attraction d'investisseurs sensibles à liberté contractuelle⁴⁶⁷. Sauf pour l'imitation de l'invention contractuelle française qu'est la SAS⁴⁶⁸, l'influence directe française ne demeure en fait que dans les dispositions pénales. Pour tout le reste, le droit luxembourgeois des sociétés est de plus en plus autonome avec, en l'absence d'inspiration des pays voisins, un recours des juges à la doctrine locale qui a maintenant acquis ses lettres de noblesse.

99. Formes institutionnelles pertinentes. La forme institutionnelle usuelle pour une holding luxembourgeoise est la SA qui offre, en plus de la possibilité d'actions nominatives dématérialisées, la discrétion d'actions au porteur⁴⁶⁹ qui, depuis la loi du 28 juillet 2014⁴⁷⁰,

⁴⁶² Cette appréciation valable pour la holding institutionnelle, objet de la présente sous-section, est beaucoup moins vraie pour la holding contractuelle, illustrée notamment par la SAS, comme nous le verrons dans la sous-section suivante.

⁴⁶³ PRÜM, *op. cit.* (note 209), p. 15.

⁴⁶⁴ Beaucoup plus nombreuses dans la SA que dans les commandites ou dans les sociétés de personnes.

⁴⁶⁵ C'est pour cela que, selon les termes du professeur Isabelle Corbisier, l'introduction au Luxembourg de la SAS a été considérée comme un « nice to have » et non pas comme un « must [tø] have » contrairement à la situation française où l'introduction de la SAS répondait à un besoin exceptionnellement fort.

⁴⁶⁶ SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 159.

⁴⁶⁷ Que ce soit pour organiser la gouvernance ou le contrôle de la société.

⁴⁶⁸ Voir ce qui suit en paragraphe B.

⁴⁶⁹ Considérée logiquement comme un meuble corporel : voir STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.* (note 91), p. 683.

⁴⁷⁰ Connue pour être la réforme de « l'immobilisation » par opposition à la loi de 2016 qui est connue pour être la réforme de « la financiarisation ».

doivent être relativement immobilisées par un dépôt auprès d'un professionnel agréé⁴⁷¹. La SCA connaît également un regain d'intérêt en tant que holding car, en dépit de la responsabilité indéfinie et solidaire du commandité⁴⁷², elle permet à celui-ci de maintenir son contrôle sur la société par son droit de veto sur les projets de résolutions des actionnaires commanditaires modifiant les statuts⁴⁷³. À cause du risque illimité pour le gestionnaire commandité, la SCA s'écarte du régime des contrats de gestion islamiques ce qui n'est pas le cas de la SARL qui partage sur ce point avec la SA la cohérence par rapport aux contrats islamiques.

100. SA luxembourgeoise. À l'origine et comme en droit français, il fallait un minimum de sept actionnaires dans une SA car c'était le nombre minimum pour permettre la révocation des trois actionnaires administrateurs par le vote des quatre autres actionnaires⁴⁷⁴ mais, de nos jours, l'article 410-1 de la LSC permet la constitution d'une SA par un seul actionnaire. Les assemblées peuvent avoir lieu à l'étranger à l'exception de l'AGO annuelle et de l'AGE modifiant les statuts qui doivent se tenir au Luxembourg avec la possibilité statutaire autorisant la participation à distance ou le vote par correspondance. Pour les conventions réglementées et sauf disposition contraire des statuts, l'actionnaire impliqué n'est pas privé de vote. L'AGO adopte ses résolutions à la majorité simple des votes exprimés sans condition de quorum alors que l'AGE n'exige le quorum de la moitié qu'en première convocation et ses résolutions sont adoptées à la majorité des deux tiers des présents ou représentés en l'absence de stipulations statutaires spécifiant la majorité qualifiée requise. En effet et pour toutes les assemblées, les statuts ont une certaine latitude pour instaurer des conditions de quorum plus rigoureuses ou pour augmenter ou diminuer le niveau de majorité requis⁴⁷⁵ et c'est cette latitude qui rend la SA luxembourgeoise préférable à son équivalent français. Par comparaison et d'une façon similaire, l'assemblée de la SA suisse, qui peut se tenir à l'étranger si le but n'est pas d'empêcher un actionnaire d'y participer, a des prérogatives exclusives comme l'adoption des modifications des statuts, la nomination ou la révocation des administrateurs⁴⁷⁶ et du réviseur ainsi que l'approbation du rapport et des comptes annuels. Tout ce qui n'est pas de ce domaine de l'assemblée tel que prévu par la loi ou les statuts, relève de la compétence du conseil

⁴⁷¹ Ainsi, le transfert de propriété n'est plus assuré par la transmission physique d'actions matérialisées en papier mais par une inscription sur un registre qui, toutefois, demeure confidentiel même pour les autres actionnaires : voir STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.* (note 91), p. 684.

⁴⁷² Qui peut être une SA dont toutes les actions sont au porteur.

⁴⁷³ Art. 600-9 de la LSC.

⁴⁷⁴ Cours du Professeur CONAC Pierre-Henri, *op. cit.* (note 226).

⁴⁷⁵ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 96-104, § 555-597.

⁴⁷⁶ À qui elle peut donner quitus.

d'administration⁴⁷⁷. En bref, les distinctions sont limitées et la SA suisse est aussi attractive pour l'investisseur que la SA luxembourgeoise si ce n'était la volonté de domicilier la holding objet de cette thèse sur le territoire de l'UE, mais uniquement pour accommoder le mandat islamique de la Wakala car la révocation ad nutum des gestionnaires empêche la compatibilité avec la Commandite Moudaraba.

101. SARL luxembourgeoise. Même si la SA présente les avantages de (i) la possibilité des actions au porteur, (ii) la liberté du choix de la monnaie du capital et (iii) la liberté de nationalité et de résidence des administrateurs⁴⁷⁸, la SARL demeure en général préférée pour la simplicité de sa gouvernance et de son contrôle⁴⁷⁹ tout en partageant certains avantages de la SA. Régie par les articles 710-1 à 710-31 et 720-1 à 720-6, la SARL permet désormais son utilisation comme holding de private equity destinée au placement privé dont le nombre maximum d'associés est passé de 40 à 100 personnes physiques ou personnes morales⁴⁸⁰. Profitant des mêmes dispositions que la SA, l'AG des associés pourra se tenir valablement par visioconférence si la communication dans les deux sens est fiable. En plus, la consultation écrite sans réunion des associés sera possible en l'absence d'opposition de la majorité pour les résolutions ne portant pas sur la modification des statuts ou la dissolution si le nombre des associés ne dépasse pas soixante. En termes de majorité et comme pour la SA, l'unanimité n'est plus requise que pour l'augmentation des engagements des associés car toutes les autres modifications statutaires sont soumises uniquement à la majorité qualifiée⁴⁸¹ fixée d'une façon supplétive à 75%, les statuts pouvant la réduire à une majorité simple ou l'augmenter jusqu'à atteindre l'unanimité⁴⁸². En revanche et contrairement à la cession des actions de la SA qui est libre sauf restriction temporaire figurant dans les statuts ou dans certains actes⁴⁸³, celle des parts de SARL est soumise obligatoirement à l'agrément du tiers cessionnaire par les associés⁴⁸⁴ avec une majorité⁴⁸⁵ en pourcentage du capital et non plus numérique depuis la réforme de 2016. D'une façon comparable au régime luxembourgeois, la cession des parts de la SARL suisse est en principe soumise à l'approbation de l'assemblée des associés mais les

⁴⁷⁷ STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 349-352, § 4070-4085.

⁴⁷⁸ Sauf pour les sociétés financières, ce qui n'est pas le cas de cette thèse.

⁴⁷⁹ Le commissaire aux comptes le réviseur des apports en nature ne sont pas nécessaires.

⁴⁸⁰ La personne morale peut en effet être associée sauf quand il s'agit d'une SARL simplifiée.

⁴⁸¹ Voir supra § 74.

⁴⁸² Article 710-26 de la LSC.

⁴⁸³ Article 430-1 de la LSC qui prévoit également que la violation des clauses statutaires dans ce domaine entraîne la nullité de la cession d'actions fautive.

⁴⁸⁴ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 89-90, § 481.

⁴⁸⁵ De 75% à titre supplétif, les statuts pouvant augmenter ce pourcentage ou le réduire sans tomber en dessous de 50%.

statuts ont la latitude de supprimer cette approbation ou de la rendre plus difficile⁴⁸⁶. Cette restriction de négociabilité empêche la holding ayant une forme de SARL de s'introduire en Bourse⁴⁸⁷ ce qui peut être une difficulté pour cette thèse. D'autant plus que la SARL admet difficilement la révocation ad nutum du gérant même si les statuts peuvent le prévoir⁴⁸⁸ mais d'autres rigidités empêchent l'associé de participer à la gestion à moins d'être lui-même un cogérant ou un membre d'un collège de gérance ce qui serait loin des conditions optimales d'un mandat Wakala qui serait mieux servi par une SA. Par ailleurs, la SARL admet l'implication de l'associé dans la gestion, pour l'arrêt des comptes par exemple⁴⁸⁹, et il serait contre nature pour cette société de capitaux (au sens fiscal) qui est la plus proche des sociétés de personnes d'interdire à ces derniers toute immixtion dans la gestion. C'est pour cela, la « juste cause », qui légitimise une révocation du gestionnaire pour juste motif, est interprétée largement au Luxembourg en admettant par exemple le désaccord grave entre gérant et associé majoritaire comme une cause suffisante⁴⁹⁰ et c'est ce qui rend la SARL impropre au contrat islamique de la Moudaraba qui n'admet pas une telle immixtion ou révocation.

102. Préférence de la SA dans l'accommodation du mandat Wakala. À ce stade, on peut conclure que la Moudaraba a peu de chance de s'épanouir dans une holding institutionnelle. En revanche, l'analyse comparative menée ici entre les sociétés totalement ou partiellement institutionnelles que sont la SA, la SARL et la SCA montre clairement un avantage pour la SA dans le cadre de cette thèse pour traduire le mandat islamique de gestion Wakala. Il reste cependant à avancer dans la comparaison entre les droits étatiques, essentiellement celui de la France et celui du Luxembourg avec quelques références suisses, pour conclure cette démarche du choix du pays de domiciliation⁴⁹¹. C'est dans ce cadre que nous entreprenons maintenant une appréciation des modes de gouvernance de la holding institutionnelle à l'intérieur de ces systèmes juridiques étatiques en se focalisant sur la SA avec de rares références à la SARL.

⁴⁸⁶ STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 355 et s., § 4150 et s.

⁴⁸⁷ STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, *op. cit.* (note 91), p. 557, 582.

⁴⁸⁸ Article 710-14 de la LSC.

⁴⁸⁹ Dernier alinéa de l'article 710-23 de la LSC.

⁴⁹⁰ Note du cours « Company Law » CONAC Pierre-Henri, *op. cit.* (note 226).

⁴⁹¹ Même si nous avons déjà pris une option sérieuse pour une domiciliation au Luxembourg : voir supra § 94-95.

B. Modes de gouvernance de l'institution

103. **Prolifération de l'ordre public français dans le régime de la SA.** C'est en connaissance de cause et après une analyse comparative fine que le Luxembourg a décidé sa réforme 2016 de la LSC dans sa duplication, si possible en plus libéral, de la SAS française⁴⁹². Qu'il s'agisse de dispositions relatives aux dirigeants ou aux actionnaires, la gouvernance de la SA française apparaît plus codifiée par de nombreuses dispositions supplémentaires dont une bonne partie est impérative. Ainsi, en ce qui concerne les dirigeants, le droit français légifère des domaines aussi variés que l'âge limite, le cumul des mandats, la détention d'actions de la société, la représentation des salariés dans les organes de la société, l'emprunt du dirigeant auprès de la société, la rémunération, l'empêchement temporaire, les attributions, la responsabilité quand la société est en difficulté et la limitation du nombre d'administrateurs⁴⁹³. De même, en ce qui concerne les actionnaires, le droit français prévoit des dispositions pour plusieurs sujets dont le rapport de gestion présenté à l'assemblée générale, l'association d'actionnaires et les conditions de transformation de la SA en une autre forme⁴⁹⁴. Ainsi et dans le cadre de cette thèse où la liberté contractuelle joue un rôle clé dans l'accommodation de la conformité, le modèle institutionnel luxembourgeois apparaît plus attractif que son homologue français à travers cette analyse comparative grossière que nous venons d'extraire à partir du projet de loi luxembourgeois. Dans une société aussi institutionnelle que la SA et comme nous le verrons dans ce qui suit, ce modèle luxembourgeois impose néanmoins certaines dispositions minimales qui paraissent inévitables pour la sécurité de ce modèle de société reconnu au niveau international.

104. **Nomination des administrateurs.** Le nombre minimal d'administrateurs a été maintenu à trois sauf si le nombre de salariés dépasse le millier ce qui impose un nombre d'administrateurs d'au moins neuf dont le tiers est élu par le personnel ; ce dernier cas est bien évidemment non applicable à la holding qui aura une structure légère pour ses activités de M&A et de supervision des filiales. Ce nombre minimum de trois administrateurs est réduit à un

⁴⁹² LUXEMBOURG DOCUMENT PARLEMENTAIRE, « Projet de loi n° 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. [https://www.chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/CompilationServlet?library=1C6139AD241408CAB3042D3CD5C86290\\$65BE83FE21CDF1EC7D6B4AD4BDBA9110&id=D5653D75F69A89FD4FB94B67CBF2E141\\$FEC E7BD2F39EAB2D86A761857294DA3A](https://www.chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/CompilationServlet?library=1C6139AD241408CAB3042D3CD5C86290$65BE83FE21CDF1EC7D6B4AD4BDBA9110&id=D5653D75F69A89FD4FB94B67CBF2E141$FEC E7BD2F39EAB2D86A761857294DA3A) », [s.d.], p. 221-230 annexe 2. URL : <https://www.chd.lu/wps/portal/public/Accueil/TravailALaChambre/Recherche/RoleDesAffaires?action=doDocpaDetails&id=5730>. Consulté le 4 avril 2019.

⁴⁹³ Voir respectivement les articles du Code de commerce français sous l'entête L. 225 : -19/-48/-60, -21/-67/-70/-77/-94/-94-1/-95-1, -25/-72/-73/-109, -27 à -34/-71, -43/-91, -44 à -46, -50, -51, -52/-93 et -95.

⁴⁹⁴ Voir respectivement les articles du Code de commerce français sous l'entête L. 225 : -102/-102-1, -120 et -243.

administrateur unique au cas où la SA est unipersonnelle. Les administrateurs ne sont pas obligés d'être actionnaires et peuvent être des personnes morales ou physiques sans conditions de nationalité, de résidence⁴⁹⁵, d'âge ou de nombre de mandats. Ils sont révocables ad nutum, ce qui a des implications pour cette thèse que nous développerons en chapitre 2.

105. Organisation dualiste. Suivant comme la France la tradition allemande, le droit luxembourgeois⁴⁹⁶ permet d'opter dans la SA pour une organisation prise par certains groupes familiaux dont les actionnaires, à l'instar de la famille Peugeot, ne souhaitent ni gérer ni assumer la responsabilité de gestion que peuvent avoir les administrateurs. Cette organisation permet l'instauration d'un conseil de surveillance à travers lequel les actionnaires supervisent la gestion exercée par un Directoire qui assume la responsabilité qui va avec. Les membres de ce dernier, au nombre minimal de deux, sont comme les administrateurs révocables ad nutum, même sans cause, par le CS ou par l'AG si les statuts permettent cette dernière possibilité directe. À part ces spécificités, le régime du directoire et de ses membres est celui du conseil d'administration et ses membres ; quant au CS, il a un régime intermédiaire entre celui de l'AG et celui du Directoire, notamment en termes de responsabilité.

106. Mission de représentation de la SA. Le conseil peut nommer un ou plusieurs mandataires sociaux assumant notamment la représentation de la société et qui peuvent avoir un ou plusieurs adjoints chargés de la gestion journalière, notion héritée du droit belge qui n'existe pas dans cette forme en droit français⁴⁹⁷. Ce responsable de la gestion journalière engage la société vis-à-vis des tiers même en présence de dispositions statutaires contraires ou limitatives publiées au Mémorial ; en revanche, une telle publication rend opposable aux tiers l'action du mandataire. En outre et en plus des comités d'administrateurs⁴⁹⁸, le comex⁴⁹⁹ constitué de directeurs et dirigé par le mandataire social est devenu⁵⁰⁰ un organe légal au Luxembourg depuis la réforme de 2016 comme il l'est en Belgique et contrairement à la France. D'ailleurs le régime de directeur général de la SA luxembourgeoise⁵⁰¹ est, comme celui du comex, plus proche du régime belge du comité de direction que du régime français du directeur général né en 2001 du démembrement de la fonction de PDG⁵⁰². La nomination d'un président du comité de direction est facultative depuis la réforme de 2016 comme pour tous les autres

⁴⁹⁵ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 265, § 2038.

⁴⁹⁶ Articles 442-11 et s de la LSC.

⁴⁹⁷ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 246.

⁴⁹⁸ Pour l'audit, la nomination, la rémunération, etc.

⁴⁹⁹ Pour comité exécutif ou « codir » pour l'appellation comité de direction.

⁵⁰⁰ Par les articles 441-6 et 441-11 de la LSC.

⁵⁰¹ Constituant une autre version du CEO président du comité de direction.

⁵⁰² SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 135.

organes collégiaux : directoire, conseil d'administration ou conseil de surveillance⁵⁰³. Dans ces organes ce qui est obligatoire est le choix entre le mode moniste (conseil d'administration) ou le mode dualiste (conseil de surveillance et directoire) et le choix d'un mandataire personne physique, éventuellement représentant permanent d'une personne morale, pour assurer la représentation⁵⁰⁴. Tout le reste est facultatif car il n'y a pas d'obligation à retenir tous les choix offerts par la loi, simplement pour élargir la flexibilité donnée aux actionnaires afin d'organiser la gouvernance de leur société⁵⁰⁵, ce qui permet l'accommodation du mandat islamique que les actionnaires décident de retenir pour la gestion de leur holding. En Suisse, le conseil d'administration délègue obligatoirement la représentation de la société à un de ses membres et il peut, en plus, désigner un ou plusieurs directeurs non membres du conseil pour cette représentation de la société avec la contrainte qu'au moins un des représentants de la société soit résident en Suisse⁵⁰⁶. Ainsi et à quelques restrictions près, l'organisation de la représentation est similaire à celle de la SA luxembourgeoise.

107. Mission de gestion de la SA. Au Luxembourg, l'organisation de l'organe d'administration de la SA est largement semblable à celle en France ou en Suisse. Dans ce dernier pays par exemple, le conseil d'administration composé d'administrateurs personnes physiques inscrites au registre du commerce, procède à l'élection de son président du conseil qui disposera alors d'une voix prépondérante dans les décisions collégiales qui peuvent être prises par téléphone ou par circulation d'une correspondance. Ce conseil d'administration d'une SA doit établir les comptes annuels et le rapport de gestion ; en revanche, même si la holding a un capital important, il n'est pas tenu d'établir des comptes consolidés quand le chiffre d'affaires et le nombre des salariés ne dépassent pas, respectivement, CHF 20 millions et 200 personnes. En plus, si ce dernier indicateur ne dépasse pas un effectif de 50, la société n'est pas tenue d'avoir un réviseur en adoptant un contrôle restreint ou, si elle emploie moins de 10 personnes, aucun contrôle. Sans apparaître au bilan, des réserves provisionnant des charges ou des risques peuvent être instituées à la discrétion du conseil d'administration tout en informant le réviseur mais sans obligation d'information pour les actionnaires⁵⁰⁷. Cependant les quelques spécificités propres à la suisse ne sont toujours pas pertinentes pour cette thèse pour laquelle la

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 155.

⁵⁰⁴ Ce mandataire peut être un administrateur délégué, un membre du directoire, un directeur général ou, au minimum, un délégué à la gestion journalière.

⁵⁰⁵ Comme celui du directeur général et, souvent, des comités consultatifs sauf dispositions particulières applicables à certaines sociétés : voir SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 111.

⁵⁰⁶ STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 349-352, § 4070-4085.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 349-353, § 4070-4087, 4100.

SA luxembourgeoise conserve son avantage de la domiciliation sur le territoire de l'UE. Dans ce cadre et contrairement aux holdings 1929, les Soparfi sont tenues d'annexer au bilan déposé des informations précises sur la nature des participations importantes détenues et la mention du dépôt des comptes et rapport consolidés doit être publiée au Mémorial ; ces dispositions étant applicables non seulement à la SA mais également aux autres formes comme la SARL⁵⁰⁸. Outre ce registre obligatoire, le droit luxembourgeois offre comme en droit suisse et français la possibilité pour l'organe de gestion de décharger dans certaines conditions l'assemblée que ce soit pour la distribution des acomptes ou pour l'augmentation de capital. En termes de réunions et comme pour les autres organes de gestion de la SA, le conseil d'administration adopte ses décisions à la majorité et au cas où il dispose d'un président, ce dernier aura au Luxembourg comme en Suisse une voix prépondérante sauf disposition contraire des statuts. « En ligne avec les nouvelles technologies⁵⁰⁹ », la pratique luxembourgeoise admet une présence effective, réputée avoir lieu au siège luxembourgeois, pour les réunions des organes collégiaux⁵¹⁰ qui se tiennent par visioconférence fiable. Elle admet également les consultations écrites, dirigée à partir du siège par circulation d'un document via courrier ou télécopie⁵¹¹ si les statuts le prévoient pour la validation des délibérations du conseil d'administration. Ces flexibilités facilitent encore plus l'exigence de la domiciliation au Luxembourg qui ne nécessite la tenue au siège que de quatre réunions annuelles de l'organe de gestion.

108. Responsabilité de l'organe de gestion. Aussi bien dans l'organisation moniste avec le conseil d'administration que dans l'organisation dualiste avec directoire et conseil de surveillance, les transactions avec les parties liées sont encadrées au Luxembourg mais sans être interdites comme c'est le cas dans certains pays. Pour ces situations de conflit, les membres doivent déclarer à leurs organes de rattachement tout intérêt opposé sans prendre part ni aux délibérations ni au vote des décisions correspondantes. Ainsi, il suffit que l'organe auquel appartient la personne impliquée donne son autorisation préalable⁵¹² puis informe les organes de sa hiérarchie et notamment l'AG pour que la décharge de responsabilité ait lieu. Que ce soit par violation de ces dispositions ou pour d'autres causes, tout actionnaire ayant subi un préjudice du fait d'un administrateur peut engager une action en responsabilité contre lui sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. L'AGO dispose, en plus, de la possibilité d'engager

⁵⁰⁸ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 92-94, 259, § 482, 511, 515 et 2027.

⁵⁰⁹ BRAZ, *op. cit.* (note 240), p. 27.

⁵¹⁰ À l'exception du comité de direction, ce qui est visé ici sont le directoire, le conseil d'administration et le conseil de surveillance : voir SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 152-155.

⁵¹¹ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 260, § 2029.

⁵¹² Sans la participation au vote de cette personne impliquée.

la responsabilité contractuelle (action sociale en cas de fautes de gestion n'ayant pas fait l'objet d'un quitus) ou délictuelle (infractions à la LSC ou aux statuts) contre l'administrateur incriminé ; cette dernière action pouvant être engagée également par les tiers⁵¹³. Ce sont là des dispositions similaires à ce qui se pratique en Suisse où l'administrateur doit réparer tout dommage causé par l'inexécution de ses devoirs de diligence, fidélité et discrétion ; le quitus ne peut le protéger pour les faits non portés à la connaissance de l'assemblée. Les gestionnaires de fait sont logés à cette même enseigne⁵¹⁴. Si le dommage est causé par un directeur non administrateur, la responsabilité du conseil restera engagée jusqu'à ce qu'il prouve sa diligence dans le bon choix et la bonne surveillance du directeur. Comme nous le verrons⁵¹⁵ en chapitre 2 et outre la réparation matérielle du préjudice causé par la violation des statuts instituant la charte de gestion, la sanction de la révocation immédiate sera retenue dans cette thèse.

109. Gouvernance de la SARL comme forme institutionnelle intermédiaire.

Comme nous l'avons indiqué et bien qu'enrichie au fil des réformes par des dispositions flexibles, la SARL luxembourgeoise conserve néanmoins certains aspects institutionnels plus légers qui la distinguent de la SA même si les deux sociétés ont en commun la possibilité d'être unipersonnelle⁵¹⁶. L'une des différences se situe dans l'organe de gestion : la SA caractérisée par la collégialité a besoin d'au moins trois administrateurs alors que la SARL peut avoir un gérant unique. Cependant, cette dernière permet de nommer plusieurs gérants agissant séparément ou conjointement avec, moyennant publication, le bénéfice de l'opposabilité aux tiers au cas où ce mode d'action, séparé ou conjoint, serait applicable à tous les actes de gestion. De même, l'instauration d'un collège de gérance est possible⁵¹⁷ ; comme pour l'organe collégial de la SA, ce collège profite des mêmes facilités pour la tenue de ses réunions par visioconférence⁵¹⁸. Contrairement au droit suisse et à l'exception du cas des petites entreprises de SARL simplifiée, le droit luxembourgeois permet au gérant de la SARL d'être une personne morale⁵¹⁹ de nationalité étrangère, même d'un État non membre de l'UE. Pour cette thèse et comme nous l'avons indiqué⁵²⁰, la SARL souffre cependant un peu du même défaut d'immixtion dans la gestion que la SA pour accommoder une Commandite islamique et

⁵¹³ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 265, § 2038.

⁵¹⁴ STRENG et al., *op. cit.* (note 287), p. 347-348, § 4050-4053.

⁵¹⁵ Voir infra § 153, 184-185.

⁵¹⁶ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 96, § 550.

⁵¹⁷ À l'instar du directoire des SA, conformément à l'article 710-15 de la LSC.

⁵¹⁸ Article 710-15.(3) de la LSC.

⁵¹⁹ Sans même exiger la désignation d'un représentant permanent qui est pourtant essentielle en pratique pour assurer une cohérence de gestion.

⁵²⁰ Voir supra § 101.

présente des inconvénients pour le mandat islamique notamment par l'absence de la révocation ad nutum du gestionnaire. Plus que la SARL, la SCA est aussi institutionnelle que la SA et, à titre d'exemple, doit accomplir comme la SA les formalités de dépôt pour ses documents sociaux comme les comptes annuels, le rapport de gestion, le rapport de l'organe de contrôle et les modifications statutaires. Comme pour la SARL, la SCA présente les inconvénients que nous avons déjà énumérés pour l'accommodation des contrats de gestion islamiques ce qui confirme la SA comme meilleure forme institutionnelle permettant la réception du mandat islamique de la Wakala. En effet, les caractères⁵²¹ de la responsabilité limitée à la négligence et de la révocation ad nutum sont tous les deux présents dans la SA qui, en plus, permet l'implication de l'apporteur du capital dans la gestion ainsi que la rémunération libre du gestionnaire. Au terme de cette sous-section, on peut conclure que la holding institutionnelle est inadaptée à la Moudaraba mais pourrait convenir à une Wakala qui gagnerait à être une SA luxembourgeoise⁵²². La question qui se pose maintenant pour l'accommodation d'un tel mandat islamique est de savoir si cette solution institutionnelle est meilleure qu'une forme contractuelle comme la SAS.

Sous-section 2. Holding contractuelle

110. **Formes sociales contractuelles.** L'acquisition de la personnalité morale, symbole du fondement institutionnel de la société, n'est pas complètement inconnue en jurisprudence islamique qui reconnaît sa caractéristique essentielle, à savoir l'autonomie du patrimoine, dans les fondations ou fiducies qui fonctionnaient à la création sur la base du contrat unilatéral comme c'est le cas aujourd'hui des trusts anglo-saxons⁵²³. Cependant, entre les deux fondements du régime de la société, c'est le fondement contractuel qui devrait primer dans notre cas car il permettra de mieux accommoder la contractualisation de la gestion conforme de la holding. C'est pour cette raison que le droit étatique qui privilégie le fondement contractuel de la société au dépend de son fondement institutionnel sera, a priori, plus pertinent pour cette thèse. Comme indiqué précédemment⁵²⁴, ce fondement contractuel est le fondement d'origine de la société dans la mesure où il est codifié dans la partie réservée aux contrats nommés dits « spéciaux » du Code civil. Ce fondement contractuel originel est ensuite plus au moins affaibli par l'intervention du deuxième fondement de la société à travers des dispositions

⁵²¹ Voir supra § 54.

⁵²² Supra § 163-164, 168.

⁵²³ Voir infra § 379-384 en seconde partie.

⁵²⁴ Voir supra § 95.

institutionnelles d'ordre public qui plus elles sont présentes, moins les associés sont libres de profiter de la liberté contractuelle. C'est donc par une question de dosage que le caractère contractuel s'affirme en fonction de la liberté offerte aux actionnaires pour créer et organiser leur société. Cette liberté peut s'exprimer par des choix multiples ayant une base commune comme ceci est le cas pour la commandite luxembourgeoise qui offre plusieurs variantes, toutes caractérisées par deux catégories d'associés : les commanditaires ayant un risque limité et les commandités supportant un risque solidaire. Parmi ces variantes, on trouve la commandite sans personnalité morale⁵²⁵, la commandite par actions négociables, ou encore la commandite simple présentant plusieurs traits communs avec la SARL. Dans tous ces cas, il est possible de nommer comme gérant un tiers, un commanditaire par exemple, opérant sous la responsabilité du commandité qui peut être une personne morale à risque limité à l'instar d'une SARL ou d'une SA pouvant avoir toutes ses actions au porteur. Cette flexibilité, exprimée dans la commandite par les variantes, peut s'exprimer plus directement dans la liberté contractuelle des statuts soumis à un nombre très limité de dispositions d'ordre public ce qui laisse toute latitude aux actionnaires pour organiser le fonctionnement, et le contrôle de leur société ainsi que la négociabilité de ses actions. Ce genre de flexibilité directe et pure se trouve dans la SAS qui, selon ses statuts, peut avoir une organisation à l'extrême aussi « institutionnelle » que la SA la plus structurée ou, à l'autre extrême, aussi personnalisée que la SARL unipersonnelle la plus légère. Elle peut également être plus simple que cette dernière en termes de formalités même si la loi a occulté l'exclusion de certaines dispositions découlant de la directive 2012/30 applicable à la SA⁵²⁶ car les effets de celle-ci concernent des opérations qui ne se posent probablement pas dans le cadre de cette thèse⁵²⁷. Il devient donc intéressant, pour notre recherche de la meilleure forme sociale d'accommodation, d'étudier la liberté de cette forme de société à travers les prérogatives de ses actionnaires (A) et surtout la flexibilité de sa gestion (B).

A. Liberté des actionnaires

111. **Notion de SAS.** La SAS française, à l'origine de cette belle invention, est « simplifiée » dans le sens « déréglementée » aussi bien dans ses « actes d'état civil » relatifs à sa vie⁵²⁸ que dans ses modalités de fonctionnement. Sœur cadette de plus de vingt ans de cette SAS française qui est devenue une « société pour tous » et « l'un des véhicules les plus prisés

⁵²⁵ Société en commandite spéciale, calquée sur le modèle anglo-saxon.

⁵²⁶ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 247.

⁵²⁷ Comme ceux relatifs au rachat d'actions propres ou d'apport en nature.

⁵²⁸ De la création à la dissolution en passant par l'éventuelle transformation.

des investisseurs étrangers⁵²⁹ », la SAS luxembourgeoise porte la liberté des associés à son paroxysme⁵³⁰ donnant la part belle au fondement contractuel en refoulant l'ordre public institutionnel⁵³¹. Libérés des contraintes gênantes de la directive 2012/30/UE⁵³² et de la majorité des dispositions institutionnelles de la SA dont celles relatives à la gouvernance, c'est donc à travers les statuts que les associés autant que leur société tirent avantage de cette flexibilité exceptionnelle. Toutefois et à l'initiative du droit français, la SAS emprunte certaines dispositions du régime particulier des sociétés anonymes qui sont compatibles avec ses spécificités et qui viennent compléter les quelques dispositions impératives spécifiques énoncées par la loi pour codifier les domaines de représentation de la société, de responsabilité de ses dirigeants, de compétences de ses associés, de réglementation des conventions liées et du contrôle des comptes⁵³³. La compatibilité de ces dispositions empruntées à la SA, considérées comme justes par des éminents auteurs français⁵³⁴, se comprend dans le droit luxembourgeois comme une compatibilité au cas par cas avec les statuts construits librement par les associés et non pas simplement comme une compatibilité avec les dispositions de la loi spécifiques à la SAS. Ainsi, l'emprunt au régime de la SA est fait en droit luxembourgeois pour éviter des lacunes juridiques dans le contrat de société de la SAS que ses rédacteurs ont occultées. Ces derniers seraient d'ailleurs bien avisés non seulement de veiller avec soin à avoir des statuts détaillés et complets mais également de procéder à une incorporation des dispositions compatibles de la SA, ne serait-ce par une clause statutaire générale faisant des dispositions de la SA des stipulations supplétives des statuts en cas de lacune. Cette compatibilité ainsi définie au cas par cas par rapport aux statuts est l'interprétation probable au Luxembourg face à un certain doute prévalant en France malgré la présence d'une doctrine importante prônant la compatibilité par rapport aux statuts⁵³⁵. En termes de formalités, les statuts de la SAS française et leur modification sont soumis à l'obligation de dépôt permettant au greffier de contrôler leur régularité, c'est l'équivalent à la disposition commune de l'acte authentique en droit luxembourgeois⁵³⁶. L'effet des statuts à l'égard des tiers, notamment en termes d'opposabilité de la nomination de dirigeants et des clauses de contrôle du capital, ne

⁵²⁹ Hervé LE NABASQUE, « Plaidoyer pour la réduction du champ d'application de la règle de l'unanimité dans les SAS », in Jean-Jacques DAIGRE (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre : autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Issy-les-Moulineaux : Joly éditions, une marque de lextenso, 2017, p. 193.

⁵³⁰ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 31-32.

⁵³¹ Voir infra § 115 pour les distinctions entre la SAS française et la SAS luxembourgeoise.

⁵³² PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 244.

⁵³³ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 86, § 109.

⁵³⁴ Afin de renforcer la sécurité juridique des tiers et des associés : voir *Ibid.*, p. 81, § 103.

⁵³⁵ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 246-247.

⁵³⁶ Voir supra § 68.

peut avoir lieu sans la publication qui peut, cependant, poser un problème aux associés à la recherche de la discrétion pour les structures de gouvernance ou de capital de leur société. Sans aller jusqu'à la solution simple luxembourgeoise des actions au porteur⁵³⁷, des modalités existent également en France pour palier à cet inconvénient. D'une façon similaire au droit luxembourgeois qui précise dans ses dispositions communes la liste limitative des causes de nullité, les statuts de SAS française ne contenant pas les dispositions légales ou réglementaires feront l'objet d'une régularisation sous astreinte prononcée par le juge à la suite d'une action dans les trois ans. En outre, la durée du mandat des premiers dirigeants nommés statutairement doit être précisée ainsi que l'organe qui doit appeler le capital non libéré en cas d'augmentation. Dans tous les cas, les fondateurs et dirigeants sont solidairement responsables de tout préjudice causé⁵³⁸.

112. Utilité de la SAS. La liberté statutaire rend possible le renforcement des droits des associés de la SAS en termes d'information et de contrôle. Elle permet également de mieux contrôler le capital en cas de présence de minoritaires, associés dirigeants par exemple, en instaurant, d'une part, des règles de limitation de cession de leurs actions et, d'autre part, des règles⁵³⁹ de cession forcée en cas de faute ou de cessation de fonction⁵⁴⁰. Ajoutées à la libre organisation de la direction de la société, ces libertés font manifestement de la SAS la meilleure forme pour une holding de private equity et notamment lorsque cette holding est contrôlée majoritairement⁵⁴¹. Dans ce dernier cas, la SAS est utilisée pour simplifier la gestion du groupe qui la contrôle ; d'ailleurs et à moins de faire entrer un actionnaire minoritaire symbolique, la holding pourra prendre la forme d'une SAS unipersonnelle ou « SASU » si ce contrôle est total afin de bénéficier des formalités allégées de publication. Si, en plus, l'associé unique de la SASU est également son mandataire social, la société sera dispensée de la publicité lors de sa constitution ainsi que de l'approbation formelle des comptes qui seront seulement déposés au greffe. Dans tous les cas et tant que l'associé ne porte pas atteinte à l'intérêt social de la holding, celle-ci ne sera pas considérée comme fictive avec la confusion de son patrimoine avec celui

⁵³⁷ Voir supra § 99.

⁵³⁸ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 107, 131, 137, 167, § 150, 206-207, 304.

⁵³⁹ Occultées par la LSC, voir infra § 113.

⁵⁴⁰ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 52, § 37.

⁵⁴¹ AFIC, « Capital-risque : Guide des bonnes pratiques », France, AFIC éditions, 2010 ; Germain (M) et Marcheteau (D), « La pratique du capital-risque », Actes pratiques et ingénierie sociétaire, mars/avril 2006, p. 3 ; ASSOCIATION FRANÇAISE DES INVESTISSEURS POUR LA CROISSANCE, *Capital développement, guide du partenariat : pour une collaboration réussie entre un entrepreneur et son partenaire financier*, France : AFIC, 2012, 107 p. ; Pierre-Louis PÉRIN, « Capital investissement : il est temps de passer à la SAS », *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire*, vol. 64, 1 juillet 2002, p. 3-4 ; Christophe BARTHE, *Le droit des sociétés face aux besoins du capital-investissement*, Lille : ANRT, 2006, chapitre « La relativité de la Lune de miel entre la SAS et le capital-investissement ».

de son associé ce qui, en pratique, n'a jamais eu lieu pour la SAS contrairement à l'EURL. En termes de restructuration et dans le cadre de la directive européenne, l'article L. 236-25 autorise la fusion transfrontalière de la SAS qui suivra le même régime que celui de la fusion interne, qui est soumise aux règles de la SA découlant des articles L. 236-8 à L. 236-22, la procédure lourde prévue étant allégée en cas d'absorption d'une filiale détenue au moins à 90%. Ceci en ce qui concerne la fusion de la SAS avec une autre SAS ou une SA ; en revanche, la fusion avec une société de personnes est soumise au régime général des articles L. 236-1 à L. 236-7. L'apport par une SAS peut également être pertinent pour le private equity dans le cas d'apport partiel d'actifs dont le régime est alternativement celui exposé ci-dessus relatif à la fusion ou celui du droit commun relatif à l'apport en nature. Ce dernier peut également être envisagé pour le capital de la SAS holding de private equity⁵⁴² ; en revanche, la possibilité de l'apport en industrie présente peu d'intérêt dans des opérations de private equity en raison du caractère légal inaliénable des actions rémunérant cet apport⁵⁴³. S'agissant de la réception de la Commandite islamique de la Moudaraba dans la SAS et sans besoin de mentionner aucune restriction statutaire à ce sujet, ces formes d'apport autre qu'en numéraire ne seront pas admises par l'assemblée des actionnaires qui souhaitent fonctionner selon la qualification de ce contrat islamique qui n'admet que le capital en numéraire. Enfin, la liquidation de la société est une autre possibilité pertinente pour la SAS holding de private equity qui a rarement une vocation permanente. Dans ce cadre, la dissolution peut être causée par plusieurs raisons dont la fin de la durée de la société (article 1844-7 1°, Code civil), la réalisation ou l'extinction de son objet (article 1844-7 2°, Code civil) ou même une simple décision collective écourtant la durée de vie de la SAS (article 1844-7 4°, Code civil). Ce dernier cas est soumis aux dispositions statutaires (L. 227-9, Code de commerce) en termes notamment de majorité exigée pour cette décision collective mais la jurisprudence a condamné en réparation le majoritaire utilisant abusivement la dissolution, par exemple, pour empêcher le minoritaire d'exercer l'option de vente avantageuse de ses actions au majoritaire⁵⁴⁴. Les articles L. 237-8 et s du Code de commerce balise le régime légal et statutaire de la liquidation, induite par la dissolution, dont le produit doit servir⁵⁴⁵ à rembourser le nominal des actions ordinaires des associés puis de partager le boni entre eux selon le taux de participation ou les règles prévues dans les statuts.

⁵⁴² GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 22, 73, 75, 166, 507-515, § 9, 72, 74, 76, 303, 700-709.

⁵⁴³ Participant au partage des bénéfices et du boni de liquidation, le détenteur d'actions d'apport en industrie contribue aux pertes par son manque à gagner : voir *Ibid.*, p. 168-182, § 305.1-305.13.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, p. 536-544, § 760-774.

⁵⁴⁵ Après le remboursement prioritaire du passif des créanciers et des détenteurs d'actions à dividendes prioritaires.

Ce régime de liquidation ainsi que celui de la restructuration sont similaires à leurs équivalents luxembourgeois à l'exception de l'exigence de l'unanimité qui constitue un véritable handicap pour le droit français comme nous le verrons⁵⁴⁶. Notons, enfin, que la réunion de toutes les actions d'une SAS normale en une seule main la transforme de facto en SASU sans possibilité de demande de dissolution conformément aux dispositions de l'article 1844-5 du Code civil. Ce dernier article demeurera toutefois applicable à la dissolution de la SASU si celle-ci est décidée autrement ; la dissolution se fera, alors, simplement et obligatoirement par transmission universelle du patrimoine⁵⁴⁷.

113. Négociabilité du capital de la SAS. En France et contrairement aux autres formes de sociétés par actions, la SAS dispose d'une grande liberté statutaire pour organiser l'inaliénabilité des actions, l'agrément de leurs cessions et l'exclusion d'un associé ou la suspension de ses droits. Bien que la jurisprudence prometteuse de 2007, fondée sur le droit commun, aille au-delà du régime de la SAS pour acter la validité de ces clauses d'inaliénabilité, c'est l'article L. 227-15 du Code de commerce qui confirme la grande sécurité juridique entourant cette liberté dans la SAS en disposant « toute cession effectuée en violation des clauses statutaires est nulle ». Cette sanction est valable aussi bien pour les clauses visées aux articles L. 227-13 à L. 227-17 que pour les clauses de droit commun comme le droit de préemption ou de sortie⁵⁴⁸. Cependant et en rapport avec l'adoption ou la modification de ces clauses, les dernières peuvent être soumises à une simple majorité précisée dans les statuts alors que les premières subissent l'exigence de l'unanimité ce qui constitue un handicap réel du droit français par rapport au droit luxembourgeois⁵⁴⁹. Actant de la supériorité des statuts sur les autres actes, cette sanction de nullité édictée par l'article L. 227-15 est spécifique aux clauses statutaires et n'est pas accordée, en principe, aux clauses extrastatutaires dont la sanction serait limitée aux dommages-intérêts. En premier lieu et concernant l'inaliénabilité, la seule condition posée par l'article L. 227-13 est de limiter la durée à dix ans au maximum ; cette limite est réelle pour les holdings « permanentes » des groupes et, simplement, virtuelle pour les holdings « temporaires » des investissements en private equity dont la durée de vie dépasse rarement la décennie. Par ailleurs et pour ne garder que les avantages de cette clause robuste d'inaliénabilité bénéficiant de la sécurité juridique inégalée de l'article L. 227-15, il faudrait bien évidemment

⁵⁴⁶ Voir infra § 113 et surtout 115 pour étude comparative d'ensemble de l'unanimité.

⁵⁴⁷ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 77 et 539, § 80 et 767.

⁵⁴⁸ Libellés, respectivement, « droit de préférence » par l'article 1123 du Code civil et « tag along » dans la pratique anglo-saxonne.

⁵⁴⁹ Voir infra § 115. Toutefois, la règle française a évolué : l'unanimité n'est plus exigée depuis 2017 pour le droit d'agrément et depuis 2019 pour le droit d'exclusion.

lui prévoir dans les statuts des aménagements qui ne remettent pas en cause son objectif en excluant de son champ d'application les cessions au sein d'un groupe par exemple. Inversement, on pourrait songer à renforcer cette clause en étendant son champ d'application au nantissement ou en la faisant fonctionner en tandem avec la clause d'exclusion de l'un des associés en cas d'absorption ou de fusion. En deuxième lieu et concernant le droit d'agrément, celui-ci étant accordé à la SAS par l'article L. 227-14 devient un droit spécial autonome des règles générales des sociétés par actions. Contrairement à ces dernières, il peut donc s'étendre aux cessions au sein de la famille même dans le cadre d'une succession ; ce cas impose, alors, le rachat comme sanction car l'annulation est impossible. En fait, c'est aux statuts de déterminer le régime de ce droit qui doit prévoir (i) une obligation de rachat en cas de refus de l'agrément au moins quand les actions sont détenues depuis plus de dix ans ou (ii) un droit de repentir résiduel, après l'exercice d'un éventuel droit de préemption. En troisième lieu enfin, le droit d'exclusion d'un associé fondé sur l'article L. 227-16 met à la disposition de la SAS des moyens puissants comme la fixation statutaire du prix des actions exclues, la suspension de leurs droits non pécuniaires (vote, information...) en attendant la réalisation de l'exclusion qui doit avoir lieu, au besoin, d'une façon forcée⁵⁵⁰. Même si la jurisprudence paraît étendre la validité de cette clause aux autres sociétés, seule la SAS bénéficie d'une certitude basée sur la loi même dans ce domaine. Les statuts doivent, cependant, prévoir les motifs objectifs de l'exclusion comme remède, à un blocage par exemple, ou comme sanction, d'une faute. Outre la licéité et la réalité des motifs, la clause d'exclusion doit être mise en œuvre par une procédure contradictoire et doit prévoir une indemnisation adéquate de l'associé exclu ; sinon, faute d'un accord, le prix sera déterminé à dire d'expert conformément aux dispositions de l'article 1843-4 du Code civil. Sont considérés comme recevables les motifs de perte de qualité de dirigeant ou salarié ou d'incapacité à exercer cette qualité, d'incapacité juridique ou de décès pour les associés personnes physiques ainsi que les motifs de changement de majorité, de mise en redressement ou de dégradation de la situation financière pour les associés personnes morales. Sont également considérés comme des motifs valables les fautes d'inexécution d'obligations statutaires, contractuelles ou légales, de gestion ou d'atteinte à l'intérêt de la société ou, encore, le dépassement d'un certain seuil du capital détenu. Pour chacun de ces motifs d'exclusion, il sera judicieux que les statuts spécifient un organe de décision adéquat qui peut être un tiers arbitre. Pour la SASU, les articles L. 227-13 à L. 227-19 du Code de commerce relatifs à la cession d'actions ne sont pas applicables mais rien n'empêche de garder les clauses statutaires

⁵⁵⁰ Par l'organe désigné par les statuts et, à défaut, par le juge.

correspondantes ou de les introduire en vue de l'accueil de nouveaux associés dans la société. Pour organiser ce retrait ou exclusion des associés, il peut être utile de prévoir dans les statuts la variabilité du capital qui sera mise en œuvre par des décisions collectives des associés dans les conditions librement fixées par les statuts. Une autre dérogation pratique à la nécessité de la décision des associés est prévue pour la réduction de capital à la suite de l'achat de la société de ses propres actions depuis plus de six mois. Un tel rachat d'actions propres, libérée des contraintes sur le pourcentage du capital et la présence de réserves, peut être envisagé en cas d'exclusion d'un associé ou de refus d'agrément d'un nouvel associé. Cependant et à l'exception des absorptions des pertes, ce rachat demeure soumis au régime de l'opposition des créanciers comme toutes les réductions de capital ; il peut donc s'avérer préférable de dénouer les opérations d'agrément ou d'exclusion par les associés eux-mêmes⁵⁵¹. À deux exceptions près relatives à l'unanimité et à l'exclusion d'un associé, le droit luxembourgeois reprend ces dispositions très utiles pour la sécurité des actionnaires de la holding de private equity notamment quand les investisseurs majoritaires acceptent d'introduire le gestionnaire de la holding comme actionnaire minoritaire.

114. Droits des actionnaires de la SAS. En France, les associés de la SAS héritent des droits pécuniaires des sociétés par actions institués par le droit commun pour les dividendes, moyennant les possibilités de dérogation à la proportionnalité⁵⁵², et pour les opérations sur le capital relatives notamment au droit préférentiel. En revanche, les droits politiques bénéficient d'un champ de liberté inédit et inégalé dans les autres formes de sociétés et c'est ce qui permet de parfaire le contrôle du capital de la SAS en complément des restrictions de négociabilité des actions que nous venons d'examiner. Sur le fondement de l'intérêt social de la SAS et sous réserve du consentement, de larges dérogations au principe d'égalité des droits entre associés sont accordées aussi bien dans le domaine pécuniaire que dans le domaine politique. Ainsi, la proportionnalité des droits aux apports n'est pas un principe d'ordre public pour la SAS⁵⁵³ dont les statuts peuvent y déroger en accordant des droits spécifiques à certains associés par la procédure d'approbation des avantages particuliers, dès la création de la société ou par modification à l'unanimité. La SAS peut également remplir l'objectif d'une organisation efficace pour des associés « VIP » et à cette fin, elle n'accorde pas aux autres associés et notamment les minoritaires les droits dont ils bénéficient dans les autres formes de sociétés. Elle

⁵⁵¹ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 81, 194-195, 216-218, 223-226, 229-239, 242-256, § 102, 322-323, 338-344, 354-357, 361-370, 374-390.

⁵⁵² À titre d'exemple, l'article 1844-1 al. 1 du Code civ. : voir *Ibid.*, p. 293-296, § 428-434.

⁵⁵³ Exclusion de l'application des articles L. 225-122 à L. 225-125 par l'article L. 227-1 al. 3 du Code de commerce

peut ainsi accorder des droits différents, moyennant le consentement de tous, comme les droits de vote multiples pour toutes ou certaines décisions ou les droits de veto pour le détenteur d'une golden share. Cependant, l'action en abus de majorité ou de minorité représente un certain contrôle sur l'exercice de cette liberté ; tenant compte de l'intérêt social, le juge corrige alors les abus dans des domaines aussi variés que la rémunération du dirigeant majoritaire, les conditions de certaines opérations dilutives des minoritaires ou le veto injustifié du minoritaire⁵⁵⁴. Il faudrait aussi tenir compte des limites à cette liberté imposées par l'ordre public comme le droit de tout associé à participer aux décisions collectives (article 1844 al. 4 du Code civil) mais la possibilité de conventions de vote extrastatutaire demeure pour la SAS française comme la SAS luxembourgeoise. Pour cette dernière et même si la validité des conventions de vote n'est pas mentionnée dans la loi comme pour la SA⁵⁵⁵, ces conventions demeurent possibles car la liberté accordée par la LSC à la SAS permet de conclure les conventions de vote par acte statutaire⁵⁵⁶ comme le droit commun, confirmé par la jurisprudence, permet de les conclure par acte extrastatutaire. Un autre domaine des droits politiques où la liberté des associés est particulièrement vraie est celui du droit à l'information que les éventuels ménagements pour respecter le secret des affaires ne peuvent empêcher les statuts de la SAS d'aller au-delà des dispositions impératives⁵⁵⁷ en organisant, par exemple, le droit d'audit ou celui d'expertise. Bien encadrés, ces droits peuvent être très efficaces en débouchant sur une action en justice ou sur la révocation des dirigeants conformément aux modalités statutaires ce qui sera très précieux pour cette thèse. Contrairement à ce droit à l'information, le droit de vote se caractérise par certaines dérogations, énumérées limitativement par les dispositions du Code de commerce relatives à la SAS, autorisant sa suppression en cas d'exclusion sur la base des articles L. 227-16 et L. 227-17. Avec d'autres clauses, comme le plafonnement, le vote par tête ou l'utilisation des actions de préférence sans droit de vote, les statuts permettent d'aboutir au résultat recherché par les associés de la SAS. En effet et sauf quand l'unanimité est requise par la loi, ce résultat peut être obtenu en privant certains des associés, même s'ils sont majoritaires, de leur capacité à changer le sens de la décision prise par les autres associés. Toutefois, le juge garde son pouvoir d'appréciation de ces clauses au regard du caractère absolu de l'article 1844 du Code civil mais cette appréciation vaut uniquement dans les domaines réservés par la loi aux décisions collectives. En effet et à la

⁵⁵⁴ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 286 et s, 304-305, § 420 et s, 448-449.

⁵⁵⁵ Voir supra § 70.

⁵⁵⁶ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 67, 69-71.

⁵⁵⁷ Articles L 228-19 et L 225-231 du Code de commerce et article 145 du Code de procédure civile.

demande de tout intéressé, le juge a la faculté d'annuler les décisions non prises par la collectivité des associés dans les domaines réservés à celle-ci par la loi ou, même dans les domaines de compétences complémentaires qui lui sont accordés uniquement par les statuts conformément à l'article L. 227-9 du Code de commerce. La jurisprudence a même prononcé la nullité pour absence d'unanimité d'une décision collective modifiant les dispositions statutaires relatives aux cessions d'actions⁵⁵⁸ ce qui peut représenter un handicap majeur comme nous le verrons⁵⁵⁹. Comme en droit français, mais en occultant la sanction de la nullité, la loi luxembourgeoise prévoit également une liste de décisions qui relèvent de la compétence de l'assemblée des associés. Elle laisse, cependant, le soin aux statuts de fixer les conditions de l'exercice de cette compétence notamment en termes de forme, réunion ou consultation écrite⁵⁶⁰, ainsi qu'en termes de quorum et de majorité ce qui représente un plus par rapport au droit français qui pour certaines décisions impose l'unanimité. De même en droit luxembourgeois, la convocation de l'assemblée se fait également dans les conditions fixées aux statuts dont le silence ne devrait pas permettre aux associés de procéder à une telle convocation⁵⁶¹. Toutefois, les statuts peuvent accorder aux actionnaires respectant certaines conditions la prérogative de la convocation de l'assemblée ou de l'initiation d'autres formes de concertations⁵⁶².

115. Appréciation des droits luxembourgeois et français de la SAS. Comme on vient de le signaler et face aux reproductions plus ou moins textuelles des dispositions de la SAS française dans la loi luxembourgeoise, quelques différences plus ou moins importantes apparaissent entre les deux droits. Plus restrictif de la liberté statutaire, le droit français⁵⁶³ impose l'unanimité pour la désignation du liquidateur de la SAS et propose d'une façon supplétive l'unanimité pour l'approbation des décisions présentées par un tel liquidateur contrairement au droit luxembourgeois⁵⁶⁴. Bien plus important, ce dernier a abandonné l'unanimité exigée en France pour les modifications statutaires relatives aux restrictions de cession d'actions dont la violation est sanctionnée par la nullité. Dans ce domaine, l'unanimité au Luxembourg ne demeure exigée que pour les cas énumérés dans les dispositions

⁵⁵⁸ Sous le régime des SA ou celui des avantages particuliers : voir GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 118-120, 185-188, 296-303, 305-312, § 176-177, 310-310.3, 435-446, 450-452.1, 453.

⁵⁵⁹ Voir *infra* § 115.

⁵⁶⁰ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 249-250.

⁵⁶¹ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 67.

⁵⁶² PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 250.

⁵⁶³ Article L. 237-18 et -25 du Code de commerce.

⁵⁶⁴ Article 1100-2 de LSC ; pour une analyse détaillée, voir LUXEMBOURG DOCUMENT PARLEMENTAIRE, *op. cit.* (note 492), p. 221-230 annexe 2.

communes⁵⁶⁵ et les actionnaires sont donc libres de retenir une majorité qualifiée dans les statuts même s'il s'agit d'une majorité simple. Cette liberté se base sur le fondement contractuel qui admet qu'un accord initial unanime peut intégrer un mécanisme majoritaire pour sa révision car chaque actionnaire a choisi librement de se soumettre à cette loi de la majorité. D'ailleurs, c'est dans cette même logique que sont reconnues les prérogatives contractuelles unilatérales donnant un droit potestatif à l'un des contractants lui permettant de modifier l'engagement contractuel initial en termes de prix par exemple. Toutefois et afin que de telles clauses autorisant les modifications sans l'unanimité des contractants soient efficaces, il est nécessaire de définir avec précision leur objet ainsi que leurs modalités substantielles et processuelles⁵⁶⁶. On peut toutefois regretter que la possibilité offerte par le droit français pour forcer un actionnaire à céder ses actions ne soit pas reprise en droit luxembourgeois⁵⁶⁷ même si cette disposition française souffre de la règle de l'unanimité en cas de modification ou de suppression selon la doctrine dominante⁵⁶⁸. Il en est de même pour le régime du financement participatif acté dans le régime français contrairement au régime luxembourgeois⁵⁶⁹ mais qui reste possible contractuellement dans ce dernier droit. Ceci en ce qui concerne les dispositions purement spécifiques à la SAS ; quant aux dispositions héritées et en plus des distinctions relatives aux règles de la SA⁵⁷⁰ auxquelles le régime de la SAS renvoie, il y a des différences nées des disparités du droit commun. Ainsi et contrairement au droit français, la SAS luxembourgeoise peut émettre à l'attention du public des titres financiers non représentatifs de capital⁵⁷¹, cette lacune de la SAS française se rajoute à sa faiblesse due à l'exigence de l'unanimité non seulement dans les cas que nous avons illustrés mais dans d'autres cas de modification ou de suppression de clauses statutaires. En effet et outre les restrictions de cessibilité des actions, sont touchées par la règle française de l'unanimité la transformation d'une société en SAS ainsi que l'absorption d'une société par une SAS. Ceci se rajoute à la règle supplétive française de l'alinéa 1^{er} de l'article 1836 du Code civil qui dispose que « les statuts ne peuvent être modifiés, à défaut de clause contraire, que par accord unanime des associés ». Ces contraintes, scientifiquement infondée selon Le Nabasque, empêchent pratiquement la SAS de se transformer en SA, par exemple, dans le cadre d'une introduction en Bourse ou de se faire

⁵⁶⁵ Voir supra § 74. Toutefois, certains considèrent que les statuts pourraient prévoir la majorité qualifiée pour l'augmentation des engagements des actionnaires : voir PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 253.

⁵⁶⁶ GERMAIN et ANSAULT, *op. cit.* (note 252), p. 90-91.

⁵⁶⁷ Voir article 500-9 de la LSC et PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 251.

⁵⁶⁸ LE NABASQUE, *op. cit.* (note 529), p. 193 et s. Toutefois, la règle française a évolué et l'unanimité n'est plus exigée depuis 2019 pour le droit d'exclusion.

⁵⁶⁹ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 71.

⁵⁷⁰ Voir supra § 103.

⁵⁷¹ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 253.

absorber à moins de renoncer dès sa création à ces clauses de contrôle de son capital⁵⁷² qui sont souvent nécessaires à la naissance et au développement initial de cette SAS. Enfin et pour être complet, le droit français a occulté la reprise de la disposition de la SA permettant à l'organe de gestion de déplacer localement le siège social⁵⁷³ alors que la SAS luxembourgeoise dispose de cette flexibilité autant que la SA. L'ensemble de ces différences entre les deux droits semble guider l'accommodation des contrats de gestion islamiques vers une SAS luxembourgeoise. Cependant, la question se pose si une telle orientation est applicable uniquement à la réception de la Commandite de la Moudaraba ou également au mandat de la Wakala pour lequel la SA luxembourgeoise semble être une bonne solution⁵⁷⁴ ; c'est l'étude que nous entamons maintenant des modes de gestion qui va éclairer cette question.

B. Liberté d'organisation de la gestion

116. **Gouvernance sur mesure de la SAS.** En termes d'organisation de la direction de la SAS, l'article L. 227-5 du Code de commerce français disposant que « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée » trace le sillon pour l'article 500-3 de la LSC luxembourgeoise. L'article L.227-9 du même code ajoute dans son alinéa 1 « les statuts déterminent les décisions qui doivent être prise collectivement par les associés dans les formes et conditions qu'ils prévoient ». Ainsi et en plus de la pratique largement répandue des actes extrastatutaires comme les pactes d'actionnaires ou les règlements intérieurs, les associés peuvent faire des statuts de la SAS une véritable charte de son organisation et de son fonctionnement en évitant la faiblesse de la sécurité juridique de certains des actes extrastatutaires. C'est la conformité de cette charte statutaire à la jurisprudence islamique qui fait de la SAS un moyen exceptionnel pour ce sujet de contractualisation des règles islamiques de gestion et d'investissement de contrôle en private equity. Cependant et compte tenu de l'absence de dispositions légales supplétives, un rôle exclusif est accordé aux statuts et il faudrait alors éviter le vide juridique de ce contrat social en précisant dans le détail à la façon anglo-saxonne les modalités de l'organisation de la société. À cet effet, on pourrait reprendre in extenso dans ces statuts des dispositions de droit commun des autres formes de sociétés et notamment celles de la SA qui ne sont pas incompatibles avec les objectifs des associés. On pourrait, au minimum, inclure aux statuts de la SAS une clause générale stipulant un régime par défaut comme celui de la SA pour combler les lacunes sans être en opposition avec l'esprit

⁵⁷² LE NABASQUE, *op. cit.* (note 529), p. 194, 197, 202-204.

⁵⁷³ Article L. 225-36 du Code de commerce.

⁵⁷⁴ Voir supra § 109.

des statuts en question, à l'instar des clauses courantes dans les contrats internationaux incorporant un deuxième droit supplétif par rapport au droit gouvernant le contrat. Faute de quoi, la règle supplétive qui sera retenue par le juge pourrait provenir du Code civil qui impose notamment l'unanimité pour la modification des statuts⁵⁷⁵. C'est pour éviter cela qu'il devient impératif de soigner le contenu des statuts de la SAS dont la rédaction doit mobiliser la compétence adéquate car il ne s'agit pas d'une « formalité⁵⁷⁶ ». Cette problématique se pose aussi en droit luxembourgeois qui par une reproduction textuelle de la disposition française, offre également une liberté qui « ne connaît pratiquement pas de limites⁵⁷⁷ » pour déterminer l'organisation de la direction ainsi que le statut et le rôle des associés. De même, le mandataire est nommé dans les conditions prévues par les statuts, que cette nomination soit impérative pour le président de la SAS⁵⁷⁸ ou facultative pour le directeur. Ces mandataires disposent de la compétence de représentation vis-à-vis des tiers à qui toute limitation de pouvoir ne peut être opposée même si une telle limitation est publiée conformément à la directive 2009/101 de l'UE. Toutefois, s'il s'agit de dépassement d'objet social, la mauvaise foi du tiers lui rend la limitation opposable comme les limitations légales de compétence⁵⁷⁹. Face à cet organe de fonctionnement externe et outre l'éventuel rôle de gestion qui lui est accordé en plus de son rôle légal minimal de représentation, les statuts peuvent attribuer une compétence de direction au sens strict ou de surveillance à d'autres organes créés dans le cadre de la liberté d'organisation de la gouvernance mais de tels organes relèvent du fonctionnement interne de la SAS⁵⁸⁰.

117. Limite à la liberté d'organisation de la gouvernance de la SAS. En France, le deuxième alinéa de l'article L. 227-9 précité a une portée limitative pour la détermination du domaine réservé à la décision collective des associés. Ce domaine comprend les opérations sur le capital⁵⁸¹ ou sur la personne morale⁵⁸², la nomination du commissaire aux comptes ainsi que l'approbation des comptes et des conventions réglementées. De plus, l'article L. 227-19 exige l'unanimité des associés pour l'adoption et la modification de certaines clauses de contrôle du

⁵⁷⁵ Article 1836.

⁵⁷⁶ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 79-80, 106-107, 112-114, § 100, 102, 149, 151, 155-157 avec un développement en 460 et s.

⁵⁷⁷ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 36, 66-67 ; PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 247.

⁵⁷⁸ « Cette limite à la liberté des fondateurs s'imposait pour d'évidentes raisons de protection des tiers, qui doivent pouvoir se fier au pouvoir de représentation d'un organe désigné par la loi » : voir PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 249.

⁵⁷⁹ SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 130.

⁵⁸⁰ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 67.

⁵⁸¹ Variation, rachat...

⁵⁸² Fusion, liquidation, situation de perte de la moitié du capital...

capital. En dehors de ces domaines, les statuts et les pactes d'actionnaires peuvent prévoir que la décision collective ne soit exigée ni pour certaines modifications statutaires, avec le cas échéant le consentement de l'associé intéressé par l'augmentation de son engagement, ni pour la nomination, révocation ou fixation de la rémunération des dirigeants. Inversement, les statuts peuvent facultativement attribuer à l'assemblée collective des associés certains pouvoirs de contrôle de l'activité traditionnellement du domaine du dirigeant. Pour la SAS franchissant certains seuils, la nomination d'un commissaire aux comptes devient obligatoire avec, en plus, la nomination d'un second commissaire lorsque la société établit des comptes consolidés. Le commissaire aux comptes n'est pas révocable pendant son mandat de six exercices comptables sauf par action judiciaire pour juste motif. Le droit luxembourgeois adopte ces limitations à la liberté de l'organisation de la gestion de la SAS avec les flexibilités que nous avons déjà mentionnées⁵⁸³ notamment en termes de la non exigence de l'unanimité. Dans les SASU, l'associé unique bénéficie des mêmes protections et pouvoirs que la communauté des associés dans une SAS normale. Dans ce cadre, les conventions réglementées, autres que celles avec lui-même, doivent recueillir l'approbation de l'associé unique et figurer sur son registre des décisions. En revanche, les procédures sont simplifiées comme pour l'arrêt, par le président uniquement, du rapport de gestion et des comptes individuels et, le cas échéant, consolidés. Si en plus le président est l'associé unique lui-même, le simple dépôt des documents signés par ses soins au greffe vaut approbation des comptes⁵⁸⁴. Une concertation préalable avec le commissaire aux comptes est toutefois recommandée pour éviter le refus ou les réserves de sa certification⁵⁸⁵. L'ensemble de ces dispositions limitatives de l'organisation de la gestion paraît minime par rapport au régime de la SA, aussi bien en droit luxembourgeois qu'en droit français, et n'affecte aucunement l'accommodation des contrats islamiques de gestion et notamment dans l'instauration d'un régime de révocation du dirigeant adéquat avec la qualification exigée par de tels contrats.

118. Mise en œuvre de la liberté d'organisation de la direction. Accordée par l'article L. 227-5 que nous avons mentionné, la liberté statutaire de la SAS française relative aux conditions de direction ne souffre que des quelques limites logiques précitées du pouvoir de décision respectant le domaine de compétence des associés ou du pouvoir de représentation exigeant la nomination d'un président. À titre facultatif, la loi permet à la SAS de nommer des

⁵⁸³ Voir supra § 115.

⁵⁸⁴ Voir supra § 112.

⁵⁸⁵ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 315-318, 445-446, 468, 472, 484, 486, § 461-467, 603-604, 642, 650, 659, 661.

directeurs généraux ou des directeurs généraux délégués qui sont des représentants légaux (L. 227-6 al. 3) à l'exclusion des autres organes de direction créés par les statuts et qui ne sont pas mentionnés par la loi. Les statuts peuvent aussi créer des organes de contrôle comme un conseil de surveillance dont les membres ne sont pas considérés comme dirigeants si leur rôle se limite à celui d'un censeur, observateur ou contrôleur sans être partie prenante des décisions de direction. En effet, un tel comité ou conseil peut avoir un pouvoir large de surveillance autorisant certaines décisions importantes de gestion qui seront mis en œuvre par le président comme il peut avoir un pouvoir très spécifique de contrôle. Ainsi, un tel conseil peut accommoder comme le conseil d'administration de la SA la participation à la gestion de l'investisseur dans le cadre d'un mandat islamique Wakala comme il peut accommoder le rôle restreint de contrôle exigé par la Commandite islamique de la Moudaraba. Les statuts de la SAS peuvent également désigner comme dirigeant, y compris dans la fonction de président, une personne morale ce qui permet à chacun de ses représentants légaux personnes physiques d'exercer le pouvoir de direction de la SAS. Cette liberté française n'est pas retenue par le droit luxembourgeois⁵⁸⁶ dont l'exigence de désignation d'un représentant permanent par la personne morale n'a qu'un caractère facultatif pour la jurisprudence française⁵⁸⁷.

119. Limites de la protection de l'associé par la nullité. Sauf pour les opérations courantes conclues dans des conditions normales, la loi et éventuellement les statuts soumettent à un contrôle les conventions réglementées⁵⁸⁸ avec les dirigeants ou les associés disposant de plus de 10% de droit de vote ainsi qu'avec les personnes interposées⁵⁸⁹ et les sociétés mères des associés personnes morales. D'ordre public, le contrôle pour cette question⁵⁹⁰ s'exerce à posteriori sans exiger ni l'autorisation préalable des associés ou d'un autre organe ni, encore moins, la motivation d'une telle autorisation si elle était demandée mais les statuts peuvent introduire pareilles exigences. Par conséquent, les éventuelles actions en annulation des conventions réglementées ne peuvent pas être fondées sur l'ordre public mais seulement sur la violation des statuts ce qui rend cette voie de l'annulation étroite car limitée au cas de fraude conformément à la jurisprudence qui doit d'abord établir la présence de mauvaise foi. Les dirigeants ne peuvent, en outre, réaliser avec la SAS les opérations interdites d'emprunt, de découvert, de caution et d'aval dans les mêmes conditions que les dirigeants de la SA avec la même sanction de nullité absolue conformément à l'article L. 225-43, du Code de commerce.

⁵⁸⁶ Article 500-5 de la LSC.

⁵⁸⁷ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 341-352, 366-367, § 500-513, 524-525.

⁵⁸⁸ Mêmes orales.

⁵⁸⁹ « Prête-nom » cachant le bénéficiaire.

⁵⁹⁰ Régi par les articles L. 227-10 à L. 227-12.

Similairement et sur la base des articles L. 225-215 et L. 225-216 du même code, il est interdit d'effectuer une avance de fonds ou une prise en gage des actions d'un associé ainsi que tout financement ou cautionnement d'un futur associé. Par ailleurs et en termes de nullité des décisions des organes de gouvernance, le droit commun par les articles 1844 et 1884 du Code civil ouvre la porte à l'annulation des décisions collectives prises dans une situation d'exclusion du droit de vote de l'un des associés. De même, le Code de commerce dans son article L. 235-1 présente un dispositif général organisant la nullité des délibérations sur la base du droit des contrats comme en cas de vices de consentement ou d'illicéité de l'objet. Ces dispositions de droit commun ajoutées à celles du droit de la SA⁵⁹¹ font que les statuts de la SAS à eux-seuls n'ont qu'une efficacité relative dans ce domaine de la nullité qui est, quand même retenue, en cas d'information insuffisante à un membre d'un organe collectif de décision. En revanche et contrairement à la SA, les cautions et garanties accordées à un tiers par le dirigeant de la SAS ne sont pas annulables quand bien même le dirigeant aurait dépassé ses pouvoirs⁵⁹². On peut donc déceler ici une certaine protection supplémentaire en droit français de la SA par rapport à la SAS pour l'investisseur souhaitant suivre la qualification du mandat islamique de la Wakala.

120. Capacité de la SAS dans l'accommodation des contrats de gestion islamiques. Après avoir marqué la préférence du droit luxembourgeois pour la domiciliation de la holding sur la base de l'analyse des dispositions communes⁵⁹³, il restait à confirmer la forme de société adéquate que ce soit pour l'accommodation de la Commandite islamique de la Moudaraba ou du mandat islamique de la Wakala. Les spécificités de la SAS que nous venons d'étudier permettent d'apporter des éléments de réponse. D'une part, ces spécificités confirment la conclusion dégagée des dispositions communes⁵⁹⁴ quant à la capacité de cette forme de société à traduire en droit luxembourgeois la Commandite islamique avec ses caractères relatifs aussi bien au gestionnaire qu'au détenteur du capital. L'assemblée des actionnaires peut en effet restreindre l'apport de ce dernier à la forme numéraire et les statuts de la SAS peuvent exiger qu'il ne s'immisce pas dans la gestion. Les statuts peuvent également soumettre le gestionnaire à une rémunération en fonction du résultat de la cession ou de la liquidation de cette SAS comme ils peuvent le soumettre à une révocation pour le juste motif de la violation de la charte de gestion avec une responsabilité de réparation limitée à la négligence. Ainsi, non seulement

⁵⁹¹ Qui prévoit également la nullité dans certains cas comme celui de la violation d'une disposition expresse relative à une augmentation de capital.

⁵⁹² GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 115-118, 120-121, 459-470, § 171-175, 178, 630-645.

⁵⁹³ Supra § 94. Voir également supra § 95, 102-103, 107, 109 et 115 qui renforcent ce choix du Luxembourg pour la domiciliation.

⁵⁹⁴ Voir supra § 67.

la SAS évite structurellement l'inconvénient du risque illimité du commandité gestionnaire dans une SCA par exemple, elle pourra en plus contractualiser statutairement sa gestion par un président révocable uniquement pour juste motif et rémunéré seulement en fonction de l'éventuelle plus-value de liquidation ou de cession de cette SAS. D'autre part, à l'exception du cas que nous avons soulevé de la nullité protectrice pour les cautions et garanties accordées à un tiers par le dirigeant en dépassement de ses pouvoirs⁵⁹⁵, la géométrie variable de son organisation permet également à la SAS de dupliquer le régime de la SA. La SAS a donc une capacité semblable à accommoder le mandat islamique de la Wakala aussi bien dans ses obligations que dans ses libertés comme nous l'avons vu pour la SA⁵⁹⁶. Effectivement, les statuts peuvent exiger les caractères obligatoires de la révocation ad nutum et de la responsabilité limitée à la négligence du gestionnaire. Ils peuvent également s'adapter librement aux souhaits de l'apporteur du capital en termes de sa participation à la gestion à travers les organes qui lui conviennent et des modes de rémunération qu'il fixe avec le gestionnaire. Ainsi et pour ce deuxième contrat islamique du mandat de la Wakala, les deux solutions de la SA et de la SAS semblent à priori quasiment équivalentes. Sur la base de ce qui précède⁵⁹⁷ et au terme de ce chapitre, nous pouvons retenir que la domiciliation luxembourgeoise est recommandée pour la société d'investissement islamique dans l'UE, que ce soit pour des raisons de droit des sociétés ou de droit fiscal. Cette recommandation s'applique que la société en question accommode une Moudaraba ou une Wakala, la distinction entre ces deux contrats islamiques de gestion n'aura alors un effet qu'éventuellement sur le choix de la forme de cette société. Pour la Moudaraba seule la SAS peut échapper aux inconvénients de la SCA, SA ou SARL. D'une part, la société en commandite pose la problématique de la responsabilité solidaire et de la difficulté de révocation en cas de violation des règles de conformité. D'autre part, la SA et la SARL présentent les incompatibilités non seulement pour l'ad nutum ou la largesse de la « juste cause » de la révocation, mais également pour l'immixtion légale de l'actionnaire dans la gestion. Quant à la Wakala, elle est difficilement compatible avec la SARL qui est moins organisée pour impliquer un actionnaire non gérant dans la gestion ; en revanche, elle peut être accommodée aussi bien par une SA qu'une SAS. À ce stade, nous ne pouvons pas trancher entre ces deux formes pour la Wakala, à moins que l'étude du régime de la charte de gestion, que nous abordons dans le chapitre qui suit, ne fasse pencher la balance dans un sens ou dans l'autre.

⁵⁹⁵ Voir supra § 119.

⁵⁹⁶ Voir supra § 109.

⁵⁹⁷ Voir supra § 67, 95, 100-101, 106, 109, 112, 115, 118-119.

Chapitre 2. Régime du contrat de gestion

121. **Objectif de ce chapitre.** Comme indiqué dans notre chapitre introductif, la contractualisation de la gestion de la holding soumise à la conformité islamique possède le même régime que la charte de gestion de la personne morale portant une entreprise congréganiste commerciale⁵⁹⁸. En effet, dans les deux cas, le but de la personne morale est la réponse aux attentes confessionnelles de ses propriétaires, qui lui confère son identité. C'est pour mettre en œuvre une telle identité que nous avons caractérisé, en introduction de cette première partie⁵⁹⁹, succinctement⁶⁰⁰ les deux contrats islamiques de gestion qui sont pertinents dans le contexte de cette holding. Pour ces deux contrats, la Commandite Moudaraba et le mandat Wakala, nous avons également effectué une qualification afin de pouvoir les accommoder en droit étatique. La mise en œuvre de cette accommodation, par la détermination du régime du contrat de gestion en ce chapitre 2, s'appuiera sur le chapitre 1 qui a établi le régime adéquat de la holding⁶⁰¹ qui, comme véhicule de l'investissement européen, devrait être une société domiciliée au Luxembourg. Cette holding prendrait la forme d'une SAS pour accommoder la Commandite Moudaraba et l'une des deux formes SAS ou SA pour traduire le mandat Wakala⁶⁰². Ainsi et à travers la détermination du régime du contrat de gestion qui constitue la phase ultime d'accommodation, ce chapitre 2 aura l'ambition supplémentaire de départager ces deux formes de sociétés pour l'accommodation du mandat de la Wakala qui est la forme contractuelle la plus courante en gestion islamique de l'entreprise. À cette fin, on délimitera la frontière fine du champ d'application du droit spécial des sociétés pour dégager les conditions où seul le droit commun des contrats sera applicable au contrat de gestion ce qui offrira la possibilité précieuse du choix de la loi contractuelle gouvernant le contrat de gestion. Au préalable et en plus de cette considération de la loi applicable, les autres dispositions de droit commun s'appliqueront en principe à ce contrat.

122. **Lien entre contrat de gestion et charte de gestion de la holding.** Dans la littérature, le terme charte correspond à un ensemble cohérent de règles de comportement ayant toujours le caractère d'un engagement moral. En revanche, la valeur d'une obligation reconnue par la loi n'est accordée que si ladite charte est incorporée dans un contrat. Dans notre cas, la

⁵⁹⁸ COUARD, *op. cit.* (note 140), p. 324.

⁵⁹⁹ Voir supra § 53-54.

⁶⁰⁰ Les régimes détaillés en jurisprudence islamique de ces contrats seront étudiés en seconde partie.

⁶⁰¹ Annoncé en supra § 67 et confirmé en supra § 94 et 100.

⁶⁰² Voir supra § 67, 95, 100-101, 106, 109, 112, 115, 118-119.

charte désigne le tronc commun aux deux modes de gouvernance islamique contenant les règles générales de gestion conforme incorporées au contrat de gestion de la holding⁶⁰³. En effet, bien que la Commandite Moudaraba et le mandat Wakala soient différents au niveau des droits et obligations des contractants⁶⁰⁴, ces deux contrats islamiques ont le même objet défini comme la gestion respectueuse de la charte de conformité comme nous l'avons indiqué dans le chapitre introductif et développé en introduction de cette première partie⁶⁰⁵. C'est pour cela qu'il serait pratique de présenter une telle charte comme une annexe contractuelle séparée à laquelle renvoie la clause traitant de l'objet contractuel commun. Une telle contractualisation de la charte serait plus élégante que l'incorporation de ses règles dans des clauses successives dans le corps-même du contrat en les mélangeant avec les clauses des autres droits et obligations propres à chacun des deux contrats. Ces clauses propres, comme celles traitant de la révocation ou de l'immixtion dans la gestion, permettent d'accommoder les spécificités différentes de la Commandite Moudaraba et du mandat Wakala en cohérence avec le mode de gouvernance de la holding. Quant à la charte qui représente l'identité de cette holding, elle est d'abord annexée aux statuts avant d'être incluse dans le mandat social et éventuellement dans la convention de management dans le cas où le mandat social porte sur la mission de représentation avec une restriction ou une absence de mission de gestion. Ainsi, la valeur contractuelle de la charte est assurée par les statuts et par le contrat de gestion qui peut prendre la forme du mandat social ou la forme d'une convention de management (section 2). Le contrat de gestion sera alors soumis au droit commun des contrats soit à titre impératif, soit à titre supplétif (section 1).

Section 1. Droit commun du contrat de gestion

123. **Droit des contrats étudiés.** Quelle que soit la qualification du contrat de gestion, sa valeur juridique est appréciée à l'aune du droit commun des contrats sauf disposition contraire imposée par le régime spécial du droit des sociétés que nous allons étudier en section 2. Pour explorer ce droit commun des contrats et en plus de quelques références au droit suisse, il serait pertinent de considérer en détail le droit français et surtout le droit anglais qui peut être d'une grande pertinence comme nous l'avons indiqué en introduction de ce titre I⁶⁰⁶. Quant au droit luxembourgeois qui était privilégié en chapitre 1 comme droit de domiciliation de la holding, il lui manque la profondeur jurisprudentielle nécessaire en matière de contrats et, par

⁶⁰³ Supra § 82.

⁶⁰⁴ Ce qui nous a permis en chapitre 1 de nous guider dans la détermination du véhicule social adéquat.

⁶⁰⁵ Voir supra § 82 et 115.

⁶⁰⁶ Voir supra § 56.

conséquent, il s'interprète à la lumière de la jurisprudence de la source de son inspiration essentiellement française. L'étude du droit français permettra en outre de tester l'évaluation des auteurs qui, en réponse à certaines appréciations négatives⁶⁰⁷, estiment que ce droit conserve des atouts indéniables dans la compétition des lois⁶⁰⁸.

124. Introduction au droit civil des contrats d'Europe continentale. En France, le droit commun des contrats issu du Code civil régit tous les contrats et notamment les contrats innomés⁶⁰⁹ dont certains bénéficient d'une grande pratique grâce à la standardisation de leurs clauses principales par des contrats type ou par des recommandations de la Commission des clauses abusives⁶¹⁰. Agissant dans cette thèse en complément au droit des sociétés (section 2), ce droit commun est subsidiaire aux dispositions législatives du droit des contrats spéciaux⁶¹¹ et des droits spéciaux de la consommation et de la concurrence ce qui ne l'empêche pas de leur emprunter certaines dispositions spéciales qu'il généralise⁶¹². « Dans la compétition à laquelle se livrent aujourd'hui les systèmes juridiques, ce pan emblématique du droit privé méritait une réforme de nature à renforcer son attractivité et son influence au plan européen et mondial ». C'est pour cela qu'a eu lieu la réforme de 2016-2018 dont l'objectif inscrit dans la loi même est de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme⁶¹³. En comparaison, le droit des contrats luxembourgeois, qui a conservé le Code Napoléon, est resté très largement le même que le droit français avant sa récente réforme avec toutefois quelques modifications introduites notamment par la loi du 15 mai 1987. La jurisprudence et la doctrine française, ainsi que plus rarement la doctrine belge, servent de référence à la jurisprudence luxembourgeoise et c'est pour cela que la conception française abstraite du contrat⁶¹⁴ se retrouve en droit luxembourgeois. Cependant, cette réception de la théorie générale du contrat française ne doit pas conduire à la sous-estimation de quelques solutions divergentes adoptées par la

⁶⁰⁷ ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE et SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (dirs.), *Les droits de tradition civiliste en question : à propos des rapports Doing business de la Banque mondiale*, Paris : Société de législation comparée, 2006, 2 p. KJV2199 .D76 2006.

⁶⁰⁸ Philippe LE TOURNEAU, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle : contrats internationaux, contrats clés en main, co-traitance, sous-traitance, joint-venture*, France : LexisNexis, 2016, p. 101.

⁶⁰⁹ Article 1105.

⁶¹⁰ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 171, § 188.

⁶¹¹ Vente, louage, prêt...

⁶¹² FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 47-48, § 31-32.

⁶¹³ *Ibid.*, p. 33-34, § 188.

⁶¹⁴ Article 1101 du Code civil : voir annexe 1.

jurisprudence luxembourgeoise⁶¹⁵ et qui pourraient s'élargir à l'occasion de la nouvelle réforme envisagée⁶¹⁶.

125. Introduction au droit des contrats de la Common Law. À cette conception abstraite en droit civiliste continental répond une conception pragmatique en Common Law qui ne propose ni dans ses rares législations ni dans sa volumineuse jurisprudence aucune définition abstraite du contrat⁶¹⁷. Toutefois, la doctrine a pu dégager une définition pratique à partir des cas jurisprudentiels commençant par « *Slade v Morley*⁶¹⁸ » mais cette définition ne concerne que les contrats à titre onéreux où l'aspect matériel des contreparties, par opposition à l'aspect moral de la volonté des parties, joue un rôle prépondérant. Sauf parfois comme moyen de défense pour échapper à exécuter une promesse, la bonne foi n'a pas sa place dans la Common Law alors qu'elle est omniprésente en droit civiliste continental. En Common Law, une promesse ne fait naître un droit à son bénéficiaire que si celui-ci, en contrepartie de l'engagement de l'autre partie, a déboursé ou promis une « *consideration* » matérielle. Concrètement, le contrat est ainsi une promesse dont l'inexécution donne lieu, par la force de la loi, à un dédommagement ou, plus rarement, à une obligation d'exécution forcée. Bien qu'on puisse dégager quelques règles communes, la conception de la Common Law ignore la distinction entre théorie générale du contrat et contrats spéciaux ainsi que les autres classifications du contrat (civil, commercial, etc.). Dans ce contexte, l'Histoire a fait que les précédents fondateurs de la Common Law ont favorisé la sécurité juridique et l'efficacité économique ce qui a rendu le juge libre des causes de nullité et des considérations morales à la française et l'a incité à trouver une solution tenant compte des efforts et dépenses engagées par les parties⁶¹⁹.

126. Force obligatoire du contrat de gestion. Cette étude comparée du droit commun des contrats que nous entamons ici démontrera⁶²⁰ que « la liberté contractuelle permet l'exercice de la liberté de religion⁶²¹ », mais que cette liberté est conditionnée par le respect des dispositions impératives (sous-section 1). Grâce à ce respect, le contrat de gestion acquiert la force obligatoire contractuelle corollaire du principe de l'autonomie de la volonté. C'est cette

⁶¹⁵ ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 75 et s.

⁶¹⁶ Le Luxembourg répond à la réforme française en 2016 en étudiant un projet de réforme propre : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 15-16, 20 et 40.

⁶¹⁷ *Ibid.*, p. 19 et s.

⁶¹⁸ [1602] 4 Co Rep. 92 b cité par *Ibid.*, p. 24.

⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 23-26, 34-36 et 39-40.

⁶²⁰ Voir infra § 127 après une introduction en supra § 50 et 57.

⁶²¹ Isabelle RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », in *Traité de droit français des religions*, 2ème, [s.l.] : Litec, LexisNexis, 2013, p. 1118.

force obligatoire qui rend l'engagement du respect de ce contrat opposable non seulement au gestionnaire de la holding mais également au juge⁶²² qui se doit de sanctionner son inexécution (sous-section 2).

Sous-section 1. Conditions de la force obligatoire du contrat de gestion

127. Introduction de la contractualisation de la conformité religieuse. Le fil conducteur de cette sous-section sera le droit civil, et notamment français qui est plus restrictif, et non pas le droit anglais qui est beaucoup plus libéral pour deux raisons. D'une part, si la contractualisation réussit son test de passage le plus difficile devant le juge du for civiliste⁶²³, elle le passera devant le juge de Common Law car qui peut le plus, peut le moins. D'autre part, la réussite de ce test en particulier devant le juge français permettra d'illustrer l'un des atouts que le droit français conserve dans la compétition des lois⁶²⁴, en montrant sa capacité à accommoder l'exigence de conformité de l'investissement islamique. En droit contemporain, « la contractualisation de la gouvernance appartient aux nouveaux paradigmes de la gouvernance d'entreprise dans les relations entre actionnaires et dirigeants⁶²⁵ ». En droit civil, l'affichage de la contractualisation du fait religieux n'est pas nécessaire quand ce fait n'est pas un argument de vente au public ou n'est pas une condition du consentement dans les contrats de gré à gré ; ainsi, le contrat reste « sans coloration religieuse⁶²⁶ » conforme à sa neutralité originelle. Tel est « le cas de certains contrats et instruments financiers conventionnels qui peuvent, en raison de leur plasticité, répondre aux exigences de clients soucieux de mettre leur épargne en adéquation avec leurs convictions religieuses sans pour autant être présentés comme religieusement compatibles⁶²⁷ ». Bien évidemment dans pareilles situations, une partie contractante ne peut exiger devant le juge la conformité religieuse de l'objet du contrat ce qui constitue, en l'absence d'engagements contractuels précis, une insécurité pour l'investisseur ayant l'intention de se conformer à ce genre de convictions. Ceci est valable que cet investisseur

⁶²² *Ibid.*, p. 1118, 1143, 1155.

⁶²³ Comme nous le verrons en ce chapitre et en seconde partie, le fait que la convention de management soit soumise au droit et à l'arbitrage anglais n'empêchera pas le passage devant le juge du for luxembourgeois ou français de l'éventuelle sentence arbitrale ou de la licéité des actes de gestion de la holding luxembourgeoise ou de ses filiales domiciliés dans plusieurs pays européens.

⁶²⁴ Voir supra § 123-124 en introduction de cette section.

⁶²⁵ Jean-Philippe DOM, « Principales conditions d'existence et de validité d'une convention de direction », *Dalloz.fr | Revue des sociétés*, 2011. URL : <https://www-dalloz-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.

⁶²⁶ RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers in « Les concepts émergents en droit des affaires »*, op. cit. (note 452), p. 174-178.

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 169-174.

soit contractant d'un produit d'épargne offert au public, comme dans le cas des fonds d'investissement (étudiés par Matri), ou partie d'un contrat de gré à gré relatif à un investissement ayant un tour de table limité comme c'est le cas de cette thèse. Pour remédier à l'insécurité juridique d'un tel investisseur, il faut savoir que le principe de la laïcité « permet la prise en considération de toutes les religions et de leurs manifestations⁶²⁸ » non pas en tant que règle de droit mais en tant que fait pouvant avoir des effets de droit comme dans les contrats. Ainsi, devient possible la contractualisation objet de cette thèse qui relève du cas plus général étudié par le professeur Isabelle Riassetto où un fait religieux entre dans le champ contractuel par le biais de la définition ou des modalités d'exécution de l'objet d'une obligation. En effet, la liberté contractuelle permet « à la liberté de religion de s'exprimer⁶²⁹ » et, par conséquent, tout contrat gratuit ou onéreux peut potentiellement intégrer une expression religieuse qui s'impose au juge sous réserve du respect de l'ordre public. Ce spectre large se confirme dans la pratique notamment jurisprudentielle dont une partie reflète la présence dans le champ contractuel des règles religieuses de l'un des contractants.

128. Contractualisation des règles de conformité islamique de la gestion. Bien qu'il n'existe pas encore une étude sectorielle complète de cette intégration contractuelle du fait religieux, le contentieux récent⁶³⁰ et la pratique montrent que le fait religieux a pénétré de multiples domaines contractuels comme l'interdiction des prêts à intérêt provenant de l'Islam⁶³¹. Cet exemple fait partie du domaine de l'entreprise confessionnelle étudiée dans cette thèse qui peut s'illustrer par d'autres exemples comme les contrats de prestation de services, parmi lesquels figurent les contrats d'assurance ou de transport, ou comme les contrats bancaires et financiers, parmi lesquels figurent les contrats de gestion des fonds islamiques⁶³². Pour ces derniers, bien que le contrat assurant l'accommodation de règles religieuses soit soumis à un droit étatique, il s'est avéré nécessaire d'afficher contractuellement cette influence religieuse car il s'agit de commercialisation au public d'instruments ou de titres de fonds qui visent un segment d'investisseurs sensibles à cette référence. Un tel affichage, facteur déterminant de l'engagement des investisseurs, doit être évidemment non trompeur comme

⁶²⁸ Les interdits du principe de laïcité sont les relations verticales entre l'État et les institutions religieuses et non pas les relations horizontales entre personnes privées : voir RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1142-1143.

⁶²⁹ RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers* in « Les concepts émergents en droit des affaires », *op. cit.* (note 452), p. 174-178.

⁶³⁰ Plus nombreux selon le recensement de Riassetto, en matière religieuse contemporaine, dans les religions plus prescriptives comme l'Islam et le Judaïsme.

⁶³¹ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1118-1119.

⁶³² *Ibid.*, p. 1117-1119, 1144, 1147, 1149 et 1156.

dans le cas de la commercialisation des aliments présentés aux consommateurs comme « halal ». Cette contractualisation permet alors à une partie contractante d'exiger la conformité religieuse affichée dans un document contractuel comme une offre publicitaire, une spécification d'un produit ou même un contrat de travail⁶³³. Cette règle est applicable aux fonds islamiques aussi bien au Luxembourg qu'en France où « il importe ... que cet élément religieux soit expressément entré dans le champ contractuel, car les obligations engendrées par les contrats de droit étatique sont par nature neutres⁶³⁴ ». Ce cadre général, déjà appliqué aux fonds d'investissement, devrait s'appliquer également à cette thèse qui pourrait alors utiliser la contractualisation avec l'objectif de créer un environnement de sécurité juridique pour la holding de contrôle dont le régime a été déterminé en chapitre 1. Cette sécurité doit d'abord reposer sur la licéité, en droit des obligations, de la contractualisation des règles de conformité de la gestion de la holding (A) ; une licéité de principe cruciale surtout en droit français qui est plus sensible que les trois autres droits dominés par l'approche libérale comme au Luxembourg qui dispose d'une soft law⁶³⁵ interprétative et supplétive pour les fonds⁶³⁶. Toutefois, même si cette licéité est prouvée, la liberté de religion a toujours comporté, dans « les différents textes intéressant la liberté de croyance⁶³⁷ », une limite clairement indiquée relative au respect de l'ordre public (B).

A. Licéité de la contractualisation de la conformité

129. Validité formelle des obligations religieuses contractualisées. D'une façon générale, des conditions de validité sont exigées pour ce processus de contractualisation transformant une obligation religieuse de l'un des contractants, comme l'interdiction du prêt à intérêt, en une obligation contractuelle pour son cocontractant⁶³⁸. Ces obligations sont d'abord soumises à l'exigence du respect de l'ordre public⁶³⁹ dont la violation fait de la stipulation

⁶³³ RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers* in « *Les concepts émergents en droit des affaires* », *op. cit.* (note 452), p. 174-178.

⁶³⁴ RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 35 ; RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1147.

⁶³⁵ Bien qu'elle soit relative aux fonds islamiques, cette soft law peut avoir une certaine portée pour cette thèse.

⁶³⁶ Ce qui rendra cette soft law engageante des responsabilités des contractants s'ils s'y réfèrent dans leur contrat : voir RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 35, 40.

⁶³⁷ RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers* in « *Les concepts émergents en droit des affaires* », *op. cit.* (note 452), p. 174-178.

⁶³⁸ Qui vient s'ajouter à ses autres obligations de sources légales : voir RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1143.

⁶³⁹ Voir ce qui suit en paragraphe (B) de cette sous-section.

incriminée une clause réputée non écrite, notamment dans les cas de contrats d'adhésion ou de libéralité, ou mène à la nullité du contrat quand la cause de la nullité, considérée comme totale, affecte un élément déterminant du contrat⁶⁴⁰. Outre ce respect de l'ordre public, la validité de la contractualisation, notamment dans ce domaine de la finance islamique, dépend également de sa stipulation expresse sans laquelle le juge ne peut lui accorder la force obligatoire comme le confirme la jurisprudence dans une position de principe applicable à tout contrat⁶⁴¹. Par conséquent le simple renvoi au droit religieux propre des entreprises confessionnelles semble « à évincer⁶⁴² » et il serait donc risqué dans la situation de cette thèse d'ignorer cette stipulation expresse. En effet, il ne faudrait pas suivre l'avis téméraire comptant sur l'acceptation dérogatoire de l'implicite pour les entreprises confessionnelles⁶⁴³ car cette dérogation ne pourrait s'appliquer d'une façon relativement certaine qu'aux congrégations ou aux personnes religieuses dont l'activité clairement affichée est purement religieuse⁶⁴⁴. Le domaine de ces stipulations expresses est prioritairement l'objet du contrat où il importe d'intégrer une partie de l'identité religieuse de l'entreprise comme une finalité. Cette dernière agira alors comme la cause subjective « impulsive et déterminante » du contrat dont la violation peut permettre de plaider le vice de consentement sur la base de l'erreur sur les qualités substantielles de la chose ou de la personne⁶⁴⁵. En général cependant, les juridictions « capitulent devant la liberté contractuelle en dépit des exigences de l'ordre public⁶⁴⁶ » et accordent rarement la nullité pour violation de la liberté religieuse⁶⁴⁷, comme le serait dans notre cas la violation du contrat de gestion de la holding, à moins qu'il ne s'agisse d'entraves « disproportionnées à la jouissance de droits fondamentaux⁶⁴⁸ ». Dans ces conditions et au-delà de la stipulation du fait religieux dans l'objet contractuel, il serait indiqué de considérer l'insertion d'autres clauses utiles à l'entreprise confessionnelle comme la clause résolutoire, la clause pénale (avec ou sans dédit) ou la clause de conscience⁶⁴⁹.

⁶⁴⁰ Dans le cas contraire, la clause incriminée sera réputée non-écrite sans que le contrat soit nul même en présence d'une clause d'indivisibilité : voir FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 185, § 202 ; RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1150.

⁶⁴¹ « Les pratiques dictées par des convictions religieuses n'entrent pas, sauf convention expresse, dans le champ contractuel », Cour de cassation 3ème chambre civile 18/12/2002 : voir COUARD, *op. cit.* (note 140), p. 267, note bas de page 16.

⁶⁴² *Ibid.*, p. 268-269.

⁶⁴³ Comme pourrait l'être une boucherie halal ou un traiteur casher.

⁶⁴⁴ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1145-1147.

⁶⁴⁵ COUARD, *op. cit.* (note 140), p. 272, 276-277.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 62.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 272.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 62, note bas de page 323.

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 268-269, notes de bas de page 24 à 27.

130. **Interprétation de la conformité contractualisée.** Sur le terrain de l'interprétation et dans le même ordre d'idée que la validité conditionnée par la stipulation expresse, la bonne interprétation des règles religieuses de conformité stipulées ne pourra se faire devant le juge que si les stipulations contractuelles sont complètes et claires. Alternativement ou cumulativement, ces stipulations seraient également interprétables si elles renvoiaient à des références précises de droit propre⁶⁵⁰ à même de les expliciter à condition que de telles références soient préexistantes à la formation du contrat. Cependant et même avec autant de précautions entourant la clarté du contenu de ces stipulations expresses, le juge peut quand même éprouver le besoin de les interpréter⁶⁵¹. Il cherchera alors la volonté des parties dans la commune intention qui, guidée par le sens raisonnable, tient compte du contexte et non pas du sens littéral des termes du contrat⁶⁵² et il interprétera les clauses les unes par rapport aux autres, dans la cohérence du contrat entier⁶⁵³, en privilégiant l'interprétation ayant un effet à celle sans effet⁶⁵⁴. Enfin, le juge tiendra compte de l'article 1190 du code civil qui dispose que « dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé⁶⁵⁵ » ce qui n'est pas dans l'intérêt de la holding contractante. En revanche et dans un sens plus favorable à la holding, les obligations d'une convention de management exprimant une volonté délibérée et sans équivoque de s'obliger ne peuvent être qualifiées par le juge d'obligations morales sans effets juridiques⁶⁵⁶. Elles ne peuvent non plus subir le régime du contrat d'adhésion car l'investisseur a fixé uniquement l'objet contractuel représentant la prestation qu'il demande au manager qui est la gestion conforme à la charte, contrairement aux autres clauses qui sont négociées. Le juge luxembourgeois s'inspirera du droit français dans ce domaine en s'autorisant notamment à compléter les clauses implicites par toutes les suites dictées par la nature de l'obligation⁶⁵⁷. Le juge anglais reconnaît également les clauses implicites mais avec un champ plus étroit qu'en droit français car celles-ci ne sont incorporées que dans quelques cas spécifiques comme la loyauté dans le contrat de travail ou la garantie contre l'éviction dans le contrat de vente. Face à l'exigence de la présence des éléments essentiels de l'accord, la Common Law refusera de compléter les clauses essentielles

⁶⁵⁰ Ce qui exclut les textes sacrés qui ne sont pas des textes de droit mais des sources de droit : voir infra § 190, 193 et 194.

⁶⁵¹ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1157.

⁶⁵² Cette approche codifiée par l'article 1188 du Code civil est contraire à l'approche de la Common Law.

⁶⁵³ Article 1189 du Code civil.

⁶⁵⁴ Article 1191 du Code civil.

⁶⁵⁵ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 109-111.

⁶⁵⁶ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 38, 41.

⁶⁵⁷ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 106, 108.

(May & Burcher Ltd v The King HL 1920⁶⁵⁸), mais pourra quand même consacrer l'existence du contrat en invitant les parties à compléter les éléments indéterminés. Toutefois et particulièrement en matière de détermination de prix, le juge est autorisé à combler le vide contractuel afin de sauvegarder le contrat à moins que les parties n'aient érigé leur détermination ultérieure du prix comme une condition de validité du contrat⁶⁵⁹ ou qu'ils aient prévu une détermination unilatérale du prix⁶⁶⁰. Toutefois et en se fondant sur la volonté des parties, le juge s'autorise parfois à prendre en compte le contexte dans l'interprétation⁶⁶¹ ou à compléter les clauses sans lesquelles le contrat n'aurait pas été conclu⁶⁶². Cependant, en général et contrairement au droit français qui privilégie l'esprit du contrat, le droit anglais se basera sur la lettre du contrat pour rechercher la volonté des parties car ni les accords verbaux ni les contrats écrits antérieurs n'ont de valeur devant les termes du contrat et c'est pour cela que les contrats soumis au droit anglais sont longs et détaillés. Enfin, que ce soit à cause de la technicité du fait religieux ou à cause de la laïcité de la juridiction⁶⁶³, aussi bien le juge civiliste que le juge de la Common Law fera appel à une expertise mais « les interprétations et avis émis par des autorités religieuses ou un comité religieux de conformité ne sauraient lier un juge étatique saisi de l'interprétation du contrat⁶⁶⁴ ».

131. Expertise de conformité islamique. D'une façon générale et que ce soit entre les parties dans le cadre de l'exécution de leur contrat comportant une obligation de conformité islamique ou devant le juge pour trancher un différend relatif à un tel contrat, l'avis d'expert en jurisprudence islamique est nécessairement requis. Une telle démarche d'expertise n'est pas propre à la conformité islamique mais s'applique à tout type de conformité figurant dans des obligations contractuelles valides comme la conformité aux chartes déontologiques, éthiques ou de développement durable pour lesquelles le juge ne peut se prononcer sans un avis qui fait autorité en la matière. D'autres règles de conformité sont même d'origine étatique comme la conformité à des règles ou recommandations émanant de la SEC⁶⁶⁵, ou d'autres organismes, qui peuvent devenir des obligations contractuelles pour les dirigeants de filiales européennes

⁶⁵⁸ [1934] 2 KB 17.

⁶⁵⁹ Par le « Sale of goods Act 1979, sect. 8.3 » et par le « Supply of goods and services Act 1982, sect. 15 » : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 66-67.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 103.

⁶⁶¹ “ Investors Compensation Scheme v West Bromwich Building Society ” [1998] 1 WLR 896 : voir *Ibid.*, p. 109.

⁶⁶² “The Moorcock” [1889] 14 PD 64 ; “Yam Seng Pte Ltd v International Trade Corp. Ltd” [2013] EWHC 111 (QB) : voir *Ibid.*, p. 107.

⁶⁶³ Voir infra § 83.

⁶⁶⁴ RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers in « Les concepts émergents en droit des affaires », op. cit.* (note 452), p. 174-178.

⁶⁶⁵ « Securities and Exchange Commission » qui régleme et contrôle le marché financier américain.

de groupes cotés américains. Dans notre cas de la conformité contractuelle aux règles de jurisprudence islamique, l'avis d'expert requis est délivré par un consultant spécialisé ou par un organe collégial⁶⁶⁶ comme un conseil charaïque⁶⁶⁷. Cet expert pourrait être dépendant dans certaines situations mais devra être indépendant si le besoin d'impartialité est impératif⁶⁶⁸ comme dans le cas de l'expertise judiciaire ou de l'audit charaïque des fonds islamiques que les sociétés de gestion ont prévu dans leurs documentations contractuelles de commercialisation⁶⁶⁹.

132. Organisation de l'expertise de conformité dans cette thèse. Les organes charaïques dépendants et indépendants peuvent s'avérer tous les deux pertinents pour notre holding. Que celle-ci soit une SA ou une SAS, il serait utile qu'un rôle interne d'administrateur de la conformité soit créé et dévolu à un membre de son conseil d'administration ou de surveillance. Un tel administrateur serait doté d'une double expertise dans la gestion usuelle des holdings et dans celui de la jurisprudence islamique des relations⁶⁷⁰ ce qui permettrait à la holding d'éviter les inconvénients d'une gestion duale telle que pratiquée par la majorité des institutions financières islamiques⁶⁷¹. Ainsi, le contrat de gestion entre la holding et son gestionnaire⁶⁷² pourrait prévoir que cet administrateur de la conformité, nommé par l'actionnaire, intervienne pour les questions courantes en amont⁶⁷³. Dans le cadre de l'interprétation des règles contractuelles de conformité, il pourrait se prononcer alors sur toutes les questions et autorisations préalables présentées par le gestionnaire de la holding à l'organe auquel appartient cet administrateur de conformité⁶⁷⁴ dont l'avis serait rapide et souvent suffisant pour le gestionnaire. Dans le cas contraire où l'avis interprétatif de cet administrateur

⁶⁶⁶ RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 36-39.

⁶⁶⁷ L'appellation anglo-saxonne étant respectivement : *Sharia Adviser* ou *Sharia Board*.

⁶⁶⁸ Pour les fonds islamiques luxembourgeois et « conformément aux standards de l'AAOIFI auxquels se réfère le guide [ALFI], le conseil charia ne devrait pas inclure un directeur ou un actionnaire ayant une influence significative. Cela permet ainsi de préserver leur indépendance » : voir RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 35-39.

⁶⁶⁹ RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers* in « *Les concepts émergents en droit des affaires* », *op. cit.* (note 452), p. 174-178.

⁶⁷⁰ A l'instar de la double compétence islamique et financière pour les experts du conseil charaïque d'un fonds islamique, avec ou sans un rôle décisionnel : voir RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 36-39.

⁶⁷¹ Dans de telles institutions, le conseil charaïque, en parallèle avec le conseil d'administration, fait partie des organes de direction avec sa propre équipe de salariés subordonnés qui assurent notamment la mise en œuvre de la conformité et des missions d'audit interne.

⁶⁷² Ce contrat peut être tripartite avec l'adjonction des actionnaires de la holding à cette dernière et à son gestionnaire.

⁶⁷³ RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 36-39.

⁶⁷⁴ Conseil de surveillance ou d'administration.

de conformité donnerait lieu à divergence avec le gestionnaire, un recours devrait être prévu contractuellement auprès d'un conseil charaïque indépendant désigné, ainsi que son suppléant, par le contrat de gestion⁶⁷⁵ pour de telles missions de consultation et pour les missions d'audit. En cas de refus ou d'impossibilité d'exécution des missions, la nomination du conseil charaïque sera effectuée par le mandataire d'un organisme indépendant identifié dans le contrat de gestion grâce à une clause similaire à celle de la nomination des arbitres. Qu'un tel conseil charaïque indépendant soit saisi par le gestionnaire ou par l'administrateur de conformité, ce dernier doit impérativement adresser à ce conseil et dans un délai déterminé un avis de qualification de la question posée. Le conseil charaïque n'est autorisé à considérer la réponse à la question posée que s'il a reçu l'avis de qualification ou si ce dernier ne lui parvient pas dans le délai contractuel imparti. Par ailleurs, les termes du mandat du conseil charaïque doivent prévoir que tout document émanant de celui-ci est impérativement adressé à la fois à l'administrateur de conformité et au gestionnaire. Enfin, ces termes de référence du conseil charaïque indépendant devraient restreindre son intervention aux interprétations strictes de la charte à la lumière de la référence jurisprudentielle islamique figurant dans le contrat de gestion⁶⁷⁶. Par conséquent, les lacunes de la charte de gestion devraient échapper à la compétence du conseil charaïque même quand elles figurent dans la référence jurisprudentielle précitée qui est en principe une source complète en jurisprudence islamique regroupant et ordonnant les résumés de jurisprudence. De telles lacunes contractuelles seraient alors comblées par une institution académique agissant comme une autorité religieuse à l'instar d'al-Azhar (Le Caire) ou d'al-Quaraouiyine (Fès) pour les références jurisprudentielles du rite malikite.

133. Coût de l'expertise de conformité pour la holding. En termes de rémunération, l'administrateur de la conformité sera rémunéré selon la procédure du droit des sociétés, relative à l'organe auquel il appartient, à un niveau cohérent avec la rémunération des autres membres de cet organe ; il ne devrait donc pas représenter un coût supplémentaire par rapport à une holding conventionnelle. Quant au conseil charaïque, son mandat devrait prévoir un forfait annuel pour les missions périodiques d'audit et un forfait par type de mission pour les interventions ad hoc d'audit ou de consultation. Enfin, le dernier recours aux institutions académiques est rémunéré au cas par cas par la holding selon les termes arrêtés par le conseil charaïque avec l'institution en question. Contrairement aux apparences, le coût de cette

⁶⁷⁵ Ce qui reviendra à une nomination par le conseil d'administration si la holding est une SA, comme dans l'usage des fonds islamiques : voir RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 36-39.

⁶⁷⁶ Comme les commentaires du précis de Khalil dans le rite malikite.

organisation de contrôle externe sera minime si la charte de gestion a été initialement rédigée d'une façon complète et claire car les frais de prestations externes seront limités au forfait annuel du conseil charaïque qui est comparable au forfait d'un auditeur supplémentaire d'une filiale européenne d'un groupe américain. C'est seulement en cas de différend que ce coût devient matériel mais tout en restant inférieur au coût de contentieux d'une holding conventionnelle comparable qui ne baliserait pas comme ici les expertises externes intervenant pour arbitrer entre les parties sur le sujet technique d'une conformité non religieuse. Ainsi, le coût de ces trois niveaux impliqués dans l'interprétation et l'audit de conformité de la holding demeure justifié au regard de la sécurité juridique qu'ils procurent et de leur fonctionnement optimal alliant l'efficacité du contrôle interne de l'administrateur de la conformité à l'objectivité d'une intervention de haut niveau en cas de besoin. Avec cet aspect d'expertise, nous terminons notre analyse de cette première condition exigée de la contractualisation de la conformité pour lui permettre d'accéder à la force obligatoire contractuelle. Cette condition du type formelle est complétée maintenant par une condition plus fondamentale relative au respect de l'ordre public.

B. Respect de l'ordre public par la contractualisation de la conformité

134. **Champ territorial de l'ordre public.** L'ordre public, pris dans un sens large englobant les lois de police⁶⁷⁷, comprend l'ordre public de source nationale et celui fondé sur les transpositions de directives européennes ou des conventions internationales⁶⁷⁸. La contrainte du respect de cet ordre public est bien évidemment présente quand ce dernier est celui de la loi applicable au contrat de gestion (1°), mais elle est également présente quand il est celui de la juridiction du for sollicitée notamment pour l'exequatur d'un jugement étranger (2°) réparant par exemple le préjudice de la violation de la charte par le gestionnaire. Le premier type, l'ordre public de la loi applicable au contrat de gestion, agit dans sa version interne en entier sans aucune pondération contrairement au deuxième type constitué par l'ordre public international qui agit avec modération.

⁶⁷⁷ Bien que les deux notions d'ordre public et de lois de police soient distinctes dans beaucoup de conventions comme Rome I, certains États et l'arbitrage les confondent. Peut-être que « l'arbitrage subirait finalement le même sort que la théorie générale du droit international privé, dans laquelle la distinction entre ordre public international et lois de police a été très longue à se faire, mais est aujourd'hui nettement affirmée » : voir Nicolas NORD, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Strasbourg 3, [s.l.], 1 janvier 2003, p. 130-140, 156-157. URL : <http://www.theses.fr/2003STR30001>. Consulté le 17 février 2019.

⁶⁷⁸ Désigné par l'ordre public transnational traitant par exemple des Droits de l'Homme : voir *Ibid.*, p. 146-151, 156.

1°) Ordre public interne

135. **Notion d'ordre public interne.** Dans ce domaine, le droit français réformé prévoit dans le Code civil, en plus de l'article 6, les articles 1102 et 1162 ; ce dernier dispose que « le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ». Ces articles réglementent l'ordre public dans les contrats en le présentant comme une limite à la liberté contractuelle aussi bien au niveau du contenu que du but. Dans ce dernier cas, traité sur le terrain de la cause subjective avant la réforme de 2016, l'ordre public sanctionne le motif, par exemple celui d'un acheteur partie d'un contrat de vente dont le contenu est tout-à-fait licite mais dont le but est contraire à l'ordre public⁶⁷⁹ notamment quand le contrat est frauduleux par son dessein inavoué⁶⁸⁰. Similairement⁶⁸¹ et sur le fondement de l'article 6 du Code civil luxembourgeois, l'ordre public couvre un spectre large dans le domaine politique allant de la protection de la sécurité des personnes et des biens à la protection des citoyens contre la discrimination ou le refus de vente⁶⁸². D'une façon générale, le contenu doit être licite en respectant les règles impératives des droits fondamentaux, de l'ordre public et des bonnes mœurs. Ainsi et en se limitant à ce qui pourrait être pertinent dans cette thèse, « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance » ainsi que de ses biens⁶⁸³ et de sa liberté de commerce et d'industrie ou d'exercice d'une activité professionnelle. Il a droit également à la protection contre la discrimination, à la liberté de réunion et d'association ainsi que, le cas échéant, à un procès équitable ce qui interdit les clauses contractuelles limitant la liberté de preuve pour les faits juridiques. Cependant, ces droits fondamentaux peuvent être contredits d'une façon proportionnée par une clause contractuelle quand il s'agit d'intérêt légitime comme les clauses d'inaliénabilité dans les statuts de la SAS ou les clauses d'exclusivité⁶⁸⁴. Outre ces droits fondamentaux d'origine supranationale, des règles internes essentielles au bon fonctionnement de la société peuvent constituer l'ordre public. Ces règles internes de sources diverses sont parfois des commandements religieux « laïcisés⁶⁸⁵ » qui excluent l'exercice de certaines activités illicites ou le commerce de certaines choses pour nécessité de l'ordre dans la

⁶⁷⁹ Même si ce but est ignoré du vendeur : voir Pascal ANCEL, *Droit des obligations : en 12 thèmes avec exemples détaillés*, Paris : Dalloz, 2018, p. 139-140.

⁶⁸⁰ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 156, § 168-169.

⁶⁸¹ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 86.

⁶⁸² RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV “religion et contrat” », *op. cit.* (note 621), p. 1121.

⁶⁸³ Individuels ou au sein d'une catégorie de contractants comme les bailleurs.

⁶⁸⁴ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 147-150, § 154-156.

⁶⁸⁵ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV “religion et contrat” », *op. cit.* (note 621), p. 1153.

société ou par respect du caractère sacré⁶⁸⁶. Il s'agit de règles impératives fondées par la loi, la jurisprudence ou même les réglementations des autorités administratives comme l'AMF dont la violation est sanctionnée par la nullité absolue, quand elles protègent l'intérêt général, ou par la nullité relative, quand elles protègent certaines catégories de contractants. Dans certaines situations, les contractants peuvent se soumettre volontairement à une règle d'ordre public en dehors de son champ d'application à condition que cette soumission soit totale. Enfin, les règles relatives aux bonnes mœurs, bien que souffrant d'une définition évolutive de plus en plus étroite, demeurent dans le périmètre des règles impératives à respecter par les contractants au même titre que les droits fondamentaux et l'ordre dans la société. L'évolution récente du droit des contrats français par la réforme de 2016 a cependant accru le nombre des dispositions d'ordre public au point que certains considèrent que cette réforme marque un déclin de la liberté contractuelle même si une large marge de manœuvre demeure pour que les contractants créent des clauses nouvelles et des montages originaux⁶⁸⁷. Moins volumineux que celui de la France, l'ordre public interne anglais, comme celui relatif aux bonnes mœurs, limite également la liberté contractuelle mais, en principe, sans s'immiscer dans l'intention des parties. Il distingue les contrats illicites qui ne peuvent faire l'objet de restitution de la « *consideration* » des contrats déclarés totalement ou partiellement nul qui peuvent donner lieu à une restitution de celle-ci⁶⁸⁸. Sur ces bases, le but et l'objet du contrat de gestion sont licites, comme nous l'avons démontré⁶⁸⁹, et son contenu, qui sera détaillé en seconde partie pour la Holis, le sera également, car les restrictions aux libertés fondamentales resteront dans le cadre strict des dérogations admises.

136. Ordre public de protection. Outre l'ordre public politique, l'article 6 couvre également l'ordre public économique de direction qui protège la société contre l'égoïsme individuel par des prohibitions tranchées qui ne supportent pas le dosage. À côté de cette branche de l'ordre public imprégnée de l'intérêt général dont la violation par un contrat est sanctionnée par la nullité absolue⁶⁹⁰, le « caractère d'ordre public » est accordé à toute disposition impérative de la loi qui ne protège pas directement l'intérêt général mais l'intérêt de certaines catégories de personnes considérées comme faibles. Ces dispositions impératives constituent « l'ordre public de protection » dont la violation par un contrat entraîne sa nullité

⁶⁸⁶ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 86.

⁶⁸⁷ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 49, 150-155, § 34, 157-164.

⁶⁸⁸ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 88.

⁶⁸⁹ Voir supra § 127-128.

⁶⁹⁰ Ou de la clause incriminée seulement si celle-ci n'est pas déterminante dans le consentement des parties conformément à l'art 1184 du Code civil : voir ANCEL, *Droit des obligations, op. cit.* (note 679), p. 154.

relative⁶⁹¹ et non pas absolue. Initialement identifié avec l'ordre public social protégeant les travailleurs, cet ordre public de protection défend désormais d'autres catégories comme les locataires, les consommateurs ou les débiteurs non pas à travers des prohibitions absolues mais par des minimas à respecter. Parmi les règles anciennes de protection, on pourrait citer la prohibition de l'usure⁶⁹² ainsi que le délai de grâce que le juge pourrait accorder à un débiteur nonobstant des clauses contractuelles contraires⁶⁹³. Toutefois et mêmes si ces anciennes protections ne font plus partie de l'ordre public, rien n'empêche notre holding de les respecter et de les faire respecter par ses cocontractants qui ont librement choisi de souscrire à la charte ou au contrat de gestion.

137. Principe de non-discrimination. Définie sur le plan pénal comme « la distinction entre plusieurs personnes », la discrimination s'étend sur le plan civil à toute situation aboutissant directement ou indirectement à un traitement moins favorable pour une personne ayant, lui-même ou une autre personne qui lui est liée, une certaine religion ou croyance, réelle ou supposée. Sous peine de sanctions pénales et de réparations de préjudices civils, la charte de gestion ne peut donc aboutir à une telle discrimination notamment dans le domaine de fourniture de biens ou de services par la holding-même ou par ses filiales sauf pour les exceptions admises par la loi. Parmi ces exceptions figurent le refus de contracter avec une personne, demandant un bien ou un service par exemple à l'une des filiales de la Holis, dont le visage est dissimulé dans l'espace public même si un tel comportement correspond à une pratique religieuse⁶⁹⁴. En revanche, le sujet de discrimination entre investisseurs de la Holis n'a pas lieu d'être soulevé car une telle holding n'est pas un véhicule de placement collectif⁶⁹⁵. Notons quand même, au passage, qu'il est possible d'accueillir dans le tour de table de la Holis des actionnaires non-musulmans à côté du noyau dur qui assure la pérennité de la contractualisation des règles de conformité de gestion⁶⁹⁶. Ceci nous emmène à examiner les exceptions discriminatoires particulières dont la holding d'investissement pourrait bénéficier.

⁶⁹¹ En principe de la clause incriminée uniquement « lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien » conformément à l'art 1184 du Code civil : voir *Ibid.*, p. 154-155.

⁶⁹² L'interdiction était d'abord absolue jusqu'au XI^e siècle puis restreinte par quelques dérogations chez les catholiques et abolie pour les prêts à la production chez les protestants : voir SZRAMKIEWICZ, *op. cit.* (note 177), p. 80 et s.

⁶⁹³ Pascal ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois : approche comparative*, Belgique : Larcier, 2015, p. 437-442, 447-458.

⁶⁹⁴ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1121-1124. Dans le cas de cette thèse, ceci peut être le cas si les filiales de la holding exercent un métier de distribution dans des espaces de commerce ouverts au public.

⁶⁹⁵ Voir infra § 187.

⁶⁹⁶ Voir infra § 401, 424.

138. **Exceptions professionnelles discriminatoires.** En plus des exceptions générales comme la dissimulation du visage dans l'espace public que nous venons de voir, d'autres exceptions sont particulières à certaines professions lorsque des exigences déterminantes et légitimes justifient une discrimination proportionnée⁶⁹⁷. Ainsi, pour les entreprises de tendance, y compris celles qui sont commerciales comme les banques islamiques, une certaine « discrimination est explicitement autorisée par l'article 4 § 2 de la directive 2000/78 du 27 novembre 2000 ». Cet article « admet que, dans ces entreprises, la religion ou les convictions du salarié constituent une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de l'organisation⁶⁹⁸ » ce qui rajoute à la subordination purement professionnelle du salarié une subordination spirituelle ou idéologique. Dans ces conditions l'intuitus personae du contrat de travail du salarié porteur de tendance justifie la prise en compte de sa religion dans la considération de sa personne. Ceci autorisera la nullité relative de son contrat sur le fondement de l'erreur sur les qualités de la personne si le salarié s'avère avoir une confession différente ou s'il change de confession comme le confirme la jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁹⁹ et de la CEDH. Dans une telle situation cependant, le juge doit vérifier que l'emploi soumis à une telle exigence éthique y est étroitement lié ou, autrement dit, que l'emploi soumis à la discrimination est bien porteur de la « tendance » de l'entreprise ce qui ne serait pas le cas pour l'emploi d'un comptable ou d'un agent d'entretien par exemple. Le juge vérifiera également que même pour le salarié porteur de tendance, il n'y a pas de conditions vidant de sa substance un droit fondamental comme la liberté de religion. Ainsi le juge peut sanctionner l'exigence injustifiée d'un certain niveau de connaissance de la religion à moins de prouver que le défaut d'une telle exigence cause un trouble caractérisé au sein de l'entreprise de tendance. Les clauses contenant de telles conditions illicites seront alors réputées non écrites car seul un comportement de contradiction ouverte à la tendance de l'entreprise, par les paroles ou les actes à l'intérieur ou à l'extérieur de l'entreprise, est interdit au salarié qui a librement accepté

⁶⁹⁷ L. 1133-1 du Code du travail : voir Isabelle RIASSETTO, « Titre 4 de la partie IV "religion et travail" », in *Traité de droit français des religions*, 2ème, [s.l.] : Litec, LexisNexis, 2013, p. 1214.

⁶⁹⁸ Cependant « la Cour de justice de l'Union européenne a précisé que lorsqu'une église fait valoir que la religion constitue une exigence professionnelle essentielle, légitime et justifiée eu égard à l'éthique de cette église, le juge national doit contrôler l'effectivité de cette justification tout en respectant le droit à l'autonomie des églises quant à l'éthique poursuivie ... Pour reprendre les faits de cette affaire, une association caritative attachée à une église pourrait écarter une candidate à un emploi au motif qu'elle est sans confession selon l'emploi envisagé et l'éthique défendue par l'église. Le juge devra vérifier que c'est bien cette éthique qui justifie la mise à l'écart de la candidate et que son emploi y est étroitement lié » : voir Stéphane BRISSY, « Fasc. 17-11 : DISCRIMINATIONS - Lexis 360® », *JurisClasseur Travail Traité*, 19 décembre 2018, p. § 54. URL : <http://www.lexis360.fr>. Consulté le 3 mars 2019.

⁶⁹⁹ Qui estime dans son arrêt que le droit commun du Code de travail exprimé par l'article L. 1132-1 « n'est pas applicable lorsque le salarié, qui a été engagé pour accomplir une tâche impliquant qu'il soit en communion de pensée et de foi avec son employeur, méconnaît les obligations résultant de cet engagement ».

initialement de telles restrictions idéologiques ou confessionnelles à sa liberté⁷⁰⁰. Ainsi et dans le respect de ces limites, la charte de gestion de la holding peut valablement imposer certaines restrictions pour ses cocontractants ou leurs personnels qui assument une responsabilité ou qui réalisent des prestations fondamentales à l'identité religieuse de la holding telle qu'affichée par sa charte de gestion.

139. Spécialisation non-discriminatoire. Outre ces exceptions de discrimination légalement justifiées, le champ d'application de la non-discrimination ne s'étend évidemment pas aux situations non discriminatoires à la base comme le choix d'une activité d'entreprise conforme aux prescriptions religieuses. Cependant, dans un tel cas, les biens ou services d'une telle entreprise ne peuvent être proposés d'une façon discriminatoire⁷⁰¹ et c'est pour cette raison que le « Code pénal luxembourgeois prohibe formellement la discrimination dans des publicités⁷⁰² ». Toutefois, ces prohibitions relatives aux produits offerts au public, comme peuvent l'être les parts d'un fonds d'investissement, ne s'étendent pas aux produits personnalisés, comme peut l'être un financement islamique spécialement adapté au besoin d'un client. C'est dans ces conditions que Riassetto a confirmé la licéité du fonctionnement des banques ou des fonds islamiques mais cette confirmation, donnée à titre d'exemple, peut certainement s'étendre sur les mêmes bases aux entreprises gérées en conformité à la jurisprudence islamique opérant dans d'autres secteurs⁷⁰³. A fortiori, la gestion selon des règles islamiques respectant l'ordre public devrait être licite pour la holding qui n'est pas investie de mission de service public et qui ne propose même pas ses actions ou parts au public, sauf introduction ultérieure en bourse selon la réglementation en vigueur. Voilà en ce qui concerne l'ordre public interne, il faudrait maintenant prendre la mesure de la pondération du juge du for dans son application de l'ordre public.

2°) Ordre public du for

140. Notion d'ordre public du for. Le contrat international, comme le serait probablement dans notre cas la convention de management de la holding, bénéficie de certaines

⁷⁰⁰ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV “religion et contrat” », *op. cit.* (note 621), p. 1125-1126, 1136-1137 ; RIASSETTO, « Titre 4 de la partie IV “religion et travail” », *op. cit.* (note 697), p. 1216-1217, 1220-1224, 1227-1228.

⁷⁰¹ RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers in « Les concepts émergents en droit des affaires »*, *op. cit.* (note 452), p. 174-178 ; les clauses contractuelles discriminatoires étant considérées comme nulles : voir RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 35-36.

⁷⁰² RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 35-36.

⁷⁰³ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV “religion et contrat” », *op. cit.* (note 621), p. 1124.

dispositions dérogatoires au droit commun. Ainsi, « le contrat international peut être soumis à certaines règles matérielles spécifiques. Certaines sont nationales, par exemple en droit français celles admettant la validité des clauses de monnaie étrangère dans les contrats internationaux⁷⁰⁴. D'autres sont internationales » comme celles découlant des conventions internationales à l'instar de la convention CVIM de Vienne du 11 avril 1980⁷⁰⁵. En outre et en présence d'une loi applicable qui n'est pas la sienne, le juge du for n'applique pas son ordre public interne et agit avec modération quand il statue aussi bien sur le fond du litige contractuel que sur l'exequatur d'un jugement étranger, étatique ou arbitral, sanctionnant un tel litige. C'est cette version modérée de l'ordre public du for qui est l'ordre public international du droit de cette juridiction dont les conventions internationales font la promotion pour faciliter le commerce transfrontalier. Bien que la conception large de l'ordre public englobe les lois de police, il importe ici d'adopter une définition stricte permettant de constater que ce régime de modération est plus limité quand il s'agit de lois de police. Cependant et même si le texte varié des conventions internationales est vague et ne comporte pas de frein à la primauté des lois de police⁷⁰⁶, le juge du for est invité par la CJUE à avoir une interprétation stricte⁷⁰⁷ de ces lois⁷⁰⁸ comme il le ferait dans son droit interne en matière pénale.

141. Application des lois de police par le juge du for. Par rapport à la souplesse de l'ordre public international, la modération du juge en présence de lois de police, même d'origine communautaire, sera fortement atténuée avec une action immédiate de ces lois sans considération d'aucune autre loi à moins que le juge du for ne se déclare incompétent à cause d'une clause valide d'attribution de juridictions⁷⁰⁹. À titre d'exemple illustrant cette rigueur, « une entreprise anglaise, Ingmar GB Ltd, agent commercial au Royaume-Uni pour le compte

⁷⁰⁴ Article 1343-3 du Code civil.

⁷⁰⁵ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 42.

⁷⁰⁶ « La Convention de Rome relative à la loi applicable aux obligations contractuelles (article 7 § 2) précise que : les dispositions de la présente Convention ne pourront porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat » : voir NORD, *op. cit.* (note 677), p. 85-91.

⁷⁰⁷ Cette restriction dans l'utilisation des lois police s'exerce surtout dans le domaine de la politique législative du for et non pas dans le domaine administratif qui bénéficie de « la nécessité de permettre l'intervention des lois de police de type administratif aux faits qui ne présentent qu'un lien ponctuel avec le for » : voir *Ibid.*, p. 85-91.

⁷⁰⁸ « Dont les termes précis, l'économie générale et les circonstances de leurs adoptions démontrent que les intérêts protégés par ces lois sont effectivement essentiels et cruciaux » : voir Marie-Élodie ANCEL, *Le choix du droit applicable in « Le banquier luxembourgeois et le droit international privé »*, Limal : Anthemis, 2017 (Collection La vie du droit bancaire et financier), p. 35-37. KKK99.5.A67 A87 2016.

⁷⁰⁹ « C'est souverainement qu'ayant relevé qu'une clause attribuant compétence à un for étranger s'étendait à tous les litiges nés de la relation contractuelle, une cour d'appel en déduit que cette clause s'applique à la rupture brutale du contrat, quand bien même des dispositions impératives constitutives de lois de police seraient applicables au fond du litige » : voir résumé Légifrance de l'arrêt « Cass. civ. 1re, 18 janvier 2017, n° 15-26.105 » dans <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000033900955>

d'une société de droit californien, Eaton Leonard Technologies Inc., réclamait à celle-ci une commission et une indemnité de fin de contrat sur le fondement de la législation britannique transposant la directive 86/653/CEE relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants ... Or, le contrat les liant était soumis, en vertu d'une clause expresse, à la loi californienne » ... Dans sa réponse au juge anglais, la CJUE a considéré que les dispositions « qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers, et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays⁷¹⁰ ». Un autre exemple illustrant les lois de police serait dans le domaine de la protection des œuvres littéraires et artistiques en France, mais uniquement pour les aspects d'intégrité et de paternité de ces œuvres. Bien évidemment, la conformité ne peut pas justifier la violation de ces lois de police par les règles de gestion contractualisées ; ce qui incite la holding à déterminer l'éventuel effet desdites lois sur sa gestion. En pratique, l'interprétation stricte a rendu le champ d'application de ces lois de police très étroit en comparaison à l'usage de l'ordre public international qui demeure lui aussi limité mais pour une autre raison que nous indiquerons.

142. Application de l'ordre public international par le juge du for. Alors que les lois de police s'appliquent sans considération d'aucune autre loi, l'ordre public du for agit après la considération de la loi étrangère applicable. Ainsi, dans le domaine précité de la propriété littéraire et artistique, les droits de l'auteur autres que ceux de l'intégrité et de la paternité des œuvres dépendent du contenu de la loi étrangère car leur protection en France est conditionnée par la réciprocité. Allant au-delà de l'interprétation stricte adoptée en matière de lois de police, le juge du for est invité à la modération dans l'usage de l'ordre public en ne recourant qu'occasionnellement à « l'exception » de l'ordre public international, qui ne couvre pas strictement toutes les dispositions impératives applicables dans les contentieux internes. Cette modération se manifeste par la considération non pas des solutions préconisées par les règles de l'ordre public interne mais des principes et valeurs qui motivent de telles règles. Ces principes peuvent être courants dans les droits autres que celui du for ou spécifiques à la politique législative du for mais dotés d'une importance qui prime sur l'intérêt international du commerce et de la solidarité⁷¹¹. La modération de l'ordre public international se traduit alors par l'acceptation d'autres solutions que celles prévues par le droit du for pour respecter les

⁷¹⁰ NORD, *op. cit.* (note 677), p. 34.

⁷¹¹ *Ibid.*, p. 24.

principes et valeurs de ce dernier. C'est grâce à cette souplesse que l'ordre public international est préférée aux lois de police dont le domaine est de plus en plus restreint sauf, peut-être, en matière de droit de travail⁷¹² qui considère, par exemple, l'obligation des comités d'entreprise comme une loi de police⁷¹³. Cependant, même si l'exception d'ordre public est d'une utilisation relativement plus courante, elle intervient rarement dans le domaine contractuel qui ne semble pas être le terrain « le plus fertile pour son déploiement⁷¹⁴ », probablement à cause de la force exceptionnelle du principe de liberté contractuelle en matière de contrats internationaux. Dans ce cadre, « la jurisprudence française refuse d'accorder l'action directe à un transporteur contre le destinataire de la marchandise. De même, cette jurisprudence ne considère plus les règles de l'usure comme des lois de police car elles ne protègent que certains emprunteurs considérés comme parties faibles et ne protègent plus des intérêts généraux de protection du marché de la monnaie et du crédit⁷¹⁵ ». Une autre illustration significative de cette modération est le refus de la jurisprudence française de reconnaître comme une exception de l'ordre public international la méconnaissance d'une disposition du Code de la consommation L341-4, pourtant relevant des mesures de protection, relative à la considération de la proportionnalité par rapport aux biens avant de condamner une caution à payer. Une jurisprudence a refusé également le statut d'exception de l'ordre public international à certains aspects de la cause dans les conditions de validité d'un contrat soumis à une loi étrangère qui méconnaît le concept de la cause⁷¹⁶. Le professeur Ancel estime même qu'un contrat de travail étranger avec un régime de 42 heures par semaine ne sera pas annulé au Luxembourg contrairement à tout contrat interne dont le régime dépasserait les 40 heures⁷¹⁷. De même et depuis 1976, le Tribunal fédéral suisse a adopté le même genre de restriction dans l'utilisation de l'exception d'ordre public international. En réalité, la jurisprudence n'est pas créatrice de cette règle de modération dans l'usage de l'exception de l'ordre public international, elle ne fait que suivre le droit des conventions qui dans la hiérarchie des normes est supérieur aux lois internes. En effet et depuis sa version de

⁷¹² Ce domaine, consacré par l'article 6 de la convention Rome 1 de 1980, relève traditionnellement de l'ordre public social international de protection qui « est une notion faisant se rencontrer l'exception d'ordre public international et les lois de police. Sur ce point, il ne paraît pas possible de les différencier ». La relative rigueur de ce type d'ordre public contraste avec celle plus molle de l'ordre public international de proximité [utilisée essentiellement en droit de la famille] où « l'ordre juridique du for sera plus ou moins tolérant selon que la situation est plus ou moins proche de sa sphère » : voir *Ibid.*, p. 106-110, 116-120.

⁷¹³ « la circonstance qu'une entreprise employant en France plus de cinquante salariés a son siège social à l'étranger ne saurait la faire échapper à l'application de la législation sur les comités d'entreprise » : voir *Ibid.*, p. 34.

⁷¹⁴ ANCEL, *Le choix du droit applicable in « Le banquier luxembourgeois et le droit international privé »*, op. cit. (note 708), p. 37-39.

⁷¹⁵ *Ibid.*, p. 35-37.

⁷¹⁶ *Ibid.*, p. 37-39.

⁷¹⁷ ANCEL, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois*, op. cit. (note 693), p. 447-458.

1980, la convention Rome 1 utilise l’adverbe « manifestement » pour qualifier l’ordre public applicable aux contrats internationaux gouvernés par des lois différentes de celle du for. On pourrait penser que cette restriction, qui n’a pas d’équivalent dans le domaine des lois de police, n’est que de façade mais, dans les faits, c’est tout à fait le contraire car « de manière remarquable, elle a entraîné des conséquences effectives⁷¹⁸ ». Dans notre cas, il s’agit de s’assurer qu’un jugement étranger, portant sur la révocation du gestionnaire ou la réparation du préjudice qu’il a causé par son inexécution de la charte, obtiendrait l’exequatur au Luxembourg, pays de domiciliation de la holding, ainsi qu’en France ou en Suisse, pays de localisation probable des principaux actifs du gestionnaire. C’est vis-à-vis de ces trois pays que l’ordre public international doit être respecté ce qui sera le cas comme nous le montrerons en seconde partie dans la construction du contrat de gestion de la Holis, pouvant prendre la forme d’une convention de management soumise aux juridictions et au droit anglais.

143. Application de l’ordre public par l’arbitrage. En principe, la justice privée de l’arbitrage demeure sous le contrôle des tribunaux de droit commun pour l’exequatur de la sentence arbitrale en cas de contestation. En pratique, les parties peuvent favoriser leur réputation de respect de l’arbitrage en s’abstenant de contester sa sentence même si celle-ci est manifestement contraire à l’ordre public. Malgré cette critique et plus qu’en droit interne, la nécessité du commerce international autorise l’acceptation de l’arbitrage afin de sécuriser les transactions dans un environnement d’incertitude légale⁷¹⁹. Par exemple, rien dans la réglementation actuelle ne s’oppose à l’arbitralité affichée dans les statuts d’une holding luxembourgeoise pour tout différend entre la société et ses mandataires sociaux⁷²⁰. Cependant, l’agrément de ce pouvoir de plus en plus vaste de l’arbitrage avec autant de potentiel d’abus, ne veut pas dire que l’arbitrage opère en dehors des droits publics, nationaux et internationaux, sur la base de « contrats sans loi » où la liberté contractuelle codifie un droit propre opposable à travers la justice privée en dehors du domaine de toutes les lois publiques⁷²¹. C’est pour cela que la jurisprudence admet la compétence de l’arbitrage, l’arbitralité, même dans les litiges où intervient l’ordre public issu du droit interne ou du droit conventionnel, que cet ordre public soit classé judiciairement en ordre public au sens strict ou en loi de police. Certes, l’arbitrage « est toujours susceptible de faire l’objet d’un éventuel contrôle, mais celui-ci n’interviendra

⁷¹⁸ NORD, *op. cit.* (note 677), p. 85-91.

⁷¹⁹ Walter MATTLI et Thomas DIETZ (dirs.), *International arbitration and global governance: contending theories and evidence*, First edition, United Kingdom : Oxford University Press, 2014, 250 p.

⁷²⁰ Comme j’ai pu le vérifier avec le Professeur CONAC Pierre-Henri.

⁷²¹ MICHAELS, “roles and role perceptions of international arbitrators” in MATTLI et DIETZ (dirs.), *op. cit.* (note 719), p. 51.

qu'a posteriori, une fois la sentence rendue ». Le principe est de retenir la compétence de l'arbitrage sauf dans « les cas où la matière en cause intéresse au plus près l'ordre public international » comme en matière pénale ou en droit de l'état des personnes (filiation, capacité...). De telles situations sont hors du champ d'application de l'arbitralité et, par conséquent, la jurisprudence considère que la convention d'arbitrage est nulle dans ces domaines⁷²². Autrement et en conséquence de sa compétence, l'arbitre doit sanctionner les violations à l'ordre public, y compris l'ordre public transnational qui considère, par exemple, que « l'arbitre ne devrait pas pouvoir consacrer, par sa sentence, une situation d'esclavage ou une discrimination raciale ». En effet « le fait d'être un simple juge privé, compétent par la seule volonté des parties ne peut en rien justifier une atteinte à de telles valeurs. Mais des principes plus circonstanciés et propres au monde du commerce international peuvent également être défendus par l'ordre public transnational. Un exemple frappant de cette situation est celui de la prohibition de la corruption... d'autres points sont, eux, plus controversés ... » à l'instar des dispositions de certains droits permettant au juge de changer les termes du contrat en cas d'imprévision. Pour une telle disposition présentant une divergence marquée entre droits nationaux, « l'incertitude peut régner quant à son statut de règle ou de principe d'ordre public international⁷²³ ». Ce qui importe pour le juge étatique c'est son propre ordre public et, donc, si un principe ou une disposition sont considérés d'ordre public par un grand nombre d'États mais ne font pas partie du droit interne du for ou des conventions dûment ratifiées par son État, le juge de l'exequatur n'est pas tenu de les suivre. Quant à l'arbitre, « en tant que juge privé, il est dépourvu de for et ne subit pas les influences d'un ordre juridique national⁷²⁴ ». Il dispose donc d'encore plus de liberté pour ignorer ou, au contraire, pour appliquer un principe considéré comme d'ordre public transnational, peut-être même au risque de contredire la loi applicable ! En pratique, l'arbitre applique généralement l'ordre public transnational dont le principe fait l'objet d'un large consensus dans les droits étatiques mais, exceptionnellement, il peut appliquer des principes issus de la *lex mercatoria*⁷²⁵. Sur les bases d'une telle latitude accordée à l'arbitrage, l'éventuel exequatur qui sera sollicitée pour donner suite à une sentence arbitrale sera encore plus facile à obtenir que dans le cas où le jugement étranger est judiciaire. C'est pour cela que la contractualisation objet de cette thèse gagnerait à retenir l'arbitrage d'autant plus qu'il serait plus rapide et plus discret qu'une juridiction étatique sans que l'inconvénient

⁷²² NORD, *op. cit.* (note 677), p. 130-140, 156-157.

⁷²³ *Ibid.*, p. 146-151, 156.

⁷²⁴ *Ibid.*

⁷²⁵ *Ibid.*

du coût soit vraiment matériel pour les gros enjeux de la holding. Il faudrait cependant avoir un contrat détaillé et explicite pour éviter l'insécurité juridique liée à la grande latitude de l'arbitrage. Qu'il s'agisse de cette institution arbitrale ou de l'institution judiciaire, ce contenu contractuel précis sur la forme doit également respecter, sur le fond, l'ordre public interne de la loi qui le gouverne ainsi que l'ordre public international des juges du for que les contractants risquent de solliciter pour l'exequatur. C'est à ces conditions que la contrat de gestion accède aux effets sécurisants de la force obligatoire.

Sous-section 2. Effets de la force obligatoire du contrat de gestion

144. Contrôle de la conformité de l'exécution de l'obligation religieuse contractualisée. Pour notre contrat de gestion, la non-conformité est la principale cause d'inexécution qui, sous réserve de l'abus de droit, entraînera la sanction du débiteur. En effet et au cas où le juge serait appelé à se prononcer sur l'exécution de ce contrat conformément à la qualité convenue⁷²⁶ décrite notamment par la charte annexée audit contrat, il serait obligé de se prononcer sur la conformité de l'exécution à l'élément religieux contractualisé. Dans le domaine de la finance islamique en général et dans celui de cette thèse en particulier, cette conformité objet de la vérification du juge est une conformité à la jurisprudence islamique de la Charia⁷²⁷. Dans le cas spécifique des offres au public de produits financiers, « la non-conformité religieuse d'un fonds qui n'aurait d'islamique que le nom peut être appréhendée en droit étatique sous l'angle du vice du consentement (erreur, dol), des vices cachés, du défaut de conformité ou de l'information inexacte ou trompeuse. C'est pourquoi, il [le juge étatique] pourra solliciter une expertise religieuse, afin de déterminer la non-conformité du fonds à la norme religieuse. Cette expertise ne le lie naturellement pas. Et il ne peut connaître que d'un manquement à une obligation d'information étatique, même si celle-ci revêt une coloration religieuse⁷²⁸ ». Ainsi, la principale difficulté se situe sur le terrain de la preuve qui sera cruciale dans la décision du juge ; or, cette preuve ne peut être rapportée que par le contrôle de la conformité de l'exécution à l'élément religieux contractualisé et ce contrôle ne peut se faire par une autorité étatique laïque et religieusement neutre. C'est pour cela que le juge ne peut que diligenter une expertise privée émanant par exemple d'une autorité religieuse ou d'un comité

⁷²⁶ Dont la détermination peut mener le juge à interpréter le contrat en s'appuyant sur une expertise : voir supra § 130.

⁷²⁷ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1155-1156, 1162.

⁷²⁸ RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 35-36.

charaïque, en cette matière de contrôle de l'exécution du contrat comme en matière de son interprétation⁷²⁹. Cette expertise, intervenant postérieurement à l'exécution, est du même genre que celle réalisée, extrajudiciairement, à l'initiative des contractants en amont ou en aval de l'exécution et qui a une valeur juridique forte dans le cas de cette thèse pour les raisons que nous allons maintenant développer.

145. Portée des avis des organes de contrôle de conformité de la holding. Notons d'abord qu'entre les parties et aussi bien dans les audits que dans les consultations d'interprétations, les conclusions des organes externes de conformité de la holding sont crédibles car elles sont objectives ; que cette objectivité soit obtenue par le moyen du conseil charaïque indépendant ou par celui d'une institution académique⁷³⁰. Notons ensuite que ces avis d'experts indépendants seraient également pertinents devant le juge car même s'il diligenterait d'autres expertises, ces dernières auraient du mal à atteindre l'autorité d'al-Azhar ou d'al-Quaraouiyyine en jurisprudence islamique malikite. Ainsi, la portée de cette organisation externe du contrôle que nous proposons pour la holding serait d'un autre niveau que la portée des organes de contrôle des fonds d'investissement. Pour ces derniers, les avis du conseil charaïque ont une portée relativement faible car non seulement « leur avis ne lie pas le gestionnaire » en France mais en plus « comme l'islam n'est pas un corpus de règles homogènes et connaît différentes écoles de pensées susceptibles d'interprétations divergentes, il n'y a pas d'uniformisation des Fatwas⁷³¹ ». Or, ces arguments affaiblissant les avis externes de conformité relatifs aux fonds d'investissement ne sont pas valables pour la Holis. Le premier argument permettant au gestionnaire de ne pas être lié par les avis de conformité est déjà invalidé pour les fonds islamiques au Luxembourg quand l'organe de conformité est décisionnel au sens du droit des sociétés à l'instar d'un conseil d'administration pourvu d'une expertise dans l'application de la jurisprudence islamique. Ainsi et contrairement à la réglementation de l'AMF en France, le Luxembourg reconnaît la portée des avis de conformité pour les fonds islamiques dotés d'organe de direction compétent en conformité⁷³². A fortiori et comme la Holis est une Soparfi luxembourgeoise de droit commun moins réglementée que les fonds

⁷²⁹ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV “religion et contrat” », *op. cit.* (note 621), p. 1157, 1167.

⁷³⁰ Voir supra § 132.

⁷³¹ RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 36-39 ; RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV “religion et contrat” », *op. cit.* (note 621), p. 1156.

⁷³² « Le conseil ou conseiller charia peut toutefois avoir un rôle décisionnel. Selon le guide, rien n'interdit en effet un administrateur du fonds ou de la société de gestion d'être un expert de finance islamique et agir en qualité de conseiller charia individuel. Par comparaison en droit français, l'AMF impose l'autonomie de la société de gestion » : voir RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 36-39.

d'investissement, les avis de conformité émis par ses organes internes et externes prévus par sa gouvernance selon le droit des sociétés doivent disposer d'une opposabilité au gestionnaire signataire du contrat de gestion. Même en France, la réglementation AMF des fonds d'investissement n'est pas applicable à la holding qui relève du droit commun où la décision des organes de gouvernance reconnus en droit est engageante pour le gestionnaire en vertu d'un mandat social ou d'une convention de management. De même, on ne pourrait appliquer à la situation de cette thèse le deuxième argument relatif à la divergence dans l'interprétation de la jurisprudence islamique justifiant la faible portée des avis du conseil charaïque pour les fonds d'investissement. En effet, l'usage des fonds islamiques est de se référer non pas à un droit précis en précisant l'école de jurisprudence mais à la Charia qui désigne un système multiple de droit regroupant plusieurs ordres juridiques. Cet usage est aussi vague que la désignation du cadre général du droit canonique⁷³³ ou du système général de la Common Law, qui regroupe les droits de plusieurs pays s'appuyant sur la jurisprudence⁷³⁴ en comparaison à la désignation précise de la Common Law anglaise⁷³⁵ qui est un ordre juridique bien délimité. Dans le cas de notre holding, la référence juridique de conformité religieuse est aussi précise et complète que le système anglais de Common Law. Il pourrait s'agir, comme dans l'exemple de la Holis, du rite malikite tel que codifié par Khalil⁷³⁶ et dont les règles les plus pertinentes à la gestion d'une holding de contrôle de private equity européen sont regroupées dans une charte de gestion d'une centaine de pages annexée au contrat de gestion. Répondant aux conditions d'une norme religieuse juridiquement déterminée, explicite et préexistante à la formation du contrat, une telle référence s'imposera au juge⁷³⁷ et constituera obligatoirement le fondement de toute éventuelle nouvelle expertise diligentée par la juridiction compétente.

146. Imprévision. La sanction de l'inexécution ne dépend pas uniquement du contrôle de l'exécution considéré par le juge car ce dernier peut avoir, dans certains droits, une latitude pour changer l'obligation contractuelle même, notamment en matière d'imprévision. En effet, une obligation conforme à l'ordre public peut quand même être réputée non écrite s'il s'agit d'une clause créant un déséquilibre significatif entre les prestations des parties dans les contrats d'adhésion⁷³⁸, comme dans les cas de certains contrats nommés à l'instar du dépôt

⁷³³ Voir infra § 156.

⁷³⁴ Par opposition au système civiliste qui s'appuie sur les codes législatifs et qui regroupe également les droits de plusieurs pays.

⁷³⁵ Qui, entre autres différences avec ses sœurs de la Common Law, admet difficilement les clauses de pénalités dans les contrats contrairement à la Common Law américaine : voir infra § 154.

⁷³⁶ Voir infra § 369.

⁷³⁷ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1158.

⁷³⁸ Article 1171 du Code civil : voir FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 168-173, § 183-191.

hôtelier⁷³⁹. Mais ceci ne s'applique pas aux clauses relatives à l'objet principal du contrat qui toutefois, sans être invalidées, peuvent être désormais révisées lorsqu'il y a imprévision conformément au nouvel article 1195 du Code civil français. Le fait que cette disposition soit supplétive⁷⁴⁰ pour la majorité des auteurs⁷⁴¹ induit son application dans certaines situations qui autorisent l'intervention du juge en dernier recours pour réviser le contrat ou y mettre fin tout en maintenant les effets du contrat initial jusqu'au jugement⁷⁴². En revanche et même en cas d'imprévision due à une crise économique par exemple, le juge anglais considérera le contrat intangible et refusera sa révision à la lumière des nouvelles circonstances⁷⁴³. Toutefois, l'intérêt général peut le forcer à interpréter certaines clauses en aboutissant, par exemple, à la résiliation anticipée du contrat comme dans le cas « *Staffordshire AHA v South Staffordshire Waterworks Co.*⁷⁴⁴ ». Au Luxembourg et bien que la force obligatoire du contrat soit d'une interprétation stricte, la jurisprudence a fini par accepter la révision du contrat pour imprévision en réponse à certaines critiques par la doctrine⁷⁴⁵. Usant du fondement de la bonne foi, la force obligatoire aboutit à une obligation de loyauté ; ainsi, un débiteur dont l'obligation est conditionnée par un événement doit « faire tout son possible pour que l'opération aboutisse⁷⁴⁶ ». En principe donc, le Luxembourg serait hostile à aller aussi loin que la nouvelle approche française dans ce domaine de l'imprévision comme le montre sa réflexion menée en novembre 2018 sur l'opportunité de la réforme de son Code civil⁷⁴⁷. Ce pays sera probablement tenté de se rapprocher du droit suisse en limitant sa réforme au remplacement de l'ancienne notion de la cause tout en refusant la réforme française de l'imprévision favorisant le débiteur contrairement à la tradition du droit luxembourgeois connu pour sa défense du créancier notamment dans le domaine des sûretés illustré par le montage populaire de « la double luxco⁷⁴⁸ ». N'empêche, le risque existe car une fois « la boîte de Pandore » de la réforme luxembourgeoise est ouverte, personne ne sait dans quel sens le choix politique va aller. Dans ces conditions il serait préférable de rester dans le « *safe side* » en favorisant le droit anglais quand c'est possible surtout que le contrat de gestion dont il est question ici peut avoir une durée significative pouvant atteindre les dix ans. C'est en ayant à l'esprit ce genre de risques que nous abordons

⁷³⁹ Article 1953 du Code civil : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 171.

⁷⁴⁰ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 295.

⁷⁴¹ Pascal ANCEL, « Imprévision », in *Répertoire de droit civil*, [s.l.] : Dalloz, mai 2017, p. n° 95.

⁷⁴² CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 116 et 120-122.

⁷⁴³ « *Davis contractors v Fareham UDC* », [1956] AC 696.

⁷⁴⁴ [1978] 1 WLR 1387, Court of appeal : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 117-118 et 120.

⁷⁴⁵ Cour de cassation, 24 octobre 2013, n° 64/13, § 36, p. 393 : voir ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 78.

⁷⁴⁶ Cour d'appel, 11 nov. 2003, Pas. 32, p. 426 : voir *Ibid.*

⁷⁴⁷ Confirmée par des éminents auteurs comme le Professeur CONAC Pierre-Henri.

⁷⁴⁸ Voir supra § 57.

les sanctions de l'inexécution, qu'elles soient en nature (A) ou assurées par équivalent (B), d'une façon comparative afin d'éclairer le choix de la loi applicable au cas où la gestion de la holding ferait l'objet d'une convention de management.

A. Sanctions en nature

147. **Exception d'inexécution.** En cas d'inexécution grave du contrat de gestion, notamment pour irrespect de la conformité, l'intérêt de la holding serait d'abord de résilier ce contrat pour pouvoir confier sa gestion à un autre gestionnaire qui serait compétent et enclin à respecter sa charte de gestion. Son intérêt serait également de forcer l'ancien gestionnaire de lui rendre ses registres et moyens matériels de gestion pour pouvoir les transmettre au nouveau gestionnaire. Son intérêt serait enfin d'arrêter tout paiement dû au gestionnaire fautif en attendant d'évaluer la réparation du préjudice qu'il lui doit. Toutes ces mesures font partie des sanctions en nature dont la plus immédiate est l'exception d'inexécution. En effet, le droit français accorde d'abord au créancier le remède de l'exception d'inexécution, reconnue implicitement par l'article 1219 du Code civil à tous les contrats comportant des prestations réciproques donc, a fortiori, au contrat de gestion dont il est question ici. Ainsi, le créancier n'est plus tenu d'exécuter sa prestation tant que le débiteur n'a pas exécuté la sienne ; sur la base de l'article 1220, le créancier peut même anticiper l'inexécution du débiteur quand sa prévisibilité est manifeste⁷⁴⁹. Cependant, la jurisprudence française exclut cette solution lorsque le créancier est de mauvaise foi ou que l'inexécution du débiteur est imputable au créancier ou, encore, quand elle est relative à une obligation qui n'est pas « suffisamment grave⁷⁵⁰ ». De la même façon et depuis la réforme de 1987 précédant celle de la France, le Luxembourg a codifié cette solution jurisprudentielle de l'exception d'inexécution dans l'article 1134-2 du Code civil afin de parfaire la sécurité juridique du créancier. Enfin et d'une façon plus limitée qu'en droit français, le droit anglais reconnaît l'exception d'inexécution dans le cas de la vente de marchandises conformément au « *Sale of Goods Act 1979, s. 28*⁷⁵¹ ». Ainsi et en cas d'inexécution par le gestionnaire, la holding peut suspendre les éventuels paiements qui sont valablement dus à ce dirigeant en attendant l'issue de la réparation du préjudice causé par sa violation du contrat de gestion.

148. **Exécution forcée.** Contrairement au droit français, le remède de l'exécution en nature « *specific performance* » demeure une sanction rare en jurisprudence de la Common Law

⁷⁴⁹ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 149-150.

⁷⁵⁰ Article 1219 du Code civil : voir *Ibid.*, p. 150.

⁷⁵¹ *Ibid.*, p. 149.

anglaise qui privilégie les solutions réparatrices. Ce rôle réduit accordée par le droit anglais à l'exécution forcée en nature peut s'élargir exceptionnellement au sein des règles d'equity qui ouvrent la possibilité de cette exécution forcée si les remèdes de la Common Law aboutissent à des solutions trop injustes⁷⁵². En revanche et en plus du remède subsidiaire de l'exception de l'inexécution, le créancier dispose en droit français d'une alternative fondamentale consistant en l'exécution forcée ou la résolution avec, dans chacun des cas, une possibilité de dommages-intérêts qui peuvent aussi être demandés séparément. En effet, le Code civil par son article 1221 favorise cette exécution forcée à moins de démontrer qu'elle n'est plus possible ou que sa mise en œuvre cause une perte disproportionnée pour le débiteur comparée à l'intérêt procuré au créancier. Allant dans ce sens, la jurisprudence a même permis au bénéficiaire d'un pacte de préférence de se substituer au tiers de mauvaise foi⁷⁵³ ce qui restreint, au tiers de bonne foi, l'application du principe disant que l'acquisition d'un bien objet d'une promesse de vente rendrait l'exécution forcée de cette promesse impossible comme dans le cas d'une obligation à caractère éminemment personnel. La force de la solution de l'exécution forcée est aussi confirmée par l'article 1222 du Code civil qui donne également la possibilité au créancier de recourir à l'exécution par un tiers au frais du débiteur avec, au besoin et après autorisation préalable du juge, la destruction de ce qui a été fait par le débiteur en violation du contrat⁷⁵⁴. Une disposition utile dans le cas de cette thèse car elle permettra à la holding d'inverser au frais du gestionnaire les opérations violant la charte quand ceci est possible. Dans tous ces cas, il s'agit d'une solution de « paiement » consistant à forcer le débiteur à respecter son obligation contractuelle en livrant au créancier l'avantage convenu afin de lui procurer la satisfaction attendue. Selon la nature de l'obligation (donner, faire ou ne pas faire) et la situation, cette sanction est considérée comme satisfaite en performant l'obligation d'origine ou en payant la valeur de celle-ci. S'il s'agit, par exemple, d'une obligation de livrer une machine, la livraison effective ou le paiement de sa valeur seront la substance de cette sanction. Toutefois, si le paiement de la valeur de l'obligation (alternative à l'exécution corrective en nature) est choisi, le créancier sera libre d'utiliser l'indemnité reçue comme il l'entend et ne sera nullement contraint de la dépenser pour mettre en œuvre une exécution substitutive⁷⁵⁵. Sans recours à ce paiement de substitution improbable dans notre situation, la véritable exécution en nature pourra sécuriser les droits de la holding en cas de contentieux avec son gestionnaire. Par

⁷⁵² “Co-operative Insurance Society v Argill Stores (holdings) Ltd” [1998] AC 1 (House of Lords).

⁷⁵³ Cour de cassation, Chambre Mixte, 26 mai 2006.

⁷⁵⁴ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 153-154.

⁷⁵⁵ Zoé JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Etude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, Thèse de doctorat, Université Panthéon-Assas, Paris, France, 2015, p. 93, 118 et 211.

exemple, ce dernier sera forcé à retourner des documents comptables de la holding qu'il détient au cabinet de prestation désigné par le contrat de gestion de la holding pour la domiciliation de ces documents et leur traitement comptable et fiscal.

149. Résolution. L'autre sanction possible, alternative de l'exécution forcée, est la résolution du contrat mais, à moins d'avoir une clause résolutoire⁷⁵⁶, cette résolution ne peut normalement être évoquée que pour les inexécutions suffisamment graves soumises à l'appréciation du juge⁷⁵⁷ sur la base de l'article 1224 du Code civil⁷⁵⁸. Toutefois, un contrat valide peut subir d'autres sanctions comme la caducité ou l'inopposabilité aux tiers qui s'illustre notamment dans les ventes immobilières, la simulation ou l'action paulienne. Ainsi, la caducité mettant fin à l'existence d'un acte⁷⁵⁹ sera retenue quand un élément contractuel, dont la permanence est essentielle, disparaît postérieurement à la formation du contrat. À contrario et à moins que les contractants en aient fait un élément essentiel, l'absence de rentabilité dans l'exécution d'un contrat ne peut être une cause de caducité de celui-ci⁷⁶⁰. Avec une certaine différence, le Luxembourg accorde également au créancier le choix entre la résolution du contrat et son exécution forcée ; il n'est donc pas obligé de se contenter d'une satisfaction par équivalence en recevant des dommages-intérêts sauf si l'exécution en nature devient impossible⁷⁶¹. Allant au-delà du droit français, la sanction de l'exécution forcée en nature sous astreinte est codifiée, par les articles 2059 à 2066 du Code civil, depuis un acte Benelux de 1976. Quant à la sanction de la résolution du contrat, elle est en principe judiciaire mais, comme en France, la jurisprudence peut accepter a posteriori le bien-fondé d'une résolution unilatérale du créancier⁷⁶². En effet, le droit français donne au juge un droit de contrôle a posteriori de la résolution unilatérale même si, par l'article 1226 du Code civil, il la consacre aux risques et périls du créancier qui doit prouver la gravité de l'inexécution et, le cas échéant, l'urgence qui l'a empêché de procéder aux formalités requises comme la mise en demeure⁷⁶³. Cette nouvelle codification française suit de près le droit anglais dans lequel la résolution peut être unilatérale, par une simple notification écrite ou même par un comportement explicite, sur la base de l'inexécution d'une « condition » constituant une violation fondamentale⁷⁶⁴. Jusque-là et

⁷⁵⁶ Le régime de cette clause importante est expliqué ci-après dans ce même paragraphe.

⁷⁵⁷ Article 1227 du Code civil : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 158.

⁷⁵⁸ *Ibid.*, p. 155.

⁷⁵⁹ Avec rarement un effet rétroactif donnant lieu à des restitutions.

⁷⁶⁰ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 191-192, § 211-212.

⁷⁶¹ Cour d'appel, 11 janvier 1984, § 26, p. 139 : voir ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 79.

⁷⁶² Cour d'appel, 16 juin 1998, § 30, p. 493 ; Cour d'appel, 20 oct. 2011, JTL 2012, p. 114 : voir *Ibid.*

⁷⁶³ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 159-160.

⁷⁶⁴ *Ibid.*, p. 159.

contrairement au droit anglais, la pratique française était réticente à ce genre de résolution, sur la base de l'inexécution anticipée, pour éviter que les débiteurs en difficultés financières ne subissent la résolution de leurs contrats⁷⁶⁵. Quant au créancier, pour échapper à la résolution unilatérale à ses risques et périls, il peut recourir à la résolution de plein droit sur la base d'une clause résolutoire. Cependant, la remise en cause d'une telle clause est possible car, face au principe de la liberté contractuelle, le juge peut faire jouer le principe de bonne foi. Ainsi et pour être efficace, cette clause doit donc être non équivoque et précise quant aux engagements dont l'inexécution peut entraîner la résolution conformément à l'article 1225 du Code civil⁷⁶⁶. Cette stipulation serait une bonne solution pour la contractualisation développée dans cette thèse afin de contrer la réticence du droit français à la résolution à moins de recourir au droit anglais dont les règles aboutissent souvent à la résolution du contrat avec un versement éventuel de dommages-intérêts ou au simple versement de ces derniers. Paradoxalement et alors qu'en pratique le droit anglais est plus ouvert à la résolution, il la réserve en principe comme en droit français au défaut d'une exécution considérée comme essentielle ou une « *condition* » et non pas à celle considérée comme secondaire ou simplement une « *warranty* » dont le remède ne peut se traduire que par des dommages-intérêts. Les cas « *Poussard v Spiers*⁷⁶⁷ » et « *Bettini v Gye*⁷⁶⁸ » illustrent successivement la réparation de l'inexécution d'une « *condition* » et d'une « *warranty* ». La qualification de « *condition* » ou de « *warranty* » se base sur la volonté des parties ou, en dernier recours de l'interprétation du juge qui se référera toujours à l'appréciation objective d'un homme raisonnable placé dans les circonstances de la situation. La jurisprudence⁷⁶⁹ a, toutefois, apporté des nuances à ces règles en prononçant la résolution par suite de l'inexécution d'une supposée « *warranty* » et en maintenant le contrat malgré la violation d'une supposée « *condition* » sur la base du comportement des parties et de l'appréciation du contrat dans son ensemble pour déterminer s'il s'agit d'une violation fondamentale. Par souci d'efficacité, la résolution peut être accordée par le juge sur la base d'une anticipation prouvée de l'inexécution⁷⁷⁰ ; ce qui n'empêchera pas le créancier de demander des dommages-intérêts mais ce qui lui donne la possibilité de se libérer du contrat en cherchant des solutions alternatives réduisant, ainsi, son préjudice⁷⁷¹. Dans notre cas, il importe que la

⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 157.

⁷⁶⁶ *Ibid.*, p. 158 ; Pascal ANCEL, Alice TISSERAND, Guy VENANDET, Georges WIEDERKEHR et Xavier HENRY, *Code civil*, France : Dalloz, 2016, p. 1413.

⁷⁶⁷ [1876] 1 QB 410.

⁷⁶⁸ [1876] 1 QBD 183.

⁷⁶⁹ « *Hong Kong Fir Shipping Co Ltd v Kawasaki Kisen Kaisha Ltd* » [1962] 2 QB 26, court of appeal; « *Suisse-Atlantique Société d'armement maritime SA v N.V. Rotterdamsche Kolen Centrale* » [1967] 2 all ER 61.

⁷⁷⁰ « *Hochster v De la tour* » [1853] 2 E&B 678.

⁷⁷¹ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 155-157.

conformité soit une « *condition* » au sens du droit anglais aussi bien sur la forme dans les termes du contrat que sur le fond dans le comportement de la holding avec son gestionnaire. En droit français et comme la demande par la holding de la résolution conduit le juge à apprécier la gravité de l'inexécution ce qui fait peser une incertitude, il serait conseillé de recourir à une clause résolutoire valide. Cette sanction sera toutefois probablement obtenue quand la non-conformité, comme dans cette thèse, concerne un fait religieux contractualisé en tant qu'objet du contrat ce qui entraîne la résolution pour défaut de délivrance de l'objet contractuel conforme aux spécifications convenues⁷⁷².

150. Effets de la résolution. Pour les conséquences de la résolution, le droit luxembourgeois continue à suivre le Code civil français avant que la réforme de 2016 ne le change sur ce sujet⁷⁷³. En revanche et traçant le sillon pour cette réforme française de 2016, le droit anglais considère qu'en cas de résolution, le contrat prend fin sans effet rétroactif mais, sur le fondement de l'enrichissement injuste ou celui des quasi-contrats, une restitution peut avoir lieu. Allant dans ce sens, les articles 1229 et 1352 à 1352-9 précisent les conséquences de la résolution en termes d'arrêt des obligations contractuelles pour l'avenir et de restitution des prestations échangées dont l'utilité est anéantie par la résolution et, donc, qui n'ont pas reçu de contrepartie⁷⁷⁴. Ceci constitue une évolution des effets futures de la résolution par rapport au droit avant la réforme de 2016 qui correspond à ce que prévoit le droit luxembourgeois où la résolution entraîne la disparition rétroactive du contrat sauf pour les contrats à exécution successive où la résolution devient une résiliation avec un effet pour l'avenir uniquement. En outre, la restitution a lieu prioritairement en nature avec, pour le bénéficiaire de cette restitution, une obligation de paiement des dépenses justifiées au restituant et un droit à une indemnité pour la jouissance avant la restitution⁷⁷⁵. Ainsi dans notre situation, l'éventuelle résolution pour cause d'inexécution du contrat de gestion donnera lieu à la restitution des biens de la holding retenus par le gestionnaire pendant le litige. En résumé de ces sanctions en nature, bien que le bilan de la comparaison entre droits soit mitigé, la sanction la plus importante pour la holding de la résolution paraît bien sécurisée en droit anglais, car les termes et la réalité de notre contrat de gestion font du respect de la charte une véritable « condition » au sens du droit anglais. Elle peut également l'être en droit français moyennant une clause résolutoire respectant les

⁷⁷² RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1168.

⁷⁷³ Toutefois, les deux solutions du Code civil, avant et après sa réforme de 2016, sont économiquement proches.

⁷⁷⁴ Dans le cas contraire, la résolution est qualifiée de résiliation intervenant essentiellement pour les contrats à exécutions successives où les prestations ayant reçu une contrepartie ne sont pas restituées.

⁷⁷⁵ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 161-163.

modalités de son efficacité que nous venons d'indiquer⁷⁷⁶. Il faudrait maintenant faire le même travail de comparaison pour les sanctions par équivalent, même si celles-ci sont moins importantes dans notre cas que la sanction de la résolution que nous venons d'analyser.

B. Sanctions par équivalent

151. **Notion de l'exécution par équivalent réparatrice de l'inexécution.** Face à la préférence française de l'exécution forcée en nature, le juge anglais privilégie la solution de la réparation pécuniaire qu'il considère comme efficace non seulement sur le plan économique mais aussi sur le plan relationnel en forçant les parties à tourner la page rapidement car toute négligence de la mise en œuvre des jugements de réparation est sanctionnée pénalement⁷⁷⁷. Ce remède est d'une application large car même si le débiteur invoque la force majeure dite « *frustration* », l'inexécution de sa prestation sera considérée par le droit anglais comme une violation du contrat qui, en vertu de l'obligation de garantie, donnera lieu en principe à la mise en œuvre de l'indemnisation. Les jurisprudences « *White v Jones*⁷⁷⁸ » et « *Shipping Inc v Mercator Shipping*⁷⁷⁹ (*The Achilleas*) » définissent le préjudice réparable « *contractual liability* » qui est souvent désigné par son effet concret de réparation « *damages* ». Ces derniers sont des compensations pécuniaires « *pecuniary compensations* » dues à une violation du contrat « *breach* ». Cette solution de dommages-intérêts est cumulaire avec le remède de la résolution comme en droit français. Pour ce dernier, la réparation n'est pas la solution prioritaire et se place derrière l'exécution forcée tout en constituant quand même l'une des sanctions les plus courantes. Elle permet ainsi de compenser les préjudices subis par le créancier du fait de l'inexécution de l'obligation en adoptant, comme en droit anglais, le principe de rétablir ce créancier dans une situation la plus proche possible de celle qu'il aurait eu si le contrat avait été exécuté. De même, la responsabilité contractuelle luxembourgeoise peut ouvrir droit à des dommages-intérêts en complément à l'alternative de l'exécution forcée ou de la résolution, ou en substitution de ces deux remèdes s'ils s'avèrent impossibles. Cette réparation peut aussi être basée non pas sur l'inexécution d'une obligation contractuelle explicite mais sur une obligation implicite comme celle de la sécurité relevant souvent d'une autre responsabilité, dite « *délictuelle* », non cumulaire avec la responsabilité contractuelle⁷⁸⁰.

⁷⁷⁶ Voir § précédent.

⁷⁷⁷ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 151-152.

⁷⁷⁸ [1995], UKHL (United Kingdom House of Lords) 5, 2 A.C. (Appeal Cases "Third Series" Law Reports) 207.

⁷⁷⁹ [2008], UKHL (United Kingdom House of Lords) 48, [2008] 3 W.L.R. (Weekly Law Reports) 345.

⁷⁸⁰ ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 80.

152. **Identification des dommages réparables.** En droit anglais et outre la réparation du préjudice corporel, la réparation comprend les « *aggravated damages*⁷⁸¹ » du préjudice moral⁷⁸² qui viennent s'ajouter aux « *nominal damages* » du préjudice économique ou matériel usuel. Pour déterminer ce dernier, le juge peut considérer soit la situation initiale du créancier avant le contrat, soit la situation qu'il aurait eue si l'exécution avait eu lieu, comme dans le cas "Robinson v Harman"⁷⁸³ [1848], et ces deux intérêts « négatifs » et « positifs » ne peuvent se cumuler⁷⁸⁴. Dans cette typologie d'intérêts, la Common Law s'appuie souvent sur la doctrine de Fuller et Perdue⁷⁸⁵ qui classe les remèdes sanctionnant l'inexécution en « *restitution interest* », « *reliance interest* » et « *expectation interest* ». Les deux premiers correspondent au remboursement des dépenses du créancier, liées au contrat, payées respectivement au débiteur et aux tiers car le créancier peut engager des dépenses pour mettre en œuvre un contrat de substitution palliant l'inexécution du contrat initial. Quant au troisième, il correspond à l'indemnisation des pertes occasionnées et des gains manqués qui sont traditionnellement réparés symboliquement par le juge anglais⁷⁸⁶ mais dont la pertinence est reconsidérée par des nouveaux meneurs de doctrine qui le dénomme désormais « *performance interest* ». En effet, la possibilité d'indemnisation des gains manqués a progressé dans « Alfred McAlpine Construction Ltd v Panatown Ltd⁷⁸⁷ » et le cas « Linden Gardens Trusts Ltd v Lenesta Sludge Disposals Ltd⁷⁸⁸ » et a fini par gagner ses lettres de noblesse avec « Giedo van der Garde BV v Force India Formula One Team Ltd⁷⁸⁹ ». Outre la réparation de ces préjudices matériels et en se basant sur la notion de « *consumer surplus* », le droit anglais commençait depuis les années 70 à indemniser les préjudices moraux⁷⁹⁰ comme dans « Farley v Skinner⁷⁹¹ ». Cette jurisprudence sanctionne un expert, mandaté pour vérifier l'existence de troubles sonores dans l'environnement d'une propriété avant son achat, qui a failli à son obligation causant à

⁷⁸¹ Enrichis récemment par les « *vindictory damages* » relatifs aux préjudices à la réputation.

⁷⁸² Qui a fini par être admis dans "Parsons (Livestock) Ltd v Uttley Ingham & Co" [1978] , QB 791.

⁷⁸³ Reprise plus récemment dans « Ruxley Electronics & Construction Ltd v Forsyth », [1996] AC 344 House of Lords.

⁷⁸⁴ « Cullinane v British "Rema" manufacturing co. Ltd » [1957], 1 QB 292 : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 163-164 et 167.

⁷⁸⁵ L. L. FULLER, A. WILLIAM et R. PERDUE, « The Reliance interest in contract damages », *Yale law Journal*, États Unis, édition Vol. 46 n° 1, 3, 1936 1937, p. 52 (Part I), 373 (Part II).

⁷⁸⁶ « Chaplin v Hicks » [1911], 2 KB, 786 : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 166.

⁷⁸⁷ [2001] 1 A.C. 518 (HL), #587. Lord Millet, en faveur de l'indemnisation, considère que « au moins dans certains contrats, le droit à l'exécution a une valeur mesurable par le coût de son obtention d'une partie tierce ». Ce genre de coûts devrait être indemnisé, selon Lord Millet, conformément au consensus des auteurs de doctrine qui considèrent inappropriée l'approche restrictive de la loi anglaise dans ce domaine.

⁷⁸⁸ [1994] 1 A.C. 85 (HL), #96.

⁷⁸⁹ [2010] EWHC 2373 (QB).

⁷⁹⁰ « Jarvis v Swan Tours » [1973] QB 233 ; « Jackson v Horizon Holidays » [1975] 3 All ER 92 .

⁷⁹¹ [2001] UKHL 49.

l'acheteur un préjudice moral correspondant à la nuisance sonore. De plus en plus réceptif à l'indemnisation de ce préjudice moral, le droit anglais se rapproche de la pratique continentale soutenue par la jurisprudence européenne⁷⁹² et la pratique française⁷⁹³ qui considère que les dommages-intérêts, de natures économique⁷⁹⁴, morale⁷⁹⁵ ou corporelle⁷⁹⁶, peuvent se cumuler avec les autres sanctions. Le droit luxembourgeois suit également le droit français en considérant que la réparation doit couvrir à la fois la perte subie et le gain manqué avec l'objectif de rétablir le créancier dans la situation qu'il aurait eue si l'exécution avait eu lieu⁷⁹⁷. Ainsi, dans l'exemple précédent⁷⁹⁸ du contrat de vente d'une machine, les pertes subies, comme le paiement des pénalités aux clients non livrés, et les gains manqués, comme la perte de chiffre d'affaires, causés par la non livraison de la machine dans les conditions contractuelles formeront la substance de cette sanction. Plus généralement, la perte subie est la diminution du patrimoine causée par l'inexécution et le gain manqué est l'augmentation du patrimoine qui aurait dû avoir lieu si le contrat était exécuté⁷⁹⁹. L'indemnisation de ces deux dommages, préjudices « indirects » ou extrinsèques de l'inexécution, relève de la fonction de réparation alors que l'exécution forcée dont l'objet est « direct » relève de la fonction de paiement. À travers cette fonction de réparation et au même titre que le préjudice matériel, le droit français admet aussi l'indemnisation du préjudice moral consistant en la perte d'un bénéfice immatériel conféré par le contrat. Enfin, en l'absence de responsabilité contractuelle, la responsabilité délictuelle peut donner lieu à des dommages-intérêts au Luxembourg et des actions de réparation sont possibles sur la base des quasi-contrats, fondés sur les articles 1371 à 1381⁸⁰⁰ ou sur la jurisprudence pour l'enrichissement sans cause, selon le même régime qu'en France⁸⁰¹.

153. Encadrement légal de la réparation. La jurisprudence française exige que le préjudice soit relativement certain même s'il est futur comme la perte probable d'une chance qui est reconnue avec une valeur du préjudice tenant compte de sa probabilité. Le droit français exige également⁸⁰² que les niveaux de valorisation du préjudice soient prévus ou

⁷⁹² Cour des droits de l'Homme et CJUE.

⁷⁹³ JACQUEMIN, *op. cit.* (note 755), p. 236-242.

⁷⁹⁴ Perte subie et gain manqué conformément aux dispositions de l'article 1231-2 du Code Civil.

⁷⁹⁵ Confirmé par la jurisprudence : Cour de cassation, Chambres réunies, 25 juin 1833, S. 1833.1.458.

⁷⁹⁶ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 163-164.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 168.

⁷⁹⁸ Voir supra § 148.

⁷⁹⁹ Jean CARBONNIER, *Droit civil, volume IV, Les obligations*, France : Presses universitaires de France, 2000, 665 p., § 206.

⁸⁰⁰ Inchangés depuis l'adoption du Code civil français par le Luxembourg alors qu'en France, le relai a été repris par d'autres articles comme les articles 1300 à 1303-4 qui, outre la gestion d'affaires ou le paiement de l'indu, traitent de l'enrichissement sans cause qui ne figurait pas dans le Code Napoléon d'origine.

⁸⁰¹ ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 84-96.

⁸⁰² Article 1231-3.

raisonnablement prévisibles par les parties⁸⁰³. Dans ces conditions, le droit français admet la réparation intégrale tenant compte de la situation qu'aurait eue le créancier si le contrat avait été exécuté⁸⁰⁴ ce qui constitue une limite logique aux cumuls d'indemnisation des préjudices « positifs » et « négatifs »⁸⁰⁵. Une autre limite est que les dommages-intérêts punitifs ne sont admis en jurisprudence que dans le cas de l'exequatur d'un jugement étranger respectant l'ordre public international français qui n'accepte pas que de tels dommages soient disproportionnés par rapport à la valeur du préjudice⁸⁰⁶. Enfin et contrairement à la jurisprudence antérieure⁸⁰⁷, la Cour de cassation a introduit⁸⁰⁸ la limitation du dommage réparable en cas d'aggravation de ce dommage par la victime⁸⁰⁹. En outre, ce préjudice contractuel réparable doit être, comme l'a confirmé la Cour de cassation, prévisible, certain, personnel et légitime⁸¹⁰. Comme le droit français, le droit luxembourgeois n'admet que les préjudices dont les niveaux de valorisation sont prévus ou raisonnablement prévisibles par les parties⁸¹¹. En droit anglais, si le créancier a subi un préjudice, l'inexécution en elle-même suffira pour caractériser la faute du débiteur et le condamner aux dommages-intérêts mais le préjudice réparable sera limité si son aggravation a été causée par la victime qui n'a pas pris les mesures raisonnables réduisant son propre préjudice⁸¹². Ce droit exige la prévisibilité mais admet, à la rigueur, un préjudice normalement prévisible par le débiteur comme conséquence facilement déduite⁸¹³ et attendue selon l'usage⁸¹⁴ ou comme conséquence exprimée dans le contrat conformément aux principes explicités dans « Hadley v Baxendale⁸¹⁵ ». Par ailleurs, les gains manqués ne peuvent être indemnisés que dans la limite des gains normaux sans tenir compte des gains exceptionnels⁸¹⁶. Enfin et outre les

⁸⁰³ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 165-166.

⁸⁰⁴ Cassation, 2^{ème} chambre civile, 4 février 1982, JCP 1982.II.19984.

⁸⁰⁵ Article 1231-2 du Code civil : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 167.

⁸⁰⁶ *Ibid.*, p. 169 ; FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 277.

⁸⁰⁷ Cassation, 2^{ème} chambre civile, 23 juin 2003, JCP 2004.I.19.

⁸⁰⁸ Cassation, 1^{ère} chambre civile, 24 novembre 2011, D. 2012.141.

⁸⁰⁹ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 169.

⁸¹⁰ Cour de cassation, Chambre commerciale, 4 mars 1965, pourvoi n° 60-12767, Bull. n° 171 ; Cour de cassation, Chambre civile 1^{ère}, 6 décembre 1983, pourvoi n° 82-14898, Bull. civ. n° 287 : voir Zoé JACQUEMIN, Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, Gerhard Directeur de thèse DANNEMANN, Martine BEHAR-TOUCHAIS, Jean-Sébastien BORGHETTI, Reiner SCHULZE, Claude WITZ, HUMBOLDT-UNIVERSITÄT et droit européen ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT INTERNATIONAL, *Payer, réparer, punir. Etude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, Paris, France : [s.n.], 2015, p. 275.

⁸¹¹ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 166.

⁸¹² « Payzu v Saunders » [1919], 2 KB 581 : voir *Ibid.*, p. 170.

⁸¹³ Cependant, la prévisibilité de la conséquence spécifiquement n'est pas requise, seule la prévisibilité du type de la conséquence est exigée comme dans « C Czarnikow v Koufos (the Heron II) » [1969], 1 AC 350 : voir *Ibid.*, p. 166.

⁸¹⁴ Comme dans «The Achilleas Transfield Shipping Inc v Mercator Shipping Inc [2008] UKHL 48.

⁸¹⁵ [1854] 156 ER 145, 9 Ex 341

⁸¹⁶ «Victoria Laundry (Windsor) Ltd v Newman Industries Ltd» [1949] 2 KB 528.

limitations communes avec le droit français⁸¹⁷, la minimisation du dommage par le créancier selon le principe de « *mitigation* » et l'absence d'autres causes exogènes du préjudice sont aussi exigées⁸¹⁸. Dans la situation de cette thèse, le plus probable en cas de déclaration de contentieux avec le gestionnaire est que sa révocation⁸¹⁹ sera immédiate sans attendre l'issue de la procédure afin d'éviter toute violation supplémentaire de la charte de gestion de la holding et toute autre atteinte aux intérêts de cette dernière qui augmenteront son préjudice. Il importe alors de procéder rapidement et d'une façon optimale économiquement à la réparation de la violation de la charte commise tout en minimisant l'ampleur du préjudice qui fera alors l'objet d'une demande de réparation au besoin devant le juge.

154. Limites contractuelles de la réparation. Le principe de validité des clauses contractuelles limitatives ou exonératoires de la responsabilité connaît de multiples limitations en droit français⁸²⁰. Par respect à la bonne foi et à l'équité d'ordre public, ces clauses peuvent être annulées quand l'inexécution est relative à une obligation essentielle⁸²¹. Sur le fondement de l'article 1231-5 (ex 1152), le juge peut également intervenir même d'office sur les clauses de dédommagement forfaitaires⁸²² pour corriger le montant du forfait si celui-ci est dérisoire ou excessif au regard de la valeur du préjudice⁸²³. Malgré ce contrôle et contrairement à la fonction de paiement, la fonction de réparation compensatoire admet les limitations contractuelles du préjudice contractuel réparable ; ceci devrait se faire moyennant le respect de l'encadrement par la loi⁸²⁴ même si en pratique les forfaits sont « généralement supérieures au préjudice susceptible de se produire⁸²⁵ ». C'est dans ce sens que la Cour de cassation reconnaît la clause pénale dans sa forme forfaitaire⁸²⁶ alors qu'en matière de délit, elle n'admet pas le recours aux barèmes pour déterminer le préjudice moral⁸²⁷. Malgré cette forme de reconnaissance des clauses pénales, il est exclu de heurter frontalement, au-delà des quelques pratiques admises⁸²⁸, le principe réaffirmé par la Cour de cassation disant que les dommages-intérêts « doivent réparer le préjudice subi sans qu'il résulte pour elle [la victime] ni perte ni profit⁸²⁹ ».

⁸¹⁷ Les causes étrangères, la négligence du créancier et la certitude du préjudice pour la perte de chance.

⁸¹⁸ JACQUEMIN, *op. cit.* (note 755), p. 252-257.

⁸¹⁹ Voir la résolution du contrat de gestion en supra § 149.

⁸²⁰ Dans ces cas, la clause de limitation est réputée non écrite.

⁸²¹ Articles 1104 et 1170 du Code civil et Cass. com., 22 oct. 1996, D. 1997.

⁸²² Article 1231-5 du Code civil.

⁸²³ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 174.

⁸²⁴ Article 1150 du Code civil.

⁸²⁵ JACQUEMIN, *op. cit.* (note 755), p. 338-341.

⁸²⁶ Civ. 1ère, 10 oct. 1995, pourvoi n° 93-16869, Bull., 1995, I, p. 243 (n° 347) : voir *Ibid.*, p. 339.

⁸²⁷ Civ. 2ème, 22 nov. 2012, pourvoi n° 11-25988, RCA, 2013, n° 2 : voir *Ibid.*, p. 373.

⁸²⁸ En cas de dol du débiteur par exemple : voir *Ibid.*, p. 436.

⁸²⁹ Civ. 2ème, 8 juil. 2004, pourvoi n° 2-14854, Bull. civ., II, 2004, n° 393 : voir *Ibid.*, p. 379.

L'exception pour aller au-delà du préjudice est toutefois admise quand il s'agit de restitution de profits tirés par le débiteur de son délit car le juge trouve ici matière pour aller dans les dommages-intérêts au-delà de la réparation notamment dans le cas d'atteintes aux droits de la personnalité (honneur, réputation, vie privée, etc.). Dans de tels cas, la jurisprudence trouve que la punition est un bon moyen pour lutter contre la faute lucrative et l'enrichissement sans cause⁸³⁰ ce qui réhabilite la sanction au-delà du domaine restrictif de la réparation avec, parfois, une peine « semi-privée⁸³¹ » quand le profit restitué est partagé entre le créancier et l'État ou un organisme agréé⁸³². Similairement au droit français et après sa transposition du droit jurisprudentiel par la loi de 1987, le droit luxembourgeois prévoit la révision des clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires. En outre, ce droit reconnaît sous réserve de nombreuses exceptions les clauses de limitation et d'exclusion de la responsabilité contractuelle⁸³³. Encore plus restrictif, le droit anglais retient le principe que la punition des « *exemplary damages* » n'est pas admise⁸³⁴ et ce n'est que ponctuellement que ces dommages punitifs peuvent être accordés notamment au cas où le débiteur est motivé par le fait qu'il tire de son inexécution un profit supérieur aux dommages-intérêts de réparation strictement économique⁸³⁵. Cette application étroite fait qu'on ne peut condamner aux dommages punitifs un employeur pour comportement brutal et humiliant dans le licenciement illégal de son salarié⁸³⁶. Ainsi, l'impératif de sécurité juridique l'emporte face aux motivations des dommages punitifs qui sont la dissuasion du débiteur mal intentionné, l'apaisement de la victime et la sanction d'un comportement déloyal inapproprié⁸³⁷. Toutefois, dans certaines conditions, le droit anglais admet la restitution de profits « *account of profits* » tirés par le débiteur de son inexécution sans considérer, sur la forme, cette restitution comme une peine punitive ou « *exemplary damages* ». Les cas de « *Attorney General v Blake*⁸³⁸ » et de « *Esso Petroleum Co Ltd v Niad Ltd*⁸³⁹ » permettent de dégager les conditions communes à ces deux cas ayant permis la restitution. Il s'agit (i) du caractère inapproprié des dommages-intérêts compensatoires, (ii) du caractère

⁸³⁰ Selon le principe général du droit civil « nul ne peut s'enrichir au détriment d'autrui » : voir *Ibid.*, p. 502.

⁸³¹ Carval (S), « La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée », France, LGDJ, 1995, n° 277 : voir *Ibid.*, p. 501.

⁸³² TGI Nanterre, 1ère ch., sect. A, 20 oct. 1999, C. Grimaldi c/ Société Point de vue ; TGI Nanterre, 1ère ch., sect. A, 20 oct. 1999, C. Grimaldi c/ Société Hachette Filipacchi Associés : voir *Ibid.*, p. 448, 491-492 et 501.

⁸³³ ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 80.

⁸³⁴ Contrairement aux droits canadien et américain qui admettent les « *exemplary damages* », il y a donc divergence au sein de la famille de Common Law : voir JACQUEMIN, *op. cit.* (note 755), p. 436.

⁸³⁵ "Rookes v Barbard" [1964].

⁸³⁶ "Addis v Gramophone Company Ltd" [1929], AC 488.

⁸³⁷ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 168-169.

⁸³⁸ [2001] 1 AC 268.

⁸³⁹ [2001] EWHC 6 (Ch) et [2001] All ER (D) 324.

fondamental de l'obligation violée et (iii) d'un intérêt légitime du créancier à empêcher le débiteur de profiter de la violation⁸⁴⁰. Contrairement à ces restrictions dans les dommages punitifs, le droit anglais se montre plus flexible que le droit français dans l'acceptation des clauses contractuelles limitatives ou exonératoires de la responsabilité, y compris en cas d'inexécution d'une obligation essentielle⁸⁴¹ qui ne constitue pas nécessairement une restriction de ce genre de clauses⁸⁴². Seules subsistent les restrictions relatives à la méconnaissance par la victime de la clause⁸⁴³, surtout si celle-ci a un effet important⁸⁴⁴, ou à la négligence ayant causé un dommage corporel⁸⁴⁵. En somme, sauf si la clause est manifestement punitive par ses termes ou son montant du dommage forfaitaire, le droit anglais acceptera les clauses de sanction forfaitaire que le préjudice soit supérieur ou inférieur au forfait de réparation convenu⁸⁴⁶. Quelle que soit la dénomination de la clause dans le contrat, le juge anglais cherchera donc à établir si celle-ci a une portée dissuasive ce qui la requalifie en « penalty » sans effet dans les sanctions ou si elle est réellement une clause forfaitaire de réparation « *liquidated damages* » qui est tout-à-fait valable. Une latitude existe cependant pour le juge comme dans « *Philips Hong Kong Ltd v Attorney General of Hong Kong*⁸⁴⁷ ». Dans ce cas, Lord Woolf estime que sauf, peut-être, dans le cas de déséquilibre de force entre contractant, le montant de la clause forfaitaire n'est pas à remettre en cause par le juge si son montant n'est pas extravagant au regard de la fourchette d'évaluation du préjudice pouvant être raisonnablement anticipée à la conclusion du contrat⁸⁴⁸. Sur ces fondements et compte tenu de l'importance de l'enjeu économique de la holding, il serait mal indiqué de prévoir ce genre de clauses dans le contrat de sa gestion. Néanmoins, de telles clauses demeurent utiles dans des contrats de moindre importance conclus par la holding comme le suggère Couard⁸⁴⁹ moyennant le respect des dispositions restrictives d'ordre public que nous venons d'exposer⁸⁵⁰. En outre et comme nous le verrons en seconde partie, la conformité à la jurisprudence islamique interdit la réclamation de montants qui ne

⁸⁴⁰ JACQUEMIN, *op. cit.* (note 755), p. 457-459.

⁸⁴¹ "Karsales Ltd v Wallis" [1956], 1 WLR 936, All ER 866 ; "Photo Productions v Securicor Transp." [1980], AC 827.

⁸⁴² CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 171-172.

⁸⁴³ "Lacey's Footwear (Wholesale) Ltd v Bowler Insurance Ltd" [1997], 2 Lloyd's Rep. 369, 378.

⁸⁴⁴ "Interfolio Picture Library v Stilletton Visual Programmes Ltd" [1988], 1 All ER 348.

⁸⁴⁵ Unfair Contract Terms Act 1977.

⁸⁴⁶ « *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd* » [1915], AC 79 : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 173-174.

⁸⁴⁷ [1993] 61 BLR 41.

⁸⁴⁸ « *Clydebank Engineering Co v Don Jose Ramos Yzequierdo y Castenada* » [1905] AC 6 ; « *Public Works Commissioner v Hills* » [1906] AC 368 PC ; « *Dunlop Pneumatic Tyre Co v New Garage and Motor Co* » [1915] AC 79 ; « *Murray v Leisureplay plc* » [2005] IRLR 946 CA : voir JACQUEMIN, *op. cit.* (note 755), p. 341-342.

⁸⁴⁹ COUARD, *op. cit.* (note 140), p. 268-269.

⁸⁵⁰ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1170.

correspondent pas au préjudice réel sauf à les réclamer pour les verser aux œuvres de bienfaisance en cas d'enrichissement sans cause du débiteur de mauvaise foi.

155. Preuves en matière de réparation. En droit luxembourgeois comme en droit français, l'inexécution suffira à caractériser la faute quand il s'agit d'obligation de résultat. Autrement, le créancier devrait prouver que le débiteur n'a pas mis en œuvre les moyens à sa disposition pour exécuter son obligation à l'instar de la responsabilité civile extracontractuelle découlant, par exemple, des obligations précontractuelles comme la bonne foi lors des négociations. L'action sur le fondement de cette responsabilité dite « délictuelle » contre le débiteur suppose, comme en France, l'existence d'une faute⁸⁵¹ constituant le fait générateur, d'un lien de causalité et d'un dommage qui doit être licite, direct, personnel et certain même s'il s'agit d'une perte de chance. Enfin et depuis la réforme de 1987 de l'article 1146 alinéa 2 du Code civil, la mise en demeure pour faire courir les intérêts de retard, n'est pas toujours exigée au Luxembourg contrairement aux autres sanctions car elle peut être implicite dans le cas où le jour de l'exécution est déterminé dans le contrat⁸⁵² ; une disposition en principe sans portée ici. Sur les bases que nous venons de voir, cette sanction de réparation sera ordonnée par le juge si notre holding prouve que l'inexécution lui a causé un préjudice même moral à moins que le gestionnaire ne prouve que cette inexécution soit due à la holding-même, à une force majeure ou à un tiers⁸⁵³. Au terme de cette section, on peut retenir que si la holding pourrait contractualiser sa gestion conforme dans un contrat international bénéficiant de la liberté du choix de la loi applicable, le droit anglais serait probablement le plus indiqué. Compte tenu des règles islamiques, cette préférence se justifie moins au niveau des sanctions par équivalent que nous venons de voir, mais plus par la sécurité entourant la sanction de la résolution⁸⁵⁴ et par le respect plus strict des termes du contrat en cas d'imprévision⁸⁵⁵. Encore faut-il que le droit permette la liberté de choix de la loi gouvernant le contrat de gestion et c'est ce que nous allons voir maintenant.

⁸⁵¹ Article 1231-1.

⁸⁵² Directement ou par renvoi à une notification qui sera envoyée par l'une des parties : voir ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 78.

⁸⁵³ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », *op. cit.* (note 621), p. 1169.

⁸⁵⁴ Supra § 149. Même si le droit français paraît meilleur pour l'exception d'inexécution et l'exécution forcée : voir supra § 147-148.

⁸⁵⁵ Supra § 146.

Section 2. Droit spécial du contrat de gestion

156. **Intégration de la charte dans les statuts de la holding.** Aussi bien dans le chapitre introductif qu’au début de ce chapitre, nous avons indiqué que le régime de droit commun des contrats, dont l’étude comparée a fait l’objet de la précédente section, ne s’applique à la holding qu’en fonction du droit des sociétés. En effet, ce dernier exerce son influence même quand la contractualisation relève du droit commun qui n’est applicable qu’autant qu’il ne contredit pas les dispositions du droit spécial. Ce qui veut dire que le champ d’application du droit commun au contrat de gestion, notamment en ce qui concerne la loi gouvernant ce contrat, est déterminé par le droit des sociétés dont l’impact est étudié dans la présente section. Cependant et quel que soit le régime de cette contractualisation, il faudrait examiner l’opportunité de son incorporation aux statuts⁸⁵⁶. Ces derniers sont régis par la *lex societatis* de la holding retenue par l’investisseur en fonction de considérations non seulement personnelles mais également fiscales et juridiques analysées au chapitre 1 en recommandant le droit du Luxembourg. Sur cette base et sauf dispositions spéciales du droit luxembourgeois, l’intégration dans les statuts de la charte de gestion de la holding sera actée conformément aux règles du droit commun en termes de licéité et de respect de l’ordre public que nous venons d’étudier dans la précédente section. Or, le droit des sociétés luxembourgeois, agissant comme droit spécial, ne contredit pas la licéité de droit commun de la contractualisation du fait religieux en permettant son intégration dans les statuts comme elle le serait dans tout autre contrat. Toutefois, la stipulation expresse ne peut être vague comme il a été confirmé pour les statuts de congrégations françaises pour lesquels, seules sont admises les stipulations du droit canon explicites et directement interprétables ce qui exclut les stipulations générales du genre « dans le cadre des constitutions canoniques ». Ceci est la condition posée par le Conseil d’État pour agréer les statuts de ces congrégations demandant, dans le cadre de la loi 1901, leur reconnaissance par les autorités étatiques⁸⁵⁷. Dans le respect de cette condition, la licéité de cette « contractualisation statutaire » en droit public français pour les congrégations sera, a fortiori, applicable aux personnes morales privées de droit commun étudiées ici. Ainsi, ces dernières doivent pouvoir intégrer dans leurs statuts les règles de gestion conformes au droit religieux, en l’occurrence, la jurisprudence islamique dans le cas d’espèce. Cette licéité est d’autant plus vraie qu’il s’agit ici d’une holding soumise au droit luxembourgeois qui favorise

⁸⁵⁶ À moins que la discrétion ne soit requise par l’investisseur ce qui est peu probable.

⁸⁵⁷ COUARD, *op. cit.* (note 140), p. 325 ; RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV “religion et contrat” », *op. cit.* (note 621), p. 1157-1158.

le fondement contractuel des sociétés⁸⁵⁸. Simplement et pour être efficace, la stipulation doit être explicite, ce qui exclut une référence au Coran ou à la Charia qui sera sans portée juridique car elle sera considérée comme trop vague⁸⁵⁹. Ainsi, il serait indiqué de choisir comme référence contractuelle un « code » de droit regroupant d’une façon ordonnée les règles jurisprudentielles ayant force de droit islamique, compilées avec la même précision que les résumés des jurisprudences de la Common Law⁸⁶⁰. Du point de vue du droit du travail, la manifestation de l’identité religieuse étant requise par le régime dérogatoire de l’entreprise de tendance, cette intégration statutaire du contrat de gestion dont les dispositions pertinentes sont reprises dans le règlement intérieur de l’entreprise est une façon forte de remplir cette exigence par une formalisation collective⁸⁶¹. Bien évidemment, il faudrait veiller à ce que ce contrat de gestion ne puisse être modifié dans les annexes statutaires que par une résolution de l’assemblée des actionnaires avec une majorité qualifiée confortable cohérente avec le noyau dur du tour de table du capital de la holding. Ceci représente un avantage par rapport à une charte extrastatutaire dont la modification nécessite l’unanimité des associés⁸⁶², à moins que la charte extrastatutaire soit simplement adoptée par l’organe de gestion et non pas signée en tant que pacte d’actionnaires. Enfin, l’ordre public sociétaire qui dépend de la forme de la holding devrait probablement permettre l’incorporation dans les statuts de l’annexe du contrat de gestion, constituée par la charte, compte tenu de la force du fondement contractuel du droit des sociétés luxembourgeois et de la généralité des règles contenues dans cette charte⁸⁶³. En revanche, l’incorporation totale du contrat de gestion dans les statuts peut être problématique dans la SA pour certains aspects de personnalisation. En effet et à cause de ses dispositions impératives relatives à l’organe de gestion, la SA ne peut trop se rapprocher du fonctionnement d’une société de personnes et pourrait avoir besoin d’un pacte extrastatutaire pour intégrer complètement certaines règles de conformité, contrairement aux statuts de la SAS dont la détermination est plus libre. Ainsi et même si la SA luxembourgeoise dispose d’une flexibilité relative par rapport aux SA des autres pays et notamment françaises, seule la SAS offrirait une liberté contractuelle structurelle suffisante pour intégrer des règles personnalisées entre les actionnaires avec une valeur statutaire ce qui devrait nous inciter à choisir la SAS comme forme

⁸⁵⁸ Voir supra § 98.

⁸⁵⁹ RIASSETTO, « Titre 3 de la partie IV “religion et contrat” », *op. cit.* (note 621), p. 1158.

⁸⁶⁰ Pour cette thèse et comme nous l’avons suggéré en supra § 132 et 145, nous proposons le précis de Khalil tel que expliqué et annoté par des auteurs que nous identifierons en chapitre 2 du titre 2nd, infra § 364-365 et 369.

⁸⁶¹ Les statuts ou le règlement intérieur sont alors communiqués au salarié avant son embauche en constituant une condition de son contrat de travail : voir RIASSETTO, « Titre 4 de la partie IV “religion et travail” », *op. cit.* (note 697), p. 1217-1218, 1225-1226.

⁸⁶² Cour de cassation, chambre commerciale, 13 février 1996.

⁸⁶³ Voir supra 33 dans le chapitre Introductif et infra § 372, 398, 460 en seconde partie.

de notre holding. Cette incorporation statutaire est avantageuse car les statuts et le pacte d'actionnaires étant relativement autonomes l'un de l'autre, l'inconvénient que les règles du contrat de gestion soient uniquement extrastatutaires serait l'insécurité juridique découlant de l'éventuelle incompatibilité avec l'intérêt social⁸⁶⁴. Qu'une stipulation du contrat de gestion soit statutaire ou pas, les limitations qu'elle impose au gestionnaire ne seront pas opposables aux tiers de bonne foi⁸⁶⁵ mais la preuve de la mauvaise foi serait plus facile à établir, surtout en France, quand ces limitations annexées aux statuts sont publiées⁸⁶⁶.

157. Dépersonnalisation du pouvoir de gouvernance de la holding. Comme la holding est probablement appelée à brasser un capital important, dont l'ordre de grandeur avoisinerait le milliard d'euros, il serait sage d'éviter que le pouvoir dans une telle société soit trop personnalisé, sauf quand cela est réellement justifié. On pourrait donc songer à ce que le mandataire social soit chargé principalement de la représentation et que la gestion soit dans la limite du possible confiée contractuellement à une société de gestion ayant pignon sur rue, un recours souvent utilisé en finance islamique⁸⁶⁷. Outre cet aspect de gestion du risque économique et sur le plan de l'efficacité de la gouvernance d'une entreprise confessionnelle, il peut s'avérer nécessaire de rechercher une double compétence couvrant à la fois le métier de l'activité de spécialisation de la holding et la connaissance de la jurisprudence islamique. De telles compétences se trouveraient plus facilement dans une personnalité morale comme une société de gestion spécialisée qui serait plus à même de fournir de telles expertises grâce à son personnel de haut niveau. Tout en préservant l'intuitus personae pour la nomination de son représentant permanent, en tant que mandataire social ou gestionnaire externe, une telle personne morale gestionnaire offrirait également plus de facilité pour assurer la continuité en cas de changement de personnes⁸⁶⁸. Enfin et ceci est un argument de poids en faveur d'un gestionnaire externe, il peut s'avérer optimal juridiquement que la loi du contrat de gestion soit librement choisie dans une convention de management en échappant à l'imposition de la loi luxembourgeoise en tant que lex societatis applicable impérativement au mandat social⁸⁶⁹. Dans

⁸⁶⁴ Extrait du cours non publié du professeur Isabelle Corbisier.

⁸⁶⁵ Voir supra § 106, 116 et 161.

⁸⁶⁶ Contrairement au Luxembourg où la valeur juridique de la charte statutaire et celle de l'extrastatutaire sont équivalentes, comme en droit belge : voir Isabelle CORBISIER, « La société et ses associés », in *Droit des sociétés : les lois des 7 et 13 avril 1995*, Bruxelles, France : Bruylant, 1995, p. 156.

⁸⁶⁷ Appréciation retenue de mon échange avec des experts dans ce domaine comme le Professeur Dom.

⁸⁶⁸ Contrairement au cas du mandataire social personne physique dont le changement entraîne presque toujours un stress important pour la société.

⁸⁶⁹ D'une part, la convention et le règlement Rome 1 excluent de leur champ d'application les contrats relevant du droit des sociétés. D'autre part et même si le droit privé international ne fait pas obstacle à ce que les parties choisissent une loi applicable, l'ordre public empêche ce genre de clause d'avoir une quelconque portée, même devant une juridiction arbitrale comme j'ai pu le vérifier avec le professeur Kinsch. C'est dans cet ordre d'idées

ce domaine de la loi applicable, l'approche des fonds islamiques opérant en Europe pourrait être généralisée à toute holding. Pour ces fonds et « même si des préceptes religieux sont sous-jacents⁸⁷⁰ », il ne s'agit pas de soumettre leur contrat de gestion à la jurisprudence islamique⁸⁷¹ mais à un droit étatique européen⁸⁷², car les règles conformes à la jurisprudence islamique sont incorporées dans le contrat sans constituer une loi qui le gouverne. Ceci demeure vrai que ce droit applicable au contrat soit le droit du siège de la holding, dans le cas d'un mandat social (sous-section 1), ou d'un autre droit européen plus tolérant, dans le cas d'un mandat du droit commun ou d'une convention de management caractérisée par l'extranéité (sous-section 2). Cette dernière solution serait plus prometteuse car le choix de la loi applicable peut s'avérer déterminant pour notre sujet de contractualisation des règles de gestion. C'est pour cela qu'il importe de déceler dans ce droit spécial des sociétés les possibilités de répartition des missions de direction afin d'avoir un dirigeant interne, soumis au régime d'un mandat social, opérant en tandem avec un gestionnaire externe, soumis au régime d'une convention de management gouvernée par une loi plus sécurisante.

Sous-section 1. Régime du mandat social

158. Droit de contrôle du gestionnaire par l'actionnaire. Dans notre recherche du régime du contrat de gestion, le droit des sociétés applicable à la holding intervient comme un droit spécial qui peut imposer le régime du mandat social au contrat de gestion. Ce régime traduit avant tout les droits des actionnaires vis-à-vis du gestionnaire. Dans ce domaine, l'histoire récente nous montre qu'avec la dissociation entre actionnaire et gestionnaire actée par la séparation des organes sociaux, le droit d'information de l'actionnaire⁸⁷³ a progressé aux dépens de ses droits politiques et financiers qui sont devenus négociables dans le mouvement récent de « financiarisation⁸⁷⁴ » du droit des sociétés luxembourgeois. Cette exigence accrue de transparence s'est accompagnée d'un affaiblissement de la responsabilité des actionnaires en

qu'il faut comprendre la position de CJUE qui, tout en poussant à la reconnaissance mutuelle « article 54 du TFUE », a toujours considéré que « contrairement aux personnes physiques, les sociétés sont des entités créées par un ordre juridique national et n'ont d'existence qu'à travers la législation nationale qui en détermine la constitution et le fonctionnement » : voir MASSARD, *op. cit.* (note 257), p. 778.

⁸⁷⁰ RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers* in « *Les concepts émergents en droit des affaires* », *op. cit.* (note 452), p. 174-178.

⁸⁷¹ *Ibid.*, p. 163.

⁸⁷² Comme le droit luxembourgeois : voir RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 35.

⁸⁷³ Articles 461-6 (ainsi que 710-24 de la SARL) et 1400-3 de la LSC.

⁸⁷⁴ Laurent SCHUMMER et Stéphanie WEYDERT, « Le nouveau régime des titres ... ou le phénomène de financiarisation », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg), p. 167.

droit luxembourgeois avec le remplacement de la notion rodée « d'abus de droit⁸⁷⁵ » par la notion nouvelle « d'excès ou de détournement de pouvoir⁸⁷⁶ » qui semble plus difficile à prouver. C'est la combinaison de ce droit d'information accru et de cette obligation de responsabilité desserrée qui permet aux actionnaires d'exercer leur contrôle sur le gestionnaire qui ne peut, toutefois, être soumis à un contrôle continu et doit disposer d'une certaine autonomie pour protéger l'intérêt social contre certains intérêts concurrents⁸⁷⁷ de l'actionnaire. Toutefois et par rapport au droit français, le droit luxembourgeois est moins protecteur pour l'actionnaire minoritaire, ce qui ne devrait pas poser de problème à notre Holis qui dispose d'un tour de table de contrôle cohérent ; un tel droit pourrait même constituer un avantage pour les investisseurs en cas de présence de minoritaire gestionnaire. Toutefois et que ce soit dans l'article 1400-3 de la LSC luxembourgeoise ou dans l'article L. 225-231 du Code de commerce français⁸⁷⁸, il est intéressant de noter que le droit prévoit la possibilité d'un recours à « la désignation d'un ou plusieurs experts chargés de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion ». Même si la Holis est contrôlée majoritairement, ce principe d'expertise externe du droit des minoritaires conforte dans notre cas l'opportunité de prévoir dans le contrat de gestion une telle procédure pour s'assurer du respect du gestionnaire de l'intérêt social que représente la conformité de sa gestion à la charte statutaire qu'il s'est engagé à honorer. Cette responsabilité du gestionnaire peut, toutefois, subir les effets de la délégation de pouvoirs dans certaines conditions.

159. Caractérisation de la délégation usuelle de pouvoirs par rapport à la convention de management. La délégation usuelle se distingue de la substitution qui se caractérise par le remplacement du délégataire contractuel par un tiers sous-délégataire. Une telle substitution est invalide quand il s'agit d'un délégataire mandataire social, car le mandat social est *intuitu personae*. Cette invalidité devrait également s'appliquer quand il s'agit d'une substitution dans les faits sans que ce soit formellement une cession de contrat entre le délégataire mandataire social, qui se dégage de sa responsabilité de mandataire, et le tiers⁸⁷⁹. Ceci ne serait pas le cas lorsque le mandataire social dispose d'un pouvoir de sous-délégation qu'il utilise en faveur d'un tiers qui intervient dans la gestion sous la responsabilité dudit

⁸⁷⁵ Article 6-1 du Code civil luxembourgeois.

⁸⁷⁶ Article 100-22.3° de la LSC.

⁸⁷⁷ Car l'actionnaire dispose d'un droit-égoïste en plus du droit-fonction alors que le mandataire social ne dispose que d'un droit-fonction qui lui impose de respecter et de défendre exclusivement l'intérêt social : voir CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 38.

⁸⁷⁸ Pour une application de cet article dans le cas des fonds d'investissement à titre d'exemple, voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 306-307, § 580.

⁸⁷⁹ Comme j'ai pu le vérifier avec un éminent juriste luxembourgeois.

mandataire social. Pour la SAS par exemple, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale assumant les fonctions d'un mandataire purement statutaire ou d'un mandataire légal comme le président, le dirigeant dispose de larges pouvoirs de délégation et de subdélégation⁸⁸⁰ ; il en est de même des organes de gestion de la SA comme le conseil d'administration. Sans exonérer le délégant de sa responsabilité, une telle délégation se fait au profit d'un autre organe de la société ou d'un tiers par un mandat soumis au régime du droit commun car il ne peut donner au délégataire la qualité de mandataire social⁸⁸¹. Cette délégation usuelle se distingue également de la convention de management qui « résulte en pratique d'une volonté de transférer à autrui l'intégralité du pouvoir de gestion ou de représentation et d'opérer un véritable dessaisissement de pouvoir ». Un tel objectif ne peut être satisfait par la délégation usuelle de pouvoirs non seulement « parce qu'il ne saurait y avoir de délégation générale de pouvoirs mais aussi car le mécanisme touche à l'exercice du pouvoir, sans en transférer la titularité⁸⁸² ». Dans tous les cas et que ce soit dans une SA (A) pour l'accommodation uniquement du mandat Wakala ou dans une SAS (B) pour l'accommodation du mandat Wakala ou de la Commandite Moudaraba, la délégation des pouvoirs ne peut se faire pour les compétences que la loi attribut impérativement au mandataire social dont le régime spécial relève du droit des sociétés.

A. Monopole de la délégation usuelle dans une holding SA

160. Régime de l'administrateur. Au cas où la holding serait une SA luxembourgeoise, le régime de base du mandataire social est d'abord celui de l'administrateur, lequel peut également être pertinent pour la SAS, comme c'est le cas en France. Sur le plan purement légal, il n'y a pas de qualification particulière exigée pour un membre de conseil d'administration, d'un directoire ou d'un conseil de surveillance. Dans ces organes comme dans tout organe collégial, chaque membre n'a aucun pouvoir qu'il peut exercer seul ; il est donc illégal qu'une personne accapare la décision sans que les autres membres, rendus passifs, puissent prendre part aux délibérations et voter en leurs âme et conscience. L'organe de gestion a droit à l'erreur mais chacun de ses membres doit fournir des efforts pour une gestion « en bon père de famille » dans l'intérêt social en recourant, si possible, au conseil des spécialistes dans

⁸⁸⁰ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 209-210, § 330-331.

⁸⁸¹ SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 111.

⁸⁸² Laurent GODON, « Direction de SAS : validité d'une convention de management - régime des incompatibilités parlementaires », *Dalloz.fr | Revue des sociétés*, 2016. URL : <https://www-dalloz-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.

les domaines où il n'est pas compétent. Cet intérêt social est une notion variable qui peut tenir compte de l'intérêt de plusieurs parties prenantes mais en privilégiant, en conformité avec la loi et les statuts, l'intérêt des actionnaires qui peuvent toujours révoquer totalement ou partiellement l'organe de gestion de la SA même sans motif⁸⁸³. Les membres de l'organe de gestion de la SA⁸⁸⁴ et de la SAS assument la responsabilité de leur gestion qui relève de l'article 1382 du Code civil et de plusieurs articles de la LSC⁸⁸⁵ qui, même s'ils ne visent pas expressément le président et directeur de la SAS ou le délégué à la gestion journalière de la SA, leur sont applicables comme à tout autre organe de gestion de la SA⁸⁸⁶. Dans ce cadre et en cas de faute de gestion, l'action sociale peut s'exercer au nom de la société par tout actionnaire détenant au moins 10% du capital. Ces dirigeants assument également une responsabilité en cas de violation de la LSC, y compris de ses dispositions relatives aux comptes, ou des statuts par suite d'une action initiée par la société ou par un tiers à l'exclusion des actionnaires, administrateurs ou membres d'autres organes⁸⁸⁷ ayant voté le quitus en connaissance de cause. En somme et comme dans le mandat de droit commun, qui continue à s'appliquer⁸⁸⁸ en l'absence de contradiction avec le droit des sociétés, le mandataire social a une obligation de rendre compte à son mandant et ce dernier est tenu par le quitus qu'il donne en connaissance de cause. À titre d'exemple, en cas de faute relevant des conflits⁸⁸⁹ traités par les conventions réglementées, c'est l'instance de nomination qui déclenche l'action sociale : l'AG s'il s'agit de la faute d'un administrateur et le conseil s'il s'agit d'un membre du comité de direction⁸⁹⁰. En plus de ces responsabilités et outre la responsabilité délictuelle de droit commun ainsi que les amendes spécifiques⁸⁹¹, les dirigeants encourent l'action, par tout tiers intéressé, en comblement de passif en cas d'insolvabilité ou faillite ainsi que l'action pénale notamment en cas d'abus de biens sociaux. Cette action pénale peut s'étendre à la personne morale⁸⁹² dans certains cas

⁸⁸³ Article 441-1 de la LSC.

⁸⁸⁴ Avec quelques nuances, ces dispositions caractérisent également la responsabilité des autres organes de gestion de la SA comme le Directeur général ou les membres du comité de direction : voir SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 132-136.

⁸⁸⁵ Articles 441-9, 444-1 (avec les articles liés : 442-10, 442-16 et alinéa 3 du 443-2), 444-2, 500-6 et 1500-11 de la LSC.

⁸⁸⁶ SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 156.

⁸⁸⁷ Si le fautif n'est pas administrateur mais membre du comité de direction : voir *Ibid.*, p. 133.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, p. 151-152.

⁸⁸⁹ *Ibid.*, p. 142.

⁸⁹⁰ *Ibid.*, p. 131-133.

⁸⁹¹ Comme celle de la non-publication des comptes.

⁸⁹² Disposition applicable, par la loi luxembourgeoise du 3 mars 2010, à la personne morale pour certaines infractions, comme le blanchiment de capitaux, pour éviter que les personnes physiques fautives ne se protègent par l'écran de la personne morale. Ceci rajoute les peines de la personne morale (amendes, confiscation, exclusion des marchés publics ou dissolution) aux condamnations pécuniaires et privatives de libertés de la personne physique responsable pour les infractions graves comme la corruption : voir Jean-Louis SCHILTZ, « Les personnes morales désormais pénalement responsables », *Journal des tribunaux Luxembourg (JTL)*, 15 octobre

comme le défaut d'identification des bénéficiaires de tout versement effectué par la personne morale ; toutefois, la jurisprudence est moins sévère au Luxembourg qu'en France⁸⁹³. Ce régime de l'administrateur, qui agit collégalement, peut se cumuler ou subir l'impact du régime du mandataire social, qui agit individuellement.

161. Définition de fonction du mandataire social. Les limitations de pouvoirs des mandataires sociaux leur sont opposables en termes de responsabilité⁸⁹⁴ ; en revanche, vis-à-vis des tiers de bonne foi, ces limitations ne sont pas opposables. Comme pour les dépassements de l'objet social statutaire⁸⁹⁵, ces dispositions relatives aux mandataires sociaux sont également applicables à leurs organes subordonnés comme le comité de direction⁸⁹⁶ ou leur(s) adjoint(s) nommé(s) suivant la tradition belge comme délégué(s) à la gestion journalière⁸⁹⁷. Les pouvoirs des organes délégants et ceux de leurs organes subordonnés agissent en concurrence ce qui permet à l'organe délégant de continuer à exercer les pouvoirs qu'il a délégués⁸⁹⁸. Comme pour le conseil d'administration, le fonctionnement⁸⁹⁹ du comité de direction, un organe collégial qui lui est subordonné, peut être normalisé par les statuts ou l'organe hiérarchique. De même, la répartition des tâches entre ses membres peut être valablement décidée par le comité-même et c'est dans ce cadre, que le comité peut nommer un président ou des dirigeants assumant les fonctions anglo-saxonnes bien connues comme le CEO, président du comité, le COO, le CFO ou le CLO. Cette répartition des tâches ne peut cependant aboutir à ce qu'un membre du comité dispose de la totalité de la compétence de gestion du comité ; en revanche, un tel membre peut disposer de la totalité du pouvoir de représentation du comité⁹⁰⁰. Outre ces limitations, la question la plus importante qui se pose concerne le périmètre de la délégation de l'organe délégant à l'organe subordonné.

2010, p. 157-164 ; RIASSETTO, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *op. cit.* (note 170), p. 35-36.

⁸⁹³ De plus, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère depuis son arrêt du 25 novembre 2020 que la responsabilité pénale d'une société absorbée se transmet à la société absorbante : voir LALANCE ET PIETRANCOSTA, « Fusions-absorptions et transmission de la responsabilité pénale : revirement de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation pour les opérations réalisées à compter du 25 novembre 2020 », URL : <https://www.orricks.com/fr-FR/Insights/2020/12/Mergers-and-transfer-of-criminal-liability-November-2020>, consulté le 12 juin 2021.

⁸⁹⁴ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 249.

⁸⁹⁵ Articles 441-5, 441-13 et 442-9 de la LSC. Ainsi la mauvaise foi entraîne l'opposabilité, mais uniquement pour les limitations de l'objet social et les limitations légales de pouvoir : voir supra § 116.

⁸⁹⁶ Que ces limitations soient issues des statuts ou du Conseil d'administration : voir SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 126.

⁸⁹⁷ Le délégué à la gestion journalière peut être nommé en l'absence de mandataire social mais, dans tous les cas, il est usuel que son pouvoir d'engagement soit plafonné à un montant fixé par l'organe de nomination.

⁸⁹⁸ SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 126.

⁸⁹⁹ Quorum, majorité, etc.

⁹⁰⁰ SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 129-130.

162. Limitation générale de la délégation dans une SA. Dans le cas du conseil d'administration d'une SA, les actes réservés et la politique générale de la société ne peuvent être délégués ni à un comité de direction, ni à un directeur général⁹⁰¹, ni même à un administrateur délégué. Cette politique générale se comprend comme étant la définition des grands axes de la stratégie de la société qui, en s'inspirant de certains textes, comprendrait les décisions stratégiques comme l'adoption des budgets, des réformes importantes de structure ainsi que la détermination de la politique des relations avec les parties-prenantes importantes de la société. Comme pour le plafond d'engagement autorisé de la gestion journalière, c'est au juge de fixer au cas par cas ce qui relève de cette politique générale sans que les indications statutaires dans ce domaine ne soient opposables ni au juge ni au tiers selon le même régime que celui des limitations de pouvoirs. Quant aux actes légalement réservés au conseil d'administration, ou au directoire⁹⁰², dont aucun ne peut être délégué, la loi énumère certains comme ceux relatifs aux relations avec les actionnaires⁹⁰³, les actes du régime de fusion ou le transfert du siège à l'intérieur du pays entraînant la modification des statuts⁹⁰⁴. Dans ces limites légales et comme en termes de gestion, le conseil peut déléguer la mission de représentation à toute personne, organe de la société ou pas⁹⁰⁵. La loi permet que ces représentants délégués agissent seuls ou conjointement en rendant de telles clauses, après leurs publications, opposables aux tiers contrairement aux autres limitations, imposées par les statuts ou le conseil, dont l'opposabilité aux tiers n'est pas protégée par la loi⁹⁰⁶. Finalement et malgré ces quelques limites, ce domaine interne de la délégation usuelle ne devrait pas poser de problème si notre holding était une SA ; ce qui peut être problématique en revanche c'est la délégation externe.

163. Limitation de la délégation à un gestionnaire externe de la SA. Pour les conventions de management, l'interprétation des dispositions luxembourgeoises qui sont communes avec le droit belge et le droit français peut s'inspirer de ce dernier qui dispose de deux arrêts importants émis en 2010 et en 2012. Commentant l'arrêt de 2010, le professeur Dom rapporte que cet arrêt est relatif à une convention de direction dans une SA⁹⁰⁷ qui prévoyait

⁹⁰¹ *Ibid.*, p. 134.

⁹⁰² À propos de transfert de siège par exemple : voir *Ibid.*, p. 157.

⁹⁰³ L'augmentation de capital dans les limites autorisées, le rachat d'actions propres, le paiement d'acompte sur dividendes, la convocation de l'AG ou le rapport de gestion notamment en cas de pertes importantes ce qui nécessiterait en plus de la convocation de l'AG la mise à disposition d'un rapport spécial exposant les causes et justifiant les propositions en précisant, en cas de préconisation de la poursuite de l'activité, les mesures de redressement : voir *Ibid.*, p. 135, 158.

⁹⁰⁴ *Ibid.*, p. 123-125.

⁹⁰⁵ Que cet organe soit individuel, comme le directeur général, ou collégial, comme le comité de direction : voir *Ibid.*, p. 130.

⁹⁰⁶ Article 441-10 de la LSC.

⁹⁰⁷ Cour de cassation (com.) 14 septembre 2010, F-D, n° 09-16.084.

que la société de gestion, appartenant au directeur général de la SA, fournissait certaines prestations. Celles-ci sont « l'action commerciale, la gestion industrielle, la gestion des ressources humaines, la gestion administrative et financière, la stratégie générale et enfin une prestation de direction qui voit le directeur général de la seconde société anonyme mis à la disposition de cette même société ». Dans l'arrêt de 2012, il est question de « prestations de création et développement de filiales à l'étranger, d'organisation et (ou) de participation à des salons professionnels, de définition des stratégies de vente dans les différents pays visés et de recherche de nouveaux clients à l'étranger⁹⁰⁸ ». Dans les deux cas, les prestations reviennent à la mise à disposition du mandataire social que la cour considère comme un double emploi avec la fonction de directeur général de la SA ; c'est ce qui invalide la convention pour absence de cause en application du droit commun des contrats d'avant la réforme de 2016, sans faire appel au droit spécial des sociétés⁹⁰⁹. En outre et sur le fondement de ce dernier, la rémunération du directeur général étant impérativement déterminée par le conseil d'administration ne pouvait être fixée par une convention, même autorisée par ledit conseil, conformément au principe de spécialisation des organes de la SA⁹¹⁰. C'est donc seulement dans les situations où le prestataire externe apporte au mandataire social une expertise technique, qu'il n'a pas, que la convention devient valide car elle dispose alors d'une cause. Elle ne fait pas alors double emploi avec la fonction de mandataire social comme dans le cas traité par ces deux arrêts où la SA ne bénéficie d'aucun intérêt supplémentaire à ce qu'elle a déjà. En effet, les prestations externes dans ces arrêts se résument à ce que le directeur général se conseille lui-même sur des compétences qu'il est censé mettre à la disposition de la SA dans le cadre du mandat social dont les missions couvrent la consultation, l'autorisation, l'exécution et le contrôle⁹¹¹ ! Ces missions exclusives du directeur général de la SA ne sont pas des fonctions techniques mais, dans le langage de l'arrêt de 2012, des fonctions de décision, de stratégie et de représentation qui apparaissent alors comme des objets hors du commerce dont la violation entraîne la nullité absolue. Cependant et pour ne pas interdire toute délégation, ces missions exclusives sont caractérisées par leur participation à l'organisation du pouvoir dans la SA alors que les missions déléguables sont des prestations purement matérielles ; l'équivoque est alors levée quand il s'agit de délégataire interne dont la subordination est structurelle. Quant au délégataire externe, l'équivoque n'est

⁹⁰⁸ Cour de cassation, Chambre commerciale, 23 octobre 2012, n° 11-23.376.

⁹⁰⁹ Arnaud REYGROBELLET, « La fin des conventions de management ? », *Dalloz.fr | Revue des sociétés*, 2013. URL : <https://www-dalloz-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.

⁹¹⁰ À l'exception dans les sociétés cotées de certaines rémunérations perçues lors de la cessation de fonction ou après celle-ci : voir article L225-42-1 du Code de commerce.

⁹¹¹ DOM, *op. cit.* (note 625).

clairement levée que pour les mandats de représentation dans un acte juridique ponctuel ; en revanche et pour la délégation permanente, la clarté manque dans la définition du domaine non délégable dont le contour est tracé notamment par la jurisprudence du dirigeant salarié⁹¹². Usant de cette analogie, on pourrait retenir « que la société puisse transférer à un prestataire des fonctions techniques s'apparentant à celles qui pourraient être confiées à un salarié au sein de la société⁹¹³ ». Plus généralement, les prestations délégables seraient les « prestations requérant une compétence spécialisée (prestations techniques, financières, administratives, commerciales) et ne se superposant pas avec l'objet social » dont l'appréciation se fait au cas par cas par le juge ce qui induit une insécurité juridique réelle. Celle-ci ne pourrait être réduite dans le cas de cette thèse qu'en renonçant à annexer la charte aux statuts et aux résolutions de nomination des mandataires sociaux⁹¹⁴ ce qui serait un handicap majeur dans le montage de la holding confessionnelle dont il s'agit ici. Heureusement que dans la réception de ce mandat Wakala, ce choix de la forme de la SA n'est pas le seul possible car la SAS avec sa flexibilité contractuelle pourrait être considérée⁹¹⁵.

B. Ouverture des modes de délégation dans une holding SAS

164. Flexibilité des attributions du mandataire social de la SAS. Les devoirs généraux des dirigeants comprennent le respect de l'intérêt social ainsi que la discrétion, la surveillance et la vigilance dans la gestion conforme à cet intérêt. Il est souvent recommandé de préciser dans les statuts ou dans un règlement intérieur, utilement renforcé par une adhésion expresse, ces devoirs ainsi que d'autres obligations comme la diligence, la loyauté, l'impartialité, la bonne foi et même spécifiquement comme la non-concurrence ou l'exclusivité⁹¹⁶. Quand il s'agit d'une SAS et outre les dispositions partagées avec la SA que nous venons de mentionner dans le (A), la règle de la liberté d'organisation de la direction que

⁹¹² Comme le prouve la jurisprudence abondante et les multiples dispositions d'ordre public, beaucoup plus nombreuses (articles du Code de commerce français L. 225-22/-23/-79/-80) que dans le régime équivalent luxembourgeois qui est moins institutionnel : voir LUXEMBOURG DOCUMENT PARLEMENTAIRE, *op. cit.* (note 492), p. 221-230 annexe 2.

⁹¹³ REYGROBELLET, *op. cit.* (note 909).

⁹¹⁴ En effet, le périmètre de la mission de gestion du mandataire social non-déléguables sera limité si les statuts n'affichent pas la tendance religieuse de la société en annexant la charte de gestion conforme à la jurisprudence islamique. Dans une telle situation, une même personne peut intervenir en tant que mandataire social pour une partie de la mission de gestion et en tant que prestataire pour la partie spéciale de la mission de gestion faisant appel à la double expertise du métier et de la conformité ; c'est ce que j'ai pu vérifier avec le Professeur CONAC Pierre-Henri.

⁹¹⁵ Voir supra § 120 en chapitre 1.

⁹¹⁶ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 411-413, § 569.

nous avons signalée en chapitre 1 laisse une marge exceptionnelle à la définition de fonction du président. Outre son pouvoir légal de représentation, ce dernier peut être l'unique décideur comme le gérant d'une SARL ou simple exécutant avec une incompétence sur toutes les décisions de direction que les statuts attribuent à d'autres organes de direction. Ainsi et à moins que les statuts décident autrement, le président n'a aucun pouvoir hiérarchique sur ces éventuels autres organes de direction, comme le directeur général, qui agiraient alors en parallèle comme pour les cogérants d'une SARL. En plus et même en l'absence de dispositions statutaires, une restriction aux pouvoirs de gestion du mandataire social peut se faire par un pacte d'actionnaires extrastatutaire ou par simple délégation du mandataire social de la totalité de ses pouvoirs de gestion. Un autre paramètre à considérer est celui de la solution retenant une personne morale comme dirigeant, formule utilisée dans les groupes désignant une filiale comme dirigeant des sous holdings ayant la forme de SAS. Elle est utilisée également dans les montages ad hoc, comme les joint-ventures, où les associés désignent une personne indépendante qui doit diriger leur SAS sur la base d'une « feuille de route⁹¹⁷ » précise définie par les associés ce qui correspond au cas de cette thèse. De la même façon un groupe familial peut opter pour cette solution pour désigner comme dirigeant de ce groupe une société ayant les compétences adéquates et contrôlée par un membre éminent de la famille. Cette formule est, enfin, utilisée comme solution à l'impossibilité d'avoir des coprésidents dans une SAS en confiant la présidence de cette dernière à une personne morale qui a des cogérants qui peuvent séparément engager la SAS. Il convient de signaler que si cette liberté dans l'organisation de la direction de la SAS conduit en pratique les associés à dépasser leur pouvoir d'autorisation pour accaparer tout ou partie du pouvoir de décision de gestion, le juge fera supporter à ces associés la même responsabilité que celle du dirigeant. Il en est de même pour les tiers dont l'intervention dans la direction de la SAS est prévue par ses statuts s'ils dépassent le pouvoir d'un droit d'autorisation ou de veto ce qui soulève la problématique non seulement des conseils de surveillance mais également des conventions de management. Dans tous ces cas et en laissant de côté les considérations fiscales⁹¹⁸, la société prestataire détient valablement le pouvoir de décision et peut même détenir celui de la représentation sur la base d'une délégation de pouvoirs. Dans tous les cas et même sans aucun mandat et aucune convention, l'exercice effectif

⁹¹⁷ Pouvant avoir d'autres appellations comme « charte de gestion » ou « règlement intérieur ».

⁹¹⁸ Car la déductibilité des rémunérations versées à des parties liées (comme une société mère ou une société sœur), au titre de sa direction de la SAS sur la base d'une convention de prestation de services, demeurent toujours un sujet préoccupant surtout en France.

d'un pouvoir de direction pourra conduire à supporter la responsabilité de la gestion de fait⁹¹⁹. C'est cette même responsabilité qu'assume le mandataire social.

165. Responsabilité du mandataire social de la SAS luxembourgeoise. Outre la responsabilité du mandataire social découlant de la représentation exercée par lui-même ou par un tiers qu'il a désigné en vertu d'un mandat de droit commun, sa responsabilité vis-à-vis de la société dépend de la compétence de gestion que les statuts lui attribuent ce qui donne effet à toute limitation de pouvoir ou d'objet social. Autrement dit, le niveau de cette responsabilité, bien que fondée sur les dispositions relatives à l'organe de gestion de la SA comme en droit français⁹²⁰, découle des conditions statutaires dans lesquelles la société est dirigée⁹²¹. Bien évidemment, la responsabilité du mandataire social ne peut être réduite par ses propres délégations à des tiers assumant des missions relevant de sa compétence. De même, la responsabilité du mandataire social pour les actes qu'il signe demeure engagée même si la décision de gestion ne lui appartient pas, il ne peut alors que se soumettre ou se démettre en cas de désaccord avec le gestionnaire à moins de disposer d'un pouvoir de révocation sur ce gestionnaire. Comme pour la SAS française et par des dispositions proches du texte français⁹²², un tel mandataire social peut être une personne morale agissant à travers un représentant permanent tout en assumant une responsabilité solidaire avec son représentant correspondant à la responsabilité d'un administrateur ou d'un membre du directoire⁹²³. Quant aux organes sociaux purement statutaires, la loi reste muette quant à leur responsabilité⁹²⁴ ; ce serait donc aux statuts-mêmes de prévoir ce que serait la responsabilité des organes qu'elle crée à moins que d'autres dispositions légales générales ne s'appliquent. C'est dans ce cadre que nous allons détailler les responsabilités du mandataire social de la holding en faisant largement appel à la source d'inspiration de la SAS luxembourgeoise.

166. Responsabilité du mandataire social inspirée de la SAS française. La responsabilité du délégué à la gestion journalière de la SAS, qui n'existe pas en droit français, suivra le régime de ce délégataire dans la SARL luxembourgeoise qui relève du droit commun des mandats et non pas du droit du mandataire social. À l'exception de ce cas, le régime de responsabilité dans la SAS luxembourgeoise suit de près celui de la SAS française⁹²⁵ qui est le

⁹¹⁹ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 352-356, § 514-516.

⁹²⁰ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 249.

⁹²¹ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 67.

⁹²² PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 249.

⁹²³ SPANG, « Les organes de gestion », *op. cit.* (note 305), p. 142.

⁹²⁴ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 67.

⁹²⁵ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 428 et s, § 581.

même que celui de la SA conformément à l'art. L. 227-8 du Code de commerce. Ainsi et en matière civile, la faute de gestion est sanctionnée par la réparation du préjudice⁹²⁶ notamment pour l'irrespect des statuts car les limitations statutaires de pouvoirs du président de la SAS lui sont opposables⁹²⁷ ce qui ne sera pas le cas vis-à-vis des tiers comme pour le dépassement par le dirigeant de l'objet social⁹²⁸. L'action en responsabilité est engagée soit par la SAS soit par un ou plusieurs associés dans le délai de prescription de trois ans, à partir de la diffusion de l'information relative à la faute ou à partir de sa révélation en cas de dissimulation. Toutefois, les limitations de cette responsabilité par l'imprévision basées sur l'article 1231-3 (ex1150) du Code civil sembleraient pouvoir être élargies par la nature contractuelle de la SAS autorisant, par exemple, le plafonnement des dommages-intérêts découlant de cette responsabilité. Bien évidemment, la répartition par les statuts des pouvoirs de direction influera forcément sur la répartition de la responsabilité sans que ce soit une échappatoire⁹²⁹ dans tous les cas à la responsabilité du président⁹³⁰. Dans le domaine des sanctions relatives aux conventions réglementées et contrairement au régime de leur annulation qui ne suit pas celui de la SA⁹³¹, les sanctions de responsabilité pour violation des statuts et pour abus de biens sociaux demeurent, bien évidemment, largement applicables. Bien plus, même en cas de régularisation ultérieure par approbation des associés, la faute des dirigeants lors de l'octroi de la convention réglementée laisse ouverte l'action en responsabilité. Les statuts peuvent aussi compléter le champ légal étroit du commissaire aux comptes en demandant que son rapport spécial adresse d'autres conventions que celles spécifiées par la loi. La non présentation de ces conventions aux associés ou leur désapprobation, ne les privent pas de leurs effets notamment vis-à-vis des tiers mais permettent l'engagement d'une action en réparation contre la personne intéressée et éventuellement contre les dirigeants. Par ailleurs et sous peine de sanction pénale pouvant aller jusqu'à l'emprisonnement du dirigeant, ce dernier se doit de convoquer le commissaire aux comptes pour lui donner l'opportunité de participer aux décisions collectives mêmes celles faites par consultation écrite⁹³². Toujours sur ce terrain pénal, l'article L. 244-1 fait hériter la SAS des sanctions de la SA relatives à l'abus de bien sociaux ou de pouvoir et le défaut

⁹²⁶ *Ibid.*, p. 429, § 582.

⁹²⁷ *Ibid.*, p. 116, 431, § 173, § 584.

⁹²⁸ Toutefois, pour la validité de l'acte en dépassement avec le tiers, la bonne foi est exigée dans les limitations de l'objet social et non pas dans celles des pouvoirs de représentation (sauf pour les limitations légales de pouvoir) : voir *Ibid.*, p. 112, 375, 381, § 154, § 538 et s, 544 ; supra § 116.

⁹²⁹ Arrêt du Conseil d'État du 16/3/2006 à propos du président d'une SAS fournissant des services d'investissement dont l'un des salariés avait réalisé des opérations déloyales : voir *Ibid.*, p. 431-432, § 584.

⁹³⁰ *Ibid.*, p. 429-432, § 582-584.

⁹³¹ Voir supra § 119 en chapitre 1 notamment pour le cas de cautions et garanties accordées à un tiers.

⁹³² GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 487-488, § 663-665.

d'établissement des comptes ou de consultation des associés en cas de perte de plus de la moitié du capital. Cette dernière infraction est élargie par les articles L. 244-2 et L. 244-4 du Code de commerce en incriminant le dirigeant, ou dirigeant de fait, en cas de défaut de consultation des associés pour certaines questions de leur compétence exclusive⁹³³. Outre ce thème de responsabilité, le régime du mandataire de la holding SAS comprend également les dispositions de désignation.

167. Désignation du mandataire social de la SAS. Les conditions de la nomination et de la révocation des dirigeants de la SAS font partie de la liberté statutaire dont dispose la SAS, que ces dirigeants soient des organes légaux ou des organes créés purement et simplement par les statuts⁹³⁴. La SAS est donc libre de choisir selon ses statuts le régime « ad nutum » comme dans la SA ou celui du juste motif⁹³⁵ comme dans la SARL⁹³⁶ ; toutefois, dans tous les cas de révocation, il faut éviter l'abus sous peine de sanction⁹³⁷. En pratique, le statut des dirigeants⁹³⁸ de la SAS implique que la première nomination soit statutaire que ce soit pour le président ou pour les éventuels autres dirigeants prévus dans les statuts⁹³⁹. Par la suite, la procédure de nomination est fixée par les statuts ce qui rend possible la désignation par un tiers ou la dévolution par nomination du successeur en même temps que le titulaire ou même par voie héréditaire ou testamentaire. Utile pour notre holding pour mettre ses actionnaires en confiance dans les deux modes de gouvernance Wakala et Moudaraba, cette flexibilité de la SAS se trouve enrichie par la possibilité substantielle de délégation externe.

168. Extension de la délégation à un gestionnaire externe de la SAS. La flexibilité de la SAS en comparaison avec la SA s'étend à la délégation à un gestionnaire externe. En effet et face à l'incertitude juridique de la mise en place d'une convention de management dans une SA, « une autre façon de renforcer la sécurité de la convention pourrait être le recours à une société par actions simplifiée. La nature éminemment contractuelle de la société, l'absence de structuration légale de son architecture interne, la possibilité de définir statutairement les prérogatives des organes de gestion semblent autoriser une organisation plus libérale des pouvoirs et, donc, la mise en place de convention de management avec un tiers⁹⁴⁰ ». En effet, « dans la SAS, non seulement le président, représentant légal, peut être une personne

⁹³³ *Ibid.*, p. 103, 384 et 440, § 129-130, § 547 et 594 et 598 .

⁹³⁴ CORBISIER et PRÜM, *op. cit.* (note 237), p. 67.

⁹³⁵ Article 500-1 de la LSC.

⁹³⁶ Article 500-1 de la LSC : voir PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 249.

⁹³⁷ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 394-409, § 564-567.10.

⁹³⁸ *Ibid.*, p. 391 et s., § 560.

⁹³⁹ L'article L. 225-16 est, en effet, applicable en vertu de l'article L. 227-1 al. 3 : voir *Ibid.*, p. 131, § 207.

⁹⁴⁰ REYGROBELLET, *op. cit.* (note 909).

morale », les statuts peuvent prévoir qu'il soit « seulement investi d'un pouvoir de représentation ... Ainsi pourrait-on envisager qu'une éventuelle spécialisation des fonctions de direction permette à une même personne, dans les limites du conflit d'intérêts, d'intervenir à la fois au sein d'une société pour certaines missions et, en tant que conseil, depuis l'extérieur, pour d'autres⁹⁴¹ ». Cependant, la confection des statuts de la SAS dans ce cas est délicate compte tenu de l'arrêt d'appel de 2013⁹⁴² relatif à une société de gestion contrôlée par le directeur général de la SAS. Cet arrêt sanctionne une situation critiquable selon le professeur Le Cannu qui s'est interrogé : « pourquoi l'associé unique d'une SAS ne serait-il pas aussi son président, et son 'assistant' par le biais d'une société de gestion ? Peut-être qu'en étant suffisamment clair dans les statuts de la SAS, on parviendrait à faire sourire aussi les magistrats⁹⁴³ ». Notons simplement que la fraude ne pouvant être présumée, la cour d'appel a invalidé la convention pour les mêmes raisons qu'elle le ferait dans une SA. Parlant de la description de la prestation externe, la cour a indiqué que « cette description permet de constater que l'ensemble de ces missions constitue une délégation d'une partie des fonctions de décisions, de définition des stratégies, de gestion et de représentation qui incombent au directeur général d'une société ». C'est la stipulation dans les statuts de la fonction légale et implicitement « interne » de directeur général qui a probablement rendu la convention de management invalide, la question se pose alors si les statuts prévoyaient un gestionnaire externe assurant cette fonction de directeur général ou ne prévoyait rien pour cette fonction. Sur ce terrain intéressant pour cette thèse, la Cour de cassation a apporté en 2015 un éclairage précieux en affirmant, à propos de la jurisprudence précitée relative à la SA, que « cette jurisprudence n'était pas applicable aux conventions conclues par une société par actions simplifiée⁹⁴⁴ ». C'est clair et net, la SAS n'est pas soumise à l'étendue impérative de la fonction du mandataire social de la SA dont les missions couvrent la consultation, l'autorisation, l'exécution et le contrôle⁹⁴⁵. Elle n'est soumise dans ce domaine qu'à l'obligation de ne pas dénaturer les stipulations statutaires ou les dispositions légales notamment celles de représentation du président, comme l'ajoute Laurent Godon en retenant la cohérence avec la jurisprudence de la SA⁹⁴⁶. En effet, l'ordre public

⁹⁴¹ DOM, *op. cit.* (note 625) ; Cependant cette voie que le mandataire social soit également dirigeant prestataire externe est délicate à mettre en œuvre car il est interdit que le dirigeant exerce la même fonction à deux titres différents : voir GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 355, § 515.

⁹⁴² CA Paris, P. 5 ch. 5, 4 juill. 2013.

⁹⁴³ Paul LE CANNU, « Un cumul sans réglementation spéciale : directeur général et convention de gestion avec une société qu'il contrôle », *Lextenso.fr | Bulletin Joly Sociétés*, 1 avril 2014. URL : <https://www-lextenso-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.

⁹⁴⁴ JURISPRUDENCE FRANÇAISE, « Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 Novembre 2015 - n° 14-19.685 - Lexis 360® », 24 novembre 2015. URL : <http://www.lexis360.fr>. Consulté le 3 mars 2019.

⁹⁴⁵ Voir supra § 163.

⁹⁴⁶ GODON, *op. cit.* (note 882).

institutionnel appliqué à la SAS est refoulé en faveur de la liberté contractuelle des statuts à un point que le mandataire social peut uniquement avoir le pouvoir de représentation⁹⁴⁷ sans aucun pouvoir de gestion. L'importance de cette flexibilité supplémentaire de la SAS est telle que nous sommes incités à étudier sa portée plus en détail afin de voir dans quelle mesure le régime de notre contrat de gestion de la holding peut être celui d'une convention de management.

169. Portée pour la SAS française de l'arrêt précité de 2015⁹⁴⁸. Pour la doctrine⁹⁴⁹, cet arrêt non publié au bulletin serait d'une importance relative sans effet sur la jurisprudence 2010 et 2012 de la SA. En effet, la remise en cause de cette dernière ne peut être déduite de cet arrêt de 2015 mais pourrait venir de la disparition de la « cause » dans le droit des contrats depuis 2016⁹⁵⁰ à moins d'user du nouvel article 1169 qui n'admet pas la contrepartie dérisoire⁹⁵¹. Néanmoins et contrairement à cette jurisprudence de la SA, on est porté à croire que cet arrêt 2015 relatif à la SAS ne concerne pas un cas de fraude où le directeur général de la SAS a des intérêts dans la société de gestion. Dans un tel cas suspect, l'unique motif de cette société de gestion serait de doubler la rémunération de ce directeur général en lui permettant de devenir « conseiller à lui-même⁹⁵² » sans aucun autre apport externe de compétence dont la société a besoin et dont elle ne dispose pas. Dans cet arrêt, il s'agit donc d'un apport réel de compétence de gestion à la SAS signataire d'une convention de management⁹⁵³ assez fréquente pour cette forme de société comme l'estime le professeur Le

⁹⁴⁷ Qui demeure son monopole qu'il peut cependant déléguer au prestataire externe de direction. Une telle délégation survivra en cas de départ du mandataire social déléguant jusqu'au terme prévu si elle est à durée déterminée ou jusqu'à sa révocation si elle est de durée indéterminée. Toutefois cette délégation ne peut englober tous les pouvoirs du délégant : voir GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 305), p. 355 et 389-390, § 515 et 552-554.

⁹⁴⁸ JURISPRUDENCE FRANÇAISE, *op. cit.* (note 944).

⁹⁴⁹ Qualifiée probablement d'institutionnaliste !

⁹⁵⁰ Paul LE CANNU, « Convention de gestion et SAS », *Lextenso.fr | Bulletin Joly Sociétés*, 1 mars 2016. URL : <https://www.lextenso-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.

⁹⁵¹ En effet, cet article s'appliquera de la même façon que l'absence de cause en cas de prestations faisant double emploi : voir GODON, *op. cit.* (note 882).

⁹⁵² Comme dans les cas des jurisprudences de 2010 et de 2012 de la SA : voir Bruno DONDERO, « SAS - Le directeur général de SAS : mandataire social ou prestataire de services ? », *Lexis 360® | La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 14 janvier 2016. URL : <http://www.lexis360.fr>. Consulté le 12 mars 2019.

⁹⁵³ Le 31 décembre 2007, une SAS dénommée Tri environnement recyclage (la société TER) avait conclu avec une autre société dénommée Regards une « convention de prestation de service » d'une durée de 24 mois, couvrant les années 2008 et 2009. Le 31 décembre 2009, un avenant était signé par les deux sociétés, qui portait à quatre ans, soit jusqu'au 31 décembre 2013, la durée de cette convention, et stipulait qu'en cas de rupture avant ce terme par la société TER, celle-ci verserait à la société Regards l'équivalent d'une année de rémunération. Par la suite, les deux sociétés concluaient une seconde convention, dénommée « convention de mandat social », qui voyait TER confier à Regards sa direction générale. Cette convention ne prévoyait le versement d'aucune indemnité en cas de rupture anticipée, et elle comportait un ajout manuscrit, paraphé par les parties, mentionnant qu'elle annulait et remplaçait tout autre avenant ou contrat. Dans la foulée, une assemblée générale de la société TER, en date du 14 février 2011, nommait la société Regards aux fonctions de vice-président de la société TER. Très peu de temps après, à savoir le 28 mars 2011, les relations entre les deux sociétés prenaient fin. La société TER refusait alors de payer l'indemnité prévue par la convention de prestation de services, motif tiré de

Cannu qui considère que, malgré la critique de cet arrêt, « les conventions de gestion peuvent être vues sous un jour plus favorable lorsque c'est une SAS qui se fait gérer⁹⁵⁴ ». Ceci est d'autant plus vrai que la critique en question ne porte pas sur le fond, car rien n'exclut la gestion externalisée de la SAS, mais sur la forme. En effet, l'arrêt retient « c'est sans dénaturer ces statuts que la cour d'appel a retenu qu'ils ne faisaient pas obstacle à ce que la société confie sa direction générale à une société tierce par la voie d'une convention de prestation de services ». Or les statuts en question ne comportaient pas une stipulation expresse instaurant une telle gestion externalisée ce qui serait contraire à la disposition de la loi disant que « les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée⁹⁵⁵ ». La réponse de la Cour à cette critique pourrait s'exprimer ainsi : « parce que les statuts de la SAS ... ne prévoyaient que la désignation d'un président et d'un vice-président⁹⁵⁶ » sans encadrer la fonction de directeur général, « il n'était pas interdit à cette société de confier sa direction générale à un tiers par voie conventionnelle » qui « se trouve nommé ... directeur général ». Donc, « si l'on se trouve en présence d'un directeur général constitué par voie de convention, dans le silence des statuts, il faut penser que ce directeur général n'a plus la qualité de représentant légal, mais celle d'un organe conventionnel de la SAS⁹⁵⁷ » dont le régime est celui du droit commun et non pas celui du droit des sociétés régissant le régime interne du mandataire social⁹⁵⁸. Cette situation est donc différente de celles relevant du régime de délégation interne, car « ce n'est pas parce que le contenu des statuts est librement déterminé en matière de direction de la société que les décisions prises en application de ces statuts sont elles-mêmes des contrats. ... Problématique très proche de celle que l'on connaît en matière de SARL et de SA, où le caractère non contractuel est régulièrement affirmé par la Cour de cassation, sauf dans quelques cas très exceptionnels⁹⁵⁹ ». En revanche et comme le confirme le professeur Le Cannu, les statuts peuvent soumettre la rémunération même de son président au régime conventionnel dans le cadre de l'article L. 227-10 relatif aux conventions réglementées⁹⁶⁰. Cet ensemble d'effets de l'arrêt sur la SAS française devrait entraîner une conséquence sur la SAS luxembourgeoise caractérisant notre holding.

l'avenant signé par les parties, et elle invoquait la nullité des conventions plaçant qu'elles étaient dépourvues de cause : voir *Ibid.*

⁹⁵⁴ LE CANNU, « Convention de gestion et SAS », *op. cit.* (note 950).

⁹⁵⁵ Article L. 227-5 du Code de commerce.

⁹⁵⁶ DONDERO, *op. cit.* (note 952).

⁹⁵⁷ *Ibid.* ; Voir également GODON, *op. cit.* (note 882).

⁹⁵⁸ GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 388-391, § 551-557.

⁹⁵⁹ Paul LE CANNU, « Rémunération du président et conventions réglementées », *Dalloz.fr | RTD Com.SAS.*, 2015. URL : <https://www-dalloz-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 24 mai 2019.

⁹⁶⁰ *Ibid.*

170. Conséquence de l'arrêt français de 2015 pour la SAS luxembourgeoise.

Dans le cas de la SAS et comme l'affirme le professeur Prüm en adoptant l'appréciation du professeur Didier, « l'alignement précis des règles consacrées à la gouvernance de la SAS luxembourgeoise sur le modèle français la fait bénéficier du même niveau de flexibilité tant dans l'architecture de sa gouvernance qu'au niveau des mandats sociaux qui la mettent en œuvre⁹⁶¹ ». Ce qui veut dire que la SAS en droit luxembourgeois étant une inspiration directe du droit français sans passer par le droit belge, la jurisprudence française devrait s'appliquer au Luxembourg. Or, l'interprétation du régime français par la jurisprudence conduit à la validité des conventions de management même dans le cas où le mandataire social d'une SAS serait également détenteur d'un mandat spécial ou d'un contrat de prestation de services avec des missions relevant de la direction générale de la SAS. Il faudrait simplement éviter le "double emploi" avec les missions du mandat social telles que définies par les statuts et respecter les formalités de conflits d'intérêts en recourant à l'approbation de la convention réglementée par l'assemblée⁹⁶². Une telle convention devrait alors rentrer dans le champ de la convention internationale et du règlement Rome 1, permettant aux parties le choix de la loi qui lui est applicable⁹⁶³. C'est sur la base de tout ce qui précède, montrant d'autres distinctions de la SAS luxembourgeoise, que nous allons finaliser le choix de la forme de la holding Wakala, dont le choix est resté partagé entre la SA et la SAS, et déterminer le régime du contrat de gestion.

171. Détermination de la forme et du régime de l'accommodation de la conformité. Bien que ce soit moins net que dans le choix du droit de domiciliation que nous avons traité en chapitre 1 en optant pour le droit luxembourgeois, l'analyse que nous venons de développer jusqu'ici dans cette section montre qu'en termes de forme retenue pour la holding, la SAS déjà préférée pour la commandite Moudaraba⁹⁶⁴ est également préférée pour le mandat Wakala. Non seulement la SAS permet plus facilement d'intégrer les termes du contrat de gestion et de sa charte dans les statuts⁹⁶⁵, mais également elle ouvre la possibilité de confier contractuellement sa gestion à un prestataire externe⁹⁶⁶. Cette gestion de la holding SAS sera alors assurée par une société de gestion signataire d'une convention de direction avec la holding. Le statut de droit commun de cette convention rajoute alors, à notre montage d'accommodation, un degré de liberté supplémentaire relatif au droit applicable au contrat de

⁹⁶¹ PRÜM, *op. cit.* (note 203), p. 249.

⁹⁶² Un raisonnement que j'ai pu confirmer avec un éminent juriste luxembourgeois.

⁹⁶³ Comme j'ai pu le confirmer avec les professeurs Cuniberti et Kinsch.

⁹⁶⁴ Voir supra § 120 en chapitre 1.

⁹⁶⁵ Supra § 156.

⁹⁶⁶ Supra § 170.

gestion. Ce choix de la SAS peut alors paraître comme le moyen unique pour les travaux d'accommodation de cette thèse dans les deux cas des contrats islamiques de gestion ; ce qui est vrai mais seulement sur le plan de la forme car sur le fond, l'organisation statutaire de la direction de la holding dans les deux cas est fondamentalement différente. Dans le mandat Wakala, le gestionnaire est révocable ad nutum avec une implication des actionnaires non seulement à travers un organe statutaire de gestion collégiale mais également par l'intervention de l'assemblée des actionnaires pour autoriser certaines décisions de gestion. En revanche, dans la commandite Moudaraba, ce gestionnaire est révocable pour juste motif sans immixtion des actionnaires qui ne peuvent qu'exercer un rôle de contrôle à travers les audits périodiques et les prérogatives d'un conseil de surveillance prévu également par les statuts. Cependant et dans les deux cas, le contrat islamique de gestion pourrait être traduit par un mandat social reprenant, grâce à la liberté contractuelle du droit des sociétés de la SAS, les règles de gestion conformes à la jurisprudence islamique. En plus et d'une façon probablement cumulative, ce contrat islamique de gestion pourrait être traduit également par une convention de management dont le régime, que nous développons ci-après, permettrait de profiter de la liberté du choix de la loi applicable en présence d'extranéité.

Sous-section 2. Régime de la convention de management

172. Définition de la convention de management. En respectant la latitude permise par le droit des sociétés, la traduction des contrats islamiques de gestion de la holding pourrait se faire par une convention de management qui, comme nous l'avons indiqué⁹⁶⁷, ne traduit pas des obligations morales sans effets juridiques. Au contraire, cette dernière est un contrat de prestation de services couvrant des missions de gestion voire de représentation⁹⁶⁸, dont le régime de droit commun relève du contrat d'entreprise et/ou du mandat⁹⁶⁹. Pour la Cour de cassation et pour le genre d'objet que nous préconisons pour cette thèse, cette convention sera dans tous les cas une délégation de pouvoir⁹⁷⁰. Convention innomée, connue sous le nom de « convention de management » ou « convention de direction », le contenu d'une telle convention varie en fonction de « la contractualisation de la gouvernance d'une société ou d'un groupe de sociétés⁹⁷¹ » comme l'organisation des relations entre la holding et son directeur

⁹⁶⁷ Voir supra § 130.

⁹⁶⁸ GODON, *op. cit.* (note 882).

⁹⁶⁹ DONDERO, *op. cit.* (note 952).

⁹⁷⁰ REYGROBELLET, *op. cit.* (note 909), p. §1. Cette délégation devrait toutefois se limiter à la gestion sans s'étendre à la représentation.

⁹⁷¹ DOM, *op. cit.* (note 625).

général. « Dans les groupes de taille importante, la convention de management permet généralement d'assurer la direction opérationnelle des affaires de l'entreprise tout en facilitant le contrôle interne⁹⁷² ». Il s'agit alors d'une convention de « *management fees* » permettant d'aller au-delà de l'organisation juridique d'un groupe ou d'anticiper une telle organisation en contractualisant un mode de gestion correspondant à la réalité économique de ce groupe. Par ailleurs, ce moyen permet la bonne gestion de certaines activités, souvent issue d'une croissance externe, que les filiales n'ont pas les moyens techniques de les gérer. C'est en cohérence avec cette définition que les besoins spécifiques de la contractualisation de la gestion de notre holding peuvent emprunter ce moyen de la convention de management.

173. Convention de management de la holding. La convention de management fees est le premier des deux types de conventions de management, identifiées dans la pratique française, qui lie chaque filiale à une entité prestataire de service de gestion à l'intérieur du groupe : la holding, une société sœur ou un GIE. Quant au second type qui serait très intéressant pour cette thèse, il correspond aux conventions de direction entre une filiale du groupe et une société de gestion indépendante du groupe qui serait prestataire d'un service nécessitant en toute logique une compétence particulière dont le groupe ne dispose pas⁹⁷³. Dans ce dernier type, la société de gestion agissant comme dirigeant de la filiale est alors une tierce personne par rapport au groupe comme dans le cas usuel de la convention de management d'un hôtel dont la société propriétaire ne dispose pas en interne des compétences pour le gérer⁹⁷⁴. D'une façon similaire et afin de profiter de la synergie au sein d'un secteur donné, chacune des filiales de la Holis pourrait conclure une convention de management avec un gestionnaire apte à gérer son entreprise, que celle-ci appartienne au secteur hôtelier ou à un autre secteur. En plus des filiales, la Holis elle-même pourrait également envisager la possibilité de conclure avec un tiers un contrat de management pour sa gestion ou simplement un mandat spécial de droit commun afin d'exercer en son nom et pour son compte ses prérogatives d'actionnaire au sein des organes des filiales qui lui appartiennent. C'est la solution que pourrait adopter la Holis Wakala en donnant tout pouvoir au mandataire prestataire pour la représenter dans les assemblées et organes de directions de ses filiales porteuses de ces entreprises et dont les titres de capital forment son portefeuille de participations. Ce dernier étant administré sous la supervision de ce prestataire en interne ou en externe, selon la décision du conseil d'administration de la Holis. S'agissant

⁹⁷² *Ibid.*

⁹⁷³ Une classification confirmée par nos échanges avec le Professeur Dom en 2019.

⁹⁷⁴ Sylvain MARCHAND, *Recueil de contrats commerciaux : modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse*, Bâle : Helbing Lichtenhahn, 2013, p. 464 et s.

d'un mandat spécial, ce gestionnaire ne dispose pas du pouvoir d'acquisition de nouvelles entreprises ni de cession des entreprises existantes mais il peut disposer du pouvoir pour négocier ces opérations de « M&A » avec les tiers dans le cadre de la politique fixée par le conseil d'administration de la Holis. Le contenu de ce mandat de droit commun serait repris dans la mesure du possible par les statuts et autres outils de droit des sociétés applicables à la Holis afin de parfaire le caractère obligatoire de la conformité à la jurisprudence islamique des règles de gestion que ce soit par le mandataire social pour sa mission légale non délégable ou le mandataire spécial dans sa mission contractuelle de gestion. Pour une Holis Moudaraba, ces deux mandataires peuvent être la même personne moyennant la non confusion de la mission légale du mandataire social avec sa mission contractuelle⁹⁷⁵. En effet, l'organe de direction de la SAS holding ou ses statuts ont la faculté de déléguer sa propre gestion, par opposition à celle de ses filiales, à un directeur général personne morale qui peut être, en fait, la société de gestion détentrice du mandat spécial de gestion des filiales d'exploitation, la mission du gestionnaire Moudarib devient alors exclusive sans immixtion de l'actionnaire. En revanche pour une Holis Wakala et que la société de gestion soit mandataire social ou pas, l'investisseur participe aux décisions importantes de gestion, notamment celles relatives à l'acquisition des entreprises d'exploitation et à leurs cessions totales ou partielles, à travers le conseil d'administration ou de surveillance dont l'approbation préalable est requise pour ces décisions. Dans tous les cas, le régime de la convention de management conclue par la Holis ou l'une de ses filiales dépend de sa gouvernance du contentieux qui détermine la loi applicable et la juridiction compétente (A) et de sa mise en œuvre qui précise sa vie du début à la fin (B).

A. Gouvernance du contentieux de la convention

174. **Juridiction compétente.** La gouvernance du contentieux est une question cruciale dans la détermination du régime de la convention de management de la holding. Nous traiterons cette question cruciale en commençant par l'une de ces deux principales problématiques qui correspond au choix de la juridiction compétente. En effet, la liberté de la loi applicable à la convention de management s'accompagne, conformément aux dispositions du règlement⁹⁷⁶ CE Bruxelles I d'une liberté du choix de la juridiction qui, en pratique, est soit la juridiction publique de l'État de la loi applicable⁹⁷⁷, soit la juridiction privée d'un tribunal

⁹⁷⁵ DOM, *op. cit.* (note 625) ; LE CANNU, « Un cumul sans réglementation spéciale : directeur général et convention de gestion avec une société qu'il contrôle », *op. cit.* (note 943) ; REYGROBELLET, *op. cit.* (note 909).

⁹⁷⁶ CE 44/2001 du 22 déc. 2000

⁹⁷⁷ Ce qui sera plus efficace car le juge n'aura pas besoin de faire appel à des expertises contradictoires afin d'apprécier le droit étranger.

arbitral. Cette dernière est régie, au Luxembourg, par les articles 1224 et s du Code de procédure civile qui, à titre supplétif aux clauses incomplètes d'arbitrage des contrats ou des conventions séparées, précise les règles applicables. Le tribunal arbitral ne statue en équité (comme amiable compositeur) que si les parties l'ont prévu expressément. Comme pour le jugement judiciaire soumis au règlement CE précité, la sentence ordonnée par le tribunal arbitral obtient son exequatur auprès du tribunal d'arrondissement luxembourgeois saisi par voie de requête sur le fondement des conventions⁹⁷⁸ de Genève de 1927 et de New York de 1958. Ce tribunal étatique peut refuser l'exequatur du jugement étranger, aussi bien public que privé, sur le fondement de la contradiction avec l'ordre public international. En outre et alors que le jugement d'une juridiction publique étrangère obtient l'exequatur après une simple vérification formelle par le tribunal d'arrondissement saisi, le jugement privé de la sentence arbitrale peut se faire refuser l'exequatur à cause de l'incompétence de l'arbitrage pour connaître un litige réservé à d'autres juridictions. La clause d'arbitrage international peut renvoyer au règlement d'une institution internationale d'arbitrage, comme le CCI, dans le cadre de la convention européenne de Genève⁹⁷⁹ entrée en vigueur au Luxembourg par la loi du 26 novembre 1981⁹⁸⁰. Au cas où le règlement CE Bruxelles I ne s'applique pas, le droit luxembourgeois limite la liberté du choix de la juridiction en imposant la sienne pour juger un étranger qui ne respecte pas ses obligations contractées avec un Luxembourgeois⁹⁸¹ ou ses obligations devant être exécutées au Luxembourg⁹⁸². Cette problématique du choix de la juridiction doit maintenant être complétée par l'autre problématique de la gouvernance du contentieux relative au choix de la loi applicable à notre convention de management dont l'analyse commence par le test d'extranéité.

175. Extranéité de la convention de management. Le privilège du choix de la loi applicable pour les contrats internationaux a toujours été confirmé en droit international. Les principes de La Haye⁹⁸³ encouragent vivement cette liberté de choix, déjà consacrée par le règlement européen hérité de la Convention de Rome du 19 juin 1980⁹⁸⁴. Toutefois, si les deux

⁹⁷⁸ La France et le Luxembourg sont signataires de ces deux conventions.

⁹⁷⁹ Signée le 21 avril 1961 et dont l'application a fait l'objet d'un arrangement signé à Paris le 17 déc. 1962.

⁹⁸⁰ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 40-49, § 305-331.

⁹⁸¹ Art. 14 et 15 du C. civ.

⁹⁸² Selon les règles luxembourgeoises de droit international privé : voir SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 45, § 314.

⁹⁸³ CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, « Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », HCCH, 2015. URL : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions>. Consulté le 4 juillet 2017 ; Christopher P. MOORE, Nathaniel E. JEDREY et Konrad RODGERS, « Hague Convention on Choice of Court Agreements Enters into Force », *Business law review*, vol. 37, 2016, p. 2.

⁹⁸⁴ Sabine CORNELOUP, Natalie JOUBERT, et CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES MARCHÉS ET DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX, *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux : actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, France* : Litec, LexisNexis, 2011, xii+487.

contractants sont résidents d'un même État, le choix du droit d'un autre État comme droit applicable à leur contrat est pratiquement sans effet puisque même cette Convention de Rome reconnaît que les règles impératives de l'État de résidence s'appliqueront⁹⁸⁵. Le lieu de domiciliation de la Holis n'est donc pas neutre quant à la qualification du mandat de management en contrat international. À titre d'exemple et dans le cas où la société de gestion est française, l'application du droit français au mandat pourrait être obligatoire si la Holis était établie en France même si ses propriétaires sont étrangers⁹⁸⁶. Ainsi et outre la mise en cause des intérêts du commerce international, la présence des liens de rattachement à plus d'un pays⁹⁸⁷ caractérise le contrat international. En l'absence de règle matérielle internationale (comme pour la vente internationale de marchandises), le règlement européen Rome 1 comme son fondement qui est la convention précitée sont respectueux de l'autonomie de la volonté en retenant comme loi applicable celle qui est choisie par les parties⁹⁸⁸. Au cas où la Holis serait située au Luxembourg, sa convention de management avec la société de gestion de droit français, ou de droit d'un pays adhérant à la Convention de Rome, est soumis au droit retenu par les parties, lors de la conclusion du contrat ou ultérieurement, conformément aux dispositions des art. 3-1 et 3-2 de cette convention. Par la technique du dépeçage, les parties peuvent même choisir des lois applicables différentes, selon les clauses, dans un même contrat. Si les contractants ne font pas de choix de la loi applicable, les dispositions supplétives prévues par la Convention de Rome s'appliqueront alors. En revanche, si l'éventuelle convention d'arbitrage séparée correspondant au contrat ne mentionne pas son droit applicable, la Convention de Rome ne s'appliquera pas au contrat ; ce sont alors les arbitres qui détermineront la loi applicable. De même, la convention ne peut régir les contrats relevant du droit des sociétés⁹⁸⁹ et c'est pour cela que le Luxembourg considère qu'une société dont le principal établissement est situé sur son territoire ne peut être soumise qu'au droit luxembourgeois⁹⁹⁰. Il importe donc de bien respecter les conditions indiquées à la sous-section précédente permettant à la convention de management de la Holis de sortir du giron du droit des sociétés afin de pouvoir choisir sa loi applicable. En ce qui concerne les obligations non contractuelles, l'article 12.1 du règlement Rome II du 11 juillet 2007 précise que la loi applicable est celle du contrat international même si celui-ci n'a pas été conclu. L'article 12.2 de ce règlement fournit des solutions alternatives si la loi du

⁹⁸⁵ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 41, § 306.2.

⁹⁸⁶ FASQUELLE et al., *op. cit.* (note 112), § 2.245-2.246.

⁹⁸⁷ Éléments d'extranéité : voir FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 42.

⁹⁸⁸ *Ibid.*

⁹⁸⁹ Ou celui de la preuve.

⁹⁹⁰ SCHAFFNER et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *op. cit.* (note 95), p. 42, § 308.

contrat ne peut être déterminée⁹⁹¹. Il importe donc de prévoir un accord préliminaire à la négociation qui couvrira, outre la question classique de la confidentialité, cet aspect du choix de la loi. Dans tous les cas, cette précieuse liberté de choix découlant de l'extranéité est utilisée par les parties comme un moyen de mise en concurrence des droits afin de sécuriser au mieux leurs intérêts dans l'exécution ou l'inexécution du contrat international.

176. Law shopping du droit applicable au contrat de gestion. Depuis 1910, soit bien avant la Convention de Rome précitée⁹⁹², « Il est admis en France, que le contrat est en principe régi par la loi choisie par les parties⁹⁹³ » conformément au principe d'autonomie accordé en cas d'extranéité. Cette autonomie permet aux parties de prévoir les sanctions de l'inexécution de leurs engagements⁹⁹⁴ et ainsi ouvrir un champ de « law shopping⁹⁹⁵ » pour déterminer la loi disposant des meilleurs avantages pour satisfaire les objectifs des parties. Dans le cas de cette thèse et même si certains auteurs se basent sur le considérant 13 de la convention de Rome 1 qui pourrait être interprété comme autorisant la jurisprudence islamique à être la loi applicable⁹⁹⁶, il est plus sûr de choisir une loi d'un État membre de l'UE⁹⁹⁷. Si ce n'est pas le cas⁹⁹⁸, il faudrait veiller au moins à ce que la loi choisie soit celle d'un État signataire de la convention de Rome dans sa version de 1980 en évitant que le faisceau d'éléments d'extranéité ne relève exclusivement de l'UE⁹⁹⁹. Dans le cadre de ce périmètre de liberté, il faudrait alors choisir un droit européen tolérant qui respecte au mieux le contenu du contrat¹⁰⁰⁰ même si celui-ci n'est pas usuel ou paraît étrange dans les pratiques des affaires en Europe. Par ailleurs et même si l'article 3 de Rome 1 prévoit la possibilité du dépeçage, l'application de chaque loi étatique choisie doit couvrir au minimum une partie détachable du contrat pour ne pas nuire à la cohérence de la loi applicable. En effet, il ne serait pas indiqué de soumettre le même contenu contractuel à deux lois différentes avec l'une gouvernant la formation et l'autre l'exécution car

⁹⁹¹ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 67, § 55.

⁹⁹² François Xavier TESTU, *Contrats d'affaires*, France : Dalloz, 2010, xviii+715., § 122.04 et s ; CASS. CIV, 5.12.1910, « Arrêt "American Trading Company" », *Recueil Sirey*, n° 1, 1911, p. 129.

⁹⁹³ LE TOURNEAU, *op. cit.* (note 608), p. 101.

⁹⁹⁴ Pascal DURAND-BARTHEZ et François LENGART (dirs.), *Choisir son droit : conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux*, France : L'Harmattan, 2012, 260 p.

⁹⁹⁵ Pierre DE MONTALIVET, « La « marketisation » du droit », *Recueil Dalloz*, n° 44, 26 décembre 2013, titre du fascicule : *Dalloz.fr | Recueil Dalloz*, p. 2923 et s.

⁹⁹⁶ RIASSETTO, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers in « Les concepts émergents en droit des affaires »*, *op. cit.* (note 452), p. 174-178.

⁹⁹⁷ ANCEL, *Le choix du droit applicable in « Le banquier luxembourgeois et le droit international privé »*, *op. cit.* (note 708), p. 30.

⁹⁹⁸ Ce qui sera la situation de l'Angleterre après le Brexit.

⁹⁹⁹ Alinéa 4 de l'article 3 du Règlement (CE) No 593/2008 du Parlement Européen et du Conseil.

¹⁰⁰⁰ ANCEL, *Le choix du droit applicable in « Le banquier luxembourgeois et le droit international privé »*, *op. cit.* (note 708), p. 31.

l'incohérence qui en résulte annule l'effet du choix en soumettant le contrat à la loi par défaut prévu par Rome 1 ce qui revient à priver les parties de cette liberté de choix. Ainsi et pour éviter tout risque d'anéantissement de la clause de choix de la loi applicable, il est préférable de choisir une loi unique qui gouverne la totalité du contrat et donc de ne pas faire usage du dépeçage sauf, à la limite, pour une opération détachable qui serait contenue dans le contrat mais qui aurait pu faire l'objet d'un contrat séparé¹⁰⁰¹. Il faudrait donc opter pour l'un des quatre droits étatiques correspondant au champ de droit comparé de cette thèse.

177. Choix de la Common Law anglaise comme droit applicable. Dans la quête d'un droit tolérant aux faits religieux islamiques contractualisés, le droit anglais pourrait être un bon candidat car le Royaume-Uni a ratifié la convention de Rome¹⁰⁰² qui fait donc partie du droit anglais. En faveur de ce droit libéral et outre les éléments de la comparaison objective entreprise dans la section précédente de ce chapitre, d'autres raisons plus subjectives pourraient inciter l'investisseur à choisir, quand c'est possible, ce droit comme loi applicable à la convention de management de la holding. En effet, souvent plus familier aux investisseurs exigeant la conformité islamique, ce droit jurisprudentiel de la Common Law serait probablement le meilleur droit permettant d'instaurer une confiance de nature à attirer de tels investisseurs, d'autant plus que le droit anglais est riche de cas de jurisprudence traitant la problématique de la conformité islamique.

178. Considération en droit anglais de la conformité islamique contractualisée. Certains praticiens de la finance islamique moderne ont soumis des contrats internationaux à la Charia qui, bien qu'elle ne soit pas une loi étatique¹⁰⁰³, pourrait selon ces praticiens être considérée comme loi des parties. Cependant la Jurisprudence anglaise exige que les règles auxquelles se réfère le contrat ou qui font partie du contenu même de ce contrat soient suffisamment précises. Ainsi une simple référence à la Charia comme loi applicable ne serait pas suffisante car selon certains auteurs la Charia dans l'absolu n'a pas un contenu toujours précis et, de ce fait, ne constitue qu'un corpus juridique¹⁰⁰⁴. Pour ces auteurs, c'est sur cette base que la jurisprudence anglaise a refusé, en 2002 et 2003, d'appliquer la Charia à des contrats

¹⁰⁰¹ *Ibid.*, p. 33-34.

¹⁰⁰² S.2(1) du « Contracts Applicable Law Act 1990 »

¹⁰⁰³ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 280, § 531, note bas de page n° 962 se référant au Règlement CE 593/2008 « Rome I » permettant aux parties d'«intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale».

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, § 532, note bas de page n° 961 faisant référence à Hajjaji, *Shareholder's agreements and Islamic Financing*, RDAI, 2009, p.560.

internationaux en considérant qu'une telle application serait controversée¹⁰⁰⁵. Pour d'autres auteurs, la portée pour l'avenir de cette jurisprudence demeure toutefois limitée compte tenu de son antériorité au Règlement Rome I¹⁰⁰⁶. En réalité, cette antériorité ne change rien à la portée de cette jurisprudence que représente l'arrêt d'appel « Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrain EC¹⁰⁰⁷ » qui confirme effectivement que la Charia¹⁰⁰⁸, comme toute loi non étatique, ne peut être considérée comme une loi gouvernant un contrat au sens des articles 1.1, 3.1 et 3.3 de la convention de Rome. En revanche et selon le juge, elle peut, au même titre que les règles de La Haye ou la convention de Varsovie, être incorporée, non pas comme une loi qui gouverne, mais comme des stipulations ayant la valeur de clauses contractuelles soumises à la loi étatique unique gouvernant le contrat. Cependant cette incorporation ne pourra opérer effectivement, selon le juge, que si les parties ont clairement identifié les termes précis des règles à incorporer, comme certains articles du Code civil français. Il est donc essentiel que l'intention des parties soit précise sans possibilités d'incertitude sur les règles à incorporer, ce qui suppose non seulement l'identification de chaque règle mais également l'identification de son texte, exactement comme l'exige le droit français pour rendre la contractualisation du fait religieux opposable¹⁰⁰⁹. Toutefois, même pour ces règles bien identifiées, l'interprétation peut être incertaine et le juge anglais comme le juge français doit départager les opinions contradictoires des experts présentés par les parties pour en retenir l'interprétation qu'il juge pertinente pour le cas qui lui est posé. Rappelons enfin que l'absence du choix de la loi applicable entre les contractants rend la juridiction du for compétente pour appliquer sa propre règle de conflit des lois comme dans « Sharab v Prince Al-Waleed¹⁰¹⁰ ». Ceci en ce qui concerne la juridiction judiciaire anglaise ; en revanche, l'arbitrage profite de la loi interne anglaise

¹⁰⁰⁵ *Ibid.*, p. 281, § 531, notes bas de page n° 963 et 964 faisant référence à (i) la décision du 13 fév. 2002 « Islamic Investment Company of the Gulf (Bahamas) Ltd v Symphony Gems NV » et à (ii) la décision du 1er août 2003 « Shamil Bank of Bahrain EC b Beximco Pharmaceuticals Ltd », EWCA Civ 19. Ces notes de Matri renvoient, d'une part, à Affaki, Règlement des différends : la finance islamique en France : entre accueil et réforme, *Revue Banque* n° 725, 1er juin 2010, p.55-58, et d'autre part, à Serhal et Djarouane, La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique, *RDAI*, 2009, p. 118-119.

¹⁰⁰⁶ *Ibid.*, § 533, note bas de page n° 965 faisant référence à : Affaki et al., Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans les financements islamiques, F-X Train, 21 sep. 2009, p. 27 ; Pillet en collaboration avec Boscovic, « Rome I, choix de la loi et conformité d'un contrat à la Charia », actes du colloque à Dijon du 9 et 10 septembre 2010, CREDIMI-Litec, 2011.

¹⁰⁰⁷ [2004] APP.L.R. 01/28 (CA) ; [2004] EWCA Civ 19 ; [2004] 1 W.L.R. 1784 ; [2004] 4 All E.R. 1072 ; [2004] 2 All E.R. (Comm) 312 ; [2004] 2 Lloyd's Rep. 1 ; [2004] 1 WLUK 565 ; [2004] 1 C.L.C. 216 ; (2004) 101(8) L.S.G. 29.

¹⁰⁰⁸ Ce précédent a, d'ailleurs, été appliqué en 2007 à un cas similaire mais avec une autre loi non-étatique qui est le droit juif : voir « Halpern v Halpern » [2007] EWCA Civ 291 ; [2008] Q.B. 195 ; [2007] 3 W.L.R. 849 ; [2007] 3 All E.R. 478 ; [2007] 2 All E.R. (Comm) 330 ; [2007] 2 Lloyd's Rep. 56 ; [2007] 4 WLUK 35 ; [2007] 1 C.L.C. 527.

¹⁰⁰⁹ Voir supra § 130.

¹⁰¹⁰ [2008] EWHC 1893 (Ch) ; [2008] 7 WLUK 994.

relative à cette juridiction privée¹⁰¹¹ qui autorise les parties à choisir un autre corps de règles, qui ne soit pas un droit étatique, pour gouverner l'arbitrage de leur litige comme confirmé par le cas « Musawi v RE International (UK) Ltd¹⁰¹² ». En l'espèce, la cour a confirmé la validité d'une clause arbitrale, soumise à la loi anglaise, qui retenait comme arbitre un Ayatollah actant comme juge islamique pour résoudre le conflit en conformité avec les normes juridiques chiites de la Charia ; par conséquent la cour a accordé l'exequatur à la sentence arbitrale basée sur cette jurisprudence islamique chiite. Ainsi, l'arbitrage en Angleterre soumis au droit anglais comme le reste du contrat serait encore meilleur que la juridiction étatique anglaise pour rendre opposable une sentence en conformité avec des normes juridiques religieuses. Armés de cette liberté supplémentaire, nous pouvons envisager la mise en œuvre de la convention de management de notre holding sous de bons auspices.

B. Mise en œuvre de la convention

179. **Procédure commune de conclusion de la convention.** La mise en œuvre de la convention de management couvre toute sa vie, de sa naissance à sa fin, tout en appréciant l'efficacité juridique de ses termes, la portée de ses missions aussi bien en gestion qu'en représentation, ainsi que le statut de son signataire gestionnaire, notamment vis-à-vis de la Directive AIFM. Comme nous venons de le voir au paragraphe (A), à condition qu'elle relève du droit commun des contrats et non pas du droit des sociétés, la convention de management de la holding pourra bénéficier de la liberté du choix de la loi applicable dont disposent les contrats internationaux en cas de présence d'extranéité¹⁰¹³. C'est pour cela qu'après la création de la holding par ses fondateurs formant son tour de table d'investisseurs initiaux, la première tâche est de formaliser cette convention de management conformément aux conditions de qualification de l'un des deux contrats islamiques de gestion, le mandat Wakala ou la Commandite Moudaraba. Cette tâche nécessite la mise en place préalable des deux organes internes de gouvernance assumant d'une part la fonction légale de président dont les attributs incluent impérativement la mission de représentation et d'autre part la fonction statutaire d'un conseil de surveillance dont les attributs incluent la nomination, le contrôle et la révocation du gestionnaire externe. Ce conseil de surveillance assume également le contrôle du président et dispose du pouvoir pour convoquer à tout moment l'assemblée des actionnaires notamment afin

¹⁰¹¹ s.46(1)(b) de l'Arbitration Act 1996 : http://bcujas-catalogue.univ-paris1.fr/primo_library/libweb

¹⁰¹² [2007] EWHC 2981 (Ch); [2008] 1 All E.R. (Comm) 607; [2008] 1 Lloyd's Rep. 326; [2007] 12 WLUK 387; [2007] N.P.C. 137.

¹⁰¹³ Voir supra § 157.

de révoquer le président de la holding et de nommer son remplaçant. En retenant l'hypothèse de la préférence du droit anglais en tant que loi contractuelle, les statuts devraient prévoir que tout différend relatif à sa gestion serait tranché par arbitrage à Londres¹⁰¹⁴ et que les arbitres appliqueront selon l'objet du litige le droit luxembourgeois ou le droit anglais. Le droit luxembourgeois gouvernera les questions relatives à l'organisation interne de la société qui relèvent impérativement du droit des sociétés luxembourgeois notamment en ce qui concerne la nomination et la révocation du président de la société. À l'exception de ces questions soumises impérativement au droit luxembourgeois, les arbitres appliqueront le droit anglais¹⁰¹⁵ que ce soit pour les litiges avec le président de la société ou avec le prestataire externe contractant d'une convention de management. L'éventuelle erreur de ce tribunal arbitral, fonctionnant en vertu d'une clause valide, sur la loi applicable ne fera pas obstacle à son exequatur car une telle erreur commise par un tribunal compétent étranger, y compris par une juridiction arbitrale, n'est pas contraire à l'ordre public international. Dans ce domaine, le Luxembourg¹⁰¹⁶ suit la France où la jurisprudence considère que « le contrôle de la cour d'appel ne porte pas sur une éventuelle erreur de droit ou de fait du tribunal arbitral¹⁰¹⁷ » nommé par une clause valide. Dans un tel environnement favorable, la formation de la convention de management doit pouvoir aisément suivre la procédure adéquate, qu'il s'agisse d'une holding Wakala ou d'une holding Moudaraba.

180. Procédure spécifique à la conclusion de la convention de la SAS Wakala.

Dès la nomination statutaire ou par l'assemblée des actionnaires des premiers membres du conseil de surveillance, ce dernier désignera en son sein l'administrateur de conformité qui assumera également la présidence de ce conseil de surveillance. Au titre de cette double fonction, le chairman du conseil de surveillance assumera la mission formelle de représentation de cet organe collégial en signifiant ses décisions notamment pour convoquer au besoin l'assemblée des actionnaires. Ce chairman sera également chargé d'accomplir les diligences demandées par le conseil de surveillance pour la nomination le contrôle ou la révocation du

¹⁰¹⁴ La clause d'élection de juridiction la plus simple serait du genre « for any disputes arising out of or in connection with the incorporation act, including those related to the company legal or contractual management, the parties have consented to arbitration in London under the Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration. Therefore, such provision is to be included in any contract related to the management of the company. »

¹⁰¹⁵ Ou les règles et principes précisés dans une clause, ou une convention, d'arbitrage conclue par la holding et que le droit anglais considère comme valide pour gouverner la résolution du litige. Comme on l'a vu en supra § 178, le droit anglais accepte que ce corps de règles suivi par l'arbitre pour résoudre un tel contentieux soit l'ensemble des règles et principes malikites de la charia telles que codifiées dans les références que nous indiquerons : voir infra § 369 et 420.

¹⁰¹⁶ Comme j'ai pu le vérifier avec le Professeur Cuniberti.

¹⁰¹⁷ Cour d'appel, Paris, Pôle 1, chambre 1, 18 novembre 2010 - n° 09/20069 : voir <https://www.lexis360.fr/>.

gestionnaire externe ainsi que pour le contrôle du président de la holding. Quant à ce dernier et en plus de sa mission légale impérative de représentation, il n'exercera la gestion temporairement que par décision du conseil de surveillance en l'absence d'une convention de management en vigueur ou en cas de défaillance de son signataire et ce, à l'exception de quelques tâches permanentes limitativement déterminées par les statuts comme les formalités sociales¹⁰¹⁸. Directement ou à travers les délégataires qu'il choisit sous sa responsabilité, le président joue également les rôles de dépositaire des registres de la société, d'administrateur de son portefeuille¹⁰¹⁹ et de signataires sur les comptes bancaires pour lesquels le gestionnaire externe n'a aucun pouvoir. Qu'elles soient temporaires ou permanentes, toutes les missions du président sont exercées sous l'autorité du conseil de surveillance avec une subordination identique à celle d'un directeur général vis-à-vis de son conseil d'administration dans une SA. Outre cette supervision du président, le conseil de surveillance exerce le pouvoir de décision pour toutes les questions listées dans la convention de management nécessitant une autorisation préalable dont l'étendue dépend de la volonté des actionnaires dans la définition de l'ampleur de la participation à la gestion via ce conseil de surveillance. Ce dernier peut en plus être chargé de la mise en œuvre ou du contrôle d'exécution des décisions importantes prises directement par l'assemblée des actionnaires. Ainsi et dès la conclusion de la convention de management, la gestion de la holding est partagée conformément à ladite convention entre le gestionnaire externe, assurant la gestion courante, et le conseil de surveillance, assurant la gestion des questions importantes pour lesquelles les décisions sont prises à son niveau ou au niveau de l'assemblée des actionnaires. Bien évidemment, cette procédure de la holding Wakala lui est spécifique et ne convient donc pas à la holding Moudaraba, qui dispose de sa procédure adaptée.

181. Procédure spécifique à la conclusion de la convention de la SAS Moudaraba. Dans ce cas et contrairement à la SAS Wakala, le conseil de surveillance nommé par l'assemblée ne procédera pas immédiatement à l'élection de son chairman qui assumera également la fonction d'administrateur de conformité. En effet et dès la création de la holding, c'est son président fondateur nommé lors de la signature des statuts qui accomplira les diligences demandées par le conseil de surveillance pour la nomination le contrôle ou la

¹⁰¹⁸ À l'instar de l'arrêt des comptes devant le conseil de surveillance qui émettra son rapport et à l'instar des convocations à cet effet du conseil de surveillance afin qu'il émette son rapport puis de l'assemblée annuelle des actionnaires pour l'adoption des résolutions.

¹⁰¹⁹ Selon le professeur Cornu, cet aspect de gestion est une administration au sens strict (sans pouvoir de disposition ou d'aliénation) d'un portefeuille, celui-ci étant défini comme un ensemble de valeurs mobilières. Cette administration couvre notamment les opérations de souscription, de libération, de dividendes et de justificatifs de propriété : voir CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dirs.), *op. cit.* (note 261), p. 434-435, 462.

révocation du gestionnaire externe jusqu'à la signature de la convention de management après approbation du conseil de surveillance. Par suite de la conclusion de cette convention, le président fondateur démissionnera et l'assemblée des actionnaires le nommera en tant que chairman du conseil de surveillance tout en assumant le rôle d'administrateur de conformité. Dans le cadre de ses nouvelles fonctions, ce chairman administrateur de conformité reprendra la mission du président fondateur d'accomplissement des diligences demandées par le conseil de surveillance pour la nomination le contrôle ou la révocation du gestionnaire externe. Ainsi, cette mission, exercée temporairement par le président fondateur, ne fera pas partie de la définition de fonction du nouveau président de la holding. Ce dernier sera nommé, par la même assemblée qui a acté la démission du président fondateur, parmi les candidats proposés par le gestionnaire externe. Ces candidats ainsi que leurs suppléants sont identifiés par la convention de management qui doit également prévoir en cas de vacance de la fonction de président que le suppléant soit nommé pour assumer cette fonction. Le cas échéant, en cas d'impossibilité notamment par refus des candidats d'assumer une telle fonction, le gestionnaire externe proposera de nouveaux candidats répondant au profil contractuel convenu pour affirmer la tendance religieuse de la holding. Le processus d'évaluation de la conformité du profil par le conseil de surveillance et de nomination par l'assemblée sera alors répété. Dans ces conditions et par rapport à la SAS Wakala, le président ainsi nommé ne sera pas autorisé à effectuer des paiements liés au gestionnaire externe directement ou par personnes interposées et cette prérogative reviendra au chairman du conseil de surveillance qui sera le seul fondé de pouvoir d'un compte bancaire spécial de la holding dédié à cet effet. Toujours par rapport à la SAS Wakala et compte tenu des conditions de qualification de cette Commandite islamique, la mission du conseil de surveillance sera restreinte au contrôle du président de la holding et du gestionnaire externe. La révocation de ces derniers ainsi que la nomination de leurs remplaçants, d'abord intérimaires puis permanents, font également partie de la mission de ce conseil de surveillance. Qu'il s'agisse de cette holding Moudaraba ou de la holding Wakala, la formation correcte de la convention de management n'exclut pas le risque de « la clause réputée non écrite » pouvant affecter son efficacité juridique.

182. Effet de la clause réputée non écrite sur la convention. En droit français, une clause sera déclarée non écrite si elle prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ; cependant une telle disposition serait pratiquement difficile à appliquer quand il s'agit d'un contrat où l'obligation essentielle est difficile à identifier comme dans le cas d'un pacte organisant le droit de vote ou un droit de retrait. En effet et au-delà de l'échange de prestations

entre contractants ce genre de pacte organise les relations de ces contractants avec la société qui leur appartient en impactant son fonctionnement¹⁰²⁰ ; ce qui se vérifie pleinement dans la convention de management envisagée dans cette thèse. Sur ce terrain défavorable au gestionnaire débiteur, il paraît donc difficile que le contenu de cette convention de management subisse la sanction de la clause réputée non écrite avec l'argument que celle-ci vide de sa substance l'obligation essentielle du respect de la charte de gestion. En revanche, sur le terrain du contrat d'adhésion favorable au débiteur, l'analyse devient plus sérieuse pour éviter ce risque de clause réputée non écrite pour la charte. Cependant, à la réflexion, cette convention de management contient clairement des spécifications précises d'une prestation de service qui constitue son objet-même alors que le reste de ses stipulations, notamment sa clause de sanction de l'inexécution, ont été librement négociées entre la holding et son gestionnaire ce qui exclut la qualification en contrat d'adhésion. Ce risque de « la clause réputée non écrite » étant écarté, il faudrait maintenant lever l'incertitude sur la portée de la mission objet de la convention de management.

183. Mission du dirigeant externe de la holding SAS. En pratique et compte tenu de ce qui précède, la seule contrainte réelle à la validité du contenu de la convention de management est celle applicable aux pactes extrastatutaires qui n'admet pas que les stipulations de ces contrats heurtent l'ordre public sociétaire comme la libre révocabilité des dirigeants de la SA¹⁰²¹. Dans la SAS en revanche, ce n'est pas tant la question du régime de la révocabilité du dirigeant, qui ne se pose pas dans les mêmes termes que pour une SA car les statuts de la SAS ont toute liberté pour décider¹⁰²², mais c'est la question de la représentation qui peut prêter à confusion notamment quand il s'agit de gestionnaire désigné par une convention de management. En 2002, la jurisprudence a déterminé un minimum incompressible du caractère institutionnel de la SAS en jugeant que le seul représentant de la SAS était son président. En tenant compte de la réforme de 2003, on peut également considérer comme représentant le directeur général ou le directeur général délégué si ces fonctions sont prévues par les statuts qui peuvent également instaurer une limitation de ce pouvoir de représentation¹⁰²³, cette fois, conformément au caractère contractuel de la SAS. En l'absence de telles limitations statutaires, la jurisprudence a confirmé en 2010 et en 2013 que ces deux dirigeants valablement nommés auront le même statut que le président avec des pouvoirs étendus sans avoir besoin d'une

¹⁰²⁰ GERMAIN et ANSAULT, *op. cit.* (note 252), p. 92-93.

¹⁰²¹ *Ibid.*, p. 94.

¹⁰²² Voir *supra* § 120.

¹⁰²³ En termes de responsabilité et non pas en termes de validité des actes avec des tiers ou c'est le même régime d'inopposabilité que celui du président qui s'applique : voir GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 379, § 543.

délégation comme les tiers marquant, à nouveau, un caractère institutionnel qui prend le dessus sur le caractère contractuel de la SAS¹⁰²⁴. Ce qui voudrait dire dans notre cas que le prestataire bénéficiaire d'une convention de management de la holding peut agir en tant que gestionnaire dans l'ordre interne mais ne peut représenter la société dans l'ordre externe qu'en tant que mandataire de droit commun de l'un des trois mandataires légaux de la holding. Ce mandat de droit commun est soit séparé soit intégré à la convention de management, sous forme d'une annexe par exemple. En outre, l'ordre public sociétaire empêche également que de telles conventions de management soient (i) une fraude des règles fiscales ou sociales, (ii) un moyen pour éviter la responsabilité des dirigeants¹⁰²⁵ ou encore (iii) une fraude à la loi comme dans l'arrêt Caron¹⁰²⁶ ; ce qui ne correspond pas au motif de la convention de management envisagée dans cette thèse. Quant aux pouvoirs de gestion et même si certains auteurs trouvent un tel régime bizarre par son éloignement de la doctrine institutionnelle, les dispositions de la loi et l'interprétation de la jurisprudence admettent leur externalisation dans la SAS à la faveur d'une convention de management par exemple. C'est l'une des manifestations significatives du caractère contractuel affirmé « dans lequel baigne la SAS¹⁰²⁷ ». La portée de la mission du gestionnaire externe, signataire de la convention de management, étant ainsi balisée, il reste à examiner la responsabilité de ce gestionnaire particulier dans le champ de sa mission.

184. Statut du gestionnaire externe de la holding SAS. En présence d'une convention de management et en termes de responsabilité, le professeur Le Cannu estime que sauf exception le mandataire social de la SAS demeure responsable. Le professeur soulève également la possibilité que le prestataire externe agisse sur le terrain de la représentation par un organe purement statutaire indépendant des mandataires légaux de la SAS comme le président ou le directeur général¹⁰²⁸. Cette possibilité du pouvoir de représentation suppose toutefois une stipulation expresse des statuts externalisant la fonction de directeur général¹⁰²⁹ ce qui entraîne selon certains auteurs la qualification du gestionnaire externe en mandataire social sur tous les plans y compris celui de la responsabilité. Cependant et comme nous l'avons

¹⁰²⁴ GERMAIN et ANSAULT, *op. cit.* (note 252), p. 96.

¹⁰²⁵ *Ibid.*

¹⁰²⁶ En l'espèce il s'agissait de transformer un immeuble en meuble, via l'apport à une SCI, afin que la loi applicable change : voir arrêt de 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation du 20 mars 1985, pourvoi n° 82-15033.

¹⁰²⁷ GERMAIN et ANSAULT, *op. cit.* (note 252), p. 96.

¹⁰²⁸ LE CANNU, « Convention de gestion et SAS », *op. cit.* (note 950).

¹⁰²⁹ « À ce titre, l'intéressé devrait même satisfaire à l'obligation de déclaration au registre du commerce et des sociétés, comme l'impose l'article R. 123-54 du Code de commerce, en tant que « tiers ayant le pouvoir de diriger, gérer ou engager à titre habituel la société », voire parce qu'il porte l'un des titres visés par ce texte, ce qui n'était pas le cas en l'espèce » : voir GODON, *op. cit.* (note 882).

indiqué¹⁰³⁰, pour d'autres auteurs, la loi reste muette quant à la responsabilité des organes sociaux purement statutaires et, par conséquent, ce serait aux statuts-mêmes de prévoir ce que serait la responsabilité des organes qu'elle crée. Autrement et comme dans le cas de l'arrêt précité de 2015 dans lequel le dirigeant externe ne bénéficiait pas d'une stipulation expresse de représentation, ce gestionnaire externe sera dans la situation ambiguë « d'une personne dotée de pouvoirs considérables qui n'est assimilable ni à un tiers étranger à la société gérée, ni à un véritable organe social, ni à un délégataire de pouvoirs¹⁰³¹ ». C'est pour éviter une telle ambiguïté que nous avons prévu dans les procédures spécifiques, même celle de la réception de la Commandite Moudaraba¹⁰³², que la représentation ne sera pas exercée par le prestataire d'une convention de management ou par un organe purement statutaire mais par un président dont le statut est prévu légalement. Enfin et outre la problématique du statut du gestionnaire externe, la question de son indemnisation en cas de révocation peut se poser ; à ce propos, il est intéressant de noter que cet arrêt de 2015 a refusé d'accorder une indemnité complémentaire pour rupture abusive en présence d'une clause contractuelle fixant l'indemnité en cas de rupture sans faute¹⁰³³.

185. Révocabilité du contrat de gestion de la holding. Dans ce domaine de la révocation¹⁰³⁴ et qu'il s'agisse de gestionnaire interne ou externe, l'*ad nutum* n'est pas de mise dans ce genre de contrat dont l'objectif est l'instauration d'une relation de confiance. D'ailleurs, la durée du mandat du dirigeant de la SAS est fixée par les statuts et peut donc être indéterminée pour la durée de la société et, sauf dans des conditions extrêmes (procédure collective...), le juge ne remettra pas en cause cette irrévocabilité statutaire¹⁰³⁵. Ce qui ne sera pas le cas dans la situation inverse de silence ou de contradiction des statuts où la révocation *ad nutum* devient la règle comme si elle était écrite dans lesdits statuts. Cependant et autant cet objectif de partenariat à long terme est compatible avec une Commandite Moudaraba, il ne l'est pas forcément avec un mandat Wakala. Dans le premier cas et en conformité avec le régime islamique de la commandite, l'*ad nutum* doit être écarté car la révocabilité ne peut être

¹⁰³⁰ Voir supra § 165.

¹⁰³¹ GODON, *op. cit.* (note 882).

¹⁰³² Voir supra § 181.

¹⁰³³ Le pourvoi refusé était basé sur l'article L. 442- 6, I, 5° du Code de commerce devenu depuis le 26 avril 2019 L. 442-1 dans une version modifiée : voir DONDERO, *op. cit.* (note 952).

¹⁰³⁴ Patrick SANTER et Léon GLODEN, *L'irrévocabilité du mandat in « Le bicentenaire du Code civil : une contribution luxembourgeoise »*, Luxembourg : éd. Portalis, 2004, p. 393, 395, 397, 400 et 409. KJV447.7 .B53 2004.

¹⁰³⁵ La modification statutaire d'une telle clause peut être rendue difficile en insérant une règle dans les statuts d'origine exigeant une majorité qualifiée poussée, voire l'unanimité, ce qui revient à rendre le mandataire social statutaire inamovible s'il est actionnaire même très minoritaire. Une telle solution paraît cependant excessive pour la holding de cette thèse même quand il s'agit d'une réception de la Mudaraba.

envisagée sans motifs légitimes et c'est ce que le droit étatique permet d'accommoder par un mandat social d'une SAS qui peut instaurer statutairement le régime de révocation souhaité. Dans ces conditions et même si la révocation sans justes motifs, en violation des stipulations de ces statuts, demeure toujours possible en droit étatique, elle sera lourdement sanctionnée par la réparation d'un préjudice large au profit du Moudarib mandataire social de la SAS ce qui serait dissuasif. À l'inverse, la jurisprudence islamique du mandat Wakala refuse impérativement d'écarter l'*ad nutum* comme dans la SA ; un résultat qui peut être obtenu statutairement dans une SAS grâce à sa flexibilité contractuelle. En termes de réparation du préjudice du mandataire Wakil, en cas de révocation sans justes motifs, la jurisprudence islamique doit pouvoir s'exprimer¹⁰³⁶ en cohérence avec le droit étatique qui peut condamner le mandant fautif à une réparation en cas d'abus. Dans le cadre du mandat de droit commun, la convention de management de la holding comme le contrat de gestion d'un fonds islamiques seraient qualifiés de mandat d'intérêt commun¹⁰³⁷, ce qui entraîne leur irrévocabilité mais, en réalité, la révocation demeure possible¹⁰³⁸ tout en entraînant une sanction du mandant. En plus, ce dernier doit supporter la charge de la preuve d'un juste motif contrairement à la révocation d'un mandat *ad nutum* où le mandataire supporte la charge de la preuve de la brutalité de la rupture¹⁰³⁹. Toutefois, cette irrévocabilité du mandat d'intérêt commun n'est que supplétive, ce qui permet aux parties d'instaurer par exemple un régime de révocabilité avec ou sans préavis limitant la sanction à la violation du préavis éventuel¹⁰⁴⁰. Ce régime avec une telle latitude devrait permettre d'atteindre une cohérence avec ce que prévoit la jurisprudence islamique dans ce domaine¹⁰⁴¹. Ceci en ce qui concerne la fin du contrat de gestion à l'initiative de la holding, il reste donc à examiner le cas où c'est le gestionnaire qui prend l'initiative de renoncer à ce contrat.

186. Renonciation du gestionnaire à son contrat de gestion de la holding.

Comme pour la révocation par le mandant, *Rab-el-mel* de la Commandite Moudaraba ou Muwakil du mandat Wakala, la renonciation par le mandataire, Moudarib ou Wakil, est toujours

¹⁰³⁶ Voir *infra* § 451.

¹⁰³⁷ L'intérêt commun entre mandant et mandataire suppose une convergence d'intérêt qui nécessite la collaboration et la participation des deux parties pour la réalisation de la mission du mandat, en allant au-delà de la simple rémunération du mandataire et de la réalisation de la mission du mandat pour le mandant. Par exemple, l'intérêt commun d'un mandat d'agent commercial est l'essor de l'entreprise par la création et le développement de sa clientèle, voir SANTER et GLODEN, *op. cit.* (note 1034), p. 400.

¹⁰³⁸ Encore plus facilement en pratique que dans le cas de mandat social révocable pour juste motif, comme j'ai pu le vérifier avec le professeur Isabelle Corbisier.

¹⁰³⁹ SANTER et GLODEN, *op. cit.* (note 1034), p. 401-402, 405.

¹⁰⁴⁰ *Ibid.*, p. 405.

¹⁰⁴¹ Voir *infra* § 451-452.

possible avec la possibilité d'une sanction cohérente entre les deux droits islamique¹⁰⁴² et étatique. Au regard de ce dernier, le régime de la sanction de la renonciation à un mandat ad nutum n'est envisagé que si le mandant prouve son préjudice et que le mandataire n'arrive pas à prouver l'impossibilité matérielle, et non pas simplement morale, d'exécuter sa mission. Cette charge de la preuve est desserrée du côté du mandant s'il s'agit d'un mandat irrévocable sauf pour juste motifs ; dans ce cas, le mandataire est toujours sanctionné à moins qu'il ne prouve que la continuation du mandat cause pour lui un préjudice considérable qui n'existait pas et ne pouvait pas être prévisible lors de la conclusion du mandat¹⁰⁴³. En couvrant jusqu'à la fin de la vie du contrat de management, notamment dans sa forme de convention de management, sans tenir compte de la Directive AIFM, notre analyse suppose que ladite Directive ne s'applique pas ; ce qui reste à confirmer.

187. **Applicabilité de la Directive AIFM au gestionnaire de la holding.** L'article L. 214-24 du Code monétaire et financier¹⁰⁴⁴ dispose que « les fonds d'investissement relevant de la directive 2011/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2011, dits "FIA" : 1° lèvent des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, dans l'intérêt de ces investisseurs, conformément à une politique d'investissement que ces FIA ou leurs sociétés de gestion définissent ». Cette rédaction semble plus claire que l'article 4 de la directive en question qui dispose : « aux fins de la présente directive, on entend par : a) "FIA", des organismes de placement collectif, y compris leurs compartiments d'investissement, qui : i) lèvent des capitaux auprès d'un certain nombre d'investisseurs en vue de les investir, conformément à une politique d'investissement définie, dans l'intérêt de ces investisseurs¹⁰⁴⁵ ». L'article 1^{er} de la directive 2009/65 dispose que « aux fins de la présente directive et sous réserve de l'article 3, on entend par OPCVM les organismes : dont l'objet exclusif est le placement collectif en valeurs mobilières ou dans d'autres actifs financiers liquides visés à l'article 50, paragraphe 1, des capitaux recueillis auprès du public et dont le fonctionnement est

¹⁰⁴² Voir infra § 409, 411, 451.

¹⁰⁴³ SANTER et GLODEN, *op. cit.* (note 1034), p. 406-407.

¹⁰⁴⁴ Pour une présentation d'ensemble : voir AMF, *Guide AIFM - Société de gestion*, AMF, 2013. URL : http://www.amf-france.org/Publications/Guides/Professionnels.html?isSearch=true&xtmc=Guide-AIFM-Societe-de-gestion&lastSearchPage=http%3A%2F%2Fwww.amf-france.org%2FmagnoliaPublic%2Famf%2FResultat-de-recherche.html%3FTEXT%3DGuide%26%2343%3BAIFM%26%2343%3BSoci%26%2337%3BC3%26%2337%3BA9t%26%2337%3BC3%26%2337%3BA9%26%2343%3Bde%26%2343%3Bgestion%26LANGUAGE%3Dfr%26valid_recherche%3DValider%26isSearch%3Dtrue%26simpleSearch%3Dtrue&docVersion=1.0&docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F87bc82b4-bc90-4dfa-84dd-a3d0259ae479&xtcr=2.

¹⁰⁴⁵ Directive 2011/61/UE, *op. cit.* (note 87).

soumis au principe de la répartition des risques¹⁰⁴⁶ ». L'ensemble de ces dispositions montre d'abord que la Holis, même si elle est gérée par une société de gestion, n'est pas une OPCVM car elle n'a pas levé son capital auprès du public, ne place pas ledit capital en actifs financiers liquides et, par conséquent, ne fonctionne pas conformément au principe de répartition des risques. Ensuite, la directive AIFM ne peut s'appliquer à la Holis car celle-ci n'est pas un FIA, dont la définition exige qu'il lève son capital auprès d'investisseurs en s'engageant à les investir selon une politique d'investissement que le FIA ou sa société de gestion ont préalablement définie. D'une part et pour apporter leurs fonds, les investisseurs de la Holis n'ont pas été sollicités par un tel véhicule d'investissement ou sa société de gestion. Au contraire, ce sont ces investisseurs qui ont étudié, économiquement et juridiquement, le marché européen avant de créer la Holis, en tant que véhicule d'investissement, dont les mandataires sociaux ont alors négocié et conclu la convention de management avec la société de gestion. Il est donc clair que l'engagement d'investissement dans la Holis n'est pas conditionné par la nomination préalable de la société de gestion ; ce qui rend inopérant l'argument de la doctrine la plus expansionniste du champ d'application de la directive¹⁰⁴⁷. D'autre part et outre cette disqualification de la Holis en tant que FIA sur la base de la levée de son capital, la politique d'investissement de la Holis a été initialement déterminé par ses investisseurs qui l'ont ensuite créée avec un objet social qui reflète cette politique. À l'inverse et dans un FIA, une telle politique doit être définie par le FIA lui-même ou sa société de Gestion ; ceci donne une deuxième raison pour disqualifier la Holis en tant que FIA. C'est sur la base de ces deux arguments que la société d'investissement de family office est exclue du champ de cette directive AIFM. Ce n'est pas uniquement parce qu'une telle société est constituée par un club d'investisseurs mais parce que, d'un côté, ce club fixe sa politique d'investissement en déterminant précisément son objet social et, de l'autre côté, cette société n'agit pas comme un véhicule de placement collectif cherchant à lever du capital¹⁰⁴⁸ ; il en est de même pour la Holis. Comme argument surabondant, on peut rajouter

¹⁰⁴⁶ DIRECTIVE 2009/65/CE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM).

¹⁰⁴⁷ « One might argue that the coming together of a closed number of old acquaintances does not fulfil the criteria of raising capital. Considering the system of the AIFMD, however, we do sign on to that view only in very limited circumstances. As a general matter, we do not deem the scope limited by pure acquaintance among investors. As a general matter, from the third-party manager's point of view capital is raised, irrespective of whether the investors to the fund are familiar to each other. The idea, that collective investment in the social sphere should not be regulated under the AIFMD is limited to two cases: first, self-used investments (supra, 2.2.1.3.) and self-managed investments (supra, 2.1.3.1.). The third, and fiercely debated case refers to a situation in which the same persons ('investors') raise and commit capital among themselves only, while 'the pool' assigns the asset management to a third-party » : voir ZETZSCHE, *op. cit.* (note 50), p. 60-61.

¹⁰⁴⁸ « The AIFM Law does not apply to family office type arrangements, provided they do not raise external capital » : voir ARENDT & MEDERNACH, *The alternative investment fund managers directive : Luxembourg*

que la directive AIFM exclut de son champ toute holding qui n'est « pas créée dans le but principal de produire une rémunération pour ses investisseurs par la cession de ses filiales ou de ses sociétés associées, comme en témoignent son rapport annuel ou d'autres documents officiels¹⁰⁴⁹ ». Évidemment, cette condition ne veut pas dire que toute holding à durée déterminée ne peut être exclue de la directive, car ceci fera rentrer dans le champ de cette dernière la quasi-totalité des holdings qui, comme toute société, sont rarement à durée indéterminée. La bonne interprétation du respect de cette condition est l'implication de la holding dans la gestion opérationnelle de ces filiales en allant au-delà de la simple nomination des administrateurs ; ce qui est le cas de la Holis qui procèdent à l'intégration de son groupe en profitant de toutes les bonnes synergies entre ses filiales, opérant dans le secteur de l'objet social de la Holis¹⁰⁵⁰. En outre, le flux financier de la Holis relatif à chacune de ses filiales ne se résume pas à payer le prix de d'acquisition de cette dernière et à encaisser le produit de sa cession ; il est constitué par des augmentations de capital, ou des prêts et des remontées de dividendes ou de trésorerie excédentaire¹⁰⁵¹. Ceci n'est évidemment pas contradictoire avec l'objectif de la Holis de respecter sa durée, de dix ans par exemple, et de chercher par conséquent, à la fin de cette période, de liquider ses actifs ou de négocier son rachat par d'autres actionnaires intéressés par une prolongation de cette durée sociale ou par une fusion. Ainsi et même dans le cas de la Holis Moudaraba, dont la durée sociale est stricte, la condition de la directive AIFM permet d'exclure la Holis du champ d'application de cette directive, une conclusion à laquelle nous sommes déjà arrivé par disqualification de la Holis en tant que FIA. En conséquence et contrairement aux fonds islamiques, la soumission à cette directive du gestionnaire externe de la Holis ne peut être que facultative. En définitif, la Holis se situe en

implementation, ALFI -The Association of the Luxembourg Fund Industry, [s.d.], p. 6. URL : <https://www.alfi.lu/getattachment/ab3c8a48-ea10-4a5b-a147-a2331c4fe255/alfi-aifmd-luxembourg-implementation-2013-final-web.pdf>. Consulté le 6 novembre 2020.

¹⁰⁴⁹ Directive 2011/61/UE, *op. cit.* (note ?), p.17, art 4.1.o.ii.

¹⁰⁵⁰ La clé est la distinction entre la gestion opérationnelle des affaires et la gestion d'actifs « segregation of asset management and business activity ». « A holding, although also benefitting its shareholders has something of a corporate-style objective which keeps the holding together and gives it its meaning. This holding or, more generally, enterprise purpose may be, from time-to-time, contrasted with the shareholder's interest. Conversely, the AIF is tailored exclusively to the interests of its investors ... » : voir ZETZSCHE, *op. cit.* (note 50), p. 73-75.

¹⁰⁵¹ « In the case of a holding, the focus lies on the transfer of capital and profits (in the form of dividends etc.), whereas for AIFM/private equity investment companies the focus lies on the proceeds from the sales of participations and shareholdings » : voir *Ibid.*, p. 74.

dehors du champ d'application des réglementations de toutes les formes de placement collectif¹⁰⁵², même si ultérieurement cette holding est introduite en Bourse¹⁰⁵³.

188. Droit applicable choisi. Au terme de ce titre I de la première partie consacré au choix du droit applicable, le droit luxembourgeois semble le plus indiqué pour la domiciliation de la holding qui gagnerait à avoir la forme d'une SAS. La gestion de cette dernière serait mieux servie par un gestionnaire externe personne morale engagée à respecter la conformité aux règles islamiques de gestion grâce à une convention de management soumise au droit et à l'arbitrage anglais. Toutefois, il est possible que seule la clause d'arbitrage soit soumise au droit anglais et que l'arbitre retienne les règles et principes malikites de la Charia pour la résolution de tout litige lié à la convention de management. Ces choix constitueront probablement un fondement solide du droit de réception européen à même d'accommoder la contractualisation des règles islamiques de gestion et d'investissement d'une holding confessionnelle. Ces choix pertinents seront enrichis si cette holding est une Holis qui, n'étant pas un véhicule de placement collectif, échappe en plus aux restrictions de la Directive AIFM ce qui lui permet d'assumer son rôle de holding de contrôle en private equity européen. Ainsi et à l'exception de cet avantage particulier de la Holis, la portée des fondements étatiques que nous avons identifiés dans ce titre I s'étendent à toute holding porteuse d'investissement islamique. Cette grande portée favorisant l'étendue de la faisabilité de la conformité de hard law devrait encore s'élargir dans le titre II que nous abordons maintenant et qui sera dédié au deuxième fondement de cette thèse étudiant le rite islamique de conformité.

¹⁰⁵² Analyse que j'ai pu vérifier avec un éminent juriste luxembourgeois. Cette vérification vient conforter l'analyse précitée du cabinet Arendt pour les véhicules d'investissement de family office ; publiée par l'ALFI (l'association de l'industrie luxembourgeoise des fonds d'investissement), cette analyse est clairement applicable à la Holis.

¹⁰⁵³ Cette introduction sera alors soumise à la réglementation boursière suivie par toute société de droit commun qui demande à être cotée. À l'instar des grandes groupes comme l'Oréal ou Carrefour, une telle société de droit commun cotée ne sera pas soumise à l'obligation de la répartition des risques qui impose la diversification aux véhicules de placement collectif comme les fonds islamiques.

Titre II. Choix du rite de la conformité

189. **Justification de ce titre.** Comme indiqué dans le chapitre introductif, la problématique de ce titre II s'emboîte dans la problématique duale de la première partie relative à l'existence de fondements appropriés à la contractualisation de la gestion de l'investissement islamique en conformité avec la hard law. Après avoir examiné les fondements du droit étatique, ce titre II sera consacré aux fondements de hard law islamique dans leur propre logique et généralité dépassant de loin le cadre illustratif de la Holis qui servira d'exercice d'application en seconde partie. L'identification de ces fondements doit toutefois tenir compte de l'exigence de précision des règles de conformité qui est nécessaire à la contractualisation du fait religieux, comme nous venons de le voir au précédent titre et c'est cette exigence de précision qui nous a amenés à choisir l'un des rites pour la conformité ; un choix que le présent titre justifie. Nous reconnaissons qu'il n'est pas usuel qu'une thèse européenne de droit relative à la finance islamique consacre tout un titre à un rite de jurisprudence islamique. Cependant, cette thèse a pour objectif de démontrer la possibilité d'offrir la sécurité juridique aux investisseurs de capitaux islamiques, même si ces investisseurs sont réticents à l'égard de la soft law de l'AAOIFI. C'est ce qui a motivé notre sujet démontrant le faisabilité d'une nouvelle conformité où seule la hard law des rites peut servir de fondement de la conformité du contenu de la contractualisation qui est l'outil utilisé pour accomplir cette sécurité juridique. Bien évidemment, il ne s'agit pas d'user du dépeçage entre les rites, qui est justement la pratique de l'AAOIFI la plus critiquée, mais de s'appuyer sur un seul rite dans cette contractualisation même si le droit comparé, entre les rites de hard law et entre cette dernière et la soft law, est parfois éclairant pour la compréhension.

190. **Introduction du rite sunnite malikite.** Dans le titre précédent, nous avons pu mesurer la différence structurelle entre les deux grands systèmes du droit applicable que sont le système civiliste et le système de la Common Law. De même ici, la jurisprudence islamique

de la conformité présente plusieurs grands systèmes que sont le Fiqh zahirite¹⁰⁵⁴, le Fiqh chiite¹⁰⁵⁵ et le Fiqh sunnite ; ce dernier étant adopté par la grande majorité des musulmans. Au sein de la jurisprudence islamique sunnite, les quatre écoles¹⁰⁵⁶ qui ont prévalu sont les rites hanafite, malikite, chafiiite et hanbalite¹⁰⁵⁷. Ces rites partagent un tronc commun tout en présentant des différences, à l'image de celles qui peuvent exister entre l'ordre juridique anglais et l'ordre juridique américain au sein du grand système de la Common Law¹⁰⁵⁸. Avec un décalage limité dans le temps, on peut dire que la création de ces rites a eu lieu dans le deuxième siècle de l'hégire pendant deux périodes successives : les deux premiers sont nés dans la première moitié de ce siècle et les deux derniers sont nés pendant la seconde moitié de ce même siècle¹⁰⁵⁹. Ces quatre rites ont en commun des sources dont le fondement direct ou indirect remonte à la période de la révélation de la religion musulmane s'étalant pendant environ deux décennies au début du G-VII^e siècle. Les sources communes en question comprennent des sources textuelles législatives, ce sont les sources fondamentales basées sur le sacré, et des sources jurisprudentielles au sens strict, ce sont les sources complémentaires basées sur le raisonnement juridique. Les premières, constituées par le Coran et la Sunna, exigent une interprétation juste et les secondes, comprenant les avis consensuels et les avis individuels des jurisconsultes, nécessitent le respect d'une technique méthodologique très élaborée. Dans le domaine des sources législatives, l'école malikite se distingue en allant plus loin dans l'interprétation par le contexte des textes sacrés en se référant à la pratique de Médine du temps du Prophète¹⁰⁶⁰ (bsl). L'école malikite se distingue également dans le domaine des sources complémentaires en allant au-delà du consensus général pour se baser subsidiairement sur le consensus limité aux savants du premier siècle de Médine où une majorité des compagnons du Prophète (bsl) sont restés après sa mort en l'an H-11 de l'hégire (G-632). Cette recherche de consensus, allant dans le même sens que l'interprétation des textes par le contexte, fait la promotion autant de l'authenticité de la jurisprudence islamique que de la pratique de cette

¹⁰⁵⁴ <https://www.universalis.fr/encyclopedie/ibn-hazm/3-le-savant-zahirite/>

¹⁰⁵⁵ <https://www.universalis.fr/encyclopedie/chiisme-shi-isme/>

¹⁰⁵⁶ Voir supra § 20 dans le chapitre introductif.

¹⁰⁵⁷ En référence, respectivement, à abou-Hanifa (H-80 à 150), à Malik (H-93 à 179), à Chafii (H-150 à 204) et à Ahmed ibn-Hanbal (H-164 à 241). Ainsi, en années lunaires de l'hégire (dont chaque siècle est estimé à 97 années solaires Grégoriennes), Malik a vécu 86 ans contre 77, 70 et 54 respectivement pour Ahmed, abou-Hanifa et Chafii. Une autre distinction de Malik c'est qu'il s'est consacré à plein temps au droit, en vendant au besoin son patrimoine, alors que les trois autres imams avaient toujours d'autres occupations de travail ou de déménagement de pays en pays.

¹⁰⁵⁸ Voir supra § 145.

¹⁰⁵⁹ Voir infra § 273-275.

¹⁰⁶⁰ La majuscule est utilisée pour tous les termes ayant un sens précisé dans le lexique figurant au début (listes des abréviations et glossaire des termes du droit économique islamique).

jurisprudence notamment au niveau des conditions d'application et des dérogations. Ces sources complémentaires étant directement créatrices de la grande majorité du droit et notamment du droit économique, le terme « jurisprudence » utilisé couramment dans le sens strict connu a fini par avoir un autre sens plus large pour référer au droit en général. On parle alors de « jurisprudence islamique » pour dire droit islamique ou « jurisprudence malikite » pour dire rite malikite. Enfin, c'est dans cet important domaine des sources complémentaires que le malikisme considère comme les autres écoles que l'Analogie est la principale source non textuelle mais il se distingue par un usage élaboré d'autres principes généraux considérés également comme des sources de droit. Parmi ces principes figurent d'autres sources ou méthodes dérivant de « la protection de l'intérêt général » comme « la priorité du fond sur la forme », corollaire du principe général de la source du Moyen relative à « l'influence des fins sur le caractère juridique des moyens ». Attirés par ces distinctions, des théologiens contemporains comme Yusuf¹⁰⁶¹, académicien américain converti à l'Islam, ont choisi de pratiquer ce rite. Un tel choix est motivé par l'argument du large accès de Malik aux sources originelles de ce droit pendant une vie académique bien plus longue que celles des trois autres imams. De plus, ce choix académique objectif du rite malikite est également justifié par l'effort soutenu de Malik pour valider et revalider sa jurisprudence. Adepte de la réponse à chaud de « je ne sais pas », Malik prend parfois plus de dix ans afin d'émettre une opinion sur un sujet qui lui paraît difficile. Ensuite et jusqu'à la fin de sa vie, Malik a continué à valider et revalider ses opinions ce qui a permis à sa jurisprudence d'être considérée comme la plus solide¹⁰⁶². C'est le développement des arguments précédents dans le présent titre II qui justifiera notre choix du malikisme comme rite de conformité répondant à la précision exigée par la contractualisation du fait juridique par des règles pouvant satisfaire le besoin d'authenticité des investisseurs. Cette justification doit montrer la capacité inégalée de ce rite pour la qualification authentique des situations juridiques de notre époque grâce à l'environnement juridique de Médine qui a donné à Malik, outre une excellente qualité des sources de droit, une richesse de ces sources exceptionnelles en quantité qui n'était pas accessible à tous à cette époque (chapitre 1). C'est sur cette base que nous devons montrer également que ce rite a acquis, à travers les siècles¹⁰⁶³, sa profondeur (chapitre 2) qui facilite l'identification de la bonne référence malikite à la

¹⁰⁶¹ Hamza YUSUF et Hesham ALALUSI, « Mission | Zaytuna College », *Zaytuna*, 1996. URL : <https://zaytuna.edu/mission>. Consulté le 1 novembre 2017.

¹⁰⁶² Une telle appréciation, confirmant d'ailleurs les dires d'Ahmed et de Chafii, a de la valeur car émise par Shatibi qui, bien que malikite, est connu pour être l'un des experts les plus objectifs des sources de droit : voir SHATIBI أبو إسحاق إبراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 323-333, v. 5.

¹⁰⁶³ Du temps du fondateur et jusqu'à notre époque par la succession des disciples de Malik.

contractualisation de la conformité, permettant le rattachement précis des situations juridiques que nous avons qualifiées.

Chapitre 1. Proximité malikite des sources originelles

191. **Justification de ce chapitre.** Quel que soit le rite sélectionné pour accomplir l'objectif d'une conformité de hard law, il est impératif d'explicitier ses fondements en termes de sources de droit, dites *usul al-fiqh*, afin de pouvoir qualifier dans ce rite le processus de gestion de l'investissement islamique avant de le contractualiser. Un tel effort de compréhension des méthodes de création de droit est nécessaire afin de rassurer les investisseurs et leurs juristes quant au bien-fondé du contenu de cette contractualisation en montrant la qualification solide des situations juridiques actuelles qui permet notamment de les rattacher correctement à la jurisprudence du rite. Cet effort est également nécessaire pour permettre la compréhension des Motifs de cette conformité contractualisée par les gestionnaires qui auront la charge de son application. Cet effort est enfin nécessaire aux juristes et avocats qui conseillent les deux parties aussi bien dans la conclusion que dans les effets de cette contractualisation notamment à l'occasion de l'audit annuel. C'est pour cela que ce chapitre dédié aux sources de droit est essentiel pour cette thèse et particulièrement pour sa construction contractuelle développée dans la deuxième partie dans le cas illustratif du private equity de contrôle. Les notions théoriques de ce domaine, énumérées dans l'aperçu du contenu de ce chapitre, seront mieux comprises aux chapitres suivants à travers des exemples d'application auxquels renvoie ce chapitre de temps en temps. Ainsi justifié, ce chapitre devrait alors avoir un contenu répondant à sa problématique.

192. **Aperçu du contenu du chapitre**¹⁰⁶⁴. La base de la norme de ce droit religieux est bien évidemment la parole de Dieu transcrite dans le Coran telle qu'expliquée et complétée par les paroles et les pratiques de son messenger (bsl). Outre l'interprétation de ces sources sacrées qui permet d'extraire à la fois des principes de droit et des règles spécifiques, cette norme juridique est complétée par des avis jurisprudentiels. Les règles juridiques constituant ce droit correspondent à des situations réelles soit par l'énonciation d'une façon impersonnelle des règles retenues par les juges d'une certaine stature, soit, surtout, par la transcription des opinions juridiques émises par des maîtres de doctrine pour des situations génériques. Par conséquent, la jurisprudence en droit islamique est plus large que la notion moderne de la jurisprudence en droit positif car elle comprend la doctrine des auteurs qui font autorité à chaque époque. Cependant et malgré leur connaissance et leur prestige, ces auteurs adoptent les méthodes

¹⁰⁶⁴ Un contenu dont une grande partie a servi de support à un séminaire organisé à l'Université du Luxembourg sous la patronage du Professeur Prüm le 6 février 2019.

développées par les imams renommés des premières générations suivant la vie du Prophète (bsl). Au-delà de leurs connaissances des sources sacrées, ces auteurs, juges ou professeurs de droit, sont alors tenus par le principe du respect du précédent¹⁰⁶⁵ non seulement au niveau des règles mais surtout au niveau des méthodes dont certaines, comme l'Analogie, sont élevées au rang de sources complémentaires du droit. La connaissance des sources, législatives et extra-législatives, utilisées par les imams fondateurs des quatre écoles sunnites est devenue, dès le H-II^e siècle, un préalable sans lequel les juristes ne peuvent devenir des auteurs de jurisprudence ayant l'autorité pour émettre des règles inédites adressant des situations nouvelles. Cependant, si ces juristes incompetents dans la création du droit ont quand même des connaissances suffisantes de la jurisprudence existante, ils seront alors autorisés à émettre des opinions basées uniquement sur ces règles après vérification que la qualification de chaque cas posé correspond aux Modalités de la règle qui lui est appliquée. Dans cet exercice, la qualification des situations par les données et les faits est en effet considérée comme la compétence élémentaire des jurisconsultes. Ensuite et une fois la qualification faite, soit elle correspond à une règle connue par le jurisconsulte, soit elle ne correspond à aucune des règles qu'il a étudiées. Dans ce dernier cas, la consultation de ce jurisconsulte de niveau basique ne donnera pas lieu à l'émission d'une opinion juridique mais seulement à la détermination de la qualification qui sera examinée par un jurisconsulte ou un auteur de jurisprudence compétent pour émettre l'opinion correspondante. Cette dernière est alors basée soit sur une règle existante que ne connaît pas le premier jurisconsulte, soit sur une nouvelle règle jurisprudentielle¹⁰⁶⁶ développée par ce jurisconsulte apte à créer de la jurisprudence conformément aux principes méthodologiques du respect du précédent et de l'usage des sources de droit. C'est donc la maîtrise de cette qualification qui nous permettra de rattacher le processus moderne de gestion à une règle jurisprudentielle existante ou, plus rarement, de proposer une nouvelle règle quand le rattachement n'est pas possible. Les caractères principaux de cette création de droit, particulièrement dans le rite malikite, s'analyse à travers la rigueur requise pour exploiter les textes législatifs (section 1) et l'ouverture nécessaire aux autres sources pour compléter ce droit (section 2). En montrant, sur ces deux registres, que le malikisme présente une proximité exceptionnelle aux sources originelles qui a permis à sa jurisprudence d'être à la fois riche et authentique, nous démontrons que notre choix de ce rite est judicieux. Cette pertinence découlerait de l'authenticité, thème à l'origine de cette thèse, comme elle proviendrait de la

¹⁰⁶⁵ Comme en Common law ; c'est ce qui explique la désignation courante du droit islamique par jurisprudence.

¹⁰⁶⁶ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 534, § 78.

richesse juridique qui constitue une nécessité pratique pour pouvoir appliquer la conformité de hard law à des métiers de notre monde moderne, comme le private equity européen de contrôle.

Section 1. Rigueur dans l'usage des sources législatives sacrées

193. **Définition des sources sacrées.** La problématique de création de droit au sein d'un rite de hard law s'appréhende d'abord par la compréhension du rapport de la jurisprudence de ce rite avec les sources sacrées que sont le Coran et la Sunna. Le Coran est défini par la doctrine des sources de jurisprudence islamique comme étant « la parole de Dieu aussi bien au niveau du sens qu'au niveau du texte¹⁰⁶⁷ même qui a été transmise au Prophète (bsl) puis, à travers lui, aux générations ultérieures par plusieurs voies concordantes¹⁰⁶⁸ ». Quant à la Sunna, elle correspond à « toutes paroles, toutes actions ou tous acquiescements attribués au Prophète¹⁰⁶⁹ (bsl) ». Sur le fond, une similitude se dessine entre ces deux sources, car elles ont une origine unique du fait que la Sunna a été expliquée par Dieu à son Prophète (bsl) qui a été guidé aussi bien dans sa parole que dans ses faits et gestes. En revanche, au niveau de la forme et contrairement au Coran, la Sunna est attribuée au Prophète (bsl) et non pas à Dieu et cette attribution est claire dès son énonciation initiale qui diffère de celle du Coran dont les lettres, les mots, les phrases et les chapitres sont attribués à Dieu pendant leur révélation. Outre cette différence de forme, il y a une distinction au niveau de la nature, car le Coran est toujours une parole alors que la Sunna peut être une parole, une action ou un acquiescement et ce dernier peut se référer à un fait, comme c'est toujours le cas pour la parole et l'action, ou à une pratique vécue du temps du Prophète (bsl). Quelles que soient la forme et la nature du texte sacré, une extrême rigueur est exigée pour l'exploiter.

194. **Rigueur de la création du droit législatif.** L'exploitation du Coran et de la Sunna demande au juriste une grande exigence car ces textes sont considérés comme reflétant la volonté de Dieu pour guider le comportement de l'Humanité. Cette lourde responsabilité se traduit dans le comportement de Malik qui a dit que certains sujets d'opinions juridiques l'occupent pendant des nuits et perturbent son alimentation et son sommeil. Enfin et outre le temps que Malik prenait pour valider ses opinions¹⁰⁷⁰, il incitait les jurisconsultes à suivre les compagnons en distinguant dans la terminologie qu'ils utilisent entre leurs opinions qui se

¹⁰⁶⁷ Dont la lecture constitue, de ce fait, une prière.

¹⁰⁶⁸ Hishām SAÏD هشام السعيد, [Al-Furūq fī mabāḥith al-Kitāb wa-al-Sunnah 'inda al-uṣūlīyīn] الفروق في مباحث الكتاب والسنة عند الأصوليين, al-Ṭab'ah al-ūlā, al-Riyāḍ : Dār al-Maymān lil-Nashr wa-al-Tawzī', 2014, p. 119.

¹⁰⁶⁹ Ibid.

¹⁰⁷⁰ Voir supra § 190.

basent sur les sources textuelles et celles qui se basent sur d'autres sources. Quand on lui a demandé la raison à de telles précautions alors que sa jurisprudence est toujours suivie, Malik expliqua que le plus méritant pour être suivi doit justement avoir une telle rigueur¹⁰⁷¹. Cette création de droit est définie par Averroès comme étant la déduction d'une règle de droit, en utilisant certains outils, par un juriste qui maîtrise aussi bien les sources sacrées de droit que les méthodes appliquées à ces sources pour déduire une telle règle. Ce juriste créateur de règles de droit est considéré comme un imam¹⁰⁷² d'opinions en Charia s'il est reconnu par ses pairs, c'est le juriste « Diligent » qui satisfait forcément les conditions traduisant sa haute expertise législative.

195. Conditions de la Diligence législative. Selon Averroès, le niveau de maîtrise exigé du Diligent se traduit par des connaissances du Coran et de la Sunna ainsi que d'autres sources comme le consensus général. Pour le Coran et bien qu'il soit préférable de le connaître en totalité, il s'agit au minimum de la connaissance des versets législatifs¹⁰⁷³ que le Diligent devrait apprendre contrairement au reste du Coran dont la mémorisation n'est pas obligatoire. Pour la Sunna également, la connaissance des traditions législatives est nécessaire mais, bien que préférable, aucune mémorisation n'est obligatoire et il suffit d'avoir une trace écrite de cette partie de la Sunna dont l'authenticité est expertisée par lui-même, s'il est compétent en narration, ou par les rapporteurs reconnus¹⁰⁷⁴ dont il accepte les critères de validation. S'agissant de consensus général, il est préférable que le Diligent connaisse toutes les règles déduites par ce moyen mais il suffit qu'il sache que son opinion est conforme à l'opinion d'un Diligent qui le précède car, de cette façon, il sera certain que son opinion ne va pas à l'encontre d'une jurisprudence devenue constante par un consensus. Toutefois, Malik considère que le Diligent doit connaître également les raisons des divergences d'opinions apparues après la mort du Prophète (bsl) entre ses compagnons¹⁰⁷⁵. En outre, le Diligent doit connaître suffisamment la langue arabe pour comprendre, avec la finesse nécessaire, les textes sacrés et connaître également les notions fondamentales de la philosophie islamique¹⁰⁷⁶ conformément à la

¹⁰⁷¹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 323, v. 5.

¹⁰⁷² « Un leader » dans notre langage. Quand il n'y a pas d'équivoque, ce terme peut être spécifique au leadership dans le domaine dont on parle. Ainsi dans le contexte de création de droit, ce terme est synonyme de Diligent.

¹⁰⁷³ Environ cinq cents, regroupant aussi bien les versets en vigueur que ceux abrogés.

¹⁰⁷⁴ Appelés « imams du *hadith* ».

¹⁰⁷⁵ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 123, 147, v. 5 ; Mohamed Fadhel BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, [Les conférences marocaines] المحاضرات المغربية, Tunisie : Société Tunisienne de Diffusion 1974, الدار التونسية للنشر, p. 75. URL : <http://www.aruc.org/fullbib.aspx?id=383458>. Consulté le 15 juillet 2018.

¹⁰⁷⁶ AVERROÈS ابن رشد الحفيد, [Le nécessaire en sources de droit] المختصر المستقصى, Liban, Bairūt : La maison du Maghreb islamique 1994, المكتبة الوقفية للكتب المصورة - دار الغرب الإسلامي, p. 137-138. URL : <http://waqfeya.com/book.php?bid=9924>. Consulté le 13 avril 2018.

doctrine majoritaire du dogme et de la foi¹⁰⁷⁷. Shatibi explicite la maîtrise des méthodes de création de droit dont parle Averroès en précisant que le Diligent doit impérativement (i) comprendre la totalité des Motifs¹⁰⁷⁸ du législateur et (ii) avoir la capacité de bâtir des déductions de règles juridiques, conformes à ces Motifs, à partir de sources et hypothèses justifiées. Cette condition de capacité se traduit pour la Diligence législative par principalement l'expertise linguistique de haut niveau qui est pour Shatibi la seule exigence car l'interprétation des textes législatifs requiert cette expertise comme l'a indiqué Averroès, Chafii¹⁰⁷⁹ et d'autres. Afin de parfaire notre compréhension de ces deux conditions de la Diligence, il faudrait voir la façon dont elles sont mises en œuvre.

196. Mise en œuvre des conditions de la Diligence législative. Shatibi retient la première condition de la Diligence (i) car le droit est bâti sur les Motifs¹⁰⁸⁰ considérés par le législateur ; quant à la deuxième condition (ii), il l'utilise un peu comme un moyen pour remplir la première condition en exigeant une aptitude et des connaissances nécessaires à la compréhension du droit et à la déduction des règles juridiques. Afin de remplir cette deuxième condition de capacité et à l'exception de l'expertise linguistique, il n'est pas nécessaire d'être un expert dans les autres connaissances car il suffit de s'assurer que les hypothèses nécessaires, relatives à chacune de ces connaissances, soit validées par un expert reconnu dans le domaine en question. Le Diligent devenant alors Suiveurs de ces experts comme c'est le cas de abou-Hanifa et de Chafii dans le domaine de l'authentification de la Sunna par exemple, ce qui ne les a pas empêchés de devenir deux des plus grands Diligents du droit autant que Malik et Ahmed¹⁰⁸¹ qui sont des experts en narration. C'est également le cas de Malik qui, comme les autres fondateurs de rites, a eu recours à des médecins et à d'autres experts selon ses besoins dans la construction du droit. Cependant, comme le précise ibn-el-Hajeb, le Diligent doit être convaincu que l'avis des experts qu'il suit est probablement correct, notamment en termes d'authentification de la Sunna pour abou-Hanifa et Chafii¹⁰⁸². Qu'il s'appuie sur sa propre expertise ou sur l'expertise d'autrui, le Diligent fait face à une multitude de difficultés dans son

¹⁰⁷⁷ Celle des acharites et maturidites, les autres doctrines n'exigeant pas cette connaissance.

¹⁰⁷⁸ Voir infra § 209 et surtout 214-215 ainsi que 238-239.

¹⁰⁷⁹ SHATIBI شاتبي ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 41-45, 47, 51-52, 57, v. 5. Voir également la note bas de page 1 en p. 45.

¹⁰⁸⁰ Voir infra § 209 et surtout 214-215 ainsi que 238-239.

¹⁰⁸¹ Averroès et même, parfois Shatibi, considérait Ahmed ibn-Hanbal plus comme un imam d'authentification de la Sunna que comme un imam Diligent dans la création du droit. De nos jours, cet avis est minoritaire et le hanbalisme est considéré comme un rite sunnite à part entière au même titre que les trois autres : hanafisme, malikisme et chafiisme.

¹⁰⁸² SHATIBI شاتبي ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 41-45, 47, 51-52, 57, v. 5. Voir également la note bas de page 1 en p. 45.

exercice de création du droit législatif ; bien que relativement rare, le conflit des sources textuelles constitue l'un de ces défis les plus difficiles.

197. **Conflit des sources textuelles.** Pour exprimer une opinion de création de droit basée sur les textes, le Diligent peut rencontrer ce qui lui semble une contradiction des sources et ceci peut se présenter dans deux types de cas de figures. Le premier type est celui où les sources peuvent coexister en adressant des situations différentes comme dans le cas d'un texte dérogatoire qui exclut certaines situations du champ d'application d'un texte général¹⁰⁸³. Parfois, la contradiction de ce type peut être levée par l'effort de compréhension des finesses de la qualification de la situation étudiée ce qui mène le Diligent à distinguer plusieurs sous cas où l'application de l'une des deux sources devient pour lui clairement inappropriée par rapport à l'application de l'autre¹⁰⁸⁴. Le deuxième type de contradictions que le Diligent peut rencontrer est celui où la coexistence des deux sources lui¹⁰⁸⁵ paraît impossible. En réalité, ce dernier genre de contradictions relatif à un Diligent donné ne pourra pas devenir absolu par consensus général en cas de certitude sur l'authenticité et la non abrogation des deux sources comme quand il s'agit de deux versets coraniques dont aucun n'est abrogé. Dans pareilles situations, le Diligent devrait renoncer à émettre une opinion jusqu'à ce qu'un Diligent, lui-même ou un autre, ait l'opportunité de lever la contradiction par la coexistence des deux textes. En revanche, dans des situations où l'une, au moins, des deux sources est incertaine, le Diligent peut prononcer son opinion en l'ignorant. Cette caducité a également lieu dans le cas où l'une des sources, motivée par un besoin inférieur dans la hiérarchie des Motifs législatifs¹⁰⁸⁶, devient inopérante dans une situation relevant concomitamment d'une autre source répondant à un besoin supérieur¹⁰⁸⁷.

¹⁰⁸³ Par exemple, l'autorisation du mensonge pour rapprocher des époux fâchés est une dérogation par rapport à l'interdiction générale du mensonge ou encore l'autorisation de ne pas candidater aux responsabilités publiques, comme celles des juges, pour les personnes qui n'ont pas cette capacité par dérogation à l'Obligation Collective générale dans ce domaine.

¹⁰⁸⁴ Par exemple, l'Interdiction des expéditions difficiles en mer pour ceux qui n'ont probablement pas la capacité pour y survivre et son autorisation pour ceux dont on ne craint pas pour leur vie. Un autre exemple est celui où la différence de l'intention (par la prise en compte ou la méconnaissance des Motifs de la sagesse et de la moralisation dans le comportement) permet de résoudre la contradiction apparente entre les deux principes généraux du Désirable et de l'Indésirable de l'effort soutenu pour obtenir des avantages matériels au-delà des Nécessités. Cette distinction est, d'ailleurs, l'une des bases des règles de tutelle protégeant les avantages matériels des incapables. Voir également infra § 235 donnant l'exemple des effets de la nullité de la commandite qui sont, selon la situation, calqués sur les effets du contrat de Louage ou sur ceux de la commandite valide comparable.

¹⁰⁸⁵ À lui, pas nécessairement aux autres Diligents qui peuvent voir une compréhension permettant la coexistence des deux textes apparemment divergents.

¹⁰⁸⁶ Comme celui de ne pas manger ce qui est souillé qui peut contredire celui de la protection de la vie dans des cas exceptionnels où la nourriture pure ne serait pas disponible : voir infra § 215.

¹⁰⁸⁷ SHATIBI *ابو اسحاق ابراهيم الشاطبي* et BEN HASAN AL-SALMAN *ين حسن آل سلمان*, *op. cit.* (note 29), p. 342-344, 346-347, 349-355, 357, 360, 362-366, v. 5.

198. **Axes de la rigueur législative.** Avec ces multiples facettes comme la résolution de conflit entre les textes, la Diligence législatives ne peut aboutir à des règles à la fois authentiques et fonctionnelles qu'en se basant sur des sources solides et sur des bases précises de droit. En effet, c'est uniquement avec de telles qualités qu'une filiation réelle de la règle à la jurisprudence islamique sera établie et qu'ensuite elle pourra pratiquement s'appliquer en limitant la confusion quant à son contenu et à son champ d'application. Ainsi, la problématique du rapport du rite avec les sources sacrées commence par la solidité de l'existence d'un texte interprétable agissant comme une source législative (sous-section 1) et finit par l'exploitation de ce texte sur des bases précises de ce droit (sous-section 2).

Sous-section 1. Solidité des sources législatives du droit

199. **Effets du contexte des sources législatives.** Comme indiqué dans les définitions précitées, le Coran est toujours une parole alors que la Sunna peut avoir plusieurs natures : une parole, une action ou un simple acquiescement du Prophète (bsl). Dans tous les cas de figure, le Coran comme la Sunna sont révélés d'une certaine manière et dans certaines circonstances qui peuvent exercer une influence sur les règles juridiques déduites notamment de la Sunna¹⁰⁸⁸. La compréhension de ce contexte n'est cependant que l'un des préalables pour créer des règles législatives de droit.

200. **Préalables à la création des règles législatives.** Les textes du Coran et de la Sunna ne sont pas construits comme un code ou une loi de droit positif civiliste. En effet, bien que ces textes comprennent une composante exposant directement des principes de droit¹⁰⁸⁹, la plupart est formulée comme une qualification ou une solution d'un cas de jurisprudence conduisant directement à des règles spécifiques de droit et indirectement à des principes de droit par extrapolation de ces règles spécifiques. Il est donc clair que l'exploitation de ces textes sacrés requiert une bonne interprétation afin d'assurer la grande qualité de la déduction de ces règles et de ces principes de droit. Encore faut-il s'assurer, au préalable, de l'authenticité de ces textes sur lesquels se base tout ce travail de déduction. Ainsi la problématique de l'existence effective d'un texte sacré interprétable exige d'abord la preuve de l'authenticité de cette existence (A) et ensuite l'utilisation des bons moyens d'interprétation (B).

¹⁰⁸⁸ Mohamed Taher BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aš-šarī'a al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية Tunisie / Egypte : Maison Souhnoun / Dār as-Salām, 2012 (vol. 1/1), p. 31 et 33.

¹⁰⁸⁹ Rappelant les principes juridiques de la doctrine du droit positif.

A. Solidité par l'authenticité

201. **Authenticité des textes en général.** Contrairement à la Sunna, Le Coran comporte, dans sa définition même¹⁰⁹⁰, l'exigence de plusieurs voies de transmission concordantes de son texte ce qui exclut le doute¹⁰⁹¹. En termes de moyens de transmission, les deux moyens de l'écrit et de la narration ont été utilisés pour le Coran avant le regroupement dans un livre de tous les versets (phrases et paragraphes) et sourates (chapitres) par le premier calife juste après la mort du Prophète (bsl). Ceci n'a pas été le cas de la Sunna qui n'a commencé à être écrite qu'un siècle plus tard par Malik une fois que toute confusion avec le Coran par les générations futures a été devenue impossible, après la duplication et la diffusion du livre coranique à partir de l'époque du troisième calife¹⁰⁹² et de ceux qui l'ont suivi jusqu'à l'époque de Malik. Ainsi, la Sunna a été transmise exclusivement par narration pendant un siècle avant que sa transcription ne commence. C'est pour cela que, selon la robustesse de la voie ou des voies de transmission de la Sunna par le nombre de voies indépendantes et par la qualité des narrateurs ou rapporteurs, l'authenticité de la Sunna peut comporter un doute plus ou moins grand. La Sunna concordante est certaine alors que la Sunna parvenue par une voie unique est au mieux probable quand sa seule voie de narration est de bonne qualité et au pire franchement douteuse quand cette voie de transmission est de mauvaise qualité. C'est en fonction du degré de ce doute que se calibre l'usage de la Sunna pour déduire des règles juridiques¹⁰⁹³ car plus le doute est grand, moins le domaine de la règle déduite est important et c'est pour cela qu'au-delà d'un certain niveau de doute, la Sunna est abandonnée pour tout usage juridique. Cette latitude dans l'usage des textes dont la transmission est douteuse est propre à la Sunna¹⁰⁹⁴ et ne peut concerner le Coran dont l'authenticité est, comme on l'a vu, parfaitement établie et dont le texte est ce qui nous a été parvenu d'une façon concordante avec l'une des sept prononciations connues¹⁰⁹⁵. En termes de Sunna concordante, Malik considère que la transmission de qualité par des voies de narration nombreuses au point de devenir connues usuellement par la communauté des savants de la Sunna rend la citation de ces voies nombreuses superflue. C'est pour cela que Malik occulte la narration et la transcription du détail de ces voies nombreuses et se restreint à indiquer qu'une telle Sunna est réputée. Par cette

¹⁰⁹⁰ Voir supra § 193.

¹⁰⁹¹ AVERROËS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 68.

¹⁰⁹² Soit une quinzaine d'années après le décès du Prophète (bsl).

¹⁰⁹³ AVERROËS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 71.

¹⁰⁹⁴ SAÏD هشام السعيد, *op. cit.* (note 1068), p. 123-124.

¹⁰⁹⁵ Il s'agit souvent de plusieurs utilisations possibles de voyelles pour le même mot en Arabe selon les usages des principales tribus en contact avec le Prophète : voir AVERROËS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 63.

qualité, le contenu de cette Sunna devient certain alors qu'il sera seulement probable si la transmission de qualité est assurée par une voie unique car l'erreur ou l'omission demeurent possibles même pour un rapporteur de bonne foi qui peut toujours oublier ou se tromper. C'est sur cette base, que la Sunna de voie unique de qualité, usuellement considérée comme une source législative, sera abandonnée par Malik en cas de divergence avec une Sunna concordante et, a fortiori, avec une Sunna réputée et donc au summum de la fiabilité de la transmission¹⁰⁹⁶. C'est dans ce contexte que se pose la question de la valeur de la convergence des rapporteurs de Médine notamment quand il s'agit de pratiques remontant à l'époque du Prophète (bsl).

202. Valeur de la convergence de Médine. Comme on l'a indiqué¹⁰⁹⁷, l'acquiescement peut se rapporter soit à un fait précis soit à une pratique vécue du temps du Prophète (bsl) sans aucun déni exprimé de sa part. Cette nature multiple de la Sunna de l'acquiescement lui donne une richesse exceptionnelle par rapport à celles de la parole ou de l'action. Ce sujet de la Sunna relative à l'acquiescement tacite de la pratique est principalement, et peut être seulement, illustré par ce qui est conventionnellement appelé « la pratique de Médine » qui relève du sujet plus vaste de la convergence des savants de Médine. Dans ce domaine de convergence, il y a une confusion courante entre deux types très différents : d'une part, la convergence sur la narration de la Sunna transmettant un usage vécu du temps du Prophète (bsl) et d'autre part, la convergence sur la solution juridique retenue pour une nouvelle situation non adressée par les textes sacrés. La première convergence relève des sources législatives alors que la deuxième relève des sources jurisprudentielles. Averroès apprécie ces deux types de convergences quand il indique que le consensus de Médine des premières générations (en référence à notre deuxième type de convergence) n'a pas l'autorité du consensus général sauf s'il s'agit de la confirmation d'une Sunna par des narrations successives entre ces générations (en référence, cette fois, à notre premier type de convergence). Cependant et sans souscrire à l'avis d'Averroès, une telle confusion faite par certains savants est justifiée, de leur point de vue, car même s'il s'agit d'un consensus des juristes de Médine sans narration d'une Sunna, ce consensus a une certaine valeur¹⁰⁹⁸. On pourrait, en effet, considérer que l'environnement de Médine de ces premières générations est moins propice que celui d'autres

¹⁰⁹⁶ ibn al-Qaṣṣār علي ابن القصار JUGE ALI et Muṣṭafā MAKHDŪM مصطفى مخدوم, [Introduction aux sources de droit « Muqaddimah fī uṣūl al-fiqh »] مقدمة في أصول الفقه, al-Ṭab'ah 1, al-Riyāḍ : Dār al-Ma'lamah lil-Nashr wa-al-Tawzī', 1999, p. 211, 214, voir également la note bas de page en p. 218.

¹⁰⁹⁷ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aṣ-ṣarī'a al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, op. cit. (note 1088), p. 21-22.

¹⁰⁹⁸ Valeur qui pourrait découler, entre autres, de la norme reconnue par les hanafites pour la transmission de la Sunna : voir AVERROÈS ابن رشد الحفيد, op. cit. (note 1076), p. 93-94.

endroits pour adopter des pratiques contraires à la lettre et à l'esprit de la Charia. Dans la même logique, le motif relatif au risque que « le consensus local soit obtenu par la contrainte des dirigeants » cité par Averroès semble hautement improbable au premier siècle de l'hégire pour le cas de Médine. En examinant les données historiques, il est difficile d'imaginer à cette époque que de telles contraintes puissent influencer sur l'activité religieuse et juridique de cette ville où la majorité¹⁰⁹⁹ des compagnons du Prophète (bsl) y sont restés après sa mort en transmettant la pratique et l'esprit hérités du temps du Prophète (bsl) à la génération des Suivants. Même pour la troisième génération qui leur a succédé et à laquelle appartient Malik, la contrainte n'a pas d'effet sur les opinions juridiques rendus comme le démontre un incident connu vécu par Malik qui a refusé d'aller dans le sens des sollicitations de la classe dirigeante. A fortiori, la contrainte ne pouvait forcer une communauté académique de compagnons ou de Suivants, qui se comptait par dizaines, à changer leur consensus juridique afin d'obliger la ville, qui abritait à ce moment des centaines de compagnons ou de leurs Suivants, à changer de pratiques pour adopter un usage contraire à la tradition prophétique. Ce consensus de la majorité, restée à Médine, devient alors prioritaire dans la compréhension du droit et devrait donc être suivi, sauf quand l'avis de la minorité correspond à des circonstances considérées différentes juridiquement¹¹⁰⁰. D'ailleurs, la Sunna rapporte que « *les meilleures générations [sur le plan de l'application de l'Islam] sont la mienne [celle du Prophète (bsl) et de ses compagnons] puis celle qui lui succède [à laquelle appartiennent les Suivants] puis celle qui vient après [à laquelle appartiennent les Suivants des Suivants]*¹¹⁰¹ ». Associée à une deuxième parole de Sunna disant que « *Médine est une bonne ville qui éloigne son mal* ¹¹⁰² », la première Sunna devrait s'appliquer le mieux au cas des trois premières générations de Médine. Dans ce périmètre, on peut donc inclure prioritairement grâce à leur nombre la majorité des compagnons restée dans cette cité ; puis, on peut rajouter les « Suivants » qui les ont connus et, en troisième lieu, les « Suivants des Suivants » de la troisième génération qui ont connu, comme Malik, ces « Suivants » de la deuxième génération.

203. Sunna authentique de l'acquiescement de la pratique. C'est dans ce domaine de convergence des narrateurs de Médine et après l'avoir distingué de la convergence d'opinions juridique dont la valeur sera appréciée dans notre étude du consensus¹¹⁰³, que nous

¹⁰⁹⁹ Estimée par Hamza Yusuf à 80%.

¹¹⁰⁰ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 253, v. 3 et 332, 5. *Ibid.*

¹¹⁰¹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 294, v. 5.

¹¹⁰² Muḥammad Ibn-Muḥammad IBN-ʿĀSIM محمد بن محمد ابن عاصم et Fakhreddine AL-MAHSI فخر الدين المحسي, *[Explication du poème (L'accès supérieur à la science des sources) « murtaka al-wusul ila ilm al-usul » شرح نظم]*, Jordanie : Dar al-Athariya, 2007, p. 645.

¹¹⁰³ Voir infra § 243-245.

pouvons maintenant apprécier la valeur législative de la pratique de Médine. Cet autre type de convergence relève, en effet, de la Sunna concordante relative à l'acquiescement qui, comme le rapporte Malik, peut avoir un autre contenu où la Sunna ne transmet pas un fait précis mais un usage pratiqué du temps du Prophète (bsl) en bénéficiant d'un acquiescement tacite de sa part. Dans la Sunna relative à un fait, l'acquiescement du Prophète (bsl) est transmis par la narration d'un fait où chacun des compagnons rapporteurs d'origine se réfère à un événement précis auquel il a assisté et pour lequel il a constaté l'acquiescement du Prophète (bsl). Quant à la Sunna concordante de l'acquiescement de la pratique, Malik indique que l'acquiescement est transmis par la narration d'un usage où chacun des compagnons rapporteurs d'origine ne se réfère pas à un fait précis mais à une pratique usuelle du temps du Prophète (bsl) pour laquelle il n'y a pas eu, à sa connaissance, une contre-indication émanant du Prophète (bsl). Ce deuxième contenu de narration concordante de l'acquiescement est théoriquement possible en tout lieu où le Prophète (bsl) était présent mais, dans les faits, il est difficile de l'imaginer en dehors de l'environnement de Médine où le Prophète (bsl) a vécu jusqu'à sa mort et où une majorité écrasante de compagnons est restée et a transmis ce genre de Sunna. Cette ville de Médine vivait pendant douze ans au rythme des faits et gestes du Prophète (bsl) qui par ses paroles, ses actions et ses acquiescements façonnait tous les aspects de la vie. C'est pour cela que la narration concordante de l'acquiescement de la pratique a été attribué à Médine. Initiée par les nombreux compagnons restés dans cette ville, cette pratique prophétique a été transmise à des narrateurs plus nombreux de la génération d'après qui, à leur tour, l'ont transmise à des narrateurs encore plus nombreux de la génération de Malik. Ce dernier, ayant regroupé les narrations de Médine, a acté dans son Mouwatta plus de trois cents Sunna de ce contenu et s'est référé, certainement, à beaucoup plus dans ses cours de droit car il considérait cette pratique de Médine comme une source législative, partie intégrante de la Sunna. Suivie par la majorité de Diligents malikites et non malikites, cette appréciation de la Sunna de la pratique de Médine n'a connu, sur le plan du principe, qu'une minorité de contradicteurs parmi les chafrites. Il apparaît donc encore plus clairement que ces deux types de convergence des savants de Médine sont de natures distinctes. D'une part, cette pratique de Médine qui rapporte comme toute Sunna l'appréciation d'une situation donnée par le Prophète (bsl) et d'autre part, le consensus de Médine qui porte sur un contenu différent relatif à un avis juridique de Diligents pour une nouvelle situation qui est apparue après l'époque du Prophète (bsl). Tandis que la pratique de Médine se caractérise principalement par un contenu attribué au Prophète (bsl) par son acquiescement, le consensus de Médine se caractérise par un contenu fruit principalement du raisonnement juridique comme l'Analogie. Comme beaucoup d'autres, al-Beji précise que ce

thème de consensus de Médine, que nous traiterons dans les sources jurisprudentielles¹¹⁰⁴, n'est pas le sens voulu par Malik quand il utilise dans le Mouwatta l'expression « *la pratique, ou la solution, pour laquelle il n'y a pas de divergence chez nous* »¹¹⁰⁵. Dans tous ces cas du Mouwatta, il s'agit de la pratique de Médine en tant que narration d'un usage vécu du temps du Prophète (bsl) et non pas d'un consensus des savants de cette ville sur des situations nouvelles apparues ultérieurement. C'est en se basant sur son appréciation que la pratique de Médine est une Sunna réputée et donc, a fortiori, concordante que Malik a abandonné l'usage juridique de certaines Sunna de voie unique en cas de contradiction flagrante même si celles-ci sont de qualité conformément au principe que nous avons déjà exposé¹¹⁰⁶. Toutefois et par honnêteté académique, il a continué à transmettre à des savants, qui ne suivaient pas nécessairement l'école de droit de Médine, ces narrations à voie unique qu'il a ignorées ou réduit leurs portées dans son propre rite à cause de son classement élevé de la pratique de Médine dans la hiérarchie des sources de droit. C'est comme cela qu'il faut comprendre son indication qu'il connaissait énormément de narrations de la Sunna qu'il n'a jamais transmises ni utilisées à Médine car elles contredisaient sa pratique concordante. En revanche, il émettait pour les Diligents de l'Irak des enseignements qu'il ne professait pas à Médine car ces juristes ne reconnaissaient pas la pratique de Médine comme source concordante de la Sunna. Cette exclusivité malikite n'est évidemment pas dénuée d'effet.

204. Effet de la pratique. Cette considération de la pratique et des usages a donnée au rite malikite une richesse législative dans les sources de création de droit bien supérieure à celle du rite hanafite qui lui a été contemporain. C'est grâce à cette richesse législative de qualité que s'est construite la solidité de l'interprétation malikite des textes (B).

B. Solidité par l'interprétation

205. Le contexte au service du sens linguistique. La grande disponibilité des sources législatives pour une situation juridique donnée permet effectivement l'interprétation

¹¹⁰⁴ Voir infra § 251 où nous traiterons de la valeur jurisprudentielle de ce consensus de Médine. Ce sujet est abordé ici dans les sources législatives uniquement dans le cadre de sa distinction de la Sunna de la pratique de Médine et pour mettre en lumière des arguments valables pour toute convergence de la communauté juridique de cette ville, qu'elle soit législative ou jurisprudentielle.

¹¹⁰⁵ JUGE ALI et MAKHDŪM مصطفى مخدوم, *op. cit.* (note 1096), p. 228-234. *Ibid.*

¹¹⁰⁶ Voir supra § 197 ; voir également Sadok GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, [Les conditions de Diligence chez les malikites dans le droit des relations] ضوابط الاجتهاد عند المالكية في فقه المعاملات [s.l.] : ISLAMIC RESEARCH AND TRAINING INSTITUTE, A MEMBER OF THE ISLAMIC DEVELOPMENT BANK GROUP, 2015, p. 45. URL : <https://irti.org/ar/product/الم-فقه-المالكية-عند-الاجتهاد-ضوابط>. Consulté le 25 août 2020, rapportant la parole de l'un des professeurs de Malik disant « la narration de mille suiveurs sur mille compagnons est mieux que la narration d'un seul suiveur sur un seul compagnon ».

claire des textes les uns par rapport aux autres mais cette disponibilité n'est pas toujours possible comme peut l'être le moyen de la langue. Cette dernière a une grande importance dans l'interprétation des textes ; à titre d'exemple, des finesses linguistiques permettent d'orienter l'interprétation vers un champ d'application précis comme dans le cas du texte relatif au droit de préemption qui limite ce droit dans l'indivision aux biens qui peuvent être partagés¹¹⁰⁷. D'une façon générale la compréhension d'un texte, au sens propre ou au sens figuré, dans son contexte immédiat figurant dans ce texte même, sans recours à d'autres éléments, peut suffire pour son interprétation en déterminant ce qui est voulu par l'émetteur dudit texte. Cependant, ceci n'est pas toujours le cas car les éventuels éléments de contexte figurant dans le texte même peuvent s'avérer insuffisants pour une bonne interprétation. Dans ce genre de situations relativement courantes, la bonne interprétation reflétant la volonté de l'émetteur du texte nécessitera alors d'aller au-delà de la compréhension immédiate du texte même pour pouvoir déterminer son véritable objet grâce à des éléments externes qui, aussi loin soient-ils, seront inclus dans le contexte. L'interprétation englobe donc nécessairement la compréhension immédiate du texte même mais peut, en plus, contenir des déductions basées sur des éléments externes permettant d'éclairer le sens voulu même si celui-ci est différent du sens compris dans l'absolu en l'absence d'éléments additionnels au contexte textuel immédiat. Un exemple d'éléments permettant l'interprétation correcte, peu importe que l'on classe ces éléments dans le contexte immédiat ou lointain, sont les événements et les questions auxquels le texte vient répondre comme dans certains versets du Coran. La connaissance de ces événements, désignés par le vocable « causes de la révélation » dans la nomenclature du droit, est une condition d'exercice des Diligents¹¹⁰⁸ car elle fait partie des connaissances pré-requises relatives au Coran et à la Sunna¹¹⁰⁹. Dans tous les cas, il faudrait comprendre le sens des mots avant d'arriver à la compréhension du sens du texte entier.

206. Typologie du sens des mots. Comme dans toute langue, les mots en langue Arabe¹¹¹⁰ peuvent être utilisés dans le sens littéral qui est le sens propre ou comme métaphore qui est le sens figuré. Dans les deux cas, le sens global d'un texte, un verset par exemple, peut soit supporter un seul sens évident, soit plusieurs sens selon les interprétations¹¹¹¹. Une troisième possibilité, rare, est que le sens demeure inaccessible même de nos jours comme dans

¹¹⁰⁷ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 466, § 63.

¹¹⁰⁸ SAĪD هشام السعيد, *op. cit.* (note 1068), p. 188, 199.

¹¹⁰⁹ Voir supra § 135, 139.

¹¹¹⁰ Comme ceux utilisés dans les textes sacrés.

¹¹¹¹ AVERROËS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 64, 101.

l'utilisation de certaines lettres formant des sigles en début de certaines sourates du Coran¹¹¹². De même, comme dans plusieurs autres langues, aussi bien le sens propre que le sens figuré d'un mot en Arabe peut être (i) unique ou revêtir l'une des trois formes du sens multiple. Ainsi, ce dernier cas comprend, soit (ii) un terme ayant plusieurs sens indépendants comme le terme « aïn » pour l'œil et la source d'eau, soit (iii) un terme générique comme le terme « personne » correspondant aux genres féminin et masculin, soit enfin (iv) un terme représentant une composante pouvant se généraliser à sa catégorie. En plus, parmi les sens indépendants (ii), un sens particulier peut être prioritaire¹¹¹³ qui s'impose (ii.1) à moins que le contexte pointe l'interprétation vers un des sens secondaires (ii.2) ; la recherche du contexte devient donc nécessaire comme dans l'inexistence de sens prioritaire (ii.3). Dans ces deux derniers cas (ii.2 et ii.3), le texte sacré ne pourra pas devenir la base d'une règle juridique sans une autre source complémentaire s'il ne comporte pas lui-même une indication de son contexte permettant de déterminer le sens voulu. Contrairement à ces deux cas de multiplicité de sens indépendants, une multiplicité de sens par un terme générique (iii) peut devenir la base d'une règle juridique même en l'absence de texte complémentaire précisant un sens plus restrictif. Par exemple, le terme « témoin » s'applique à toute personne produisant un témoignage et c'est seulement l'existence d'autres éléments qui peuvent le restreindre à des personnes d'une certaine probité, comme dans le cas du contrat de mariage où le texte¹¹¹⁴ principal a été restreint par un autre texte¹¹¹⁵ d'application. Enfin, le texte utilisant un terme désignant une composante (iv) sera la base d'une règle portant sur cette composante uniquement, sauf si l'intelligence du texte ou son contexte imposent de généraliser la règle en incluant des composantes non mentionnées présentant un argument plus fort ou égal par rapport à la composante de base ; le domaine de la règle sera alors élargi logiquement. En revanche et en l'absence d'un tel argument « a fortiori », la généralisation ne pourra être admise si l'argument justifiant l'application de la règle de la composante de base est plus fort que celui de la composante non mentionnée. Il en est de même si cet argument de la composante de base ne peut être déterminé au moins d'une façon probable. Pour un texte sacré, toutes les techniques utilisées pour déterminer son sens voulu par le législateur, que ce sens soit propre ou figuré, aboutissent à des règles juridiques dont la source est législative et non pas jurisprudentielle, selon Averroès¹¹¹⁶. La compréhension de ce sens

¹¹¹² Muhammad QURTUBÎ محمد بن احمد القرطبي, [Exégèse du Coran "Al-Jami li Ahkam al Quran "] تفسير الجامع لأحكام القرآن, éd., Liban : Dar al-Kitab al-Arabi, 1999 (/20), p. 20, v. 4.

¹¹¹³ Comme dans l'usage de la terminologie spécifique adoptée dans un domaine donné comme le droit.

¹¹¹⁴ Dit « ordre de Mission » : voir infra § 224 se référant au § 221.

¹¹¹⁵ Dit « ordre de Modalité » : voir infra § 224 se référant au § 223.

¹¹¹⁶ AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 101-107, 116-117, 125, 127-129.

permet alors de classer les textes selon une certaine typologie qui oriente la façon de les exploiter juridiquement.

207. Typologie du sens d'un texte. Selon Averroès, les paroles ou textes d'un émetteur adressant un destinataire sont classés en cinq types : l'ordre (du hiérarchique au subordonné), le souhait (du subordonné au hiérarchique), la demande (entre égaux), l'information et l'appel. Cependant une simplification d'usage, expliquée par ibn-Enajjar¹¹¹⁷ et d'autres¹¹¹⁸, permet de distinguer simplement l'information de la création qui regroupe les quatre autres types retenus par Averroès avec une autre terminologie où la demande a un sens large¹¹¹⁹ englobant l'ordre, le souhait et la demande au sens strict entre égaux. En suivant la terminologie détaillée d'Averroès, c'est le premier type, l'ordre¹¹²⁰, qui est utilisé dans les textes sacrés pour donner naissance à des règles juridiques pouvant avoir tous les caractères¹¹²¹ à l'exception du Facultatif¹¹²². Le texte ou son contexte indiquent que l'ordre est immédiat ou dans le temps et indiquent, également, l'éventuel aspect recommandé car en l'absence de telles indications, un caractère impératif devrait s'imposer. Averroès ajoute que l'inexécution d'un tel caractère impératif invalide¹¹²³ l'éventuel acte fautif lui-même ainsi que les actes dont l'acte fautif est une Condition ou une Raison¹¹²⁴. Selon Shatibi, un texte qui ordonne comporte toujours un Motif qui est l'expression de la volonté du législateur pour montrer le comportement adéquat et qui ne doit pas être confondue avec la volonté divine absolue¹¹²⁵ sur ce qui se réalise. En l'absence d'une énonciation claire du caractère de la règle, l'importance de ce Motif du texte permettra la différenciation entre les degrés de l'ordre qui commandera alors la Distinction entre les caractères impératifs et recommandés de la règle associée¹¹²⁶.

208. Effet temporel sur le sens de l'ordre. Cette gradation de l'ordre textuel se base notamment sur des considérations temporelles. En effet, souvent les textes d'avant l'hégire

¹¹¹⁷ IBN-NAJJAR ابن النجار et AL-MIRDAWI المرادوي, [Explication du « Kawkab »] شرح الكوكب المنير, Riadh, KSA : Saudi Ministry of Awqaf-Obeikan Bookstore 1993, مكتبة العبيكان-وزارة الأوقاف السعودية, p. 434, v. 1.

¹¹¹⁸ La distinction est que l'information doit être soit vraie soit fausse alors que la création ne peut être soumise à ce test : voir SAÏD السعيد هشام, *op. cit.* (note 1068), p. 358-359.

¹¹¹⁹ Conformément à l'usage courant et en contradiction avec cette terminologie, il arrive souvent qu'on utilise ce terme demande pour parler de l'ordre.

¹¹²⁰ Sous forme d'ordre de Mission ou d'ordre de Modalité : voir infra § 224 se référant aux § 221 et 223.

¹¹²¹ Voir infra § 221.

¹¹²² La règle Facultative découle, en principe, d'un texte d'information dont le Motif est d'éviter une confusion ou de lever une équivoque.

¹¹²³ Avec les exceptions en cas de textes donnant lieu à une divergence d'interprétation : voir infra § 291.

¹¹²⁴ AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 120-123.

¹¹²⁵ La notion de « maktoub » dans le langage populaire.

¹¹²⁶ SHATIBI شاطبي ابراهيم اسحاق et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 369-370, 373, 419, v. 3.

sont des textes généraux donnant lieu à des Principes globaux de droit sans détailler (i) les délimitations des champs d'applications des règles spécifiques incluses dans cette globalité. Certaines de ces règles peuvent avoir des caractères recommandés, Désirables ou Indésirables selon que ce soit un ordre de faire¹¹²⁷ ou de ne pas faire, alors que d'autres règles, également incluses dans la même globalité, peuvent avoir les caractères impératifs, Obligatoires ou Interdits. Souvent, ces textes d'avant l'hégire ne précisent pas, non plus, (ii) les conditions d'applications des règles spécifiques gouvernées par ces principes communs et ne clarifient pas, enfin, (iii) les significations voulues par certains de leurs termes équivoques¹¹²⁸. Ce manque de détail n'a pas gêné le nombre limité de musulmans de la première heure car leur proximité du Prophète (bsl) et de sa pratique, leur compréhension innée de la langue et leur connaissance des circonstances de chaque texte étaient suffisantes pour saisir le contenu des ordres textuels et pour les suivre autant que raisonnablement possible. Mêmes les Principes globaux ayant une vaste application dans le domaine des relations paraissaient suffisamment clairs pour être appliqués et logiques dans la conception de la moralité de ce premier groupe d'adeptes. Ainsi et à titre d'exemple, le principe d'aide aux pauvres est appliqué par chacun au maximum de ce qu'il peut faire dans la limite de ses moyens sans qu'un besoin s'exprime pour fixer un minimum obligatoire pour une imposition de solidarité. Un tel minimum, défini ultérieurement par les textes de l'Impôt de solidarité et appliqué notamment dans le reporting de la Holis, était inutile pour les musulmans de cette première époque qui le dépassaient car ils étaient loin de l'avidité et détachés de l'appétit matériel en vivant comme de véritables Soufis uniquement pour leur foi. De ce fait, ces textes généraux étaient et demeurent un signe pour toutes les personnes, comme pour les savants, du comportement idéal avec sa panoplie de ce qu'il faut faire ou éviter. Seuls les rares textes spécifiques de cette période mecquoise faisaient partie du domaine réservé aux savants comme la majorité des textes postérieurs à l'hégire révélés quand les besoins de textes spécifiques sont apparus. Des besoins générés par l'augmentation du nombre des adeptes qui sont, en grande partie, loin du Prophète (bsl) et dont les usages, encore imbibés de traditions païennes, sont parfois loin de la moralité de la foi, tout cela ajouté à une faiblesse de la compréhension de la langue arabe qui devenait de plus en plus courante parmi ces nombreux nouveaux musulmans. Ces textes spécifiques ultérieurs venaient donc détailler le droit relatif aux principes globaux énoncés avant l'hégire en clarifiant là où un besoin d'éclaircissement est apparu et en précisant en tant que nécessaire les champs, conditions et Modalités d'application des règles gouvernées par ces principes. Ainsi, par exemple, l'Impôt

¹¹²⁷ Incluant le fait de donner une chose.

¹¹²⁸ Donc pouvant supporter plusieurs interprétations possibles.

de solidarité a été détaillé pour permettre, à ceux qui le souhaitent, de restreindre leur solidarité aux pauvres au minimum Obligatoire afin de profiter de leurs liquidités en dépenses de consommation et d'investissement ; ce dernier étant la motivation économique de cette thèse. En outre, un petit nombre des rares textes spécifiques d'avant l'hégire a été abrogé et l'ensemble de ce processus d'abrogation exceptionnelle avec celui, plus courant, détaillant les Principes globaux a continué jusqu'au verset coranique de clôture des règles et des fondements de tous les préceptes de l'Islam, y compris le droit :

« *Aujourd'hui, j'ai parachevé votre religion*¹¹²⁹ ».

C'est à partir de ces textes spécifiques¹¹³⁰ que les savants ont déduit la majorité des règles de droit, avec rigueur ou souplesse selon la Diligence de chacun dans la qualification des situations et dans la sélection des fondements de droit sur la base de sources qu'il juge appropriées¹¹³¹. Cet effet temporel sur le sens de l'ordre contenu dans un texte est complété par un autre effet temporel qui peut faire sortir un texte du domaine du droit pour l'intégrer dans le domaine du soufisme.

209. Effet temporel sur la Distinction entre le droit et le soufisme. Après la révélation des textes spécifiques de la période de l'hégire, les textes généraux ayant donné naissance, depuis la première période de la Mecque, aux principes globaux sont restés toujours en vigueur comme des principes sans être précisément les normes applicables en droit. En revanche en soufisme, ils sont demeurés la norme du comportement que ce soit pour les véritables soufis de la première heure, que nous avons déjà mentionnés, ou ceux des autres compagnons qui les ont rejoints après l'hégire. Cette pratique soufie des compagnons se situe, en effet, nettement au-dessus du besoin de souplesse juridique du commun des Sujets de droit en termes de limitations et de dérogations apportées par les textes spécifiques. Dans cette pratique soufie, l'application des grands principes moraux se calibre selon la situation matérielle et le niveau spirituel de chacun comme pour le compagnon Kaab. Dans le cas d'espèce, ce compagnon adopte de lui-même une réduction de la moitié des montants de ses créances sur des débiteurs en difficulté, une pratique soufie qui ne constitue pas dans cette thèse une règle de conformité. Pour cette catégorie de soufis d'une moralité exceptionnelle, les

¹¹²⁹ Cette traduction reflète à mon avis mieux le sens que celle disant « aujourd'hui, j'ai rendu votre religion parfaite » de Denise MASSON, *Essai d'interprétation du Coran inimitable* = [ترجمة معاني القرآن الكريم] « *tarḡamāt ma'ānī al-Qur'ān al-karīm* », Beyrouth, Liban : Dar Al-Kitab Allubnani, 1980, p. 136, § 3.4.

¹¹³⁰ Que ces textes spécifiques datent d'avant l'hégire parmi les rares textes de ce genre non touchés par l'abrogation exceptionnelle ou, d'une façon plus courante, d'après l'hégire.

¹¹³¹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 234-235, 237-242, 246, 248-249, 276-278, v. 5.

opinions juridiques émises par le Prophète (bsl) ou les Diligents après lui sont personnalisées et ne sont pas applicables aux communs des Sujets de droit. C'est pour cela que le soufisme est classé par les savants, en dehors de la sphère du droit, comme la troisième branche des sciences de l'Islam au même titre que les deux autres branches relatives au droit et au dogme de la foi. C'est donc dans ce cadre qu'il faut comprendre la question de Ahmed pour connaître l'identité de celui ou de celle qui lui demande son opinion ; c'est également dans ce cadre que se situe la différence entre la pratique discrète personnelle de Malik et ses opinions juridiques, enseignés à ses étudiants, destinés aux communs des Sujets de droit. C'est dans ce dernier domaine du droit que Shatibi considère qu'un jurisconsulte a atteint le summum de son art de Diligence lorsque sa compréhension de la latitude d'interprétation des sources est cohérente avec le Motif d'une pratique modérée convenable au grand public. En effet et pour éviter l'extrême par excès, les règles de droit doivent avoir le potentiel de devenir une norme usuelle de comportement et non pas une norme de soufisme ; la voie parfaite de la modération serait donc bafouée par le jurisconsulte excessif qui éviterait dans ses opinions toute dérogation légale en confondant modération et complication inutile. De même et pour éviter l'extrême par défaut, cette voie modérée du droit serait évidemment mal comprise et non appliquée par le jurisconsulte excessif dans l'autre sens qui se référerait principalement aux dérogations des Diligents pour coller au mieux aux désirs de celui qui l'a sollicité. Ce serait, en fait, une fausse compréhension de la modération et de la signification de la divergence entre Diligents que de confondre ces notions¹¹³² avec la recherche systématique de dérogations¹¹³³.

210. Effet de la richesse législative de qualité sur l'interprétation. Ce qui précède démontre clairement que, même en présence d'expertise purement linguistique, la bonne interprétation législative a besoin d'éléments supplémentaires contextuels relatifs notamment à la situation et à l'époque du texte principal contenant la règle. Or, ces éléments nécessaires peuvent ne pas figurer dans ce même texte et sont donc à chercher dans les autres textes législatifs. Ainsi, plus sa base de données des textes législatifs est grande, plus le Diligent a une chance de trouver les éléments de contexte lui permettant la bonne interprétation. Cependant le volume d'une telle base de données n'est pas suffisant car il est essentiel de s'assurer de sa fiabilité afin de n'utiliser dans l'interprétation que les textes qui sont réellement des textes législatifs complémentaires ayant la fonction de textes d'application du texte principal qui, lui aussi, doit passer le test de l'authenticité. C'est cette richesse législative de qualité qui a permis

¹¹³² Voir supra § 209 et infra § 223.

¹¹³³ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 234-235, 237-242, 246, 248-249, 276-278, v. 5.

d'apporter au rite malikite la précision nécessaire à la mise en place des bases de ce droit (sous-section 2).

Sous-section 2. Précision des bases législatives du droit

211. **Bases de la jurisprudence islamique.** Autant le développement jurisprudentiel volumineux du droit islamique présente des traits communs avec la Common Law, que nous utilisons ici comme droit d'accommodation applicable à la convention de management, autant le rôle de ses sources textuelles se rapproche du droit civiliste que nous adoptons ici comme droit d'accommodation du véhicule d'investissement¹¹³⁴. Ce qui veut dire que la problématique de la rigueur dans l'usage des sources sacrées ne s'exprime pas uniquement à travers l'existence de textes authentiques interprétables mais également à travers l'exploitation de ces textes. Cette dernière doit alors se faire selon des bases précises, adaptées aux sources législatives, qui permet d'aller au-delà de l'interprétation primaire d'un texte en comprenant son Motif, qui constitue le fondement de toute règle. Celle-ci doit alors être formatée selon un caractère et des modalités pour pouvoir s'adresser à la typologie du sujet de droit. C'est la définition juridique précise de ces composants du droit, relatifs notamment à la règle et au sujet, qui constitue la notion de ce droit qui est également extraite des sources législatives. Ainsi, c'est seulement le retour au législateur qui peut constituer le fondement d'origine de toute règle de droit (A), que ce retour aux sources supérieures se fasse directement par l'interprétation immédiate des textes ou indirectement sur la base des motifs législatifs. De même, c'est également le retour aux textes qui permet d'éclairer la notion de ce droit en précisant ses composantes essentielles (B).

A. Fondement du droit

212. **Branches du droit.** La rigueur dans l'usage des sources de droit couvre évidemment leur utilisation en tant que fondement à travers les motifs des textes qui, avec les diligences requises, aboutissent à la création et à l'application des règles de droit qui constituent la jurisprudence islamique. Celle-ci se subdivise en deux branches principales la jurisprudence cultuelle, relative au rituel lié fortement aux cérémonies religieuses, et la jurisprudence des relations, relative aux « droits et obligations entre les personnes¹¹³⁵ » qui sera pertinente ici pour l'élaboration du contenu de la charte de gestion. Les domaines hybrides, liés autant au culturel

¹¹³⁴ Voir supra § 188.

¹¹³⁵ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 246, v. 1.

qu'au relationnel, sont rattachés conventionnellement à l'une ou à l'autre des deux branches comme pour l'Impôt de solidarité, pertinent à cette thèse, qui est classé en droit du cultuel. Toutefois et à des degrés divers, pratiquement chaque domaine de ce droit a toujours à la fois une dimension cultuelle, rappelant la prière, et une dimension relationnelle, rappelant la vie collective. Dans ces conditions, mêmes des règles matérielles de conformité relatives à la gestion des investissements ont un aspect cultuel qui exige l'authenticité¹¹³⁶ notamment dans le fondement islamique de ces règles de droit.

213. Piliers du fondement législatif de la règle de droit. La problématique du fondement de la règle de droit dans un droit qui dispose d'un corpus de textes législatifs qui n'évolue plus ressemble à la problématique de la production de la règle de droit dans tout droit jurisprudentiel. Ainsi l'ensemble figé de textes sacrés agit comme les jurisprudences anciennes qui bénéficient du principe du précédent exigeant leur application dans le futur. Cette application se fait soit par un rattachement direct de la nouvelle situation à la règle existante si la nouvelle et l'ancienne situations ont la même qualification, soit par un rattachement indirect en comprenant le motif de l'ancienne règle pour extraire une nouvelle règle qui lui est compatible et qui serait applicable à la nouvelle situation. Agissant de concert, ce sont donc les Motifs et les Diligences nécessaires à leur exploitation qui constituent le fondement du droit, que ce soit dans le domaine de la création des règles applicables à tous ou dans d'autres domaines particuliers comme celui du fonctionnement judiciaire. Il est donc essentiel d'expliquer ce qu'on entend par Motif et Diligence.

214. Exposé des Motifs. Ce droit a pour objectif déclaré l'intérêt de l'Humanité spirituellement et matériellement en protégeant prioritairement ses cinq besoins fondamentaux¹¹³⁷ globaux, immuables à travers le temps et l'espace. Usuels dans toutes les religions, ces principes défendent la protection de la croyance de l'Homme, de sa vie, de son esprit¹¹³⁸, de sa filiation et de son patrimoine¹¹³⁹. Ces cinq besoins généraux absolus sont supportés par des besoins subsidiaires de complémentarité ou de perfectionnement qu'il

¹¹³⁶ Voir supra § 7.

¹¹³⁷ À côté de ces besoins fondamentaux dont la protection est obligatoire pour tous, il y a des besoins subsidiaires dont la protection et la préservation est facultative pour chaque personne comme celle de se marier pour une personne non soumise au risque de tentations : voir SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 302-303, v. 2.

¹¹³⁸ Dans le sens de la capacité intellectuelle et du discernement.

¹¹³⁹ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « *Maqāṣid aṣ-ṣarī'a al-islāmīya* »] مقاصد الشريعة, *op. cit.* (note 1088), p. 190 et s ; SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 17 et s, 62-63, v. 2.

faudrait également satisfaire, pour soi-même d'abord¹¹⁴⁰ et pour autrui ensuite¹¹⁴¹. C'est à cause de l'existence de ce Motif global et général de l'intérêt de l'Humanité que les auteurs de jurisprudence se sont considérés comme autorisés et, d'ailleurs, incités par le législateur à rechercher pour chaque règle juridique textuelle son Motif. Ces Motifs extraits des règles textuelles, agissant comme des buts ou des principes généraux du droit, sont selon ben Achour toujours compréhensibles par le bon sens¹¹⁴² ou par le « droit naturel » et peuvent être énumérés de la façon suivante :

- La préservation de l'intérêt général de l'Humanité ;
- La promotion d'une bonté dans les relations, bonté caractérisée par un relationnel à la fois agréable et modéré ;
- Le respect de l'universalité caractérisée par des règles naturelles de droit qui s'adressent à toute l'Humanité ;
- Le respect de l'égalité devant la loi ;
- La promotion de la douceur par la facilitation du respect du droit et par la négation de toute vengeance ;
- Enfin, la prise en compte de l'évolution qui rend l'adaptation du droit nécessaire.

215. Motif de l'intérêt général. En tête de la liste de l'exposé des Motifs, l'intérêt général donne souvent du sens au droit par, son corollaire, l'Incitation aux actions utiles et la Dissuasion des actions préjudiciables¹¹⁴³, l'utilité et le préjudice se mesurant par rapport à leurs degrés de contribution ou d'antagonisme avec la protection des besoins fondamentaux¹¹⁴⁴. Ainsi et afin de choisir entre deux actions, exclusives l'une de l'autre, l'Incitation à l'utile et la

¹¹⁴⁰ C'est le domaine des Nécessités individuelles ; par exemple, la protection du patrimoine propre.

¹¹⁴¹ C'est le domaine des Nécessités collectives (pendantes des individuelles) ; par exemple, la protection du bon fonctionnement de la société en pourvoyant des fonctions publiques ou en octroyant des prêts et dons aux nécessiteux. Comme pour les Nécessités individuelles qui sont assurées gratuitement par les Sujets de droit responsables de les assumer, les Nécessités collectives sont également assurées gratuitement par les Sujets de droit les plus à même de les assumer au nom de la collectivité et c'est pour cela que les prêts nécessaires sont octroyés sans rémunération. De même les fonctions publiques nécessaires doivent être pourvues sans rémunération par les personnes appropriées qui n'offrent pas un service public mais assument une Nécessité publique. C'est pour cela que l'éventuelle allocation accordée par l'État à ceux qui assument de telles responsabilités, comme les juges, n'est pas qualifiée de rémunération mais d'aide permettant à ces responsables, qui manquent de ressources, de vivre dans les mêmes conditions que l'usage attribue à ce genre de personnes : voir SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 300-302, v. 2.

¹¹⁴² BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aš-šarīʿa al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 64-65.

¹¹⁴³ *Ibid.*, p. 117-118.

¹¹⁴⁴ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 511, v. 2.

Dissuasion du préjudiciable ont été hiérarchisées dans une logique qui rappelle celle adoptée ultérieurement par Maslow¹¹⁴⁵. Pour ce faire, un moyen¹¹⁴⁶ vital aux besoins fondamentaux est apprécié comme une utilité ou un moyen primaire ; on parle alors d'une Nécessité comme dans le cas de la vente usuelle vitale à la protection du patrimoine, une pratique essentielle ici pour l'activité M&A de la Holis. Un moyen additionnel pour remplir un des besoins fondamentaux, en évitant notamment la pénibilité excessive, est une utilité ou un moyen secondaire ; on parle alors d'un Complément comme la vente à terme ou la commandite, complémentaires de la vente usuelle et que l'on retrouve dans cette thèse dans la holding Moudaraba¹¹⁴⁷. Enfin, un moyen de perfection pour satisfaire les besoins humains, notamment à travers la promotion de l'éthique et de la moralité parfaite, est une utilité ou un moyen tertiaire. On parle alors d'un Embellissement comme l'interdiction de la vente des souillures pour parfaire la vente, une des règles guidant le choix des filiales cibles de la Holis par le test de l'activité licite¹¹⁴⁸. La considération de ces trois types de moyens par la Charia conduit à les élever au rang de Principes globaux où chaque moyen de protection inférieur (le moyen subsidiaire) agit comme un défenseur d'un moyen d'un niveau supérieur (le moyen principal) : les Embellissements pour parfaire les Nécessités ou les Compléments¹¹⁴⁹ et ces derniers pour soutenir et enrichir les Nécessités. C'est pour cela qu'un moyen ne sera plus valide si les circonstances font qu'il devient antagoniste d'une utilité supérieure. Ainsi, l'Interdiction de manger des souillures (moyen tertiaire) est levée afin de permettre la survie en l'absence de nourriture pure (moyen primaire). De même, l'Interdiction de l'incertitude sur la chose usuelle achetée (moyen secondaire) sera levée si cette incertitude est d'un niveau inévitable au point que son Interdiction aboutirait à la négation de la vente (moyen primaire), un principe applicable aux contrats d'acquisition des filiales par la Holis comme nous le verrons en seconde partie. Il faudrait noter que chacun de ces trois niveaux de moyens de protection donne lieu à des extensions qui lui sont liées. Ces extensions peuvent avoir le caractère Interdit comme dans le cas de l'Usure¹¹⁵⁰, lié souvent à la vente, ou le caractère Obligatoire comme dans le cas, lié au Louage, de l'utilisation des usages pour déterminer la rémunération des services rendus en dehors du cadre d'un contrat valide¹¹⁵¹. Par ailleurs et selon les circonstances, un même moyen,

¹¹⁴⁵ Voir supra § 27 faisant référence à Maslow dans LEAVITT, *op. cit.* (note 107), p. 21.

¹¹⁴⁶ Dans ce thème, les termes besoin, utilité et moyen ont des sens proches.

¹¹⁴⁷ Voir supra § 53-54, 67, 95 et 120.

¹¹⁴⁸ Voir infra § 490.

¹¹⁴⁹ Ou directement la Nécessité s'il n'y a pas de besoins Compléments intermédiaires.

¹¹⁵⁰ Une considération extrêmement présente dans le contexte moderne de « l'économie de crédit » dans lequel opère la holding de cette thèse comme toutes les entreprises actuelles.

¹¹⁵¹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 17-26, 79, v. 2 et 487, 491-492, 3.

peut se classer différemment ; ainsi, subvenir aux besoins alimentaires vitaux est considéré comme un besoin primaire pour soi-même et comme un besoin secondaire pour la famille proche ou encore comme un besoin tertiaire pour les membres lointains de la famille¹¹⁵². Un exemple des effets de cette hiérarchisation de l'Incitation à l'utile est celui du niveau d'exigence de la qualité morale des acteurs influents en droit des relations que ce soient les personnes prétendant à des responsabilités publiques, comme les percepteurs et les juges, ou de simples témoins intervenant devant les juges. Même si, pour ces derniers, le niveau de moralité exigé est élevé car la fiabilité du témoignage est considérée comme l'une des priorités dans l'échelle de l'Incitation à l'utile, celui demandé aux responsables publics lui est logiquement supérieur¹¹⁵³. Armés de cette compréhension des Motifs, il faudrait maintenant expliquer comment les utiliser dans la création du droit.

216. Diligence créatrice de droit. À partir des sources de droit et outre l'interprétation pure et simple des textes, la Diligence juridique nécessaire à la déduction de nouvelles règles juridiques peut user de trois outils : la désignation de la Qualification, le développement de la Qualification et l'attribution de la Qualification. Le premier outil consiste à extraire du descriptif législatif d'une règle textuelle sa Cause pertinente parmi les descriptions multiples offertes par le texte législatif dans son exposé des Motifs. Qu'elle soit elle-même un Motif spécifique tracé par le législateur ou un moyen pour atteindre un tel Motif, cette Cause identifiée servira pour déterminer notamment le champ d'application de la règle par inclusion d'autres situations non citées par le texte mais ayant la même Cause que la situation citée. Considéré comme une interprétation de texte par les hanafites et le malikite Averroès, ce processus de désignation de la Qualification est classé dans l'Analogie par la majorité des malikites, chafiites et hanbalites. Le deuxième outil de déduction, le développement de la Qualification, détermine une Cause probable pour une règle textuelle dont le descriptif législatif n'indique rien sur ce sujet de la Cause. Enfin et contrairement à ces deux premiers outils de déduction relevant de l'exégèse, le troisième relatif à l'attribution de la Qualification, plus téléologique, identifie pour une situation générique non adressée par les textes la Qualification pertinente permettant de la rattacher par Analogie à une règle textuelle qui lui est applicable¹¹⁵⁴. Ainsi et afin de déterminer le champ d'application d'une règle, cette attribution Qualifiant une

¹¹⁵² QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1074, § 200.

¹¹⁵³ *Ibid.*, p. 1157, § 220.

¹¹⁵⁴ La finesse de cette attribution de la Qualification est similaire à celle prônée par un éminent juriste français « le raisonnement dit “a pari” n'est scientifiquement pertinent que si l'on retrouve “les mêmes raisons” d'appliquer à un cas non prévu par la loi les règles qu'elle a prévues pour d'autres », voir LE NABASQUE, *op. cit.* (note 529), p. 197.

situation subsidiaire agit donc de concert avec la désignation ou le développement de la Qualification de la situation textuelle principale. Avec ces précisions, l'attribution de la Qualification se distingue de la qualification du fait juridique relevant de la Diligence non créatrice de droit ; ceci constitue une finesse qu'il est bon de comprendre.

217. **Diligence non créatrice de droit.** Le troisième outil de création du droit, l'attribution de la Qualification, ne doit pas être confondu avec la qualification du fait juridique¹¹⁵⁵, relatif à un cas réel individualisé et spécifique, pour déterminer la règle qui lui est applicable. Ainsi, le processus de qualification du fait juridique ne fait pas partie du domaine de la création du droit mais d'une autre compétence juridique que le juge, par exemple, doit avoir pour prononcer ses jugements en application des règles déjà créées sur la base des sources de droit. Toutefois, il est clair que le cumul de compétences est toujours possible ce qui permet à certains juges, indépendamment ou à partir de leurs propres jurisprudences, de déduire une nouvelle règle de droit correspondant à une situation générique ; cependant, les deux compétences, de juge et de Diligent, demeurent distinctes par leurs conditions d'exercices qui sont différentes. Par ailleurs et à travers le temps, la création de droit n'est pas nécessairement possible à chaque époque car l'absence de Diligents compétents est toujours possible lors de l'apparition de nouvelles situations d'usage. En présence de ce vide juridique et en attendant un Diligent compétent¹¹⁵⁶, le juge¹¹⁵⁷ appliquera alors le droit en puisant dans les règles existantes celle qui lui semble la plus proche de la situation réelle soumise à son jugement¹¹⁵⁸, une situation à laquelle nous serons confrontés dans cette thèse car la hard law des rites n'est pas à jour pour les pratiques modernes. Ainsi, il y aura constamment et à travers les époques une diligence juridique dans le domaine de la qualification des faits juridiques nouveaux pour déterminer la règle applicable et vérifier les Modalités de cette application dans chaque cas individuel de comportement ou d'évènement relatifs à un Sujet de droit. En outre et à titre d'exemples, le juge doit être diligent pour appliquer les règles de procédures en décidant si le témoin présenté par une partie à un procès est un témoin digne de confiance ou en fixant le montant de la réparation du préjudice ou, encore et à l'extrême, en désignant celle des parties qui doit supporter la charge de la preuve. Corrélativement, le notaire qui exécute un testament, réservant une partie de la succession aux pauvres, doit décider si telle ou telle personne est pauvre et peut donc devenir bénéficiaire de ce testament. Même s'il ne s'agit ni d'un juge, ni d'un mandataire,

¹¹⁵⁵ Voir supra § 192.

¹¹⁵⁶ Voir infra § 263.

¹¹⁵⁷ Comme le jurisconsulte et, même, le commun des Sujets du droit.

¹¹⁵⁸ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 19-24, 39-40, v. 5.

ni d'un expert en droit, le commun des Sujets de droit se doit également d'apprécier l'application du droit aux cas personnels qu'il rencontre dans la vie dans certaines situations, que le droit pertinent relève du culte ou des relations. Pour aiguïser l'expertise dans cette qualification relative au fait réel chez les étudiants, futures jurisconsultes ou juges, et de peur que l'éventuelle rectification ultérieure des jurisprudences incertaines ne leur parvienne pas par manque de moyens de communication, Malik leur recommanda de ne pas transcrire dans un livre ses Fatwas pour les apprendre. Il considère, en effet, que comprendre et apprendre les principes de droit est le chemin le plus sûr pour atteindre une expertise qui rendrait superflue le recours à un livre dans la qualification juridique de la multitude de cas réels. C'est ainsi que l'on devient compétent dans le domaine d'évaluation des faits juridiques, intervenus réellement dans le passé ou possibles dans le futur, pour prononcer un jugement ou émettre une opinion à un requérant. Un tel exercice exige, en plus de la connaissance des règles applicables du droit, la prise en considération de l'environnement¹¹⁵⁹ et de la situation du Sujet de droit concerné¹¹⁶⁰.

218. Rôle fondateur des Motifs. Comme on vient de le montrer ce sont les textes législatifs qui ont permis de construire d'une façon ou d'une autre le fondement de ce droit. En outre, ces textes sont également à l'origine de la notion de ce droit (B).

B. Notion du droit

219. Composantes du droit. Certains éléments constitutifs du droit sont toujours nécessaires pour tout droit structuré, ne serait-ce que pour bien définir la règle de droit et à qui elle s'adresse. Ceci est vrai pour la jurisprudence islamique qui, indépendamment de la terminologie qu'elle utilise, a besoin des précisions de fond relatives à ses composantes de droit pour pouvoir l'appliquer. C'est pour cela que le législateur a éclairé les constituants qui définissent le produit final de la création du droit à partir de son fondement que nous venons d'explicitier.

220. Règle de droit. Afin d'accomplir les Motifs législatifs, des normes qui codifient le comportement sont instaurées, ce sont les règles de droit¹¹⁶¹. Par une définition extensive, chacune de ces règles de droit comprend son fondement spécifique en plus de son objet, son caractère et ses Modalités ; des caractéristiques que nous définirons. Par ailleurs et

¹¹⁵⁹ Lié à l'époque par exemple.

¹¹⁶⁰ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 11-17, 24-25, 31, 33, 36, 136, v. 5.

¹¹⁶¹ Pour plus de détails, voir la traduction Ibrāhīm ibn Mūsā SHATIBI, Imran Ahsan NYAZEE et Raji M RAMMUNY, *The reconciliation of the fundamentals of Islamic law: Al-Muwāfaqāt fī Usūl al-Sharī'a Volume I = Volume I*, Reading, U.K. : Garnet Pub., 2012, p. 75 et s.

au cas où cette règle serait de nature à être soumise à l'institution judiciaire, elle doit comprendre aussi ses modes de preuves relatifs aux faits qui lui sont associés¹¹⁶². L'application de la règle subit de plusieurs manières l'influence de son Motif à travers la Cause qui est le signe déclencheur immédiat de la règle. Cette influence est directe quand le Motif s'identifie à la Cause de la règle et indirecte quand le Motif constitue une finalité dont le moyen est la Cause de cette règle¹¹⁶³. Représentant par elle-même un moyen pour atteindre une finalité, cette règle sera alors inapplicable si ladite finalité devient impossible à atteindre, car la possibilité de réalisation du Motif d'une règle est une condition nécessaire à son application. Cependant, il ne s'agit pas d'une condition suffisante car la réalisation de la finalité d'une règle par un autre moyen que l'application de cette règle ne rend pas nécessairement cette application superflue, exactement comme la présence du Motif d'une condition suspensive ne peut se substituer à la réalisation de la condition suspensive elle-même dans le droit des contrats¹¹⁶⁴. Ces explications de la règle de droit sont à compléter par les caractéristiques de cette règle.

221. Caractère d'une règle. Le caractère de la règle, dont il s'agit, peut être une demande de faire ou de ne pas faire ; il peut aussi être une confirmation de neutralité qui traduit un caractère « Facultatif » de la règle en revenant à la liberté de choix originelle¹¹⁶⁵. En effet, bien que « tout ce qui n'est pas interdit soit autorisé » conformément au principe d'intérêt général de « la préservation de la liberté d'actions¹¹⁶⁶ », parfois il sera utile de lever l'équivoque en confirmant simplement que la règle est Facultative. Quant à la demande et selon la force du lien entre son objet et son Motif, elle induit un caractère soit impératif soit recommandé. Ainsi, l'obligation d'assistance alimentaire à autrui est conditionnée par l'état de besoin du bénéficiaire ; selon que ce besoin est vital ou pas, cette obligation sera soit impérative soit recommandée¹¹⁶⁷. Le caractère impératif est soit « Obligatoire » soit « Interdit » alors que le caractère recommandé est soit « Désirable » soit « Indésirable ». Parfois, il est pratique de regrouper les caractères Facultatif, Désirable et Obligatoire par la terminologie Faisable pour les distinguer de l'Interdit ou de l'Indésirable, caractères correspondant à une demande d'éviter. Dans d'autres circonstances, il s'avère utile de rassembler ce qui n'est pas Interdit (ou haram) dans la terminologie Permis (ou halal) rajoutant l'Indésirable aux trois caractères Faisables. Si une règle n'a pas un objet unique mais adresse plusieurs possibilités selon les

¹¹⁶² QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 252 et 1185, § 17 et 225.

¹¹⁶³ SHATIBI شهاب الدين الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 12-13, 17, v. 2.

¹¹⁶⁴ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 889 et 969, § 147 et 165.

¹¹⁶⁵ SHATIBI شهاب الدين الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 169-172, v. 1.

¹¹⁶⁶ Principe probablement inclus par Averroès dans le principe de maintien : voir infra § 236.

¹¹⁶⁷ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 846, § 136.

circonstances, à chaque option est attribuée un de ces cinq caractères : Obligatoire, Désirable, Facultatif, Indésirable ou Interdit. Quand ces options sont de natures différentes, l'attribution réservera le même caractère à toutes les options ; en revanche, quand les options sont de même nature en se distinguant¹¹⁶⁸ entre elles par la mesure (poids, volume, etc.) ou la proportion (partielle ou totale), les caractères attribués pourront être différents. À titre d'exemple applicable aux filiales commerciales de la Holis, quand le débiteur traverse des difficultés réelles et ne peut respecter son terme, le créancier peut soit lui accorder un délai, soit lui faire une remise de dettes ; la première option a un caractère Obligatoire et la deuxième a un caractère Désirable. Dans un tel cas¹¹⁶⁹, l'option Désirable est préférable à l'option Obligatoire, ce qui est exceptionnelle car le plus souvent c'est le contraire qui est vrai¹¹⁷⁰. Par ailleurs, une règle recommandée relative à des actions répétitives change de caractères en devenant impérative si elle n'est jamais exécutée ; ainsi, une action Désirable abandonnée en permanence bien qu'elle soit de nature répétitive, prendra le caractère Obligatoire et une action Indésirable réalisée fréquemment deviendra Interdite. En plus, un tel comportement méconnaissant en permanence les recommandations affectera la probité de la personne concernée, notamment en tant que personne digne de confiance dans les témoignages judiciaires¹¹⁷¹. Avec cette compréhension du caractère de la règle de droit, on peut mesurer l'effet qu'il peut subir des textes législatifs et notamment de la Sunna.

222. Effet du contexte de la Sunna sur le caractère. La Sunna de la parole peut ne pas être porteuse, en elle-même, d'une indication de validité ou de demande de faire ou de ne pas faire quand elle n'est pas accompagnée de son application pratique dans une autre Sunna de l'action¹¹⁷². Quant à cette dernière, elle indique que l'action en question est Faisable mais la précision de son caractère¹¹⁷³ doit provenir d'une autre source, souvent une Sunna de parole, et c'est l'ensemble des deux Sunna associant la pratique de l'action à la précision du caractère qui devient alors une source de qualité pour expliquer tous les aspects de la règle juridique. En plus de l'action, l'inaction du Prophète (bsl), comme son abstention d'être témoin d'un acte de

¹¹⁶⁸ Si la règle concerne la remise d'une chose non identifiée appartenant à un lot de choses semblables, le simple fait de choisir cette chose parmi ses semblables ne génère pas plusieurs options à la règle. Dans ce cas, il s'agit de choix semblables qui ne peuvent constituer des options différentes car il n'y a ni une mesure différente ni une proportion différente entre les divers choix : voir *Ibid.*, p. 422, § 49.

¹¹⁶⁹ Qui, bien que rare, n'est pas le seul. On peut même trouver des exemples dans le droit cultuel : voir *Ibid.*, p. 566, § 85.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 419, § 48.

¹¹⁷¹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 211-212, 221, v. 1.

¹¹⁷² *Ibid.*, p. 438, v. 4.

¹¹⁷³ Obligatoire, Désirable ou Facultatif : voir supra § 221.

donation à un enfant préféré, peut pointer selon le contexte vers un caractère Interdit ou Indésirable de l'objet de cette inaction. Ainsi, ce refus de l'action devient une source de droit incluse par Shatibi dans la Sunna de l'action dont le domaine s'élargit de cette façon à toute abstention d'entreprendre des actions pratiquées auparavant. Comme la Sunna de l'action entreprise par le Prophète (bsl) lui-même, celle de son acquiescement à l'action des tiers montre que cette action est Faisable car il en a eu connaissance sans la dénoncer. Toutefois, les circonstances peuvent pointer vers un caractère Indésirable et non pas Faisable notamment dans le cas où l'acquiescement est motivé par la Distinction avec l'Interdiction présumée dans le contexte. Dans tous les cas, la subtilité de l'acquiescement demeure et il faudrait toujours bien identifier son objet en s'assurant que le consentement tacite du Prophète (bsl), ou même sa satisfaction, concerne bien telle action et non pas une autre¹¹⁷⁴. Après cette étude du caractère de la règle, nous pouvons aborder ses Modalités qui constituent un sujet crucial pour le rattachement des situations juridiques réelles à la jurisprudence islamique.

223. Modalités d'une règle. Les Modalités des règles de droit permettent de qualifier la même action différemment en la classant dans des règles de caractères différents selon les circonstances. Parmi ces Modalités, on peut citer les motivations du Sujet de droit et les finalités¹¹⁷⁵ de son action. D'ailleurs une bonne partie des sources à l'origine d'un caractère Facultatif d'une action n'agissent pas dans l'absolu mais dans certaines circonstances qui distinguent ce caractère Facultatif d'un autre caractère¹¹⁷⁶ pour la même action mais dans d'autres circonstances, par exemple, avec des motivations et des finalités différentes¹¹⁷⁷. En termes de tolérance des caractères impératifs¹¹⁷⁸ des règles, notamment en droit culturel, plusieurs considérations peuvent rentrer en jeu comme l'oubli, l'erreur, la contrainte, la dérogation, la divergence apparente des sources de droit ou l'ignorance justifiée. La typologie de toutes ces Modalités des règles de droit se présente sous plusieurs formes qui peuvent être soit une Raison de la règle, soit une Condition, soit un Empêchement, soit une dérogation, soit enfin une validité. La dernière de ses Modalités, la validité, est une conséquence relative à la qualité d'exécution de certaines règles, notamment le respect des conditions, et c'est pour cela que la majorité des auteurs ne la classent pas en tant que Modalité¹¹⁷⁹. L'avant dernière, la

¹¹⁷⁴ SHATIBI ابراهيم الشاطبي ابو اسحاق et BEN HASAN AL-SALMAN سلمان بن حسن آل, *op. cit.* (note 29), p. 419-422, 428, 434-437, v. 4. Voir également les notes en bas des pages 428 et 434.

¹¹⁷⁵ Sans tenir compte nécessairement de la motivation ou l'intention du Sujet de droit.

¹¹⁷⁶ Interdit, par exemple.

¹¹⁷⁷ SHATIBI ابراهيم الشاطبي ابو اسحاق et BEN HASAN AL-SALMAN سلمان بن حسن آل, *op. cit.* (note 29), p. 179-180, 185, 199, v. 1.

¹¹⁷⁸ Interdit et Obligatoire.

¹¹⁷⁹ IBN-NAJJAR ابن النجار et AL-MIRDAWI المرداوي, *op. cit.* (note 1117), p. 464, v. 1.

dérogation, est l'exception à une règle générale initiale limitée strictement au besoin qui la motive ; elle peut donc être ponctuelle ou permanente selon son Motif. Ponctuelle quand son Motif est limité dans le temps, comme la dérogation à l'Interdiction de manger les cadavres d'animaux pendant la période d'absence de nourriture pure. Permanente quand le Motif correspond à certains besoins durables, Compléments ou Embellissements, comme les dérogations au droit de la vente accordées à la vente à terme et à la commandite qui sont considérées comme des Compléments à la vente répondant à des besoins secondaires permanents¹¹⁸⁰. Ceci en ce qui concerne les deux derniers types des Modalités des règles de droit, quant aux trois premiers types, les plus importants, on peut les caractériser de la façon suivante :

- **Raison.** La Raison d'une règle est l'indicateur ou le signe, de la présence ou de l'absence, du Motif législatif de cette règle comme la possession de la valeur minimum pour l'Impôt de solidarité car ce minimum est considéré comme un signe de la richesse, destinée à être fructifiée, qui est le Motif de l'imposition. Ainsi, l'absence de la Raison empêche l'application de la règle et sa présence induit l'application de la règle en principe mais l'application effective peut être suspendue à la réalisation d'autres Modalités éventuelles. C'est cette application de principe qui distingue la Raison de la Condition.
- **Condition.** Similairement à la même notion en droit positif, la Condition est une caractéristique dont l'absence empêche l'application de la règle et sa présence ne donne aucune indication sur l'application de la règle même en principe. Sans être l'indicateur de l'élément essentiel du Motif comme la Raison, la Condition est complémentaire au Motif de la règle et nécessaire à sa réalisation¹¹⁸¹ comme le délai minimal d'une année relatif à la possession d'une liquidité imposable pour déclencher l'obligation d'Imposition car cette période d'une année est potentiellement nécessaire pour faire fructifier une telle richesse.
- **Empêchement.** Enfin et contrairement à la condition, l'Empêchement est la caractéristique dont la présence s'oppose, souvent indirectement, à la réalisation du Motif de la règle. C'est pour cela que l'Empêchement bloque l'application de la règle comme la présence d'une dette compensant l'actif imposable

¹¹⁸⁰ Bien évidemment en respectant les conditions de ces dérogations : voir infra § 398-421 et 549.

¹¹⁸¹ Directement ou indirectement.

empêche l'application de l'Obligation d'Imposition car la dette rend le signe de la richesse inopérant.

Les trois Modalités de cet exemple relatif à l'Impôt de solidarité s'appliqueront au reporting annuel de la Holis¹¹⁸². Notons que ces Modalités (Raison, Condition et Empêchement) peuvent être internes (potestatives), contrôlées par l'auteur de l'action, ou externes (non potestatives), en dehors de son contrôle. Ainsi, l'horaire des pratiques cultuelles, l'échéance annuelle de l'Impôt de solidarité et la faiblesse de l'esprit pour aliéner un patrimoine sont des exemples de Raisons, Conditions ou Empêchements externes. En revanche, le mariage pour l'héritage, l'intention pour la validité des actes cultuels et l'utilisation de la vente dans un montage aboutissant à l'Usure sont des exemples des Raisons, Conditions ou Empêchements internes¹¹⁸³. Après toutes ces explications relatives à la première composante de ce droit que constitue la règle, nous entamons l'étude de l'autre composante que constitue le sujet de droit.

224. Sujet de droit. Les sources de droit s'adressent à des personnes identifiées dans la terminologie comme les Sujets de droit qui sont destinataires des deux composantes du contenu de ces sources que sont « l'ordre¹¹⁸⁴ de Modalité » et « l'ordre de Mission¹¹⁸⁵ ». L'ordre de Modalité est la composante « déclarative » des Modalités d'application de la règle. En revanche, la composante la plus importante relative à l'ordre de Mission donne à la règle son caractère, qui met à la charge du Sujet de droit le respect de la Permission ou de l'Interdiction de l'objet de cette règle¹¹⁸⁶. Les Sujets de droit sont toujours des personnes physiques capables¹¹⁸⁷ d'exécuter les règles de droit. En effet, une personne morale, comme un État ou une société, ne peut pas avoir une religion¹¹⁸⁸. Ce sont donc les personnes physiques, qui la contrôlent où qui la représentent, qui peuvent avoir une religion et/ou assumer une responsabilité envers une telle religion adoptée par leurs parties prenantes personnes physiques,

¹¹⁸² Voir infra § 467-474.

¹¹⁸³ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 297-300, v. 1.

¹¹⁸⁴ Pour la notion d'ordre dans la typologie des messages adressés par un émetteur, voir supra § 147-148.

¹¹⁸⁵ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 105, v. 5.

¹¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 169-172, v. 1.

¹¹⁸⁷ Par la majorité, l'âge, l'absence de contrainte...

¹¹⁸⁸ PRÉSIDENT KAÏS SAÏED (PROFESSEUR DE DROIT CONSTITUTIONNEL), « موكب الاحتفال بالعيد الوطني للمرأة », *Site officiel de la Présidence tunisienne*, 13 août 2020. URL :

<http://www.carthage.tn/?q=ar/%D9%85%D9%88%D9%83%D8%A8-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%AD%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%84-%D8%A8%D8%A7%D9%84%D8%B9%D9%8A%D8%AF-%D8%A7%D9%84%D9%88%D8%B7%D9%86%D9%8A-%D9%84%D9%84%D9%85%D8%B1%D8%A3%D8%A9%E2%80%8E-%D8%B1%D8%A6%D9%8A%D8%B3-%D8%A7%D9%84%D8%AC%D9%85%D9%87%D9%88%D8%B1%D9%8A%D8%A9-%D9%82%D9%8A%D8%B3-%D8%B3%D8%B9%D9%8A%D8%AF-%D9%8A%D8%B4%D8%B1%D9%81-%D8%B9%D9%84%D9%89>. Consulté le 14 août 2020.

comme les citoyens d'un État ou les actionnaires d'une société commerciale. Ainsi, la responsabilité de la conformité de la Holis n'est assumée que par les personnes physiques qui exercent sur elle un contrôle de fait ou de droit¹¹⁸⁹. Cette exécution des règles de droit prend largement en considération l'intention du Sujet de droit sauf quand celle-ci ne joue aucun rôle, même spirituel, dans l'accomplissement des Motifs de ces règles. À l'extrême, si l'intention du Sujet de droit dans l'exécution d'une règle est contraire au Motif considéré, cette exécution de la règle devient invalide¹¹⁹⁰. Ajoutons qu'il va de soi que l'aptitude est une condition générale à toute les règles de droit et que quand l'objet même d'une règle paraît impossible à réaliser, le domaine d'application voulu de la règle est uniquement le domaine du possible qui lui est lié même si ce domaine ne devient accessible que dans le temps¹¹⁹¹. Quant à la pénibilité en présence de l'aptitude, elle peut se définir comme une difficulté excessive, par rapport à la normale, de l'exécution d'une règle d'un caractère Faisable ; que cette pénibilité provienne d'une exécution unique dans des circonstances exceptionnelles ou à force de répétition de l'exécution dans des circonstances usuelles. Dans ces cas et afin d'éviter la lassitude du Sujet de droit ou, pire, le préjudice envers soi-même ou autrui¹¹⁹², le premier type de pénibilité est résolu par les dérogations¹¹⁹³ et le deuxième par les règles de dissuasions¹¹⁹⁴. Il va de soi que la pénibilité ne peut se comprendre comme la résistance¹¹⁹⁵ que peut provoquer l'application de la règle, ni comme la difficulté comparable à celle des actions semblables dans des conditions normales, ni enfin comme la contrariété par rapport aux désirs ou aux habitudes du Sujet de droit. En effet, l'exécution par ce dernier de la règle demande toujours son adhésion en fournissant un effort, notamment physique ou financier, qui ne peut être qualifié juridiquement de pénibilité relative à l'application de la règle dont la difficulté est considérée comme équilibrée par rapport à l'utilité attendue. Cependant, cet effort et ce coût, bien que nécessaires à l'application de la règle, ne constituent jamais son Motif¹¹⁹⁶ mais sont un prix à payer pour atteindre ce Motif qui demeure toujours compatible avec le bien-être dans cette vie et dans l'au-delà. Par conséquent, il serait inapproprié que le Sujet de droit dans son application de la règle

¹¹⁸⁹ En tant que propriétaires ou délégataires ou même usurpateurs.

¹¹⁹⁰ C'est pour cela que l'acte inconscient est considéré différemment : voir SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان *op. cit.* (note 29), p. 7-9, 18-19, 23, 28, v. 3.

¹¹⁹¹ *Ibid.*, p. 406-412, 451-452, 455, 464-470, 494, v. 1 et 171, 2.

¹¹⁹² En créant un déséquilibre qui rend impossible l'application d'autres règles protégeant le Sujet de droit lui-même ou des tiers.

¹¹⁹³ Comme manger les cadavres d'animaux pour survivre.

¹¹⁹⁴ Comme l'Interdiction de l'absence de support pour sa famille par le don de la totalité du patrimoine aux pauvres.

¹¹⁹⁵ La paraisse par exemple.

¹¹⁹⁶ Même partiellement.

ait comme intention de s'infliger les difficultés et les coûts associés à cette règle¹¹⁹⁷. En outre et comme pour la règle, le Sujet de droit subit l'effet du contexte de la Sunna.

225. Effet du contexte de la Sunna sur le Sujet de droit. La variété dans la nature de la Sunna¹¹⁹⁸ exerce une influence sur son usage dans la création du droit. Ainsi, la Sunna de la parole a une valeur supérieure, en tant que source législative, à celles des Sunna de l'action ou de l'acquiescement¹¹⁹⁹. Quant à la Sunna de l'action, si elle est annoncée comme explicative d'un texte sacré, sa valeur sera comme celle de la Sunna de parole ; autrement et selon le contexte, sa signification peut être législative générale ou spécifique, voire non législative du tout¹²⁰⁰. C'est pour cela que la Sunna peut s'adresser à tous les Sujets de droit, à certains d'entre eux ou à aucun. En effet et outre la Sunna législative générale s'adressant à tous, la Sunna de l'action comprend, en plus du comportement personnel du Prophète (bsl)¹²⁰¹, d'autres types de Sunna où il intervient en tant que chef de l'autorité judiciaire ou en tant que chef du pouvoir exécutif. Ainsi et contrairement à l'intervention en tant que législateur qui a une portée générale, son intervention en tant que juge ne s'adresse qu'à la législation relative aux juges notamment pour éclairer, par des jugements concrets, la procédure judiciaire et la qualification des faits juridiques. De même, son intervention en tant que dirigeant ne s'adresse qu'à la législation relative aux dirigeants pour éclairer, par des décisions dans des situations concrètes, les Motifs collectifs généraux que le pouvoir exécutif doit adapter au lieu et à l'époque en termes d'Incitation à l'utile et de Dissuasion du préjudiciable¹²⁰². Avec cette compréhension de la notion de droit qui complète celle de son fondement, nous avons montré la précision des bases législatives de ce droit après avoir examiné l'exigence de solidité de ses sources, ce qui répond à la problématique de la rigueur dans l'usage des textes sacrés lors de la création des règles législatives malikites. Cependant la rigueur de ce droit législatif ne contredit pas son champ limité.

226. Limites des sources législatives. Dans tous les droits où la production de textes législatifs est rare, c'est la jurisprudence qui prend le relai et au fil de temps complète le

¹¹⁹⁷ SHATIBI الشاطبي ابراهيم اسحاق et BEN HASAN AL-SALMAN سلمان بن حسن آل, *op. cit.* (note 29), p. 204, 206-208, 212, 214-215, 222, 229, 233, 239, 247, 263-264, 269, 279, 286, v. 2.

¹¹⁹⁸ Voir supra § 193.

¹¹⁹⁹ Au point qu'Averroès les considèrent comme des présomptions de sources législatives et non pas comme des sources à part entière mais cet avis demeure excessif : voir AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 101.

¹²⁰⁰ *Ibid.*, p. 133-134.

¹²⁰¹ Relevé d'un besoin naturel, comme celui de la nourriture nécessaire à la survie, ou d'une tradition locale, comme celui des habitudes alimentaires, vestimentaires, de sommeil, d'activité, de façon de marcher ou de se coiffer : voir SAÏD السعيد هشام, *op. cit.* (note 1068), p. 248-250.

¹²⁰² *Ibid.*, p. 273.

droit afin de servir les besoins nouveaux qui apparaissent à travers les époques. Ceci peut s'illustrer par l'exemple de la Common Law mais s'applique également à ce propos relatif à la jurisprudence islamique. En effet, la production de textes législatifs islamiques s'est arrêtée avec le décès du Prophète (bsl), que ces textes aient une fonction exceptionnelle de dispositions constitutionnelles ou une fonction usuelle de lois organiques ou normales. Ceci nous amène à une seconde problématique de la création de la hard law islamique qui devrait être solutionnée par l'ouverture à la jurisprudence (section 2) qui assurerait, comme pour la Common Law, le développement nécessaire de cette jurisprudence de hard law et notamment malikite.

Section 2. Ouverture des sources jurisprudentielles

227. **Jurisprudence malikite au sein des rites sunnites.** Afin de résoudre notre problématique de qualification en hard law des situations juridiques relatives aux investissements islamiques, nous avons d'abord expliqué avec quelle rigueur les sources textuelles sont exploitées notamment par le rite malikite. Tout en appréciant l'apport du malikisme, il nous faut maintenant étudier dans quelle mesure on peut recourir au raisonnement juridique, utilisé par les sources jurisprudentielles, pour compléter nos besoins de qualification allant au-delà des sources sacrées. Rappelons que le sunnisme, suivi par la majorité des musulmans, se distingue des autres groupes religieux musulmans essentiellement par des normes relatives au droit et au dogme de la foi. Dans le domaine du droit, cette caractérisation du sunnisme se traduit par des normes acceptées par tous ses rites qu'on peut qualifier de normes générales qui présentent déjà une première ouverture pour les sources jurisprudentielles (sous-section 1). Toutefois, ces normes convergentes ne sont pas exclusives de certaines particularités d'application spécifiques à chaque rite comme les méthodes jurisprudentielles malikites qui amplifient l'ouverture des normes générales tout en restant enracinées dans les sources originelles sacrées (sous-section 2). Cet équilibre des sources malikites est réalisé notamment grâce à son lien avec la pratique ; un lien tellement fort au point que Malik refusait de donner une opinion sur toute situation juridique qui n'aurait pas une utilité pratique comme les situations hypothétiques invraisemblables¹²⁰³.

Sous-section 1. Hiérarchie des normes générales

228. **Ordonnancement élémentaire.** L'ouverture des sources malikites de droit commence au niveau des normes générales partagées par les quatre rites qui permettent d'aller

¹²⁰³ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 330-332, v. 5.

au-delà des normes législatives. Le degré de cette ouverture s'apprécie par la détermination du domaine de chacune de ces normes dont les champs se présentent comme des cercles concentriques pour lesquels, plus le cercle est petit, plus sa norme a un niveau hiérarchique élevé. Or, dans tous les droits, les normes législatives se placent au sommet de la hiérarchie des sources avec un certain ordre interne aux textes législatifs, pris au sens large, donnant la priorité à la constitution par rapport aux lois usuelles. C'est le cas de la jurisprudence islamique où les sources générales, faisant l'objet de convergence sunnite, sont hiérarchisées avec en tête les normes législatives (A) puis les normes extra-législatives (B) dont le champ commence là où le champ des normes législatives se termine.

A. Portée des normes législatives

229. **Le Coran source suprême.** Les normes législatives, constituant le cœur des normes générales, ont comme sources le Coran et la Sunna dont le champ est diversifié. Le Coran agit à tous les niveaux du droit, du texte constitutionnel au texte d'application spécifique à certaines règles jugées essentielles. C'est ainsi qu'à un niveau constitutionnel, le Coran est le fondement direct ou indirect de toutes les sources comme l'indiquent plusieurs versets dont notamment¹²⁰⁴ :

« Nous n'avons rien négligé dans le livre¹²⁰⁵ » ;

« Nous avons fait descendre le Livre sur toi, comme un éclaircissement de toute chose¹²⁰⁶ ».

Cependant, ceci ne veut pas dire que le Coran ferme la porte à toute autre source de droit ; au contraire, il est ouvert mais autant cette ouverture est complète pour la Sunna élevée au rang d'une source législative complémentaire, autant elle est contrôlée pour les sources jurisprudentielles.

230. **Fondement Coranique de la Sunna.** Le Coran indique clairement que la Sunna est une source de droit comme l'indiquent plusieurs versets¹²⁰⁷ :

« Obéissez à Dieu ! Obéissez au Prophète¹²⁰⁸ » ;

¹²⁰⁴ Pour plus de détail, voir supra § 192 et surtout infra § 230, 241-242, 244. Voir également *Ibid.*, p. 230, v. 3.

¹²⁰⁵ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 169, § 38.

¹²⁰⁶ *Ibid.*, p. 359, § 89.

¹²⁰⁷ Pour plus de détail, voir infra § 241 et surtout 244. Voir également SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 229-230, v. 3.

¹²⁰⁸ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 111, § 59.

« Obéissez à Dieu et à son Prophète¹²⁰⁹ » ;

« Prenez ce que le Prophète vous donne, et abstenez-vous de ce qu'il vous interdit¹²¹⁰ » ;

« Ô Prophète ! Fais connaître ce qui t'a été révélé par ton Seigneur¹²¹¹ » et

« Nous avons fait descendre sur toi le Rappel pour que tu exposes clairement aux hommes ce qu'on a fait descendre vers eux¹²¹² ».

231. Abrogation des sources législatives. L'affirmation du caractère de source de droit pour le Coran et la Sunna ne contredit pas la possibilité d'abrogation car comme tous les textes législatifs, un texte sacré peut être abrogé pour devenir sans effet juridique, même s'il demeure dans le Coran et même si aucun texte de substitution n'est acté. L'abrogation ne peut se faire que par un texte et aucunement par la jurisprudence, fût-ce-t-elle issue d'un consensus général des imams de doctrine. La preuve de l'abrogation est soit la mention du texte abrogé dans le texte abrogeant, soit l'antériorité du premier texte par rapport au second ; cette antériorité étant prouvée par la narration d'un fait précis ou par l'unanimité d'une pratique concordante privant le texte abrogé de tout effet depuis l'époque du Prophète (bsl)¹²¹³. Dans tous les cas, cette possibilité d'abrogation ne peut toucher les textes relatifs à des règles de nature permanente comme peuvent l'être les dispositions de valeur constitutionnelle définissant les sources extra-législatives du droit islamique.

232. Sources de droit. C'est à partir des sources législatives que les autres sources dérivent leur fondement. Conventionnellement, la terminologie retient que le domaine des sources de droit n'est pas le contenu détaillé de ces sources mais uniquement (i) leur identification par leurs natures en tant que fondement général du droit et (ii) la détermination des méthodes qui leur sont appliquées pour créer ce droit. L'autonomie de ce domaine des sources acquise à partir de la fin du deuxième siècle de l'hégire grâce aux travaux de Chafii, a réduit le domaine du droit lui-même dont la terminologie s'associe désormais uniquement aux détails de toutes les règles juridiques. Ainsi, le droit stricto sensu comprend conventionnellement l'objet, le caractère, les Modalités et le fondement de chaque règle de droit¹²¹⁴ sans inclure la théorie générale des sources et des méthodes de création de droit

¹²⁰⁹ *Ibid.*, p. 227, § 1.

¹²¹⁰ *Ibid.*, p. 732, § 7.

¹²¹¹ *Ibid.*, p. 151, § 67.

¹²¹² *Ibid.*, p. 352, § 44.

¹²¹³ AVERROËS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 84-86, 88-89.

¹²¹⁴ Voir infra § 220.

appliquées à ces sources¹²¹⁵. L'identification des quatre sources principales de ce droit fait l'objet d'un accord entre les juristes sunnites. Il s'agit du Coran, de la Sunna, du consensus général et de l'Analogie ; les deux premières sont les textes législatifs sacrés que nous avons déjà introduits et les deux dernières, agissant comme sources supplémentaires, représentent la jurisprudence consensuelle et la jurisprudence individuelle. Le contenu de ces sources se base sur deux moyens complémentaires : la transmission, d'un fait ou d'un usage, et le raisonnement juridique logique. La transmission est clairement le moyen essentiel car elle est le fondement de chacune des sources, en principe, directement pour les textuelles¹²¹⁶ et indirectement pour les jurisprudentielles. Toutefois, le consensus peut se baser principalement sur le raisonnement ou sur la transmission selon le cas alors que l'Analogie se base toujours principalement sur le raisonnement. Ce dernier devient évidemment la base exclusive, directe et indirecte, du savoir quand il ne s'agit pas de fondement de la règle de droit mais de son application à la qualification d'un comportement¹²¹⁷ ou d'un fait juridique par un juge par exemple. Rappelons que toutes ces sources ont pour Motif la protection des besoins humains et c'est pour cela qu'elles peuvent être considérées comme des moyens spécifiant la façon de réaliser ce Motif général. Cette liaison entre les sources et les Motifs a fait naître, à partir de la branche des sources de droit, une nouvelle branche relative aux Motifs législatifs permettant de mieux interpréter les termes des sources sacrées¹²¹⁸. Ainsi et en l'absence de l'indication explicite de ces Motifs par les sources sacrées sûres¹²¹⁹ lors de l'énonciation de la règle par un texte principal, l'étude des Motifs considérés par d'autres textes sacrés permet également la détermination des Motifs législatifs¹²²⁰ rattachés à la règle de ce texte principal. Les Motifs déduits, non énoncés explicitement par des sources sacrées sûres, peuvent aussi permettre la détermination des Motifs législatifs à condition que ces Motifs soient clairement communs à plusieurs règles¹²²¹. La déduction des règles juridiques ne peut donc se faire qu'en considération de ces Motifs législatifs généraux mais, bien évidemment, sans tomber dans le travers d'occulter le contenu des sources avec leurs éventuels Motifs spécifiques en retenant uniquement le Motif général dans la construction du droit. En effet, ceci reviendrait à transformer la science juridique liée

¹²¹⁵ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 72.

¹²¹⁶ Voir supra § 201.

¹²¹⁷ Et des faits juridiques, causes ou effets, liés à ce comportement.

¹²¹⁸ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « *Maqāṣid aṣ-ṣarī'a al-islāmīya* »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 7, 18-19 et 27.

¹²¹⁹ Coran et Sunna concordante par le sens ou par la pratique.

¹²²⁰ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « *Maqāṣid aṣ-ṣarī'a al-islāmīya* »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 19 et 21-22.

¹²²¹ *Ibid.*, p. 20.

par la teneur et la hiérarchie de ses sources en un art libre purement créatif comme la littérature. Cependant, la considération en droit d'un Motif général demeure car le fondement et la compréhension du Motif lui-même et de ses corollaires fondamentaux et subsidiaires se basent sur des preuves surabondantes provenant des sources textuelles donnant à ce Motif général sa qualification certaine. C'est cette qualification qui influe sur l'équilibre entre le général et le spécifique dans les sources. Si une source spécifique pointe en apparence vers une contradiction avec un Motif général, Nécessité, Complément ou Embellissement, elle sera interprétée prioritairement d'une façon cohérente avec ce Motif car sa disqualification doit être justifiée notamment par l'incertitude sur son authenticité ou par la confirmation de son abrogation¹²²². Au-delà de ces fondements généraux, ce sont également les textes sacrés qui encadrent l'usage de ces sources extra-législatives.

233. Contrôle législatif du droit extra-législatif. Conformément au Motif de « prise en compte de l'évolution¹²²³ », le législateur a effectivement incité au raisonnement juridique¹²²⁴ permettant de compléter le droit législatif en l'adaptant aux situations nouvelles à travers les époques. Au préalable et afin de baliser la route de ce raisonnement créateur de droit, des principes d'origine législative viennent encadrer ce raisonnement. Les « principes de sources de droit » dont il est question ici sont tous des Motifs législatifs. Peu importe que la terminologie retienne ce terme générique de « Motif », utilisé en sources de droit, ou qu'elle accorde le terme de « principe de droit », utilisé dans le domaine du droit stricto sensu comme dans le domaine de la cohérence législative.

234. Principe de la cohérence législative. Un texte législatif sera toujours considéré (i) si sa qualité est certaine avec une authenticité et une interprétation sans équivoque ou (ii) s'il est rattaché à un autre texte qui a cette qualité certaine, on parle alors d'un texte « Défini ». Autrement et dans les cas où le texte n'est ni de qualité certaine ni rattaché à un autre texte ayant cette qualité, il sera ignoré (iii) s'il contredit un autre texte de qualité certaine sans possibilité de coexistence des deux textes et sera indéterminé¹²²⁵ ou « Indéfini » (iv) s'il ne contredit aucun texte de qualité certaine. Le texte de qualité certaine (i) peut être illustré par le texte coranique qui pose la licéité de la vente et interdit le recours à l'Usure dont nous

¹²²² Pour plus de détail, voir supra § 197 et 231. Voir également SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 165, 171-176, 227-228, 231, v. 3.

¹²²³ Voir supra § 214.

¹²²⁴ Voir infra § 241.

¹²²⁵ Avec la possibilité d'être ignorée ou confirmée en fonction d'autres éléments.

examinerons la signification et les conséquences juridiques pour cette thèse¹²²⁶. Le texte de qualité probable mais qui se rattache à des textes de qualité certaine (ii) peut être illustré par la Sunna disant « ne causez pas de préjudice et ne subissez pas de préjudice » qui a une portée dans la conformité de la gestion de tout investissement islamique¹²²⁷. Quant au texte probable contredisant un texte de qualité certaine (iii), on pourrait l'illustrer par la Sunna instaurant un droit d'option par défaut s'exerçant dans une vente après le consentement des parties et avant leur séparation physique du lieu de leur négociation, ce qui peut entraîner des conséquences pratiques pour l'activité commerciale des filiales de la Holis. En effet, Malik narrateur de cette Sunna l'a ignorée avec une telle interprétation ; le texte ne devient alors valide qu'en l'interprétant autrement¹²²⁸. Enfin dans le cas d'un texte de qualité probable¹²²⁹ qui n'est pas rattaché à un texte certain et qui ne contredit aucun texte de cette qualité (iv), la considération d'une telle source dépendra d'autres éléments d'appréciation et peut donc être utilisée comme dans le cas de la Sunna qui déshérite l'assassin du cujus¹²³⁰. Allant dans le sens de l'effet temporel sur le sens du texte¹²³¹, on peut considérer que les sources textuelles d'après l'hégire, même si elles apparaissent comme des textes généraux, sont souvent complémentaires à d'autres textes d'avant l'hégire ; ceci est le cas de tous les textes qui illustrent directement les cinq Principes globaux. Inversement, la grande majorité des textes relatifs aux règles spécifiques est dévoilée après l'hégire et c'est parmi ceux-ci qu'on trouve la plupart des textes abrogés. Selon la terminologie finalement retenue par l'étude des sources de droit¹²³², cette

¹²²⁶ Les deux activités, la vente et l'Usure, sont à but lucratif mais la vente participe à l'entreprise en supportant le risque de sa perte et en bénéficiant de son succès, comme pour les actionnaires de la Holis, alors que l'Usure se rémunère dans tous les cas même quand l'entreprise est infructueuse et c'est ce qui constitue une injustice économique dans la logique du droit islamique. L'effet de cette injustice est l'accaparement du patrimoine d'autrui induit par les financiers ce qui mène à l'accumulation de la richesse des capitalistes aux dépens du patrimoine des entrepreneurs qui deviennent de plus en plus pauvres : voir supra § 2 dans le chapitre introductif et infra § 461, 514, 537, 550, 565, 570, 595 en seconde partie ainsi que l'analyse économique de Piketty en infra § 355. Un bon résumé est fourni par Gaffard « Ce n'est pas une croissance faible qui transforme des entrepreneurs en rentiers, mais bien un creusement des inégalités qui fait apparaître une classe de rentiers qui se trouve confortée par l'héritage et dont l'activité est contraire à la croissance ... Ce n'est pas de la seule politique fiscale que l'on peut attendre la solution du problème de répartition, mais également d'une politique bancaire qui traite de l'organisation financière et de sa capacité d'engagement long auprès des entreprises ... L'évolution de la répartition des revenus et des richesses n'a rien de naturel, mais répond à des choix politiques et à des normes sociales » dans Jean-Luc GAFFARD, « Capital, richesse et croissance. De la recherche empirique aux éclairages théoriques », *Revue de l'OFCE*, vol. 137, n° 1, 2015, OFCE, p. 57-82. Cairn.info.

¹²²⁷ Un principe utile pour la compréhension du droit des relations économiques et applicable notamment pour la qualification des contrats de vente modernes comme le SPA, particulièrement en termes de prix et de garantie : voir infra § 512-518, 529-531, surtout 514, 516, 518 et 531.

¹²²⁸ Voir infra § 341 et 503 en seconde partie.

¹²²⁹ Qui ne se rattache pas à une autre source de qualité certaine ; autrement, on revient au cas (ii).

¹²³⁰ SHATIBI ابراهيم الشاطبي ابو اسحاق et BEN HASAN AL-SALMAN سلمان بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 184-186, 188, 196-197, 201, 206-207, v. 3.

¹²³¹ Voir supra § 208.

¹²³² Qui est très stricte dans la définition du texte abrogé par rapport aux textes complétés d'une façon ou d'une autre.

occurrence d'abrogation d'un texte est extrêmement rare et ne sera retenue que si le texte en question est totalement et clairement écarté, souvent par son remplacement par un texte ultérieur qui le contredit. Autrement, on reste dans le domaine de la notion plus large de l'explication d'un texte par un autre qui le complète et le précise ; dans ce cas, on est en présence d'un texte Indéfini qui a besoin d'un autre texte pour devenir applicable et intégrer ainsi un ensemble Défini de textes. En pratique, seule une minorité de textes demeurent Indéfinis sans intégrer des ensembles de textes Définis qui indiquent le sens de ce qui était équivoque, spécifient ce qui était général et conditionnent ce qui était inconditionnel¹²³³. Alors que ce principe de cohérence concerne un domaine fondamental, le principe de subsidiarité a un usage très large dans le raisonnement jurisprudentiel.

235. Principe de subsidiarité. La règle applicable à une situation subsidiaire est celle de la situation principale à laquelle elle est rattachée à moins qu'il n'y ait un texte spécifique à la situation subsidiaire ou que la situation subsidiaire relève d'une autre situation principale plus pertinente. Ainsi, en droit des relations, l'usus ou le fructus d'une chose sont considérés comme subsidiaires de la pleine propriété de cette chose et suivent donc la règle qui lui est applicable en cas de vente. Selon le même principe, l'Interdiction d'opérations liées portant sur la vente et le change est levée en cas de nécessité quand l'une des opérations est négligeable en termes de valeur devant l'autre car cette situation relève des dérogations pour cause de Nécessité¹²³⁴. Cependant, l'application de ce principe peut faire l'objet d'une divergence quand le lien de subsidiarité est faible comme dans le cas de la garantie fournie par l'entrepreneur non négligeant dépositaire d'une chose appartenant à son client dont il a besoin pour réaliser un ouvrage qui, lui, est clairement garanti sans divergence entre juristes. Par exemple dans le cas où l'entrepreneur est chargé de réaliser une copie d'un livre original appartenant à son client, l'entrepreneur est clairement garant de la copie mais il y a divergence pour considérer qu'il l'est aussi pour l'original en cas de détérioration sans négligence sur la base que l'original devient le subsidiaire de la copie dans cette opération¹²³⁵. En fait, dans ce genre de cas où une situation particulière présente des points communs avec plusieurs situations dont les règles mères sont connues, l'une de ces dernières prend le dessus sur toutes les autres

¹²³³ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 235-236, 305-309, 312, 336, 340, 344, v. 3.

¹²³⁴ Un principe dérogatoire largement abusé dans les critères de la finance islamique modernes notamment dans les critères de choix des cibles de private equity qui continuent à fonctionner avec l'Usure : voir infra § 287, 317-332 et voir infra § 484, 574-611.

¹²³⁵ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 436, 452, 455, v. 3.

pour s'appliquer à la situation particulière. Ceci peut s'illustrer par un deuxième exemple relatif à la rémunération des contrats invalides de commandite qui ont connu un début d'exécution ce qui peut se présenter en cas d'erreur dans l'accommodation de la Moudaraba par rapport à sa qualification¹²³⁶. La règle applicable ici est, comme dans le cas précité du livre original, tiraillée entre ses deux règles mères auxquelles elle peut prétendre : celle de la commandite valide ou celle du Louage (de services ou d'ouvrage). En effet, ce dernier étant l'une des racines de la commandite valide, il peut être considéré comme une racine possible de la commandite invalide par transitivité. Comme troisième exemple, on peut citer celui de l'imposition de la commandite : cette dernière dérivant non seulement du contrat de louage mais aussi du contrat de société, le régime fiscal oscille entre les dispositions applicables à ces deux situations mères¹²³⁷. En définitif, le lien de subsidiarité n'est sans équivoque qu'en présence d'une situation particulière exclusivement associée à une situation générique. C'est le cas de l'actif taxable fruit d'un capital qui, logiquement, a des règles d'imposition qui relèvent des règles mères d'imposition du principal de ce capital, aussi bien pour la détermination de l'exercice d'imposition que pour la détermination du plafond d'exonération¹²³⁸. En droit économique, l'application de ce principe est courante et c'est la qualification de la situation subsidiaire qui permet de déterminer le lien pertinent avec une règle mère associée à un principe général de droit ou à une règle spécifique d'une situation analogue¹²³⁹. Outre ce principe de subsidiarité, le principe de maintien a également un usage courant.

236. Principe de maintien. Le maintien¹²⁴⁰ des règles juridiques s'applique dans cinq cas de figures. Le premier est celui du maintien du caractère Facultatif originel de toute action jusqu'à ce qu'elle soit soumise à une règle contraire de droit¹²⁴¹. Le deuxième est celui du maintien d'un large champ d'application relatif à une règle jusqu'à ce qu'une règle dérogatoire soit actée. Le troisième est celui du maintien de la validité d'un texte jusqu'à ce que son abrogation soit prouvée. Le quatrième est celui du maintien dans le temps du champ d'application d'une règle liée à l'occurrence de certaines circonstances quand ces circonstances

¹²³⁶ Voir infra § 421.

¹²³⁷ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 644, § 107.

¹²³⁸ Contrairement aux actifs ne provenant pas d'un patrimoine taxable (héritage, donation, dommage de réparation d'un préjudice...) qui ont le régime autonome de droit commun. Par conséquent, ils ne sont imposés que sur l'exercice suivant s'ils dépassent le plafond d'exonération : voir *Ibid.*, p. 647, § 108.

¹²³⁹ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aṣ-ṣarī'a al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 47 et 133-136.

¹²⁴⁰ « Présomption de continuité » dans la traduction de Galloux de « الاستصحاب » : voir Muḥammad ABŪ ZAHRAÏ et Michel GALLOUX, *L'iman Mālik : sa vie et son époque, ses opinions et son fiqh*, Paris : Alqalam livres, 2016, p. 242.

¹²⁴¹ Le vide juridique est donc en faveur de la liberté.

se reproduisent. Enfin, le cinquième cas, négatif du quatrième et complément au premier, est celui du retour au caractère Facultatif originel en l'absence des circonstances ou des conditions d'application d'une règle¹²⁴². Malgré son usage courant, ce principe de maintien ne peut rivaliser avec le principe découlant du Motif relatif à la recherche de l'utile et à l'évitement du préjudiciable. Il est rare que le Diligent ne considère pas ce Motif avant d'émettre une opinion juridique.

237. Principe de « l'Incitation à l'utile et de la Dissuasion du préjudiciable ».

Ce principe général important a comme corollaires plusieurs autres principes comme :

- L'interdiction de la fraude¹²⁴³, des prétextes, subterfuges ou des moyens menant à des fins préjudiciables¹²⁴⁴, même involontairement ;
- La nécessité de l'exécution des sentences¹²⁴⁵ ;
- L'acceptation de la dérogation justifiée par un intérêt légitime¹²⁴⁶ ;
- L'évaluation de la cause des actions par le test de l'intention de bonne foi¹²⁴⁷ ;
- La préservation de la liberté d'actions¹²⁴⁸ ;
- L'évitement des règles présentant le risque de division¹²⁴⁹ ;
- La promotion du sentiment de sécurité¹²⁵⁰ et
- L'encouragement du développement de la jurisprudence pour les situations et circonstances nouvelles¹²⁵¹.

238. **Motifs du droit des relations.** Le droit des relations est soumis aux Motifs généraux globaux, comme ceux que nous venons de voir, applicables à toutes les branches du droit ; de plus, il est guidé par des Motifs propres¹²⁵². Ces derniers peuvent être généraux en couvrant tous les types de relations comme la personnalisation des droits et obligations¹²⁵³. Ils

¹²⁴² AVERROËS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 96.

¹²⁴³ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « *Maqāṣid aš-šarī'a al-islāmīya* »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 122-124 et 126.

¹²⁴⁴ *Ibid.*, p. 129-132.

¹²⁴⁵ *Ibid.*, p. 136-137.

¹²⁴⁶ *Ibid.*, p. 139-140.

¹²⁴⁷ *Ibid.*, p. 141-144.

¹²⁴⁸ *Ibid.*, p. 145-152.

¹²⁴⁹ *Ibid.*, p. 152-154.

¹²⁵⁰ *Ibid.*, p. 155.

¹²⁵¹ *Ibid.*, p. 156-158.

¹²⁵² *Ibid.*, p. 161-163, 165 et 167.

¹²⁵³ *Ibid.*, p. 167-169.

peuvent aussi être réservés selon la typologie des relations comme les relations du droit de la famille sont encadrées par des Motifs spécifiques relatifs au mariage¹²⁵⁴, au lien du sang comme la filiation¹²⁵⁵, à l'alliance par mariage¹²⁵⁶, au divorce¹²⁵⁷, etc. Il en est de même du droit économique qui doit satisfaire plusieurs Motifs et respecter plusieurs principes. Ainsi, le principe de la bonté induit celui de la protection de l'Homme qui peut s'illustrer par l'obligation de l'Impôt de solidarité. Ce dernier est destiné spécifiquement à huit catégories de bénéficiaires comme indiqué au Coran :

« 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 à rallier ; au rachat des captifs ; à ceux qui sont chargés de dettes ; à la lutte dans le chemin de Dieu et au voyageur¹²⁵⁸. »

D'autres sources¹²⁵⁹ permettent de définir avec précision ces huit affectations de l'Impôt qui concernent essentiellement la protection des personnes et non pas l'édification d'infrastructures civiles ou militaires, comme les routes et les murailles, ou l'achat d'équipement du genre bateaux de guerre¹²⁶⁰. Ainsi, si on met de côté le salaire du percepteur, essentiel à la gestion de cet Impôt, les principaux bénéficiaires relèveront de la réduction de la pauvreté, du surendettement et de l'esclavage ainsi que de la sécurité de la communauté et des voyageurs. Quant à l'endroit de distribution et sauf pour les liquidités rattachées au domicile du contribuable, il sera prioritairement l'endroit d'exigibilité qui est le lieu des actifs imposables, à moins que des bénéficiaires plus nécessiteux soient situés ailleurs¹²⁶¹. C'est ainsi que le Motif de la protection de l'Homme s'exprime, par exemple, dans le domaine de l'Impôt. Ce Motif remontant à l'impératif de la bonté vient parfaire le Motif important de la protection du patrimoine qui est l'un des cinq besoins fondamentaux¹²⁶².

¹²⁵⁴ *Ibid.*, p. 174, 178 et 180.

¹²⁵⁵ *Ibid.*, p. 181-182.

¹²⁵⁶ *Ibid.*, p. 184.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, p. 185-186.

¹²⁵⁸ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 252, § 60.

¹²⁵⁹ Al-Jundī KHALİL IBN ISHĀK et Georges-Henri BOUSQUET, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imâm Mâlek. 1, Le Rituel*, Alger, Algérie : éd. Algérienne En-Nahdha, 1956, p. 123-124, § 59.

¹²⁶⁰ *Ibid.*, p. 124, § 59.

¹²⁶¹ *Ibid.*, p. 125, § 60.

¹²⁶² *Supra* § 214.

239. **Motif de la protection du patrimoine.** Outre les Motifs relatifs aux procédures judiciaires¹²⁶³ et à l'exécution des sanctions¹²⁶⁴, l'un des Motifs essentiels en droit économique est le Principe global de la protection du patrimoine, qu'il soit public ou privé¹²⁶⁵. Ce grand principe de droit se traduit par cinq Motifs corollaires¹²⁶⁶ :

- La facilitation de la transmission de la propriété, notamment par l'usage de la monnaie¹²⁶⁷ ;
- La clarté dans la détermination du patrimoine, notamment lors de la transmission de sa propriété ;
- La préservation du patrimoine, notamment par la réparation du préjudice qu'il subit, et son développement, notamment par l'incitation au commerce national ou international¹²⁶⁸ ;
- Le renforcement des attributs de la propriété, notamment par la liberté d'usage et d'aliénation ainsi que la validité des conditions contractuelles de transmission de propriété¹²⁶⁹. Toutefois, l'intérêt général de l'aspiration à la justice justifie des limitations¹²⁷⁰ à cette liberté.

À titre d'exemple et comme illustration de ces principes et Motifs, la responsabilité induisant la garantie et l'indemnisation a lieu lorsque, comme pour les personnes, les biens sont perdus par manque de diligence d'un tiers disposant de la capacité de les sauver¹²⁷¹. Ces Motifs généraux découlant du principe de la protection du patrimoine exercent une influence décisive sur les effets juridiques des opérations économiques, notamment en termes de validité¹²⁷². Ainsi, l'Accaparement injuste du patrimoine d'autrui est interdit dans tous les contrats qu'ils soient des contrats de vente¹²⁷³, de location¹²⁷⁴ ou, a fortiori des contrats aléatoires comme ceux

¹²⁶³ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aṣ-ṣarī'a al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, op. cit. (note 1088), p. 218-231, notamment p. 224.

¹²⁶⁴ Ibid., p. 232.

¹²⁶⁵ Ibid., p. 195.

¹²⁶⁶ Ibid., p. 196 et s.

¹²⁶⁷ Ibid., p. 201-203.

¹²⁶⁸ Ibid., p. 204.

¹²⁶⁹ Ibid., p. 204-205.

¹²⁷⁰ Ibid., p. 206.

¹²⁷¹ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, op. cit. (note 1259), p. 181, § 86.

¹²⁷² BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aṣ-ṣarī'a al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, op. cit. (note 1088), p. 206-207.

¹²⁷³ Voir infra § 461, 514 et 531.

¹²⁷⁴ Voir infra § 461 et 550.

du pari¹²⁷⁵. Toutefois, le droit des contrats de travail¹²⁷⁶ et celui des contrats de libéralités¹²⁷⁷ présente certaines dérogations à ces objectifs pour satisfaire à un autre Motif spécifique de protection relatif à la partie faible de ces contrats. Ainsi, le droit du travail tient compte de certains impératifs¹²⁷⁸ qui peuvent avoir des effets sur cette thèse¹²⁷⁹ et qui se résument ainsi :

- La facilitation de la conclusion des contrats de ce type ;
- L'acceptation de l'incertitude des contreparties contractuelles si elle est inévitable¹²⁸⁰ ;
- L'évitement de l'exploitation, celle-ci étant considérée comme un quasi-esclavage des travailleurs ;
- La possibilité de la rétractation avant le début d'exécution du contrat¹²⁸¹ ;
- La validité de la condition d'une rémunération prédéterminée du travail contrairement à l'interdiction du rendement prédéterminé du capital ;
- L'incitation au paiement immédiat du travailleur¹²⁸² ;
- La possibilité au travailleur entrepreneur de se faire aider ou de sous-traiter en vendant à des tiers son droit dans un contrat de réalisation d'ouvrage¹²⁸³.

Quant au droit des libéralités, qui peut s'appliquer à la propriété du capital de la Holis directement ou par l'usage des trusts¹²⁸⁴, il s'appuie sur les Motifs suivants :

- L'incitation aux dons par la multiplicité des types de contrats comme la donation de la pleine propriété des biens, la donation permanente ou temporaire de l'usufruit des biens dont la nue-propriété est soit incessible en étant logée dans

¹²⁷⁵ Muḥammad ibn Aḥmad ibn 'Arafa' AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي, Aḥmad DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et Al-Jundī KHALĪL IBN ISHĀK خليل ابن إسحاق, *Commentaire de Dasuqi sur « La grande explication du précis de Khalil » par Dardir* خليل الكبير لمختصر خليل, Le Caire, Egypte : Al-Maṭba'a al-azhariyya al-miṣriyya, 1309H, p. 63 du volume 3, commentaire Dasuqi.

¹²⁷⁶ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aš-šarī'a al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 208-209.

¹²⁷⁷ *Ibid.*, p. 212 et s.

¹²⁷⁸ *Ibid.*, p. 207 et s.

¹²⁷⁹ Voir infra § 462, 465 et annexe 2.

¹²⁸⁰ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aš-šarī'a al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 208.

¹²⁸¹ *Ibid.*, p. 210.

¹²⁸² *Ibid.*, p. 211.

¹²⁸³ *Ibid.*

¹²⁸⁴ Voir supra § 62.

une fondation soit conservée par le donateur ou ses héritiers et, enfin, le droit testamentaire des non héritiers¹²⁸⁵ ;

- La limitation des conditions de validité du contrat à la présence de témoins, pour s'assurer du consentement non vicié du donateur, sans exiger la délivrance du bien ou le début d'exécution du contrat¹²⁸⁶ (comme c'est le cas en droit hanafite ou chafiite) ;
- L'élargissement des conditions contractuelles possibles y compris celles liées à la vie du bénéficiaire ou du donateur comme la donation de l'usufruit pendant la vie du bénéficiaire qui prend effet après sa mort¹²⁸⁷ et
- La sécurisation des éventuels droits des tiers comme les créanciers et les héritiers¹²⁸⁸.

240. **Objectif des principes.** Voilà donc quelques principes déduits des sources législatives qui encadrent la création du droit par le raisonnement juridique et qui exercent un rôle important dans l'impératif d'authenticité central à cette thèse. Bien que constituant des limites à la liberté de ce raisonnement juridique, ces principes n'ont pas pour objectif de lui fermer la porte. Au contraire, l'objectif est d'aider un tel raisonnement à acquérir des lettres de noblesse par une harmonie avec la norme législative favorisant son rôle dans la création de droit auquel le législateur incite explicitement tout en respectant un certain ordonnancement dans l'intensité de cette incitation (B).

B. Ordonnancement des normes extra-législatives

241. **Fondement coranique du raisonnement extra-législatif.** L'ordonnancement termine notre étude de l'ouverture des normes jurisprudentielles générales dont le champ est limité par la portée des normes législatives que nous venons d'expliquer. Cet ordonnancement se déduit de la bonne compréhension de l'incitation législative à user de ces normes jurisprudentielles. Cette incitation à compléter la norme juridique législative est énoncée par le Coran comme l'indiquent plusieurs groupes de versets dont notamment :

¹²⁸⁵ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aṣ-ṣarī'a al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, op. cit. (note 1088), p. 214.

¹²⁸⁶ Ibid., p. 215.

¹²⁸⁷ Ibid., p. 216.

¹²⁸⁸ Ibid., p. 217.

« *Ô vous qui êtes doués d'intelligence*¹²⁸⁹ ! » qui appelle à l'usage de la raison de la même façon que de nombreux autres versets comme : « *Il y a vraiment là des Signes pour un peuple qui réfléchit*¹²⁹⁰ », « *Il y a vraiment là des Signes pour un peuple qui comprend*¹²⁹¹ » dont le sens est répété dans encore d'autres versets¹²⁹² avec éventuellement une petite variation des mots utilisés¹²⁹³ ;

« *Nous avons fait descendre sur toi le Livre avec la Vérité, afin que tu juges entre les hommes d'après ce que Dieu te fait voir*¹²⁹⁴ » ; le raisonnement et l'analogie auxquels incite ce verset étant généralisé par un autre verset qui étend cette Diligence aux personnes qui ont des avis pertinents : « *Consulte-les sur toute chose*¹²⁹⁵ » ;

Enfin, il y a le verset sur lequel nous revenons plus longuement¹²⁹⁶ et dont une partie impérative dit « *Résolvez vos différends en revenant au Coran et à la Sunna* » ; ainsi la résolution des différents survenus se fait par la réflexion sur les indications du Coran et de la Sunna pour déduire ce qui serait bien. Ce sont alors ces déductions à partir des sources législatives, dont nous avons présenté quelques principes, qui assurent le développement des règles du comportement entre les hommes après l'époque du Prophète (bsl).

242. Obligation de la Diligence par le raisonnement juridique. Les effets de ce fondement coranique du raisonnement jurisprudentiel méritent que l'on s'y arrête. Ainsi, sans rentrer dans le détail de la création jurisprudentielle du droit¹²⁹⁷, il est extrêmement utile de mentionner ici l'avis de Fadhel ben Achour¹²⁹⁸ sur la signification des versets que nous venons de citer. Il indique¹²⁹⁹ que, par ces versets, c'est le législateur suprême qui demande à ceux qui ont la capacité de le faire d'effectuer cette Diligence de création à partir des sources de droit ; autrement, ils seraient blâmables comme l'a précisé Qarafi dans son introduction à la création du Droit. En effet et au-delà du sens apparent pour le commun des pratiquants de la langue

¹²⁸⁹ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 731, § 2.

¹²⁹⁰ *Ibid.*, p. 322, § 3.

¹²⁹¹ *Ibid.*, § 4.

¹²⁹² *Ibid.*, § 4.

¹²⁹³ *Ibid.*, p. 347, § 11-13.

¹²⁹⁴ *Ibid.*, p. 121, § 105.

¹²⁹⁵ *Ibid.*, p. 90, § 159.

¹²⁹⁶ Voir *infra* § 244.

¹²⁹⁷ Voir ce qui suit en sous-section 2.

¹²⁹⁸ Fils de l'illustre auteur de l'exégèse du Coran : voir BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075).

¹²⁹⁹ Après avoir considéré que dans la terminologie juridique islamique d'origine le droit et la création de droit sont synonymes.

arabe, il est clair que le législateur incite par ces textes législatifs les personnes compétentes à compléter la norme juridique¹³⁰⁰. Cependant et comme l'a dit le juge Iyadh, s'il y a suffisamment de personnes compétentes dédiant leurs temps à cette Diligence, il sera contraire à l'intérêt général que toutes les autres personnes ayant cette capacité s'y mettent également à la création du droit en négligeant les autres activités utiles à la collectivité. Par conséquent, cette Obligation de Diligence est Collective¹³⁰¹ et non pas individuelle et, à côté de la minorité des Diligents, les autres Sujets de droit appliqueront les règles existantes ou solliciteront les Diligents pour émettre de nouvelles opinions juridiques correspondant à des situations inédites auxquelles les Sujets de droit sont confrontés. Sur le plan typologique, cette Diligence extra-législative par le raisonnement se fait soit par consensus soit par Analogie mais, comme nous l'avons déjà indiqué, l'Analogie se base exclusivement sur ce raisonnement alors que le consensus peut se baser sur les sources transmises du Coran ou de la Sunna.

243. Notion de consensus des Diligents. Averroès définit le consensus général comme étant l'accord des imams de doctrine, les Diligents selon al-Hattab, sur une règle juridique déduite d'un texte¹³⁰² ou d'une autre source jurisprudentielle. Ceci peut avoir lieu à chaque génération et à tout moment, comme le précise ibn-Asim, mais en respectant tout précédent consensus si la règle a été traitée par une génération antérieure. Ce respect peut être positif, ce qui veut dire un consensus antérieur ne peut être défait postérieurement¹³⁰³, ou négatif, ce qui veut dire qu'un désaccord antérieur ne peut se transformer en consensus par une génération postérieure. De même, une génération postérieure ne peut élargir le désaccord en créant un avis supplémentaire, ce qui peut remettre en cause une partie de la soft law moderne. En revanche, un tel avis supplémentaire sera autorisé si, au contraire, il permet de limiter le désaccord en précisant des champs d'application différents pour les avis divergents existants¹³⁰⁴. Cependant et comme l'indique al-Mahsi dans son interprétation de l'avis de l'Imam Ahmed, le consensus est devenu de plus en plus difficile à établir avec la multiplicité des Diligents après les générations des premiers siècles de l'hégire. Inversement, il arrive que

¹³⁰⁰ C'est dans cet ordre d'idées que s'insèrent les qualifications proposées par cette thèse dans le domaine des holdings européennes d'investissement, un domaine non encore précisé en hard law.

¹³⁰¹ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 206, § 99.

¹³⁰² Du Coran ou de la Sunna, quel que soit le degré de l'authenticité de cette dernière.

¹³⁰³ Ce qui empêche chaque Diligent ayant rejoint explicitement le consensus de revenir sur son avis comme le précise Mohamed AL-HATTAB *الخطاب* محمد بن عبد الرحمن الخطاب et Mohamed Salah AL-GHARSI *محمد صالح الغرسي*, [Le préféré dans l'explication des (Pages de Imam al-Haramayn) « Korrat al-a'in fi charh warakat Imam al-Haramayn »] *قراءة* العينة في شرح ورقات إمام الحرمين, [s.l.] : [s.n.], 2003, p. 162.

¹³⁰⁴ AVERROËS *الحفيد* ابن رشد *الحفيد*, *op. cit.* (note 1076), p. 90, 92, 94 ; IBN-ĀSIM *عاصم* محمد بن محمد ابن عاصم et AL-MAHSI *المحسي* محمد بن عبد الرحمن الخطاب *الخطاب* محمد بن عبد الرحمن الخطاب et AL-GHARSI *الغرسي* محمد صالح الغرسي, *op. cit.* (note 1102), p. 631-633, 637-638 ; AL-HATTAB *الخطاب* محمد بن عبد الرحمن الخطاب et AL-GHARSI *الغرسي* محمد صالح الغرسي, *op. cit.* (note 1303), p. 162.

certaines générations dépourvues de la compétence juridique de très haut niveau ne disposent que d'un nombre limité de Diligents, la convergence de ces Diligents existants sera une source de création de droit par consensus même s'il ne reste qu'un seul Diligent dans une génération donnée. Quant au fondement de la règle adoptée par consensus, il importe peu et c'est pour cela qu'il a été complètement ignoré par Ibn-Asim qui définit le consensus général comme l'adoption d'une règle juridique par la convergence des avis de Diligents à un moment donné. Par ailleurs et en dehors du domaine du droit, le consensus dans toute connaissance acquise par le raisonnement ou la diligence¹³⁰⁵, comme celle de la langue¹³⁰⁶, est considéré sur le plan juridique pour la qualification des faits par exemple¹³⁰⁷. Cet usage de la vie courante du consensus vient compléter son usage en tant que norme extra-législative de création de droit qui s'appuie sur un fondement législatif solide.

244. Fondement du consensus. Le Coran indique clairement que le consensus est une source de droit comme l'indiquent plusieurs versets¹³⁰⁸ :

« Quant à celui qui... et qui suit un chemin autre que celui des croyants : nous nous détournerons de lui comme lui-même s'est détourné... »¹³⁰⁹ ;

« Ô vous qui croyez ! Obéissez à Dieu ! Obéissez au Prophète et à ceux d'entre vous qui détiennent l'autorité. Portez vos différends devant Dieu et devant le Prophète »¹³¹⁰

[la traduction de cette dernière phrase pouvant être plus précise conformément à l'exégèse de Qurtubî en disant « Résolvez vos différends en revenant au Coran et à la Sunna »] ». « L'autorité » en question dans le domaine du droit est celle des savants de cette science que sont les Diligents conformément à l'autre verset disant « Si vous ne le savez pas, interrogez les gens auxquels le Rappel a été adressé »¹³¹¹ [ici, aussi, la traduction de cette dernière phrase pouvant être plus précise en disant « interrogez les gens du savoir » ou simplement « interrogez les gens du domaine »] ». Quant au terme « autorité » précité, Malik est plus restrictif dans son exégèse en limitant son interprétation exclusivement au domaine du droit et en identifiant ceux qui détiennent cette autorité comme les savants connaisseurs des fondements

¹³⁰⁵ Terme générique pouvant couvrir l'expérience comme dans les sciences expérimentales.

¹³⁰⁶ Ou celles utilisées dans l'expertise judiciaire par exemple.

¹³⁰⁷ IBN- 'ĀSİM محمد بن محمد ابن عاصم et AL-MAHSI فخر الدين المحسي, *op. cit.* (note 1102), p. 627, 631-632, 640.

¹³⁰⁸ *Ibid.*, p. 627, 640, 644.

¹³⁰⁹ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 123, § 115.

¹³¹⁰ *Ibid.*, p. 111, § 59.

¹³¹¹ *Ibid.*, p. 352, § 43.

de la jurisprudence islamique ce qui est clairement cohérent avec la dernière phrase du verset¹³¹².

La Sunna disant que « *Les musulmans ne peuvent pas s'accorder sur l'erreur* » s'applique également au consensus sur les règles de droit. Ce fondement solide du consensus devrait justifier l'extension de son champ d'application au consensus tacite.

245. Consensus tacite. Le consensus général peut avoir lieu si l'opinion d'un Diligent est acceptée par les autres de son époque mais il y a divergence sur la validité de l'acceptation tacite en cas d'absence d'avis explicites des autres diligents. En effet et contrairement à d'autres, les malikites, suivis par l'imam Chafii et une majorité de ses disciples ainsi que par l'imam Ahmed, considèrent ce consensus tacite comme valable mais certains d'entre eux précisent que l'accord tacite des Diligents, vivant au moment du consensus exprimé, doit être recherché jusqu'à leurs morts¹³¹³. Cette acceptation du consensus tacite a pour fondement une autre Sunna disant « *Il subsistera toujours une partie des musulmans poursuivant publiquement la vérité* ». Cependant et malgré l'étendue du domaine du consensus, il est clair que la célérité exige que les situations juridiques nouvelles soient traitées par la Diligence individuelle de l'Analogie.

246. Notion d'Analogie. Comme toutes les autres sources de droit et même si le raisonnement joue un rôle prépondérant, l'Analogie par l'identification de la Cause commune ou de l'attribut commun à différentes règles juridiques est liée aux Motifs législatifs de ces règles¹³¹⁴. Dans ce cadre, les textes sacrés et leurs circonstances historiques de révélation¹³¹⁵ deviennent évidemment les principaux indicateurs pour déterminer pour chaque règle sa Cause et son Motif, s'il est différent. Cette détermination de la Cause à partir des sources suit une méthodologie de raisonnement relevant de la science des sources de jurisprudence islamique sans se baser sur les raisons purement cultuelles relatives aux récompenses ou punitions divines prévues pour l'application ou l'inapplication des règles associées à ces sources. On ne peut, par exemple, déterminer la Cause d'une règle d'interdiction, comme celle relative à la boisson du vin, par référence à la punition divine prévue pour un tel acte mais par la compréhension que la Cause de cette interdiction est l'effet enivrant de cette boisson pouvant compromettre la santé

¹³¹² QURTUBÎ محمد بن احمد القرطبي, *op. cit.* (note 1112), p. 249-253, v. 5.

¹³¹³ SHATIBI اسحاق ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 119, v. 5 ; IBN-ĀSIM محمد بن محمد ابن عاصم, et AL-MAHSI فخر الدين المحسي, *op. cit.* (note 1102), p. 634, 642.

¹³¹⁴ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « *Maqāṣid aš-šarī'a al-islāmīya* »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 4-5, 14 et 17.

¹³¹⁵ L'équivalent de l'exposé des motifs d'une loi avant son adoption.

d'esprit. Dans ce processus, les juristes ont besoin de comprendre objectivement en droit les Causes à partir des circonstances d'adoption de la règle, en appréciant son potentiel d'Incitation à l'utile et de Dissuasion du préjudiciable, pour pouvoir déduire le champ d'application de ladite règle en déterminant les situations analogues¹³¹⁶. Cependant, cette Analogie basée sur la Cause commune n'est pas le seul type utilisé par la Diligence extra-législative.

247. Typologie de l'Analogie. On peut souvent considérer que l'Analogie est basée directement sur un Motif législatif commun¹³¹⁷ qui devient la Cause de la règle agissant comme son signe déclencheur¹³¹⁸. Un exemple, pertinent dans cette thèse pour définir les critères de sélection des cibles de la Holis en fonction de la licéité de leurs activités¹³¹⁹, serait celui de l'interdiction des drogues conduisant à l'ivresse, cette dernière étant retenue comme la Cause de l'interdiction de l'alcool par les textes sacrés. Que cette Cause corresponde au Motif ou pas, elle n'est cependant que le premier type de l'Analogie qui côtoie d'autres types où ce n'est pas la Cause mais un autre attribut commun entre la règle connue et celle inconnue qui justifie le caractère identique des deux règles. Le deuxième type est celui de l'Analogie subjective par l'effet juridique commun, par opposition à la Cause qui est toujours objective. Un exemple de cet effet juridique commun s'illustre en droit cultuel où l'effet juridique commun de l'ablution induit la nécessité de l'intention comme condition de validité pour la purification par la terre comme celle par l'eau. Le troisième type est celui de l'Analogie par l'apparence comme l'invalidité de la purification par le vinaigre comme celle par l'huile sur la base de l'apparence voisine des deux fluides. Enfin, le quatrième type est celui de l'Analogie par l'usage qui peut s'illustrer par l'usage commun du riz et du blé qui, selon une approche, induit l'application des règles connues de l'Usure concernant le blé au riz. L'essentiel est de comprendre que la pertinence d'un mode d'Analogie est intimement liée à la réalisation du Motif législatif de l'intérêt général de « l'Incitation à l'utile et la Dissuasion du préjudiciable ». Ainsi, dans le cas de l'Analogie entre les drogues et l'alcool, l'Analogie par la Cause commune de l'ivresse était la plus pertinente car l'ivresse induit l'effet préjudiciable de la perte de la capacité de discernement et va à contre sens de l'objectif de protection de l'esprit et des facultés mentales¹³²⁰. Il faudrait signaler que la plupart de ces types d'Analogie sont inclus par Averroès dans l'interprétation des textes sacrés et non pas dans l'Analogie ; ce serait donc juste une

¹³¹⁶ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1277, § 241.

¹³¹⁷ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aṣ-ṣarīʿa al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 119.

¹³¹⁸ SHATIBI شهاب الدين الشاطبي, *op. cit.* (note 29), p. 11, v. 2.

¹³¹⁹ Voir infra § 489.

¹³²⁰ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1041, § 190.

question de terminologie¹³²¹ pour ceux qui n'accepte pas l'Analogie dans certains domaines mais qui en réalité l'utilise en la considérant partie intégrante de l'interprétation législative. La différence pour cette école, principalement hanafite, devient cependant réelle quand l'Analogie est trop lointaine pour être considérée comme une interprétation de texte, comme l'Analogie entre la sanction pénale de l'ivresse et celle de la diffamation¹³²². Avec l'explication de cette typologie de l'Analogie s'achève notre étude sommaire des quatre normes générales sunnites qui montre que le raisonnement juridique, collectif ou individuel, a toute sa place dans le droit sunnite pour compléter les sources sacrées tout en leur restant fidèle. Il reste à hiérarchiser ces normes pour pouvoir qualifier les éventuelles situations que nous rencontrons dans cette thèse et qui ne sont pas rattachables à une jurisprudence existante.

248. Hiérarchie des normes générales. Nous avons déjà indiqué que les sources législatives sont la base de ce droit et qu'au sein de ces sources c'est le Coran qui est la source suprême avec la Sunna non douteuse qui suit dans l'ordre de la qualité de sa narration : la Sunna concordante puis la Sunna fortement probable et enfin la Sunna probable. Quant aux sources jurisprudentielles qui viennent après, clairement la jurisprudence consensuelle est plus forte que la jurisprudence individuelle. Ainsi et en toute logique, au sommet de la pyramide des fondements de toutes les règles de droit se trouve le Coran, puis la Sunna avec ses trois niveaux d'authenticité, puis le consensus général puis l'Analogie. C'est tout en gardant à l'esprit cette hiérarchie des normes qu'on aborde maintenant les richesses créatrices de droit spécifiquement malikites.

Sous-section 2. Caractérisation de la jurisprudence Malikite

249. Richesse associée à la rigueur. On a vu dans l'étude des sources législatives que l'accès de Malik à la pratique de Médine a donné à l'école de Médine, le rite Malikite, une diversité et une ampleur de textes exceptionnelles. Il en est de même dans les sources extra-législatives de ce rite comme on va le montrer à travers la richesse des méthodes jurisprudentielles (A). Cependant et comme pour l'abondance législative, cette richesse extra-législative ne s'est pas traduite par un manque de rigueur dans la création et l'application de la jurisprudence malikite, bien au contraire (B).

¹³²¹ Ce que la majorité appelle une Analogie, une minorité dont Averroès appelle de l'interprétation de texte mais sans aucun effet sur la règle juridique déduite.

¹³²² AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 130.

A. Méthodes de la jurisprudence malikite

250. **Nature des ajouts méthodologiques malikites.** À vrai dire, les méthodes de Diligence spécifiques aux malikites ne sont pas à proprement parlé des sources à part entière comme le consensus général ou l'Analogie. Elles sont plus une richesse verticale qui peut s'appliquer à toutes les sources générales de l'interprétation législative à l'Analogie ; comme on le dirait en langage moderne, ce sont en quelque sorte des versions évoluées de l'application de ces mêmes sources générales. Cette richesse de méthodes est présente aussi bien au niveau de la jurisprudence consensuelle quel que soit son fondement, législatif ou extra-législatif, qu'au niveau de la jurisprudence individuelle.

251. **Enrichissement de la jurisprudence consensuelle.** Le consensus de Médine est l'accord des Diligents de Médine¹³²³. La valeur de ce consensus est diversement appréciée par les Diligents d'une façon générale et par les malikites eux-mêmes qui ont exprimé sur la question trois avis. Le premier avis considère que ce consensus ne peut servir de base justifiant une règle juridique comme le ferait un texte législatif ou un consensus général ; cet avis est celui de la majorité des malikites et non malikites. Comme pour l'avis d'un compagnon de la première génération, le deuxième avis considère que ce consensus ne peut agir face à une règle législative certaine mais peut indiquer la jurisprudence la plus forte. Enfin, le troisième avis considère que le consensus de Médine doit s'imposer comme le consensus général. À la réflexion, il semble raisonnable d'accorder à ce consensus partiel une certaine valeur compte tenu du nombre important des savants de Médine ce qui n'est pas contradictoire avec l'avis précité de la majorité qui, tout en refusant de lui accorder le statut d'une source comme le consensus général, ne lui refuse pas toute valeur. On pourrait ainsi adroitement considérer ce consensus de Médine non pas comme une base irréfutable comme le consensus général, en donnant raison au premier avis, mais comme une jurisprudence suffisamment forte pour exiger de son contradicteur d'agir uniquement sur la limitation du champ d'application de ce consensus sur la base d'une source claire bien plus forte¹³²⁴. Il est en effet difficile d'anéantir totalement une jurisprudence supportée par la Diligence de dizaines de compagnons ou des Suivants ayant vécu au premier siècle après la mort du Prophète (bsl) dans l'environnement de la ville dépositaire de la pratique prophétique. C'est le privilège de cette ville ! C'est à Médine que le Prophète (bsl) émigra et c'est là où les règles juridiques, notamment économiques, ont

¹³²³ IBN- 'ĀṢIM محمد بن محمد ابن عاصم *et* AL-MAHSI فخر الدين المحسي, *op. cit.* (note 1102), p. 644.

¹³²⁴ Car en cas de sources comparables, le consensus de Médine devrait s'imposer : voir *Ibid.*, p. 647.

été complétées et stabilisées dans leurs formes finales¹³²⁵. C'est pour cela et sans rentrer dans la polémique de la considération du consensus de Médine comme une source à part entière, une certaine valeur lui semble largement reconnue même en dehors du cercle des malikites ; ce qui n'est pas le cas des consensus des autres premiers centres de droit comme la Koufa¹³²⁶ en Irak¹³²⁷. Évidemment, les puristes pourraient argumenter que comme les voies de narration de Médine s'imposent en termes de qualité devant les autres voies, notamment grâce à l'existence de la Sunna concordante unique dans son genre de la pratique, son consensus devrait également s'imposer. Cependant cet argument excessif est faible car dans la pratique de Médine il s'agit de transmission liée au Prophète (bsl) et dans le consensus de Médine il s'agit de l'avis de Diligents pour une situation inédite¹³²⁸, ne n'est pas du tout la même chose. On peut donc raisonnablement retenir que le malikisme dispose d'une richesse supplémentaire dans l'utilisation de la norme du consensus ; c'est quand même mieux d'avoir une convergence de dizaines de Diligents que d'avoir une opinion d'un seul Diligent. La distinction du malikisme ne s'arrête pas à cette norme du consensus mais s'étend à la Diligence individuelle basée sur l'Analogie à travers la finesse de l'exploitation des Motifs législatifs.

252. **Compréhension des Motifs législatifs.** La règle de droit ayant un sens culturel dominant, que la raison ne peut préciser, a ses Modalités d'application formulées dans les sources textuelles. En revanche, celle ayant un sens raisonné dominant est toujours mentionnée dans ces sources d'une façon générale en déléguant aux sources jurisprudentielles la précision de ses Modalités, c'est la règle Intelligible en terminologie. Ce dernier type de règles est tellement courant que Malik l'estime à neuf dixième du droit et qu'il considère que l'apprentissage de ce type de droit se base essentiellement sur la compréhension des justifications de ses règles et non pas sur leur mémorisation. Shatibi va dans le même sens en indiquant que le motif de la Charia est de parfaire la construction juridique faite par les hommes de raison comme les philosophes en prévenant que, comme dans la majorité du droit culturel, les Motifs de certaines règles du droit des relations demeurent incompréhensibles mais que dans tous les cas, la dimension religieuse demeure présente¹³²⁹. En plus, dans les cas où le Diligent arrive à comprendre le Motif de la règle législative, il s'agit rarement d'un Motif

¹³²⁵ JUGE ALI et MAKHDŪM مصطفى مخدوم, *op. cit.* (note 1096), p. 229-230.

¹³²⁶ De l'agglomération de Bagdad maintenant.

¹³²⁷ IBN-ĀṢIM عاصم ابن محمد et AL-MAHSI فخر الدين المحسي, *op. cit.* (note 1102), p. 647-648.

¹³²⁸ *Ibid.*, p. 627, 631-632, 640, 646.

¹³²⁹ SHATIBI الشاطبي ابو اسحاق et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 523, 529, 538, v. 2 et 235, 3.

« élémentaire » mais d'une résultante d'une pesée du « pour » et du « contre » qui peut prendre la forme d'un bilan d'utilité.

253. **Effet du bilan de l'utilité sur le Motif.** La relativité est une caractéristique des règles Intelligibles car il n'existe pas de moyens qui soient purement utiles sans aucun inconvénient ou préjudice et, inversement, il n'y a pas de moyens purement préjudiciables sans aucune utilité. On parle donc de moyens utiles, selon les considérations de la Charia, quand globalement son utilité dépasse son préjudice et de moyens préjudiciables quand le préjudice prend le dessus sur l'utilité¹³³⁰. Ceci quand le bilan entre utilité et préjudice est clairement établi ; autrement, le principe disant que « la Dissuasion du préjudiciable est prioritaire par rapport à l'Incitation à l'utile » permet, à importance égale, de privilégier l'évitement du préjudice à l'attraction de l'utile si les deux finalités sont en conflit et ne peuvent donc être réalisées ensemble¹³³¹. Ce principe de priorité de l'évitement du préjudiciable, extrêmement difficile à manier, implique forcément la reconsidération selon les circonstances et les époques de la finalité des actions même celles classées comme utiles dans l'absolu. C'est sur cette base que le Prophète (bsl) a renoncé à reconstruire la Kaaba sur ses fondations d'origine édifiées par Abraham (bsl) bien que le fait de revenir aux fondations d'origine était une bonne chose dans l'absolu. C'est également sur une base comparable que Malik a dissuadé le dirigeant de son époque de faire cette reconstruction. Dans ces situations, la fin préjudiciable contredit le Motif d'origine du comportement Faisable mais, dans d'autres situations, le bilan utile peut s'imposer dans l'autre sens avec une fin utile qui justifie une disposition dérogatoire contredisant le Motif d'origine d'un comportement Interdit ; ce qui montre que ce principe de priorité est relatif lui aussi. Dans tous les cas, la considération de la finalité d'un comportement est liée au bilan de l'utilité que ce comportement génère par rapport au préjudice qu'il peut causer. Suivant l'avis du juge ibn-al-Arabi, Shatibi confirme que cet exercice d'évaluation « bilancielle » tenant compte de la finalité est primordial dans la Qualification pertinente de l'Analogie et constitue le fondement des jurisprudences développées par les malikites aussi bien par la source du Moyen que par celle de l'Utilité générale¹³³². Ainsi et afin de bien apprécier la distinction malikite dans les sources jurisprudentielles, nous commençons par analyser la source du Moyen, puis, le périmètre ainsi que la mise en œuvre de l'Analogie. Sur cette base nous analyserons, enfin, la source de l'Utilité générale ainsi que celle de l'Appréciation utilitaire.

¹³³⁰ *Ibid.*, p. 45, 71, v. 2. Voir également la note 4 en bas de page 71.

¹³³¹ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1074, § 200.

¹³³² SHATIBI شاتبي ابراهيم et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 177-179, 181-182, v. 5.

254. **Notion de source du Moyen.** Allant au-delà des quelques exceptions, Shatibi considère que le principe est que chaque règle du droit économique a nécessairement une finalité¹³³³ logique compréhensible, que cette règle soit elle-même une fin ou qu'elle soit un simple moyen pour atteindre une fin. Dans le premier cas, la règle est de premier ordre car elle constitue elle-même un Motif législatif en étant en soi l'action voulue par le législateur pour faire l'utile ou ne pas faire le préjudiciable. En revanche, dans le deuxième cas, la règle est de second ordre car elle est considérée comme un intermédiaire nécessaire à la réalisation d'une autre règle qui est de premier ordre. L'importance de la règle dans la première catégorie est directe alors que dans la deuxième catégorie elle est indirecte car elle est associée à l'importance du Motif qu'elle permet d'atteindre sans que la règle constitue une fin en soi. Un moyen est donc Obligatoire, Désirable, Facultatif, Indésirable ou Interdit selon la qualification de la finalité qu'il permet d'atteindre mais ce lien, entre la qualification du moyen et celle de la finalité ultime à laquelle il est associé, est apprécié selon la force de la probabilité de réalisation de la fin comme conséquence du moyen. Appelé méthode du Moyen, ce principe consiste à bloquer un comportement s'il agit comme un moyen aboutissant au préjudiciable ou, au contraire, à le faciliter s'il contribue à atteindre une utilité adéquate.

255. **Mise en œuvre de la source du Moyen.** Au premier abord, cette source du Moyen peut notamment déroger à l'application apparente du principe de subsidiarité que nous avons déjà évoqué d'une façon conditionnée en disant : « à moins qu'il n'y ait un texte spécifique à la situation subsidiaire ou que la situation subsidiaire relève d'une autre situation principale plus pertinente¹³³⁴ ». En effet, cette méthode est souvent pertinente pour bien appliquer ce principe de subsidiarité dans la qualification rattachant une situation particulière à la bonne règle générique. C'est pour cela qu'à des degrés divers, cette méthode est utilisée par toutes les écoles sunnites sans, toutefois, avoir l'importance qu'elle a en droit malikite. En considérant que les Motifs de règles issues des sources fortes¹³³⁵ comme des fins, Malik a déterminé, d'une façon étendue par rapport aux autres imams, les règles concernant les moyens à ces fins. C'est ce qui a alimenté cette source jurisprudentielle souvent dérogatoire, par la considération du fond, à la règle textuelle applicable sur la base de la forme. Ainsi, pour Shatibi, le caractère juridique d'une action du Sujet de droit ne peut ignorer les circonstances externes liées à cette action car la Priorité du fond et la dominance du caractère de la fin sur celui du

¹³³³ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « *Maqāṣid aš-šarī'a al-islāmīya* »] مقاصد الشريعة الإسلامية, op. cit. (note 1088), p. 52.

¹³³⁴ Voir supra § 235.

¹³³⁵ Textes législatifs ou consensus général.

moyen est admis par tous¹³³⁶. Par exemple, c'est sur cette base que l'acte de mariage, en principe Facultatif, peut prendre les quatre autres caractères selon les finalités qui s'imposent dans des situations exceptionnelles différentes. Cette source du Moyen respecte également le principe de la priorité de la Dissuasion du préjudiciable sur l'Incitation à l'utile avec les nuances déjà indiquées¹³³⁷. De même, elle respecte à la fois le principe de l'Incitation aux coopérations dans les relations ayant des fins louables et le principe inverse de la Dissuasion de ces coopérations dans les relations avec des fins blâmables¹³³⁸. À titre d'exemples d'illustration de cette méthode du Moyen, on peut citer l'interdiction des actions présentant un risque quasi certain de préjudice aux tiers comme creuser un puit sur la voie publique. En revanche, quand le risque de préjudice est faible, l'action Facultative à la base demeure permise comme la plantation des vignes non dédiées au vin¹³³⁹ car ce risque minime ne peut justifier la privation du public d'un fruit commun. Ce dernier type de raisonnement relatif au risque faible a également conduit à la permission d'avoir des habitations mitoyennes malgré la présence d'un risque d'adultère entre voisins qui ne peut l'emporter sur la finalité positive de la liberté d'habitation. De tels cas font évidemment l'objet d'un consensus général entre les rites.

256. Ampleur comparée de l'usage de la source du Moyen. Dans d'autres cas moins évidents que ceux que nous venons de citer et qui font l'objet d'un consensus, les malikites se distinguent des autres rites par l'utilisation large de ce principe qui agit presque comme une source de droit. Ainsi et contrairement à d'autres, les malikites usent de cette méthode pour exiger la garantie d'ouvrages relevant de certains contrats de louage de services ou d'entreprises¹³⁴⁰. Encore plus pertinent pour cette thèse, c'est également sur la base de ce même principe que les centaines de montages de ventes liées conduisant à la finalité de crédit à intérêt sont considérés comme des moyens interdits en jurisprudence malikite¹³⁴¹ alors qu'il semble qu'ils soient permis en jurisprudence chafiiite en l'absence d'autres considérations. En effet, même si cette notion de la source du Moyen existe également chez Chafii, elle a une définition et des conditions qui rendent son champ d'application plus restreint aussi bien sur le fond qu'au niveau de la procédure judiciaire par le jeu de la charge de la preuve. Cette école considère, en effet, qu'un comportement, ou un acte, licite en principe devient Interdit s'il y a

¹³³⁶ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 220, 223, v. 3.

¹³³⁷ Voir supra § 253.

¹³³⁸ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 523-528, v. 2; 465, 3 et 38, 5.

¹³³⁹ À moins que ces vignes soient de nature à avoir la production du vin comme usage unique.

¹³⁴⁰ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 450 et 1053, § 58 et 194.

¹³⁴¹ Suivie dans certains cas par la jurisprudence hanafite et hanbalite, voir infra § 314.

des présomptions autres que l'existence même de ce comportement qui soient suffisamment fortes pour prouver que l'intention du Sujet de droit est de l'utiliser comme moyen pour arriver à l'illicite. Alors que pour les malikites, il suffit pour Interdire un comportement que l'usage courant le considère comme un moyen à une fin illicite ; ce qui, en langage de preuves, revient à donner à l'usage le même effet qu'une présomption irréfragable même par d'autres présomptions tendant à prouver l'absence de mauvaise intention par le Sujet de droit¹³⁴². Tout ceci dans le cas (i) où le comportement est un composant d'un ensemble d'actions dont la finalité est illicite. Poussant plus loin cette logique, les malikites l'appliquent également (ii) quand il s'agit d'un comportement privant une disposition Obligatoire de ses effets comme dans le cas de l'évitement de l'impôt par des manœuvres considérées comme de l'abus de droit mais, contrairement aux cas des montages, l'usage ne constitue pas une présomption irréfragable de la mauvaise intention qu'il faut prouver autrement. À titre d'exemple, l'effet fiscal d'une donation, juste avant l'échéance annuelle de l'impôt, est inversé en présence de présomption sur l'intention du contribuable cherchant à éviter l'impôt. Une partie de la jurisprudence Hanafite, connue pour être plus souple, suit pourtant la même voie que les malikites. Une autre façon (iii) de considérer la finalité est celle des effets juridiques de la nullité d'une action Interdite par Malik mais Permise par un autre Diligent¹³⁴³. Dans de tels cas, Malik apprécie si ces effets demeurent proportionnés par rapport à la force de la source de l'autre Diligent ; autrement et pour éviter l'excès dans l'application du droit, il donnera à l'action Interdite les effets de la validité. Un quatrième type d'usage de la finalité comme support de la source du Moyen dans la création du droit est celui (iv) de ne pas faire disparaître un besoin, même d'Embellissement, sous prétexte d'éviter les préjudices qui l'accompagnent dans certains environnements difficiles. Ainsi, la peur de tomber dans le blâmable pour assurer la subsistance de la famille dans une conjoncture difficile ne peut justifier l'interdiction généralisée du mariage en attendant des jours meilleurs. Au contraire, la tradition du mariage doit perdurer tout en essayant au mieux d'éviter ou de minimiser les pratiques blâmables qui lui sont associées par l'environnement¹³⁴⁴. Avec ceci, nous terminons notre analyse de la source du Moyen et passons maintenant à certaines précisions qui caractérisent l'usage malikite de l'Analogie.

¹³⁴² SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 182-186, v. 5 ; Sadok GHARIANI الصديق بن عبد الرحمن الغرياني, [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements] مدونة الفقه المالكي, Beyrouth, Liban : Dar ibn-Hazm 2015, p. 115-119.

¹³⁴³ Voir infra § 291.

¹³⁴⁴ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 187-200, v. 5.

257. **Périmètre de l'Analogie.** Dans tous les cas de figure d'une règle Intelligible, le Motif compréhensible permet de préciser le champ d'application de la règle, en excluant les circonstances d'absence de ce Motif ce qui ouvre la porte à la dérogation¹³⁴⁵, et en intégrant les circonstances analogues à celles de la règle initiale ce qui éclaire le cadre de l'Analogie¹³⁴⁶. L'attribut commun, entre les règles, utilisé par cette dernière ne peut découler de la compréhension au sens propre ou au sens figuré de l'éventuel texte législatif relatif à la règle de base¹³⁴⁷. En effet, dans un tel cas, Averroès considère que la source de création de droit est alors ce texte et non pas l'Analogie, même si l'attribut commun ne figure pas dans le texte en question mais se déduit de son contexte. Averroès va même plus loin dans la diminution du domaine de l'Analogie par l'extension de celui de l'interprétation des textes en incluant dans celui-ci les interprétations de généralisation par recours au sens figuré. Ainsi un texte dont le champ d'application est défini par un terme spécifique est compris, en l'absence d'autres indications contextuelles, comme un champ d'application large correspondant à la catégorie à laquelle appartient le terme spécifique¹³⁴⁸. Inversement, la compréhension de la Cause d'une règle permet d'étendre le champ de l'Analogie car non seulement cette Cause est un moyen pour l'Analogie directe avec des situations similaires mais aussi un moyen pour la contre-Analogie pour des règles inverses. À titre d'exemple, le Motif de l'évitement de l'insanité par l'ivresse constitue la Cause pour l'interdiction des alcools ; inversement, un produit alimentaire comme le vinaigre dont l'usage n'induit pas l'ivresse, et ne menace donc pas la santé d'esprit, ne sera pas concerné par cette interdiction¹³⁴⁹. L'utilisation du vinaigre revient, en fait, au caractère Facultatif de droit commun même si chimiquement le vinaigre contient des traces d'alcool. Dans ce domaine et comme le font Averroès¹³⁵⁰ et Qarafi¹³⁵¹, ben Achour confirme la validité de la contre-Analogie en tant que source de droit qu'il utilise dans d'autres cas. En effet, c'est par ce moyen qu'il déduit la non-imposition des bijoux en or à usage personnel

¹³⁴⁵ Comme dans le cas de remboursement d'un prêt qui déroge à l'interdiction de la réception d'un montant monétaire en échange d'un autre avec un décalage dans le temps : Voir infra § 540.

¹³⁴⁶ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 520-523, v. 2.

¹³⁴⁷ Voir supra § 205-208.

¹³⁴⁸ Même s'il s'agit d'interpréter le sens restrictif en le généralisant : voir AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1077), p. 125-126, 130-131, voir également les notes en bas des pages 125 et 130-131.

¹³⁴⁹ QARĀFĪ القرافي شهاب الدين, *op. cit.* (note 158), p. 1277, § 241 ; Al-Jundī KHALĪL IBN ISHĀK et Nicolas PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 1), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 1/7), p. 15.

¹³⁵⁰ AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 124.

¹³⁵¹ Aḥmad ibn Idrīs QARĀFĪ, Qasim ibn 'Abd Allah IBN AL-SHATT et Muhammad 'Ali ibn al-Husayn AL-MALIKI, *[Al-Furūq] الفروقات*, Dar Ennawader دار النواذر, Koweït : Ministère des affaires islamiques Saoudien وزارة الشؤون الإسلامية السعودية, 2010 (vol. 1-4/4), p. 128, 130.

d'ornement, contrairement à l'or monétaire ou l'or détenu à des fins commerciales qui demeurent imposables¹³⁵² ; ce qui peut être pertinent ici pour le reporting annuel de la Holis.

258. **Mise en œuvre de l'Analogie.** Un qualificatif commun à plusieurs situations peut paraître comme une Cause commune aux règles correspondantes. En vérité, ce n'est pas la Cause apparente qui influe sur le caractère de la règle mais c'est le Motif de la règle qui commande. Ainsi si, dans une situation d'exception, la même Cause conduit à un résultat dérogeant au résultat préjudiciable usuel, le caractère de la règle peut passer de l'Interdit usuel à l'Obligatoire dérogatoire. À titre d'exemple, l'Incertitude de l'ignorance¹³⁵³ relative à la contrepartie est en général Interdite en entraînant la nullité du contrat de vente ou de louage. Cependant, quand il s'agit de contrats de louage d'entreprise pour la réalisation d'ouvrages ou de contrats de Pollicitation forfaitaire pour la réalisation d'une tâche¹³⁵⁴, une certaine ignorance des délais de réalisation est Obligatoire pour sécuriser ce genre de contrat caractérisé par un aléa inévitable. Dans les premiers cas, l'incertitude est Interdite car elle va à contresens du Motif de protection du patrimoine et dans les seconds cas, elle est Obligatoire car elle va dans le sens de ce Motif. C'est donc le Motif de la protection du patrimoine qui selon le cas rend l'incertitude Interdite ou Obligatoire¹³⁵⁵. Ces précisions du périmètre et de la mise en œuvre de l'Analogie, ainsi que l'analyse de la source du Moyen, nous permettent de comprendre les sources spéciales de l'Utilité générale et de l'Appréciation utilitaire, que nous abordons maintenant.

259. **Notion d'Utilité générale.** Dans les rares cas où les règles du droit des relations demeurent incompréhensibles, elles deviennent évidemment des règles impossibles à exploiter par Analogie comme c'est le cas de la dote dans le contrat du mariage ou de la clé de répartition de l'héritage. Hors ces exceptions, le principe de la compréhension s'impose¹³⁵⁶ et c'est dans ce domaine vaste que Malik a étendu le champ des sources de droit non seulement en termes d'Analogies classiques mais également par l'usage d'autres formes. Celles-ci viennent s'ajouter à la source du Moyen dans la poursuite d'objectifs d'intérêt général. Un de ces usages est celui de la méthode importante de l'Utilité générale, une source que Malik a développée en cas d'absence de sources supérieures spécifiques, textuelles ou consensuelles, en suivant l'exemple de plusieurs compagnons tel que rapporté par la Sunna des faits ou celle de la Pratique de Médine. Elle consiste à extraire un Motif commun à plusieurs autres règles textuelles sans qu'il

¹³⁵² Mohamed Taher BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, Dubai UAE : Juma Al-Majid Center for Culture and Heritage, 2004 (vol. 1/1), p. 259.

¹³⁵³ Voir infra § 288-289, 321 et 437.

¹³⁵⁴ Voir infra § 435, 447.

¹³⁵⁵ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1126, § 208.

¹³⁵⁶ Voir supra § 252.

soit explicitement mentionné dans ces textes¹³⁵⁷. Ce Motif servira alors à déterminer le caractère recherché de la nouvelle règle comme l'a fait le premier Calife en prenant la décision de rassembler le Coran dans un livre¹³⁵⁸. Une application de cette méthode associée à la source du Moyen s'illustre également par le contrôle de l'exécution des règles que les sources textuelles peuvent laisser à la discrétion du Sujet de droit ou préciser ses Modalités en cas d'implication des tiers ou, enfin, ne pas le mentionner. C'est dans ce dernier cas que l'appréciation de l'Utilité générale intervient pour déterminer l'opportunité et les Modalités d'un tel contrôle¹³⁵⁹.

260. Notion d'Appréciation utilitaire. L'usage d'autres formes pour rechercher l'intérêt général se présente également dans la méthode de l'Appréciation utilitaire qui opère souvent dans le domaine de l'Analogie comme un processus permettant de choisir comme fondement de la règle de droit une source non évidente, a priori, mais plus appropriée¹³⁶⁰. Il est important de noter que cette notion est bien distincte de la notion hanafite de la Préférence du caractère d'une règle dont la source est inconnue ou ne peut être exprimée. En effet, l'Appréciation utilitaire pointera toujours vers la bonne source applicable à la situation étudiée même si ce choix n'est pas facile à trouver. Enfin et outre les quatre usages utilisant la considération de la finalité dans la source du Moyen¹³⁶¹, cette dernière est également un support de la source de l'Appréciation utilitaire dont la méthodologie est calquée sur la logique de certaines dérogations d'origine textuelle qui sert de modèle, et même de finalité, à l'Appréciation utilitaire. S'agissant souvent de besoins de moindre importance, cette méthode privilégie des textes spécifiques dérogeant aux exigences d'une règle textuelle générale conçue pour les besoins de Nécessité. Ceci revient à abandonner, pour ces cas spécifiques, la logique de l'Analogie rattachée à la règle textuelle générale car elle conduirait à un excès indésirable et inapproprié en considération des Motifs relatifs à ces besoins de moindre importance. Ainsi dans le domaine du prêt, la règle pertinente ici de l'Usure temporelle¹³⁶² conçue par un texte général pour la Nécessité de protection du patrimoine n'est pas retenue sur la base d'un texte spécifique permettant au prêt de remplir un besoin Complément d'entraide à but non lucratif. C'est également par la même logique que les malikites ont adopté des dérogations contraires à certaines règles générales issues de l'Analogie comme la dérogation qui exige la garantie du

¹³⁵⁷ Voir supra § 216.

¹³⁵⁸ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 32 et s.v. 1, voir également la note 4 en bas de page 32.

¹³⁵⁹ *Ibid.*, p. 523-528, v. 2; 465, 3 et 38, 5.

¹³⁶⁰ *Ibid.*

¹³⁶¹ Voir supra § 256.

¹³⁶² Voir infra § 539.

prestataire non dédié, celle qui accepte les différences négligeables dans les grands échanges soumis à l'Usure quantitative ou celle autorisant autant que nécessaire l'association du contrat de change à celui de la vente¹³⁶³.

261. Harmonie des sources spécifiques avec les sources générales. Qu'il s'agisse de source du Moyen, de l'Utilité générale et de l'Appréciation utilitaire, ces méthodes liées au Motif de l'intérêt général ne sont pas, à proprement parler, des sources à part entière. Elles sont, en fait, des principes verticaux qui enrichissent la façon d'appliquer les sources générales qu'elles soient textuelles ou jurisprudentielles. Parlant de sources véritables et outre le principe de maintien¹³⁶⁴ et le consensus, avec la nuance concernant celui de Médine¹³⁶⁵, Averroès est réticent à reconnaître d'autres sources jurisprudentielles. Il admet toutefois une tolérance pour l'Analogie et l'Appréciation utilitaire dans le droit des relations et plus particulièrement dans celui des relations économiques comme la vente. Averroès serait donc restrictif sur l'usage de la source malikite du Moyen ou celle de l'Utilité générale mais, en réalité, ces méthodes font partie de l'Analogie et le focus de cette réticence d'Averroès est surtout l'usage hanafite de l'avis du compagnon comme source de droit. Pour cette question, il suit Malik qui considère que les avis des Diligents sont de natures identiques et, par conséquent, les imams d'autres générations ne sont pas tenus par les avis des compagnons. Ces imams demeurent toutefois tenus d'apporter la preuve adéquate car l'avis juridique d'un compagnon du Prophète (bsl) est présumé plus solide que celui d'un imam de doctrine d'une autre génération¹³⁶⁶. C'est pour cela et comme indiqué auparavant¹³⁶⁷, Malik n'a pas commencé à émettre des opinions juridiques avant qu'il ne connaisse les divergences d'opinions entre les compagnons du Prophète (bsl) ; ce prérequis étant pour Malik l'un des éléments exigés du Diligent qui s'ajoute à d'autres conditions de création du droit en jurisprudence malikite.

262. Diligence relative dans le rite malikite. Ce que nous venons de voir constitue les spécificités retenues par Malik comme traduction de l'école de Médine en termes de sources de droit. Ces spécificités forment les distinctions fondamentales de Malik par rapport aux trois autres Imams sunnites qui ont également leurs propres spécificités. Cependant, souvent des disciples de ces quatre Imams deviennent à leur tour Diligents mais choisissent d'adopter les sources de droit de leurs Imams, car ils y adhèrent. Ils deviennent alors Suiveurs dans ce

¹³⁶³ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 187-200, v. 5.

¹³⁶⁴ Voir supra § 236.

¹³⁶⁵ Voir supra § 190, 202-203, 251.

¹³⁶⁶ AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 96-98, 129.

¹³⁶⁷ Voir supra § 195.

domaine des sources et on parle alors de Diligence relative par opposition à la Diligence absolue des fondateurs de rites. Ainsi et à l'instar d'ibn-el-Kassem ou Achhab, les Diligents malikites sont ceux qui adoptent l'étendue et les méthodes que Malik applique aussi bien en termes de sources législative qu'en termes de sources jurisprudentielles¹³⁶⁸. Cependant l'adoption des spécificités des sources malikites suppose, au préalable, que ces Diligents relatifs remplissent les conditions de Diligence aussi bien dans leur application législative¹³⁶⁹ que dans leur mise en œuvre jurisprudentielle (B).

B. Conditions de la jurisprudence malikite

263. Conditions de principe. Le rattachement d'une situation juridique relative à l'investissement islamique à une règle existante n'est pas une Diligence créatrice de droit comme on l'a vu¹³⁷⁰. Un tel rattachement fait appel à d'autres compétences permettant de qualifier correctement ladite situation pour s'assurer qu'elle rentre bien dans le champ d'application de la règle jurisprudentielle existante. Bien que les compétences requises pour cette qualification soient pointues et polyvalentes, elles demeurent plus accessibles que les conditions requises par la Diligence créant une nouvelle règle de jurisprudence pour la situation juridique qui ne peut être rattachée à aucune des règles existantes. Conformément à ce qu'on vient de voir dans ce chapitre, une telle création suppose au minimum une attribution de la Qualification qui implique une qualification d'un autre type débouchant sur l'identification d'un attribut, comme la Cause, qui serait commun à cette situation juridique nouvelle et à une règle législative dont le Motif est intelligible. Dans ce cas, il est compréhensible que cette Diligence jurisprudentielle soit soumise à la même exigence générale pour la création des règles de droit que la Diligence législative par le respect des deux conditions générales relatives à (i) la connaissance des Motifs et à (ii) la capacité de déduction juridique. Cette capacité comprend, à titre d'exemple, l'expertise linguistique qui est requise pour le Diligent car il en a besoin notamment pour appliquer l'Analogie dont la base initiale est toujours un fondement textuel d'une ou plusieurs règles législatives¹³⁷¹.

264. Flexibilité des conditions en jurisprudence. L'application des conditions ci-dessus à la création jurisprudentielle bénéficie toutefois d'une certaine flexibilité car l'étendue

¹³⁶⁸ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 41-45, 47, 51-52, 57, v. 5. Voir également la note bas de page 1 en p. 45.

¹³⁶⁹ Voir supra § 195.

¹³⁷⁰ Voir supra § 217.

¹³⁷¹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 41-45, 47, 51-52, 57, v. 5. Voir également la note bas de page 1 en p. 45.

de l'exigence de ces conditions se module selon l'objet de la règle de droit et le type de création de droit jurisprudentiel associé. En effet, la déduction basée sur l'interprétation des textes a besoin de la maîtrise de la langue de ces textes alors que celle fondée sur la compréhension d'un but connu d'une législation donnée a besoin juste de la compréhension des Motifs de cette législation afin de déterminer, dans chaque situation, le bilan de l'utile et du préjudiciable. Enfin et contrairement à la désignation ou le développement de la Qualification, l'attribution de la Qualification pertinente à une nouvelle situation générique a besoin des connaissances relatives à cette situation en s'appuyant au besoin sur des experts dans des domaines aussi divers que le commerce et la médecine. À la limite, ce genre de création du droit peut se faire sans maîtrise ni de tous les Motifs généraux du législateur ni de la langue arabe qui pourrait ne pas être la langue maternelle du Diligent. Il suffit d'avoir une compréhension parfaite de la règle servant de base à l'Analogie au niveau de sa Cause et des hypothèses relatives à son caractère. Cette Cause et ces hypothèses sont évidemment préalablement déduites par un Diligent, d'un niveau supérieur, apte à le faire par sa capacité et par sa maîtrise de la langue et des Motifs pertinents. Ainsi, il est possible d'être un Diligent spécialisé dans une partie ou une branche du droit en ayant des connaissances moindres, que celles des Diligents, mais suffisantes pour couvrir le domaine de sa spécialité. Toutefois, il y a des limites à la spécialisation en droit des relations car, compte tenu des liens¹³⁷² entre ses différentes règles, la sous-spécialisation à l'intérieur de ce droit n'est pas autorisée. Il n'est donc pas possible, comme le confirme Goutah¹³⁷³, de se spécialiser en droit financier et monétaire ou, même, dans la branche qui l'englobe de droit économique en délaissant les connaissances relatives au reste du droit des relations comme l'héritage ou le mariage. Il est même difficile de dissocier cette connaissance requise pour la création relative au droit des relations de certaines connaissances de droit ayant une composante économique bien que classées conventionnellement en droit cultuel comme l'Impôt de solidarité ; pour s'en rendre compte il suffit de voir les opinions de ben Achour relatives à la monnaie¹³⁷⁴. Rappelons, enfin, que cette évocation de la spécialisation est bien évidemment relative à la création du droit ; en revanche en ce qui concerne l'application de règles existantes, par les juges par exemple, les conditions exigées des Diligents ne sont pas requises comme on l'a vu¹³⁷⁵. Dans tous les cas toutefois, la maîtrise des Motifs et celle de la langue demeurent des

¹³⁷² Analogiques ou autres.

¹³⁷³ Conférence du 28.3.2018 à IEI de KAU : Adel GOUTAH عادل بن عبد القادر قوته, « [Sciences, Knowledge, Skills and Experiences needed in studying the contemporary issues of jurisprudence transactions: Jurisprudence vision] العلوم و المعارف و المهارات والخبرات المحتاج إليها في دراسة نوازل فقه المعاملات : رؤية فقهية », in , KAU, 28 mars 2018, p. 15, 17-18.

¹³⁷⁴ Voir infra § 557.

¹³⁷⁵ Voir supra § 217.

qualités d'excellence pour tous les spécialistes de création de droit comme ça était le cas des Diligents disciples de Malik et Suiveurs de sa méthodologie dans la création du droit. D'ailleurs et bien que ce soit rare dans le malikisme, il arrive que ces brillants disciples soient en désaccord avec leur imam sur la déduction par Analogie des règles de certaines situations génériques non codifiées spécifiquement par les textes¹³⁷⁶ et la qualité de leurs arguments peut faire prévaloir leurs jurisprudences dans le rite.

265. Maitrise partielle des conditions de la Diligence. Malgré la flexibilité que nous venons de voir, la parfaite maitrise des conditions de Diligence n'est pas toujours acquise par le jurisconsulte ; c'est pour cela que Shatibi distingue trois types de maitrise des deux conditions précitées de la Diligence. Le premier est celui du jurisconsulte qui, après avoir appris les règles de droit, est à la recherche de la compréhension de leurs Motifs sur la base des sources associées et, peut-être, commence-t-il à saisir approximativement quelques Motifs spécifiques à certaines règles mais sans maitriser les Motifs généraux. À ce niveau, le jurisconsulte n'est pas un Diligent et ne peut être donc que disciple d'un Diligent. Le deuxième type est celui du jurisconsulte qui ne maitrise dans le raisonnement créatif de droit que l'un des deux liens de la règle de droit : soit celui avec les textes législatifs, soit celui avec les Motifs législatifs généraux. Ce type de maitrise comprend donc deux rites puristes antagonistes. D'une part, ceux du « texte » attachés à la signification littérale spécifique sans tenir compte de l'interprétation dictée par le raisonnement respectant les Motifs généraux. D'autre part, ceux de la « raison » qui, en considération des Motifs généraux certains, refusent systématiquement les textes spécifiques de la Sunna d'authenticité probable. Ces deux rites ne sont pas considérés comme Diligents par Shatibi et se situent donc en dehors de la sphère sunnite car l'un ignore les Motifs généraux déduits d'une façon certaine des textes législatifs certains et l'autre ignore des textes spécifiques dont l'authenticité est valable. Aucun des deux ne prend en considération l'argument de l'autre alors que, selon Shatibi, le Diligent doit dans la mesure du possible avoir cette qualité. En effet et c'est le dernier type de maitrises, réservé au Diligent par Shatibi, le jurisconsulte compétent utilise et exploite effectivement aussi bien les sources textuelles contrôlées par des Motifs spécifiques que les sources jurisprudentielles, comme l'Analogie, contrôlées directement ou indirectement par les Motifs généraux. Le Diligent apprécie donc les deux types de sources afin de garder une cohérence entre les Motifs législatifs, spécifiques et généraux, quitte à gérer la priorité et le conflit entre ces sources dans sa création de la règle de

¹³⁷⁶ Ibrahim SHATIBI ابو إسحاق إبراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان [Muwafaqat] الموافقات. Le Caire, Egypte : Dar Ebn Affan, 1997, p. 124-130, v. 5. Voir également les notes de bas de page.

droit. C'est là, remarque Shatibi, où Malik excelle par cette double considération grâce à l'usage poussé des sources jurisprudentielles du Moyen et de l'Appréciation utilitaire qui permet l'appréciation des fins dans l'objet de la règle de droit¹³⁷⁷. Ainsi, Malik considère « la raison » dans le respect des Motifs législatifs généraux sans négliger « le texte » dont il a une grande maîtrise grâce à sa connaissance des sources de narration. Cette dernière connaissance étant étendue car elle couvre, en plus du domaine des faits, le domaine large de la pratique principalement celle de Médine transmise, entre les générations du premier siècle de l'hégire, par le vaste réseau de savants de ce centre de création de droit. Ben évidemment, tous les imams de rites ont cette capacité de la double considération mais la comparaison des positions documentées de Malik avec celles de abou-Hanifa dans l'invalidité des actes comportant des conditions contractuelles¹³⁷⁸ ou celles de Chafii dans la validité des contrats liés¹³⁷⁹, montre l'excellence de la Diligence malikite. En outre, cette capacité de la double considération, de la transmission textuelle et du raisonnement juridique, peut ne pas être disponible à chaque époque, ce qui pose la problématique de l'effet temporel sur la Diligence.

266. Effet temporel sur la Diligence. À travers l'espace et le temps, ce sont les Diligents remplissant les conditions précitées qui sont tenus d'émettre des opinions chaque fois que la question se pose pour une nouvelle situation en déduisant les règles juridiques adéquates à partir des sources de droit. Cette démarche créatrice de droit s'applique même s'il s'agit d'une règle connue mais appliquée auparavant dans un environnement différent car les usages changent selon les lieux et les époques ce qui nécessite la réévaluation de la règle pour chaque situation nouvelle¹³⁸⁰. Évidemment, si au moins un Diligent se charge de cette tâche, les autres Diligents ne seront pas tenus d'émettre un avis et peuvent opter pour le suivi de l'opinion émise comme toute personne n'ayant pas la compétence pour être un Diligent¹³⁸¹. Cependant, pour Averroès, un Diligent ne peut s'abstenir d'émettre un avis que s'il estime que le Diligent ayant déjà émis une opinion est plus compétent que lui. Ceci en ce qui concerne le cas d'abondance de Diligents, mais la rareté de Diligents peut également arriver car les conditions de Diligence exigent que le jurisconsulte gravisse plusieurs niveaux de compétences difficilement accessibles à certaines époques. La question se pose alors pour définir les fonctions juridiques

¹³⁷⁷ *Ibid.*, p. 224, 228-230, 232-233, v. 5.

¹³⁷⁸ Pour la Diligence hanafite, voir *Ibid.*, p. 231, v. 5.

¹³⁷⁹ Voir *infra* § 314.

¹³⁸⁰ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 509, v. 2 ; GHARIANI عبدالرحمن الغرياني, *الصادق بن عبد الرحمن الغرياني*, [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements] مدونة الفقه المالكي, *op. cit.* (note 1342), p. 115-132.

¹³⁸¹ Même s'il s'agit d'une personne, comme un juge, occupant une fonction dans le système judiciaire.

que peuvent remplir les apprentis au fur et à mesure de leur acquisition des compétences requises par la Diligence. À cet effet, il faudrait distinguer, parmi les personnes incompetentes pour être des Diligents, les juristes ayant la compréhension et la connaissance de la jurisprudence émise par un ou plusieurs Diligents comme les fondateurs des rites connus¹³⁸². Ces juristes intermédiaires deviennent des transmetteurs vulgarisateurs de jurisprudence sans être autorisés à émettre des opinions créatrices de droit. Toutefois et quand c'est possible, de tels juristes devraient choisir la jurisprudence du Diligent en qui ils ont le plus confiance dans le bien-fondé de ses opinions juridiques¹³⁸³. Ceci n'exclut pas les cas où un tel Diligent commette une erreur ou que la situation juridique considérée ne soit pas encore étudiée par un véritable Diligent. La question se pose alors quant aux effets sur ces juristes intermédiaires quand ils font face à ce qu'ils considèrent comme un vide juridique.

267. Effets sur les jurisconsultes de l'absence de Diligence correcte. Suivant l'opinion des compagnons, Malik considère que tous les créateurs de droit peuvent se tromper à l'exception du Prophète (bsl). Shatibi précise que les erreurs les plus graves relatives aux fondements de l'Analogie¹³⁸⁴ proviennent de la mauvaise interprétation flagrante des textes associés en occultant par exemple les Motifs législatifs. Il ajoute que l'erreur grave peut également provenir de la méconnaissance d'une source certaine en ignorant son existence par exemple. Une telle erreur deviendra même incontestable si, en plus, l'interprétation de cette source méconnue est certaine, comme dans le cas des opinions qui ne respectent pas les Interdiction avérées du mariage temporaire¹³⁸⁵ ou de l'Usure quantitative, qui peut être pertinente pour la licéité de l'activité des filiales de la Holis¹³⁸⁶. En cas de divergence de Diligents différents sur le caractère d'une même règle, Averroès se base, à quelques nuances près, sur la doctrine de Malik en considérant que seul un de ces Diligents sera correct s'il existe un texte législatif qui régit cette règle par son sens propre ou son sens figuré. Dans de telles situations de divergence, l'application des opinions incorrectes demeure sans conséquence en cas de bonne foi du Diligent, notamment quand il est difficile de déterminer laquelle des opinions est la bonne. Quant au Diligent de mauvaise foi qui a émis une opinion incorrecte, il commet un acte condamnable avec une intensité différente selon la clarté et le niveau

¹³⁸² Averroès ne reconnaît que Malik, Chafii et abou-Hanifa car il ne considère Ahmed Ibn Hanbal que comme un Imam de narration de la Sunna (hadith) et non pas comme un Imam de jurisprudence (Fiqh).

¹³⁸³ AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 143-146.

¹³⁸⁴ Sauf en matière de règles déduites en attribuant à une situation générique la Qualification pertinente.

¹³⁸⁵ SHATIBI شاطبي ابراهيم et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 132, 134-136, v. 5.

¹³⁸⁶ Voir infra § 484-491.

d'authenticité de la source originelle régissant la règle¹³⁸⁷. En explicitant la position de Malik sur ce sujet comme l'a fait Averroès¹³⁸⁸, Shatibi confirme que ce principe demeure vrai même si les Diligents qui divergent sont des compagnons. Il rajoute que les auteurs des opinions incorrectes seront blâmables s'ils ne remplissent pas les conditions de la Diligence ou s'ils sont négligents quand le niveau de leurs efforts est en deçà de celui exigé par la Diligence, comme dans le cas d'une recherche insuffisante dans l'authenticité d'une Sunna. Par ailleurs et comme l'a affirmé le juge Ibn-al-Arabi, Shatibi rajoute que si deux sources textuelles paraissent contradictoires sans qu'aucune des deux ne soit abrogée et qu'il semble impossible de les comprendre ensemble d'une façon cohérente alors l'une au moins de ces deux sources est nécessairement une Sunna incertaine dans sa narration. Il faudra alors ignorer et classer en textes douteux cette prétendue Sunna qui contredit le texte certain et ce dernier (Coran ou Sunna authentique) s'imposera exactement comme s'il s'agissait d'un texte certain abrogeant un autre. Enfin, dans le cas exceptionnel ou un Diligent habilité serait en présence de deux sources textuelles qu'il ne peut comprendre ensemble d'une façon cohérente et pour lesquelles il ne peut trouver des preuves de supériorité de l'authenticité de l'une par rapport à celle de l'autre¹³⁸⁹, il peut choisir celle qui lui semble la plus appropriée¹³⁹⁰. Rien n'exclut, d'ailleurs, qu'un autre Diligent disposant d'une meilleure capacité trouve la bonne interprétation cohérente des deux textes ou la preuve que l'un des deux textes est abrogé ou d'authenticité douteuse. Une autre conséquence de l'unicité de l'opinion correcte est qu'un Diligent ne pourra pas prendre le rôle de Suiveur en adoptant l'opinion d'un autre Diligent s'il pense qu'elle est incorrecte. De même, il n'est pas autorisé à donner simultanément deux opinions divergentes sur le même sujet et il doit soit choisir entre les deux, soit se déclarer incompétent. Cependant, la déclaration d'incompétence par tous les Diligents pour dégager la règle d'une situation nouvelle donnée ne veut pas dire qu'il y a un vide juridique absolu empêchant le fonctionnement du droit. En effet, les textes et leurs Motifs généraux sont de nature à couvrir tous les cas de figure ; il faudrait simplement attendre qu'un Diligent compétent trouve la règle à cette nouvelle situation. Entre temps et comme nous l'avons indiqué précédemment¹³⁹¹, le juriste (juge ou autre) fait au mieux pour rattacher les cas correspondant à cette situation nouvelle à une jurisprudence préexistante qui lui semble la plus proche¹³⁹². De plus, qu'ils

¹³⁸⁷ AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 139, 141-142.

¹³⁸⁸ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 59, v. 5.

¹³⁸⁹ Par l'abrogation ou la faiblesse de l'authenticité.

¹³⁹⁰ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 63, 68-69, v. 5. Voir également la note bas de page 4 en p. 68.

¹³⁹¹ Voir supra § 217.

¹³⁹² SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 71-76, v. 5.

soient Diligents ou pas, les jurisconsultes ne sont pas rémunérés pour leurs opinions notamment si la rémunération provient des personnes concernées par ces opinions¹³⁹³. Toutefois, quand l'activité d'un juriste au service de cette charge l'empêche de subvenir à ses besoins¹³⁹⁴, une aide adéquate pourrait lui être attribuée par l'État, ou une organisation d'intérêt général comme les fonds d'Impôt de solidarité¹³⁹⁵, et non pas par les intéressés par ses Fatwas ou opinions¹³⁹⁶.

268. Effet des sources malikites sur la création du droit par ce rite. Par les fondements de sa rigueur et de son ouverture, présentées tout au long de ce chapitre, le rite malikite peut prétendre à l'authenticité de sa richesse par la pratique dans ses sources, aussi bien législatives que jurisprudentielles. Sur cette base est résolue la problématique double de ce chapitre relative à la pertinence du choix du malikisme comme rite de conformité. Nous avons ainsi identifié les outils de qualification des situations réelles, comme celles relatives au processus de gestion de l'investissement, que cette qualification soit créatrice ou non créatrice de jurisprudence. Cette dernière, la qualification non créatrice de droit, agit par rattachement des situations juridiques correspondantes à ce processus de gestion à des règles existantes dont il faudra identifier le code ou la référence bibliographique faisant autorité. Or, c'est également sur la base des sources de droit identifiées dans ce chapitre que les malikites ont développé des exégèses des textes et des codes de règles juridiques que des siècles de jurisprudence ont garnis. Certains de ces ouvrages sont devenus des références profondes de droit grâce à deux principes : d'une part, le respect prioritaire du précédent pour ne pas perdre l'encrage dans la tradition, et d'autre part, la créativité nécessaire pour présenter une solution à chaque nouvelle situation juridique en harmonie avec l'authenticité du rite. C'est donc parmi ces nombreux fleurons de cette jurisprudence monumentale et encyclopédique, que les références pertinentes à ce travail de conformité de hard law devraient être identifiées dans le chapitre suivant.

¹³⁹³ *Ibid.*, p. 301-302, v. 2.

¹³⁹⁴ Ou quand la fatwa devient une Obligation Collective : voir infra § 412.

¹³⁹⁵ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 497, v. 1.

¹³⁹⁶ SHATIBI شاطبي ابراهيم et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 88 et s.452-453, v. 3. Voir également note bas de page 1, p. 453.

Chapitre 2. Profondeur de la jurisprudence malikite

269. **Justification de ce chapitre.** En introduction du titre II auquel appartient ce chapitre nous avons indiqué l'importance de bien comprendre le fondement de la hard law islamique pour cette thèse. Nous avons ajouté, que l'éclairage donné par l'étude du droit comparé des rites sera également très utile même si cette thèse ne privilégiera dans le détail qu'un seul de ces rites qui est le rite malikite¹³⁹⁷. C'est enfin dans cet ordre d'idée que la comparaison entre la hard law des rites et la soft law de l'AAOIFI serait aussi intéressante, même si cette thèse ne se situe pas du côté de l'offre des banques islamiques¹³⁹⁸ mais plutôt du côté de la demande, que pourrait susciter l'éthique basée sur la hard law d'une holding cliente du système bancaire. Le chapitre précédent va dans le sens de ces objectifs fixés pour ce titre II en développant l'aspect des sources de droit de la hard law et ce chapitre le complète en analysant la profondeur de la jurisprudence de cette hard law avec une illustration par le rite malikite, privilégié dans cette thèse. C'est sur ces bases que nous pourrions qualifier dans ce rite les situations réelles de la gestion de la holding d'investissement, un préalable à toute contractualisation. Cependant et contrairement au chapitre précédent dont l'objectif est général, ce chapitre a comme aboutissement l'objectif précis de la détermination de la référence juridique islamique (section 3) dont notre contractualisation de la conformité a besoin. En effet et comme nous l'avons déjà indiqué, la contractualisation du fait religieux ne peut avoir des effets juridiques en droit étatique que si sa stipulation est explicite et directement interprétable¹³⁹⁹. Or, dans la grande majorité des qualifications des situations modernes, nous aboutissons à des situations juridiques connues de la jurisprudence malikite et déjà codifiées. Dans ces conditions, la stipulation du fait juridique, dans la contractualisation de la gestion de la holding, sera plus explicite et mieux interprétable tout en étant plus concise si une telle stipulation renvoie à la référence où la situation juridique correspondante est codifiée. Ainsi, la dernière section du chapitre permettra d'identifier cette référence contractuelle dans le paysage malikite. Toutefois, afin de situer ce paysage dans la globalité de la jurisprudence islamique, nous avons procédé au préalable à l'étude du rapport de cette jurisprudence malikite d'abord avec la hard law des rites (section 1) et ensuite avec la soft law de l'AAOIFI (section 2). En effet, seule l'étude de ce rapport permettra de positionner cette thèse dans le contexte actuel de

¹³⁹⁷ Voir supra § 189-192.

¹³⁹⁸ Qui sont les auteurs et les bénéficiaires de la soft law précitée.

¹³⁹⁹ Voir supra § 129, 144, 155.

la recherche en finance islamique, aussi bien dans le domaine de la mise en œuvre de la soft law que dans celui de la critique de cette soft law basée sur la hard law. C'est également par l'étude de ce rapport que nous connaissons dans quelle mesure notre travail basé sur une conformité malikite sera utile pour une autre conformité de hard law ou de soft law.

Section 1. Rapport à la hard law historique des rites

270. **Méthode de passage d'une conformité malikite à une autre conformité.**

Comme nous venons de la rappeler le malikisme est utilisé dans cette thèse comme rite de conformité de hard law mais la méthodologie adoptée permet de réaliser ce même travail avec l'un des trois autres rites de conformité de la hard law sunnite. Il faudrait toutefois être conscient des points de divergence de ces rites pour faire les adaptations nécessaires en cas de passage à l'un des trois autres rites. C'est pour cela qu'il est utile de situer l'ordre juridique malikite dans la hard law sunnite en étudiant le lien historique du malikisme (sous-section 1) et ses distinctions (sous-section 2) avec les autres rites sunnites.

Sous-section 1. Contexte historique du malikisme

271. **Solidité du lien originel avec les autres rites.** Comme nous l'avons fait dans le chapitre précédent pour les sources de droit, l'étude du rapport historique de la jurisprudence malikite avec les autres rites sunnites montrera dans quelle mesure cette jurisprudence présente un lien fort avec eux. C'est, en effet, la solidité d'un tel lien qui rendra possible l'utilité de cette thèse à tout investisseur qui souhaite que la gestion de son investissement respecte ses convictions sunnites, même non malikites. Pour tester cette solidité du lien historique aux autres rites, il nous a paru logique de suivre l'ordre chronologique en étudiant ce lien d'abord lors de la naissance du malikisme (A) et ensuite à travers les siècles du développement de ce rite (B).

A. Naissance semblable aux autres rites

272. **Historique de la jurisprudence.** La Diligence est une Obligation Collective assumée, en pratique, par une minorité de Sujets de droit compétents en la matière¹⁴⁰⁰. Cette minorité de Diligents dont on parle ici existe, à des niveaux divers, depuis le début du message du Prophète (bsl) qui validait de son vivant le travail de Diligence d'un certain nombre de ses compagnons estimés par le narrateur Suyuti à environ cent cinquante dont les plus réputés sont ibn-Omar, ibn-Abbès, ibn-Massoûd, Muâwiyah ibn-abi-Sufyân et ibn-Amr-ibn-al-Âs. Ces

¹⁴⁰⁰ Voir supra § 182.

Diligents de la première heure étaient rassemblés à Médine jusqu'à la mort du Prophète (bsl) puis, certains d'entre eux ont quitté ce centre originel de Diligence pour s'établir dans les nouveaux centres. Ainsi ibn-Abbès a déménagé à La Mecque, ibn-Massoûd en Iraq, Muâwiyah au Levant et ibn-Amr-ibn-al-Âs en Égypte alors que ibn-Omar avec la majorité des autres compagnons sont restés à Médine. Même si la différence des opinions de ces Diligents existait avant, c'est à partir de leur séparation que ces différences ont commencé à se cristalliser en des écoles jurisprudentielles distinctes. Cette distinction a été initiée soit par des compréhensions différentes du texte législatif commun, soit par des traitements différents des contradictions apparentes apparues entre les différentes narrations de la Sunna, soit par des analyses différentes de la Cause d'un texte servant de base à l'Analogie. A ces trois raisons citées par ibn-Khaldoun, Fadhel ben Achour rajoute deux autres sources de distinction qui ont joué un rôle plutôt dans un deuxième temps. En effet, cette distinction des écoles a été nourrie d'une part, par l'intervention de l'appréciation personnelle de chaque Diligent des solutions en cas de divergence d'opinions des Diligents antérieurs ou en cas d'absence de précédents pour les situations nouvelles et d'autre part, par l'influence de l'environnement notamment géographique. Cette dernière raison nous semble inclure la facilité d'accès aux narrateurs de qualité de la Sunna pour laquelle les différents centres jurisprudentiels avaient initialement des possibilités différentes en fonction du nombre de compagnons narrateurs disponibles dans chaque centre, compte tenu des difficultés de communication de l'époque. Cependant et à ce stade initial, les rites n'étaient pas encore nés bien que les distinctions, entre le centre originel de Médine et les quatre autres centres naissants, soient devenues une réalité. En effet, l'identification et la justification des caractères distinctifs de ces cinq centres géographiques n'ont pas encore été documentées, notamment en termes de détermination et de hiérarchisation des sources de droit¹⁴⁰¹.

273. Auteurs des deux premiers rites. Cette mission de caractérisation du rite de chaque centre incombera d'abord à abou-Hanifa pour la jurisprudence issue des compagnons d'Irak et à Malik pour celle de Médine au début du H-II^e siècle. Ainsi, abou-Hanifa a documenté la méthode de Diligence d'ibn-Massoûd et la génération qui l'a suivi comme Ibrahim al-Nakhai en Irak (bien qu'ils soient nés au Hedjaz) alors que Malik a documenté la méthode des compagnons restés à Médine comme ibn-Omar et leurs élèves de la génération d'après comme Orwa, ibn-Yaçar et ibn-Moussayeb. Élève de ces savants de la deuxième génération, chacun

¹⁴⁰¹ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشر, *op. cit.* (note 1075), p. 57-63, 65.

des fondateurs de rites de la troisième génération¹⁴⁰² a extrait et a précisé la méthodologie de son centre de jurisprudence, que ce soit en Irak ou à Médine, à partir d'opinions jurisprudentielles construites par les deux générations qui l'ont précédé. C'est de cette époque de naissance des rites que date la transformation des différences d'opinions sur les règles de droit en différence structurelle, bien que relative, entre les méthodes et les sources de droit qui constituent la distinction la plus fondamentale entre les rites.

274. Premiers pas du malikisme. À titre d'illustration, Malik n'était pas l'auteur décideur de son centre pour choisir celles des sources de droit qu'il considère comme pertinentes ni un créateur des méthodes retenues par son centre pour extraire le droit de ces sources. Il était simplement celui qui a identifié et analysé l'ensemble des sources et méthodes utilisées au centre de Médine par les deux générations qui l'ont précédé et auxquelles il a adhéré. C'est donc cette adhésion de Malik à ces sources et méthodes après les avoir collectées et mises en lumière qui a fait que ce rite de Médine a pris le nom de malikisme. La réputation de Malik devenant remarquable, c'est à lui que s'adressa le Calife al-Mansour, au début du H-II^e siècle, pour rédiger les bases du droit. Le Calife donna comme consigne d'éviter à la fois les sévérités nombreuses de l'école d'ibn-Abbès (centre de la Mecque), les dérogations fréquentes de l'école d'ibn-Omar (centre de Médine) et les jurisprudences isolées ou aberrantes¹⁴⁰³ de l'école d'ibn-Massoûd¹⁴⁰⁴ (centre de l'Irak). En s'adressant à Malik chef de file du centre de Médine, le Calife a écarté, bizarrement, l'école d'ibn-Massoûd d'Irak où le Calife et abou-Hanifa vivaient, ce qui reflète peut-être la volonté du Calife de se rapprocher de l'authenticité originelle par la promotion de la jurisprudence du Hedjaz et notamment celle de Médine dont Malik était l'incontestable leader¹⁴⁰⁵. Le malikisme est ainsi né par ce travail d'analyse et d'adhésion de Malik aboutissant aux caractéristiques du rite de Médine, un rite bénéficiant de l'apport de la majorité des compagnons restés à Médine sans ignorer les opinions des autres compagnons et notamment ibn-Abbès. Le malikisme marque ainsi une relative ouverture aux sources des autres centres, plus celui de La Mecque que celui d'Irak car les méthodes d'authenticité de transmission irakienne de la Sunna sont jugées en dessous du standard de narration de Malik. Bien évidemment, ces caractéristiques du malikisme ne sont pas restées une exclusivité de Malik qui ne pouvaient pas supporter de divergence avec les disciples de ce rite. En effet, bien

¹⁴⁰² En terminologie du droit, celle « des suiveurs des suiveurs » qui succède à la deuxième génération « des suiveurs » qui suit la première génération « des compagnons » qui ont connu le Prophète (bsl).

¹⁴⁰³ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 198.

¹⁴⁰⁴ Muhammad ZURQANI الزرقاني محمد بن عبد الباقي, [Explication du Pilier, Muwatta, de Malik « Sharh al-Muwattā' Malik »] 1, شرح الزرقاني على موطأ مالك, éd., Liban : Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1997 (/4), p. 43.

¹⁴⁰⁵ *Ibid.*, p. 37.

que ce ne soit pas fréquent, il est arrivé que les Diligents adeptes de ce rite de Médine considéraient que Malik se serait trompé dans l'application des principes de son propre rite dans la création d'une certaine règle de droit. D'ailleurs, Malik, lui-même, a averti les Sujets de droit de la possibilité de ce genre d'erreurs émanant de lui comme de tous les autres Diligents y compris les compagnons¹⁴⁰⁶.

275. Auteurs des deux derniers rites. Quant aux rites des trois autres centres de jurisprudence, bien qu'ayant existé comme Sofiane al-Thawri à La Mecque ou al-Awzaï au Levant ou encore al-Layth ibn-Saad en Égypte, ils ont disparu et ne subsistent, en plus du hanafisme et du malikisme, que les deux rites supplémentaires nés vers la fin de cette troisième génération en fin du H-II^e siècle. Il s'agit du chafiisme, rite intermédiaire entre une école principale correspondant à celle de La Mecque et une subsidiaire correspondant à celle d'Égypte avec dans une certaine mesure une influence du malikisme dont l'imam Chafii fut initialement un adepte. Il s'agit également du deuxième rite irakien, constituant une réaction à la tendance irakienne définie par le hanafisme. C'est ainsi qu'ibn-Hanbal a bâti un nouveau rite en réduisant drastiquement l'usage hanafite du raisonnement notamment par Analogie, ce qui traduit une influence directe du chafiisme et une influence indirecte du malikisme, plus proches que la hanafisme des sources de transmission¹⁴⁰⁷. Ainsi et par rapport aux deux rites qui les ont précédés, le chafiisme et le hanbalisme marquent une nette opposition au hanafisme et s'inscrivent beaucoup plus dans la mouvance du malikisme bien qu'en pratique ils apparaissent bien plus restreints dans leurs sources et dans leurs interprétations de la Sunna.

276. Moralité de la comparaison des rites. Comme la Sunna a insisté pour ne pas faire une comparaison entre les prophètes (bsl à chacun d'entre eux) diminuant le mérite de l'un d'entre eux, il serait a fortiori inapproprié d'adopter de telles pratiques en suggérant l'infériorité de l'un des quatre imams Diligents par rapport aux autres à travers le processus de droit comparé de leurs jurisprudences. En revanche, il est tout à fait acceptable de montrer la force et les bienfaits d'une jurisprudence ou d'une source de droit par rapport à une autre mais pas au point de dénigrer un imam de rite auteur d'une opinion divergente. En effet, un tel comportement déplacé n'est pas scientifique et ne peut que générer des fanatismes antagonistes entre les rites car, selon Shatibi, l'objectif des juristes n'est pas de se focaliser sur les méfaits de certaines jurisprudences en tant que fin de leurs analyses. Au contraire, le but devrait être de chercher la

¹⁴⁰⁶ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 64-65, 68, 72-75.

¹⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 65, 68-69.

jurisprudence meilleure en se focalisant sur ses arguments juridiques¹⁴⁰⁸, en termes de solidité de ses sources de droit et de conformité aux Motifs législatifs.

277. Comparaison globale des rites. L'une des comparaisons pertinentes est celle relative à l'utilisation du raisonnement juridique. À ce sujet, notons d'abord que ces quatre rites de premier ordre, comme tous les autres rites de Diligence sunnite, utilisent dans leur création du droit deux moyens évidents : la transmission et le raisonnement. Basée sur la mémoire, la narration, l'écriture ou la lecture, la transmission est le moyen fondateur de ce droit pour les textes législatifs révélateurs de la volonté du législateur d'une part, et pour les opinions de Diligents antérieurs qui forment les composants de l'édifice jurisprudentiel bâti sur le principe du « précédent » d'autre part. Cependant, bien que nécessaire, ce moyen de la transmission est clairement insuffisant car les Diligents doivent recourir au raisonnement, basé notamment sur des connaissances de la logique et de la langue, non seulement pour déduire de nouvelles règles à partir des règles connues mais également pour comprendre les Motifs de ce qui a été rapporté¹⁴⁰⁹.

278. Dosage du raisonnement juridique dans les deux premiers rites. Chacun des quatre rites se base donc sur ces deux moyens de la transmission et du raisonnement ; c'est simplement une question de degrés qui diffère les rites quand on pousse l'analyse comparée. De telles analyses ont d'abord été effectuées pour les deux premiers rites, le hanafisme et le malikisme, dont la période de création s'est chevauchée au moins pendant trois décennies car Malik est né en l'an H-93 et abou-Hanifa est mort en l'an H-150. Cependant, ce chevauchement dans le temps avec l'éloignement de Médine de l'Irak ne veut pas dire que chacun des deux rites ignore les sources de droit de l'autre car d'une part la visite de Médine est un usage suivi par les pèlerins. En plus, il y'a eu des échanges directs entre, d'une part, Malik et, d'autre part, abou-Hanifa ainsi que ses deux principaux disciples que sont abou-Youssef et Mohamed ibn-al-Hassan ce qui a donné à Malik une appréciation très fine sur la méthode de Diligence d'abou-Hanifa et vice-versa. C'est donc en connaissance de cause que les différences entre les deux rites s'affirmaient avec le hanafisme utilisant relativement plus que le malikisme le raisonnement et donc utilisant moins la transmission. Par conséquent et en forçant le caractère, le hanafisme a été dénommé le rite du raisonnement ou la tendance de l'Irak¹⁴¹⁰ et le malikisme

¹⁴⁰⁸ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 286-290, 298, v. 5. Voir également les notes en bas des pages 428 et 434.

¹⁴⁰⁹ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 66.

¹⁴¹⁰ Même pour les rites qui sont nés en dehors de l'Irak.

celui de la transmission ou la tendance du Hedjaz¹⁴¹¹. Certains, comme ibn-Khaldoun, ont cru que cette tendance était causée par l'ignorance d'abou-Hanifa des narrations de la Sunna relativement à la connaissance de Malik mais cette explication est erronée, comme l'a indiqué al-Maziri. En effet et en occultant la divergence sur les règles au sein du rite hanafite entre abou-Hanifa et ses disciples, la jurisprudence d'ibn-al-Hassan, le brillant élève d'abou-Hanifa qui a reçu toutes les narrations de Mouwatta Malik, se base comme celle d'abou-Hanifa plus sur le raisonnement en comparaison avec celle de Malik. En fait, la véritable raison de cette différence se trouve dans les sources et les méthodologies de Diligence créatrice de droit du hanafisme par rapport au malikisme. Ainsi en suivant la méthodologie hanafite, la jurisprudence d'ibn-al-Hassan a pris le caractère de la supériorité relative du raisonnement par rapport à la transmission exactement comme la jurisprudence d'abou-Hanifa et indépendamment de l'expertise en narration qui est reconnue à ibn-al-Hassan. Il en est de même de la jurisprudence d'abou-Youssef, le plus illustre des disciples d'abou-Hanifa ce qui ne veut pas dire que la source du raisonnement passe avant la source de transmission des textes authentiques, au contraire ! C'est pour cela que la connaissance plus large de la Sunna de ces deux disciples hanafites par rapport à la connaissance du fondateur de leur rite a fait apparaître tellement de divergences au niveau du détail des règles de droit qu'on peut compter les rares accords dans ce domaine entre abou-Hanifa et ses élèves. La seule convergence de taille qui persiste entre la jurisprudence d'abou-Hanifa et celles de ses disciples est cette supériorité relative du raisonnement provenant de l'adhésion de tous aux sources identifiées par abou-Hanifa comme reflétant la tendance initiale¹⁴¹² de l'Irak qui sont distinctes de celles de Malik reflétant la tendance de Médine¹⁴¹³. Il apparaît donc que la naissance de la hard law islamique, tout en étant semblable entre les rites, présente dès l'origine de ces différentes écoles du sunnisme une certaine distinction entre elles. Cette distinction touche non seulement le niveau des règles jurisprudentielles du *fiqh* mais également le niveau plus fondamental des sources de droit du *usul al-fiqh* qui perdure jusqu'à nos jours comme le montre la version actualisée que nous avons présentée dans le chapitre précédent.

¹⁴¹¹ Même pour les rites qui sont nés ultérieurement en dehors du Hedjaz.

¹⁴¹² Avant que le changement de cap opéré par le hanbalisme, deuxième rite irakien, n'introduisît un courant d'opposition au hanafisme.

¹⁴¹³ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشر, *op. cit.* (note 1075), p. 66-67.

B. Évolution conforme aux autres rites

279. Phasage du développement du malikisme illustrant l'évolution des rites.

Le vide juridique qui peut avoir lieu à une époque¹⁴¹⁴ finit toujours historiquement par être comblé par un processus d'évolution et d'enrichissement du droit lui permettant de s'adapter à la réalité. Dans la création du droit malikite, cette évolution a connu comme dans les autres rites six phases ayant un certain chevauchement : le fondement, la Qualification initiale, l'application initiale avec ses Modalités détaillées et ses jurisprudences nombreuses, l'appréciation des divergences, la codification et, enfin, la Qualification d'adaptation. La phase du fondement a occupé principalement la première moitié du H-II^e siècle, celle de la Qualification initiale jusqu'à la moitié du III^e, celle de l'application initiale jusqu'à la moitié du V^e, celle de l'appréciation des divergences jusqu'à la moitié du VI^e et celle de la codification jusqu'au VIII^e mais avec des mises à jour ultérieures jusqu'à nos jours. Enfin et en parallèle, la critique de cette codification par le retour à la Qualification d'adaptation apparue depuis la fin du VI^e et jusqu'à l'époque actuelle avec des illustres auteurs pratiquement à tous les siècles¹⁴¹⁵.

280. **Phases 1 et 2 : du fondement au début de la Qualification.** La phase de fondement, permettant de déterminer les sources de droit du rite, a été réalisée par l'imam Malik qui, sur cette base, a été le principal contributeur de la deuxième phase de Qualification initiale. C'est donc lui-même qui a donné naissance à un premier corps de règles très robuste comme le prouve ses travaux ; ensuite et après Malik, cette deuxième phase a été complétée dans le centre originel de Médine par des Diligent malikites comme ibn-Nafaa et ibn-Majejoun. Elle a également été complétée dans les quatre autres centres malikites par des auteurs comme ibn-Maslama en Irak, ibn-Ziad puis ibn-Fourât au Maghreb (Tunis et Kairouan), Chabtoun et Yahya ibn-Yahya en Andalousie ainsi que par, les plus illustres, ibn-al-Qâsim, Achhab, ibn-Wahb et ibn-Abdelhakam en Egypte. Ces deux phases ont enfanté le corpus exceptionnel de Malik que nous étudierons¹⁴¹⁶ et qui constitue le socle du malikisme comprenant le Mouwatta et les registres de cours de Malik rédigés après sa mort. En effet, de son vivant, il était réticent à la transcription de ses cours de peur qu'il révise ultérieurement sa jurisprudence sans que les transcriptions soient corrigées en conséquence. Ainsi et en plus de l'atout de reproduction de la

¹⁴¹⁴ Voir supra § 217 et 267.

¹⁴¹⁵ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 76-77.

¹⁴¹⁶ Voir infra § 333-349.

dernière actualisation de la jurisprudence de Malik, ces transcriptions tardives ont permis d'inclure les avis complémentaires et parfois correctifs de ses illustres élèves précités¹⁴¹⁷.

281. Phases 3 et 4 : de l'expansion des cas d'application à la divergence. Cette deuxième phase de Qualification initiale du premier corps de règles a fourni la matière de la troisième phase dédiée à l'application avec ses Modalités détaillées et ses cas nombreux développés dans des zones géographiques éloignées. Ce rôle a été assumé par des auteurs comme ibn-Sahnoûn suivi par ibn-abi-Zayd, al-Bratheii et ibn-Younès à Kairouan ; comme al-Otbi, ibn-Abd al-Barr, ibn-abi-Zamine et al-Beji en Andalousie ; comme le juge Ismaël, le juge Abdelwahhab, ainsi qu'al-Abhari en Irak et, enfin, comme ibn-Chaabane en Egypte. A ces douze contributeurs majeurs de cette troisième phase d'expansion de l'application s'ajoute un auteur important qui a marqué la transition entre cette phase et celle qui vient après dont l'objectif est de solutionner les divergences qui n'ont pas manqué d'apparaître à la suite de cette expansion formidable de la jurisprudence. Il s'agit du Diligent al-Lakhmi de Kairouan puis Sfax dont les travaux au milieu du H-V^e ont ouvert la voie à la quatrième phase consacrée à l'appréciation et à la hiérarchisation des jurisprudences divergentes avec des auteurs comme al-Maziri, ibn-Bechir, Averroès grand-père et le juge Iyadh¹⁴¹⁸.

282. Phases 5 et 6 : de la codification à la Qualification corrective. Cette quatrième phase de critiques jurisprudentielles a duré un siècle et a permis de classer les jurisprudences traitant une situation donnée par pertinence vis-à-vis des normes de fondement du rite et c'est ce classement qui a rendu possible la codification du droit opérée dans la phase qui suit dont les principaux contributeurs sont les Égyptiens ibn-Chess¹⁴¹⁹ et surtout ibn-Hajeb. Par la suite et après une petite parenthèse d'enrichissement de la jurisprudence par Qarafi, cette tendance de codification a repris de plus belle avec Khalil, auteur du « Précis » portant son nom, qui est devenu la référence phare de la codification malikite comme on le verra¹⁴²⁰. Cependant et dès son commencement au H-VI^e, cette tendance de la codification, bien qu'utile pour certains usages, a fait l'objet d'une lourde critique par l'Andalous Averroès qui a fini par être entendu deux siècles plus tard au VIII^e par le Tunisois ibn-Arafa. C'est ce dernier qui marqua la naissance de la tendance rectificative de la codification par un retour à la Qualification et à la critique permettant une meilleure adaptation de la jurisprudence malikite à l'évolution des lieux et des époques. Depuis Averroès, la principale critique de la codification portait plus sur

¹⁴¹⁷ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 76-78.

¹⁴¹⁸ *Ibid.*, p. 78-82.

¹⁴¹⁹ Suivant l'exemple de la référence de la codification du rite chafiiite : al-Ghazali.

¹⁴²⁰ *Infra* § 362-369.

son usage et ses conséquences que sur la codification elle-même qui, par une approche synthétique, adopte seulement la jurisprudence constante sans pratiquement aucune mention ni discussion des jurisprudences isolées divergentes. En effet et selon Averroès, cette approche de codification peut mener à terme au danger de rigidifier la jurisprudence en faisant oublier aux juristes l'exercice de l'appréciation des opinions différentes afin de dégager la plus solide en conformité avec les normes de fondement du rite. Une telle rigidification créerait un malaise chez les Sujets de droit à cause de l'application constante de la jurisprudence codifiée sans se rendre compte que, dans certaines situations, celle-ci est devenue inadaptée à des cas d'usage qui n'épousent plus les Modalités initiales d'application des règles codifiées. Juriste Diligent, avant d'être médecin ou philosophe, Averroès a détecté que l'envoutement par la codification pourrait tuer chez le juriste la capacité de critique et d'appréciation, selon les normes du rite, des jurisprudences divergentes adressant des situations similaires. De tels juristes deviendraient incompetents pour Qualifier une situation réelle afin de déterminer la règle qui lui est applicable. Ceci serait nuisible à une telle détermination qui pouvait se faire à partir de jurisprudences anciennes non codifiées ou en revenant aux normes de fondement du rite par l'identification de l'utilité dont l'Incitation serait devenue appropriée pour ce nouveau cas d'usage ; ce qui guiderait le juriste vers la bonne source justifiant la nouvelle règle¹⁴²¹.

283. Importance de la dernière phase de retour à la Qualification. Après Averroès, la critique de la codification a été reprise deux siècles plus tard d'abord par ibn-Khaldoun et ensuite, comme on l'a dit, par le brillant juriste malikite ibn-Arafa¹⁴²². Ce dernier a marqué véritablement le retour à la Diligence par la Qualification en revenant à la méthode d'appréciation d'al-Lakhmi appliquée de nouveau aux jurisprudences abandonnées par la codification. La réévaluation de certaines de ces jurisprudences isolées a démontré qu'elles étaient devenues plus appropriées à des nouvelles situations qui différaient des situations codifiées. C'est ce qu'a fait au IX^e al-Obbi et qu'a appliqué dans les tribunaux les juges al-Borzoli et ibn-Neji, tous élèves d'ibn-Arafa, suivis par les juristes al-Maghidi et al-Ouinchirichi également du IX^e. Par la suite, cette nouvelle phase de retour à la Qualification a continué au X^e par Zokak et Adhoum, au XI^e par al-Fassi et Senoussi, au XII^e par Taoudi, Tassouli, Temimi et Mahjoub. Elle s'est poursuivie jusqu'au XIV^e par ben Salah, Najjar et Wazzani¹⁴²³ auxquels on pourrait rajouter Taher ben Achour dont les travaux constituent l'une des principales

¹⁴²¹ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 83-85.

¹⁴²² Puis ultérieurement par Shatibi.

¹⁴²³ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 86-88.

références de cette thèse. On pourrait également citer, parmi les contemporains de ce début de H-XV^e siècle, ibn-Tahar dont une partie de son ouvrage¹⁴²⁴ a été validée par son professeur Lakhoua formé à la Zitouna, al-Ghariani¹⁴²⁵ et Sellami qui ont continué cet effort d'adaptation par la Qualification. Ceci a permis de dépasser les limites rigides de la codification qui, sans s'arrêter, a continué son actualisation lente avec une importance relative par rapport à ce courant de retour à la Qualification mais, quand même, une importance réelle aussi bien chez les enseignants que les praticiens.

284. Rapport entre le développement du rite et la jurisprudence judiciaire du « *cadi* ». Ce développement du malikisme a eu, comme les autres rites, un rapport inclusif mais autonome de la jurisprudence judiciaire qui a toujours été dépendante de la « jurisprudence » doctrinale qui dispose de l'autorité prioritaire en droit islamique. D'ailleurs, c'est en partie pour cela que la majorité des Diligents brillants déclinaient la charge de juge pour se consacrer à la doctrine tout en restant à l'écoute des cas réels des tribunaux que ce soit chez les malikites ou dans les autres rites à l'instar d'abou-Hanifa qui a refusé d'assumer la fonction de juge. Avant les temps modernes où l'industrie de la finance islamique rémunère ses jurisconsultes, la fonction de jurisconsulte, notamment pour celui qui a atteint le niveau de Diligence, était en principe plus autonome que le métier du juge. Selon les époques, ce dernier pouvait subir plus ou moins de pressions et pouvait, malgré ses connaissances, être inapte à distinguer les manœuvres mensongères des parties¹⁴²⁶. On peut supposer que c'est pour ces raisons que la jurisprudence issue du système judiciaire est transformée en des opinions donnant des règles impersonnelles afin de protéger d'une part, la norme des influences dépassant le cadre purement juridique et d'autre part, l'anonymité des personnes en procès. Au niveau du fonctionnement des tribunaux, il est utile de mentionner qu'aux premiers siècles de l'hégire, le juge disposait d'une grande autonomie sans être tenu par les règles d'un rite donné ni même, à l'intérieur d'un rite, par la jurisprudence majoritaire car il pouvait choisir d'appliquer la jurisprudence qui lui semble opportune parmi celles autorisées dans ce rite¹⁴²⁷. Tant que le juge énonce la règle qu'il

¹⁴²⁴ Habib IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, [Jurisprudence malikite et ses fondements « *Fiqh al-Maliki wa Adalatuhu* »] *لفقه المالكي وأدلته*, Liban : Maaref, 2009.

¹⁴²⁵ <https://archive.org/details/Ghoryani>

¹⁴²⁶ Bien que Qarafi considère que cette incapacité à détecter les mensonges comme de l'incompétence, au même titre que le défaut de connaissances, qui autorise le remplacement du juge dès que l'État trouve un juge plus compétent. Cependant, cet avis n'est pas partagé par la majorité des auteurs de jurisprudence qui considèrent qu'un juge compétent sur le plan des connaissances ne pourra pas être démis de sa fonction s'il a une faible capacité pour détecter les mensonges à moins qu'il ne soit corrompu : voir QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 601, § 96.

¹⁴²⁷ Comme dans le cas de détermination des conditions définissant les prestations possibles dans un contrat de louage : voir *Ibid.*, p. 1108, § 203.

a retenue, le jugement ainsi fondé sur l'autonomie du juge s'imposera aux parties même si cette jurisprudence ne correspond pas au choix du juge précédent à la même juridiction¹⁴²⁸. C'est seulement si la règle retenue par le juge correspond à une « jurisprudence isolée notoirement critiquée¹⁴²⁹ » que l'affaire pourra être rejugée. Autrement¹⁴³⁰, le jugement est exécutoire et ne peut être contesté par un autre juge en application du Motif d'intérêt général relatif à la clôture des contestations et des différends le plus rapidement possible¹⁴³¹. Nous verrons qu'une telle liberté judiciaire a ensuite évolué pour laisser place à plus de cohérence en profitant de la stabilisation des rites¹⁴³². Ainsi s'achève notre étude de l'évolution du rite malikite qui, comme lors de sa naissance, présente beaucoup de similitude avec celle des trois autres rites sans exclure totalement les distinctions. Cette mise en contexte historique va nous faciliter l'étude des distinctions entre ces quatre rites avec l'objectif de montrer que notre choix du malikisme est judicieux. Ces distinctions nous permettront également de prendre la mesure du travail d'adaptation que doit subir cette thèse pour passer du rite malikite à un des trois autres rites.

Sous-section 2. Distinctions des rites

285. Importance des distinctions pour la portée de cette thèse. Cette thèse ne pouvait adopter chacun des quatre rites sunnites comme rite de conformité nécessitant le développement de quatre contractualisations qui n'apporteraient pas un plus académique à ce travail par rapport à l'illustration de la méthode par un seul rite. En revanche, il est utile de montrer notamment aux praticiens les thèmes d'adaptation pour permettre le passage de la conformité malikite de cette thèse à la conformité de l'un des trois autres rites car la construction demeure la même. L'identification des thèmes d'adaptation permettant le passage à un autre rite se fait aussi bien au niveau des distinctions purement de droit qui ont un effet sur les actes juridiques (A) qu'au niveau, plus lointain, des effets complémentaires qui peuvent découler des convictions dogmatiques de l'investisseur (B). C'est de cette façon que nous espérons donner à cette thèse une portée sunnite et non pas seulement malikite.

¹⁴²⁸ Dans tous ces cas, le juge ne peut être considéré comme défaillant. Il en est de même si, sans éléments d'appréciation des témoins, il base son jugement sur un témoignage qui s'avère, par la suite, faux : voir *Ibid.*, p. 595, § 94.

¹⁴²⁹ Comme nous l'avons vu en supra § 234 et comme nous le développerons en infra 303-304 et suivants, il s'agit des jurisprudences contredisant des sources certaines dont l'interprétation est également certaine, souvent en opposition avec des Motifs législatifs connus : voir SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 138, v. 5.

¹⁴³⁰ Le droit de recours en appel étant très limité.

¹⁴³¹ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1180, § 224.

¹⁴³² En effet, la pratique a évolué quand la proximité des territoires ayant des juges différents est devenue fréquente et que la communication entre ces territoires judiciaires est devenue plus fluide : voir infra § 303.

A. Effet des distinctions des rites sur les actes

286. **Méthode d'analyse des distinctions entre les rites.** Pour la compréhension de chaque exemple illustrant la divergence entre les rites au niveau des actes juridiques, il est essentiel de garder à l'esprit ce que nous venons d'indiquer dans la sous-section précédente comme causes de cette divergence que celles-ci soient liées aux sources de droit elles-mêmes ou à l'application de ces sources lors du processus de création de droit. En synthèse de ce qui précède et en cohérence avec la hiérarchie des normes présentée dans le chapitre précédent, les rites sunnites donnent la priorité au moyen de la transmission nécessaire aussi bien aux textes législatifs qu'aux précédents jurisprudentiels. Cependant, ces rites admettent que cette transmission soit complétée par le raisonnement qui constitue un deuxième moyen pour la création de droit dont le dosage varie en fonction du rite. Cette différence de dosage dans l'usage du raisonnement s'exprime dans cinq types de divergences, expliquant directement les distinctions des rites dans les règles de droit, qui sont :

- (i) la divergence dans l'interprétation des textes législatifs¹⁴³³,
- (ii) la divergence dans la résolution des contradictions apparentes entre les textes¹⁴³⁴,
- (iii) la divergence dans l'identification de la Cause d'un texte servant de base à l'Analogie¹⁴³⁵,
- (iv) la divergence dans l'appréciation de la présence de la Cause dans une situation analogue¹⁴³⁶ et
- (v) la divergence dans l'accès aux ressources juridiques liées à l'environnement géographique.

C'est donc à la lumière de ces divergences que l'on comprendra les distinctions entre les rites.

287. **Promesse unilatérale non lucrative.** Cette jurisprudence malikite a été extrapolée par la soft law de l'AAOIFI et des Fatwas qui la supportent pour devenir un pilier des montages de la finance islamique moderne pour proposer des solutions formelles de substitution aux solutions bancaires conventionnelles basées explicitement sur le crédit

¹⁴³³ Cette notion a fait l'objet de notre développement en supra 1.1.B du chapitre précédent.

¹⁴³⁴ Cette notion a fait l'objet de notre développement en supra § 197, 203, 232, 234 du chapitre précédent.

¹⁴³⁵ Cette notion a fait l'objet de notre développement en supra § 216, 220, 246-247, 257-258 et 263 du chapitre précédent.

¹⁴³⁶ *Ibid.*

rémunéré¹⁴³⁷. C'est pour cela que nous développons ici ce sujet pour bien comprendre ses textes législatifs et la divergence qui leur est associée. À l'origine, c'est une Sunna du Mouwatta dans le livre n° 56 relatif aux règles qui se rapporte à la parole et précisément dans son chapitre 7 libellé « Au sujet de la sincérité et du mensonge ». Le texte de cette Sunna raconte l'histoire d'un homme qui demande au Prophète (bsl) « “puis-je mentir à ma femme ?” le Prophète (bsl) lui répond “le mensonge n'est pas bien” ; l'homme réplique “puis-je lui promettre ?” et le Prophète (bsl) répond “pas de souci” ». Une autre Sunna authentique dans abou-Dawoud dit « Si l'un d'entre vous fait une promesse à son frère avec l'intention de la respecter puis ne la respecte pas, il n'y aura aucune sanction pour lui ». Face à ces textes, nous avons en sens apparemment opposé le verset coranique :

« Dire ce que vous ne faites pas est grandement haïssable auprès de Dieu¹⁴³⁸ ».

Nous avons également d'autres textes allant dans le sens de ce verset comme la Sunna disant « la promesse du croyant est obligatoire ». Les malikites ont résolu cette contradiction apparente pour les promesses unilatérales à but non lucratif en adoptant la règle que la promesse unilatérale non lucrative qui ne spécifie pas son objectif n'est pas sanctionnée en cas d'inexécution car son exécution relève simplement de la bonne éthique à valeur purement morale. En revanche, si une telle promesse spécifie un objectif au bénéficiaire alors le juge sera appelé à son exécution forcée à la condition que le bénéficiaire se soit engagé dans la réalisation de l'objectif spécifié dans ladite promesse. Ce sera le cas d'une promesse de report d'échéance pour un débiteur qui demande cette faveur pour éviter la vente de son patrimoine et c'est également le cas d'une promesse de prêt pour financer la reconstruction d'une maison, un pèlerinage, un stock de marchandise ou un mariage pour un bénéficiaire qui s'est engagé dans la réalisation de ces objectifs. Nécessaire à l'exécution forcée de la promesse spécifiant un objectif, cette condition de début d'exécution de cet objectif par le bénéficiaire n'est pas retenue par un courant minoritaire malikite soutenu par Asbagh¹⁴³⁹ qui a suivi en cela la jurisprudence appliquée par le Calife Omar ibn-Abd al-Aziz, qui était également un Diligent de la génération des suiveurs. Sans remettre en cause les conditions de l'exécution forcée, un troisième courant malikite encore plus isolé, défendu par ibn-Chess, considère que la facilitation de la promesse ne contredit pas son caractère Obligatoire, et non pas simplement Désirable sur le plan de l'éthique, ce qui rend le prometteur fautif s'il ne respecte pas sa promesse malgré sa capacité à

¹⁴³⁷ Au niveau du principe dans la prochaine section infra § 314 et au niveau du détail des règles juridiques codées en seconde partie infra § 546, 584 et 591-596.

¹⁴³⁸ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 739, § 3.

¹⁴³⁹ Élève des brillants élèves de Malik ibn-al-Qâsim et Achhab.

le faire. Toutefois ce caractère fautif relatif à l'inexécution de la promesse ne s'étendra pas à l'intention lors de la formulation de la promesse même si cette intention initiale, inavouée au bénéficiaire, reflète dès le début une volonté d'inexécution par le prometteur. Pour ce courant malikite extrêmement isolé, même celui qui fait une promesse à un proche qui a manifestement besoin d'espoir devra exécuter sa promesse s'il devient capable. Pourtant, une Sunna authentique rapportée par Muslim¹⁴⁴⁰ confirme que la dérogation pour s'écarter de la vérité par le mensonge ou la promesse non sincère existe, mais avec toujours l'intention de bien faire, dans trois situations en présence d'une Nécessité : envers l'un des époux, envers les amis fâchés et en cas de propagande militaire. En définitif et en laissant de côté l'aspect purement religieux du caractère de la promesse, l'aspect pratique en droit des relations retenu par Malik, ibn-al-Qâsim et Sahnûn est son exécution forcée si elle respecte deux conditions en exigeant que cette promesse unilatérale non lucrative spécifie son objectif et que le bénéficiaire se soit engagé dans la réalisation d'un tel objectif. Comme nous le verrons¹⁴⁴¹, Chafii considère dans tous les cas que la promesse n'est jamais engageante et ne pourra jamais bénéficier de l'exécution forcée ; ceci laisse penser que sa divergence avec Malik est du type (ii) précité car il s'agit ici essentiellement de solutionner des textes apparemment contradictoires. On pourrait également associer à ce type de divergence, les deux autres types (i) et (iii) car l'interprétation de ces textes et l'extraction de leur Cause législative interviennent aussi¹⁴⁴².

288. Typologie de l'aléas dans le transfert des biens. L'aléa ou l'Incertitude lors du transfert de propriété couvre à la fois l'Incertitude de réalisation de la prise de possession de la chose et l'Incertitude de l'ignorance des caractéristiques de cette dernière. Pour Malik et contrairement à Chafii, ces deux catégories d'Incertitude sont Interdites uniquement dans les contrats à titres onéreux comme la vente et, même pour ce type de contrats, l'Interdiction ne s'applique pas à l'Incertitude négligeable que l'usage considère comme inévitable ou évitable mais à un coût disproportionné¹⁴⁴³. En conséquence, Malik autorise toute Incertitude dans les actes unilatéraux comme la donation et autorise une dose moyenne d'Incertitude dans les contrats synallagmatiques mais qui ne sont pas liés à l'acquisition ou au développement du patrimoine comme la dot dans le contrat de mariage. En revanche, Chafii considère que l'Interdiction d'origine législative s'applique à tous types de contrats de transfert de propriété

¹⁴⁴⁰ MUSLIM IBN AL-HAJJAJ *شرح* [Commentaire du Sahih Muslim « Furuq »] *النووي* et *مسلم بن الحجاج*, Jordanie : International Ideas Home, 2000, p. 1552-1553, texte n° 2605.

¹⁴⁴¹ Dans la prochaine section infra § 314.

¹⁴⁴² QARĀFĪ et al., *op. cit.* (note 1351), p. 20-25, 43-47, v. 4.

¹⁴⁴³ GHARIANI *مدونة الفقه* [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements] *الصادق بن عبد الرحمن الغرياني*, *المالكي وأدلته*, *op. cit.* (note 1342), p. 111-112, 115-119.

même pour les donations alors que les textes sur le sujet, dont Malik est l'un des narrateurs, visent tous le même type de contrats que la Sunna Interdisant « la vente avec Incertitude¹⁴⁴⁴ ». La divergence ici est alors du type (iii) précité car Malik estime que toutes ces Sunnas adressent les contrats à titre onéreux comme la vente alors que Chafii considèrent leur portée générale à tout acte transférant la propriété¹⁴⁴⁵.

289. Distinction dans la vente sur descriptif de la chose absente. Comme nous venons de le rappeler succinctement et comme nous le verrons en détail¹⁴⁴⁶, tous les rites tiennent compte de l'Interdiction textuelle de l'Incertitude dans la vente que l'aléa soit lié à la réalisation ou à l'ignorance de la chose et tous les rites acceptent une tolérance pour l'Incertitude négligeable. Il y a cependant une distinction entre les rites sur la validité et la fermeté de la vente sur descriptif de la chose existante qui est absente lors de la conclusion du contrat. Cette distinction est expliquée par une divergence du type (iv) précité selon l'appréciation par les rites de l'Incertitude dans cette situation : celui qui la considère matérielle Interdit la vente et celui qui la considère négligeable l'autorise ; quant à celui qui la considère d'un niveau moyen, ni matérielle ni négligeable, il adopte une position intermédiaire. Chafii est dans la première catégorie en invalidant cette vente alors que abou-Hanifa occupe la position intermédiaire en validant la vente mais en soumettant son exécution à une option de sortie du contrat par l'acheteur au vu de la chose. Quant à ibn-Hanbal, il valide la vente et la rend exécutoire au besoin par les tribunaux en suivant Malik qui met toutefois trois garde-fous, pour éviter que l'Incertitude ne devienne matérielle. Ainsi, Malik exige non seulement que la chose s'avère conforme à son descriptif mais également que l'usage confirme à la fois que ledit descriptif couvre les caractères déterminants du consentement et que la chose ne soit pas périssable jusqu'à la livraison¹⁴⁴⁷.

290. Distinction dans la garantie des biens. La garantie consiste à ce que le possesseur illégal rende à l'ayant droit son bien s'il n'a pas été altéré ; autrement, si le bien est Fongible, il faudra rendre un bien identique et s'il est non Fongible, il faudra rendre la valeur du bien ou, chez les hanafites et chafiiites, un bien similaire. Cette distinction sur le bien non Fongible provient d'une divergence du type (ii) précité, avec Malik suivant un texte et abou-

¹⁴⁴⁴ ZURQANI الزرقاني محمد بن عبد الباقي, *op. cit.* (note 1404), p. 428, v. 3, voir également d'autres Sunnas en p. 358 et s. et en p. 466 et s.

¹⁴⁴⁵ Aḥmad ibn Idrīs QARĀFĪ, Qasim ibn 'Abd Allah IBN AL-SHATT, MUHAMMAD 'ALI IBN AL-HUSAYN AL-MALIḲI et Khalil MANSUR, *الفروق أو أنوار البروق في أنواء الفروق*, Bayrut : Dar al-Kutub al-'Ilmiyah, 1998, p. 276-278, v. 1.

¹⁴⁴⁶ Voir infra § 481, 488-491, 495-496, 500, 586-587, 593, 600 en seconde partie.

¹⁴⁴⁷ QARĀFĪ et al., *op. cit.* (note 1351), p. 245-251, v. 3.

Hanifa et Chafii préférant un autre texte. Le texte de Malik reflète une jurisprudence où il n'y a pas de doute sur la non Fongibilité alors que l'autre texte est relatif à un plat usuel en poterie qu'on peut considérer comme Fongible ou l'assimiler à un bien Fongible et le fait qu'abou-Hanifa et Chafii cite un verset coranique excluant la valeur n'est pas pertinent pour les malikites car ce verset relève du droit cultuel. En outre, en cas de non Fongibilité réelle la solution de Malik correspond plus à la pratique du droit des relations adoptant l'indemnisation basée sur la valeur marchande. Outre son objet, cette règle de la garantie des biens, par un Sujet de droit qui n'est pas l'ayant droit du bien, comporte trois Raisons qui délimitent son champ d'application et qui agissent séparément. La première Raison pouvant actionner la garantie est de causer directement la détérioration du bien que ce soit volontairement ou accidentellement, cette Raison est consensuelle alors que la deuxième Raison concernant la cause indirecte de la détérioration est refusée par abou-Hanifa contrairement à Malik, avec Chafii optant pour une position intermédiaire. Ainsi, celui qui ouvre la porte d'une cage causant la perte d'un animal, sans pousser ce dernier à l'extérieur de la cage, n'est jamais garant chez les hanafites mais il est toujours garant chez les malikites et sera garant chez les chafiites s'il excite l'animal après avoir ouvert la cage. En effet et pour Chafii, la cause indirecte n'agit que quand le contrevenant devient assimilé à un « donneur d'ordre » provoquant la cause directe de détérioration du bien. Cet exemple est analogue à plusieurs autres exemples, comme celui qui allume un feu à proximité d'un champ qui sera détruit par la propagation de ce feu ; ainsi cette jurisprudence finit par avoir une grande portée touchant pratiquement tous les cas de responsabilité délictuelle dans notre droit étatique. La justification de la position de Malik, suivi partiellement par Chafii, est l'usage qui considère toutes ces causes indirectes comme la véritable cause de la détérioration du bien exactement comme les causes directes alors qu'abou-Hanifa justifie sa position par le principe de la sanction proportionnée à l'agression. Ce principe est contenu dans le verset :

« *Soyez hostile envers quiconque vous est hostile, dans la mesure où il vous est hostile*¹⁴⁴⁸ ».

La divergence serait alors du type (iv) et (v) car tout le monde est d'accord sur l'Obligation d'une sanction proportionnée actionnée par une cause du fautif qui pour Malik demeure toujours responsable, sur la base de l'usage¹⁴⁴⁹, s'il actionne une cause intermédiaire pour agir

¹⁴⁴⁸ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 39, § 194.

¹⁴⁴⁹ Pour une approche générale de l'importance de l'usage dans la création de droit, voir GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements] مدونة الفقه المالكي وأدلته, *op. cit.* (note 1342), p. 115-119.

sur le bien alors que pour abou-Hanifa ceci l'exonère. Enfin, la troisième Raison déclenchant la garantie est la prise de possession non cautionnée par l'ayant droit du bien, aussi bien dans les situations de principe comme le vol que dans les situations dérogatoires comme dans certaines ventes où le vendeur demeure garant jusqu'à la livraison¹⁴⁵⁰. Contrairement à Chafii, Malik se base sur la source du Moyen pour appliquer cette Raison par dérogation au loueur d'un service de transformation qui doit être garant de la matière première confiée par son client comme l'artisan couturier pour le tissu de son client. Là aussi, la divergence balance entre les types (iv) et (v) car l'usage pour Malik fait que le client ne peut cautionner la tentation que peut avoir l'artisan pour utiliser le tissu dans d'autres fabrications que la sienne. Ainsi, le malikisme exclut les cas similaires au couturier, travaillant dans sa boutique, de la règle générale des loueurs de service travaillant sous la surveillance de leurs clients qui font partie des « possesseurs cautionnés » garants uniquement en cas de négligence conformément aux deux premières Raisons précitées¹⁴⁵¹.

291. Effet de la divergence des rites sur la nullité des contrats en droit malikite.

Les malikites reconnaissent des effets juridiques à la divergence des rites en droit des relations. L'un de ces effets est relatif à l'Interdiction d'un contrat qui, selon le principe malikite, devrait donner lieu à l'invalidité du contrat conclu en méconnaissance de cette Interdiction en annulant tous ses effets avec, au besoin, une restitution sur la base de valorisation au cas où l'une des contreparties contractuelles serait une chose qui a péri ou a été consommée. Ce principe sera cependant atténué si ce contrat est considéré comme valide par d'autres rites et le degré de cette atténuation dépendra de l'objet du contrat et de la force des sources de droit utilisées par les autres rites dans ce cas¹⁴⁵². Ainsi, un contrat de mariage invalide donnera quand même lieu à héritage et nécessitera un divorce pour sa résolution si l'un des autres rites le considère comme valide. Des effets semblables sont également prévus en jurisprudence malikite pour les autres contrats objets de divergence sur leur validité. Par exemple, une vente dont la validité est objet de divergence entre les rites n'est pas automatiquement annulée à la demande de l'une des parties car son annulation doit être prononcée par un juge. En plus, ce dernier ne pourra pas retenir une restitution de la chose, qui n'existe plus, sur la base de sa valeur mais sur la base du paiement du prix convenu dans le contrat, pourtant, invalide en rite malikite. D'une façon générale et en présence d'une divergence de rites sur la validité des contrats, la doctrine malikite

¹⁴⁵⁰ Voir infra § 523.

¹⁴⁵¹ QARAFI et al., *op. cit.* (note 1445), p. 335-340, v. 2.

¹⁴⁵² Car on ne peut considérer ici une jurisprudence en contradiction avec une source certaine dont l'interprétation est claire : voir le principe en supra 246 du chapitre précédent avec des exemples en infra § 293, 341, 355.

du Maghreb¹⁴⁵³ considère que les effets de la nullité d'un contrat dont l'exécution n'a pas débuté ne sont pas les mêmes que ceux d'un contrat dont l'exécution a dépassé le point de non-retour, comme un mariage consommé ou une vente dont la chose n'existe plus¹⁴⁵⁴. Les exemples de distinctions pertinentes à notre travail, cités dans ce paragraphe, ont certainement permis d'apprécier la solidité des arguments de droit de la jurisprudence malikite, comme ils ont permis de mesurer la difficulté de l'adaptation de notre contractualisation en changeant le rite de sa conformité. Ceci en ce qui concerne l'effet endogène au droit sur la distinction des rites ; quant à l'effet exogène, c'est ce que nous allons illustrer par l'influence de la divergence du dogme sur la divergence du droit (B).

B. Effet du dogme sur la distinction des rites

292. **Classification de la divergence en droit entre les rites.** La différence précitée dans les sources du droit entre les deux rites initiaux, hanafite et malikite, a été étendue aux deux autres rites ; par exemple, au niveau de la compréhension du Coran selon que l'on considère que l'interprétation est restreinte au sens littéral ou qu'elle couvre également le sens figuré. Des divergences linguistiques sont également apparues dans la signification des textes comprenant un ordre pour le caractère de la règle associée : est-ce que ce dernier est à priori le caractère Obligatoire ou le caractère Désirable ? La même chose dans l'utilisation de la Sunna comme source de droit où des divergences sont apparues entre ceux qui considèrent que la narration par une voie unique ne peut atteindre le niveau de la certitude en termes d'authenticité¹⁴⁵⁵ et ceux qui croient le contraire. Des divergences existent également dans le domaine de la source de droit du consensus général comme celle touchant la définition même de ce consensus pour savoir si l'accord tacite est inclus ou celle relative à l'occurrence du consensus à toutes les époques ou son occurrence uniquement du temps des compagnons. Pour l'Analogie aussi, les avis diffèrent quant à sa hiérarchisation par rapport aux autres sources et quant à sa mise en œuvre apparente ou discrète. Ceci en ce qui concerne les quatre sources communes du Coran, de la Sunna, du consensus général et de l'Analogie sans parler des sources spécifiques à certains rites comme l'opinion des compagnons ou la notion de Préférence¹⁴⁵⁶ pour certains hanafites ou comme le consensus de Médine, l'Utilité générale et la source du

¹⁴⁵³ De Fès (Université al-Quaraouiyine) et de Tunis (Université Zitouna).

¹⁴⁵⁴ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان *op. cit.* (note 29), p. 106-108, 138, v. 5. Voir également les notes bas de page 2 en page 107 et 2 en page 108.

¹⁴⁵⁵ Dans cette catégorie, Malik refuse de suivre le sens littéral de certaines Sunnas ayant une voie unique de narration que Malik lui-même a validé dans son Mouwatta. Ceci pourrait être illustré par la Sunna relative à l'option de vente accordée de droit tant que les parties sont encore dans le lieu de négociation : voir infra § 341.

¹⁴⁵⁶ Toutes les deux refusées par le malikisme en tant que source de droit.

Moyen chez les malikites. Ces divergences entre les quatre rites dans les sources de droit ont été documentées notamment dans certaines correspondances de Malik et dans le travail encyclopédique¹⁴⁵⁷ de Chafii, initiateur de l'autonomie de cette science des sources. C'est l'ensemble de ces divergences qui a permis le classement des rites par leurs degrés décroissants d'utilisation du raisonnement par rapport à la transmission. Dans cette échelle, on trouve comme on l'a vu d'abord le Hanafisme, le rite le plus raisonné et le seul survivant de la tendance irakienne, suivis des trois rites de la tendance hedjazienne promoteurs d'autres méthodes liées à la transmission en commençant par le malikisme, puis le chafiisme qui est moins raisonné¹⁴⁵⁸ et enfin le hanbalisme¹⁴⁵⁹, considéré comme le moins raisonné des quatre. Cependant et pour d'autres raisons plus dogmatiques, le hanbalisme s'éloigna ultérieurement du chafiisme et du malikisme. Ainsi, le hanafisme et le hanbalisme se trouvent aux extrémités alors que le malikisme et le chafiisme, certes avec des différences parfois importantes, occupent le milieu modéré dans l'acceptation du raisonnement face à la transmission aussi bien en droit mais également dans les deux autres branches des sciences de l'Islam que sont le soufisme et le dogme¹⁴⁶⁰. C'est dans ce dernier domaine d'une extrême importance que cet aspect de l'utilisation du raisonnement a généré une divergence dogmatique qui va entraîner des répercussions sur le droit pénal ainsi que le droit militaire ce qui a induit un certain effet sur l'affinité ou l'éloignement des quatre rites en matière de droit.

293. Résistance des rites au rationalisme extrême. Avant que la divergence dogmatique apparaisse entre le hanbalisme d'un côté et les trois autres rites (hanafite, malikite et chafite) de l'autre, une unité solide régnait au sein du sunnisme face aux autres écoles non sunnites. Dans ce cadre, autant le Zâhirisme qui est hostile au raisonnement, demeurerait acceptable aux quatre rites sunnites, autant le Mutazilisme qui donne la priorité à une certaine rationalité sur les textes sacrés était inadmissible. Daoud, le fondateur du Zâhirisme était quand même un adepte du hanbalisme même si, par la norme sunnite partagée par les quatre rites, il a poussé trop loin le refoulement du raisonnement. En revanche, les Mutazilites en adoptant tel quel l'héritage philosophique grecque se sont mis en dehors de cette norme sunnite en forçant

¹⁴⁵⁷ Car Chafii a échangé avec Sofiane al-Thawri à La Mecque, avec Malik à Médine, les deux illustres disciples d'abou-Hanifa en Irak, avec al-Awzaï au Levant et avec les disciples d'al-Layth ibn-Saad en Égypte : voir BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشر, *op. cit.* (note 1075), p. 97.

¹⁴⁵⁸ Refusant notamment d'ignorer une Sunna d'une narration unique en cas de divergence avec d'autres sources estimées plus fortes par Malik ou abou-Hanifa : voir *Ibid.*

¹⁴⁵⁹ Dont le fondateur est formé dans le domaine de la Diligence essentiellement par Chafii mais qui est allé plus loin dans le renforcement des sources de narration aux dépens du raisonnement en ne reconnaissant notamment ni l'incertitude dans la narration à voie unique, ni le consensus général en dehors de celui des compagnons : voir *Ibid.*

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*, p. 57-70, 73-75, 89-105.

les textes sacrés à supporter des interprétations qu'ils ne peuvent supporter ni en langue arabe ni en lecture contextuelle basée sur la transmission concordante notamment en termes de Sunna. Rappelons qu'en droit, les quatre rites sunnites donnent la priorité aux textes sûrs et n'exercent le raisonnement, à des degrés variables, que quand un texte n'est pas Défini ou quand l'authenticité de transmission n'est pas parfaite. C'est donc dans cette logique que les quatre rites ont refusé le Mutazilisme et c'est ibn-Hanbal qui a porté ce refus sunnite quand la discorde a culminé car les trois autres immams étaient déjà décédés¹⁴⁶¹.

294. Apport de la doctrine acharite et maturidite au sunnisme. Quelques décennies après la mort d'ibn-Hanbal en H-241, al-Achari (H-260 à 324) a enrichi la position sunnite et c'est vers sa doctrine que convergea al-Maturidi (H-238 à 333). Comme en matière de droit sunnite, cette doctrine enrichie du dogme sunnite acharite & maturidite donne la priorité à la transmission mais ouvre la porte à un certain raisonnement philosophique, appelé la science du « Kalam » ou philosophie islamique, pour apporter une certaine argumentation rationnelle. Avec cette nouvelle approche, les sunnites ont emporté la bataille intellectuelle face aux mutazilites et cette doctrine argumentée a donc été suivie par la majorité des musulmans. C'est là, que ce courant majoritaire a pris le qualificatif sunnite en se dénommant « les adeptes de la Sunna et de la majorité¹⁴⁶² ». Il est devenu alors Obligatoire de comprendre le tronc commun de cette doctrine qui traite de la rationalité des caractères dogmatiques basiques comme les attributs de Dieu et de ses prophètes (bsl à chacun d'entre eux) ; bien évidemment, cette Obligation ne concerne que les Sujets de droit qui ont la capacité intellectuelle pour comprendre une telle argumentation philosophique. Cette doctrine a été adoptée dès le début en toute logique par les rites sunnites déjà familiers avec l'incorporation de plus ou moins de raisonnement dans la création du droit à l'exception du hanbalisme qui refusa d'incorporer la moindre dose de rationalité dans le dogme¹⁴⁶³, comme a agi le Zâhirisme en droit.

295. Opposition des hanbalites à la doctrine dogmatique des autres sunnites. L'hostilité des hanbalites à la nouvelle doctrine adoptée par la majorité montre qu'avant l'apparition de la doctrine d'al-Achari et d'al-Maturidi, cette majorité de rites sunnites suivait ibn-Hanbal sur le plan du dogme parce qu'elle considérait que la Sunna concordante est toujours prioritaire par rapport au raisonnement et non pas parce que le raisonnement est banni. En revanche, les hanbalites refusaient tout raisonnement dans l'absolu en cette matière de dogme

¹⁴⁶¹ *Ibid.*, p. 98-99.

¹⁴⁶² « أهل السنة والجماعة » : Ibrahim LAKANI إبراهيم اللقاني et Ibrahim AL-BAYJURI إبراهيم البيجوري, [Commentaire de la perle du dogme « hachiet jawharet al-tawhid »] حاشية جوهرة التوحيد, Egypte : Dar al-Salam, 2002, p. 183.

¹⁴⁶³ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 99-100.

qui leur semblait incompatible avec tout usage de la rationalité. Pourtant et notamment par des ouvrages, al-Achari a expliqué aux hanbalites de son époque qu'il avait exactement les mêmes croyances dogmatiques qu'ibn-Hanbal et que tous les adeptes de la Sunna ; qu'il se considérait d'ailleurs comme un adepte du même groupe de pensée que celui représenté par ibn-Hanbal avant lui et que défendait les autres imams de la Sunna avant ibn-Hanbal. Al-Achari a précisé que ce qu'il apportait n'est pas une nouvelle doctrine dogmatique sur le fond et qu'il s'agissait uniquement de moyens philosophiques de forme permettant de mieux défendre et consolider la doctrine sunnite. Cependant, autant ces arguments furent convaincants pour les malikites et chafiites, puis les hanafites par la convergence entre acharisme et maturidisme, autant les hanbalites ont adopté une position de suivi absolu du leadership de leur imam¹⁴⁶⁴. Leur fidélité dépassait le fond pour s'étendre jusqu'à la méthode et l'argumentation que, bien avant la naissance de l'acharisme & maturidisme, ibn-Hanbal avait utilisées face aux mutazilites et qui se basaient uniquement sur la transmission. Bien que le doute persiste jusqu'à ce jour pour savoir si al-Achari était malikite ou chafiite, il semble que le choix dogmatique des rites sunnites a suivi approximativement le choix déjà fait en droit au moins pour les deux extrêmes vis-à-vis du raisonnement que sont les hanbalites qui ont suivi leur imam et les hanafites qui ont suivi le hanafite al-Maturidi¹⁴⁶⁵. Seuls, les malikites et chafiites, ont eu une convergence parfaite sur cette question de dogme indépendamment de leurs divergences en droit pour lequel la fidélité de chacun à son imam prime souvent mais, d'ailleurs, pas tout le temps quand il s'agit d'auteur comme Averroès et jusqu'à ce jour où, sur certaines questions en droit pénal, Sellami tranche en faveur du hanafisme¹⁴⁶⁶.

296. Position de la majorité sunnite face à ibn-Taymiyya et son prolongement wahhabite. Lors de l'apparition de la doctrine d'ibn-Taymiyya (H-661 à 728) puis de sa nouvelle version apportée par ben Abdelwahhab (H-1115 à 1206), les trois premiers rites sunnites ont considéré cette doctrine différente de celle défendue par ibn-Hanbal et l'ont critiquée alors que les hanbalites étaient partagés entre accepter cette doctrine ou l'excuser sans l'adopter. Ici, la divergence de forme du temps d'al-Achari et al-Maturidi est devenue une

¹⁴⁶⁴ En réalité, la majorité des savants hanbalites ont fini par se convaincre en adoptant l'acharisme même après l'opposition d'ibn-Taymiyya (voir § suivant) ; ce n'est qu'après l'apparition lors des trois derniers siècles du wahhabisme et son adoption petit à petit comme doctrine d'État que le rapport de force s'est inversé au sein du rite hanbalite contre l'acharisme : voir Ahmad TAYMŪR, *Regard historique sur la diffusion des écoles juridiques sunnites*, traduit par Muḥyī al-Dīn al-Ḥaḡḡār, Éd. bilingue français-arabe, [s.l.] : [s.n.], [s.d.] (1), p. 95, 129. Tolbiac - Rez de Jardin - Philosophie, histoire, sciences de l'homme - Magasin - 2019-164734.

¹⁴⁶⁵ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشر, *op. cit.* (note 1075), p. 100-101.

¹⁴⁶⁶ Mohamed Mokhtar SELLAMI محمد مختار السلامي, [Exégèse du Coran « nahj al-bayan fi tafsir al-coran »] نهج البيان في تفسير القرآن, Tunisie : IRA, 2015.

divergence sur le fond car les musulmans croyants mais non-pratiquants, sanctionnés d'apostasie par cette doctrine, sont toujours considérés musulmans par les trois rites en conformité avec leur compréhension de la position d'ibn-Hanbal lui-même. À notre connaissance, ce dernier n'a utilisé cette sanction d'apostasie que dans une seule jurisprudence, isolée au sein du sunnisme, relative au non-pratiquant de la prière. Par la généralisation de cette jurisprudence unique d'ibn-Hanbal à d'autres situations, le wahhabisme a été largement critiqué par la majorité des sunnites, y compris certains hanbalites, sur la base de l'autonomie du droit (dont relève le rituel religieux) par rapport au dogme (dont relève la croyance). Ce qui reste cohérent avec le principe de séparation des deux mondes : d'une part celui des situations juridiques soumises au droit et, d'autre part, celui de la croyance soumise au dogme qui ne peut avoir un effet de droit que sur la base de fait ou action générant une situation juridique. Bien évidemment, il ne s'agit pas de nier tout lien car il s'agit d'un droit d'une religion dont le cœur est constitué de la croyance dogmatique mais la cohérence rationnelle des relations entre ces deux mondes n'est pas toujours accessible et doit se baser sur les textes transmis qui ne sont pas toujours Intelligibles¹⁴⁶⁷. Aussi importante soit-elle, la détermination dogmatique de ces relations entre les deux mondes n'a pas de conséquence juridique car dans cette logique de séparation du droit du dogme, la personne à qui on attribue un comportement illicite, même lié d'une façon ou d'une autre au dogme comme l'apostasie, doit toujours être soumise uniquement aux règles de droit. Ce dernier intervient alors aussi bien au niveau de la procédure, relative notamment à la preuve, qu'au niveau de la sanction car, pour un comportement inapproprié, il n'y a pas en plus de la sanction en droit une sanction supplémentaire dans ce bas-monde qui relèverait du dogme. C'est une chose de considérer certains comportements comme critiquables en droit, c'en est une autre de les considérer comme causant l'apostasie avec toutes ses conséquences pénales, militaires et civiles. Surtout que les comportements en question ne sont pas tous Interdits dans les rites car ils peuvent être seulement Indésirables par la majorité ou certains rites qui peuvent, même, les considérer comme souhaitables. Dans tous les cas, la sanction extrémiste d'apostasie est injustifiée et c'est le sens des réponses apportées par ben Kiran, Temimi, Mahjoub et le hanafite ibn-al-Abidine¹⁴⁶⁸.

¹⁴⁶⁷ La grande discorde intellectuelle du « rapport entre le destin et le libre arbitre » fait partie de ce domaine pour lequel les sunnites se basent sur la transmission de textes sacrés avec une aide éventuelle à la compréhension de la rationalité par le raisonnement qui est autorisé par les trois rites et refusé catégoriquement par les hanbalites : ZURQANI الزرقاني, *op. cit.* (note 1404), p. 325, 327, 332 ; BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 100-101.

¹⁴⁶⁸ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 102-103.

297. **Décision de l'Académie internationale relative à l'apostasie.** La position précitée ne veut pas dire que la majorité des rites sunnites exclut du sunnisme le Wahhabisme et le courant hanbalite d'ibn-Taymiyya ; au contraire, ce qu'ils partagent avec la majorité est considérable malgré cette divergence dogmatique. Ainsi les racines communes dans les sources de droit des quatre rites, y compris leurs courants extrêmes, sont le signe de l'appartenance au sunnisme alors que la distinction est nettement marquée avec les rites shiites et kharijites sur ce plan de fondement du droit. Vis-à-vis de ces derniers, la majorité des rites sunnites reste également très restrictive dans l'application de la sanction de l'apostasie sauf vraiment pour les groupes extrêmes et après une Fatwa de très haut niveau qui se réfère aux précédents de la *hard law* de ces rites, très limitatifs dans ce domaine¹⁴⁶⁹. C'est dans ce sens que va la décision de l'AIFI n° 152 de la 17^{ème} série de réunions du 24-28 juin 2006¹⁴⁷⁰ : « Les adeptes des quatre rites sunnites (hanafite, malikite, chafiite et hanbalite), du rite jafarite¹⁴⁷¹, zaydite¹⁴⁷², ibadite¹⁴⁷³ et Zahirite sont musulmans et il est Interdit de les traiter d'apostats ; par conséquent, sont interdites toutes atteintes à leurs intégrités physiques, à l'honneur de leurs familles et à leurs patrimoines. De même et conformément à la Fatwa du recteur d'al-Azhar, il est interdit de traiter d'apostats les acharites, les véritables soufis ainsi que les adeptes de la doctrine salafiste correcte ». On en déduit que les apostats ne sont désignés que par les qualificatifs des soufis non véritables et des salafistes épousant une doctrine erronée, sans autres précisions.

298. **Ampleur de l'effet sur l'adaptabilité de cette thèse.** La portée pratique de ce travail ne sera pas affectée par les aspects dogmatiques précités dans ce paragraphe (B) s'il s'agit d'un passage de la conformité malikite à une conformité hanafite ou chafiite. En revanche, si l'investisseur dans la Holis adhère aux convictions hanbalites, il sera possible qu'une certaine adaptation soit nécessaire, notamment pour les règles relatives aux liens avec des non-musulmans ou des musulmans non-pratiquants. Toutefois, le contraire sera également possible avec une absence d'effets dogmatiques sur la contractualisation de cette thèse exactement comme pour le passage aux rites hanafite et chafiite ; tout dépend du courant dogmatique au sein du hanbalisme. Cette relativité de l'effet dogmatique tranche donc avec l'effet certain dont l'origine est purement de droit que nous avons vu dans le paragraphe (A) qui, par ses distinctions relatives aux actes juridiques, touchera certainement certains aspects de la contractualisation de cette thèse en plus, évidemment, du changement de la référence

¹⁴⁶⁹ *Ibid.*, p. 103-105.

¹⁴⁷⁰ <http://www.iifa-aifi.org/2200.html> ; § 2.1, 2.3 et 8

¹⁴⁷¹ [Un des rites shiites].

¹⁴⁷² [Un des rites shiites].

¹⁴⁷³ [Un des rites kharijites].

contractuelle de conformité. Malgré ce travail inévitable, cette section étudiant le rapport du malikisme aux autres rites de hard law a montré que l'adaptabilité de cette thèse est toujours possible au sein de la hard law sunnite quel que soit le rite de conformité. Ceci sera-t-il le cas si nous faisons une tentative d'adaptation de ce travail à la soft law de l'AAOIFI qui présente un rapport différent avec le malikisme comme avec la hard law en général ? C'est ce que nous abordons maintenant (section 2).

Section 2. Rapport à la soft law moderne de l'AAOIFI

299. Positionnement de la soft law moderne dans le paysage de la hard law.

Comme mentionné dans l'introduction de cette thèse, la soft law de l'AAOIFI correspond aux standards d'une industrie qui est une réalité de nos jours qui ne cessent de se confirmer et que tout chercheur en finance islamique ne peut ignorer. Nous avons alors indiqué que cette industrie gagnerait à développer des produits plus authentiques pour attirer d'autres clients auxquels cette soft law de l'AAOIFI ne correspond pas à leur compréhension de la jurisprudence islamique basée sur les rites de hard law dont l'origine remonte à la Diligence des compagnons¹⁴⁷⁴. Dans cette perspective et pour étudier l'intérêt pour cette thèse des normes de l'AAOIFI, nous abordons ici le rapport entre ces normes et la hard law, notamment le rite malikite. Lesdites normes se fondent sur plusieurs avis juridiques, Fatwas, provenant de plusieurs sources rattachées à des institutions financières, comme la Maison de financement du Koweït, ou à d'autres institutions plus autonomes, à l'instar de l'AIFI, ou du Conseil de la jurisprudence islamique. Bien que certains¹⁴⁷⁵ les confondent ces deux dernières sources sont bien distinctes : la première, l'AIFI¹⁴⁷⁶, est créée au sein de l'Organisation de la coopération islamique alors que la deuxième, souvent désignée par le Conseil de la Mecque¹⁴⁷⁷, est affiliée à la Ligue Islamique Mondiale. À travers les études de l'AAOIFI, ce sont ensuite les juristes de cette association professionnelle qui exploitent ces Fatwas pour définir notamment les montages juridiques que peuvent utiliser les institutions financières et notamment les banques pour sécuriser le label « islamique » de l'AAOIFI. Ces Fatwas et, plus encore, ces montages qui en découlent font un usage courant de certaines méthodes pour le choix du rite applicable

¹⁴⁷⁴ Voir la section précédente de ce chapitre.

¹⁴⁷⁵ AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 313, note bas de page n° 2 ; ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards : full text of Shari'ah standards for Islamic financial institutions as at Safar 1437 A.H.-December 2015 A.D.*, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 2015, p. 764, note bas-de -page n° 2.

¹⁴⁷⁶ <http://www.iifa-aifi.org/>

¹⁴⁷⁷ <http://en.themwl.org/content/islamic-Fiqh-council-0>

(sous-section 1) ou pour le recours au principe de Nécessité (sous-section 2) ; un tel usage de ces méthodes contraste avec leur utilisation différente et exceptionnelle en hard law.

Sous-section 1. Choix du rite applicable

300. **Intérêt de la liberté du choix du rite.** Avant de donner une définition, pertinente à notre propos, du concept de dépeçage, on peut déjà indiquer que le choix du rite relève du domaine du choix de la loi applicable à toute situation à qui le droit réserve un effet juridique¹⁴⁷⁸. Comme en droits étatiques modernes, ce choix ne peut être intéressant à considérer qu'en cas de concurrence entre des lois applicables différentes et c'est ce qui se passe en jurisprudence islamique. En droits étatiques, cette liberté est motivée par l'intérêt des parties dans les contrats internationaux et son exercice est soumis à des limites¹⁴⁷⁹ mais est-ce le même genre de chose en jurisprudence islamique ? C'est pour répondre à cette question que l'usage de cette liberté du choix du rite est intéressant à étudier, dans son principe et dans sa limite, que ce soit dans la hard law des rites (A) ou dans la soft law moderne de l'AAOIFI (B).

A. Restriction du choix dans la hard law

301. **Rappel introductif des distinctions des rites applicables.** Nous avons vu les causes de divergence entre les écoles sunnites, notamment celle relative au dosage entre la transmission et le raisonnement, expliquant la différence entre ces écoles bien avant l'apparition des rites et depuis les premiers Diligents parmi les compagnons du Prophète (bsl). Nous avons indiqué alors que, pour Malik, la connaissance des justifications des opinions des compagnons est nécessaire pour tout Diligent même si celui-ci ne sera pas lié par l'opinion d'un compagnon que ce soit en l'absence ou en présence de divergence¹⁴⁸⁰, sauf bien sûr quand il s'agit de consensus général. Nous avons également indiqué qu'en matière de détermination du caractère d'une règle juridique, Malik considère que l'opinion correcte est unique en cas de divergence et, par conséquent, tout Diligent qui n'a pu arriver à une telle opinion se trompe même s'il s'agit d'un compagnon. C'est pour cela que lui-même, adepte de la réponse à chaud de « je ne sais pas », prenait tout le temps nécessaire avant d'émettre une opinion. En effet et en se référant à Averroès et à Shatibi, nous avons précisé que le Diligent dans l'erreur sera condamnable s'il est de mauvaise foi ou s'il n'a pas fourni les efforts nécessaires pour identifier les sources de

¹⁴⁷⁸ Actes, faits juridiques ou autres.

¹⁴⁷⁹ Voir supra § 174-176 et 188.

¹⁴⁸⁰ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 123, v. 5.

droit pertinentes à son opinion¹⁴⁸¹. Enfin et contrairement à la voie majoritaire indiquée par Shatibi¹⁴⁸², Averroès considère que chaque époque doit avoir nécessairement un Diligent qui se prononcerait sur les nouvelles situations juridiques qui ne relèveraient pas des jurisprudences antérieures. Averroès déduit cette conclusion à partir de sa perception que l'Analogie par rapport à des jurisprudences non textuelles n'est pas autorisée¹⁴⁸³. Ce qui précède montre que les distinctions entre Diligents sont suffisamment matérielles pour poser la problématique du choix du rite applicable, aussi bien au niveau de chaque Sujet de droit qu'au niveau de l'institution judiciaire.

302. Choix du rite applicable par le Sujet de droit. Le phénomène précité de la distinction des rites donne matière au Sujet de droit, capable de comprendre l'argumentation juridique d'une divergence entre Diligents, pour apprécier laquelle des opinions lui semble la plus convaincante en droit et non pas la plus proche de son souhait ou de son intérêt. En principe, il est donc soumis à la règle applicable aux Diligents pour lesquels une opinion, même émise par un Diligent réputé, ne pourra pas être suivie par un autre Diligent qui la juge juridiquement incorrecte. En pratique, les Sujets de droit d'un territoire¹⁴⁸⁴ vivant en communauté choisissent par défaut l'école d'un imam auquel ils font confiance dans le choix de ses sources de droit. Ainsi et sauf contrainte, le choix initial collectif fait à l'occasion du développement d'un nouveau centre de jurisprudence pour une école juridique perdure dans le temps. Cependant et comme c'était le cas en Irak depuis le H-Ve où la perte de la charge de juge par les malikites, après le déménagement en Egypte du juge Abdelwahhab, a marqué le commencement de la disparition du rite, l'environnement et notamment l'intervention des gouvernants peuvent déclencher le changement de rite. C'est ce qui s'est passé dans les derniers siècles en Arabie où l'usage du malikisme a disparu au profit du courant hanbalite d'ibn-Taymiyya à l'exception d'une présence minoritaire malikite aux EAU. Ce même courant de substitution de rites s'étend d'une façon plus ou moins importante en Egypte, en Afrique de Nord et jusqu'en Europe où l'affaiblissement des moyens financier et éducatifs, comme l'a subi la Zitouna, a permis l'exercice d'une telle influence. Cette influence efficace se fait par la formation des imams et des chercheurs, le financement et la communication aussi bien grand-public qu'académique allant jusqu'aux annotations des ouvrages malikites. Toutefois et sans

¹⁴⁸¹ Voir supra § 190, 195, 209, 261, 267.

¹⁴⁸² Voir supra § 217.

¹⁴⁸³ AVERROÈS ابن رشد الحفيد, *op. cit.* (note 1076), p. 144-145.

¹⁴⁸⁴ Ville, pays, région, continent...

toucher le commun des Sujets de droit, l'ouverture actuelle en droit¹⁴⁸⁵ sur le plan académique au Hedjaz est remarquable et vient s'ajouter à la qualité exceptionnelle de l'accueil des professeurs aux étudiants malikites car, au-delà des relations réellement amicales, les ouvrages malikites à l'instar de « Distinctions¹⁴⁸⁶ » de Qarafi sont enseignés¹⁴⁸⁷. Voilà la problématique du choix du rite applicable vue sous l'angle du Sujet de droit, il reste à l'examiner sous l'angle de l'institution judiciaire.

303. Choix du rite applicable par l'organisation judiciaire. Initialement et comme on l'a vu en première section¹⁴⁸⁸, l'administrateur public, à l'instar du juge, était régi par la même règle que le commun des Sujets de droit avec l'obligation de suivre la jurisprudence qui semble la plus convaincante ; le juge devait alors comparer les sources de droit des règles concurrentes des Diligents dont il connaît la jurisprudence. Ensuite et contrairement à l'usage des premiers siècles, le rite principal choisi par la population d'un territoire s'est étendu à l'organisation judiciaire pour devenir la loi applicable qui s'imposera alors à la résolution de différends soumis aux tribunaux du territoire en question¹⁴⁸⁹. En outre, le droit des tiers étant en jeu dans cette profession du juge, ce dernier doit impérativement comme l'a indiqué al-Beji, se garder de tout changement de sa propre jurisprudence dans les jugements de même nature sans raison valable car ceci revient à traiter inégalement les justiciables¹⁴⁹⁰. Poussant plus loin cette logique d'harmonisation et de sécurité juridique, il a été retenu que les juges doivent suivre non seulement un rite donné à titre principal mais également un deuxième rite supplétif, désigné également, pour le cas d'absence de jurisprudence dans le rite prioritaire¹⁴⁹¹.

304. Interdiction du choix intéressé du rite applicable. Après l'harmonisation territoriale de l'organisation judiciaire, le principe du choix de l'opinion la plus convaincante devenait restreint à l'application du droit à soi-même, aussi bien par le juge que par le commun du Sujet de droit ayant des connaissances juridiques. Cette norme n'a évidemment rien à voir avec l'idée erronée, répandue de nos jours, qui considère que la divergence entre Diligents est une bonne chose car elle donne un plus grand degré de liberté permettant au Sujet de droit de

¹⁴⁸⁵ Et non pas en dogme où des efforts demeurent pour renforcer le respect entre salafistes véritables et acharites (au moins dans leur tronc commun avec les maturidites) dans le cadre de la décision n° 152 de la 17ème série de réunions du 24-28 juin 2006 de l'AIFI : voir infra § 315-316.

¹⁴⁸⁶ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158).

¹⁴⁸⁷ J'en ai moi-même profité lors de mon échange dans le cadre de cette thèse pendant lequel j'ai pu suivre pendant un semestre deux cours de distinctions (en droit et en sources de droit) à l'école doctorale de la Charia de KAU.

¹⁴⁸⁸ Voir supra § 284.

¹⁴⁸⁹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 95, v. 5.

¹⁴⁹⁰ *Ibid.*, p. 85-86, 90, v. 5.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, p. 95, v. 5.

choisir, parmi les possibilités offertes, la solution juridique qui lui convient¹⁴⁹² et non pas celle qui lui semble la plus correcte. Cette dernière pratique est d'ailleurs interdite sur la base de sources textuelles dans tous les rites y compris hanbalite¹⁴⁹³. Cette Interdiction est même confirmée surabondamment par consensus général, mentionné notamment par Qarafi¹⁴⁹⁴ et Shatibi, inscrit par les malikites d'Andalousie du H-V^e siècle, ibn-Abd al-Barr¹⁴⁹⁵ et al-Beji¹⁴⁹⁶, par le zahirite également andalou de la même époque ibn-Hazm¹⁴⁹⁷ et par les narrateurs chafiites du H-VII^e, Nawawi¹⁴⁹⁸ et ibn-al-Salah¹⁴⁹⁹. Ce dernier, a rédigé son ouvrage de référence dans ce domaine car il avait senti, déjà à son époque, le besoin notamment pour inciter les jurisconsultes à s'abstenir d'émettre des opinions s'ils n'ont pas le niveau et à saisir l'importance des Fatwas qui ne devraient pas être prises à la légère. Ainsi et concernant le rite applicable en cas de divergence, ce narrateur chafiiite de premier plan disait « sache que celui ... qui utilise l'opinion qu'il veut au lieu de la plus solide après comparaison des justifications des opinions concurrentes, est un ignorant qui ne respecte pas le consensus. Il a commis comme le disait le malikite al-Beji à propos d'un [Sujet de droit dans un cas similaire] ... : “un Interdit confirmé par l'accord de ceux dont l'opinion compte en consensus général” ». Ibn-al-Salah ajoute que Malik a dit à propos des Diligences des compagnons « telle opinion est correcte alors que l'autre ne l'est pas, il faut donc que le Diligent utilise son appréciation ». Sur cette base, ibn-al-Salah explique que la signification de l'adage « leur divergence est une ouverture » ne devrait pas se comprendre comme une ouverture du libre choix, ce que réfute Malik. En réalité, cet adage signifie que la divergence antérieure constitue une ouverture pour le Diligent postérieur pour apprécier laquelle des opinions anciennes est correcte car sans cette divergence, il y aurait eu un consensus qui agirait comme un précédent Interdisant toute Diligence¹⁵⁰⁰. Cet examen du rite applicable nous emmène à examiner précisément la licéité du dépeçage.

305. Interdiction en hard law du dépeçage de rites. Cette Interdiction, par consensus sur la base de textes législatifs notamment coraniques, du choix intéressé du rite applicable englobe dans les mêmes conditions le dépeçage comme on le comprend de Shatibi

¹⁴⁹² Souvent dérogatoire à l'intérieur même du rite qui l'autorise.

¹⁴⁹³ SHATIBI غُثْمَانُ ابْنُ الصَّلَاحِ [أدب المفتي والمستفتي] et BEN HASAN AL-SALMAN ابن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 91, 98, v. 5.

¹⁴⁹⁴ *Ibid.*, p. 91, v. 5.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*, p. 102, 135, v. 5.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.*, p. 91, v. 5.

¹⁴⁹⁷ *Ibid.*, p. 82, v. 5.

¹⁴⁹⁸ Voir « al-Majmou' », p. 79-80, v. 1 [انظر : المجموع (1/ 79 - 80)] :

https://www.alukah.net/sharia/0/118457/#_ftn36.

¹⁴⁹⁹ Voir « Adeb al-Fatwa », p. 87 [انظر : أدب الفتوى (87)] : https://www.alukah.net/sharia/0/118457/#_ftn36.

¹⁵⁰⁰ Uthmān IBN-AL-SALAH غُثْمَانُ ابْنُ الصَّلَاحِ, [Moralité de l'émetteur et du demandeur de Fatwa « adeb al-Mufti wal-mustafti »] أدب المفتي والمستفتي, Arabie Saoudite : Maktabat al-Ulum wal Hikam, 1986, p. 32, 125-126.

et que confirme son commentateur¹⁵⁰¹. Le dépeçage se définit ici précisément par le fait de changer de rites entre des situations juridiques liées ou entre les composantes d'une même situation juridique. Un tel dépeçage est Interdit non seulement parce que la réalité montre, malgré la prétention du contraire, qu'il n'a pas comme unique motivation la recherche de l'opinion ayant la source de droit la plus solide mais également parce qu'il faut respecter les règles du consensus même si la motivation est la bonne. En effet, en rajoutant un avis supplémentaire à la situation juridique globale qui est différent des règles des rites utilisées dans le dépeçage, le jurisconsulte doit d'abord avoir le niveau de Diligence et doit ensuite s'abstenir d'élargir la divergence née à l'époque précédente. C'est ainsi car, comme on l'a vu¹⁵⁰², le principe du respect du précédent exige que le Diligent de la nouvelle époque ne peut que restreindre la divergence, notamment en spécifiant des champs d'application différents aux opinions antérieures ce qui ne correspond pas à l'écrasante majorité du dépeçage moderne. L'une des conséquences fâcheuses de ce dépeçage, où les composantes d'une opération juridique donnée sont validées par des rites différents, est que la totalité de l'opération en entier ne sera conforme à aucun des rites. Un exemple pour illustrer cet abus Interdit du rapiéçage est le fait de choisir dans l'acte de mariage de ne respecter ni la condition de témoins car elle n'est pas exigée par un rite, ni la condition de la dot car elle n'est pas exigée par un autre rite, ni, enfin, la condition du tuteur car elle n'est pas exigée par un troisième rite. En effet, l'absence de ces trois conditions simultanément rend le contrat de mariage invalide dans tous les rites sunnites ce qui représente un consensus général pour son Interdiction¹⁵⁰³. Un autre exemple serait le fait de choisir dans une opération donnée, comme la vente, (i) un rite pour la validité d'un élément de la règle, comme la chose, et (ii) un rite différent pour la validité d'un autre élément, comme le consentement. Ainsi, la vente d'un chien est valide chez les hanafites contrairement aux malikites¹⁵⁰⁴ alors que le consentement ferme sur la base d'un descriptif, sans voir la chose et sans accorder une option de renonciation pour l'acheteur, est valide chez les malikites contrairement aux hanafites. Il s'ensuit que la vente ferme d'un chien sur la base d'un descriptif, pourtant validée par le dépeçage, sera invalide dans les deux rites : chez les malikites car il s'agit de la vente d'un chien et chez les hanafites à cause de l'absence de l'option de

¹⁵⁰¹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 98, v. 5.

¹⁵⁰² Voir supra § 243.

¹⁵⁰³ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 77-83, 85-86, 90-97, 103, 135, v. 5. Voir également les notes bas de page 3 en pages 97-98 et 2 en page 103.

¹⁵⁰⁴ On parle du chien qui n'a pas d'utilité, non pas des chiens de garde ou de chasse dont l'achat est Indésirable ou Facultatif en cas de Nécessité : voir Sadok GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, *[Fatwas des opérations courantes contemporaines] فتاوى المعاملات الشائعة*, Le Caire, Egypte : Dār al-Salām, 2002, p. 87-88.

renonciation. Un autre exemple, que nous verrons dans le détail¹⁵⁰⁵, est celui du montage en deux étapes de la Mourabaha bancaire moderne qui se base sur le malikisme pour valider sa première étape et sur le chafiisme pour valider son étape finale mais le montage en entier n'est valide ni chez Malik ni chez Chafii, ni d'ailleurs dans les deux autres rites.

306. Interdiction par l'Académie Internationale du dépeçage de rites. C'est sur la base des éléments ci-dessus que ce « rapiéçage » Interdit du droit est dénoncé même de nos jours par des auteurs comme Goutah¹⁵⁰⁶, sans même considérer la bonne ou mauvaise foi de celui qui pratique ce dépeçage. C'est également pour cela que la décision de l'AIFI sur ce sujet¹⁵⁰⁷ devrait se comprendre comme ce qui précède même si elle est rédigée sous la forme « le dépeçage est permis aux conditions suivantes... » alors que la hard law s'exprime sous la forme « le dépeçage est interdit sauf le cas précis où ... ». Cette compréhension de la décision de l'AIFI est cependant soumise à rude épreuve par certaines de ses décisions pratiques notamment celle relative à l'exemple précité de la Mourabaha bancaire et c'est pour cela que l'AIFI, comme on le verra, fait appel au « principe de Nécessité » car son dépeçage dans ce cas est invalide en hard law¹⁵⁰⁸. Une autre appréciation de la décision relative à la Mourabaha bancaire, que nous verrons, est que l'AIFI a commis une erreur dans cette décision du point de vue de la hard law qui ne laisse aucune voie pour une dérogation permanente issue d'un dépeçage qui transforme un caractère d'Interdiction dans tous les rites en un caractère Facultatif. Toujours est-il et en retenant le principe de l'Interdiction du dépeçage par la hard law, il est utile d'examiner les effets pratiques du choix du rite sur le juriconsulte dans son travail de conseil au Sujet de droit.

307. Choix du rite applicable par le juriconsulte. En laissant de côté l'organisation judiciaire qui peut subir des contraintes de l'État, le principe est que le Sujet de droit et son juriconsulte n'ont que deux façons pour choisir la règle applicable en cas de divergence entre jurisprudences : en fonction de la qualité de l'auteur de la règle ou en fonction de la justification de la règle. La première façon compare la qualité des Diligents qui sont, en pratique contemporaine, les quatre imams fondateurs de rites alors que la deuxième compare la qualité des sources spécifiques de droit utilisées pour arriver à cette règle. En outre, les juriconsultes doivent se référer à une jurisprudence constante dans la formulation de leurs

¹⁵⁰⁵ Voir infra § 306, 309 et surtout 314 et 584-589.

¹⁵⁰⁶ Conférence du 28.3.2018 à IEI de KAU : GOUTAH عادل بن عبد القادر قوته, *op. cit.* (note 1373), p. 17.

¹⁵⁰⁷ N° 70 de 1993 : <http://www.iifa-aifi.org/1950.html>

¹⁵⁰⁸ En l'absence d'un accès aux deux débats de l'AIFI précédents ses deux décisions, cette explication me semble la seule façon cohérente de comprendre lesdites décisions.

opinions sur des sujets identiques et non pas chercher une jurisprudence isolée que le fait de n'être défendue que par quelques initiateurs montrent qu'au mieux elle constitue une erreur de ses rares auteurs. Le choix unique par le jurisconsulte de cette jurisprudence constante se base alors sur la qualité de son rite ou, au cas où le jurisconsulte remplit certaines conditions¹⁵⁰⁹, sur la qualité des sources de droit des jurisprudences divergentes entre rites. Comme le Diligent, le jurisconsulte ne peut donc donner le choix dans sa Fatwa au requérant entre plusieurs jurisprudences divergentes pour sélectionner celle correspondant plus à ses désirs ou à ses intérêts¹⁵¹⁰. Si le jurisconsulte donne quand même ce choix de jurisprudences au Sujet de droit, la situation de ce dernier demeurera similaire au principe précité car il ne pourra pas se prévaloir de cette Fatwa bâtie autrement que sur sa robustesse juridique. Par conséquent, on ne peut avoir une Fatwa valide qui recherche ce que le Sujet de droit souhaite¹⁵¹¹ ; que ce soit pour son image de marque montrant un comportement conforme à la Charia ou pour atteindre certains objectifs matériels et commerciaux en attirant des clients par le label « halal ». C'est pour limiter ce genre de risque que certains auteurs retiennent la nécessité d'un rite global pour chaque Sujet de droit.

308. Limite du choix du droit applicable par le rite global. Contrairement à une position intransigeante de Shatibi, la majorité des Diligents autorise le changement partiel de rite moyennant certaines conditions. En effet, une personne peut opter pour la conformité d'une action autonome à un rite en entier même si celui-ci est différent du rite qu'elle suit en général mais ce choix doit se faire sur la base de son appréciation de la qualité des sources de droit, des rites considérés, pour ce sujet comme indiqué précédemment¹⁵¹². Quant à Shatibi, comme certains autres auteurs¹⁵¹³, il considère sur la base de la source du Moyen que, déjà à son époque, le changement de Diligent de référence est devenu tellement suspect qu'il ne peut s'envisager qu'au niveau de la globalité d'un rite. Il est donc interdit que simultanément un Sujet de droit suive un rite pour certaines actions et un autre rite pour d'autres actions même autonomes par rapport aux premières. Pour Shatibi, aucun argument ne peut justifier un tel comportement même l'évocation de la Nécessité n'est pas considérée car elle doit se traiter à l'intérieur du rite à moins d'un changement global de rite. A l'appui de son opinion, Shatibi cite Maziri qui a même refusé de recourir dans sa Fatwa à une jurisprudence isolée à l'intérieur du rite, sur la base d'une nécessité, autorisant le remboursement en nature par des denrées du prix d'un achat à crédit d'autres denrées ; en effet, un tel montage même involontaire aboutirait à la vente à

¹⁵⁰⁹ Voir infra § 308-309.

¹⁵¹⁰ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 95-96, v. 5.

¹⁵¹¹ *Ibid.*, p. 97, v. 5.

¹⁵¹² *Ibid.*

¹⁵¹³ *Ibid.*

crédit par le troc de denrées. Maziri a alors indiqué que la seule solution possible c'est celle que retient la jurisprudence constante du rite, conformément à la Sunna, consistant à vendre les denrées disponibles des débiteurs dans le marché pour leur compte et avec le prix obtenu le remboursement partiel ou total a lieu sans dépasser le montant de la dette initiale¹⁵¹⁴. Ainsi et outre la condition d'autonomie de la situation juridique, pour laquelle un rite différent a été adopté, qui exige du Sujet de droit qu'il n'use pas du dépeçage, l'exclusion du choix dérogatoire intéressé¹⁵¹⁵ est une condition tellement importante qu'elle constitue la justification principale de ce groupe d'auteurs interdisant totalement le changement partiel de rite. En effet, la motivation de Maziri explicitée et suivie par Shatibi est la source du Moyen pour fermer la porte à la dérogation facile, dont ils voyaient déjà à leurs époques les prémises, qui détruirait les règles de droit bâties sur le principe du respect du précédent jurisprudentiel¹⁵¹⁶.

309. Appréciation de l'approche du rite global promu par Shatibi. En toute objectivité, ce dont ces auteurs avaient peur se confirme historiquement sur ces derniers siècles où l'intervention des États, sous domination occidentale, a coupé les sources de financement du développement de la hard law des rites afin de la délaissier petit-à-petit. Cette crainte se confirme également par l'intervention privée de la finance islamique moderne promotrice d'une soft law qui délaisse un peu plus la hard law des rites comme nous le verrons dans la suite de cette section et comme le constatent les observateurs connaisseurs¹⁵¹⁷ libres de tout lien avec l'industrie de la Finance Islamique. Le Mufti Usmani¹⁵¹⁸ aurait dit « *profit and loss sharing instruments like Mucharaka and Moudaraba are the essence of Islamic finance and banking*¹⁵¹⁹ ». Cependant et à cause de leurs risques incompatibles avec la banque conventionnelle, ces opérations sont beaucoup moins utilisées que le montage de la Mourabaha bancaire que nous verrons¹⁵²⁰, comme le confirme le Conseil islamique¹⁵²¹, ou l'Ijara. Or, la Mourabaha bancaire « n'est pas intrinsèquement illicite mais elle n'est pas non plus véritablement conforme à la Charia... ce type de transactions dénature la finance islamique¹⁵²² » car rien ne distingue a priori la Mourabaha bancaire d'un prêt à intérêt¹⁵²³. Par ailleurs et pour conclure sur l'influence géographique sur le choix du rite applicable, il semble clair que le choix

¹⁵¹⁴ *Ibid.*, p. 100, v. 5.

¹⁵¹⁵ Voir supra § 307 et supra § 209, 224.

¹⁵¹⁶ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 101-102, v. 5.

¹⁵¹⁷ Musulmans ou pas.

¹⁵¹⁸ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 118-126, § 230-247.

¹⁵¹⁹ *Ibid.*, p. 104 et 127, § 195 et 248.

¹⁵²⁰ Voir infra § 314.

¹⁵²¹ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 122, § 240. Voir également infra § 326.

¹⁵²² *Ibid.*, p. 125, § 245.

¹⁵²³ *Ibid.*, p. 124 et 128, § 242 et 249.

d'une opinion en cas de divergence sur la base de la qualité des sources de droit exige l'accès à des jurisconsultes compétents et capables d'expliquer le sens exact et le fondement des jurisprudences ; ce qui revient en pratique à choisir parmi les rites disponibles localement. En effet, il est exclu d'appliquer une jurisprudence sur la base d'une compréhension théorique à partir des écrits uniquement car une telle compréhension sera imparfaite en l'absence de communication directe avec les juristes maîtrisant cette jurisprudence et qui peuvent l'expliquer au Sujet de droit. Il serait également utile d'ajouter que, s'agissant de personnes qui n'ont pas la compétence requise pour être Diligents ou pour transmettre un rite donné, le commun des Sujets de droit ne peut pas faire un choix entre jurisprudences divergentes pour les autres mais seulement pour ses besoins propres, personnels ou professionnels, en évitant les travers précités.

310. Test de conformité du dépeçage. De l'analyse que nous venons de mener, nous retenons que les jurisconsultes non Diligents qui cherchent à déterminer la règle applicable, à l'occasion d'une consultation par exemple, ne peuvent avoir un objectif complaisant. Un tel objectif dans la détermination du choix de la loi applicable serait la réalisation des désirs du Sujet de droit, client du jurisconsulte, par la recherche des jurisprudences dérogatoires ou isolées. Une telle motivation, même inavouée, est Interdite par consensus général en droit sunnite qui ne peut admettre d'autres motivation que celle de la recherche de ce qui semble le plus correct juridiquement. En outre et sauf pour le dépeçage par un Diligent réduisant la divergence antérieure des rites, cette pratique de rapiéçage est Interdite notamment quand elle transforme le caractère d'une règle pour rendre Permis ce qui est Interdit dans tous les rites. C'est l'ensemble de ces éléments qui constitue le test pour juger en hard law la pratique de la soft law moderne de l'AAOIFI (B).

B. Largesse du choix dans l'usage de la soft law

311. Perception du rôle harmonisateur de l'AAOIFI. Le cadre normatif islamique étant loin d'être monolithique comme on l'a vu, il en résulte une divergence entre les avis des différents conseil charaïque¹⁵²⁴ ; ainsi, « l'opinion des jurisconsultes sur un même thème peut varier selon les écoles dont ils se réclament¹⁵²⁵ ». Cette divergence est d'autant plus visible que « les jurisconsultes ne sont pas obligés de suivre les enseignements d'une école spécifique » selon Jouini et Pastré qui rapportent cette liberté des jurisconsultes de la finance islamique, bien évidemment, par rapport aux rites de hard law. Ces deux auteurs croyaient,

¹⁵²⁴ Voir supra § 145.

¹⁵²⁵ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 92, § 175.

peut-être, que cette autonomie des jurisconsultes n'était pas le fait de l'AAOIFI. En effet, ils ajoutent que « des institutions telles que l'IFSB ou encore l'AAOIFI sont ainsi mises en place pour favoriser l'harmonisation » ce qui a permis de « développer un ensemble de règles transnationales¹⁵²⁶ ». Cependant, il est fort possible, que cette autonomie des jurisconsultes provient, au contraire, des conditions libérales de la Diligence promue par l'AAOIFI elle-même, comme nous l'avons annoncé au chapitre introductif¹⁵²⁷.

312. Conditions et moralité de l'émission d'opinions juridique pour l'AAOIFI.

La perception par certains du rôle harmonisateur de l'AAOIFI, pourrait laisser penser que, conformément au fonctionnement naturel de la jurisprudence islamique, l'AAOIFI faciliterait par ses moyens matériels le contact permanent des Diligents des rites. Ces derniers travailleraient alors en continu pour dégager dans la mesure du possible une jurisprudence consensuelle, entre les quatre rites, pour les situations nouvelles. Or, les études faites par l'AAOIFI montrent au contraire que cette organisation est promotrice de l'autonomie des jurisconsultes par rapport aux rites. Dans ces études, l'AAOIFI reconnaît que l'une des causes importantes de la divergence des Fatwas utilisées par l'industrie contemporaine de la finance islamique est la divergence des énoncés d'une même question. Elle confirme également que celui qui ne cherche que superficiellement les justificatifs nécessaires à son opinion ou qui cherche les dérogations en facilitant la confirmation de leurs conditions ne peut être un Mufti. Puis, elle énonce que l'émetteur de l'opinion ne peut être un simple rapporteur de l'opinion d'un autre mais doit être convaincu de l'opinion qu'il produit même s'il la partage avec d'autres. Cependant, l'AAOIFI considère que les opinions de la structure de conformité d'une institution de finance islamique constitue en quelque sorte « le rite de ladite entreprise » qu'elle ne peut changer en suivant des opinions divergentes sans l'accord de sa structure de conformité¹⁵²⁸. Que sauf si l'objet de l'opinion sera soumis, en cas de contentieux, à des tribunaux respectant un rite donné, l'institution ne peut demander au Mufti de suivre un rite particulier même si cette liberté est le principe général pour le Sujet de droit qui demande une opinion. Elle indique également que la spécialisation, dans le domaine financier et bancaire, est possible pour le Mufti et que le Mufti, considéré comme Diligent sunnite, n'a que l'obligation de suivre les quatre sources de droit sunnites conformément à ibn-al-Qayyim, le brillant disciple d'ibn-Taymiyya. Que, par conséquent, le Mufti ne recourt aux rites connus que s'il n'arrive pas à départager les

¹⁵²⁶ *Ibid.*, p. 94, § 178.

¹⁵²⁷ Voir *supra* § 5.

¹⁵²⁸ C'est seulement, au cas où les opinions de cette structure divergent que l'entreprise serait libre de choisir l'opinion à suivre.

diverses options de l'opinion et ne suit le courant majoritaire du rite que si celui-ci n'est pas contraire à l'utilité de l'opinion pour l'institution ; une opinion qu'il peut réviser. Qu'enfin, le Mufti peut percevoir une rémunération de l'entreprise qui le sollicite pour une opinion ; cette rémunération peut être en % du bénéfice de l'entreprise¹⁵²⁹ ! Dans ces conditions, on peut s'interroger sur le sens de l'effort d'harmonisation de l'AAOIFI : est-ce pour limiter la gabegie à laquelle ses conditions de Diligence peuvent aboutir avec chaque jurisconsulte créant un droit islamique personnalisé ?

313. Le sens de l'harmonisation promue par l'AAOIFI. Sur la base de ce qui précède et d'une façon autonome aux rites sunnites existants, l'AAOIFI crée par sa méthode un rite général « unificateur » dont le fondement est le tronc commun des quatre normes générales des sources de droit sunnites, présenté dans le chapitre précédent. Par conséquent, L'AAOIFI considère implicitement que les conseils charaïques contemporains sont des Diligents absolus aux même titre qu'abou-Hanifa, Malik, Chafii et ibn-Hanbal ! De ce fait, l'AAOIFI crée non seulement son propre rite mais également autant de rites que de conseils charaïques même si ceux-ci sont sensés adhérer aux Normes de l'AAOIFI pour mériter le label islamique. D'ailleurs, en pratique, cette méthode de Diligence de l'AAOIFI crée une divergence entre les institutions sur des produits « islamiques équivalents » ; ce qui est bien loin de l'objectif d'harmonisation transnationale rapporté dans l'analyse de Jouini et Pastré et attribué à l'AAOIFI. D'ailleurs et jusqu'à maintenant, cette dernière semble hostile pour déléguer cette Diligence à une institution unique autonome dotée pour fonctionner en continue comme conseil charaïque commun à toutes les institutions actuelles se réclamant de la finance islamique. Pourtant, la proposition était faite pour confier cette mission à l'AIFI en le dotant des moyens nécessaires pour fonctionner en continu. Les connaisseurs confirment même que l'AAOIFI est réticente à remplacer son système actuel de Diligence « concurrentielle » par une harmonisation non pas transnationale mais nationale en faisant de l'approche de la Malaisie un standard applicable à chacun des autres États qui se doterait d'un conseil charaïque autonome rattaché par exemple à la Banque Centrale de cet État. Les États peuvent alors affaiblir le conflit d'intérêt chez les jurisconsultes d'un tel conseil charaïque national par l'élection des membres de ce conseil par les professeurs des institutions académiques de jurisprudence islamique reconnues avec, si possible, un recours plus au moins grand aux scholars étrangers également élus par leurs institutions respectives. De telles propositions s'oppose évidemment à la logique

¹⁵²⁹ AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 2017-2040, v. 3, voir plus particulièrement les pages 2017, 2020, 2022, 2025-2028 et 2037.

« concurrentielle » présentée par Jouini et Pastré, mais il s'agit ici moins d'une concurrence entre les institutions pour lancer des produits financiers avec le label « halal ». Il s'agit plus d'une mission de service public pour dire le droit avant d'attirer à ces produits financiers le public. En effet, ce dernier a besoin de savoir si réellement ces produits sont halals ce qui ne peut être accompli en présence d'un conflit d'intérêts flagrant où le conseil charaïque est rémunéré par l'institution qui le consulte et, peut-être même, en fonction des bénéfices découlant de sa fatwa.

314. Illustration du dépeçage promu par l'AAOIFI. L'exemple de la Mourabaha peut aider la compréhension de nos explications précédentes sur le dépeçage excessif promu par l'AAOIFI. Dans la soft law de cette dernière, le sujet de la promesse que nous avons abordé dans la section précédente¹⁵³⁰ est important car, comme nous l'avons annoncé¹⁵³¹, il est notamment la base de l'un des montages modernes, pilier de la finance islamique, relatif à la « Vente en coût-plus » à un donneur d'ordre. En contradiction avec le rite malikite et avec tous les rites, l'AAOIFI a appelé ce montage : la « Mourabaha au donneur d'ordre » ou « Mourabaha bancaire¹⁵³² ». Dans les trente pages consacrées à ce droit de la promesse, dans les études de l'AAOIFI¹⁵³³, on ne trouve que des avis des rites et même les sources législatives justificatives citées (Coran ou Sunna) ne sont en réalité que les sources justificatives des rites. Dans le rite malikite par exemple, les références citées dans cette étude vont du fondateur à ses disciples piliers du rite comme Averroès grand-père, Qarafi, Sahnoun, Hattab, le commentateur de Khalil, et d'autres. L'auteur conclut son étude, en confirmant l'application de la promesse engageante¹⁵³⁴ quand son objet est la conclusion future d'une vente¹⁵³⁵. Or, comme nous le verrons en seconde partie, cet objet de la promesse constituant une vente d'une chose qui n'appartient pas au vendeur lors de la promesse préalable sera Qualifiée chez les malikites d'un montage suspecté d'Usure de subterfuge de vente dénommé « Înah » si l'objet de la promesse suit les termes des Normes de l'AAOIFI. Nous verrons également¹⁵³⁶ que sur les mêmes bases, les rites hanafite et hanbalite sont également hostiles à un tel montage en invalidant la vente qui en découle que seul le chafiisme pourrait valider par extrapolation ; or, ce rite chafiiite Interdit que la promesse préalable, constituant la première étape du montage, soit engageante. Nous

¹⁵³⁰ Voir supra § 287.

¹⁵³¹ Voir supra § 309.

¹⁵³² ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards, op. cit.* (note 1475), p. 221.

¹⁵³³ AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 3269 et s.v. 4.

¹⁵³⁴ Jouant un rôle de garantie.

¹⁵³⁵ AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 3297, v. 4.

¹⁵³⁶ Voir infra § 586.

trouvons là, l'illustration d'un dépeçage extrême où le premier acte du montage relatif à la promesse est validé sur la base de certains rites (principalement malikite mais également hanafite et hanbalite) et son deuxième acte relatif à la vente est validé par un autre rite (peut être chafite si l'intention apparente n'est pas de contracter un crédit rémunéré). Le dépeçage sur ce sujet est même poussé plus loin car les Normes de l'AAOIFI autorisent que la promesse préalable soit faite avec arrhes, qu'il soit libellé clairement ou dénommé « dépôt de garantie » sur la base du rite hanbalite contrairement aux trois autres rites. Ainsi nous avons ce montage de la Mourabaha bancaire de l'AAOIFI dont la première partie constituée par la promesse ne semble autorisée que par le hanbalisme, sous réserve que son but ne soit pas un crédit rémunéré, et dont la deuxième partie ne serait autorisée que par le chafisme, sous réserve que l'intention apparente n'est pas un crédit rémunéré. Il faudrait cependant reconnaître que l'étude mentionne bien que la validité d'une telle promesse est clairement dépendante de son caractère unilatéral¹⁵³⁷ qui donne au bénéficiaire, la banque dans le montage de l'AAOIFI, le choix entre conclure le contrat de vente objet de la promesse ou de ne pas le conclure. Or, nous verrons en seconde partie que ceci est loin d'être la réalité en pratique mais c'est sur ces bases théoriques, contraires à la réalité, que l'AIFI a autorisé la Mourabaha bancaire en 1988 par sa décision n° 40-41 de sa 5^{ème} série de réunions en usant probablement du même dépeçage¹⁵³⁸. On est donc loin des principes sunnites établis pour lesquels, comme le rappelle Goutah, la Qualification pertinente des circonstances réelles d'une Fatwa est essentielle pour la qualité de cette opinion juridique et c'est pour cela que la connaissance de la réalité, telle qu'elle est, devient indispensable¹⁵³⁹. Outre cet effet dans le droit économique, ce mode de dépeçage a eu d'autres conséquences plus dramatiques.

315. Effet collatéral dévastateur et inattendu du dépeçage promu par l'AAOIFI. Malgré son invalidité dans la hard law mais grâce à son usage fréquent popularisé par l'AAOIFI, le dépeçage a fini par transformer l'environnement du droit stable et bien établi des rites en un environnement de non-droit, où on arrive à justifier en droit les buts les plus divers par un recours plus au moins excessif à ce « rapiéçage ». C'est dans cette brèche bien appuyée par des motifs purement pécuniaires des banquiers islamiques que se sont engouffrés de véritables hors-la-loi avec des motifs de conquête de pouvoir par la terreur. Parmi ces derniers figurent les groupes extrémistes de salafistes qui se sont écartés de la doctrine salafite

¹⁵³⁷ En conformité avec le rite qui accorde un effet juridique engageant à la promesse.

¹⁵³⁸ <http://www.iifa-aifi.org/1751.html>

¹⁵³⁹ GOUTAH عادل بن عبد القادر قوته, *op. cit.* (note 1373), p. 23, 25-26.

valide qui, elle, fait partie des courants juridiques musulmans dogmatiques à laquelle l'AIFI fait référence dans sa décision n° 152 de la 17^{ème} série de réunions du 24-28 juin 2006¹⁵⁴⁰.

316. Limite du dépeçage chez l'Académie Internationale. Au vu de cet effet dévastateur du dépeçage, la décision historique précitée n° 152 de l'AIFI est intervenue pour mettre une limite à l'usage du dépeçage qui exigent des jurisconsultes de suivre la méthodologie des sources de droit de l'un de huit rites de la jurisprudence islamique et de cesser d'émettre des jurisprudences novatrices qui n'existent dans aucun de ces rites. Ces derniers sont les rites bien connus des musulmans qui sont les quatre rites sunnites auxquels s'ajoutent les deux rites chiites¹⁵⁴¹, le rite kharijite¹⁵⁴² et le Zâhirisme. Encore largement inappliquée de nos jours par l'AAOIFI, cette décision limite à notre avis la valeur ajoutée des jurisconsultes actuels sur chaque sujet à l'appréciation de la force des justifications de chaque rite en essayant de rapprocher les divergences¹⁵⁴³. Selon notre compréhension, ceci est également le message de Goutah¹⁵⁴⁴ qui en plus de sa renommée académique a longtemps travaillé avec l'AIFI lors de sa présidence par le Cheikh Zitounien, Mohamed Habib Belkhodja¹⁵⁴⁵. Goutah indique que les trois faiblesses, qu'il faudrait solutionner, de la Diligence moderne des jurisconsultes sont en premier la facilitation des conditions d'accès des jurisconsultes au niveau de Diligence. Puis en second lieu, la faiblesse qu'il faudrait éviter est la spécialisation de cette Diligence par thème étroits sans pouvoir se référer à des thèmes différents mais dont le raisonnement de Diligence est pertinent au thème considéré. Enfin, en dernier lieu, la faiblesse critiquée par Goutah est l'usage du dépeçage entre les rites qui ne répond pas aux conditions d'un tel usage au point que certaines Fatwas modernes apparaissent comme « un vêtement rapiécé avec soixante-dix morceaux de couleurs différentes¹⁵⁴⁶ ». Cette analyse lucide de Goutah s'ajoute à son rappel précité exigeant la connaissance de la réalité afin de déterminer les conditions d'application des Fatwas ; une telle connaissance de la réalité, telle qu'elle est, permettrait d'éviter beaucoup

¹⁵⁴⁰ <http://www.iifa-aifi.org/%d9%82%d8%b1%d8%a7%d8%b1-%d8%a8%d8%b4%d8%a3%d9%86-%d8%a7%d9%84%d8%a5%d8%b3%d9%84%d8%a7%d9%85-%d9%88%d8%a7%d9%84%d8%a3%d9%85%d8%a9-%d8%a7%d9%84%d9%88%d8%a7%d8%ad%d8%af%d8%a9%d8%8c-%d8%a7%d9%84%d9%85.html> ; § 2.1, 2.3 et 8

¹⁵⁴¹ Jaâfarisme et zaydisme.

¹⁵⁴² L'ibadisme.

¹⁵⁴³ Par la restriction de l'application de chaque rite en fonction des circonstances d'application ce qui revient à partager le champ d'application global entre les rites. Ceci serait conforme avec les règles de création de droit en hard law : voir supra § 243.

¹⁵⁴⁴ Conférence du 28.3.2018 à IEI de KAU : GOUTAH عادل بن عبد القادر قوته, *op. cit.* (note 1373), p. 17.

¹⁵⁴⁵ Né le 24 octobre 1922 à Tunis. En 1946, il obtient son diplôme de la faculté de théologie de Zitouna avant de soutenir une thèse de doctorat en littérature arabe à la Sorbonne (France) en 1964 ; <http://www.iifa-aifi.org/3442.html>

¹⁵⁴⁶ GOUTAH عادل بن عبد القادر قوته, *op. cit.* (note 1373), p. 17-18.

d'inconvénients dont notamment l'usage incontrôlé du principe de la Nécessité (sous-sections 2).

Sous-section 2. Principe de la Nécessité

317. **Introduction du principe de la Nécessité.** Dans le chapitre précédent, nous avons vu que les moyens de protection des besoins fondamentaux humains sont hiérarchisés de la Nécessité, le rang le plus élevé, à l'Embellissement en passant par le Complément. Ces moyens, dont celui de « l'Incitation à l'utile et la Dissuasion du préjudiciable », qui sont les Motifs du droit sont notamment à l'origine des dérogations que nous avons définies, comme exceptions au principe de subsidiarité par rapport aux règles plus générales, et classées, en dérogations permanentes et temporaires. Nous avons indiqué alors que les dérogations permanentes regroupent la famille des droits dérogatoires, comme celui de la commandite Moudaraba dérogatoire à la vente¹⁵⁴⁷. Ces droits dérogatoires agissent comme moyens additionnels, Compléments aux Nécessités, ou interviennent comme moyens perfectionneurs constituant des Embellissements des Nécessités et des Compléments auxquels ils sont rattachés. Le caractère permanent des dérogations dans ces cas découle de la permanence des Compléments ou Embellissements qui les motivent et cette permanence devient un élément pour sélectionner l'Analogie appropriée, où le Motif de la règle générale ne joue plus, notamment par le recours à l'Appréciation utilitaire. Quant aux dérogations temporaires, leur Motif est d'éviter la pénibilité excessive dans des circonstances exceptionnelles. Nous avons alors défini la pénibilité excessive en veillant à la distinguer, d'une part, de la difficulté normale d'exécution de la règle de droit et d'autre part, de sa contrariété aux désirs ou aux résistances que peut avoir le Sujet de droit. Par conséquent, nous avons indiqué que l'application d'une règle de droit suppose toujours une adhésion de ce dernier en fournissant un effort physique et/ou financier qui représente le prix à payer pour atteindre le Motif de cette règle. Seule la pénibilité excessive ainsi présentée peut motiver une dérogation temporaire par application d'un principe dénommé « principe de Nécessité ». Cette dénomination évoque la présence d'une Nécessité que cette pénibilité excessive met en jeu comme dans le cas de la dérogation permettant de manger les cadavres d'animaux pour survivre en l'absence de nourriture pure¹⁵⁴⁸. Comme le dévoilera notre analyse, ce principe de Nécessité dont l'usage est à l'origine bien limité (A) en hard law est devenu d'un usage excessivement large dans la soft law moderne de

¹⁵⁴⁷ Ou encore le contrat de travail ou l'acte à but non lucratif.

¹⁵⁴⁸ Voir supra § 215, 223-224, 235, 237, 239, 257, 260.

l'industrie de la Finance islamique (B). C'est de cette analyse que découlera le degré de l'utilité de cette thèse pour passer du malikisme aux Normes de l'AAOIFI, comme base de contractualisation de la gestion de la holding d'investissement. C'est, également, de cette analyse que découlera l'éventuel usage dans cette thèse de ces standards de la soft law comme référence de la contractualisation de conformité malikite, que cette référence soit exclusive ou simplement complémentaire à d'autres.

A. Limitations du régime originel

318. Acceptation générale du principe. L'équivalent de l'adage du droit étatique « à l'impossible, nul n'est tenu », ou « la nécessité ne connaît pas de loi », existe en jurisprudence islamique sous la forme : « les nécessités autorisent les interdits¹⁵⁴⁹ ». Mais ce principe est soumis à des garde-fous dans la définition d'une telle Nécessité et à des limites tenant compte de la hiérarchisation entre le Motif de la Nécessité en question et celui de la règle dont la dérogation est considérée. Ainsi par exemple, même la Nécessité de sauver la vie ne peut justifier le cannibalisme qui serait dérogoratoire à l'Interdiction de manger la chair humaine en toute circonstance¹⁵⁵⁰.

319. Condition de la pénibilité. Pour simplifier l'analyse, laissons de côté les dérogations permanentes qui ne sont pas véritablement des dérogations car elles sont qualifiées de besoins permanents qu'il faut protéger en devenant à leur tour des règles générales même si celles-ci sont des exceptions à des règles encore plus générales¹⁵⁵¹. Par conséquent, l'éventuel effet de droit pour justifier une dérogation véritable à une règle est, comme on vient de le rappeler, réservé à la pénibilité qui n'accompagne pas toujours ou fréquemment l'application de ladite règle. Cet éventuel effet sur la règle de droit, souvent issu d'une Appréciation utilitaire¹⁵⁵², dépend d'une condition de fond relative à son degré et à sa fréquence comme dans le cas de la dérogation de l'Interdiction de l'Incertitude dans la vente : plus la pénibilité liée à la suppression d'une telle Incertitude est forte et fréquente plus la dérogation à cette règle est justifiée. C'est donc une question d'appréciation du Sujet de droit qui, quand c'est possible, doit comparer le degré de la pénibilité en question avec le degré de pénibilité d'une dérogation déjà accordée par le droit commun à cette règle générale de rattachement en évitant de

¹⁵⁴⁹ « Les nécessités autorisent les interdits » traduction littérale de l'adage en langue Arabe : [الضرورات تبيح] voir SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 99, v. 5.

¹⁵⁵⁰ KHALIL IBN ISHAK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 182, § 87.

¹⁵⁵¹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 467-468, v. 1.

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 194, v. 5.

s'accorder facilement les dérogations¹⁵⁵³. Shatibi en déduit que la Raison de la dérogation est toujours relative d'abord par rapport au Sujet du droit dont les caractéristiques propres pour supporter la pénibilité sont différentes d'une personne à une autre. La dérogation est relative ensuite par rapport à la situation car la pénibilité dépend du contexte découlant notamment de l'époque et de la force du caractère de la règle générale de rattachement. La dérogation est relative enfin par rapport à la nature de l'excuse qui, selon le commentateur de Shatibi, devrait relever au moins de l'une des sept natures que sont la maladie, le voyage, la violence, l'ignorance, le trouble critique¹⁵⁵⁴, la généralisation de l'exigence de l'illicite¹⁵⁵⁵ et la faiblesse morale¹⁵⁵⁶. Parmi ces excuses, seulement le voyage est cité par Shatibi comme étant considéré comme une présomption irréfutable de la pénibilité autorisant les dérogations qui lui sont liées relevant du droit cultuel et c'est pour cela qu'il agit comme une Cause à la dérogation indépendante du Sujet de droit même si celui-ci est une personne riche voyageant dans des conditions confortables. Pour les autres, il faudrait vraiment que les conséquences négatives de l'excuse soient hautement probables¹⁵⁵⁷ ce qui veut dire que la simple probabilité ou, encore moins, la possibilité ne peut justifier la dérogation.

320. Autres conditions de la dérogation temporaire. Au cas où cette pénibilité justifie la dérogation en remplissant la condition de fond précitée, une condition quantitative s'impose afin de limiter l'usage de cette dérogation au strict besoin nécessaire ce qui fait que l'application d'une dérogation présente toujours un aspect partiel justement dosé. En revanche, il n'est pas obligatoire que cette pénibilité relève d'une Nécessité, comme la protection de la vie, elle peut relever d'un Complément ou même d'un Embellissement. Enfin et en tant que Modalité de sa règle générale de rattachement, la dérogation ne peut être voulue, elle découle

¹⁵⁵³ al-Izz IBN-ABD-AL-SALÊM العزّ بن عبد السلام, [Principes de droit « kawaïd al-ahkam »] قواعد الأحكام, Syrie : Dar al-Tibaa, 1992, p. 373-376, 381.

¹⁵⁵⁴ En arabe « الحرج ». Par cette excuse, on vise les cas inacceptables en droit pour lesquelles l'application du droit deviendrait inaccessible au Sujet du droit par une atteinte à son intégrité physique, mentale, patrimoniale ou morale. On vise également les cas où l'application du droit entraîne des conséquences négatives pour accomplir d'autres obligations. SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 233, v. 2.

¹⁵⁵⁵ Un fléau, du point de vue de la jurisprudence islamique, qui peut exister même de nos jours que ce soit dans les États fermés ou même implicitement en droit international comme l'interdiction de la monnaie en or par le FMI depuis sa réforme de 1978 en ne préservant que la possibilité des monnaies dont la régulation est basée sur le taux d'intérêt Interdit en jurisprudence islamique : voir page 4 du compte-rendu de la séance du samedi 29 avril 1978 du CONSEIL CONSTITUTIONNEL, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2018-11/pv1978-04-29.pdf> qui indique « l'établissement d'un nouveau système de change : *chaque État membre applique les dispositions de son choix (alors qu'en 1944 il y avait fixation d'une parité entre les monnaies), soit rattachement à une monnaie tierce ou à un ensemble de monnaies, soit le flottement concerté, soit le flottement pur et simple. Seul est interdit le rattachement à l'or ».

¹⁵⁵⁶ Comme dans les environnements où les femmes sont injustement déconsidérées.

¹⁵⁵⁷ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 484-486, 495, 530, v. 1 et 14-15, 3.

simplement des circonstances qui déterminent le champ d'application d'une règle au même titre que la Raison, la Condition ou, mieux, l'Empêchement de ladite règle générale auquel la dérogation ressemble le plus¹⁵⁵⁸.

321. Rapport entre la dérogation et sa règle générale de rattachement. Quand on parle d'une dérogation, c'est toujours par rapport à une règle générale¹⁵⁵⁹ reflétant la volonté d'origine du législateur. C'est le cas par exemple de la règle de l'Interdiction de l'Incertitude de l'ignorance dans la vente par rapport à l'une de ses dérogations comme l'achat de fruit dont on ne connaît pas la ventilation de son poids entre sa partie utile et son écorce inutile. Contrairement à sa règle générale de rattachement, la dérogation ne peut donc être une volonté d'origine du législateur mais simplement une exonération du Sujet de droit pour une excuse validant les deux conditions, de fond et de quantité, que nous avons énumérées¹⁵⁶⁰. La question se pose cependant quant au caractère d'une telle exonération.

322. Caractère de la règle dérogatoire. La dérogation est toujours facultative dans le sens, où le Sujet de droit est autorisé soit à en profiter, car il est exonéré des conséquences de l'inexécution de la règle générale de rattachement, soit à la décliner en continuant à appliquer la règle générale de rattachement même en présence des circonstances autorisant la dérogation. En effet, les textes législatifs relatifs aux dérogations convergent simplement vers l'exonération des conséquences fâcheuses de l'exécution de la règle générale associée et non pas vers un ordre, impératif ou recommandé, pour exécuter les dérogations. Ceci est le principe et son exception est la présence d'une autre règle générale qui englobe la dérogation ; dans ce cas, c'est le caractère de cette règle générale justificative de cette exception qui prend le dessus sur le principe facultatif de la dérogation. Ainsi, dans l'exemple de la dérogation à l'Interdiction de se nourrir de cadavres d'animaux en l'absence de nourriture adéquate, l'aspect facultatif de cette dérogation s'efface devant le caractère Obligatoire de la règle générale impérative de préservation de la vie dans la situation extrême où l'inexécution de la dérogation conduit à un danger de mort. Cette logique d'une autre règle générale englobant la situation de la dérogation s'applique chaque fois que les conséquences de l'inexécution de la dérogation relèvent d'une autre règle générale. Pour reprendre l'exemple précédent même quand il n'y a pas de danger de mort par l'abstinence de manger les impuretés mais que la conséquence de la faim est d'empêcher la personne de travailler en diminuant ses ressources nécessaires pour supporter sa

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 466, 471, 538, v. 1.

¹⁵⁵⁹ Appelée « Azima [عزيمة] » dans la terminologie de la science des sources de droit : voir *Ibid.*, p. 464, v. 1.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 468, v. 1.

famille, l'inexécution de la dérogation prend dans ce cas le caractère de la règle générale de support de famille¹⁵⁶¹. On comprend alors que le sens de « facultatif » pour la dérogation n'est pas vraiment le sens du caractère Facultatif, l'un des cinq caractères que peut prendre une règle de droit, qui signifie que le Sujet de droit n'a aucune recommandation de faire ou de ne pas faire. Elle a plutôt le sens de l'exonération des conséquences d'inexécution de sa règle générale de rattachement qui, elle, a vraiment l'un des cinq caractères et pour laquelle ladite dérogation constitue, comme nous l'avons indiqué¹⁵⁶², une Modalité. C'est pour cela que le commentateur déduit de l'analyse de Shatibi que si une dérogation n'a pas une Raison irréfutable et que les conséquences de son inexécution ne relèvent pas d'une autre règle générale Indésirable ou Interdite, il serait préférable de la délaissier en exécutant sa règle générale de rattachement tant que c'est possible et malgré la pénibilité. Ceci serait plus sûr pour le Sujet de droit car il y aurait toujours un doute sur l'ampleur de la pénibilité autorisant la dérogation ; c'est pour cela que Shatibi a fait pour ce thème une longue démonstration à partir des exemples de textes législatifs car il voulait inciter son lecteur à ne pas faire une utilisation large de ce principe de Nécessité. De même pour éviter la subjectivité de l'appréciation de la pénibilité, Shatibi conseille l'intervention de jurisconsultes¹⁵⁶³, qui devraient bien évidemment être totalement autonomes du Sujet de droit pour les cas où la dérogation impacterait le public. Ces jurisconsultes, actant alors comme de véritables Diligents, devraient alors disposer de leurs propres moyens d'expertise afin d'apprécier la situation soumise à la dérogation, sans recours au Sujet de droit pour ne pas retomber dans la subjectivité, surtout quand le caractère de la règle générale de rattachement est fort. Une telle force s'illustre à la perfection par le droit de l'Usure.

323. Illustration de l'influence de la force du caractère de la règle générale de rattachement dans le cas de l'Usure. Les Diligents appréciant la situation dérogatoire doivent tenir compte de la force du caractère de la règle générale de rattachement, conséquence de la force de son Motif, qui pourra justifier un grand effort du Sujet de droit pour atteindre ce Motif s'il est important¹⁵⁶⁴. Pour illustrer cette force du caractère d'une règle, on peut examiner par exemple l'un des textes du Coran Interdisant l'Usure en laissant de côté la partie relative au contenu de cette règle de droit que nous introduirons dans la prochaine section avant de l'étudier

¹⁵⁶¹ Dans cet exemple d'illustration, non-cité par Shatibi, l'exécution de la dérogation peut devenir Obligatoire ou Désirable en fonction du lien familial des personnes qui seront privées de support par l'inexécution de la dérogation : voir supra 167.

¹⁵⁶² Voir supra § 223.

¹⁵⁶³ SHATIBI ابراهيم الشاطبي ابو اسحاق et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 474-475, 482-483, 487, 489, 492-493, 496-511, 531, 539, v. 1.

¹⁵⁶⁴ *Ibid.*, p. 286, v. 2.

dans le détail en seconde partie. Sans mentionner ici la partie du verset qui relève purement du dogme¹⁵⁶⁵ et non pas du droit auquel nous avons recours dans cette thèse, nous citons la partie du verset suffisante à illustrer notre propos :

« Dieu anéantira les profits de l'usure et il fera fructifier l'aumône... renoncez... Si vous ne le faites pas attendez-vous à la guerre de la part de Dieu et de son Prophète¹⁵⁶⁶ »

Dans son exégèse de ces versets, ben Achour commence par indiquer que l'Interdiction de l'Usure est motivée par le fait qu'elle constitue un moyen pour le détenteur du capital pour accaparer indûment le patrimoine de ceux qui ont un besoin légitime d'accès à ce capital. J'ajouterais que pour de tels besoins, les moyens adéquats en jurisprudence islamique sont le prêt non lucratif notamment pour les besoins de consommation et le financement commercial, par les délais de paiement de la vente ou le partage des bénéfices et des pertes du partenariat, pour les besoins des entrepreneurs sans capital. Ainsi, le Motif de l'interdiction de l'Usure est la protection du patrimoine du plus faible qui est un Motif dont la globalité et l'importance sont telles qu'il a été introduit depuis la période mecquoise comme l'indique ben Achour en citant le verset :

« 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... voilà ce qui doublera vos biens¹⁵⁶⁷ »

Pour ces versets, ben Achour relève conformément au principe retenu notamment par le compagnon ibn-Abbes que, même si ces textes à l'origine sont adressés aux non-musulmans de la Mecque, ils s'appliquent aux musulmans pour les dissuader de l'inexécution de cette règle d'Interdiction de l'Usure comme le prouve d'ailleurs la suite du premier verset¹⁵⁶⁸. Ben Achour ajoute que cette partie du verset que nous avons reproduite ne concerne pas les conséquences dogmatiques dans l'au-delà, mais concernent les conséquences dans ce bas-monde où le produit de l'Usure ne sera pas bénéfique pour l'Usurier¹⁵⁶⁹ car il n'aura pas la « baraka ».

¹⁵⁶⁵ Mentionnons quand même que cette partie que nous occultons relate des conséquences tellement fâcheuses dans l'au-delà que les Diligents qui ne suivent pas les rites sunnites, comme les kharijites et les extrémistes salafistes, la considèrent comme une preuve que l'irrespect de ce genre d'Interdiction induit l'apostasie : voir MOHAMED TAHER BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Exégèse du Coran « Ettahrir wa Ettanouir »] تفسير التحرير والتنوير, Tunisie : Maison Souhnoun, 1997, p. 91, v. 3.

¹⁵⁶⁶ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 60, § 276, 279.

¹⁵⁶⁷ *Ibid.*, p. 536-537, § 39.

¹⁵⁶⁸ Qui relève purement du dogme en indiquant la conséquence fâcheuse dans l'au-delà.

¹⁵⁶⁹ MOHAMED TAHER BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, *op. cit.* (note 1565), p. 78-90, v. 3.

324. Méthodes de déduction de la force du caractère de la règle générale de rattachement. En continuant notre illustration précédente, on constate que Qurtubî va dans le même sens que ben Achour et rajoute qu'en plus de son sens historique, la mention de la guerre dans la dernière partie du verset justifie l'utilisation ultime de la force publique pour empêcher l'usage de l'Usure. Qurtubî rapporte également une conséquence en droit civil quand un homme, ayant assisté au désordre causé par un ivrogne, avait émis un vœu qu'il devrait réaliser s'il s'avérait qu'il existe un péché pire que la consommation de l'alcool. Afin de savoir s'il devait donner suite à son vœu, cet homme est venu demander l'opinion de Malik qui, après quelques jours de réflexion, lui indiqua qu'effectivement il est tenu de réaliser son vœu car l'Usure est le pire de tous les péchés y compris la consommation de l'alcool. Cette sévérité de l'Interdiction de l'Usure se justifie notamment par le lobby puissant derrière la promotion de cette pratique, un lobby reconnu par les textes législatifs non seulement pour le passé mais, d'une façon prémonitoire, pour l'avenir. C'est ce qu'annonce la Sunna rapportée par plusieurs experts en narration dont quatre des six rassembleurs de narrations authentiques¹⁵⁷⁰ parmi lesquels abou-Dawoud qui a fait valider ses narrations par ibn-Hanbal. Le texte de cette Sunna prémonitoire est « *Une époque viendra où toute personne consommera de l'usure et celles qui sont épargnées seront quand même contaminées par ses effets* ». Ben Achour ajoute concernant le verset précité que l'utilisation du terme « de la part » et non pas « de » dans le texte de ce verset disant « *la guerre de la part de Dieu* » indique que la mention de la guerre n'est pas au sens propre mais figuré afin d'illustrer l'importance de cette règle d'Interdiction de l'Usure¹⁵⁷¹. Cet exemple constitue une illustration du principe indiqué par Shatibi¹⁵⁷² qui n'autorise pas l'usage de la dérogation pour abuser le droit en évitant d'appliquer la règle générale de rattachement. Compte tenu de la force de la règle que nous venons d'analyser, ce principe énoncé par Shatibi doit être appliqué au droit de l'Usure d'une façon encore plus stricte avec des dérogations temporaires extrêmement limitées pour des Nécessités fondamentales. C'est par rapport à ce champ très limité du recours à la Nécessité dérogatoire que se mesure son usage dans l'industrie contemporaine.

¹⁵⁷⁰ Ces rapporteurs de Sunna ont vécu entre les H-III^e et V^e siècles.

¹⁵⁷¹ QURTUBÎ محمد بن احمد القرطبي, *op. cit.* (note 1112), p. 344-347, v. 3 ; MOHAMED TAHER BEN ACHOUR

محمد الطاهر بن عاشور, *op. cit.* (note 1565), p. 94, v. 3.

¹⁵⁷² SHATIBI شاطبي ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 188, v. 5.

B. Excès de l'usage moderne

325. **Influence de l'environnement actuel sur les Fatwas.** Nous venons d'indiquer l'importance de la compréhension de la réalité, telle qu'elle est, afin d'apprécier la situation et le contexte qui agissent sur la pénibilité justifiant la dérogation ; c'est ce qui fait du contexte l'un des trois facteurs de la relativité de la Raison de la dérogation. Dans cet ordre d'idées, Mustapha al-Zarqa disait « Tout jurisconsulte qui ne connaît pas le droit civil étatique ne peut être fiable dans ses opinions en droit des relations¹⁵⁷³ » car la compréhension du droit étatique est un élément important pour la compréhension du contexte. Ce qui selon Goutah met en exergue l'importance des usages mais qui pourrait, à mon avis, conditionner l'avis du jurisconsulte selon le principe de Nécessité car souvent l'application du droit étatique est impérative. En outre et dans ses motivations de l'étude des prérequis à la Diligence des jurisconsultes, Goutah cite la domination de la finance conventionnelle dans notre monde moderne, ce qui peut générer des contraintes dont il est nécessaire de tenir compte pour l'émission ou la révision d'une Fatwa¹⁵⁷⁴. C'est par l'usage, implicite ou explicite, du principe de la Nécessité par l'AIFI que l'on peut mesurer la justesse de cette analyse de Goutah.

326. **Usage ancien de l'Académie internationale.** Dans sa décision précitée n° 40-41 de 1988 autorisant la Mourabaha bancaire, l'AIFI constate à la fin que cette opération est devenue l'activité principale des banques islamiques ce qui préoccupe l'AIFI au point de faire à ces dernières deux recommandations. La première est d'inciter ces banques à changer cet état de fait par la promotion d'autres activités favorisant l'investissement direct ou en partenariat sous forme de société Moucharaka ou de commandite Moudaraba dans des entreprises industrielles ou commerciales. La deuxième recommandation à ces banques par l'AIFI est de mettre en place des procédures opérationnelles qui évitent l'irrespect en pratique des modalités juridiques qui conditionnent la licéité de la Mourabaha bancaire et qui sont considérées implicitement draconiennes par l'AIFI. Ce type de recommandations laisse penser que les institutions bancaires n'ont pas attendu cette décision de l'AIFI pour promouvoir cette activité de Mourabaha bancaire qui est devenue vitale pour elles à un point que l'hypothèse d'une Interdiction du label « islamique » à ce produit bancaire entraînera de facto la disparition de toutes ces banques islamiques. Il est donc probable que le principe de Nécessité ait joué un rôle dans cette décision de l'AIFI autorisant cette Mourabaha bancaire. Or et dans le cadre indiqué par Goutah où l'étude des contraintes peuvent motiver le changement d'une Fatwa, nous

¹⁵⁷³ GOUTAH عادل بن عبد القادر قوته, *op. cit.* (note 1373), p. 5.

¹⁵⁷⁴ *Ibid.*, p. 6, 23.

démontrerons au dernier chapitre qu'il y a une autre façon possible de fonctionnement des banques qui substitue cette Mourabaha bancaire par une commandite Moudaraba licite et plus efficace économiquement. Ceci incite donc à la révision des Fatwas émises sur la base du principe de la Nécessité par le retour à la règle de droit d'origine comme nous venons de l'indiquer et, en conséquence, par la limitation de l'usage de la dérogation pour cause de Nécessité à des situations impératives inévitables comme l'application des Accords de Bâle¹⁵⁷⁵.

327. Usage plus récent de l'Académie internationale. Allant plus dans l'usage de ce principe de Nécessité, mais cette fois d'une façon explicite, l'AIFI a dérogé à l'Interdiction de la vente de dette contre dette par la décision n° 157 de 2006. En effet, la première décision n° 40-41 précitée Interdit toute promesse engageante pour les deux parties comme l'exige la *hard law* alors que la deuxième décision accorde une dérogation en cas de Nécessité qui peut être notamment une loi impérative ou, même, des usages commerciaux internationaux. Selon la nouvelle décision, « Au cas où la conclusion d'une promesse synallagmatique engageante pour conclure un contrat futur serait rendue obligatoire par une Nécessité générale comme la loi ou les usages commerciaux internationaux à l'instar du crédit documentaire, il serait alors Permis que la promesse devienne engageante pour les deux parties que ce soit par le fait de la loi ou par l'inclusion d'une clause à cet effet¹⁵⁷⁶ ». On a vraiment du mal à imaginer une Nécessité qui soit aussi large qui s'impose aux parties à un contrat commercial telle qu'une vente en exigeant d'elles qu'elles s'engagent préalablement dans une promesse synallagmatique. En tout cas une telle exigence impérative ne peut venir du droit occidental fondé sur la liberté contractuelle et sur le libéralisme en général.

328. Critique de la pratique de l'Académie internationale par la *hard law*. Par sa largesse, cette Fatwa n° 157 de 2006 est tellement loin du principe étroit des dérogations pour Nécessité qu'elle est interprétée comme revenant sur des Fatwas antérieures comme la décision précitée n° 40-41 de 1988 relative à la Mourabaha bancaire¹⁵⁷⁷ ou la décision n° 107 de l'an 2000 relative aux contrats des importateurs avec leurs clients locaux¹⁵⁷⁸. Pour juger de cet éventuel excès, élargissant encore plus des Fatwas antérieures comme la Mourabaha bancaire qui relèvent sur le fond de l'Interdiction de l'Usure en rite malikite¹⁵⁷⁹, il serait

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 23.

¹⁵⁷⁶ <http://www.iifa-aifi.org/2214.html>.

¹⁵⁷⁷ abd-Allah HIMADI عبد الله الحمادي, [Le financement par les ventes Inah « *al-Tamwīl bi-wāsiṭat buyū' al-'aynah* »] 1 التمول بواسطة بيع العينة, éd., Riadh, KSA : al-Fiqhia Saudi association, <http://www.alfiqhia.org.sa/>, 2018 (Fiqh studies, 50), p. 481.

¹⁵⁷⁸ KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 27), p. 109-110.

¹⁵⁷⁹ Comme nous le verrons en seconde partie, *infra* § 586.

pertinent d'examiner son seul exemple d'application à la lumière des explications des auteurs proches de l'AAOIFI. En effet, la dérogation à l'Interdiction unanime des rites pour la vente où les deux contreparties (prix et chose) sont à terme est sensée s'illustrer par l'exemple de la LC¹⁵⁸⁰ du crédit documentaire international. Or, sans rentrer dans les détails de la *hard law*¹⁵⁸¹, quand l'objet de la LC est une chose existante, la vente peut s'effectuer immédiatement avec un transfert concomitant de la propriété de la chose même si celle-ci reste en dépôt chez son vendeur le temps de recevoir le prix comptant ou la garantie d'un paiement à terme conformément à une condition contractuelle. Ce sont là deux modalités de paiement de la LC (à vue ou à échéance) permise par le droit commun malikite même si la chose est achetée sur descriptif sans être vue par l'acheteur ou son mandataire car il n'y a pas lieu de considérer, comme l'AAOIFI¹⁵⁸², un tel contrat non engageant jusqu'à la réception de la marchandise. Dans ce dernier cas, il serait superflu de faire appel au principe de Nécessité pour émettre une Fatwa de ce genre alors que l'un des quatre rites autorise la vente ferme sur descriptif. Le seul cas qui mériterait un examen attentif est celui où la chose n'existe pas encore et que c'est sur la base d'un descriptif que l'engagement de la vente à terme se fait ; c'est dans cette situation que la Fatwa de Sellami est intervenue pour autoriser le paiement à terme sur le fondement du principe de Nécessité¹⁵⁸³. Cependant, là aussi on pourrait dire qu'il n'y a pas de Nécessité, il suffit de considérer l'offre du vendeur pour une vente à terme à un prix comptant valable pendant quelques jours et la réception de la LC à vue pendant ce délai constitue l'acceptation d'une telle offre. Il n'y a donc pas une obligation légale ou un usage commercial justifiant la Nécessité que cette LC soit impérativement à terme et non pas à vue.

329. Appréciation en *hard law* de la motivation réelle des demandeurs de la Fatwa n° 157 de l'Académie internationale. À notre connaissance, la véritable raison à la dérogation pour la LC à terme pour une vente à terme se trouve dans l'argumentation de la décision du groupe bancaire al-Baraka¹⁵⁸⁴. Cette raison est l'incapacité financière de certains opérateurs à payer comptant de grandes quantités qu'ils souhaitent acheter à terme ! Pourtant, rien n'interdit aux banques de ses opérateurs de les financer par une commandite Moudaraba¹⁵⁸⁵ et rien n'interdit aux opérateurs aux faibles moyens de réduire les quantités commandées à

¹⁵⁸⁰ Lettre de crédit.

¹⁵⁸¹ Voir infra § 523-524 en seconde partie.

¹⁵⁸² KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 27), p. 103-104.

¹⁵⁸³ Comme on l'a vu en supra § 320, même s'il est dénommé ainsi, ce principe s'applique en effet quand le besoin est un Complément ou un Embellissement. Cette Fatwa de Sellami est rapportée par Khoja : *Ibid.*, p. 105.

¹⁵⁸⁴ *Ibid.*, p. 105-106.

¹⁵⁸⁵ Voir infra § 551, 553.

terme puis de renouveler les commandes à leurs rythmes ou, quand c'est possible, d'acheter la marchandise disponible en stock en profitant du crédit gratuit fournisseur. Bien évidemment, il y a moins de services bancaires quand on fait un virement pour un paiement comptant plutôt qu'une LC à 90 jours. De même, en évitant le financement de stock par un contrat de commandite Moudaraba, la banque reste sur le fond conforme au modèle mondial de l'économie de crédit épousé par les banques conventionnelles et évite de rentrer avec son client importateur de la marchandise dans le partage des pertes et profit qui est pourtant l'essence même du droit économique islamique. On peut donc comprendre que la règle de droit dans ce cas contrarie le modèle bancaire occidental auquel les banques islamiques ont opté mais ceci ne peut justifier en hard law une dérogation. En effet, sur la base du droit international et des usages commerciaux, on ne voit pas la justification de l'usage du principe de la Nécessité pour déroger à un pilier du droit des relations partagé par tous les rites sunnites Interdisant la vente de la dette par de la dette. Ces deux illustrations dans les domaines de la Mourabaha et de la LC, bien que significatives, sont loin d'être les seules ; en effet, des Fatwas modernes couvrent divers autres sujets comme la vente de la dette ou l'usage des indicateurs de taux d'intérêt.

330. Appréciation en hard law d'autres Fatwas modernes utilisant le principe de Nécessité. Toujours sur la base de ce principe de Nécessité et après un avertissement sur la mauvaise Diligence directement à partir des Motifs, al-Nadwi rapporte que d'autres Fatwas récentes sont également allées contre le consensus général Interdisant la vente de la dette par la dette. En effet, ces Fatwas ont autorisé les contrats de vente où aussi bien la chose que le prix sont à terme et notamment quand la chose est le pétrole en considérant que ceci serait une obligation¹⁵⁸⁶. Pourtant, ce genre de contrat ne présente aucun caractère obligatoire des producteurs de pétrole qui peuvent exiger un paiement comptant pour toute demande d'achat à terme de cette matière première qui n'est pas en stock et c'est pour cela que la décision n° 61 de l'AIFI Interdit ce genre de vente¹⁵⁸⁷. C'est tout simplement un enjeu pour opérateurs actifs sur les produits dérivés des matières premières car sur le plan purement économique la visibilité des prix du pétrole à terme, qui de toute façon n'est pas une obligation des producteurs, demeure possible avec le paiement comptant des livraisons à terme. Dans le même ordre d'idée, certains jurisconsultes, parmi lesquels Hassen identifié par al-Nadwi comme l'un des mauvais utilisateurs des Motifs dans ces Fatwas, considèrent que le loyer variable à l'image du crédit à taux variable serait Permis en jurisprudence islamique pour cause de Nécessité. Ce qui est loin

¹⁵⁸⁶ AL-NADWI علي الندوي, *op. cit.* (note 27), p. 10-11, 18.

¹⁵⁸⁷ <http://www.iifa-aifi.org/1845.html>

d'être le cas car, en réalité, il s'agit d'un crédit à taux variable présenté sous la forme d'un contrat de location pour lequel l'utilisation du principe de la Nécessité simplement ne fait que cacher la véritable nature de ce contrat comme l'indique Sellami¹⁵⁸⁸.

331. Appréciation en hard law de l'usage en soft law des taux d'intérêt de référence. Ce serait probablement sur la base de ce principe de Nécessité que l'usage des taux d'intérêt de référence, sur les marchés financiers de l'économie de crédit du monde moderne, comme le LIBOR ou le TMM ont reçu des Fatwas favorables pour déterminer la rémunération de la Mourabaha bancaire¹⁵⁸⁹. Ce qui représente le comble ! Pour comprendre que ce n'est pas une Nécessité il aurait fallu que les instances de Fatwas soient totalement autonomes pour pouvoir offrir des règles juridiques applicables au public exactement comme le ferait tout service public financé uniquement par l'État ou la collectivité et totalement autonome des intérêts privés. Une telle instance de Fatwas aurait pu alors inviter non pas un expert désigné et payé par l'industrie mais l'un des académiciens compétents, au frais de l'État, pour expliquer que les modèles de valorisation des actifs peuvent fonctionner avec la contrainte de l'interdiction du crédit à intérêt ce dont nous avons pu nous assurer depuis des décennies en discutant avec le professeur Bill Sharpe¹⁵⁹⁰. Il s'agit de ce qu'on appelle depuis les années 70 le zéro-béta-CAPM qui ne fonctionne pas avec le taux d'intérêt sans risque, disponible dans un environnement d'économie de crédit et approximé par le taux des obligations de l'État. Au contraire, ce modèle fonctionne avec le taux de rentabilité de l'actif non corrélé avec le marché¹⁵⁹¹, disponible dans tous les environnements y compris celui d'une économie islamique et approximé de diverses façons¹⁵⁹². Cette problématique que nous avons reprise dans notre projet pour cette thèse en 2015, et que nous avons eu l'occasion d'évoquer avec plusieurs chercheurs et invités de l'Islamic Economics Institute de KAU¹⁵⁹³, est actuellement revisitée

¹⁵⁸⁸ AL-NADWI علي الندوي, *op. cit.* (note 27), p. 8, 20-21.

¹⁵⁸⁹ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Accounting, auditing and governance standards: full text of Accounting, auditing and governance standards for Islamic financial institutions as at Safar 1437 A.H.-December 2015 A.D.*, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 2015, p. 709. KBP940.2 .A33 2015.

¹⁵⁹⁰ Père de la valorisation des actifs par le modèle CAPM (Capital Asset Pricing Model) explicité dans son livre : William F SHARPE, *Investments*, Englewood Cliffs, N.J. : Prentice-Hall, 1985, notre discussion avec le professeur Sharpe a eu lieu à l'occasion de son cours de MBA qui se base sur ce livre.

¹⁵⁹¹ Appelé en finance, l'actif dont le bêta est nul.

¹⁵⁹² Notamment par le traçage de ce que les financiers appellent la « ligne du marché » ou par le rendement locatif des leasing à long terme des actifs fonciers par des locataires fiables comme l'État.

¹⁵⁹³ La plus grande université de Djeddah qui a accueilli plusieurs conférences essentielles au développement de la finance islamique moderne. Elle est la première université arabe avec un classement de Shanghai (qui ne classe pas l'Université Paris 1) entre la 101^e et la 150^e place aussi bien en global qu'en droit. URL :

<https://www.shanghairanking.com/rankings/arwu/2021> ;

<https://www.shanghairanking.com/rankings/gras/2021/RS0503> ; <https://www.arageek.com/edu/ranking-of-saudi-universities-and-the-best-according-to-the-qs-and-shanghai-index>. Son classement QS est 143^e en global et entre

par les recherches prometteuses en cours de Mohammed Alabdulraheem, conférencier à cet institut. Sans de tels efforts afin de comprendre techniquement de quoi il s'agit, les jurisconsultes peuvent par ignorance émettre une Fatwa erronée justifiant une dérogation par une fausse appréciation de l'existence d'une Nécessité là où il n'y en a pas. C'est pour cela que ce genre de recherche technique par les jurisconsultes est une condition de leur Diligence pour émettre des opinions comme le rappelle Goutah¹⁵⁹⁴ en donnant l'exemple de Qarafi. Pour émettre une Fatwa concernant les drogues, ce dernier a dû comprendre les distinctions entre les drogues utilisées à son époque et apprécier leurs effets en parlant avec les drogués eux-mêmes¹⁵⁹⁵.

332. Appréciation du rapport entre le malikisme et la soft law de l'AAOIFI.

Dans la sous-section précédente relative à la première méthode créatrice de soft law par le choix du rite applicable, nous avons retrouvé la pratique du dépeçage, que nous avons déjà étudiée en droit étatique¹⁵⁹⁶, qui attribue à cette soft law un caractère libéral inégalé. Quant au principe de Nécessité dont l'usage est temporaire en hard law, comme on l'a montré dans cette sous-section, il est devenu d'un usage tellement facile que nous avons le pressentiment qu'une bonne partie des Fatwas importantes de la soft law sont justifiées, totalement ou partiellement, par la perception d'une certaine Nécessité. De plus, quand il arrive rarement que l'une de ces Fatwas est révisée à la lumière d'une meilleure compréhension des modalités réelles d'application, les juristes de l'AAOIFI ont du mal à l'accepter lorsque la correction restreint les pratiques de l'industrie. C'est ce qui s'est produit à l'occasion de la révision de la Fatwa de l'AIFI sur le montage de financement « Tawarruq » où l'introduction de conditions supplémentaires rendant ce montage plus difficile à réaliser a été fortement critiquée dans les études de l'AAOIFI¹⁵⁹⁷. En définitif, la soft law de l'industrie de la finance islamique moderne adopte un usage excessivement large aussi bien du dépeçage que du principe de Nécessité dans un environnement général de facilitation des conditions de Diligence et de sa compartimentalisation par spécialité à l'intérieur du droit des relations qui est pourtant relié. En

251^e et 300^e en droit, à comparer au classement QS de l'Université Paris 1 qui est 287^e en global et 20^e en droit.
URL : https://www.topuniversities.com/university-rankings/world-university-rankings/2021?cf_chl_jschl_tk=__pmd_sAITIelcCijtRIfwPazqrF2UvZnI6F9Ov29mtDTZD2U-1629739541-0-gqNtZGzNAhCjcnBszQkR ; <https://www.topuniversities.com/university-rankings/university-subject-rankings/2021/law-legal-studies>.

¹⁵⁹⁴ GOUTAH عادل بن عبد القادر فوته, *op. cit.* (note 1373), p. 28-29.

¹⁵⁹⁵ QARĀFĪ et al., *op. cit.* (note 1351), p. 216, v. 1.

¹⁵⁹⁶ Voir supra § 175-176 en chapitre 2.

¹⁵⁹⁷ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), [Études des normes de l'AAOIFI] 3/4 دراسات المعايير الشرعية *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah: al-naṣṣ al-kāmil lil-buḥūth wa-al-dirāsāt allatī quddimat tamhīdan li-i'dād al-ma'āyir al-shar'īyah* 1-45, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 1437 2015 (vol. 3/4), p. 2069 et s, note bas de page n° 1.

se libérant ainsi des fondements et des règles des rites, cette soft law arrive par des montages de forme à reproduire les principales opérations des banques conventionnelles relevant de l'économie du crédit qui, de ce fait, domine la finance islamique comme elle domine le reste du monde. Pour chacune de ces opérations, les banques islamiques reproduisent pratiquement les mêmes flux financiers en assumant quasiment les mêmes risques et exigent de ceux qui cherchent du financement une rémunération minimale égale à celle des banques conventionnelles. L'éventuel surcoût pour le débiteur vient compenser le surcoût de structure de la banque islamique provenant de son fonctionnement dual et vient surtout rembourser les coûts de transaction supplémentaires relatifs au montage de l'opération pour lui donner une forme permettant d'accéder au label « islamique » selon les Normes de l'AAOIFI. Ainsi, cet aboutissement est bien loin du Motif de la protection du patrimoine du débiteur par l'Interdiction de l'enrichissement sans cause de l'Usure et par la facilitation du prêt sans intérêt, comme il est bien loin du Motif de la protection du patrimoine de l'entrepreneur sans capital par la promotion de la commandite Moudaraba. Dans ces conditions, on peut comprendre que les investisseurs authentiques, auxquels cette thèse s'intéresse en premier lieu, choisissent de ne pas retenir les Normes de l'AAOIFI mais un rite de hard law pour la contractualisation de la gestion de leur holding en Europe. Entrepreneurs en principe, ces investisseurs peuvent demander aux banques autres choses que ce que propose l'AAOIFI, comme nous l'illustrerons lors de l'étude en seconde partie de l'une de ses opérations phares qui est la Mourabaha bancaire que nous avons introduite dans ce chapitre. Nous démontrerons alors la contradiction de cette opération avec la hard law et notamment celle du rite malikite et nous proposerons une alternative aux banques qui peut leur être rentable, un peu à la façon d'une certaine pratique des banques japonaises et allemandes, tout en gagnant la confiance des clients ayant des motivations compatibles avec cette hard law. À ce stade en tout cas, cette section 2 a démontré que cette thèse aura un intérêt très limité pour un investisseur souhaitant que son investissement soit géré en conformité avec les Normes de l'AAOIFI, d'autant plus que cette soft law est déjà contractualisée par les usages de l'industrie de la finance islamique. Ceci devient une évidence en sens contraire car il serait exclu d'utiliser les Normes de l'AAOIFI comme référence, principale ou subsidiaire, de la jurisprudence islamique à la contractualisation objet de cette thèse bâtie sur une conformité de hard law. En l'occurrence, la conformité malikite de ce travail nous mènera logiquement à trouver une telle référence parmi les piliers du malikisme (section 3).

Section 3. Piliers de référence du malikisme

333. **Paysage juridique malikite.** Après avoir situé le malikisme dans son contexte de hard law (section 1) et de soft law (section 2), nous nous penchons maintenant sur les ouvrages qui meublent son contenu. Ainsi, cette section 3 consacrée aux références formant la jurisprudence malikite constitue l'aboutissement de ce chapitre à l'issue duquel nous sélectionnerons la source d'interprétation qui nous semble la plus appropriée pour servir de référence à la contractualisation, objet de ce travail. Dans cette revue bibliographique nous commencerons par apprécier d'abord les références les plus anciennes émanant directement du fondateur du rite (sous-section 1) puis nous terminerons par la richesse faramineuse apportée par ses disciples de l'Irak à l'Andalousie en passant par le Hedjaz, l'Egypte et le Maghreb (sous-section 2). Nous cheminerons alors, à travers cette revue, vers la source d'interprétation contractuelle qui nous paraîtra la plus adéquate à cette thèse après avoir apprécié toutes les autres possibilités importantes.

Sous-section 1. Corpus exceptionnel du fondateur du rite

334. **Expertise distinctive de Malik.** Comme nous l'avons signalé, l'imam Malik disposait d'une double expertise en tant que narrateur et en tant que Diligent créateur de droit alors que les imams abou-Hanifa et Chafii n'avaient pas une expertise reconnue dans la narration. Quant à l'imam ibn-Hanbal, il disposait également de la double expertise même si certains savants comme Averroès considéraient plus sa compétence dans la narration que dans la Diligence et le comptaient probablement plus comme un Diligent d'un courant chafiiite que parmi les fondateurs d'un rite séparé. C'est donc à cause de cette double expertise que l'étude de l'œuvre de Malik s'intéresse « à la fois au rapporteur de *Hadîth*¹⁵⁹⁸ et au *Faqîh*¹⁵⁹⁹... le *Faqîh* fondant sa méthode déductive sur les *Hadîth* qu'il rapportait¹⁶⁰⁰ ». Bien qu'inséparables, la première expertise de la narration est plus présente dans l'ouvrage phare du Mouwatta (A) alors que la deuxième expertise de la Diligence est plus présente dans les registres de ces cours de droit rapportés par ses élèves (B). À ces deux piliers du corpus juridique s'ajoutent d'autres ouvrages de Malik dont certains appartiennent plus au domaine du dogme qu'à celui du droit¹⁶⁰¹.

¹⁵⁹⁸ Même si la signification en arabe est plus restrictive, le domaine du *hadith* correspond dans l'usage à celui de la Sunna telle que nous l'avons définie en supra § 193.

¹⁵⁹⁹ Littéralement « juriste » voulant dire ici Diligent créateur de droit.

¹⁶⁰⁰ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 189.

¹⁶⁰¹ Comme la « Lettre à ibn-Wahb sur la prédestination » *Ibid.*, p. 191.

A. Mouwatta Malik

335. **Méthode du Mouwatta.** Travail pionnier, « c'est réellement al-Mouwatta qui marque le début de l'écriture en *Fiqh* et *Hadîth*... L'histoire ne connaît pas de recueil de *Hadîth* et de *Fiqh* plus ancien qu'al Mouwatta¹⁶⁰² ». Cette consignation par l'écrit répondait à un besoin exprimé par le Calife omeyyade Omar ibn-Abd al-Aziz¹⁶⁰³ dont le règne a été vécu par Malik jusqu'à l'âge de huit ans. Ce besoin est devenu plus pressant du temps du Calife abbasside al-Mansour avec le motif supplémentaire d'unifier la jurisprudence des tribunaux de l'époque ; c'est cela qui a poussé ce Calife à formuler en l'an H-148 une demande dans ce sens à Malik¹⁶⁰⁴ qui l'exhaussa par la publication du Mouwatta en H-159¹⁶⁰⁵. Si cet ouvrage est aussi riche en textes législatifs de la Sunna et en règles de droit correspondant à la Diligence de l'école de Médine c'est qu'il répondait à la méthode adoptée par Malik afin de justifier les règles de droit de son rite en identifiant leurs fondements. « Ainsi, le livre est bien plus que l'enregistrement des *hadith* qu'il [Malik] considérait comme authentiques et dignes d'être publiés, puisqu'il comprend aussi les opinions des Compagnons et des Suivants, ainsi que les questions qu'il a jugées bon de consigner¹⁶⁰⁶ ». C'est pour cela que le Mouwatta a suscité beaucoup d'intérêt dès le début et jusqu'à aujourd'hui ; d'ailleurs du temps de Zurqani, il y a trois siècles, 90 auteurs ont déjà réalisé des ouvrages commentant le Mouwatta¹⁶⁰⁷, un nombre probablement porté à plus d'une centaine de nos jours en incorporant les publications en d'autres langues que l'arabe¹⁶⁰⁸.

336. **Authenticité des narrations du Mouwatta.** En termes de conditions d'authenticité de narration, Malik commença à expliciter des règles relatives à la bonne transmission et c'est en ce sens, qu'il « peut être considéré comme un précurseur, celui qui montra la voie aux rapporteurs de *hadith*¹⁶⁰⁹ » qui lui ont succédé comme l'imam ibn-Hanbal. Certaines de ces règles de Malik ont été renforcées ultérieurement par al-Bukhari qui a actualisé

¹⁶⁰² *Ibid.*, p. 195-196.

¹⁶⁰³ Les premières tentatives de consignation partielle dataient de cette époque mais aucune de ces œuvres n'est passée à la postérité : voir ZURQANI الزرقاني محمد بن عبد الباقي, *op. cit.* (note 1404), p. 45.

¹⁶⁰⁴ Voir supra § 274 en section 1.

¹⁶⁰⁵ Environ deux décennies avant la mort de Malik : voir ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 199-200.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 202-203.

¹⁶⁰⁷ ZURQANI الزرقاني محمد بن عبد الباقي, *op. cit.* (note 1404), p. 45.

¹⁶⁰⁸ Par exemple : Abū 'Abd Allāh MĀLIK IBN ANAS AL-AṢBAḤĪ, *Al-Muwatta' : synthèse pratique de l'enseignement islamique : traité de jurisprudence islamique, rite malikite*, traduit par Muhammad DIAKHO, Beyrouth, France : Albouraq, 2004, 836 p. ; Abū 'Abd Allāh MĀLIK IBN ANAS AL-AṢBAḤĪ, *Le Livre des ventes du Mouwattā [L'Applani] de Mālik ben Anas. Traduction avec éclaircissements*, par Frédéric Peltier, traduit par Frédéric PELTIER, Alger : A. Jourdan, 1911.

¹⁶⁰⁹ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 203.

les conditions de narration authentique dans leur forme définitive considérée aujourd'hui par tous comme la norme. C'est à cause de ce renforcement des règles de narration, rendu nécessaire après l'époque de Malik par le risque grandissant d'erreur dans la transmission de la Sunna, que certaines narrations du Moatta ont dû être analysées par des experts dans les siècles qui suivirent avant d'établir que le Mouwatta répondait également aux nouvelles normes. Les experts en question sont le malikite ibn-Abd al-Barr au H-V^e siècle et le chafiite ibn-as-Salah du H-VII^e siècle qui vécurent, respectivement, trois et cinq siècles après l'époque de Malik ; l'ouvrage du premier est largement diffusé alors que l'ouvrage du deuxième n'a été imprimé, semble-t-il, que dans cette édition du Mouwatta de G-1997¹⁶¹⁰.

337. Exigences malikites supplémentaires pour la Sunna législatives. Pour Malik, l'honnêteté du narrateur ne suffit pas car en l'absence d'une certaine compétence dans la Sunna législative, l'erreur de bonne foi demeure toujours possible. C'est pour cela que Malik exigeait que le narrateur alliât l'honnêteté à la compréhension de ce qu'il rapporte en considérant que « le *Hadîth* [la Sunna] et l'*Iftâ* [la Diligence] exigent foi et abnégation, mais aussi expertise et compréhension au moment de la transmission¹⁶¹¹ ». Ainsi et avant de s'intéresser aux Causes dans les textes législatifs nécessaires à l'Analogie, une expertise dont laquelle abou-Hanifa excellait¹⁶¹², Malik s'intéressait à la compréhension de ces textes par leurs transmetteurs. À cette fin, il analysait la situation de ces derniers ainsi que la pratique des Médinois relatives à ces textes et aux textes du Coran ou de la Sunna qui leurs sont liés. Dans ce sens, Malik affirme « j'ai moi-même connu soixante-dix de ceux qui disent "le Prophète de Dieu a dit" ... sans avoir reçu aucun *Hadîth* d'eux. Si l'un d'entre eux se voyait confier des fonds, on pourrait lui faire confiance, mais ce n'est pas là [la transmission de la Sunna législative] leur occupation ». Quand on lui demanda « pourquoi n'acceptes-tu pas les *Hadîth* des narrateurs Irakiens ? », Malik répondit « parce que, quand ils viennent nous visiter, ils recueillent des *Hadîth* de transmetteurs pas nécessairement sûrs [selon l'usage médinois], ils suivent ainsi l'usage de leur pays¹⁶¹³ ».

338. Contenu du Mouwatta. Dans sa préface de la traduction qu'il a publiée en 1911, Frédéric Peltier disait que « ce livre du Mouwatta présente un caractère si différent du Çahih¹⁶¹⁴ et contient tant de matières qu'on chercherait en vain dans ce dernier ouvrage, qu'il

¹⁶¹⁰ ZURQANI الزرقاني محمد بن عبد الباقي, *op. cit.* (note 1404), p. 7-8, 17-30, 44.

¹⁶¹¹ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 204.

¹⁶¹² Selon le témoignage de Malik lui-même.

¹⁶¹³ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 204.

¹⁶¹⁴ [Réalisé par al-Boukhari un siècle après le Mouwatta et considéré, actuellement, comme la plus grande référence de narration de la Sunna authentique.]

m'a paru utile d'en entreprendre une traduction accompagnée d'éclaircissements ... Le Mouwatta contient bien autre chose que des *hadith* ... les développements propres à l'auteur tiennent, dans son œuvre, une place plus grande que la citation des *hadith*¹⁶¹⁵ ». Dans cet ouvrage, une bonne partie des règles juridiques est bien évidemment une interprétation directe de la Sunna qui la précède, mais plusieurs autres règles sont relatives à la pratique ou au consensus de Médine¹⁶¹⁶ ainsi qu'au raisonnement notamment en termes de sélection de l'interprétation appropriée parmi plusieurs ou en termes d'Analogie individuelle. Outre les sources de droit que nous avons mentionnées en chapitre 1 de ce titre, on peut signaler que certaines Diligences du Mouwatta s'appuient sur la jurisprudence des tribunaux et sur des coutumes générales ou particulières¹⁶¹⁷. Toutes ces Diligences juridiques avec leurs textes correspondants de Sunna sont classées en 61 livres dont chacun renferme entre 1 et 82 chapitres plus ou moins long et contenant chacun un ou plusieurs textes de Sunna.

339. Importance des Diligences du Mouwatta. Les connaisseurs situent l'intérêt du Mouwatta au niveau des sources de droit car, tout en appréciant l'apport du Mouwatta en termes de transmission de la Sunna et des traditions héritées du Prophète (bsl) ou de ses compagnons, ils considèrent avant tout que cette œuvre reflète la conception de Malik du droit où « apparaissent ses méthodes déductives¹⁶¹⁸ ». Par conséquent et tout en étant expert dans la transmission de la Sunna, Malik était comme abou-Hanifa un Diligent d'interprétation ce qui lui permettait de répondre « aux questions de gens venus des quatre coins du monde¹⁶¹⁹ ». Le livre de la vente, qui est l'un des plus volumineux avec ses 46 chapitres et ses 35 pages, est un des meilleurs exemples pertinents à notre holding que ce soit dans son activité propre de M&A ou dans l'activité commerciale de ses filiales opérationnelles. Dans ce chapitre, et avec l'aide des commentateurs, on peut comprendre concrètement comment les méthodes de Diligence créatrices du droit, que nous avons vues dans le chapitre précédent sont appliquées par Malik. Une telle démonstration pratique sera précieuse pour nous éclairer le chemin dans la deuxième partie de cette thèse quand on se livrera à des exercices de Qualification juridiques en jurisprudence islamique de certaines opérations de private equity qui ne sont pas toujours documentées précisément dans la jurisprudence faisant autorité dans la hard law non actualisée

¹⁶¹⁵ MĀLIK IBN ANAS AL-AṢḤABĪ, *Le Livre des ventes du Mouwattā [L'Applani] de Mālik ben Anas. Traduction avec éclaircissements, par Frédéric Peltier, op. cit. (note 1608), p. VII.*

¹⁶¹⁶ Voir supra 142, 154-155, 203, 211, 217.

¹⁶¹⁷ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit. (note 1240), p. 206.*

¹⁶¹⁸ *Ibid.*, p. 10.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, p. 12.

du rite. Les exemples d'application que nous analysons ici couvriront le sujet des arrhes de la vente et celui de la délimitation du consentement contractuel dans le processus de négociation.

340. Motif de l'Interdiction des arrhes dans la vente. Au chapitre 1 de ce livre des ventes, nous avons le fondement de l'Interdiction de la pratique des arrhes dans la vente¹⁶²⁰ qui entraîne la nullité du contrat et la restitution des arrhes si la vente n'est pas réalisée. Le sens de l'observation n° 1 de Peltier¹⁶²¹, relative à la présentation d'une façon hypothétique de la définition de ce contrat par Malik, indique à notre avis que cette pratique des arrhes avait probablement disparu à Médine après avoir existé et que ce qui subsistait était simplement le contrat de vente ferme avec une avance d'une partie du prix. Il s'agissait donc ici pour Malik de justifier la disparition d'une pratique qui existait du temps du Prophète (bsl) ce qui correspondrait à une utilisation « négative » de la source législative de la pratique de Médine¹⁶²² associée à une Sunna de la parole. Quant à l'observation n° 2 de Peltier qui reprend ici l'explication du commentateur Zurqani, elle va plus loin que ce qu'a retenu Peltier en présentant l'enrichissement sans cause comme Motif de l'interdiction législative des arrhes. En effet, Zurqani rajoute à ce Motif l'Incertitude de la réalisation de la vente comme Cause supplémentaire de cette Interdiction des arrhes. Enfin, Zurqani donne ici un cas d'application du principe précité¹⁶²³ relatif à la validité des contrats objet de divergence de jurisprudence puisqu'en cas de la réalisation de la vente, le contrat n'est pas annulé à cause de son autorisation par certains Diligents dont ibn-Hanbal¹⁶²⁴. Voilà en ce qui concerne les arrhes, voyons maintenant le sujet controversé de la délimitation du consentement final lors de la négociation de la vente, un sujet significatif à plus d'un titre, que nous avons déjà mentionné¹⁶²⁵.

341. Interprétation de l'option dans la vente lors de la négociation. Dans son commentaire sur le chapitre 38 du livre des ventes du Mouwatta, Peltier estime que Malik a présenté un argument bien faible pour délaisser la Sunna disant « les deux contractants ont chacun l'option, tant qu'ils ne sont pas séparés... ». Selon la compréhension de Peltier, Malik considérerait ce texte comme abrogé par une autre Sunna rapportée par ibn-Massoûd. Le texte de cette dernière est « toutes les fois que deux personnes font un contrat de vente donnant lieu à contestation, soit la version du vendeur sera retenue soit le contrat sera résolu ». Peltier émet

¹⁶²⁰ Voir l'énoncé et l'application de la règle en infra § 514, 527, 589.

¹⁶²¹ MĀLIK IBN ANAS AL-AṢBAḤĪ, *Le Livre des ventes du Mouwattā [L'Applani] de Mālik ben Anas. Traduction avec éclaircissements*, par Frédéric Peltier, *op. cit.* (note 1608), p. 1.

¹⁶²² Voir supra § 202-203.

¹⁶²³ Voir supra § 256.

¹⁶²⁴ ZURQANI الزرقاني محمد بن عبد الباقي, *op. cit.* (note 1404), p. 346-347, v. 3.

¹⁶²⁵ Supra § 234.

cet avis après avoir traduit le commentaire de Malik sur le premier texte comme suit « Parmi nous, il n’y a pas pour cette option de délai fixé par la coutume, ni d’usages suivis dans la pratique¹⁶²⁶ ». Or, cette traduction semble erronée car à la lumière du commentaire de Zurqani, l’annotation de Malik est « notre pratique à Médine ne reconnaît pour la vente optionnelle ni un délai fixe ni un délai d’usage ». Ce qui veut dire que contrairement au droit irakien, la pratique de Médine ne connaît ni un texte législatif ni un usage fixant le délai de l’option à trois jours comme le retient abou-Hanifa, suivi ultérieurement par Chafii. Par ce premier commentaire, Malik répond à l’une des interprétations possibles de la première Sunna en la réservant uniquement à l’option « contractuelle », convenue entre les parties, au bénéfice de l’un des contractants qui, dans un délai, se réserve le droit de conclure ou de ne pas conclure la vente. La durée de ce délai d’option, pour l’école de Médine telle que rapportée par Malik, n’est pas fixe et dépend de l’objet de la vente en évitant au maximum l’aléa injustifié. Ainsi l’argument de l’abrogation indiqué par Peltier ne peut concerner cette première interprétation relative à la divergence sur le délai possible de l’option contractuelle. Cet argument de l’abrogation s’adresse plutôt à la deuxième interprétation qui considère que cette Sunna accordant le choix, entre la conclusion ou la renonciation, s’applique à l’offre tant que l’acceptation n’a pas eu lieu, une situation que la deuxième Sunna permet de préciser en cas de contestation entre les contractants au sujet de cet échange de consentements. Cette deuxième interprétation à laquelle répond Malik est également une interprétation retenue par abou-Hanifa tel que rapportée par son élève Mohamed ibn-al-Hassan et s’appuie sur la deuxième Sunna citée par Malik qui réfute une troisième interprétation retenue ultérieurement par les chafiiites et hanbalites et à laquelle Peltier fait allusion. Cette dernière interprétation, refusée par Malik et abou-Hanifa, voit dans ce texte, non pas une option contractuelle dans une vente conclue comme dans la première interprétation mais une option légale automatique rendant impossible la conclusion ferme d’une vente séance tenante. En effet selon cette interprétation de Chafii suivi par ibn-Hanbal, les contractants ne peuvent conclure qu’une option donnant à chacun la faculté de se rétracter tant que les contractants sont toujours ensemble. Face à Malik, narrateur de cette première Sunna, et à abou-Hanifa, Chafii et ibn-Hanbal considèrent donc que ladite Sunna est Définie et dispose d’une portée générale sans besoin de texte supplémentaire qui la précise¹⁶²⁷. Pourtant trois des narrateurs de la Sunna authentique ont rapporté cette Sunna citée

¹⁶²⁶ MĀLIK IBN ANAS AL-AṢḤABĪ, *Le Livre des ventes du Mouwattā [L’Applani] de Mālik ben Anas. Traduction avec éclaircissements, par Frédéric Peltier, op. cit. (note 1608), p. 102-103.*

¹⁶²⁷ Voir Qarafi qui mentionne la dizaine d’arguments malikites à ce sujet. De plus et même sans parler d’abrogation, on ne voit pas comment Chafii retient une limite de trois jours à l’option, un délai non prévu par ce texte, tout en défendant que le texte en question n’ait pas besoin d’une autre source de droit pour compléter ses

par Malik avec un texte complémentaire par rapport à celui parvenu à Malik et sur lequel se sont basés Chafii et ibn-Hanbal. Ce qui interdit à ce dernier texte le caractère Défini puisqu'il dispose réellement d'un complément de texte, sans compter que la pratique de Médine lui dénie également ce caractère Défini. Toutes ces explications correspondent à ce que Peltier a occulté dans sa consultation de Zurqani¹⁶²⁸. Le contenu du Mouwatta, illustrée par ces deux exemples, ne peut, cependant, être compris dans sa véritable portée sans les commentaires éclairant de l'auteur rapportés par ses étudiants.

342. Importance des cours de Malik pour comprendre le Mouwatta. Les commentaires juridiques de Malik dans son Mouwatta constituent une matière brute dont la portée échappera, probablement, au lecteur même averti comme Peltier¹⁶²⁹ si l'analyse est faite indépendamment des jurisprudences explicatives de Malik, non contenues dans le Mouwatta. C'est pour cela que cette œuvre ne sera pas le moyen adéquat pour servir comme référence contractuelle interprétative de la contractualisation développée dans cette thèse pour la gestion du private equity de contrôle en Europe. Cependant et bien qu'inadaptée à notre cause ici, cette matière brute du Mouwatta est souvent à l'origine d'explications complémentaires notamment par l'auteur-même du Mouwatta qui a illustré lui-même les chapitres de son ouvrage par une jurisprudence bien riche rapportée par ses élèves (B).

modalités. Pour répondre à abou-Hanifa qui a soulevé le cas où la séparation physique ne serait pas possible immédiatement, comme dans la situation rapportée par Zurqani où des contractants seraient toujours ensemble en mer ou en prison, Chafii devait se rallier à une limitation du champ d'application de ce texte, ce qui le rend Indéfini. Cependant, Chafii ne va pas au bout du raisonnement d'abou-Hanifa qui limite le champ d'application aux offres non encore acceptées ni au bout du raisonnement des malikites qui ne retiennent pas l'abrogation et qui considèrent la séparation dont il est question dans ce texte serait simplement une séparation marquée par la fin de la négociation après l'échange de l'offre et de l'acceptation entre les contractants. Cette dernière interprétation malékite, supportée linguistiquement par le Coran même, n'est pas contradictoire avec le bref commentaire de Malik sur ce sujet au Mouwatta. QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1059, § 196 ; voir également JUGE ALI et MAKHDŪM مصطفى مخدوم, *op. cit.* (note 1096), p. 215.

¹⁶²⁸ ZURQANI محمد بن عبد الباقي الزرقاني, *op. cit.* (note 1404), p. 438-439, v. 3 ; voir également GHARIANI مدونة الفقه المالكي وأدلته, [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements], الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, *op. cit.* (note 1342), p. 53-55.

¹⁶²⁹ Ainsi, ce n'est pas parce que le droit « est encore pleinement enveloppé dans la morale religieuse » qu'il faut déduire comme Peltier que le « Mouwatta est plutôt un traité de casuistique qu'un traité de droit » car le langage forcément religieux de cet ouvrage qui fait le lien entre les sources sacrées de la Sunna et les règles de droit ne doit pas cacher sa portée juridique. Ceci apparaît un peu dans les commentaires de Zurqani mais, surtout, dans les registres des cours de Malik rapportés par ses étudiants comme nous venons de l'étudier sur quelques exemples que nous développerons par la suite : voir MĀLIK IBN ANAS AL-AṢBAḤĪ, *Le Livre des ventes du Mouwattā [L'Applani] de Mālik ben Anas. Traduction avec éclaircissements, par Frédéric Peltier, op. cit.* (note 1608), p. IX de la préface.

B. Registres des élèves de Malik

343. **Diversité des élèves de Malik.** Comme le dit abou-Zahrât « on ne connaît aucun imam qui ait eu autant d'élèves que Malik¹⁶³⁰ » non seulement à cause de sa réputation et de sa compétence mais parce qu'il a consacré soixante ans de sa longue vie¹⁶³¹ à l'enseignement. Un enseignement qui est déduit des usages juridiques de cette ville sainte de Médine, un lieu imbibé des traditions prophétiques, visité annuellement par un nombre considérable de pèlerins venant pour se recueillir sur la tombe du Prophète (bsl) et pour prier dans la mosquée où il a prié et où il est enterré. C'est pour cela et comme nous l'avons constaté lors de l'étude du développement du rite malikite, les élèves de Malik provenaient des quatre coins du monde de la Perse en Orient jusqu'à l'Andalousie en Occident en passant par l'Irak, la Syrie, le Hedjaz, l'Egypte et l'Afrique du Nord. La transmission du rite s'est donc faite à travers ces élèves dont certains ont laissé à la postérité des registres de ce qu'ils ont retenu des enseignements de leur professeur Malik.

344. **Recensement des registres de cours de Malik.** Le premier des élèves rédacteur de la jurisprudence de Malik fût ibn-Ziad¹⁶³² à Tunis qui a formé ibn-al-Fourât puis Sahnouïn qui ont pris son relai avec la rédaction de la Moudawwana, littéralement « La transcription », dont le premier a écrit la version initiale et le deuxième la version finale après sa correction auprès d'ibn-al-Qâsim en Egypte. Cette Moudawwana, œuvre collective de ces quatre Diligents Malikites dont la principale source de transmission est ibn-al-Qâsim¹⁶³³, est devenue la première référence de la deuxième phase d'évolution du rite consacrée à la Qualification initiale du premier corps de règles. À cette contribution majeure de la Moudawwana s'ajoutent d'autres registres andalous comme la Wadiha d'ibn-Habib¹⁶³⁴ et la Otbiyya d'al-Otbi ou égyptiens comme la Mawazia d'ibn-Mawaz et le précis d'ibn-Abdelhakam. Ces ouvrages bien que dédiés prioritairement à la transcription des opinions de Malik, comportent également certaines des opinions propres des Diligents rédacteurs principalement pour des nouvelles situations mais, parfois, pour des situations traitées par leur imam quand ils aboutissent à une opinion différente par application des fondements du rite¹⁶³⁵.

¹⁶³⁰ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 214.

¹⁶³¹ Voir supra § 190 en note bas de page n° 1059.

¹⁶³² Avec son ouvrage « Mieux que sa décoration » [خير من زنته].

¹⁶³³ Dans l'ordre : ibn-Ziad, ibn-Fourat, ibn-al-Qâsim et, le rédacteur de la synthèse, Sahnouïn.

¹⁶³⁴ Phonétique du terme arabe « الواضحة ».

¹⁶³⁵ BEN ACHOUR محمد الفاضل بن عاشور, *op. cit.* (note 1075), p. 72, 76-88.

345. **Importance de la Moudawwana.** De tous ces registres, le plus illustre est la Moudawwana surnommée « La Grande Moudawwana » à laquelle sont liées sa version brute « Le Mélange » ainsi que les versions partielles ou moins abouties d'al-Assadiyya d'ibn-al-Fourât et « Le Groupement » d'ibn-Abdous¹⁶³⁶. Ainsi et comme nous le verrons à la fin de ce chapitre, c'est la Moudawwana qui deviendra après le Mouwatta la source prioritaire du développement ultérieure du rite notamment par Averroès grand-père d'Andalousie et par Ibn-abi-Zayd de Kairouan ainsi que par les codificateurs comme ibn-al-Hajeb et Khalil d'Égypte. À la fin du G-XIX^e siècle, le Grand Mufti d'Égypte et commentateur de Khalil, Muhammad Elich va dans le même sens en considérant que la source principale de la jurisprudence malikite est la Moudawwana grâce à l'authenticité de sa transmission et, ajoute abou-Zahrât, grâce à la pertinence des propos de ses rapporteurs¹⁶³⁷. Comme nous le verrons maintenant, cette importance de la Moudawwana transparait à travers le grand éclairage qu'elle apporte au Mouwatta sans lequel les commentateurs de ce dernier ouvrage auront du mal à saisir la portée du Mouwatta et parfois sa signification-même. Cette importance sera démontrée à travers un large éventail de sujets économique allant des montages aboutissant à l'Usure à la vente sur descriptif, en passant par l'éclairage supplémentaire du consentement que nous avons déjà examiné au niveau du Mouwatta.

346. **Méthode comparée de la Moudawwana et du Mouwatta dans la présentation de la nullité des montages aboutissant à l'Usure.** L'œuvre exceptionnelle de la Moudawwana se présente sous la forme de questions-réponses à des cas réels de jurisprudence. En effet et contrairement au rite irakien d'abou-Hanifa, cette jurisprudence n'a pas besoin de se rapporter à des situations hypothétiques pour être aussi diverses grâce à l'étendue des contacts de Malik notamment avec ses étudiants venant de territoires divers du vaste monde musulman¹⁶³⁸. Dans le thème de nullité des contrats liés utilisant la vente mais aboutissant à l'Usure illicite, la Moudawwana reproduit le dialogue suivant entre l'élève de Malik ibn-al-Qâsim et le rédacteur analyste Sahnôûn :

- « Sahnôûn : supposons que je vende quelque chose pour un prix de cent à régler à une échéance donnée ; est-ce que le rachat de ce que j'ai vendu avec le même prix et au même terme serait valide pour Malik ?

¹⁶³⁶ Aḥmad DARDĪR أحمد بن محمد الدردير, Aḥmad ṢĀWĪ أحمد بن محمد الصاوي et Muhammad MUBARAK محمد بن ابراهيم الشرح الصغير على أقرب [Explication succincte du précis, Les plus courts chemins « Aqrab Al-Massalik »] مبارك, [المسالك الى مذهب الامام مالك], Liban : Ibn Hazim, 2013, p. 18, v. 1.

¹⁶³⁷ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 226-235.

¹⁶³⁸ *Ibid.*, p. 8-9.

- Ibn-al-Qâsim : oui, sans problème.
- Sahnoûn : et si je rachète toujours à cent mais à une échéance plus lointaine ?
- Ibn-al-Qâsim : sans problème, également.
- Sahnoûn : et si je rachète pour plus de cent, disons cent cinquante, à une échéance plus lointaine, disons deux mois alors que l'échéance de la première vente est d'un mois ?
- Ibn-al-Qâsim : dans ce cas, le rachat sera invalide sauf si à la première échéance du mois les créances sont compensées avec l'acheteur initial ne payant rien et recevant cinquante à l'échéance des deux mois comme solde du rachat de la chose. Autrement, l'opération reviendrait à ce que le vendeur initial recevrait cent à l'échéance du mois qu'il rembourserait cent cinquante un mois plus tard ce qui est Interdit¹⁶³⁹. »

Plus succinct que la Moudawwana, le Mouwatta illustre cette même règle, au chapitre 1 du livre des ventes, par uniquement l'Interdiction du cas pertinent de cette jurisprudence dans lequel l'on rachète, en payant un prix supérieur à un terme plus éloigné, ce qu'on a vendu à un terme plus proche pour un prix moindre. Malik dresse le bilan illicite de ces deux ventes en faisant remarquer que la chose revient à son propriétaire qui reçoit le prix de la première vente au terme proche contre le paiement du prix plus élevé de la deuxième vente au terme plus éloigné. Ceci donne le fondement de la jurisprudence plus riche de la Moudawwana qui invalide les ventes liées dont le bilan in fine n'est pas le transfert de la propriété des biens mais le crédit avec un avantage pour le prêteur. Ce qui est significatif est que Malik classe cette interdiction, donnant la priorité du fond sur la forme, dans le chapitre 1 qui traite de la nullité des opérations conduisant à l'enrichissement sans cause qu'il a identifiée dans la source législative relative à l'interdiction des arrhes. Zurqani attire l'attention¹⁶⁴⁰ que cette règle interdisant l'Usure portée par des contrats valides sur la forme est partagée par les hanafites et hanbalites¹⁶⁴¹ mais n'est pas retenue par les chafiïtes. Comme nous avons vu dans le chapitre précédent, ces derniers retiennent un usage plus limité de la source du Moyen dans la création du droit et nous verrons que la soft law de l'AAOIFI limite encore plus l'usage de cette méthode de Diligence¹⁶⁴².

¹⁶³⁹ IBN-AL-QÂSIM ابن القاسم et SAHNOÛN سحنون, [La Grande Transcription « al-moudawwana al-koubra »] المدونة الكبرى, Liban : Dar al-Koutoub al-ilmyâ, 1994, p. 160, v. 3.

¹⁶⁴⁰ ZURQANI الزرقاني, محمد بن عبد الباقي, *op. cit.* (note 1404), p. 348, v. 3.

¹⁶⁴¹ Par cet exemple significatif, le hanbalisme affirme son autonomie par rapport au chafiisme, contrairement à l'appréciation d'Averroès : voir supra § 334.

¹⁶⁴² Voir infra § 591.

347. Explication par la Moudawwana du sujet traité par le Mouwatta relatif à l'option dans la vente lors de la négociation. Pour reprendre cet exemple du Mouwatta¹⁶⁴³, l'argument de l'abrogation induite du commentaire de Malik dans le Mouwatta pour réfuter l'interprétation inconditionnée est renforcée dans la Moudawwana. Cet apport consiste à mentionner des narrateurs dignes de confiance non indiqués dans le Mouwatta ainsi que par l'ajout d'une autre Sunna rapportée par ibn-Wahb¹⁶⁴⁴. De plus, Sahnou'n explique comment la dernière interprétation retenue par Chafii pour le premier texte rapporté par Malik serait contradictoire avec les autres Sunnas de Malik et d'ibn-Wahb sans même parler de la pratique de Médine. En résumé, cette interprétation de Chafii, suivie par ibn-Hanbal, serait franchement contradictoire avec les Sunnas bien établies en termes de preuves pour les cas de contestation entre contractants et c'est ce qui justifie la position de abou-Hanifa et de Malik, narrateur du texte sur lequel Chafii et ibn-Hanbal se sont basés¹⁶⁴⁵.

348. Complément de la Moudawwana au Mouwatta dans la vente sur descriptif. Ce type de vente, qui nous intéresse au plus haut point dans les opérations de M&A de la Holis, a été introduit au début de ce chapitre en tant qu'illustration des distinctions entre rites¹⁶⁴⁶ et sera étudié dans le détail en seconde partie aussi bien au niveau des règles générales qu'au niveau de leur application à la private equity. Cependant, il est utile de montrer ici comment le noyau fondateur de ces règles contenu dans le Mouwatta, a été énormément enrichi par la Moudawwana. Se basant sur la Sunna de la pratique de Médine¹⁶⁴⁷, Malik indique dans le Mouwatta que la vente ferme sur la base d'un descriptif est engageante pour l'acheteur qui n'a pas vu la chose lors de la conclusion du contrat si cette dernière est conforme au descriptif¹⁶⁴⁸. La Moudawwana complète cette règle de principe du Mouwatta dans plusieurs domaines, notamment en termes de preuves non écrites et en termes de non-conformité plus au moins significative. Ainsi, en cas de contestation d'une vente verbale sur descriptif, c'est la parole du vendeur, après serment, qui prime en l'absence de témoins car l'acheteur a accepté de faire confiance au vendeur lors de la conclusion de la vente. La parole est également celle du vendeur pour la même raison si l'acheteur prétend que la quantité livrée est moindre que ce qui est convenu sans apporter la preuve, telle que des témoins qui ne l'ont pas quitté depuis la

¹⁶⁴³ Voir supra § 341.

¹⁶⁴⁴ Qui est un autre élève de Malik.

¹⁶⁴⁵ IBN-AL-QÂSIM ابن القاسم et SAHNOÛN سحنون, *op. cit.* (note 1639), p. 223, v. 3.

¹⁶⁴⁶ Voir supra § 289.

¹⁶⁴⁷ Voir supra § 202-203.

¹⁶⁴⁸ ZURQANI الزرقاني محمد بن عبد الباقي, *op. cit.* (note 1404), p. 436-437, v. 3.

livraison de la chose et jusqu'à la constatation de sa quantité¹⁶⁴⁹. Supposons que sans contestation, la quantité livrée s'avère supérieure à ce qui est convenu dans le descriptif, ce serait à l'acheteur de choisir la partie à rendre exactement comme s'il identifiait la partie de la livraison comportant un défaut ; sans que le vendeur ne devienne propriétaire dans l'indivision de la quantité globale livrée comme le retiennent certains Diligents. En revanche, si la quantité livrée s'avère inférieure à celle du descriptif, le vendeur remboursera le prorata du prix au cas où la différence est minime et, au cas où la différence est significative, l'acheteur pourra accepter la solution de remboursement proportionnel comme il pourra résoudre la vente. S'il s'agit d'un achat en bloc de plusieurs qualités spécifiées dans le descriptif, le prix sera ventilé sur la base des valeurs marchandes des quantités prévues dans le descriptif pour toutes les qualités. Ensuite, la règle précédente s'appliquera à l'estimation de la part du prix correspondant à la qualité pour laquelle la livraison comporte une quantité manquante par rapport au descriptif. Enfin, la Moudawwana rappelle la règle de la transmission du risque de la chose que nous verrons en seconde partie et rappelle également que toutes ces règles sont applicables quand la chose est non Désignée en expliquant succinctement la difficulté juridique en cas de chose Désignée. Au-delà de ces trois exemples illustratifs, il faudrait apprécier maintenant l'éventuel choix de la Moudawwana comme référence à notre contractualisation.

349. Adéquation du corpus du fondateur au besoin de cette thèse. Comme nous l'avons fait pour le Mouwatta, nous apprécions ici l'utilité de la Moudawwana comme référence contractuelle dans cette thèse. Il paraît clair que cette œuvre bien qu'elle soit plus explicite demeure quand même de la matière brute par rapport à ce qu'un juge européen peut considérer comme une bonne référence interprétative contractuelle. En conséquence, on gardera à l'esprit que la Moudawwana est plus appropriée que le Mouwatta dans ce corpus du fondateur du rite pour le besoin de cette thèse mais nous continuons notre recherche, cette fois, dans les ouvrages des disciples adeptes du malikisme (sous-section 2).

Sous-section 2. Complément encyclopédique des disciples

350. Critères de sélection dans la bibliographie volumineuse des auteurs malikites. En termes de textes législatifs, le corpus du fondateur a mis l'accent sur la Sunna car elle apporte, plus que le Coran, les détails nécessaires à la définition précise de l'objet, du

¹⁶⁴⁹ Cette règle serait d'ailleurs la même pour le remboursement des prêts accepté par le créancier en faisant confiance au débiteur sans vérification séance tenante. Ainsi, en cas de contestation postérieure à ce remboursement par le créancier, qui ne disposerait pas de preuve comme des témoins du remboursement qui ne l'ont pas perdu de yeux jusqu'à sa vérification par le créancier, la parole suivie est celle du débiteur.

caractère et des Modalités des règles juridiques. En outre, la Sunna authentique n'était pas diffusée avant l'arrivée de Malik et c'est lui-même qui s'est chargé de combler cette lacune qui ne pouvait être comblée avant que le Coran ne soit bien diffusé pour éviter toute confusion¹⁶⁵⁰. Cependant autant l'apport de la Sunna est essentiel pour établir dans le détail les règles de droit, autant le Coran est capital pour saisir les Motifs législatifs de ces règles ainsi que leurs contenus importants. C'est pour cela que l'exégèse du Livre sacré nous a paru un bon critère à explorer dans notre recherche de la référence interprétative de la contractualisation étudiée dans cette thèse (A). Cependant et bien que nous ne puissions pas occulter l'exégèse coranique, la codification de l'ordre juridique malikite (B) que nous avons introduite comme phase du développement de ce rite paraît clairement le critère le plus proche de notre besoin pour ce travail.

A. Exégèses du Coran

351. **Ouvrage fondamental de Qurtubî.** Notre étude de l'adéquation des exégèses comme référence de la contractualisation sera approchée par les travaux, sur lesquels s'appuient les jurisconsultes sunnites à travers le monde, entrepris par les deux auteurs ben Achour et Qurtubî. C'est avec ce dernier que nous commençons l'analyse. Ce savant Malikite, né à Cordoue en Andalousie mais qui a terminé sa vie en Égypte où il est décédé en H-671 (G-1273), est un expert de l'exégèse du Coran sous l'angle des règles de droit qu'il contient avec une approche comparée entre les rites¹⁶⁵¹. Comme beaucoup de ces successeurs, Diligents de tous les rites sunnites (notamment malikites, chafiites et Hanbalites¹⁶⁵²), ont reconnu son autorité et l'ont souvent utilisé comme référence dans l'interprétation des versets législatifs du Coran, il est considéré de nos jours comme le plus grand spécialiste dans ce domaine¹⁶⁵³. Bien que ceux qui ont ouvert la voie avant lui de l'exégèse juridique lui ont servi de source comme ibn-al-Arabi et ibn-Attia¹⁶⁵⁴ (inspiré à son tour du tunisien Mahdaoui¹⁶⁵⁵ du H-Ve), Qurtubî les a clairement surclassés dans son œuvre¹⁶⁵⁶ par sa présentation encyclopédique et ses analyses législatives pertinentes. Ce travail exceptionnel a été, en quelque sorte, actualisé au siècle

¹⁶⁵⁰ Voir supra § 201.

¹⁶⁵¹ Meftah SENOSSI BELAÂME مفتاح السنوسي بلعم, [Qurtubî : sa vie, son œuvre et sa méthode d'exégèse] : القرطبي : حياته وأثره العلمية ومنهجه في التفسير, Libye : Université Khan Younès Benghazi, 1998 (vol. 1/1), p. 289.

¹⁶⁵² Ibid., p. 291-293, 297, 302.

¹⁶⁵³ Ibid., p. 290.

¹⁶⁵⁴ Deux savants andalous contemporains qui ont précédé Qurtubî d'un siècle et demi.

¹⁶⁵⁵ SENOSSI BELAÂME مفتاح السنوسي بلعم, op. cit. (note 1651), p. 221-223.

¹⁶⁵⁶ QURTUBÎ القرطبي محمد بن احمد, op. cit. (note 1112).

dernier par un autre auteur malikite mondialement reconnu par les jurisconsultes sunnites, indépendamment de leurs rites.

352. Monument actualisant de ben Achour. D'une famille d'origine andalouse établie à Tunis depuis H-1060¹⁶⁵⁷, cet illustre recteur de l'université de la Zitouna est contributeur de cet ouvrage immense de onze mille pages dont plusieurs centaines de pages consacrées aux versets sources de droit économique. Auteur du H-XIV^e siècle (1296-1394) et du G-XX^e siècle (1879-1973¹⁶⁵⁸), son exégèse du Coran « Ettahrir wa Ettanouir¹⁶⁵⁹ », éditée en 1997, est une œuvre inégalée depuis des siècles. Ses connaissances et compétences reconnues par ses pairs, comme le recteur d'al-Azhar Khedir Hussein¹⁶⁶⁰, le place clairement comme le brillant Diligent malikite du XX^e siècle. Ces compétences, rajoutées à celles de Qurtubî, peuvent être illustrées sur les deux thèmes de l'Usure et de la preuve de la dette, pertinents à cette thèse.

353. Convergence entre Qurtubî et ben Achour pour le droit de l'Usure. Bien qu'il soit comme Qurtubî adepte des méthodes créatrices de droit de la Diligence malikite, ben Achour tout en arrivant souvent aux mêmes règles juridiques éclaire toujours d'autres aspects que ceux abordés par Qurtubî qui ne sera cité que succinctement. À titre d'exemple, sa citation de Qurtubî ne dépasse pas les sept lignes sur la dizaine de pages qu'il consacre à l'exégèse des versets 275-279 relatifs à l'Usure dans la sourate II dont le texte est :

« Ceux qui se nourrissent de l'usure... 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... gardera ce qu'il a gagné... Renoncez... à ce qui vous reste des profits de l'usure. » ... « Si vous vous repentez, votre capital vous restera. Ne lésez personne et vous ne serez pas lésés¹⁶⁶¹. »

354. Comparaison de la définition de l'Usure par Qurtubî et ben Achour. Même si le contexte de révélation de ces versets se rapporte à l'Usure de dette, Qurtubî commence par expliquer que la signification linguistique du terme « usure » est plus générale car elle s'étend à toute augmentation d'une chose, d'un actif ou d'un patrimoine ; il arrive même, rarement il

¹⁶⁵⁷ Mahmud BOÛDANI بُعْدَانِي, [Inimitabilité du Coran chez l'imam ben-Achour] إعجاز القرآن الكريم عند الإمام بن عاشور, Arabie Saoudite : KSU, H 1435 (vol. 1/1), p. 33.

¹⁶⁵⁸ Ibid., p. 32.

¹⁶⁵⁹ Mohamed Taher BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Exégèse du Coran « Ettahrir wa Ettanouir »] تفسير التحرير والتنوير, Tunisie : Maison Souhoun, 1997 (vol. 1-12/12).

¹⁶⁶⁰ BOÛDANI بُعْدَانِي, op. cit. (note 1657), p. 38.

¹⁶⁶¹ MASSON, op. cit. (note 1129), p. 59-60, § 275-279.

est vrai, que le Coran utilise ce mot dans un sens encore plus général allant jusqu'à couvrir tout gain illicite. En droit, la typologie simplifiée présentée par Qurtubî rajoute à l'Usure de dette, l'Usure quantitative de vente en précisant que la plupart des contrats de vente illicites ont une Cause commune avec ces deux types d'Usure induisant une augmentation du principal du capital ou un avantage en contrepartie d'un délai. Ben Achour va dans le même sens tout en présentant une typologie plus détaillée¹⁶⁶² et cite Averroès-grand-père qui rapporte dans son explication de la Moudawwana que le calife Omar, compagnon réputé du Prophète (bsl), a indiqué que la révélation tardive de certains versets de l'Usure n'a pas permis à la Sunna d'explicitier tous ses cas d'application. Cette révélation tardive a fait que certains compagnons n'étaient pas tout-à-fait au courant des Modalités d'application comme l'indique Qurtubî à propos de Muâwiyah ibn-abi-Sufyân, alors gouverneur de Syrie avant de devenir premier calife des omeyyades. Toutefois, ibn-al-Arabi recense 56 Sunna se rapportant à ce sujet parmi lesquelles six textes sont importants selon ben Achour dont celui de Aïcha, épouse du Prophète (bsl), qui interdit pour cause d'Usure le rachat au comptant pour un montant plus faible de ce qu'on a vendu avec un paiement à terme. Ce texte est un fondement de la jurisprudence du Mouwatta et de la Moudawwana que nous venons de voir dans la sous-section précédente.

355. Comparaison du Motif de l'interdiction de l'Usure par Qurtubî et ben Achour. Qurtubî explique que le contre-argument des usuriers pour refuser l'interdiction est de dire que l'augmentation du principal d'une créance de vente en contrepartie de l'extension du délai de paiement est comme la fixation d'un prix de vente supérieur au prix de revient lors de la conclusion de la vente. Ben Achour rajoute, comme explication de ce contre-argument, que de la même façon que le prix de vente est une contrepartie des coûts de la chose et éventuellement du délai de paiement accordé, l'Usure est une contrepartie du décalage de l'échéance de remboursement et, par conséquent, si l'Usure était interdite alors la vente devrait l'être aussi ce qui serait absurde. La réponse à ce contre-argument, non explicitée dans le Coran dans sa réponse de principe, est implicite selon Qurtubî dans le verset suivant qui explique que le débiteur qui n'a pas les moyens d'honorer le remboursement de sa dette à l'échéance doit bénéficier gratuitement d'un délai supplémentaire pour l'aider et non pas être puni par une augmentation de ce qu'il doit. Ben Achour ajoute en conséquence que la distinction de principe est que dans la dette, qu'il s'agisse de décalage d'échéance ou de nouveau prêt, le créancier traite avec un débiteur faible. C'est ce qui classe le crédit dans l'entraide qui ne mérite pas rémunération et qu'en dehors de ce cadre, le crédit à celui qui n'est pas dans le besoin en voulant

¹⁶⁶² Voir infra § 538-541.

notamment développer son entreprise n'est pas demandé par la Charia. En revanche, la situation dans la vente est différente car chacun des contractants a une ressource dont il n'a pas besoin qu'il souhaite échanger contre la ressource de l'autre dont il a besoin¹⁶⁶³, ce qui fait que la transaction se fait ici entre « riches » possédant des extras dont ils peuvent se passer. Ben Achour conclut par une citation des méfaits de l'autorisation de l'Usure qui incitent les capitalistes à ne pas produire ce dont l'humanité a besoin en arrêtant le travail, à affaiblir l'entraide et à accaparer les maigres ressources des pauvres. En un certain sens, c'est l'inégalité que l'économiste contemporain Piketty démontre actuellement, surtout quand le capital initial est élevé, en prouvant que le taux de rendement de capital est en réalité supérieur au taux de croissance¹⁶⁶⁴ ; or, il semble évident, que le premier taux est déterminé par le taux d'intérêt dans notre économie de crédit¹⁶⁶⁵. C'est pour toutes ces raisons que la Sunna du pèlerinage d'adieu¹⁶⁶⁶, citée par Qurtubî, vient confirmer l'application de cette Interdiction de l'Usure en annulant l'intérêt de toutes les dettes non encore réglées en commençant par celle de l'oncle du Prophète (bsl). Quant à la réponse coranique de principe « *Dieu a permis la vente* », Qurtubî préfère la qualifier non pas de texte Indéfini, qui n'a aucune portée en droit sans ses textes d'application qui précisent ce qui est permis, mais de règle générale qui autorise toute vente sauf dérogations dûment justifiées par des législations spécifiques. Ben Achour va dans le même sens en rajoutant une explication linguistique supportant cette interprétation.

356. Comparaison de l'effet de l'interdiction de l'Usure par Qurtubî et ben Achour. Le verset « *Celui qui renonce au profit de l'usure... gardera ce qu'il a gagné... Renoncez... à ce qui vous reste des profits de l'usure.* » est, selon ben Achour, le fondement des effets juridiques des contrats qui s'avèrent invalides. Par exemple et contrairement à la vente valide, le risque de la chose objet d'une vente invalide ne sera transféré qu'avec la délivrance et non pas avec la conclusion du contrat. De même, le transfert à un tiers [de bonne

¹⁶⁶³ Dont l'équilibre des forces sera arbitré par le marché, est-on tenté d'ajouter.

¹⁶⁶⁴ Thomas PIKETTY, *Le capital au XXI^e siècle*, Paris : Éditions du Seuil, 2013 (Les livres du nouveau monde), p. 55-56. HB501 .P436 2013.

¹⁶⁶⁵ Même si cet ouvrage dévoile plus loin qu'à une certaine époque du XX^e, l'État a pu baisser le rendement de sa dette en relançant l'inflation par la création monétaire, « rien ne garantit que la répartition du capital hérité ne finira pas par retrouver ses sommets inégalitaires du passé ». En effet et à mon avis, les détenteurs de capital ont trouvé la parade depuis longtemps pour les emprunteurs privés, par le système des taux variables et par l'anticipation de l'inflation dans le taux d'intérêt, ainsi que pour les emprunteurs publics, en prêtant quand c'est possible en une monnaie non contrôlée par les emprunteurs. Dans ces conditions, l'inflation ne taxera que la partie négligeable de richesse oisive du capital non géré ce qui n'empêchera pas le revenu du capital rémunérant « le simple fait de posséder ce capital, indépendamment de tout travail » de favoriser les rentiers en s'éloignant de l'idéal démocratique de la méritocratie comme le constate Piketty : *Ibid.*, p. 325, 560, 671 et 725. On est loin du système islamique authentique qui ne laisse au capitaliste que le choix de faire fructifier son capital par son travail ou par le travail des entrepreneurs en partageant avec eux les profits et les pertes.

¹⁶⁶⁶ Quelques mois avant le décès du Prophète.

foi] de la propriété de la chose obtenue par un contrat invalide rend impossible sa restitution en nature ; le remboursement du principal du capital ou l'indemnisation de la valeur de la chose impossible à restituer deviennent alors les seuls remèdes de l'invalidité. Enfin, Qurtubî explique que la fin du verset « *Ne lésez personne et vous ne serez pas lésés* » veut dire que le débiteur en difficulté ne sera pas lésé par l'Usure en rajoutant à ses difficultés et le créancier ne sera pas lésé par les mauvais payeurs qui doivent respecter l'échéance et payer totalement le principal¹⁶⁶⁷. Cet exemple de l'Usure qui illustre la convergence et la complémentarité de ces deux auteurs de l'exégèse n'exclut pas la possibilité, exceptionnelle il est vrai, de leur divergence.

357. Illustration de la divergence de Qurtubî et ben Achour. L'un des rares thèmes de divergence entre ces deux maîtres malikites de l'exégèse, significatif pour notre propos dans cette thèse, serait celui du procédé de la preuve en termes de dettes qui est abordé dans les versets suivants :

« Si votre débiteur se trouve dans la gêne, attendez qu'il soit en mesure de vous payer. Si vous faites l'aumône en abandonnant vos droits, c'est préférable pour vous¹⁶⁶⁸ » ... « Écrivez la dette que vous contractez et qui est payable à une échéance déterminée ... Demandez le témoignage ... N'hésitez pas à écrire cette dette, petite ou grande, en fixant son échéance ... à moins qu'il ne s'agisse d'un marché que vous concluez immédiatement entre vous. Il n'y a pas alors de faute à vous reprocher, si vous ne l'inscrivez pas ... Si vous êtes en voyage et que vous ne trouvez pas d'écrivain, vous laisserez des gages ...¹⁶⁶⁹ ». Masson continue sa traduction de ce dernier verset par une expression discutable disant « *Si l'un d'entre vous confie un dépôt à un autre, celui qui a reçu le dépôt devra le restituer¹⁶⁷⁰* » ; or comme nous allons le voir ci-dessous ce n'est pas du tout le sens retenu ni par Qurtubî ni par ben Achour.

358. Avis de Qurtubî sur l'exigence de la preuve écrite des dettes. Qurtubî s'aligne sur l'avis de la majorité des Diligents qui retiennent que la preuve écrite n'est pas Obligatoire lors de la contraction de la dette mais simplement Désirable. Il précise que cette Désirabilité de l'écrit est écartée en cas d'indisponibilité d'écrivains, comme dans le cas des

¹⁶⁶⁷ QURTUBÎ محمد بن احمد القرطبي, *op. cit.* (note 1112), p. 331-333, 338-339, 348, v. 3 ; MOHAMED TAHER BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, *op. cit.* (note 1565), p. 95, v. 3.

¹⁶⁶⁸ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 60, § 280.

¹⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 61-62, § 282-283.

¹⁶⁷⁰ *Ibid.*, p. 62, § 280.

voyages, la prise en dépôt d'un gage devient alors Désirable. Quant à la traduction par Masson de la dernière phrase du verset utilisant le terme « *dépôt* » en la rattache à la phrase parlant du gage, elle n'est que la dernière branche de l'alternative présentée par Qurtubî qui met en avant l'autre interprétation qui rattache cette dernière phrase à la phrase commençant par « *Écrivez la dette* ». Sur cette base, ce que retient Qurtubî est que, en laissant de côté les transactions au comptant, le créancier peut faire confiance à son débiteur sans exiger ni un contrat de crédit écrit ni un gage mais il est Désirable qu'il sécurise sa créance par l'un et/ou l'autre de ces deux procédés selon les circonstances. Il ajoute toutefois que la dernière phrase du verset a une portée générale bien qu'elle soit complémentaire du premier verset actant la Désirabilité de l'écrit en envisageant le cas de confiance où l'écrit n'a pas été effectué malgré sa Désirabilité. Cette portée générale consiste dans l'Obligation d'honorer la confiance de l'un des contractants envers l'autre que ce soit pour rembourser la dette par le débiteur ou, lors de ce remboursement, pour rendre le gage par le créancier¹⁶⁷¹. Ainsi la dernière phrase du verset serait mieux traduite par :

« Si l'un fait confiance à l'autre, celui qui a bénéficié de cette confiance doit se montrer digne en respectant le droit de l'autre » au lieu de *« Si l'un d'entre vous confie un dépôt à un autre, celui qui a reçu le dépôt devra le restituer »* comme le retient Masson.

359. Apport de ben Achour à l'exégèse des versets de la preuve des dettes. En commençant dans l'ordre de ces versets par la preuve en termes de remise de dette, ben Achour nous indique dans un autre ouvrage que la règle générale pour la validité des dons est le témoignage¹⁶⁷² ; cependant, nous verrons en deuxième partie, que la remise de dette qui est qualifiée également de don nécessite pour sa validité l'accord du débiteur. Passons maintenant à la preuve de la dette elle-même en commençant d'abord par la dernière phrase pour laquelle nous avons proposé une traduction de substitution à celle de Masson, ben Achour indique à son sujet qu'elle constitue une règle législative autonome. D'une portée générale, cette phrase relative à une législation autonome concerne toute dette ; elle est donc notamment applicable à l'obligation de remboursement de la dette non garantie par un gage comme elle l'est à celle de restitution du gage lors du remboursement de la dette correspondante. Ainsi, cette dernière phrase n'est pas spécialement un complément pour la règle du gage qui la précède, comme l'a

¹⁶⁷¹ QURTUBÎ محمد بن احمد القرطبي, *op. cit.* (note 1112), p. 364, 394-395, v. 3.

¹⁶⁷² BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Objectifs de la Charia « *Maqāṣid aš-šarī'a al-islāmīya* »] مقاصد الشريعة الإسلامية, *op. cit.* (note 1088), p. 215.

comprise Masson en suivant Tabari, ni un complément justifiant la règle du début du verset relative à la preuve écrite des dettes en expliquant sa Désirabilité, comme semble préférer Qurtubî. Pourtant, cette dernière hypothèse est la plus cohérente avec le choix du caractère Désirable pour la preuve écrite qui est l'avis des quatre imams fondateurs de rite, y compris Malik mais pas de tous les Diligents même parmi les compagnons, comme abi-Saïd al-Khudri, et jusqu'à Tabari, auteur de la fameuse exégèse de la fin du H-III^e siècle. Pour ces derniers¹⁶⁷³, suivis par ben Achour, la preuve écrite des dettes est Obligatoire et non pas seulement Désirable et c'est pour cela que la dernière phrase du verset agit non pas comme un texte explicatif complémentaire mais comme une règle législative autonome qui est citée ici en tant que dérogation à l'obligation de la preuve écrite en cas de confiance dans le débiteur¹⁶⁷⁴.

360. Proposition d'une Qualification de la preuve écrite de la dette. L'autorité de ben Achour dans le rite malikite est telle qu'ibn-Taher, auteur malikite de ce G-XXI^e siècle, se réfère à l'avis précité de ben Achour relatif au caractère Obligatoire de la preuve écrite de la dette¹⁶⁷⁵. Effectivement, étant donné le niveau de Diligence dans le rite Malikite de ben Achour, l'avis de ce dernier peut être considéré comme une actualisation de la jurisprudence malikite, correspondant au changement de circonstances intervenu à notre époque, en l'absence d'avis contraire d'autres Diligents contemporains à ben Achour. Cependant et sans que la proposition de Qualification que nous faisons ici soit une Fatwa, il semble possible de présenter une Qualification pertinente qui rapproche au sein du rite malikite l'avis traditionnel prônant le caractère Désirable de cette règle et l'avis récent prônant le caractère Obligatoire. En effet, l'impératif dans le début du verset « *Écrivez la dette que vous contractez* » s'adresse plus au débiteur qu'au créancier comme le précise ben Achour qui estime que « c'est au débiteur de demander au créancier d'établir par écrit un contrat de crédit même si le créancier ne l'exige pas¹⁶⁷⁶ ». On pourrait donc retenir le caractère Obligatoire pour cette demande émanant du Débiteur en suivant l'opinion suivie par ben Achour. Quant à la suite accordée à cette demande par le créancier, qui n'est pas comme le débiteur le premier concerné par ce verset, il serait cohérent de garder le caractère Désirable retenu par la jurisprudence traditionnelle car pour le créancier ce caractère de la règle est soumis à deux Motifs agissant en sens opposé¹⁶⁷⁷. D'une part, le Motif de la protection du patrimoine du créancier nous guide vers un caractère

¹⁶⁷³ Énumérés par ben-Achour à huit Diligents auxquels s'ajoute Dawoud, le fondateur du zâhirisme.

¹⁶⁷⁴ MOHAMED TAHER BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, *op. cit.* (note 1565), p. 99-100, 122-124, v. 3.

¹⁶⁷⁵ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 326, v. 5.

¹⁶⁷⁶ MOHAMED TAHER BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, *op. cit.* (note 1565), p. 98, v. 3.

¹⁶⁷⁷ Voir supra § 197, 235.

Obligatoire de l'exigence du contrat écrit par le créancier et, d'autre part, le Motif d'aider le débiteur par un prêt qui peut devenir une donation nous incite à un caractère Facultatif ou même Indésirable de cet écrit. On pourrait alors estimer que le caractère Désirable de l'écrit serait le choix compromis entre ces deux Motifs opposés pour le créancier qui peut se le permettre. En synthèse la Qualification proposée serait que la demande de l'écrit par le débiteur serait toujours Obligatoire mais la suite favorable à cette demande par le créancier est simplement Désirable en l'absence de relations de confiance et Facultative s'il fait confiance au débiteur. Enfin, les mêmes règles seraient appliquées au gage en tant que substitut de l'écrit sachant, par ailleurs, que le gage demeure toujours possible même en présence de l'écrit ; ainsi, le gage lui-même sera soumis à la règle de l'écriture des dettes s'il est d'une valeur nettement supérieure à la dette qu'il garantit. À travers ces deux exemples relatifs à l'Usure et à la preuve, nous essayerons de déterminer l'utilité de ces exégèses à cette thèse.

361. **Apport des exégèses à cette thèse.** Le travail colossal de ben Achour apporte autant de richesse que celui de Qurtubî ; on ne peut donc les ignorer dans notre travail d'élaboration des règles malikites de la gestion de private-equity et notamment des règles nouvelles que la codification jurisprudentielle a pris du retard à intégrer. Cependant, l'apport de ces exégèses reste inadapté à ce travail en tant que source interprétative contractuelle car, en suivant l'ordre coranique des versets, la partie réservée au droit des relations économiques devient inextricable du reste pour le commun des juges ou, même, des experts judiciaires européens. L'exégèse est donc vraiment trop loin de l'organisation et de la précision de ce que peuvent avoir un code de droit ou une synthèse d'une règle jurisprudentielle. Ce que nous cherchons sera probablement mieux servi par la codification de la jurisprudence malikite dont le digne représentant est, comme nous l'avons vu¹⁶⁷⁸, le précis de Khalil (B).

B. Commentaires du précis de Khalil

362. **Jurisprudence antérieure au précis de Khalil.** À propos du Code civil vieux de deux siècles et en l'absence d'éventuelles réformes comme celle de 2016, le professeur Bertrand Fages a indiqué que c'est la jurisprudence qui a permis l'adaptation de ce code aux changements dictés par les époques¹⁶⁷⁹. A fortiori, pour un droit non civiliste à l'instar de la Common Law, c'est la jurisprudence qui permet l'adaptation qui, pour le rite malikite, est passée par plusieurs phases sur une période bien plus longue. Ainsi et comme nous l'avons

¹⁶⁷⁸ Voir supra § 282.

¹⁶⁷⁹ À propos du Code civil avant sa réforme en 2016 : voir FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 30.

vu¹⁶⁸⁰, ce n'est qu'à un stade avancé de l'évolution de la jurisprudence malikite qu'est apparue la codification comportant uniquement des règles « nues », dans le sens non accompagnées des méthodes de Diligence et des raisonnement juridiques qui ont permis de justifier l'aboutissement auxdites règles. Bien avant le commencement proprement dit de cette ère de codification, qui coïncide avec l'effondrement des États de Cordoue et de Kairouan¹⁶⁸¹, une première tentative fort appréciée même de nos jours a été réalisée par le précis d'ibn-abi-Zayd¹⁶⁸² au H-IV^e. La véritable codification commença ensuite en Égypte avec une première expérience réussie d'ibn-Shess sur le modèle de laquelle s'appuya ibn-al-Hajeb en fin du H-VI^e début VII^e. D'une part, ce dernier « condensa les méthodes et les réflexions des malikites sur les diverses questions¹⁶⁸³ » sur le plan des sources de droit. D'autre part, il condensa les règles de droit malikites proprement-dites, provenant des registres « mères¹⁶⁸⁴ », en un précis connu sous le nom de « Synthèse des sources mères¹⁶⁸⁵ ». Pendant un siècle, ce précis d'ibn-al-Hajeb est devenu la référence à laquelle s'intéressent plusieurs commentateurs parmi lesquels Khalil dont l'explication de cette Synthèse est considérée comme la plus réputée. Ce précis d'ibn-al-Hajeb est demeuré incontournable dans la jurisprudence malikite jusqu'à ce que ce même Khalil rédigea son propre précis au H-VIII^e¹⁶⁸⁶.

363. Forme du précis de Khalil. Commentant la dénomination de cette œuvre de Khalil par l'utilisation du terme le « précis », Bousquet estime que « “comprimé” vaudrait mieux, mais ce serait au-dessous de la vérité ». Il ajoute qu'on « ne peut rien imaginer ... de plus incompréhensible, fût-ce pour le plus grands des arabisants, que ce texte si l'on ne dispose pas d'un commentaire... d'une concision effroyable : un seul terme, souvent, indique tout un développement de pensée dont il n'est pas autrement question ». Bousquet ajoute en parlant de l'utilité des renvois entre paragraphes par Khalil : « On s'aperçoit une assez solide structure interne du système ; il faut souvent la connaître en entier pour saisir la solution de détail¹⁶⁸⁷ ». Usant d'une comparaison, Bousquet dit « ceci rappelle un peu ce qui se passe avec ces choses informes, desséchées et comprimées, d'origine japonaise, ou chinoise, qui une fois mises dans

¹⁶⁸⁰ Voir supra § 279, 282.

¹⁶⁸¹ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 227.

¹⁶⁸² Abd Allāh IBN ABĪ ZAYD AL-QAYRAWĀNĪ *علي بن أبي زيد القيرواني*, Ali ABU AL-HASSAN *علي أبو الحسن* et Ali AL-'ADAWĪ *علي العدوي*, [Explication annotée de l'Épître « Risālah »] حاشية شرح الرسالة, Maroc : dar al maarifa, 1998 (/2).

¹⁶⁸³ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 227.

¹⁶⁸⁴ Comme la Moudawwana et la soixantaine d'ouvrages lui servant de commentaire et de développement qu'ibn-al-Hajeb a synthétisé.

¹⁶⁸⁵ *جامع الأمهات* [Jama' al-ommahette]

¹⁶⁸⁶ DARDĪR *أحمد بن محمد الدردير* et al., *op. cit.* (note 1636), p. 19, v. 1.

¹⁶⁸⁷ KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 14.

l'eau, s'épanouissent et forment des fleurs ». « De même, l'horrible prose de Khalil, dissoute comme elle doit l'être dans un commentaire, reprend vie, et, pour celui qui l'a sue par cœur, le moindre mot évoque tout un développement. C'est en ce sens que le *Mokhtaṣar* [le précis] mérite sa grande réputation ». En effet, loin des moyens technologiques actuels, la mémoire était le seul recours pour tous les juristes¹⁶⁸⁸ pour maîtriser le droit et c'est pour cela que les précis, comme celui de Khalil, sont conçus comme un ensemble de mot clés rédigés en phrases et regroupés en paragraphes qui facilitent la mémorisation. Ainsi, ce comprimé, envisagé sous un certain angle, apparaît à Bousquet comme un petit chef-d'œuvre qui justifie sa haute réputation. « on affirme qu'il contiendrait cent mille propositions explicites, et autant d'implicites, ce qui me paraît exagéré, mais il en contient certainement un nombre extraordinaire¹⁶⁸⁹ ». Dans ces conditions, un chercheur de notre époque, comme l'était Bousquet dans les années 1940/1950, qui ne peut être intéressé par la mémorisation ne peut percevoir une utilité qu'en étudiant les commentaires de ce précis et non pas le précis lui-même.

364. Valeur du précis de Khalil. Allant plus loin qu'ibn-al-Hajeb, Khalil prenait un grand soin à ne retenir que les jurisprudences faisant autorité dans le rite. Sans cela, cette œuvre n'aurait pas pu rester jusqu'à ce jour la référence phare de la jurisprudence malikite. Cependant et compte tenu de sa forme compressée, ce précis de Khalil n'est exploitable que par sa « dissolution » dans les explications de ses commentateurs dont le plus illustre est Dardir auteur de « La grande explication du précis de Khalil ». En effet et bien que chacun de ses commentateurs, qui dépassent la centaine, ait fait un apport, seules l'œuvre de Dardir et celle de Hattab sont admises d'une façon inconditionnelle dans les avis juridiques car les avis basés sur toutes les autres, même celles de Zurqani et d'al-Khorachi, ne sont utiles que dans la mesure où ils ne sont pas contradictoires avec les deux œuvres précitées¹⁶⁹⁰.

365. Valeur des deux œuvres de Dardir, commentateur réputé de Khalil. La tradition de la Zitouna¹⁶⁹¹ utilise prioritairement l'œuvre de Dardir « La grande explication du précis de Khalil¹⁶⁹² » telle que annotée par Dasuqi ou sa synthèse du précis de Khalil « Les plus courts chemins » telle que commentée par Dardir lui-même dans « l'Explication succincte » et annotée par Sawi¹⁶⁹³. Ce dernier ouvrage, édité à nouveau en 2013, qui se base sur cette

¹⁶⁸⁸ Praticiens, chercheurs ou enseignants.

¹⁶⁸⁹ KHALIL IBN ISHAK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 9-10.

¹⁶⁹⁰ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 20-21, v. 1.

¹⁶⁹¹ Telle qu'elle est rapportée par mes professeurs, anciens de la Zitouna.

¹⁶⁹² AL-DASUQI محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275).

¹⁶⁹³ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636).

actualisation du précis de Khalil « Les plus courts chemins » dénommée en arabe « *Aqrab Al-Massalik* », est d'ailleurs devenu au XX^e siècle la référence de l'enseignement à la Zitouna¹⁶⁹⁴ en remplacement du premier ouvrage de « La grande explication ». Surnommé à son époque le « petit Malik » en référence au fondateur de l'école malikite, Dardir a synthétisé dans son précis correcteur, qu'il a dissout lui-même dans ses commentaires, l'état de l'art en G-1778. Son ouvrage est donc un condensé de mille années de jurisprudence malikite depuis l'époque de l'imam Malik (711-795) en passant par celle de Khalil (décédé en 1365) et jusqu'à celle des quatre derniers siècles précédents ce précis de Dardir. Cette édition 2013 de « *Aqrab Al-Massalik* » comprend aussi des commentaires faits par Sawi (1761-1825) ce qui nous emmène au XIX^e siècle et, récemment, par Muhammad Mubarak (1903-1984) avec des annotations de Mustapha Kamel Wasfi (contemporain) ce qui nous emmène au XXI^e siècle¹⁶⁹⁵. Cette œuvre imposante de quatre mille pages¹⁶⁹⁶ comprend plus de mille pages sur le droit économique islamique et sert de nos jours de référence¹⁶⁹⁷ à tous les auteurs malikites de droit comme les commentateurs contemporains de Qarafi en ce début du XXI^e siècle¹⁶⁹⁸. De même, l'auteur contemporain ibn-Tahir actualise légèrement l'ouvrage de Dardir « *Aqrab Al-Massalik* » en y ajoutant les justifications et logiques d'interprétation développées depuis Malik et jusqu'à ben Achour¹⁶⁹⁹. Cette légère actualisation du précis de Dardir est réalisée par ibn-Tahir dans l'édition 2009 du « *Fiqh al-Maliki wa Adalatuhu*¹⁷⁰⁰ », un ouvrage d'environ trois mille pages qui comprend également un millier de pages sur le droit économique islamique. Outre l'enrichissement par ses commentateurs, le précis de Khalil a également bénéficié de l'apport de ses traducteurs, notamment par le doyen Bousquet et le docteur Perron.

366. Appréciation de la traduction de Khalil par Bousquet. Dans son travail de traduction de Khalil, Bousquet a eu recours à trois commentateurs en s'appuyant (i) principalement sur « *Jawaher el-Iklîl* » [les Perles du Diadème] de Salah abd-Essamîh al-Obbi, (ii) rarement sur la traduction italienne de Guidi et (iii) exceptionnellement sur la traduction

¹⁶⁹⁴ Avant que l'État ne prenne le contrôle de l'université privée de la Zitouna et qu'il ne confisque son autofinancement par des fiducies et des trusts fondés pendant les douze siècles de son existence.

¹⁶⁹⁵ Il est vrai, cependant, que la contribution jurisprudentielle depuis Sawi, dans le XIX^e, est bien maigre sur certains thèmes nouveaux.

¹⁶⁹⁶ Constituée donc d'une consolidation de cinq livres : (1) le précis par Dardir ; (2) son explication, également par Dardir, aboutissant à un texte fusionné avec le précis appelé « l'Explication succincte » qui serait équivalent aux codes de droit français ; (3) le premier commentaire sous-forme d'annotations par Sawi ; (4) le deuxième commentaire sous-forme d'annotations par Mubarak et, enfin, (5) les annotations occasionnelles de Wasfi.

¹⁶⁹⁷ Même en s'arrêtant aux annotations de Sawi.

¹⁶⁹⁸ À titre d'exemple, voir le commentateur d'une édition récente de QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1025 et 1683-1684.

¹⁶⁹⁹ Voir supra § 359-360.

¹⁷⁰⁰ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424).

française de Perron¹⁷⁰¹. Autant dire que sur le fond, le seul soutien du travail de Bousquet est le commentaire succinct du précis réalisé par abd-Essamîh al-Obbi en 1914 et imprimé en 1929¹⁷⁰². Ce même commentateur a d'ailleurs réalisé un commentaire, également succinct, du précis d'ibn-abi-Zayd¹⁷⁰³ qui est adapté à l'apprentissage mais qui ne peut servir de référence pour les avis juridiques pour lesquels on recourt généralement au commentaire d'Al-Adawi¹⁷⁰⁴. De la même façon, l'ouvrage « Jawaher el-Iklîl » utilisé par Bousquet serait une bonne base comme introduction à l'étude du précis de Khalil, ou comme synthèse des commentaires précités de Dardir tels que annotés qui font autorité dans l'émission des avis juridiques, mais ne peut servir de base à une opinion. Par conséquent et bien qu'il soit utile à la traduction, l'ouvrage de Bousquet ne peut être utilisé comme une référence contractuelle comme dans cette thèse notamment pour des sujets subtils comme les montages de financement usant de l'Înah¹⁷⁰⁵.

367. Traduction par Bousquet de la validité du montage de l'Înah. Sur cette question de l'Înah, Bousquet s'exprime ainsi : « Il est licite à celui à qui on demande une marchandise, d'acheter celle-ci, en vue de la revendre à l'intéressé, contre une valeur donnée, encore qu'une partie de ce prix soit payable à terme : il est blâmable [Indésirable] de dire : “prends pour 100 ce qui avait été vendu pour 80”... ; ceci contrairement au cas où on dit : “achète-la pour 10 au comptant ; et je la prendrai pour 12 à terme¹⁷⁰⁶” ». En lisant cette traduction de Bousquet, on comprend que selon le cas, l'Înah peut être soumise à l'un des trois caractères : Facultatif, Indésirable (blâmable dans le langage de Bousquet) et Interdit. On comprend également que le cas intermédiaire que nous avons souligné est Indésirable mais on a du mal à saisir le sens : qui dit « prends pour 100 ... » ? et dans quel contexte ? Cette traduction obscure de Bousquet traduit probablement le manque de clarté de son commentateur de référence abd-Essamîh al-Obbi. Sans suivre Bousquet, le commentaire de ce dernier serait mieux traduit par « Il est blâmable que celui à qui on demande de prêter 80 pour un mois dise “ achète pour 100 ce qui se vend comptant à 80”¹⁷⁰⁷ ». Là, on comprend que c'est celui à qui on demande de prêter 80 avec un remboursement à terme qui dit « prends pour 100 etc. » mais

¹⁷⁰¹ KHALÎL IBN ISHÂK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 12.

¹⁷⁰² KHALÎL IBN ISHÂK' AL-JUNDÎ خليل ابن إسحاق et SALAH ABD-ESSAMÎH AL-OBBI صالح عبد السميع الأبي, [Les Perles du Diadème « jawaher el-Iklîl »] جواهر الإكليل, Egypte : Dar al-Koutoub al-Gharbia, 1929.

¹⁷⁰³ Que j'ai étudié dans les années 1970 auprès d'anciens professeurs de la Zitouna.

¹⁷⁰⁴ IBN ABÎ ZAYD AL-QAYRAWÂNي ابن أبي زيد القيرواني et al., *op. cit.* (note 1682).

¹⁷⁰⁵ Voir infra § 586-596.

¹⁷⁰⁶ Al-Jundî KHALÎL IBN ISHÂK' et Georges-Henri BOUSQUET, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imâm Mâlek. 3, Le patrimoine*, Alger, Algérie : éd. Algérienne En-Nahdha, 1961, p. 18.

¹⁷⁰⁷ KHALÎL IBN ISHÂK' AL-JUNDÎ خليل ابن إسحاق et SALAH ABD-ESSAMÎH AL-OBBI صالح عبد السميع الأبي, *op. cit.* (note 1702), p. 35, v. 2.

on ne comprend toujours pas bien le contexte. C'est seulement en revenant au commentaire de La grande explication de Dardir telle que annotée par Dasuqi¹⁷⁰⁸ que l'on comprend bien ce cas de figure Indésirable (blâmable). En fait celui à qui on demande de prêter 80 avec le remboursement de 100 à terme refuse car c'est clairement un cas illicite d'Usure mais il propose au demandeur d'arriver au même résultat autrement en lui achetant une marchandise dont il dispose actuellement pour un prix à terme de 100 et en la revendant immédiatement au comptant sur le marché où elle vaut 80. Ainsi le bilan de l'opération pour le demandeur de crédit est de déboursier à terme 100 pour son vendeur et de recevoir 80 immédiatement en revendant la chose au marché (et non pas à son vendeur car il tomberait dans le cas illicite décrit par Khalil dans son chapitre précédent) ; la chose ne fait que transiter par le demandeur de crédit car il n'en a pas besoin. Par cet exemple, on peut comprendre la limite de la portée de la traduction de Bousquet pour cette thèse, une limite reconnue d'ailleurs par l'auteur lui-même¹⁷⁰⁹.

368. Appréciation de la traduction de Khalil par Perron. En parlant de Perron, Docteur en médecine, et de lui-même, professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques d'Alger, Bousquet estime que « le premier savait l'Arabe mais n'avait pas la formation juridique et islamologique requise, le second ayant celle-ci, mais non une connaissance suffisante dans le domaine linguistique ». Il ajoute en parlant de la traduction de Perron « je la considère comme périmée...Par contre...certains passages de ses notes et éclaircissements à la fin de chaque volume, méritent encore d'être lus... Une Table du Précis qui...peut rendre et rendra de grands services¹⁷¹⁰ ». C'est pour ces raisons que nous n'avons pas fait dans cette thèse un grand usage de cette traduction qui mérite pourtant le respect car il s'agit d'un travail colossal en six volumes¹⁷¹¹ qui devrait faire l'objet d'une annotation par un

¹⁷⁰⁸ AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 89, v. 3.

¹⁷⁰⁹ « Ma version n'est donc pas du tout, à propos de Khalil, une tentative pour donner une exposition quelque peu détaillée de la loi malékite : j'ai entendu traduire Khalil, et voilà tout » : voir KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 12.

¹⁷¹⁰ *Ibid.*, p. 11.

¹⁷¹¹ KHALĪL IBN ISHĀK et PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 1), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, *op. cit.* (note 1349) ; Al-Jundī KHALĪL IBN ISHĀK et Nicolas PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 2), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 2/7) ; Al-Jundī KHALĪL IBN ISHĀK et Nicolas PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 3), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 3/7) ; Al-Jundī KHALĪL IBN ISHĀK et Nicolas PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 4), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 4/7) ; Al-Jundī KHALĪL IBN ISHĀK et Nicolas PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 5), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 5/7) ; Al-Jundī KHALĪL IBN ISHĀK et Nicolas PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 6), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 6/7).

juriste pour bien préciser les règles de droit sans perdre la richesse de cette recherche admirable. Avec cette appréciation des traducteurs, nous arrivons au terme de cette troisième et dernière section de ce chapitre dont nous devons dresser le bilan par rapport à l'objectif que nous lui avons assigné.

369. **Choix de la référence d'interprétation de la conformité dans cette thèse.**

Après avoir étudié en profondeur la jurisprudence malikite en commençant par ses rapports avec la hard law des rites d'une part et avec la soft-law de l'AAOIFI d'autre part, puis en identifiant ses piliers de références, il est clair que parmi ces derniers se trouve ce dont on a besoin ici. En effet, les besoins de la contractualisation de la gestion de notre holding nécessitent une référence interprétative précise ; or, dans cette catégorie, l'autorité plaide en faveur des commentaires du précis de Khalil¹⁷¹² dans l'ordre auquel nous avons abouti après cette longue analyse. Cet ordre se présente comme suit : les deux œuvres de Dardir (la succincte puis la grande), celle de Hattab, celle d'al-Khorachi puis celles des autres commentateurs du précis de Khalil. Ces références sont complétées par les méthodes de Qualification du chapitre précédent qui permettent de rattacher nos situations réelles contemporaines aux règles figurant dans lesdites références et, le cas échéant, de proposer de nouvelles règles pour les situations nouvelles. Avec de tels choix pour la référence de conformité contractuelle de cette thèse, nous serons bien outillés pour apporter la confirmation de l'appréciation d'abou-Zahrat, telle que traduit par Galloux. Ce dernier conclut son étude du malikisme par « ainsi, nous trouvons en Malik le *Faqîh* qui a su apprendre des diverses époques et civilisations, à tel point que nous remarquons certaines idées de la doctrine malikite en accord avec le meilleur de la jurisprudence en Occident, et ceci parce que son *Fiqh* d'interprétation dérive de la vie humaine ordinaire, en cherchant à procurer aux gens le plus grand profit¹⁷¹³, tout en leur évitant le plus possible de dommages¹⁷¹⁴ ». Ce choix de la référence contractuelle de conformité vient terminer la série de choix de fondements pour cette thèse, que nous avons étudiés dans cette première partie. Ainsi, nous recommandons pour notre holding la domiciliation au Luxembourg, la forme SAS et la contractualisation de sa gestion par une convention de management soumise à l'arbitrage et au droit anglais tout en incorporant les références interprétatives de conformité que nous venons d'identifier. D'ailleurs et au cas où les contractants y consentent, ces références de conformité pourrait fournir les règles et principes que l'arbitre retient comme loi contractuelle pour trancher

¹⁷¹² En chapitre 2 du titre 1^{er}, supra § 145 et les notes bas de page n° 655 du supra § 132 ainsi que n° 840 du supra § 156, nous avons déjà annoncé que nous proposons comme référence contractuelle dans cette thèse le précis de Khalil tel que expliqué et annoté par des auteurs que nous identifierons dans ce chapitre.

¹⁷¹³ « Le bien dérivant de l'intérêt maximum pour le plus grand nombre, et le mal, de son contraire ».

¹⁷¹⁴ ABŪ ZAHRAÏ et GALLOUX, *op. cit.* (note 1240), p. 12.

tout contentieux de la convention de management comme l'autorise le droit anglais de l'arbitrage¹⁷¹⁵. En se basant sur ces fondements, nous pouvons maintenant bâtir le contenu spécifique de cette contractualisation des règles islamiques dans le cas précis de gestion et d'investissement de contrôle en private equity européen (deuxième partie).

¹⁷¹⁵ Voir supra § 188.

2nde Partie. Détermination du contenu des contrats de gestion du private equity de contrôle

370. **Articulation des fondements de la première partie.** Comme nous l'avons indiqué, la contractualisation de la conformité à la jurisprudence islamique doit se faire dans le respect du droit étatique applicable. C'est à travers le choix de la domiciliation de la holding ainsi que des stipulations de ses statuts et de son contrat de gestion que l'ingénierie juridique permet l'accommodation dans le droit étatique applicable en Europe des deux contrats de gestion islamique, que sont la Moudaraba d'une part et la Wakala associée à la Moucharaka d'autre part¹⁷¹⁶. Ainsi, la gestion islamique d'une holding d'investissement peut s'opérer d'une façon optimale au sein d'une SAS domiciliée au Luxembourg, dont la flexibilité statutaire permet de traduire ces deux contrats islamiques¹⁷¹⁷. La gestion d'une telle holding, bien qu'elle puisse être englobée en totalité par le mandat social, peut également faire l'objet d'un contrat qui gagnerait à prendre la forme d'une convention de management par délégation de pouvoir des organes sociaux à un gestionnaire comme une société de gestion¹⁷¹⁸. Cette dernière approche est l'hypothèse que nous retenons dans cette seconde partie avec une gestion du groupe constitué par la holding qui s'appuie sur une convention de management bénéficiant de larges possibilités d'application du droit anglais¹⁷¹⁹ compte tenu de l'extranéité probable, par rapport au Luxembourg, de la société de gestion et des actionnaires de la SAS¹⁷²⁰. Avec un tel

¹⁷¹⁶ Voir supra § 53-54, 58 et infra § 377.

¹⁷¹⁷ Voir supra § 117, 120-121, 171.

¹⁷¹⁸ Voir supra § 59, 122, 172.

¹⁷¹⁹ Outre les éléments pertinents à la comparaison en chapitre 2 sur lesquels se base ce choix du droit anglais, nous rajoutons dans cette deuxième partie d'autres précisions utiles.

¹⁷²⁰ Voir supra § 175-177, 188.

droit applicable, la convention de management ne sera pas soumise à l'insécurité des droits imposant des contraintes, notamment en cas d'imprévision même si une exclusion expresse de telles contraintes est probablement reconnue en droit français¹⁷²¹. Cette solution de la convention de management peut être réservée à la gestion de la holding comme elle peut s'étendre à une ou plusieurs, voire, toutes ses filiales dont chacune conclura une convention de management qui lui est propre avec la même société de gestion. Dans ce dernier cas, assez courant dans la gestion des groupes, la société de gestion va au-delà de l'encadrement qu'exerce toute holding au sein des organes sociaux de ses filiales pour assumer la gestion opérationnelle desdites filiales selon un périmètre dépendant de leur forme¹⁷²². Dans tous les cas de figure, cette société de gestion n'est pas soumise à la directive des fonds alternatifs AIFM pour les raisons que nous avons développées auparavant¹⁷²³. Enfin et outre la condition de fond du respect de l'ordre public étatique applicable, la force obligatoire¹⁷²⁴ de la convention de management est soumise à la condition de forme relative à la stipulation expresse du fait religieux contractualisé¹⁷²⁵. Cette dernière condition formelle rend l'efficacité de la force obligatoire dépendante de la clarté de la stipulation du fait religieux¹⁷²⁶ ce qui nous a amené à identifier, comme référence interprétative contractuelle, le code malikite de Khalil actualisé et commenté prioritairement par Dardir¹⁷²⁷. Grâce à ces fondements, nous avons pu formuler quelques hypothèses relatives aux acteurs de la contractualisation de la gestion de la holding d'investissement islamique.

371. Acteurs de la contractualisation. Bien que la conclusion du contrat de management puisse se faire en présence des actionnaires, c'est la holding qui représente leur intérêt et qui, par conséquent, sera partie à ce contrat comme le sera son gestionnaire. Comme nous l'avons indiqué, ce dernier peut être une personne morale représentée, impérativement, par une personne physique pour être un mandataire social¹⁷²⁸ et, préférablement, pour être un dirigeant externe de la holding. On peut cependant adopter une solution équilibrée où seul le gestionnaire externe est une personne morale pour éviter la lourdeur tout en préservant l'essentiel des avantages de la dépersonnalisation du pouvoir de gouvernance. Ainsi, on aura

¹⁷²¹ Voir supra § 143.

¹⁷²² Voir supra § 173.

¹⁷²³ Voir supra § 187.

¹⁷²⁴ Sans risque, même en droit français, à subir la sanction de la nullité ou de la clause réputée non écrite avec le motif qu'elle vide de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ou le motif de l'abus du contrat d'adhésion : voir supra § 182.

¹⁷²⁵ Voir supra § 126-129.

¹⁷²⁶ Voir supra § 130.

¹⁷²⁷ Voir supra § 369.

¹⁷²⁸ Voir supra § 118.

un tandem formé d'un président soumis au droit du mandataire social, dont la fonction statutaire est limitée à la mise en œuvre des décisions du conseil de surveillance, et d'un gestionnaire personne morale soumis à la convention de management gouvernée par le droit anglais. Bien évidemment, le périmètre de la fonction de cette personne morale découle de la forme de gestion islamique, Moudaraba ou Wakala, à l'exclusion des compétences légales exclusives du mandataire social¹⁷²⁹. Cependant et comme la holding est une SAS, le champ de la convention de management n'est pas soumis aux restrictions de la SA qui confinent le gestionnaire externe dans les compétences spécialisées qui ne font pas partie de l'objet social¹⁷³⁰. En effet, la flexibilité de la SAS lui permet d'être le bon véhicule gérée d'une façon ad hoc par un gestionnaire indépendant des actionnaires qui, néanmoins, lui imposent une feuille de route pour sa gestion¹⁷³¹, stipulée dans sa convention de management. Bien que ce ne soit pas notre recommandation, cette solution de tandem pourra être écartée sans risquer l'invalidité de la convention si le prestataire assume également la fonction de mandataire social. Il faut alors veiller à définir statutairement les missions du mandataire social et éviter que la convention de management fasse double-emploi avec ces missions. Cette distinction permettra alors de soumettre les missions statutaires du mandataire social au droit des sociétés luxembourgeois et les missions de la convention de management du prestataire au droit applicable à cette convention, en l'occurrence le droit anglais, même s'il s'agit de la même personne¹⁷³². Le recours dans tous les cas à l'arbitrage anglais, ayant lieu à Londres selon les règles anglaises d'arbitrage, permettra de parfaire la sécurité juridique et la cohérence en situation de contentieux touchant à la fois les deux contrats, le mandat social et la convention de management¹⁷³³. C'est ainsi que la première partie a dévoilé l'existence de fondements appropriés à la contractualisation de la gestion de l'investissement en conformité avec le rite malikite de la hard law islamique, mais cette démonstration de l'existence de ces fondements et moyens d'accommodation n'induit pas nécessairement leur applicabilité en pratique.

372. Applicabilité des fondements au private equity de contrôle. L'applicabilité des fondements, identifiés en première partie, constitue le défi à relever par la présente seconde partie. Ainsi et comme annoncé dans le chapitre introductif, nous entreprenons la construction de ce que pourrait être le contenu de la contractualisation de la gestion conforme d'une holding luxembourgeoise de private equity de contrôle que nous avons dénommée *Holis*. Or, la

¹⁷²⁹ Voir supra § 159.

¹⁷³⁰ Voir supra § 163, 168.

¹⁷³¹ Voir supra § 164.

¹⁷³² Voir supra § 169-170, 176.

¹⁷³³ Voir supra § 175, 188.

problématique de cette contractualisation de la gestion se pose d'abord au niveau de la méthode de gouvernance avant d'arriver au niveau du processus de son métier. C'est donc dans cet ordre que nous consacrons le premier titre de cette seconde partie à la contractualisation de la gouvernance du private equity de contrôle alors que nous réservons le dernier titre de cette thèse à la contractualisation de son métier. Ce plan répond également à un autre impératif, d'ordre pratique, relatif à l'emplacement différents des clauses de gouvernance par rapport à celles de la charte du métier. En effet et comme on l'a vu également¹⁷³⁴, la structure rédactionnelle de la convention de management impose une présentation différente entre les stipulations spécifiques et les règles communes. D'un côté, les clauses spécifiques distinguant les deux modes de gouvernance selon le régime de conformité et, de l'autre côté, les clauses communes de gestion du métier regroupées dans une charte. Cette charte aura alors la forme d'un ensemble séparé de règles pouvant être annexé non seulement aux statuts mais également à la convention de management, que celle-ci traduise une commandite Moudaraba ou un mandat Wakala. Pour ces deux conventions de management correspondant à des modes de gouvernance bien distincts, la charte constitue une explicitation de la conformité malikite de leur prestation. Or, le métier de private equity de contrôle, qui est l'objet de cette charte, est un métier complexe qui regroupe deux expertises ou métiers principaux : celui du « M&A » et celui de la gestion intégrée ou de l'intégration de groupe. C'est la gestion conforme de ces deux métiers du private equity, constituant le caractère déterminant de l'objet commun des conventions de management, qui explique le libellé adopté pour notre titre II « Charte commune du métier ». Quant au corps contractuel de ces conventions, il portera les clauses distinctives de gouvernance régulant les rapports entre l'actionnaire et son gestionnaire ; c'est pour cela que notre titre I est libellé « Clauses spécifiques de gouvernance ».

¹⁷³⁴ Voir supra § 53-54, 122.

Titre I. Clauses spécifiques de gouvernance

373. **Processus pratique de formation de la convention de management.** La compréhension de la genèse de la convention de management est souvent utile à la détermination de son contenu, notamment au niveau de ses clauses spécifiques réservées à la gouvernance. Avant même la création de la Holis, aussi bien le contenu que la formalisation de la convention de management doit faire intervenir nécessairement l'expertise de toutes les parties prenantes. Celles-ci sont essentiellement les conseillers externes (avocats, fiscalistes, banquiers, experts métiers) en plus des deux parties elles-mêmes que sont la société de gestion et, au nom de la Holis en création, l'investisseur de référence. Ce dernier est souvent représenté par ses conseillers de conformité, membres du conseil charaïque, ou par l'expert de son cabinet de conseil en charia¹⁷³⁵. C'est pour cela que l'accord de ce ou ces représentants de conformité est essentiel afin de formaliser la validation de la convention de management par les investisseurs de la Holis avant même la création de celle-ci. Ce processus de négociation de la convention de management (initialement avec plusieurs sociétés de gestion candidates) puis de sa conclusion (avec la société candidate retenue), après la signature des statuts de la Holis devant le notaire, sera en toute cohérence soumis à la loi anglaise comme la convention elle-même. La latitude de ces négociateurs de la convention de management dépend donc de ce droit qui reconnaît bien évidemment la liberté contractuelle comme l'a rappelé le juge dans le cas « *Printing and Numerical registering Co v Sampson*¹⁷³⁶ ». Toutefois, face à cette consécration de la liberté de contracter, la Common Law reconnaît également la liberté de ne pas contracter, comme le démontre le cas « *Walford v Miles*¹⁷³⁷ ». La bonne foi n'étant pas reconnue, l'accord de principe précontractuel n'a donc pas de valeur s'il n'est pas suffisamment défini et certain. C'est pour cela que le lock-out agreement, entre l'investisseur et la société de gestion par

¹⁷³⁵ ISLAMIC FINANCIAL SERVICES BOARD, *op. cit.* (note 127), p. 23.

¹⁷³⁶ [1875] LR 19 Eq., p. 462.

¹⁷³⁷ [1992] 2 AC 128 House of Lords.

exemple, n'est valable que si l'engagement est caractérisé par une contrepartie et une durée déterminée. Dans ces conditions, la mauvaise foi caractérise une *misrepresentation* qui, dans cette même jurisprudence de « Walford v Miles », autorise le juge à accorder à la partie voulant se prévaloir de l'accord de principe des indemnités dues par la partie fautive de la continuation de la négociation sans aucune volonté d'aboutir. En revanche, une partie à la négociation qui informe l'autre partie qu'elle n'est plus intéressée par la conclusion du contrat ou qu'elle est en train de négocier avec d'autres n'est redevable d'aucune indemnisation en cas d'inexécution de l'accord de principe. Ainsi, contrairement aux droits continentaux, et au droit français en particulier, la Common Law anglaise privilégie l'efficacité économique dans un environnement de libre concurrence au détriment de la bonne foi lors des négociations. De même l'obligation de communiquer l'information pertinente au consentement, négociant un contrat, n'existe pas en droit anglais entre professionnels¹⁷³⁸. Dans ces conditions, la rupture des négociations de la convention de management ne présente aucun risque moyennant certaines précautions élémentaires comme l'établissement d'un accord initial entre les parties dès le début retenant le droit anglais comme loi gouvernant tout le processus de la négociation à la formation. Comme pour la convention finale et pour éviter tout aléa juridique, cet accord initial devra être écrit même si la Common Law reconnaît les contrats consensuels conformément au principe *of informality*¹⁷³⁹. Quant aux vices de consentements, ils ne sont que difficilement reconnus par la Common Law, qui privilégie la sécurité juridique en évitant la remise en cause du contrat, alors qu'ils peuvent être pris en compte par l'*equity* qui laisse au juge la possibilité d'annuler le contrat à la demande de la partie victime¹⁷⁴⁰. Ainsi, le droit anglais n'admet l'erreur que si elle est mutuelle ; de même, il n'admet le dol que s'il provient d'une manœuvre frauduleuse intentionnelle et non pas d'une omission ou d'une opinion¹⁷⁴¹. D'une façon générale, en cas de violation d'une condition de validité, le contrat deviendra (i) nul si la condition est reconnue par la Common Law mais seulement (ii) annulable si la condition n'est reconnue que par l'*equity*, l'équivalent de notre nullité relative car la partie qui l'invoque peut renoncer à son droit en confirmant la validité du contrat¹⁷⁴². Il est donc essentiel pour la conclusion de la convention de management de la Holis que chacune des parties fasse sa Due Diligence et toutes les vérifications qu'elle estime nécessaires avant de s'engager. C'est donc en suivant ce processus anglais de la formation de la convention de management que nous proposons de

¹⁷³⁸ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 27, 42-45, 48 et 52-53.

¹⁷³⁹ *Ibid.*, p. 73.

¹⁷⁴⁰ *Ibid.*, p. 79.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*, p. 80-81 et 83-84.

¹⁷⁴² *Ibid.*, p. 100-101.

verrouiller la conformité de ses stipulations, notamment au niveau de ses clauses spécifiques relatives à la gouvernance de la Holis. La conformité de cette gouvernance, qui constitue le premier verrou fonctionnel de la Holis, est envisagée dans deux modes découlant du fait que la société en droit islamique repose essentiellement sur deux formes caractérisées par le rôle de l'associé, bailleur de fonds, dans la gestion de la société. Si ce rôle est actif, il s'agira d'une Moucharaka qui, même quand elle est associée à un mandat islamique, préserve toujours une participation de l'associé à la gestion ; c'est cette forme islamique qui correspond à notre Holis Wakala. Alternativement, si le rôle de l'associé est totalement passif, il s'agira d'une Commandite islamique qui correspond à la forme islamique de notre Holis Moudaraba¹⁷⁴³. Dans les deux cas, le principe de limitation de la responsabilité du gestionnaire en jurisprudence malikite pose un défi dans la détermination de stipulations équilibrées en matière de gouvernance de la Holis.

374. Défi de l'équilibre de la contractualisation de la Gouvernance. Étant bâtie sur la séparation entre gestion et propriété, la gouvernance de la Holis a une conformité relevant de la responsabilité des possesseurs des biens d'autrui. Or, dans ce domaine, on a vu que la garantie des biens sous la possession d'un autre que leur ayant droit dépend de la qualité de cette possession. Ainsi la possession qualifiée de « cautionnée » par le propriétaire, comme dans un dépôt, ne donne lieu à aucune responsabilité du possesseur non-propriétaire, en l'occurrence le dépositaire, tant qu'il n'y a pas négligence de celui-ci. En revanche, le possesseur « non cautionné » est garant dans tous les cas, qu'il s'agisse d'une usurpation d'un droit au sens littéral ou au sens figuré qui peut faire du propriétaire, indirect ou indivis, un possesseur non cautionné. C'est ce qui se produit dans le cas de récupération par le propriétaire d'un bien qu'il a apporté à une Moudaraba, ou à une Moucharaka gérée par Wakala, sans l'accord du gestionnaire de droit. Dans tous ces cas, l'auteur de la possession non cautionnée devient responsable de toute détérioration du bien ; la restitution du bien peut alors s'accompagner ou se faire remplacer par une indemnisation. En effet, le débiteur est tenu de rendre uniquement la chose¹⁷⁴⁴ si celle-ci est encore dans son état initial, notamment en termes de nature et de qualité. Autrement, il rend la chose en plus d'une indemnisation correspondant à la détérioration qualitative sauf si la chose est devenue manifestement impropre à son usage, en perdant toute valeur marchande, ou s'il s'agit d'une violence, dans ces cas, le créancier

¹⁷⁴³ « In Islamic law, the law of partnership consists in joint partnerships (mushāraka) and sleeping partnerships (mudāraba) » : voir Dr Scott MORRISON, « The Defining Characteristics of Money in Islamic Law », in *Économies du monde musulman II*, Université Paris Nanterre, [s.n.], 5 avril 2019, p. 11-12.

¹⁷⁴⁴ Avec éventuellement ses fruits produits pendant la période de dépossession de son propriétaire ajustés des dépenses réalisées pour son maintien.

bénéficie du choix entre deux solutions. Cette alternative est la reprise de la chose sans aucune indemnisation ou la renonciation à la chose contre une chose identique, si elle est Fongible, ou une indemnisation totale de sa valeur, si elle est non Fongible. Cette valeur d'indemnisation est appréciée au moment de la prise de possession¹⁷⁴⁵ de la chose par le débiteur en se basant sur la Sunna¹⁷⁴⁶ qui montre que le Motif de la responsabilité de l'usurpateur est le fait de prendre¹⁷⁴⁷. Ce régime de la responsabilité, avec ses différents cas de figures, s'applique au fonctionnement de la Holis souvent dans un sens plutôt protecteur de la société de gestion ; ce qui représente un défi à franchir pour rétablir par les stipulations contractuelles un équilibre entre les parties. Cet équilibre ne peut être atteint que par la détermination adéquate des clauses spécifiques de la convention de management afin de protéger d'une façon équilibrée les deux parties, que la Holis soit gouvernée par une Moudaraba (chapitre 1) ou qu'elle le soit par une Wakala (chapitre 2).

¹⁷⁴⁵ Et non pas la valeur lors de la restitution ou la valeur la plus élevée des deux comme retient le rite Chafite : voir QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1148 et 1150, § 217, rubrique n° 2623 avec sa note bas de page n° 5, § 2625 et 2629 avec sa note bas de page n° 2.

¹⁷⁴⁶ Disant que « *l'usurpateur est débiteur de ce qu'il a pris jusqu'à ce qu'il le rende* ».

¹⁷⁴⁷ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 357 et s, 1146 et s, § 39 et 217.

Chapitre 1. Gouvernance de la Holis Moudaraba

375. **Exigences de la conformité de la gouvernance de la Holis Moudaraba.** La problématique du verrouillage fonctionnel de la Holis se pose d'une façon particulière quand il s'agit d'une Moudaraba. Cette particularité se traduit dans le contenu des clauses spécifiques du contrat de gestion de la Holis Moudaraba et des statuts (section 2) dont la conformité est guidée par la volonté de l'investisseur d'être passif en confiant totalement la gestion de son capital à un Moudarib. L'attitude d'un tel investisseur de la Moudaraba, dit Rab-el-mel, est l'équivalent du bailleur en fonds de dette ou actionnaire du type « dormant » en finance conventionnelle. La Moudaraba apparaît donc comme l'une des réponses du Sujet de droit au Motif de la protection de son patrimoine, notamment des effets de l'Impôt de Solidarité et de l'inflation. Toutefois, la nature de cette protection dépend du risque de l'activité que l'investisseur doit judicieusement déterminer en fonction de la diversification de son portefeuille d'investissement. C'est ce même souci de protection qui nécessite une attention à la détermination des clauses spécifiques du contrat de gestion de la Moudaraba dont le véhicule de réception en droit étatique européen est la Holis, qui représente son investisseur comme partie à ce contrat avec la société de gestion. Entre ces deux acteurs de la convention de management, la Holis joue un rôle central car non seulement elle est une partie de cette convention mais, en plus, elle représente son objet. Notre verrou fonctionnel de la gouvernance commence donc par examiner cet acteur central en soumettant la structure même de la Holis au test de conformité (section 1).

Section 1. Conformité de la structure de la Holis

376. **Notion malikite de société de capital.** L'examen de la conformité de la structure de la Holis soulève nécessairement la question de la conformité de la notion de personnalité morale de cette société (sous-section 1) ainsi que la question de la séparation entre sa propriété et sa gestion (sous-section 2). Au préalable, il faut examiner la notion de société qui, pour les malikites, est soit une société de travail soit une société de capital ; cette dernière pouvant être une Moudaraba ou une société de droit commun. Même si la première constitue notre préoccupation dans ce chapitre, il est inévitable d'étudier le régime de la société de capital de droit commun. Celle-ci est définie comme un contrat irrévocable unilatéralement, dont la

forme est déterminée par l'usage¹⁷⁴⁸, entre au moins deux propriétaires de capital pour faire fructifier le capital commun et en partager le bénéfice. Les quatre formes valides de cette société de droit commun sont la société de cogérance séparée, la société de cogérance conjointe, la société de gérance hybride et la société ponctuelle obligatoire alors que la société de passifs et la société de notables sont des formes invalides. Les trois premières formes valides se distinguent, comme nous le verrons, par le mode de gestion, sans toutefois arriver à l'autonomie extrême de la Moudaraba, alors que la société ponctuelle correspond à une société implicite dont l'objet est la vente d'une seule marchandise acquise en présence de tous les associés. Contrairement à l'aspect ponctuel de cette dernière, les autres formes valides de la Moucharaka de droit commun sont de nature permanente dont la durée peut être déterminée par un délai ou la réalisation d'un objet social précis ; cette durée peut également être indéterminée avec un mécanisme contractuel de dissolution. En l'absence de toute stipulation dans le contrat de société, le juge statuera sur la dissolution à la demande de l'une des parties sans que la Moucharaka soit automatiquement dissoute par le décès de l'un des associés¹⁷⁴⁹. Quant aux formes invalides, il faut noter que la société de passifs est une société sans capital où chaque associé achète de la marchandise à crédit pour la revendre à un terme plus proche ou au comptant, avec une solidarité des associés sur le passif global. Enfin, la société de notables est celle où un ou plusieurs notables apportent leur influence pour vendre la marchandise invendable d'un autre commerçant en contrepartie d'une part du bénéfice. Ces deux formes ont été invalidées car le régime de la société de capital de droit commun est fondé sur un consensus général non basé sur l'Analogie ; par conséquent l'extension de ce régime par Analogie à d'autres formes sociales est impossible¹⁷⁵⁰. Toutefois et comme nous le verrons au prochain chapitre, ce régime de droit commun est suffisamment large contrairement au régime de la Moudaraba qui sera détaillé dans le présent chapitre. Ayant une gestion strictement autonome¹⁷⁵¹, cette dernière se rapproche du caractère du trust islamique, le Waqf, qui constitue la base Analogique de l'étude de conformité de la personnalité morale dans le rite malikite.

¹⁷⁴⁸ En référence à l'usage ancien ; l'usage de chaque époque pouvant, dans une certaine mesure, adapter les modalités.

¹⁷⁴⁹ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 116, § 224.

¹⁷⁵⁰ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2485, 2499-2500, 2508-2509, 2515, v. 6 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 5-7, v.6.

¹⁷⁵¹ Voir supra § 54, 59.

Sous-section 1. Personnalité morale de la Holis par Analogie au Waqf

377. **Utilité de l'Analogie.** La conformité de la personnalité morale de la Holis est une problématique non encore codifiée en hard law malikite. Il faudrait alors remonter aux sources de droit du rite Malikite et plus spécifiquement à l'Analogie¹⁷⁵² pour rechercher un éclairage sur ce sujet. Suivant la recommandation de Morrison, sur laquelle nous revenons plus loin¹⁷⁵³, nous essayerons de comprendre les caractéristiques de la personnalité morale du trust islamique (A) avant de les exploiter pour la Holis Moudaraba (B).

A. Conditions de la personnalité morale du Waqf

378. **Rôle de la personnalité morale de la holding.** Avant d'aborder l'analyse de notre source d'Analogie, nous commençons par préciser notre objectif. Nous avons signalé la centralité dans la convention de management du rôle de la Holis et, pour être plus précis, de ses caractéristiques en tant que personne juridique¹⁷⁵⁴. En effet, la Holis est une société luxembourgeoise de forme SAS, dotée d'une personnalité morale caractérisée par la responsabilité limitée de ses actionnaires. Même s'il est possible d'opter pour une société luxembourgeoise sans personnalité morale ayant la forme d'une commandite, nous avons décliné ce choix par souci de sécurité juridique des actionnaires probablement non européens qui demeurent assez loin de la gestion de leur société. La question se pose alors quant à la conformité malikite de cette notion de personnalité morale au moins dans son caractère de séparation de son patrimoine par rapport à ceux de ses actionnaires.

379. **Notion de personnalité morale.** La compréhension de la notion de la personnalité morale en droit étatique est le premier préalable que nous abordons afin d'examiner dans quelle mesure, les exigences de cette notion se retrouvent dans l'institution du trust islamique, le *Waqf*, avant de qualifier la Holis Moudaraba par Analogie. En droit luxembourgeois, la société qualifiée de personne morale dispose d'une bonne partie des droits et obligations des personnes physiques, en tant que sujets de droit. La société personne morale constitue une entité séparée, mais sans que son autonomie ne soit totale par rapports aux personnes physiques, associés ou dirigeants. En effet, la société est une personne juridique dont la « propriété », le contrôle et la représentation sont détenus ultimement par des personnes

¹⁷⁵² Voir supra § 246.

¹⁷⁵³ Voir infra § 380.

¹⁷⁵⁴ Voir supra § 370, 375.

physiques ; c'est donc une personne juridique inférieure¹⁷⁵⁵, comme un esclave dirait le professeur Schummer. Le caractère déterminant de cette transformation de la société en personne juridique est le droit de propriété déduit de l'article 529 du Code civil qui sort les biens de la société ayant la personnalité morale de la copropriété des associés à la propriété pure et simple par la société. C'est donc cela qui initialement « a permis de fonder, non sans mal, la personnalité morale des sociétés anonymes¹⁷⁵⁶ » avant d'étendre ce caractère à d'autres formes de sociétés, comme la SAS que nous avons choisie pour la Holis. L'exercice du droit de propriété sur ses biens, séparés de ceux de ses actionnaires, notamment le droit d'aliénation est donc l'élément clé de la personnalité morale sur lequel est bâti l'universalité du patrimoine de cette personne juridique permettant à ses actifs de répondre de ses passifs dans les limites des éventuelles règles dérogatoires. Cette autonomie financière de la personne morale est complétée par une autonomie juridique qui lui permet de conclure des actes juridiques à travers ses représentants, ultimement, personnes physiques qui disposent de la capacité d'exercice dont la personne morale est dépourvue¹⁷⁵⁷. Sur cette base, voyons si le Waqf malikite peut répondre à ces exigences de la personnalité morale en commençant par l'examen des questions de durée déterminée et de patrimoine séparé.

380. Durée du Waqf. Loin de cette notion relativement moderne de la personne morale, la société de personnes était la forme dominante dans la pratique commerciale ancienne musulmane ; exactement comme ce fut le cas en droit étatique, notamment le droit anglais. Par similitude à l'indivision héréditaire, la copropriété des associés des biens d'une telle société caractérisait l'absence de sa personnalité morale. Ce n'est donc que récemment que l'existence de la personnalité morale en droit islamique a été examinée, avec scepticisme pour certains auteurs, comme Kuran¹⁷⁵⁸, et d'une façon plus ouverte par d'autres, comme Morrison qui estime que l'institution du trust islamique semble le terrain le plus favorable à la notion de la personnalité morale¹⁷⁵⁹. Telle que définie, celle-ci est plus riche que la notion de patrimoine séparé qui, comme nous l'avons annoncé¹⁷⁶⁰, est clairement établi en jurisprudence islamique

¹⁷⁵⁵ Contrairement à la personne physique, la personne morale doit son existence à un acte juridique qui lui fixe son but et même sa durée de vie : voir STEICHEN, *Précis de droit des sociétés*, op. cit. (note 91), p. 128-129.

¹⁷⁵⁶ *Ibid.*, p. 126.

¹⁷⁵⁷ *Ibid.*, p. 162, 164.

¹⁷⁵⁸ « Timur Kuran, 'The Absence of the Corporation in Islamic Law: Origins and Persistence', (2005) 53:4 The American Journal of Comparative Law, 785, pp. 797-798, 816-819, 831-834 » : voir MORRISON, op. cit. (note 1743), p. 11-12.

¹⁷⁵⁹ « Idée développée dans l'article 'The Social and Legislative History of the Islamic Trust (waqf) in Mauritius' (2015) 45:1, Commonwealth Law Bulletin, 1, pp. 1-4 » : voir *Ibid.*

¹⁷⁶⁰ Voir supra § 110.

dans le cas du trust qui est fondé sur un contrat unilatéral comme le trust anglo-saxon¹⁷⁶¹ auquel se réfère Morrison. Après avoir noté que le but non lucratif du trust est contradictoire avec le but de la société, Morrison souligne la différence du Waqf avec le trust anglais par son exigence de perpétuité qui, au besoin, sera concrétisée à travers la doctrine du « cy près¹⁷⁶² » qui existe également dans la jurisprudence *equity* du droit anglais. Cette doctrine a été dénommée ainsi dans cette jurisprudence à partir de la locution française « si près », orthographiée différemment en anglais, pour signifier littéralement la proximité. Cette doctrine consiste à conférer au juge un pouvoir permettant, en cas d'épuisement du but et des bénéficiaires du trust, de leur substituer un autre but et d'autres bénéficiaires qui leur sont aussi proches que possible. En jurisprudence Malikite, cette caractérisation de Morrison du Waqf est erronée car, comme le trust perpétuel, le trust à durée déterminée est possible et la doctrine du « cy près » ne lui est pas applicable¹⁷⁶³. En effet, le Waqf malikite est un acte unilatéral à durée déterminée ou indéterminée¹⁷⁶⁴, comme en droit anglais, par lequel le signataire fondateur permettra au bénéficiaire de profiter de l'usus, voire de l'usufruit d'un bien du fondateur affecté à ce Waqf. La question de la durée déterminée étant résolue favorablement, il faudrait examiner la question du patrimoine séparé.

381. Gestion du patrimoine du Waqf. Le bien affecté au Waqf peut être consommable et fongible, comme les denrées ou les actifs monétaires, dont le prêt aux bénéficiaires devient l'activité du trust à l'exclusion de toute donation, car le renouvellement des ressources du trust est une condition de sa qualification. Le bien affecté peut être également non consommable, comme un bien de transport ou un immeuble, dont l'usufruit est transféré au Waqf au profit des bénéficiaires qui peuvent utiliser ce bien ou profiter de son fruit, comme le loyer¹⁷⁶⁵ ou la récolte. Ce droit à l'usufruit du bénéficiaire ne peut être transféré par ce dernier

¹⁷⁶¹ Voir supra § 62.

¹⁷⁶² MORRISON, *op. cit.* (note 1743), p. 11-12.

¹⁷⁶³ Le Waqf peut être expressément perpétuel ou à durée indéterminée avec des bénéficiaires désignés ou pas. Dans le premier cas, la disparition des bénéficiaires désignés ne dissout pas le trust qui survivra avec des bénéficiaires légaux supplétifs qui sont prioritairement les pauvres de la famille du fondateur. Quant au second cas, la disparition du but d'intérêt général auquel sont attachés des bénéficiaires non désignés, comme les élèves d'une certaine école, entraîne la substitution de ces bénéficiaires par ceux rattachés à une autre institution d'intérêt général similaire à l'institution nommée ou cohérente avec le but nommé initialement dans le contrat du Waqf. Tout ceci si ce dernier n'est pas à durée déterminée ; autrement, la pleine propriété du bien affecté au Waqf revient au fondateur ou à ses héritiers à l'échéance, que celle-ci soit déterminée par une date ou par un événement : voir DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2988, v. 6.

¹⁷⁶⁴ Rappelons qu'en termes de durée, le droit luxembourgeois admet les personnes morales à durée indéterminée ou perpétuelle.

¹⁷⁶⁵ Les revenus perçus d'avance par le trust ne pourront pas être distribués si les bénéficiaires sont Désignés et pourront l'être en cas de Waqf d'intérêt général : voir DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 3004-3005, v.6.

comme le prouve l'impossibilité que ce bénéficiaire affecte ce droit à un autre Waqf qu'il crée lui-même. En d'autres termes l'usufruit appartient au Waqf et non pas au bénéficiaire dont le droit de profiter de cet usufruit découle simplement de l'objet du Waqf qui, comme l'objet social (et l'intérêt social constituant l'intérêt commun des associés), oblige ses organes à distribuer l'usus ou les revenus de ce Waqf selon certaines règles qui font des bénéficiaires le créancier résiduel. Ceci ressemble au statut de l'actionnaire d'une société, personne morale, qui a droit à la distribution des bénéfices sans pouvoir assimiler les biens de la société à ses biens propres. Ce principe de la non aliénation des biens affectés au Waqf est réel quand le bien est non consommable ; en revanche, quand le bien est consommable, il doit être fongible afin que son renouvellement par un bien similaire tienne lieu de principe fictif d'inaliénabilité. Quant à la nue-propriété des biens non consommable, elle sera protégée de l'intervention du fondateur et de son trust tout en restant soumise au droit commun si elle appartient à un tiers. En revanche, si la pleine propriété du bien affecté au trust appartient initialement au fondateur, la nue-propriété sera incessible tant que le Waqf demeure en vigueur mais elle continuera à appartenir au fondateur ou à ses ayants droit qui n'ont plus qu'un droit de priorité, à but non lucratif, qui leur permet de contribuer aux frais de maintien des biens du Waqf avant tout tiers. D'ailleurs, le fondateur est dépouillé de ses droits sur la nue-propriété du bien affecté car, dans les quelques cas de sa cessibilité, c'est le trust qui exerce ce droit dérogatoire d'aliénation, en tant qu'usufruitier. En effet, si les biens mobiliers affectés au trust deviennent inutilisables par le trust dans l'accomplissement de sa mission, ils seront vendus et remplacés par des biens semblables utiles aux bénéficiaires. En revanche, s'il s'agit d'un bien immobilier, il demeurera inaliénable et le *trustee* doit, en cas d'usure, le louer « selon sa valeur marchande » sur une durée allant jusqu'à 50 ans en respectant l'exigence que les rénovations améliorant l'usufruit du bien resteront acquises au Waqf à l'issue du bail¹⁷⁶⁶. Autrement en l'absence de trésorerie suffisante du Waqf pour la rénovation de l'immobilier affecté, sans que le *trustee* puisse trouver un locataire dont le loyer permettrait de financer la rénovation, celle-ci pourra faire l'objet d'un partenariat avec un investisseur. Dans cette situation de partenariat consistant à une construction sur le terrain d'autrui, l'investisseur deviendra propriétaire de la rénovation qu'il a financée sur le terrain du Waqf¹⁷⁶⁷. Le bien ainsi rénové sera alors loué avec une part du loyer revenant au

¹⁷⁶⁶ Cette règle est générale en s'appliquant même quand l'investisseur est un bénéficiaire et non pas un tiers, il suffit que l'investissement améliore l'usufruit du bien affecté au Waqf. Si, au contraire, l'usufruit du bien n'est pas amélioré mais que l'investissement a une valeur marchande, cette valeur sera également acquise au Waqf à moins que le tiers investisseur ait déclaré sa propriété de l'investissement. Dans ce cas, cet investisseur ou ses ayants droit doivent démonter l'investissement ou le détruire et enlever les vestiges en rendant le bien affecté au Waqf dans son état normal d'exploitation : voir *Ibid*.

¹⁷⁶⁷ Cette propriété particulière, s'appelle en jurisprudence malikite en arabe : *خلو*

Waqf déterminée selon la valeur du terrain affecté par rapport aux coûts de la rénovation. C'est ainsi¹⁷⁶⁸ que le *trustee* doit faire face à l'extinction ou la réduction de l'usufruit causées par l'usure du bien affecté au Waqf. Ceci en cas d'usure normale non causée par un sinistre car dans ce dernier cas, celui qui cause un préjudice aux biens du trust, doit réparation ; il importe peu que le débiteur de cette réparation soit un tiers ou le *trustee* comme il importe peu que celui qui a causé le sinistre ait agi en sachant que le bien est affecté à un Waqf ou sans le savoir¹⁷⁶⁹. Cette réparation correspond à la valeur perdue dont l'indemnisation servira à l'achat de nouveaux biens pour le trust s'il s'agit de biens meubles ou à la réparation s'il s'agit de biens immeubles, qui sont inaliénables. La dérogation à l'inaliénabilité de l'immeuble affectée au Waqf ne sera possible que si elle est prévue par le contrat du Waqf et c'est le *trustee* qui procèdera alors à cette aliénation¹⁷⁷⁰. En s'appuyant sur de tels arguments, on est en mesure de tester la personnalité morale de cette institution du trust islamique afin de déceler les arguments communs avec la Holis Moudaraba permettant de se prononcer sur sa personnalité morale.

B. Pertinence de la personnalité morale du Waqf pour la Holis

382. **Test de la personnalité morale du Waqf.** La caractérisation que nous venons de faire du Waqf a donc montré qu'il bénéficie beaucoup plus que d'un patrimoine séparé car il dispose d'une autonomie financière permettant l'exercice de son droit de propriété sur l'usus par prêt de ses biens monétaires et consommables. De même, ce droit de propriété se manifeste pleinement sur les actifs circulants, de liquidités et de stocks, constitués à partir des revenus du Waqf provenant de l'usufruit des biens non consommables affectés au Waqf, même si cet usufruit demeure inaliénable par le Waqf car il est le constituant déterminant de son objet, comme le serait le bien essentiel à l'objet social. La protection de ce bien d'usufruit du Waqf s'étend également à ses créanciers qui peuvent, certainement, se retourner contre le *trustee* si ce dernier ne les informe pas qu'il agit pour le Waqf ou s'il ne répond pas correctement à leur demande d'information sur les revenus du Waqf. Ce sont ces revenus et la trésorerie qu'ils génèrent qui permettent aux Waqf de faire face à son éventuel passif de fonctionnement ou d'investissement. Cette autonomie financière est complétée par une autonomie juridique à travers le *trustee*. En effet et sans aucune immixtion du fondateur, le *trustee* agit en tant que représentant légal du Waqf afin de défendre ses intérêts au point que, dans les rares cas

¹⁷⁶⁸ DARDİR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2518, v. 6.

¹⁷⁶⁹ AL-DASŪQī محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 92, v. 4.

¹⁷⁷⁰ DARDİR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2950-2955, 2982, 2991-2992, 3000-3002, v. 6.

d'aliénation des biens affectés, c'est ce *trustee* qui dispose de la capacité exclusive de l'exercice de cette aliénation. Quant aux créanciers du Waqf, ils peuvent saisir les revenus ou la trésorerie du Waqf et ils sont prioritaires par rapport aux bénéficiaires. En revanche, la propriété du bien affecté demeure hors de portée des créanciers grâce à une protection légale renforcée de son inaccessibilité. Cette protection du bien affecté se manifeste aussi bien au niveau de son usufruit appartenant au Waqf qu'au niveau de sa nue-propriété appartenant au fondateur, dont les autres biens non affectés au Waqf sont évidemment à l'abri des créanciers du Waqf. Une telle protection renforcée se manifeste également dans la responsabilité de réparation bénéficiant au bien affecté en cas de détérioration causée par toute personne. Sur cette base, on peut dire que le Waqf est une personne morale, ce qui va dans le même sens que l'appréciation précitée de Morrison considérant que le Waqf accommode assez bien la notion de personnalité morale. En outre, cette personnalité morale du Waqf bénéficie de la responsabilité limitée, même très limitée, car ses créanciers ne peuvent saisir que ses revenus et les actifs qui en découlent, sans accéder notamment aux actifs du fondateur. Ceci suppose, bien entendu, que ce dernier respecte la condition de validité du Waqf de non-immixtion ; autrement, le Waqf devient invalide ce qui entraîne des conséquences fâcheuses pour le fondateur non seulement pour les créances nées des actes de gestion du Waqf invalide mais également pour l'Impôt de solidarité, comme nous le verrons. En définitif, on peut retenir que la notion de personnalité morale est présente dans la jurisprudence malikite du Waqf.

383. Personnalité morale du Waqf chez l'AAOIFI. La qualification malikite du Waqf est évidemment fondée sur ses sources de hard law. En revanche, celle de la soft law apprécie la diversité des avis de Diligence du point de vue pratique pour cette qualification¹⁷⁷¹ et non pas du point de vue de la robustesse en termes de sources de droit comme l'exige la hard law des rites¹⁷⁷². Cela dit et tout en signalant les opportunités d'intervention des banques islamiques dans le domaine du Waqf, cette étude de l'AAOIFI fait un large appel au rite malikite dans sa comparaison des rites. Ceci concerne notamment le détenteur de la nue-propriété du bien affecté et son inaliénabilité, la durée déterminée du Waqf, l'irrévocabilité du Waqf par son fondateur, l'effet de l'acceptation du bénéficiaire pour arriver enfin à affirmer la personnalité morale du Waqf dont le *trustee* est le représentant légal qui agit, donc, au nom et aux frais du Waqf. C'est dans ce cadre de la personnalité morale que les actifs du Waqf, provenant de ses

¹⁷⁷¹ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, op. cit. (note 1597), p. 2191.

¹⁷⁷² Voir supra § 304, 307 en première partie.

ressources, répondent de son Passif Décrit et de son passif Désigné¹⁷⁷³ selon le fonctionnement normal du patrimoine universel d'un Sujet de droit. Les ressources du Waqf sont donc affectées prioritairement non pas à ses bénéficiaires mais à ses dettes par le *trustee* et, au besoin, par le juge. Sur cet aspect de la personnalité morale, ces études de l'AAOIFI¹⁷⁷⁴ confirme donc notre propre analyse.

384. Conformité de la personnalité morale de la Holis Moudaraba. En nous basant sur cette conformité de la personnalité morale du Waqf, qui a représenté pour plusieurs chercheurs le terrain favorable à l'étude de cette notion, nous pouvons explorer la qualification de la Holis Moudaraba. Partageant avec le Waqf la non-immixtion dans la gestion de l'apporteur des fonds, l'attribution de la qualification de personne morale à la Holis Moudaraba semble justifiée comme pour le Waqf, d'autant plus que le capital de la Holis Moudaraba est nécessairement en numéraire et qu'elle est pleinement propriétaire de ses actifs. Il reste maintenant à vérifier la conformité de sa responsabilité limitée, un caractère accordé à certaines personnalités morales que la jurisprudence malikite aborde sous l'angle de l'appréciation de la personne morale en tant que bien juridique complexe susceptible de cession. Ceci revient dans notre cas à apprécier la conformité de la cession des actions de la Holis, une cession hétérogène dans le sens qu'elle entraîne la cession simultanée non seulement des actifs non monétaires rattachés à cette action, ce qui ne pose aucun problème de principe, mais également des actifs monétaires et des dettes qui lui sont également rattachés. Or, autant la résolution de l'inclusion dans cette cession des dettes est facile en supposant aisément que la valeur de l'action soit positive, ce qui traduit la supériorité de la valeur des actifs rattachés à l'action à la valeur nominale des dettes qui lui sont attribuées¹⁷⁷⁵, autant l'inclusion des actifs monétaires, rattachés à l'action, mérite analyse.

385. Régime de cession des entités à responsabilité limitée. D'abord en ce qui concerne le rattachement, dans la cession de l'action, des actifs monétaires aux actifs nécessaires à l'exploitation de l'entreprise, la solution de la *soft law* qui se base essentiellement sur la jurisprudence malikite, remontant au fondateur lui-même¹⁷⁷⁶, paraît tout-à-fait compatible avec les règles de conformité de la Holis. En effet, dans une situation similaire, Malik considère que le lien entre actifs monétaires et non monétaires, rattachés à un propriétaire intermédiaire,

¹⁷⁷³ Voir infra § 546. Une distinction similaire à celle de la distinction étatique entre droit réel et droit personnel.

¹⁷⁷⁴ AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 2208-2212, 2214, 2270, v. 3.

¹⁷⁷⁵ Voir infra § 546 relatif à la typologie du passif et, surtout, 560 relatif à la cession de créances et dettes.

¹⁷⁷⁶ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, *op. cit.* (note 1475), p. 577-578.

la Holis dans notre cas, peut faire l'objet d'une vente globale selon le régime de l'actif principal. Cette règle est conditionnée par le fait que ce propriétaire intermédiaire, en l'occurrence la personne morale de la Holis, fasse écran au cas où il serait en faillite, en bloquant toute saisie des biens du propriétaire ultime. Autrement dit, la cession des actions d'une personne morale en présence d'actifs monétaires n'est possible que si cette personne morale est à responsabilité limitée et que ces actifs sont subsidiaires à des actifs non monétaires constituant l'objet déterminant de la cession. Ce test relatif à l'autonomie d'un tel propriétaire intermédiaire dont les actifs principaux sont non monétaires devrait, également, constituer une deuxième justification de l'inclusion des dettes dans la cession. Ce test devrait même justifier la désignation du propriétaire intermédiaire, faisant écran en cas de faillite, en tant que contribuable de l'Impôt de solidarité en lieu et place du propriétaire ultime. Cependant, ceci semble aller trop loin dans l'exploitation du parallélisme fait par Malik car l'Impôt est, comme l'Usure, un sujet protégé dans lequel la dérogation est très rare.

386. Distinction du malikisme des autres rites dans la cession des entités à responsabilité limitée. La règle précitée, autorisant la cession d'une entité à responsabilité limitée selon le régime de son actif non monétaire dominant, est basée sur une jurisprudence d'origine extrêmement solide, soutenue par un texte législatif, une pratique de Médine et une Analogie¹⁷⁷⁷. Cependant, le hanafisme et le chafiisme n'ont pas suivi l'argumentation malikite en Interdisant cette vente globale, d'un bien complexe hétérogène, sauf à séparer les actifs en appliquant les règles de l'Usure aux actifs monétaires. À la décharge de cet avis opposé, l'application ici du principe de subsidiarité¹⁷⁷⁸ est très délicate dans sa considération que les actifs monétaires sont subsidiaires aux actifs non monétaires qui sont les véritables objets de la vente. Pourtant, c'est cette même logique de subsidiarité qui a permis d'interpréter un autre texte législatif pour autoriser la vente des terres plantées portant des fruits, quel que soit l'état de mûrissement de ces fruits, car ces derniers sont considérés comme subsidiaires aux plantes vendues avec la terre¹⁷⁷⁹. Ainsi, la subsidiarité a écarté l'application du consensus général relatif à la règle de la vente séparée des fruits sur pied qui exige leur mûrissement. Cette fois-ci, le

¹⁷⁷⁷ Comme la cession, le prêt du titre social sans tirer un quelconque avantage est également conforme en jurisprudence malikite : voir Mohamed Mokhtar SELLAMI محمد مختار السلامي, [Sélection de recherches dans le financement islamique] بحوث مختارة في التمويل الإسلامي, [s.l.] : Shura Sharia Consultancy, décembre 2019, p. 23.

¹⁷⁷⁸ Supra § 235.

¹⁷⁷⁹ SHATIBI شاطبي ابراهيم اسحاق et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 346.

chafiisme suit le malikisme alors que le hanafisme maintient l'Interdiction de principe, comme dans la situation précédente¹⁷⁸⁰.

387. Fonctionnement du principe de subsidiarité dans la cession des actifs rattachés à un actif principal. Shatibi éclaire le fonctionnement très fin du principe de subsidiarité dans ces situations en expliquant la distinction du cas où le subsidiaire demeure dépendant du principal, du cas où le subsidiaire peut être autonome. Dans le premier cas, la disposition impérative est que la vente du principal entraîne la vente du subsidiaire, toute condition contractuelle contraire étant inefficace¹⁷⁸¹. En revanche, la vente du principal dans le second cas ne peut entraîner la vente du subsidiaire qu'en présence d'une condition contractuelle ; sinon, le subsidiaire qui a déjà pris son autonomie demeure chez le vendeur. Dans les deux cas, la vente du subsidiaire avec son principal sur le fondement légal ou sur celui contractuel, suit la règle applicable à ce principal et non pas la règle applicable au subsidiaire en cas de vente séparée¹⁷⁸². Toutes ces règles sont évidemment codifiées par Khalil et expliquées par Dardir qui rajoute une précision utile pour la qualification de la cession d'une action d'une société à responsabilité limitée. Cette précision concerne l'usage qui, dans ce genre de question, a la même valeur que la condition contractuelle en son absence ; ce qui veut dire que l'usage agit toujours sauf en présence de condition contractuelle contraire. Dardir élargit également la vente autonome du subsidiaire en indiquant dans le cas des fruits que le premier fruit mûr suffit à rendre licite la vente des fruits de tout le champ de plantes¹⁷⁸³.

388. Conformité de la personnalité morale à responsabilité limitée de la Holis Moudaraba. Sur la base de ce qui précède, la conformité de la personnalité morale de la Holis Moudaraba couplée avec sa responsabilité limitée dépend de ses statuts et de leur diffusion. En effet, cette qualification exige que les termes du contrat de société de la Moudaraba, stipulant clairement sa personnalité morale à responsabilité limitée, soient diffusés auprès des interlocuteurs de la Holis, notamment ses créanciers. Or, nous avons conçu la Holis Moudaraba en première partie comme une SAS luxembourgeoise dont les statuts bénéficient d'une flexibilité contractuelle en droit étatique tellement large qu'ils peuvent inclure toutes ces stipulations de conformité. Ces dernières, complétées par une clause spécifique de la convention de management relative au crédit fournisseur¹⁷⁸⁴, font de la Holis Moudaraba un écran efficace

¹⁷⁸⁰ ZURQANI الزرقاني محمد بن عبد الباقي, *op. cit.* (note 1404), p. 350, 357.

¹⁷⁸¹ DARDİR الدردیر أحمد بن محمد et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2224, v. 5.

¹⁷⁸² SHATIBI الشاطبي ابراهيم et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 446, v. 3.

¹⁷⁸³ DARDİR الدردیر أحمد بن محمد et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2222, 2228-2230, v. 5.

¹⁷⁸⁴ Voir infra § 405.

pour empêcher ses créanciers d'atteindre les actifs non apportés de l'actionnaire, tout en disposant d'une universalité de patrimoine autonome, conformément aux jurisprudences malikites. Toutefois, cette autonomie de la Holis par rapport à ses propriétaires pose un problème de risque qui, à l'origine, est de nature économique. C'est pour cela que la compréhension de ce phénomène de séparation entre la propriété et la gestion devient nécessaire afin d'examiner les précautions limitant le risque juridique du propriétaire. Ces précautions, respectant forcément la conformité, sont utiles aussi bien à la Holis Wakala qu'à la Holis Moudaraba mais, pour cette dernière, elles prennent une grande importance tant l'autonomie de sa gestion est extrême.

Sous-section 2. Précautions générales de l'autonomie

389. **Protections générales des actionnaires.** La compréhension des risques associés à la séparation entre la gestion et la propriété dans la Holis, particulièrement dans la Moudaraba, nous incite à explorer les moyens conformes de forme (A) ou de fond (B) pouvant protéger ses actionnaires.

A. Conformité des précautions de forme

390. **Motivation économique de la séparation entre propriété et gestion.** La jurisprudence malikite se doit de limiter le risque posé par l'autonomie de gestion, car elle place la protection du patrimoine au rang le plus élevé des Motifs législatifs ce qui l'incite, par conséquent, à éviter les aléas et les risques. Cependant et comme toute règle jurisprudentielle, le point de départ doit être la bonne compréhension de cette situation de séparation entre propriété et gestion. En théorie économique, la propriété privée bâtie sur la liberté contractuelle permettant la libre transférabilité des biens est motivée par la réallocation de ces derniers vers les propriétaires qui en tireraient le rendement maximal. C'est pour cela que, selon une doctrine datant des années 60, « la propriété privée représente la raison d'être de l'entreprise capitaliste moderne¹⁷⁸⁵ ». Or, dès qu'on dépasse la taille d'une entreprise individuelle où c'est le marché qui évalue la valeur du travail de l'individu, il devient difficile d'évaluer la valeur apportée par chaque travailleur à la création de la valeur totale de l'entreprise. C'est donc l'entrepreneur qui détermine la valeur du travail individuel puis en déduit la rémunération de chacun en gardant pour lui, créancier résiduel, le solde de la valeur ajoutée créée par l'entreprise. Cette dernière

¹⁷⁸⁵ Khalil BEN SALAH, *Gains et motivations des opérations de prise de contrôle : le cas des o.p.a. et des o.p.e. une étude empirique sur le marché parisien : 1977-1991*, [s.n.], [s.l.], [s.d.], p. 101. URL : <http://www.theses.fr/1994PA010078#>. Consulté le 18 septembre 2019.

se présente alors comme un nœud de contrats qui, avec l'objectif de créer de la valeur, permet à chaque détenteur du contrôle de ressources de l'entreprise, en partant de l'entrepreneur, la délégation à d'autres. Ainsi, plus la participation de l'entrepreneur à la gestion est faible, plus il aura tendance à élargir sa délégation générale à un manager contrôlant le nœud de contrats de l'entreprise ce qui pose le problème de la divergence entre les intérêts de ce manager et ceux de l'entrepreneur mettant à mal la théorie de l'allocation optimale bâtie sur la propriété privée. Afin de limiter les aspects négatifs de cette divergence sur la rentabilité de l'entrepreneur, des coûts d'agence sont alors engagés pour lui faire parvenir les informations pertinentes au contrôle du manager délégataire. Ainsi et selon une certaine théorie, la séparation de la propriété et de la gestion devient une perversion de l'entreprise capitaliste mais une telle conclusion n'est pas partagée par les défenseurs de la théorie de la propriété privée. Celle-ci considère que ces coûts d'agence sont largement compensés par les avantages recherchés par le propriétaire entrepreneur dans le cadre de la maximisation de son intérêt. Ce dernier, constituant la base de l'optimisation de l'allocation des ressources, est atteint quand l'utilité marginale de la satisfaction pécuniaire de l'entrepreneur est égale à l'utilité marginale de sa satisfaction non pécuniaire¹⁷⁸⁶. Dans cette thèse, cette optimisation revient à maximiser les profits en respectant la contrainte de la conformité de la gestion de l'entreprise à la jurisprudence islamique. C'est dans ce cadre que se pose le contrôle de la gestion de la Holis, que les investisseurs de celle-ci soient totalement passifs, dans la Moudaraba, ou plus ou moins actifs dans la gestion, dans la Wakala. Ben Salah souligne également que la satisfaction pécuniaire étant générale, c'est la satisfaction non pécuniaire qui devient l'élément distinctif entre les investisseurs d'où l'importance que tous les bailleurs de fonds de l'entreprise partagent ces satisfactions non pécuniaires. Autrement, la problématique des coûts d'agence se posera à nouveau entre les bailleurs de fonds sans contrôle et ceux qui exercent le contrôle sur la gestion de l'entreprise et qui défendent des satisfactions non pécuniaires qui leurs sont spécifiques ou personnelles¹⁷⁸⁷. Cette problématique est heureusement évitée dans ce travail, car le bloc de contrôle de la holding a fait de la contrainte non pécuniaire de la conformité un élément de l'objet social qui doit donc être accepté par tout actionnaire minoritaire ainsi que par tout autre bailleur de fonds à la holding. Ben Salah ajoute que, tout en laissant au manager dans tous les cas l'initiative et l'exécution, les coûts d'agence permettant le fonctionnement optimal de l'entreprise en cas de séparation entre la propriété et la gestion couvrent, selon l'intérêt de l'entrepreneur propriétaire,

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*, p. 102-105, 107-108.

¹⁷⁸⁷ *Ibid.*, p. 108.

uniquement la surveillance ou s'étendent à la ratification de certaines décisions de gestion¹⁷⁸⁸. Le premier cas correspond à notre Holis Moudaraba alors que le second est celui de notre Holis Wakala. Ben Salah note, enfin, que dans le cadre de l'activité M&A, les coûts d'agence doivent permettre un contrôle suffisant pour éviter le biais des dirigeants de l'entreprise cessionnaire à surestimer la cible pour accroître leurs propres intérêts¹⁷⁸⁹ au dépend de ceux des entrepreneurs propriétaires qui les ont embauchés¹⁷⁹⁰. Il est donc impératif, dans notre cas, que le manager de la Holis Moudaraba ne soit rémunéré qu'en fonction du produit de cession ou de liquidation de cette holding¹⁷⁹¹. En outre, d'autres précautions d'ordre général s'imposent non seulement sur le fond mais également sur la forme notamment en ce qui concerne la formalité de l'écrit pour la convention de management ainsi que la précision et la complétude de ses termes afin de limiter l'insécurité de son interprétation.

391. Conformité de la preuve écrite de la convention de management. En jurisprudence malikite, c'est le contenu qui qualifie le contrat et qui détermine ses conditions de validité dont le niveau d'exigence dépend de l'importance accordée en droit à ce type de contrat. À titre d'exemple, le contrat de vente est jugé moins important que le contrat de mariage car la vente est considérée comme un usage courant devant être facilité alors que le mariage est considéré comme un usage exceptionnel devant avoir une protection extrême, pour son lien présumé permanent entre deux personnes dépendantes l'une de l'autre¹⁷⁹². C'est pour cela que l'incapacité financière à subvenir aux besoins du couple donne un droit d'ordre public à l'épouse pour résoudre le contrat de mariage alors que l'incapacité à rembourser une dette ordinaire découlant d'un contrat commercial, comme la vente, conduit au report du terme de la dette¹⁷⁹³ et non pas à la résolution du contrat de la vente en question. Notons, quand même, que le niveau d'exigence d'une telle vente générant des dettes peut être relativement étoffé sur le plan de la forme¹⁷⁹⁴ en comparaison à celui d'une vente ordinaire¹⁷⁹⁵ mais sans atteindre celui de la vente d'une chose Usuraire dont l'importance stratégique impose des contraintes de

¹⁷⁸⁸ *Ibid.*, p. 111.

¹⁷⁸⁹ Notamment en rendant leur entreprise encore plus dépendante de ses managers.

¹⁷⁹⁰ BEN SALAH, *op. cit.* (note 1785), p. 167, 169.

¹⁷⁹¹ Voir infra § 406-408.

¹⁷⁹² L'épouse assurant le fonctionnement de la famille et l'époux assumant la responsabilité notamment financière. En résumé, en contrepartie de sa contribution naturelle notamment pour la mise au monde des enfants avec les difficultés et les contraintes qu'elle génère, l'épouse a un droit prioritaire sur les ressources financières de l'époux pour les frais de vie de la famille même si l'épouse est plus riche que l'époux. De même et en contrepartie de sa contribution exclusive au financement de la famille et de sa responsabilité, l'époux a un droit sur l'épouse pour mettre ses attributs naturels au service de la construction et du bien-être de la famille. Ces deux contreparties sont des obligations de meilleur effort et non pas de résultat.

¹⁷⁹³ Voir supra § 355-356.

¹⁷⁹⁴ Voir supra § 357-360.

¹⁷⁹⁵ Voir infra § 480.

fond¹⁷⁹⁶. Pour la situation de cette thèse, le Motif du formalisme écrit de la dette générée par une vente mis en avant par ben Achour est clairement applicable à la convention de management car celle-ci consiste à confier à la société de gestion un patrimoine important appartenant in fine aux actionnaires de la holding.

392. Conformité de l'interprétation de la convention de management. La formalité de l'écrit trouve également son utilité dans la règle malikite de l'interprétation qui considère que les faits et les actes ayant un effet juridique doivent s'apprécier au regard du contexte, franc ou implicite, dicté par la situation. À titre d'exemple, les contrats qui spécifient un montant monétaire sans indiquer la monnaie s'interprètent comme un montant de la monnaie ayant cours au moment et au lieu de la conclusion du contrat. Un autre exemple, les actes réalisés par un mandataire, sans mentionner que c'est dans le cadre de son mandat, seront considérés comme des actes en son nom propre s'il déclare que telle était son intention. De même, les prestations et les contreparties contractuelles s'interprètent selon les usages sans avoir besoin de déclarer dans l'acte leurs définitions précises. Toutefois, cette « théorie de l'apparence¹⁷⁹⁷ » ne s'applique pas en présence d'arguments¹⁷⁹⁸ contraires comme l'a expliqué Qarafi¹⁷⁹⁹. Ces règles générales d'interprétation des situations juridiques sont alors supplétives dans le cas du contrat, comme celui d'une Vente ou d'un Louage, dont l'interprétation se fait selon ses termes et ne pourra être influencée par l'usage que si les termes sont incomplets, obscurs ou indéfinis. Ainsi et en l'absence d'une définition précise, le sens donné à des termes comme société, vente en coût plus marge, terrain, immeubles ou fruits sera le sens commun sauf s'il s'agit d'un terme nommé en droit¹⁸⁰⁰ dont le sens légal s'impose. Ainsi et comme la monnaie qui évolue en fonction du temps, l'interprétation juridique d'un même contrat doit évoluer selon l'évolution des usages qui, en l'absence de stipulations précises, déterminent l'interprétation de la volonté contractuelle des parties¹⁸⁰¹. Il faudrait donc être extrêmement vigilant pour la rédaction de la convention de management de la Holis en explicitant les notions contractuelles qui ne sont pas usuellement appliquées en Europe, ni dans l'activité économique conventionnelle ni dans l'activité en rapport avec la finance islamique de l'AAOIFI. En effet, toute lacune de la convention de management risque d'être comblée par un usage européen non-

¹⁷⁹⁶ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 928 et 934, § 157 et 158.

¹⁷⁹⁷ Une terminologie qui a une autre signification en droit étatique continental, notamment français et belge.

¹⁷⁹⁸ Une règle, un fait ou une intention probable.

¹⁷⁹⁹ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 642, § 106.

¹⁸⁰⁰ Comme les « Fruits fécondés » qui ont une signification précise dans la Vente.

¹⁸⁰¹ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1070, § 199 ; GHARIANI الغرياني, *الصادق بن عبد الرحمن الغرياني*, *مدونة الفقه المالكي وأدلته*, *op. cit.* (note 1342), p. 115-119. [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements]

conforme au rite de conformité de cette thèse même si cette question d'interprétation contractuelle est soulevée devant un tribunal arbitral selon nos préconisations¹⁸⁰². Cependant, malgré cette importance de la précision et du détail des termes contractuels, il serait clairement excessif d'aller au-delà en donnant à la convention de management l'importance du contrat de mariage. En tant que créancier, l'une des parties à la convention de management ne peut donc se prévaloir d'un droit de résolution automatique et immédiat au cas où la partie débitrice d'une créance traverserait des difficultés financières passagères. Par exemple, si la holding est incapable de verser les frais remboursables du Moudarib ou les honoraires de son Wakil, ces derniers ne pourront pas se prévaloir d'un droit légal de résolution immédiate de la convention de management et, par conséquent, un tel droit ne sera possible que compte tenu des conditions contractuelles. Il en est de même pour la Holis qui ne peut déclencher la résolution immédiate de la convention pour inexécution qu'en vertu des stipulations contractuelles comme on le recommandera¹⁸⁰³. Ainsi et en conformité avec la jurisprudence malikite, la convention de management doit non seulement être écrite mais également complète et précise afin que ses termes limitent l'incertitude dans son exécution ce qui est tout-à-fait cohérent avec l'exigence de clarté du droit étatique pour la contractualisation du fait religieux.

B. Conformité des précautions de fond

393. **Importance des précautions de fond.** Notre analyse précédente montrant les avantages mais également les risques associés à la séparation entre la gestion et la propriété¹⁸⁰⁴ nous a incités à prévoir certaines précautions de forme. À celles-ci s'ajoutent à d'autres précautions de conformité impactant le fond, qui concernent notamment la limitation des conditions nécessaires à la force obligatoire de la convention de management ainsi que la cohérence des éventuels liens de cette dernière avec d'autres contrats. Toutefois, la précaution de fond la plus importante est l'instauration d'un contrôle, interne et externe, de l'exécution de la convention de management afin de vérifier le respect des stipulations contractuelles, en plus de l'observation des dispositions légales.

394. **Respect des conditions malikites de la force obligatoire de la convention de management.** En termes de force obligatoire, le principe malikite est que les contrats acquièrent leur force obligatoire dès leur conclusion ; ceci est applicable notamment dans les cas de la Vente, du Louage, de la donation ou de la tutelle. Cependant et à titre dérogatoire, la

¹⁸⁰² Voir infra § 419.

¹⁸⁰³ Voir infra § 418.

¹⁸⁰⁴ Voir supra § 390.

force obligatoire est retardée jusqu'au début d'exécution pour les contrats de Pollicitation forfaitaire, de Commandite commerciale ou agricole, de mandat ou d'arbitrage. Pour ces contrats, le délai de réflexion a été jugé plus opportun pour apprécier les préjudices potentiels rendant préférable l'option d'abandonner les contrats en question avant leur début d'exécution¹⁸⁰⁵. Bien évidemment, la force obligatoire ne peut agir en présence de conditions suspensives non satisfaites, que ces conditions soient conventionnelles ou de droit. Surtout que le champ est large pour ces conditions suspensives dont l'objet peut être une dette du Passif Décrit¹⁸⁰⁶ du débiteur ou carrément un objet inexistant lors de la conclusion du contrat¹⁸⁰⁷. Pour saisir l'étendue du champ de ces conditions, mentionnons qu'elles s'appliquent également à tout contrat conclu par un mandataire public, y compris le contrat implicite du dirigeant d'un État avec ses citoyens¹⁸⁰⁸. Il va de soi que ce principe d'inefficacité du contrat, en présence de conditions suspensives non satisfaites, s'applique forcément quand légalement le contrat est invalide à cause de la violation de l'une des conditions de validité. Parmi celles-ci, on peut citer à titre d'exemple le délai d'acceptation d'une offre qui doit être suffisamment court, sans dépasser la période au-delà de laquelle l'usage considère la non-réponse comme un refus. Qarafi considère, en effet, que dans ce cas l'offre et l'acceptation forment avec les contractants et les contreparties un tout qui est la Vente dont l'unité et l'existence seront mises en cause par un retard qualifié par les usages comme une non conclusion du contrat. En revanche, l'option, dont bénéficie l'un des contractants à la suite d'un défaut de la contrepartie reçue ou en vertu d'une condition contractuelle, peut être levée dans le délai convenu par les contractants même si l'usage estime un tel délai excessif¹⁸⁰⁹. Cette option est considérée alors comme faisant partie des conditions d'exécution du contrat et non pas comme une condition de validité constitutive du contrat lui-même comme dans le cas précédent du délai d'acceptation de l'offre qui relève du consentement nécessaire à la conclusion du contrat¹⁸¹⁰. Dans notre cas et afin de renforcer la sécurité juridique, on doit veiller au respect des conditions de validité et à ce que les conditions suspensives, légales ou contractuelles, du contrat de gestion soient limitées et

¹⁸⁰⁵ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1128, § 209.

¹⁸⁰⁶ Voir *infra* § 546.

¹⁸⁰⁷ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 969, § 165.

¹⁸⁰⁸ En effet, le respect de l'intérêt général est considéré comme une condition de droit sans laquelle la population ne sera pas tenue par tout acte de leur dirigeant même s'il s'agit d'un traité entre États dont la mise en œuvre peut être attaquée pour non-respect de l'intérêt général, notamment en cas de lésion de la collectivité : voir KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 210, § 101 ; DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 119.

¹⁸⁰⁹ Toutefois, pour la préemption, le délai de réflexion à l'exercice du droit est plafonné à trois jours depuis la prise de connaissance du détenteur du droit de l'engagement de vente de son associé dans l'indivision.

¹⁸¹⁰ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 972, § 166.

explicites afin que l'éventuel arbitrage retienne sans équivoque le bénéfice de la force obligatoire à ce contrat. Allant au-delà de l'exemple précité du délai d'acceptation, il devient utile dans cette logique d'analyser la conformité des liens de la convention de management avec d'autres contrats afin d'éviter que de tels liens soient une cause d'invalidité.

395. **Conformité des liens de la convention de management.** Comme tout contrat, la convention de management doit respecter certains principes généraux de conformité parmi lesquels la cohérence des objets multiples d'un contrat. Respectant le lien logique et cohérent liant sa nature à ses effets, un contrat ne peut contenir plusieurs obligations de natures incompatibles comme une Vente et une Pollicitation forfaitaire car la première n'accepte pas l'incertitude sur son objet alors que la seconde l'accepte, même si la rémunération est déterminée dans les deux cas¹⁸¹¹. Pour la même raison, la Vente ne peut être liée à un contrat de change qui n'accepte pas la Vente à terme¹⁸¹², à un contrat de Commandite qui autorise l'incertitude de la rémunération variable ou à un contrat de société Moucharaka qui comporte de multiples dérogations aux principes de droit commun¹⁸¹³. Ainsi l'interférence entre les obligations de natures différentes, pouvant entraîner la perturbation du contrat entier, est évitée. En revanche, la perturbation moindre découlant de plusieurs obligations de même nature est tolérée comme dans le cas de la Vente associée à la Location ou le Louage dans un contrat unique car ces deux obligations ont des régimes compatibles¹⁸¹⁴. Dans ces conditions, la convention de management ne peut contenir ou être liée à une obligation d'une nature incompatible avec son objet de gestion de la holding, comme le serait une Vente. Un autre principe que la convention de management doit respecter est celui de l'absence d'abus dans l'intuitus personae. Conformément à ce principe, l'exécution des obligations dont l'utilité ne dépend pas de l'intuitus personae du débiteur peut être déléguée à un tiers. Ainsi, le règlement d'une dette ou la remise d'une chose en dépôt peuvent être exécutés par un tiers car aucune utilité légitime n'est attendue de leur exécution par le débiteur¹⁸¹⁵. C'est pour cela que la convention de management ne devrait pas s'opposer à la sous-traitance à laquelle la société de gestion peut recourir pour accomplir certaines tâches de gestion, relevant de sa mission et usuellement déléguables. Ces dernières peuvent être, par exemple, la gestion comptable ou la gestion administrative du portefeuille de participations ; des missions que la convention de management peut même prévoir comme des missions sous-traitées en précisant,

¹⁸¹¹ Voir infra § 434.

¹⁸¹² Voir infra § 548.

¹⁸¹³ Y compris pour le change.

¹⁸¹⁴ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي *op. cit.* (note 158), p. 927, § 156.

¹⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 652, § 110.

éventuellement, la procédure de désignation de leurs prestataires. Ceci sera d'autant plus vrai pour la Holis Moudaraba, qui n'accepte pas les règles contractuelles qualifiées d'immixtion dans la gestion. En plus de ces précautions évitant l'invalidité et facilitant l'accès à la force obligatoire, le contrôle de l'exécution revêt une importance capitale.

396. Appréciation malikite des pratiques de conformité utiles au contrôle de l'exécution de la convention de management. Comme l'indique Qarafi, un contrat peut devenir caduc ou être annulé du fait des contractants ou de celui du juge ; il peut également donner lieu à restitution¹⁸¹⁶. Sur le plan de la preuve, l'utilisation du témoignage par le juge est conditionnée par la fiabilité, ceci exige que les témoins soient dignes de confiance¹⁸¹⁷. Le témoin peut se baser sur le raisonnement, sur ses cinq sens et sur les faits qui lui sont rapportés de sources concordantes. La certitude n'est pas exigée, la forte probabilité suffit au témoin pour apporter son témoignage. En cas de contradiction entre les témoignages ou les arguments des parties, plusieurs règles peuvent guider le juge pour faire prévaloir certains arguments. Cependant, si le juge considère que l'ensemble des arguments reste au niveau de la présomption sans constituer une preuve il devra donner le bénéfice du doute à la partie défendante conformément au Motif d'intérêt général de protection des personnes et des biens¹⁸¹⁸. Dans ces conditions, l'utilité du formalisme de l'écrit dont nous avons parlé pour la convention de management¹⁸¹⁹ s'étend à la preuve de son exécution, notamment au niveau des avis des organes de contrôle qui doivent fonctionner d'une façon formelle. À l'origine, ceci a motivé l'introduction dans les institutions de finance islamique des Charia boards avec souvent un rôle de conseiller ou de superviseur¹⁸²⁰. Ce type de fonctionnement qui représente une façon courante pour contrôler et corriger les investissements confessionnels¹⁸²¹ fait que ces institutions sont organisées « en trois grands pôles : le pôle des juristes, le pôle des financiers et le pôle des savants musulmans ou Charia board¹⁸²² ». À titre d'exemple et en se basant sur la soft law en termes de conformité, le contrôle d'un fonds islamique s'effectue au préalable par le Charia board pour le choix de la cible à travers le Charia « screening » et la vérification des ratios d'endettement et de liquidité¹⁸²³. Après la réalisation de l'acquisition et au fil du temps, un

¹⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 1058, § 195.

¹⁸¹⁷ Voir supra § 206, 215, 217.

¹⁸¹⁸ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1157, 1186, 1194 et 1262, § 220, 226, 228 et 239.

¹⁸¹⁹ Voir supra § 391.

¹⁸²⁰ JAFFER (dir.), *op. cit.* (note 12), p. 408.

¹⁸²¹ Contribution de Julien Couard dans MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35), p. 246-248.

¹⁸²² HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 53, pour plus de détails sur le fonctionnement des charia boards, voir p. 53 à 62.

¹⁸²³ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 225, § 422, note bas de page n° 783.

contrôle continu de ces critères a lieu par audit du comité ou par un suivi permanent par un directeur de conformité rapportant au comité. Les critères en question sont ceux de l'Islamic Dow Jones Index qui adopte un ratio d'endettement maximal par rapport à la capitalisation moyenne de 33%, un ratio également adopté pour la liquidité avec un rapport maximal entre les créances clients et l'actif total de 50%. En l'absence de position claire, certaines questions restent à l'appréciation du gestionnaire du fonds comme le cas du fonds de fonds. D'autres questions seront décidées par la société de gestion en accord avec le Charia board comme le choix¹⁸²⁴ de l'organisme caritatif islamique¹⁸²⁵ qui recevra la quote-part¹⁸²⁶ impure des revenus du fonds¹⁸²⁷. Cependant, cette pratique de contrôle de la conformité ne correspond pas à notre approche ni au niveau de la méthode, ni au niveau des règles de ce contrôle qui sont, parfois, incompatibles avec la jurisprudence malikite. Pour la Holis, les organes de contrôle de conformité n'ont pas une mission de conseil ou de supervision, mais jouent un rôle d'audit et d'interprétation des obligations contractuelles issues de la contractualisation préalable de la conformité avec la société de gestion. C'est cette contractualisation, dont l'utilisation est absente ou limitée dans les institutions actuelles de finance islamique, qui nous a emmenés en première partie à construire une organisation de contrôle interne et externe de la Holis¹⁸²⁸. La stipulation de cette organisation dans les clauses spécifiques, incluses dans le corps même de la convention de management, devient extrêmement importante surtout dans le cas de la Holis Moudaraba dont l'autonomie de gestion est inégalée.

Section 2. Conformité des stipulations spécifiques

397. Typologie des règles de la Holis à valeur statutaire. La conformité de la structure de la Holis Moudaraba définit le cadre dans lequel s'insèrent les clauses spécifiques de sa gouvernance. Or, comme on l'a vu¹⁸²⁹ et quand c'est opportun, ces clauses spécifiques de la convention de management peuvent constituer également des articles statutaires de la holding alors que la charte de gestion sera, en entier, à la fois une annexe statutaire et une annexe de la convention de management, Moudaraba ou Wakala. Ainsi, une bonne partie des stipulations, relatives aussi bien à la gouvernance qu'au reste des règles de fonctionnement, est appelée à

¹⁸²⁴ Ce choix devant être préalable à l'exploitation du fonds pour pouvoir le mentionner dans le prospectus. comme l'exige l'AMF.

¹⁸²⁵ Transformant, ainsi, le fonds en fonds de partage : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 226, § 424, note bas de page n° 788.

¹⁸²⁶ Plafonnée à 10% par l'AMF.

¹⁸²⁷ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 224-226, § 421-424.

¹⁸²⁸ Voir supra § 132.

¹⁸²⁹ Voir supra § 156.

avoir une valeur statutaire dont l'utilité réside, notamment, dans la sécurisation de la qualification de la Holis en tant qu'entreprise confessionnelle de tendance. Ce haut degré de cohérence entre la convention de management et les statuts est rendu possible par la flexibilité de la forme SAS de la Holis et par le contenu de cette convention que nous développons en gardant à l'esprit la faisabilité de son intégration aux statuts, sauf pour des sujets comme la rémunération de la société de gestion. C'est cette flexibilité qui permet, par exemple, la mise en place de la gouvernance sur mesure de la SAS Holis dont les statuts peuvent soumettre son processus de décision et de fonctionnement interne aux compétences de direction ou de surveillance d'organes statutaires créés à cet effet, indépendamment de la représentation légale vis-à-vis des tiers¹⁸³⁰. Cette flexibilité statutaire agit également dans le domaine des conventions réglementées dont le contrôle légal a posteriori peut être renforcé par un contrôle statutaire sous forme d'autorisation préalable d'un organe de contrôle¹⁸³¹. Enfin et en plus de ces stipulations statutaires liées à la direction, les règles régissant le rapport entre les actionnaires de la Holis gagneraient à figurer dans les statuts, comme la règle relative au partage des droits de l'action entre nu-propriétaire et usufruitier¹⁸³². Dans tous les cas, qu'il s'agisse de règles à valeur statutaire ou pas, les clauses spécifiques relatives à la gouvernance de la Holis Moudaraba doivent passer le test de la conformité ; un domaine dans lequel nous avons déjà fait certaines hypothèses.

398. Hypothèses de la Holis Moudaraba à soumettre au test de la conformité.

En jurisprudence islamique, l'équivalent des contrats où le gestionnaire entrepreneur ne dispose pas de capital ou en dispose peu est la Commandite soumise, souvent impérativement, à plusieurs règles de ce droit qui la considère comme une dérogation permanente au régime de la Vente¹⁸³³. Le régime de ce contrat d'association entre capital et entrepreneuriat a été introduite succinctement en première partie afin de bien identifier les fondements utiles à cette thèse. Nous avons alors caractérisé ce contrat de gestion par le capital en numéraire, la non-immixtion de l'actionnaire, la révocation pour juste motif, la rémunération retardée à la réalisation de l'objet et la responsabilité de la perte du capital limitée à la négligence du gestionnaire car sa possession de ce capital est cautionnée par le propriétaire¹⁸³⁴. Ce contrat est impossible pour

¹⁸³⁰ Voir supra § 116.

¹⁸³¹ Cependant et vis-à-vis des tiers, la violation d'une telle autorisation, qui n'est pas d'ordre public, peut rarement conduire à l'annulation de la convention sauf à prouver la mauvaise foi du tiers impliqué : voir supra § 119.

¹⁸³² Voir supra § 70.

¹⁸³³ Voir supra § 224.

¹⁸³⁴ Voir supra § 54, 59, 290.

une durée illimitée et paraît inadapté pour un contrat de très longue durée¹⁸³⁵ ce qui est pourtant le cas ici car le métier de private equity de contrôle est caractérisé par le long terme. C'est pour résoudre cette difficulté que nous avons prévu pour notre holding SAS un organe interne, le conseil de surveillance, dont l'unique rôle est le contrôle sans s'immiscer dans la gestion. Ainsi, les décisions relevant de la compétence de ce conseil sont liées à cette mission avec un pouvoir de prononcer, au besoin, des sanctions en cas de violation de la convention de management par le gestionnaire suite aux audits périodiques de la gestion. À l'extrême, un tel juste motif peut mener à la révocation de la société de gestion car même si la convention de management constitue un mandat irrévocable, dans un sens écartant l'*ad nutum*, la révocabilité demeure possible et non fautive quand elle est causée par un juste motif. Cette révocation s'étendra à l'éventuel mandat social car la violation des règles statutaires de gestion constitue également un juste motif de révocation dans les conditions statutaires, même si les statuts n'admettent pas la révocation *ad nutum* du mandataire social de la Holis¹⁸³⁶. Une telle révocation ne peut être sanctionnée, contrairement à la révocation sans motif pour laquelle aussi bien la convention de management que les statuts devraient imposer à la holding un montant de réparation dissuasif en parfaite cohérence avec la jurisprudence islamique¹⁸³⁷. En sens opposé, en cas de renonciation du gestionnaire à sa fonction, nous avons également formulé l'hypothèse qu'une cohérence pourrait être trouvée entre la jurisprudence islamique et le droit étatique. Pour une telle renonciation, une sanction dissuasive peut valablement être prévue aussi bien dans la convention de management que dans les éventuels documents sociaux de nomination du mandataire social moyennant une déclaration du gestionnaire lors de l'acceptation de son mandat irrévocable. Cette déclaration doit confirmer qu'aucun préjudice matériel pour lui n'existe ou n'est prévisible comme conséquence de l'exécution de son mandat¹⁸³⁸. C'est sur ces bases que nous avons déterminé, en première partie, la procédure de la conclusion de la convention de management Moudaraba aboutissant à un chairman du conseil de surveillance assumant également le rôle d'administrateur de conformité. De plus, ce chairman assure la mission d'exécution des décisions du conseil de surveillance relatives à la nomination, le contrôle ou la révocation de la société de gestion. Enfin, il est le seul fondé de pouvoir d'un compte bancaire spécial de la Holis dédié aux règlements dus à la société de gestion. Sur un autre plan, cette procédure d'organisation des compétences prévoit la nomination d'un président

¹⁸³⁵ Voir supra § 66.

¹⁸³⁶ Voir supra § 118, 171.

¹⁸³⁷ Voir supra § 185.

¹⁸³⁸ Voir supra § 186.

de la holding choisi parmi la liste de candidats, proposés par la société de gestion, qui est annexée à la convention de management tout en prévoyant la démarche à suivre pour cette fonction en cas de refus ou de vacance¹⁸³⁹. Ces hypothèses, prises en première partie pour évaluer la pertinence des fondements, seront vérifiées et développées dans cette section afin de déterminer les stipulations conformes de la convention de management et éventuellement des statuts. Ces stipulations concernent essentiellement les obligations (sous-section 1) et les protections (sous-section 2) des parties, la société de gestion et la Holis Moudaraba.

Sous-section 1. Obligations des parties

399. Clauses pertinentes pour la Holis Moudaraba. Ne pouvant pas couvrir toutes les règles de ce contrat très intéressant de la Moudaraba, nous avons choisi de développer les stipulations les plus importantes à intégrer dans les statuts de la Holis ou dans sa convention de management. Ces développements seront principalement dans le rite malikite conformément à notre sujet avec, quand c'est utile, quelques comparaisons avec la soft law. En effet, l'AAOIFI a consacré sa Norme n° 13 à la Moudaraba, un contrat largement commenté par maître Himeur dans le chapitre 4 de son ouvrage¹⁸⁴⁰ et par Couard dans sa contribution à l'ouvrage collectif dirigé par Moulin¹⁸⁴¹. Un commentaire sur le rite hanafite de hard law est également disponible en anglais sous-forme de traduction du Code ottoman¹⁸⁴² comme le signale Morrison¹⁸⁴³. Enfin, la meilleure source en français pour le malikisme est celle de Bousquet, comme nous l'avons déjà indiqué, et que nous citons dans ce paragraphe mais nos sources principales demeurent celles identifiées à la fin de la première partie en langue Arabe. Sur cette base, nous examinerons les stipulations générales (A), que nous recommandons, qui concernent le capital de la Holis, la conclusion de sa convention de management, le caractère intuitu personae de ses dirigeants désignés par cette convention ainsi que son objet. Ensuite, nous prêterons une attention particulière aux clauses financières (B).

¹⁸³⁹ Voir supra § 173, 181.

¹⁸⁴⁰ HIMEUR, *op. cit.* (note 16).

¹⁸⁴¹ MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35).

¹⁸⁴² Mejelle, 10th Book, Preface-Definitions and Chapters I-VII; see also Chapter VIII for other partnerships not discussed here -- Written in Ottoman Turkish and translated into Arabic "al-Majallat al-Ahkām al-'Adalliyya" (literally, The Journal of Judicial Rules) is available in English as The Mejelle (The Other Press 2007). On its significance past and present -- Chibli Mallat, Introduction to Middle Eastern Law (OUP 2009), pp. 245.

¹⁸⁴³ MORRISON, *op. cit.* (note 1743), p. 11-12.

A. Stipulations générales de la Moudaraba

400. **Capital de la Holis.** Contrairement à ce qu'affirme Matri, qui considère que le capital d'une Moudaraba peut être un bien meuble évalué objectivement dans le rite malikite¹⁸⁴⁴, nous avons retenu en première partie l'hypothèse que ce capital doit forcément être constitué d'apports en numéraire. Notre hypothèse est conforme à la jurisprudence majoritaire du malikisme ; il est donc Interdit que le capital représente des apports de marchandises, de créances ou, même, un dépôt ou un gage en numéraire déjà confiés au Moudarib, qui doivent alors revenir dans la possession de Rab el-mel avant de les apporter formellement au capital de la Moudaraba¹⁸⁴⁵. C'est donc sur cette base que l'apport doit être fait et que la clause statutaire ainsi que les clauses spécifiques de la convention de management doivent être rédigées. En outre, ces stipulations sont complétées par d'autres conditions en cas d'augmentation de capital.

401. **Augmentation de capital de la Holis.** Il est courant dans les créations des SPV, de créer la holding avec un capital symbolique qui sera augmenté au niveau voulu par les actionnaires une fois toutes les formalités sont terminées et que la société est prête pour débiter son exploitation conformément à son objet social. Cette pratique est conforme à la jurisprudence malikite qui donne, en plus, à cette augmentation la possibilité d'avoir un ratio de répartition du bénéfice différent de celui prévu pour le capital initial. Cependant, la validité de cette augmentation est conditionnée par la mention expresse, dans son contrat, de la fusion de son montant avec le capital initial ce qui conduit à une assimilation de leurs deux bénéfices en un bénéfice consolidé soumis, au besoin, à un ratio de répartition égal à la moyenne pondérée des deux ratios¹⁸⁴⁶. Cette disposition est possible tant que l'exploitation n'a pas débuté ; dans le cas contraire, l'assimilation du capital initial avec l'augmentation, entraînant une fusion des deux bénéfices en un bénéfice consolidé, ne pourra plus être une condition contractuelle du second contrat, même si les deux ratios de répartition sont identiques¹⁸⁴⁷. Toutefois, en l'absence de condition ni dans un sens ni dans l'autre, la pratique de la fusion n'invalide pas le contrat ; on peut alors supposer que cette pratique ne peut faire l'objet d'un accord des deux parties que postérieurement à l'augmentation de capital¹⁸⁴⁸. Outre ces conditions de conformités relatives au capital de la Holis, qui sont de nature statutaire en droit étatique même si elles sont

¹⁸⁴⁴ Comme, d'ailleurs, le rite hanbalite : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 109, § 208.

¹⁸⁴⁵ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 199-203, v. 6.

¹⁸⁴⁶ KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, [L'octroi vénérable « Manh el-Jalil »] جواهر منح الجليل, Egypte : Dar Sader, 1877, p. 679, v. 3.

¹⁸⁴⁷ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 525, v. 3.

¹⁸⁴⁸ Muhammad AL-KHORACHI محمد الخرشى, Ali AL-ADAWI علي العدوي et Al-Jundī KHALİL IBN ISHĀK, *Explication du Précis de Khalil للخرشي*, Le Caire, Egypte : Grande Imprimerie Impériale, 1317H, p. 212, v. 6.

mentionnées dans la convention de management, d'autres règles concernent principalement cette dernière.

402. Conclusion de la convention de management. Sur le plan de la conformité, la convention de management de la Holis Moudaraba est « un mandat en vue d'opérations commerciales, portant sur des espèces ... remises en vue d'obtenir une quote-part du profit du capital, quand on a déterminé le montant de celui-ci¹⁸⁴⁹ ». Il est possible qu'un prestataire exclusif d'un contrat de Louage sur certaines tâches de nature commerciale transforme son contrat inachevé avec le Loueur en un contrat de Moudaraba¹⁸⁵⁰. Ce qui suppose selon Khorachi que, soit le Loueur paye la totalité du Louage en exigeant un ratio de répartition faible pour la Moudaraba, soit le Loueur ne paye que la partie utilisée de la prestation de Louage, en proportion du temps estimé par exemple, en accédant à la condition du Moudarib pour un meilleur ratio de répartition¹⁸⁵¹. Cette transformation ne sera pas possible si l'objet du contrat de Louage n'est pas de nature commerciale comme la construction ou la fabrication car elle induirait, alors, l'anéantissement de la dette constituée par la prestation inachevée du contrat de Louage par la dette relative à la prestation de la Moudaraba. Ce qui correspond à une situation Interdite, relevant du régime restreint de l'extinction d'une dette par une autre dette entre le créancier et son débiteur¹⁸⁵². Toutefois, Khorachi précise que si les objets des deux contrats ne sont pas liés, il sera possible de continuer le contrat de Louage quand il ne nuit pas à la gestion de la Moudaraba¹⁸⁵³. Ainsi, avant même la conclusion de la convention de management, la Holis pourra tester la société de gestion par un contrat de Louage de services rémunéré, mensuellement par exemple, dont l'objet est d'identifier et d'entamer la négociation relative à sa première acquisition. Cependant, cette mission test de Louage de services doit se terminer avant la conclusion de cette acquisition qui constitue le début d'exécution de la convention de management de la Moudaraba. Ceci présente l'avantage de ne conclure la convention de management que seulement en cas de satisfaction des parties par l'exécution de ce premier contrat de Louage renouvelable mensuellement ; une excellente méthode pour s'assurer de l'existence d'une confiance suffisante entre ces parties avant de s'engager dans la durée. Or,

¹⁸⁴⁹ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 119.

¹⁸⁵⁰ KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 679, v. 3.

¹⁸⁵¹ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 211, v. 2.

¹⁸⁵² KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 679, v. 3, ce sujet sera développé en infra § 547-550.

¹⁸⁵³ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 211, v. 6.

qui parle de confiance parle de relation intuitu personae, un sujet toujours important dans les affaires, particulièrement pour les engagements de longues durées.

403. **Intuitus personae du dirigeant de la Holis Moudaraba.** Il est clair que l'intuitus personae caractérise la personne du dirigeant de la Holis Moudaraba, qu'il s'agisse de la société et de ses représentants assurant la gestion de la Holis, en vertu de la convention de Management, ou du président proposé par ladite société assumant la représentation de la Holis, en vertu d'un mandat social. Sans aller à l'extrême de la soft law prévoyant la déchéance en cas de décès du Moudarib tout en admettant la possibilité de prévoir un suppléant¹⁸⁵⁴, il est impératif en cas d'impossibilité d'exercice par le Moudarib d'adopter une solution compatible avec le caractère intuitu personae. Ainsi et en l'absence de conditions contractuelles sur ce sujet, les héritiers du Moudarib doivent désigner un remplaçant ayant les mêmes qualifications ; faute de quoi, tous les actifs sont transférés au Rab-el-mel sans aucune rémunération aux héritiers¹⁸⁵⁵. C'est dans ce cadre et conformément à notre hypothèse de la première partie¹⁸⁵⁶, la convention de management doit nommer les candidats ainsi que leurs suppléant à la présidence de la Holis. Quant au représentant personne physique de la société de gestion assumant, au nom de celle-ci, la prestation de gestion de la Holis, il sera nommé effectivement, et non pas en tant que candidat ; il en est de même pour son adjoint et son suppléant. Toutes ces nominations doivent être intégrées à la clause spécifique « intuitus personae » qui doit également prévoir les qualifications requises pour les éventuels candidats non nommés dans la convention et dont la nomination pourrait s'avérer nécessaire en cas de refus ou d'impossibilité d'exercice des personnes désignées dans la convention. La discrimination qu'une telle qualification pourrait comporter ne serait pas contraire à l'ordre public en vertu de la reconnaissance du caractère intuitu personae des mandataires, sociaux ou contractuels, pour la représentation et la gestion de la Holis. En termes de conformité, cette discrimination découle de la désapprobation par Malik du commandité non-musulman pour un commanditaire musulman¹⁸⁵⁷. Or, dans la terminologie de Malik, cette désapprobation peut être une « désapprobation de perfection » correspondant au caractère Indésirable ou une « désapprobation de prohibition » correspondant au caractère Interdit. C'est cette deuxième interprétation qui est choisie, grâce aux transcriptions des cours de Malik par ses élèves ; ceci explique la jurisprudence majoritaire Interdisant la

¹⁸⁵⁴ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 111, § 211.

¹⁸⁵⁵ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2787, v.6.

¹⁸⁵⁶ Voir supra § 181.

¹⁸⁵⁷ Al-Jundî KHALIL IBN ISHĀK et Muhammad AL-HATTAB محمد أبو عبدالله بن محمد الحطاب, [Talents vénérables « Mawahib el-Jalil » pour l'explication du précis de Khalil] مواهب الجليل لشرح مختصر خليل, Nouakchott, Mauritanie : Dar Radhwen, 2010, p. 85, v. 3.

gestion de la Moudaraba non seulement aux non-musulmans mais également aux musulmans non qualifiés¹⁸⁵⁸. Toutefois, le contrat demeurerait valide en cas de violation en cohérence avec la règle de non-imposition des commandités non-musulmans¹⁸⁵⁹. Inversement, la question se pose dans le cas où le dirigeant Moudarib est un musulman qualifié, conformément au critère précité, et que le l'investisseur Rab-el-mel est non-musulman ; la jurisprudence malikite attribut à cette situation un caractère Indésirable et non pas Interdit¹⁸⁶⁰. Cependant, dans le cas de la Holis où le contrôle est vraisemblablement détenu par des musulmans, la présence dans le tour de table d'actionnaires non-musulmans devraient être Facultative. En effet, le Moudarib dans ce cas ne court aucun risque pour se voir imposer une conduite contraire à la conformité, ce qui rend inapplicable le Motif du caractère Indésirable précité. Mentionnons que cette discrimination justifiée pour les dirigeants de la Holis, conformément à son objet social, peut s'étendre à certains de ses salariés, voire ceux de ses filiales, si leurs fonctions sont porteuses de tendance. Toutefois, une telle stipulation relative aux salariés ne fait pas partie des clauses spécifiques de la convention de management mais de la charte commune qui lui est annexée, comme pour la convention de la Holis Wakala. Outre cet aspect important de l'intuitus personae, d'autre précautions de conformité peuvent être prévues dans l'objet contractuel de la convention de management.

404. Objet de la convention de management. L'hypothèse que nous avons faite concernant l'autonomie du Moudarib¹⁸⁶¹ est non seulement conforme mais tellement forte que la condition contractuelle exigeant l'immixtion du Rab-el-mel invalide la Moudaraba¹⁸⁶². Toutefois, il est possible que l'objet commercial de la Moudaraba soit restreint à une catégorie de biens, caractérisée au moins par une existence continue en petite quantité ce qui exclut la désignation d'une catégorie qui devient inexistante par période¹⁸⁶³. Il est également possible que le commanditaire Rab-el-mel introduise une condition contractuelle imposant l'utilisation, gratuite et non exclusive, de certains de ses biens utiles pour la Moudaraba comme les moyens de transport. Le Moudarib ne peut alors introduire une condition imposant à Rab-el-mel le

¹⁸⁵⁸ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 199, v. 6.

¹⁸⁵⁹ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 209, v. 6.

¹⁸⁶⁰ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 199, v. 6 ; GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, *فتاوى المعاملات الشائعة*, *op. cit.* (note 1504), p. 38.

¹⁸⁶¹ Voir supra § 54, 59.

¹⁸⁶² DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2768, v.6.

¹⁸⁶³ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 206, v. 6 ; KHALIL IBN ISHAK AL-JUNDI خليل ابن جواهر منح الجليل, *[L'octroi vénérable « Manh el-Jalil »]*, Liban : Dar el-Fikr, 1984, p. 329, v. 7.

remplacement de ces biens en cas d'usure¹⁸⁶⁴ car il a la possibilité d'utiliser les ressources de la Moudaraba pour disposer de tout moyen nécessaire à sa gestion, par Louage par exemple. Ceci en ce qui concerne les moyens mis à la disposition du Moudarib d'une façon non exclusive ; inversement, il est illicite d'imposer au Moudarib un site ou une boutique exclusive pour exercer son activité commerciale. De telles contraintes invalident la Moudaraba¹⁸⁶⁵, certainement à cause de la limitation qui en découle pour les possibilités de gestion rentable du Moudarib. Ces jurisprudences, façonnant directement l'objet de la Holis, montrent que la non-immixtion de l'actionnaire dans la gestion n'exclut pas certaines conditions contractuelles que le gestionnaire Moudarib doit respecter ; on parle alors d'une Moudaraba conditionnelle¹⁸⁶⁶, par opposition à la Moudaraba inconditionnelle¹⁸⁶⁷. Sur cette base, l'objet de la convention de management, tout comme l'objet statutaire de la Holis, pourrait stipuler que l'activité de la Holis est l'acquisition du contrôle d'une dizaine de sociétés commerciales européennes actives dans une certaine catégorie de production¹⁸⁶⁸, avec l'objectif de constituer un groupe intégré dans ce domaine. Cette phase d'acquisition est suivie par une phase de création de valeur notamment par le développement géographique rentable dans la région MENA, grâce notamment au réseau de contacts que les actionnaires mettent à la disposition de la société de gestion, sans lui imposer aucune décision d'investissement ou de partenariat commercial. La cession du groupe ainsi constitué et développé, par liquidation de ses actifs ou par offre ferme d'acquisition de la totalité des actions de la Holis, constitue la réalisation de cet objet social et son aboutissement, déclenchant la procédure de clôture de la convention de management et des mandats sociaux conformément à leurs stipulations contractuelles. La réalisation de cet objet social doit respecter les conditions et règles de gestion indiquées dans les présents statuts et ses annexes. Cette réalisation doit également respecter les contrats de gestion de la Holis dont l'objet est également statutairement défini et dont le champ d'application s'étend de la création du groupe à sa cession en passant par sa gestion créatrice de valeur. Ces stipulations générales, que nous venons de détailler dans le présent paragraphe, doivent être complétées par les clauses financières de la convention de management.

¹⁸⁶⁴ KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 676, v. 3.

¹⁸⁶⁵ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 208-209, v. 6.

¹⁸⁶⁶ Al-muqayyada, en arabe المقيدة : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 108, § 205.

¹⁸⁶⁷ En arabe : al-mutlaqa المطلقة.

¹⁸⁶⁸ Par exemple les dérivés laitiers comme le fromage.

B. Clauses financières

405. **Conditions de l'usage du crédit fournisseur par la société de gestion.** Les conditions malikites de la Moudaraba sont une combinaison de contraintes légales et contractuelles dont l'une des plus importantes est relative au crédit fournisseur. L'achat par ce biais ne peut être une condition contractuelle de la Moudaraba sous peine d'invalidité. Si c'est le cas par exigence du Rab-el-mel et que le Moudarib viole la condition, la rémunération de cette Moudaraba dont l'exécution a débuté sera selon l'usage bien que son contrat soit invalide. En revanche, s'il respecte la condition illicite de l'achat par crédit, le régime du contrat de Moudaraba conclu dépendra de la nature du commerce qui peut être la vente de stocks *spéculatifs* ou de stocks *immédiats*. Par stocks immédiats, on entend les stocks promptement offerts à la vente ; ce sont donc des stocks en rotation par opposition aux stocks en attente correspondant aux stocks spéculatifs, pour lesquels le commerçant attend la hausse des prix avant de les mettre en vente¹⁸⁶⁹. Si le Moudarib exerce le commerce spéculatif, il n'a pas le droit d'acheter avec crédit fournisseur, même avec l'accord du Rab-el-mel, et en cas de violation, ce ne sera pas un bien de la Moudaraba mais celui du Moudarib, personnellement, qui assumera le risque de sa spéculation¹⁸⁷⁰. En revanche, s'il exerce le commerce immédiat, le Moudarib peut acheter à crédit mais sans que la dette qui résulte de la Moudaraba soit supérieure à la valeur actuelle de liquidation de ses actifs ; une condition dont la violation met à la charge du Moudarib l'éventuel surplus de dettes en contrepartie de sa propriété personnelle des biens correspondants. De plus, que la Moudaraba soit spéculative ou immédiate, si le contrat stipule l'exclusivité de la gestion du Moudarib, celui-ci devient garant des pertes induites sur le capital par sa violation de cette exclusivité en pratiquant une activité commerciale à son compte¹⁸⁷¹. En plus de cette sanction de garantie, l'éventuel bénéfice que le Moudarib tire de son activité commerciale personnelle, en violation de la condition contractuelle d'exclusivité, devrait intégrer la Moudaraba. Ces sanctions lourdes montrent à quel point il est important que le Moudarib respecte strictement ses obligations contractuelles et les possibilités limitées de crédit dans l'exercice du commerce de la Moudaraba. En outre et par application de la règle de la source du Moyen¹⁸⁷², la dominance du régime du commerce immédiat aux dépens de celui du

¹⁸⁶⁹ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1352), p. 239.

¹⁸⁷⁰ Toutefois, l'avis minoritaire d'Averroès grand-père rend un tel crédit possible quand le Rab-el-mel accepte d'assumer le paiement de la dette en cas d'insuffisance des actifs de la Moudaraba : voir KHALIL IBN ISHAK AL-JUNDI خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, op. cit. (note 1846), p. 678, v. 3.

¹⁸⁷¹ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., op. cit. (note 1848), p. 216, v. 6.

¹⁸⁷² Voir supra § 254-256.

commerce spéculatif, adoptée dans le droit de l'Impôt de solidarité¹⁸⁷³, devrait être inversée dans le domaine de la Moudaraba au cas où celle-ci pratique ces deux types de commerce. En effet, la dominance dans l'impôt a comme Motif la maximisation du droit des pauvres qui est un Motif absent dans la Moudaraba qui doit alors revenir, conformément au principe du maintien¹⁸⁷⁴, à la séparation originelle des deux régimes. On pourrait même justifier cette séparation des deux régimes en utilisant la source du Moyen dans l'autre sens car la dominance du régime du commerce immédiat entraînera son application au commerce spéculatif qui pourra alors accéder au crédit fournisseur alors que son activité est bien plus risquée que celle du commerce immédiat. Pour terminer ce sujet d'achat à crédit, mentionnons enfin que si le contrat interdit un tel crédit dans tous les cas, la violation de cette condition entraînera l'application du régime drastique de sanctions de la Moudaraba spéculative même si l'activité du Moudarib relève du commerce immédiat. Quant à la vente à crédit, elle est autorisée avec l'accord du Rab-el-mel et en cas de violation, le Moudarib garantit la perte de créance¹⁸⁷⁵. Ainsi et malgré la conformité de la responsabilité limitée de la Holis¹⁸⁷⁶, la convention de management doit comporter une clause spécifique relative au crédit fournisseur. Cette clause pourra acter que l'activité de la Holis en tant que société mère, exerçant notamment l'activité M&A, est une activité commerciale spéculative exigeant des achats au comptant, un régime qui s'appliquera aux investissements des filiales pour la même raison. En revanche, l'activité d'exploitation de ces filiales relève du commerce immédiat qui autorise le crédit fournisseur pour leurs achats de stocks, notamment de matières premières. Toutefois, la société de gestion doit arrêter tout crédit fournisseur quand la valeur actuelle de liquidation, tenant compte de la valeur marchande de ses actifs et de tous les frais de liquidation, est égale à la valeur nominale de ses dettes. Quant à la vente à crédit par la Holis et ses filiales, elle est interdite pour les actifs spéculatif et autorisée selon l'usage correspondant à une bonne gestion de père de famille avec la limite que la part des créances échues non provisionnées ne peut dépasser 5% de l'actif net au niveau consolidé. Toutes ces règles de crédit essayent de limiter les risques que la société de gestion serait tentée de prendre, aux dépens des tiers et des actionnaires de la Holis, pour maximiser ces chances de rémunération sans partager leurs risques. C'est dans ces conditions, que le régime malikite de la Moudaraba constitue une universalité de patrimoine constituant un écran efficace protégeant le patrimoine propre de ses actionnaires tout en exerçant son caractère de

¹⁸⁷³ Voir infra § 470.

¹⁸⁷⁴ Voir supra § 236.

¹⁸⁷⁵ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2766-2767, 2773, 2775, 2778, v.6.

¹⁸⁷⁶ Voir supra § 388.

responsabilité limitée vis-à-vis des tiers d'une façon responsable. Un tel respect des créances des tiers vient donc compléter les conditions de conformité de la responsabilité limitée que nous avons abordées dans le cadre de la personnalité morale de la Holis. Ce respect vient également mitiger le risque excessif que l'une ou l'autre des parties, voire les deux, seraient prêts à prendre pour maximiser leur rémunération. Cette dernière doit également faire l'objet d'une stipulation conforme de la convention de management. Au préalable, il est utile d'examiner la conformité malikite de la rémunération dans le cas de la pratique actuelle des fonds d'investissement fonctionnant sous le régime de la Moudaraba.

406. Appréciation malikite de la pratique de rémunération des fonds Moudaraba. Figurant dans le prospectus proposant les titres du fonds islamique aux investisseurs, les modalités de rémunération de la société de gestion sont soumises comme le reste du contenu de ce prospectus au visa du comité charaïque¹⁸⁷⁷. La conformité de cette rémunération en soft law suit le schéma décrit par Hassan, dont la première étape est matérialisée par la convention de gérance¹⁸⁷⁸. Cette dernière est mise en œuvre à travers une société en commandite avec une rémunération, payée lors de la répartition, à un taux préfixé, souvent de 10 à 20%, de l'éventuel bénéfice. Ce qui est compatible avec la règle malikite qui précise que la rémunération du Moudarib est une fraction, fixée dans le contrat, de l'éventuel bénéfice de gestion du capital ; cette fraction de rémunération devant être de même nature que le bénéfice en question, donc dans la même monnaie s'il s'agit de bénéfice monétaire¹⁸⁷⁹. De même et en toute compatibilité avec le malikisme, les parties peuvent convenir que les bénéfices dépassant un certain taux du capital reviennent exclusivement à l'une des parties¹⁸⁸⁰. En revanche, la pratique des fonds islamiques prévoyant une distribution progressive en fonction de l'avancement si le capital initial est protégé¹⁸⁸¹ est contraire à la règle malikite exigeant le dénouement de la Moudaraba pour la détermination de son bénéfice. En plus et comme le reconnaît Matri¹⁸⁸², le capital ne peut être protégé ni garanti que pour certaines violations commises par le Moudarib¹⁸⁸³. Outre ce sujet de divergence portant sur la rémunération anticipée, une autre incohérence avec le malikisme concerne la possibilité de prévoir en plus de

¹⁸⁷⁷ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 174-180, § 330-339.

¹⁸⁷⁸ Rasem N. KAYED, *Islamic entrepreneurship*, London, New York : Routledge, 2011, xvii, 357 p.

¹⁸⁷⁹ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 201-202, v. 6.

¹⁸⁸⁰ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 248-253, § 470-480, note bas de page n° 871.

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 111, § 211.

¹⁸⁸² Pour Matri, le contrat Moudaraba considère que le Moudarib a droit à une part déterminée à l'avance des bénéfices et ne percevra aucune rémunération en cas de pertes qu'il n'assume qu'en cas de négligence ; autrement, les pertes seront supportées en totalité par Rab-el-mel : voir *Ibid.*, p. 248-253, § 470-480.

¹⁸⁸³ Voir B ci-dessous.

la rémunération précitée, relevant du régime de la Moudaraba, une autre rémunération à un autre titre. En effet, en contrepartie du risque sur le capital supporté par Rab-el-mel, la jurisprudence malikite n'admet aucune rémunération du gérant liée à l'objet de la Moudaraba à part celle assise sur le bénéfice de son dénouement. Une règle qui se comprend économiquement car, avec une rémunération supplémentaire, l'entrepreneur gérant ne sera pas aussi motivé pour protéger par sa gestion le capital afin de réaliser un bénéfice et toucher sa part. Or et en se basant sur la soft law, la pratique décrite par Matri indique qu'en complément de la rémunération variable de la Moudaraba, la société de gestion peut recevoir, pour ses frais de gestion, une rémunération corrélée ou non à la performance du fonds sur la base d'un contrat Wakala¹⁸⁸⁴. De plus, après avoir expliqué les rémunérations conventionnelles de la société de gestion¹⁸⁸⁵ et passé en revue la norme 13 de l'AAOIFI, Matri retient comme le professeur Ahmed d'autres possibilités de rémunérations supplémentaires, par le jeu de contrats séparés. Parmi ces possibilités, le Moudarib peut percevoir un salaire ou un pourcentage de profit en tant qu'associé par un contrat Moucharaka ; cette dernière pouvant admettre une répartition non proportionnelle des bénéfices selon des critères déterminés à l'avance¹⁸⁸⁶. Le régime de l'associé-gérant profite de cette flexibilité pour offrir au Moudarib actionnaire une rémunération complémentaire au-delà de sa part dans le capital, en contrepartie toujours du même objet qui est la gestion du capital des investisseurs passifs de la Moudaraba¹⁸⁸⁷ ! Toutes ces rémunérations complémentaires bâties sur des contrats liés à la Moudaraba, peu importe la séparation sur la forme des documents, sont évidemment illicites dans le malikisme¹⁸⁸⁸ qui ne considère que le fond dans son interdiction du lien de la Moudaraba notamment avec une Moucharaka ou à un Louage¹⁸⁸⁹. Cette non-conformité motivée par le fait que tous ces contrats ont le même objet ne s'applique évidemment pas aux contrats, notamment de Louage, qui ne sont pas liés à l'objet de la Moudaraba et qui peuvent s'exécuter en parallèle sans nuire à sa performance de gestion¹⁸⁹⁰. Par rapport à ces pratiques des fonds islamiques, c'est donc un autre

¹⁸⁸⁴ De 0,5 à 3% d'une assiette qui semble être le montant du capital géré : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 178, § 336.

¹⁸⁸⁵ Avec un « carried interest » représentant une quote-part des plus-values du fonds (généralement 20%) et une commission de gestion « management fee » représentant un pourcentage du capital souscrit du fonds (généralement 1,5 à 2%) : voir *Ibid.*, p. 248, § 469.

¹⁸⁸⁶ Contrairement à la répartition des pertes qui doit être proportionnelle. Matri confirme que ces règles de proportionnalité de répartition, des pertes et des bénéfices, sont admises en droit français moyennant le respect de certaines limites.

¹⁸⁸⁷ Là aussi, Matri confirme que les règles du droit financier islamique peuvent être accommodées en droit français par des dispositions statutaires d'une société en commandite par actions : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 248-253, § 470-480, note bas de page n° 871.

¹⁸⁸⁸ Voir supra § 395 pour l'explication de la logique de cette règle.

¹⁸⁸⁹ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 199, v. 6.

¹⁸⁹⁰ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 211, v. 6.

type de rémunération du dirigeant que nous devons stipuler dans la convention de management de notre Holis Moudaraba ; une rémunération guidée par sa conformité malikite et également par son respect du régime étatique.

407. Respect de la rémunération du dirigeant de la Holis du régime étatique.

En l'absence d'un régime légal de la rémunération des dirigeants de la SAS, ce sont les statuts qui précisent les règles dans ce domaine conformément à la nature contractuelle de cette forme de société¹⁸⁹¹. Sur la base de ce qui précède en termes de règles de conformité, les statuts de la SAS Holis Moudaraba doivent donc stipuler l'interdiction de toute forme de rémunération à la société de gestion à l'exception de sa rémunération sur la plus-value réalisée par les actionnaires. Le paiement de cette rémunération marque donc la fin de la convention de management et la réalisation des actionnaires de la Holis de leur investissement, que ce soit par la liquidation de la holding ou par tout montage alternatif comme la cession de la totalité de son capital dans une opération de grès-à-grès ou, à l'instar des actifs des fonds islamiques¹⁸⁹², par introduction en bourse. En attendant cette réalisation de la plus-value, les éventuels remboursements de frais déboursés par la société de gestion seront autorisés par le conseil de surveillance de la Holis et exécutés par son chairman en suivant la procédure des conventions réglementées sauf si les statuts prévoient déjà que c'est l'assemblée qui fixe ces remboursements¹⁸⁹³. Bien évidemment et afin d'éviter tout effet de vases communicants, le conseil de surveillance devrait contrôler le respect de cette règle de rémunération retardée de la société de gestion au niveau des filiales de la holding. Une telle rémunération acceptée contractuellement par les parties ne peut être remise en cause même au niveau du mandat social car le juge ne peut modifier une décision émanant de l'organe social d'une SAS statutairement désigné pour fixer la rémunération¹⁸⁹⁴. C'est donc dans ce cadre sécurisé par le droit étatique applicable que doit se concevoir la stipulation conforme de la rémunération de la société de gestion.

408. Clause conforme du contrat de gestion relative à la rémunération.

La Moudaraba est le seul contrat malikite qui permet au gestionnaire d'être rémunéré par un partage du bénéfice de sa gestion avec le bailleur de fonds, en n'assumant le risque de perte du capital qu'en cas de négligence notamment par la violation des instructions de ce contrat. Dans

¹⁸⁹¹ Jean-Pierre CASIMIR, Michel GERMAIN, et GROUPE REVUE FIDUCIAIRE, *Dirigeants de sociétés: juridique, fiscal, social*, Paris : Groupe Revue Fiduciaire, 2017, p. 181.

¹⁸⁹² MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 179-180, § 337-339.

¹⁸⁹³ La qualification en rémunération ou en prime de départ n'a aucun effet sur son régime dans la SAS contrairement à la SA : voir CASIMIR et al., *op. cit.* (note 1891), p. 181, 188-191.

¹⁸⁹⁴ *Ibid.*, p. 181.

les autres contrats de gestion, comme la Wakala ou le Louage, tout le bénéfice appartient au propriétaire du capital alors que le gestionnaire reçoit sa rémunération fixe en assumant le même risque que dans le cas de la Moudaraba. Voilà donc les deux régimes des contreparties, « rémunération vs risque », des possesseurs cautionnés gestionnaires : le régime du Moudarib d'un côté et le régime du Wakil-prestataire de l'autre. Il existe un troisième régime relatif aux possesseurs non gestionnaires, même cautionnés par le propriétaire comme le dépositaire, qui ne responsabilise ces possesseurs qu'en cas de violation des instructions du propriétaire mais qui, en général, leur donne droit à la totalité de l'éventuel bénéfice de leur gestion non autorisée¹⁸⁹⁵. La rémunération du Moudarib, en contrepartie du risque qu'il prend, suit donc un régime unique en jurisprudence malikite. Son paiement n'est déclenché que lors du partage à la clôture de la Moudaraba ; ainsi, dès que la liquidation a dégagé le montant du capital dans sa monnaie initiale, le reste des actifs est partagé selon la clé de répartition même quand ces actifs sont non monétaires¹⁸⁹⁶. Outre cet aspect de la rémunération, la question du remboursement de frais relatifs à des travaux nécessaires à la Moudaraba se pose. Si ces travaux sont usuellement réalisés par le Moudarib lui-même, ils ne seront pas considérés comme des charges de la Moudaraba même quand le Moudarib décide de les sous-traiter ; une telle sous-traitance sera alors à ses frais. En revanche, pour les frais de déplacements utiles à la Moudaraba, celle-ci les prend en charge. Elle prendra également en charge les frais de vie du Moudarib, selon les besoins d'usage pour une telle personne, s'il est exclusif¹⁸⁹⁷. Par ailleurs, l'une des conséquences de la rémunération retardée à la réalisation de l'objet de la Moudaraba est le fait d'exclure à la fois la durée illimitée, avec réinvestissement perpétuel du produit des actifs vendus, et la durée déterminée, avec la pression du respect du délai poussant le Moudarib à vendre les actifs dans des conditions défavorables¹⁸⁹⁸. Ainsi les sources de droit malikites prévoient des protections des parties, notamment en termes de durée, qui sont différentes de celles de la soft law, prévoyant en particulier une échéance à la Moudaraba avec une possibilité de prorogation par décision de la majorité des associés¹⁸⁹⁹.

¹⁸⁹⁵ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 224, v. 6.

¹⁸⁹⁶ *Ibid.*, p. 204, v. 6.

¹⁸⁹⁷ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2770, 2782, v.6.

¹⁸⁹⁸ KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1863), p. 328, v. 7.

¹⁸⁹⁹ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 111, § 212.

Sous-section 2. Protection des parties

409. **Effets protecteurs des contrats de gestion de la Holis Moudaraba.** Tout le régime malikite de la Moudaraba est bâti pour favoriser la convergence des intérêts du gestionnaire et du propriétaire de la Moudaraba en évitant l'abus entre les parties. Ceci devrait aboutir à la protection de l'entité économique d'intérêt commun née de ce contrat, la Holis Moudaraba. C'est ce régime de conformité qui se traduit dans les deux formes de contrats de gestion de cette entité : la convention de mangement de la société de gestion et le mandat social du président qu'elle propose. Pour rechercher cette traduction de la conformité, nous étudierons en premier lieu l'équilibre général des mesures de protection qui encadrent le comportement des parties (A) avant de focaliser l'analyse, en second lieu, sur les mesures particulièrement protectrices de la Holis Moudaraba (B).

A. Équilibre des mesures

410. **Durée de la Holis Moudaraba et de sa convention de management.** Pour les raisons que nous venons d'expliquer¹⁹⁰⁰, la protection de la rémunération basée sur le résultat de l'entrepreneur Moudarib exige la flexibilité de la durée de la Moudaraba qui ne se dénoue qu'à la réalisation de son objet, sauf décision juridictionnelle¹⁹⁰¹. La traduction de cette durée, indéterminée et liée à la réalisation de l'objet, doit donc apparaître aussi bien dans les statuts de la Holis, dont la conclusion marque le point de départ de sa durée, que dans la convention de management, dont le début d'exécution constitue le début de sa durée. Ainsi et pour préserver la logique de cet équilibre économique, toute révocation ou renonciation est exclue jusqu'à la liquidation de la Moudaraba. Sur cette base, nous confirmons l'hypothèse de la première partie que nous avons rappelée en tête de cette section¹⁹⁰², par l'inclusion dans la convention de management d'une clause sanctionnant la renonciation unilatérale. Cette sanction sera renforcée dans la convention de management par la déclaration de la société de gestion confirmant « qu'aucun préjudice matériel pour lui n'existe ou n'est prévisible comme conséquence de l'exécution de son mandat¹⁹⁰³ ». Ainsi, dans tous les cas de renonciation, la société de gestion sera lourdement sanctionnée afin de réparer le préjudice de la Holis pour toute perte de son capital et pour tout frais relatif à l'effet de la renonciation et aux éventuelles fautes de gestion. De même, une clause sera incluse afin de sanctionner la Holis pour toute

¹⁹⁰⁰ Voir supra § 408.

¹⁹⁰¹ Voir infra § 412.

¹⁹⁰² Voir supra § 398.

¹⁹⁰³ Voir supra § 398.

révocation unilatérale sans juste motif, confirmant ainsi l'hypothèse que nous avons également prise en première partie¹⁹⁰⁴. Ces clauses dissuasives ne sont évidemment pas applicables en cas d'abus du caractère de durée indéterminée de la convention ou en cas de faute grave de gestion, notamment par violation des règles de conformité ce qui suppose l'existence d'une organisation permettant à la Holis de contrôler l'exécution de la convention par la société de gestion.

411. Contrôle de l'exécution de la convention de management. Lors de l'approbation des statuts de la Holis, l'assemblée constituante nomme immédiatement le président, qui la représente, et le conseil de surveillance dont les attributions incluent la nomination, le contrôle et la révocation de la société de gestion, le contrôle du président ainsi que la convocation à tout moment de l'assemblée générale¹⁹⁰⁵. Ce contrôle du conseil de surveillance sur les organes de gestion s'étendra à toutes les filiales futures de la holding par l'organisation de la gouvernance de chacune de ces filiales¹⁹⁰⁶. Ceci permet au conseil de surveillance de la Holis d'exercer le même contrôle sur la filiale que sur la société mère notamment en matière de rémunération de la société de gestion et de respect de la conformité¹⁹⁰⁷. Ces deux organes, le président et le conseil de surveillance, constituent la première étape nécessaire non seulement au formalisme de l'approbation de la convention de management par la holding mais également pour mettre en place la structure du contrôle du respect des règles de cette convention. En effet, un contrôle précis de l'exécution de la convention de management va pouvoir avoir lieu aussi bien pour des raisons de conformité¹⁹⁰⁸ que pour des raisons économiques liées à la séparation entre la propriété et la gestion de la Holis¹⁹⁰⁹. Le premier niveau de ce contrôle, intervenant sur trois niveaux, est celui de l'administrateur de la conformité dont la rémunération est identique aux membres de l'organe auquel il appartient. Le deuxième niveau est celui du conseil charaïque indépendant dont la rémunération contractuelle forfaitaire par période ou par intervention découle d'une convention conclue entre les membres de ce conseil et la Holis. Enfin, le troisième niveau est celui de l'autorité académique en jurisprudence islamique dont les frais sont arrêtés au cas par cas entre l'institution académique en question et le conseil charaïque indépendant¹⁹¹⁰. Il va de soi que l'instauration d'un contrôle de l'exécution de la convention de management, efficace comme

¹⁹⁰⁴ Voir supra § 398.

¹⁹⁰⁵ Voir supra § 179.

¹⁹⁰⁶ Sans l'accord du conseil de surveillance de la Holis, la société de gestion ne peut donc disposer dans la filiale d'un droit qui lui est interdit dans la holding.

¹⁹⁰⁷ CASIMIR et al., *op. cit.* (note 1891), p. 181.

¹⁹⁰⁸ Voir supra § 77.

¹⁹⁰⁹ Voir supra § 390.

¹⁹¹⁰ Voir supra § 132-133.

celui que nous retenons, est non seulement licite mais exigé dans la jurisprudence malikite. Une telle exigence est justifiée aussi bien par le Motif de la protection du patrimoine¹⁹¹¹, en contrôlant la négligence du Moudarib, que par le Motif du respect de la Charia, en contrôlant la conformité. En outre, l'aspect de rémunération par Louage de services rémunérés des jurisconsultes devient tout-à-fait licite par l'existence de plusieurs muftis, qui rend la Fatwa une Obligation Collective¹⁹¹². Ceci se vérifie aisément pour les deux premiers niveaux de contrôle qui n'ont qu'une compétence interprétative de la convention de management et de sa charte. Quant au troisième niveau de l'autorité académique, qui peut combler les lacunes, il peut recourir à une véritable Diligence qui est une compétence rare, voire unique. La jurisprudence malikite limite, dans ce cas, les paiements effectués par la Holis au titre de cette Diligence au remboursement des frais du Diligent. En toute rigueur, ces paiements ne pourront donc correspondre à une rémunération en contrepartie du travail du Diligent que si celui-ci est dans le besoin et que les organismes autonomes, comme l'État ou les trusts d'intérêt général, sont défaillants ou inexistant¹⁹¹³. Aussi bien pour les différends d'interprétation que pour ceux de l'inexécution, ces trois niveaux de contrôle interne et externe permettent de proposer des solutions efficaces, justes et convaincantes même devant le juge qui, en recourant à d'autres experts, ne pourra pas dépasser la crédibilité du troisième niveau de contrôle, exercée par l'autorité académique indépendante¹⁹¹⁴. Sur ces bases, les statuts doivent définir la compétence du conseil de surveillance, du président et du prestataire externe signataire de la convention de management qui doit, également, stipuler dans ses clauses le fonctionnement du contrôle que nous venons de rappeler. Avec une telle stipulation, les parties sont incitées à résoudre leurs différends amiablement en recourant, au besoin, aux trois niveaux de contrôle pour appliquer les solutions conventionnelles, notamment en cas d'abus de la durée indéterminée de la convention ou en cas de l'occurrence d'un motif justifiant la révocation unilatérale.

412. Solution conventionnelle à l'abus de la durée indéterminée. Au cas où l'une des parties, sans l'accord de l'autre, demande la liquidation immédiate, le différend sera tranché par le tribunal ou l'arbitrage d'au moins deux arbitres musulmans, voire un seul s'il est

¹⁹¹¹ Voir supra § 214, 239.

¹⁹¹² Cette règle autorisant la rémunération du Mufti est une dérogation qui, outre la condition de l'Obligation Collective (qui suppose la disponibilité gratuite au public de ce genre de Fatwa : voir supra § 267), nécessite que la Fatwa en question ne soit pas dans le cadre d'un contentieux et ne soit pas basée sur une jurisprudence faible ou isolée : voir GHARIANI *المعاملات الشائعة*, فتاوى عبد الرحمن الغرياني, *op. cit.* (note 1502), p. 28.

¹⁹¹³ DARDİR *أحمد بن محمد الدردير* et al., *op. cit.* (note 1634), p. 2828, v.6 ; Pas de problème également si la rémunération est accordée par un juge dans le cadre d'une demande d'expertise pour résoudre un contentieux : voir GHARIANI *المعاملات الشائعة*, فتاوى عبد الرحمن الغرياني, *op. cit.* (note 1502), p. 34.

¹⁹¹⁴ Voir supra § 144-145, 158.

compétent et choisi d'un commun accord¹⁹¹⁵. Au cas où les deux parties sont d'accord, ils peuvent partager les biens de la Moudaraba et ceci sera considéré comme des ventes des biens de la Moudaraba ; qui peut, ainsi clôturer ses comptes rapidement¹⁹¹⁶. Sur cette base, il est recommandé que les statuts de la Holis stipulent une durée indéterminée, comme l'admet le droit luxembourgeois, en indiquant quand même que la société prend fin à la réalisation de son objet¹⁹¹⁷. Cette formulation doit être reprise dans la clause spécifique de la convention de management relative à la durée en ajoutant qu'avant le septième anniversaire de cette convention, la société de gestion doit adresser au conseil de surveillance de la Holis un programme de cession des actifs selon les modalités de la réalisation de l'objet¹⁹¹⁸. Au cas où ce programme n'est pas réalisé avant le huitième anniversaire, le conseil de surveillance révoquera le président de la Holis nommé sur proposition de la société de gestion. Il saisira également l'instance d'arbitrage convenue dans la convention de management, au nom de la Holis et de ses actionnaires, afin de nommer une banque d'affaires qui sera chargée de la cession contre une rémunération en proportion du produit de ladite cession que l'arbitre fixera. Cette rémunération, due uniquement quand le produit de la cession globale sera reçu par la Holis ou le séquestre nommé par l'arbitre, sera prélevée sur la part de la société de gestion dans la plus-value nette globale de la cession et, en cas d'insuffisance, sur la part résiduelle du capital qui sera remboursée aux actionnaires. Si cette banque d'affaires n'arrive pas à réaliser sa mission avant le neuvième anniversaire de la convention, son mandat devient non exclusif et l'arbitre désignera une ou plusieurs autres banques d'affaires afin de clôturer l'objet de la convention de management avant son dixième anniversaire. La rémunération de cette prestation, également fixée par l'arbitrage, sera servie à la première banque qui présente une offre ferme de liquidation ou d'acquisition. Cette problématique de l'abus de la durée étant résolue de cette façon, nous nous tournons vers d'autres sources de différends qui ont pour effet la révocation de la société de gestion.

413. Révocation unilatérale pour juste motif. Révélé notamment par l'organisation précitée du contrôle de la conformité, le juste motif peut avoir un fondement plutôt « juridique » constitué par une violation grave des règles de conformité de la convention de management, le contrat Moudaraba ; violation dont la gravité cause une rupture de confiance

¹⁹¹⁵ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2790-2791, v.6.

¹⁹¹⁶ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 223, v. 6.

¹⁹¹⁷ Voir supra § 66, 112.

¹⁹¹⁸ Selon la modalité choisie, la Holis pourrait être dissoute conformément aux stipulations statutaires : voir supra § 112 ; MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 111, § 212.

entre les contractants. Ce juste motif peut également avoir un fondement du genre économique, lié au Motif de la protection du patrimoine, en cas par exemple du refus de la société de gestion, le Moudarib, d'honorer sa garantie de la perte matérielle du capital causée par sa faute de gestion. Ces deux fondements, purement juridiques ou usuellement économiques, de la justesse du motif de révocation sont considérés comme des négligences au sens de la jurisprudence malikite¹⁹¹⁹. À titre d'exemple, si la convention interdit de vendre à crédit ou d'utiliser le capital de la Moudaraba comme participation, à une Moucharaka ou à une sous-Moudaraba, la violation entraîne la garantie de toute perte occasionnée alors que l'éventuel bénéfice est intégré à la Moudaraba¹⁹²⁰. Il en est de même pour l'actif en numéraire, si le Moudarib continue à l'utiliser dans les opérations commerciales alors qu'il sait que le Rab-el-mel est décédé et qu'il n'a pas l'autorisation des héritiers pour continuer ; ce qui suppose évidemment que le réinvestissement du produit en numéraire de l'activité commerciale est soumis à l'autorisation de Rab-el-mel. Par ailleurs, le témoignage des pratiquants du même métier que le Moudarib est une présomption valable pour refuser la perte comme solde de la Moudaraba, proclamée par le Moudarib, à moins qu'il ne produise des preuves documentées probantes¹⁹²¹. Un dernier exemple, le Moudarib qui nuit à sa mission en se chargeant d'autres Moudaraba, avec d'autres commanditaires, devient garant des pertes induites par sa violation sur le capital¹⁹²². Tous ces exemples montrent qu'en contrepartie de l'autonomie de gestion de l'entrepreneur Moudarib, ce dernier doit être irréprochable et les éventuelles négligences qu'il commet doivent être réparées immédiatement. La confiance de l'investisseur dans la Moudaraba est à ce prix c'est pour cela que, sans oublier les intérêts de l'entrepreneur, la protection de la Moudaraba contre toute négligence du Moudarib est essentielle. Ce qui confirme l'hypothèse, que nous avons formulée, retenant que la responsabilité de la perte du capital est limitée à la négligence du gestionnaire car sa possession de ce capital est cautionnée par le propriétaire¹⁹²³ ; une confirmation qui s'étend au-delà de la Commandite commerciale Moudaraba pour s'appliquer également à la Commandite agricole Mougharassa¹⁹²⁴. Outre les exemples précédents illustrant ce principe de défense de la Moudaraba contre les négligences de son gérant, les situations de conflit d'intérêts constituent également un terrain d'expression significative de cette protection.

¹⁹¹⁹ Voir supra § 408.

¹⁹²⁰ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2773, 2775, v.6.

¹⁹²¹ *Ibid.*, p. 2773, 2775, 2788, 2790-2791, v.6.

¹⁹²² AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 216, v. 6.

¹⁹²³ Voir supra § 398.

¹⁹²⁴ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 357 et s, 1146 et s, § 39 et 217.

414. **Conflit d'intérêt affectant la Holis Moudaraba.** Ce domaine de protection de la Holis est appuyé par une convergence entre les règles de conformité et celles du droit étatique avec, néanmoins, un champ d'application moins détaillé mais peut-être plus large de la jurisprudence malikite. En effet, cette dernière inclut dans ce domaine de protection même les opérations qui ne procurent aucun intérêt à la société de gestion mais qui ne présente pas un intérêt pour la Moudaraba. Parmi les jurisprudences, permettant de dégager par Analogie les principes à respecter en cas de conflit avec l'intérêt de la Moudaraba, figure celle relative au décès du Moudarib ; dans ce cas, toute perte des actifs de la Moudaraba sera comblée sur la succession, avec la reconnaissance d'un éventuel droit de priorité sur les autres créanciers accordé par le *de cujus*¹⁹²⁵. Ceci suppose donc que l'utilisation des actifs de la Moudaraba autrement que pour leur destination compatible avec son intérêt déclenche la garantie de leur perte. Plus généralement, on peut déduire des explications du précis de Khalil que le principe est que les opérations affectant l'actif de la Moudaraba dans l'intérêt du Moudarib sont soumises à l'accord du Rab-el-mel qui, en cas de préjudice, peut faire jouer la garantie du Moudarib pour restituer l'actif de la Moudaraba ou sa valeur¹⁹²⁶. Ceci suppose alors que l'information pour ce genre d'opérations, où l'intérêt de la Moudaraba et celui du Moudarib sont conflictuels, parvienne au Rab-el-mel soit de la part du Moudarib qui doit être loyal, soit par audit le cas échéant. Ce principe s'applique même quand le Moudarib inclut dans les frais de la Moudaraba des actes philanthropiques, matériels et non pas modestes, qui ne lui bénéficient pas personnellement mais qui ne présentent pas un intérêt pour la Moudaraba¹⁹²⁷. C'est donc en parfaite cohérence avec ces jurisprudences malikites que la convention de management et les statuts devraient reprendre les termes de l'article 1161 al. 1 du Code civil français réformé. La reprise de cet article, imposant la procédure des conventions réglementées, devrait exiger l'intervention du chairman du conseil de surveillance pour représenter la holding dans tout acte présentant un conflit d'intérêt pour la société de gestion car le président de la Holis est nommé sur sa proposition et est, par conséquent, sous son influence. Le droit des sociétés luxembourgeois étant essentiellement contractuel, les statuts devraient définir la procédure en question en reprenant préférentiellement les dispositions précises et protectrices du droit français¹⁹²⁸ avec une définition large des personnes concernées. Il serait même possible d'aller plus loin que le régime légal minimal prévu pour la SAS en exigeant statutairement une

¹⁹²⁵ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2787, v.6.

¹⁹²⁶ KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1863), p. 368, v. 7.

¹⁹²⁷ *Ibid.*, p. 382-383, v. 7.

¹⁹²⁸ Notamment l'article L 227-10 du Code de commerce : voir CASIMIR et al., *op. cit.* (note 1891), p. 150.

autorisation préalable du conseil de surveillance de la holding. Il faudrait cependant exclure toute convention conclue au sein du groupe de la holding même si la société de gestion est un dirigeant commun aux deux parties de la convention car une telle convention fait partie des prérogatives du Moudarib. Cette stipulation statutaire est possible pour notre Holis luxembourgeoise car la disposition impérative française applicable à ce sujet n'existe pas au Grand-Duché. En cas de violation de cette procédure relative à ces conventions réglementées, la responsabilité du dirigeant concerné peut être engagée¹⁹²⁹. Que ce soit pour cette mesure relative au conflit d'intérêt ou pour les autres mesures que nous avons soulevées précédemment, cette responsabilité est, en réalité, le véritable moyen protecteur de l'intérêt de la Holis.

B. Moyens protecteurs de la Holis

415. Articulation des responsabilités du président avec celles de la société de gestion. La direction de la Holis étant partagée entre un président assumant la représentation en vertu d'un mandat social et une société externe assurant la gestion en vertu d'une convention de management, il importe de comprendre l'articulation des responsabilités entre ces deux pôles de direction. Rappelons que la voie que nous préconisons évite l'ambiguïté qui aurait eu lieu si nous avions choisi de nommer la société de gestion en tant que prestataire externe assumant non seulement la direction générale mais également la représentation de la Holis. Cette ambiguïté est évidemment extrême quand cette externalisation de la fonction représentative n'est pas prévue statutairement. Cependant et même si cette externalisation de la représentation est prévue dans les statuts, l'ambiguïté ne disparaît pas totalement puisque certains considèrent dans ce cas que le prestataire externe est assimilé au mandataire social. Pourtant, dans la jurisprudence que nous avons étudiée, le juge judiciaire français a montré un respect sans faute des termes de la convention de management quand la société de gestion a réclamé une indemnité de rupture supérieure à l'indemnité conventionnelle¹⁹³⁰. Dans le montage que nous recommandons, avec une société de gestion n'assumant aucun rôle de représentation mais avec un président personne physique nommé parmi les candidats qu'elle propose, le tribunal arbitral ne pourrait certainement pas qualifier la société de gestion de mandataire social. Toutefois et afin de lever toute équivoque, les statuts devraient stipuler que le gestionnaire externe, en vertu d'une convention de management, aurait une responsabilité contractuelle découlant de ladite convention. Il serait également recommandable de rendre la société de gestion solidaire avec

¹⁹²⁹ *Ibid.*, p. 149, 153, 155-156, 163, 170.

¹⁹³⁰ Voir supra § 184.

ce président qu'elle a proposé pour ses obligations découlant de sa responsabilité, cette solidarité contractuelle ferait alors l'objet d'une clause de la convention de management. Bien évidemment une telle caution solidaire n'enlève rien à l'autonomie des deux régimes contractuels applicables à la société de gestion. D'une part, elle a une responsabilité relative à ses missions de gestion relevant de la convention de management et, d'autre part, elle assume son obligation de caution du président, en cas d'insuffisance de son patrimoine pour faire face aux effets pécuniaires de sa responsabilité civile. C'est avec cette séparation des responsabilités contractuelles de la société de gestion et des responsabilités civiles et pénales du président que nous abordons ce paragraphe.

416. Responsabilité civile du président de la Holis. Nous avons vu que la traduction en droit étatique des contrats islamiques de gestion se fait notamment en termes de responsabilité qui, pour le mandataire social de la SAS Holis, relève de celle de l'administrateur de la SA. En revanche, pour les organes purement statutaires, la responsabilité relèverait des statuts¹⁹³¹ tout en respectant la cohérence avec les principes jurisprudentiels qui distinguent la responsabilité des organes de gestion de celle des organes assumant uniquement le contrôle¹⁹³². Bien que la responsabilité civile du mandataire social ait comme effet principal la réparation du préjudice causé à la Holis, elle peut également être le fondement d'un juste motif pour la révocation sans indemnité dudit mandataire même si aucune action en responsabilité n'est engagée. Cependant, l'action en responsabilité nécessite dans tous les cas la démonstration d'un préjudice causé par une violation d'une règle légale ou statutaire ou, encore, par une faute de gestion. Cette action peut être déclenchée par la société, les actionnaires ou les tiers¹⁹³³, ce qui a donné naissance à plusieurs catégories d'actions en responsabilité selon notamment le type de dirigeants¹⁹³⁴. Ainsi dans notre cas, une action en responsabilité civile est fondée en présence d'un préjudice résultant pour la Holis d'une violation par le président de la loi, comme le droit du travail, ou des statuts, comme le paiement de la société de gestion, la conclusion d'un contrat de crédit à intérêt ou la conclusion d'un acte présentant un conflit d'intérêt. Dans ces cas la violation de la règle légale ou statutaire suffit pour caractériser la faute ; en revanche et en l'absence d'une telle violation, la faute n'est caractérisée que lorsqu'elle est qualifiée de faute

¹⁹³¹ Voir supra § 165.

¹⁹³² CASIMIR et al., *op. cit.* (note 1891), p. 403.

¹⁹³³ Ceux-ci agissent normalement contre la société mais ils peuvent également invoquer la responsabilité délictuelle du dirigeant qui a commis une faute séparable. Cette dernière est définie comme une faute grave incompatible avec l'exercice normal de sa fonction, intentionnelle ou présumée comme telle. Il s'agit en fait d'une faute de gestion aggravée par son ampleur et l'intention de son auteur.

¹⁹³⁴ CASIMIR et al., *op. cit.* (note 1891), p. 377-378, 396-400, 405-409.

de gestion, laquelle ne s'étend pas à l'incompétence du dirigeant selon le principe que celui-ci n'a pas d'obligation de résultat. Le dirigeant n'est donc pas garant du passif social ou de la perte par la Holis de son capital sauf dans le cas de la faute de gestion. Ce qui est conforme à la jurisprudence islamique car la notion de négligence de cette dernière¹⁹³⁵ est compatible avec cette notion de faute de gestion correspondant à l'obligation de moyens due normalement par un mandataire social dans la situation concernée. Le dirigeant sera alors responsable de tout préjudice généré par une faute anormale dans sa fonction relevant de l'imprudence, la négligence, la déloyauté ou l'inaction, comme la conclusion de l'acquisition d'une cible sans rechercher ni apprécier les justifications de la société de gestion pour une telle opération. De même, constituent des fautes de gestion le défaut de surveillance ou la complaisance envers la société de gestion dans son exécution de la convention de management, l'irrespect des échéances entraînant un paiement d'intérêt de retard par la Holis ou le prêt sans vérifier la capacité de remboursement des débiteurs. Le défaut d'une information économique conforme à la réalité envers le conseil de surveillance ou les actionnaires est aussi une faute de gestion comme peut l'être la concurrence déloyale du président à la Holis ou son excès de délégation marquant son inaction pour assumer sa fonction sans qu'il y ait une impossibilité réelle. Cette responsabilité pécuniaire est complétée par une responsabilité pénale.

417. Responsabilité pénale du président de la holding. Le domaine pénal est restreint aux comportements dangereux¹⁹³⁶ pour l'ordre public prévus par des textes pénaux généraux ou spécifiques. Il s'agit de responsabilité entraînant des sanctions répressives qui, contrairement aux sanctions de la responsabilité civile, n'ont pas un objectif de réparation du dommage causé ; cependant, la responsabilité pénale se cumule avec la responsabilité civile chaque fois qu'elle génère un préjudice pour la société. Le fondement général de cette responsabilité pénale englobe notamment l'escroquerie et l'usage de faux. Il comprend également les infractions spécialement prévues par le droit de l'environnement, le droit fiscal, du travail ou le Code de la route¹⁹³⁷. Ainsi, si le président de la Holis utilise des factures fictives pour payer à un tiers complice un montant bénéficiant à la société de gestion, il sera condamné pour escroquerie. En plus d'être concerné par ce fondement général qui s'applique à toute personne, le dirigeant est soumis spécifiquement aux fondements spéciaux du droit des sociétés et du droit de l'entreprise. Les infractions au droit des sociétés de la SAS s'appliquent aussi bien à son président qu'aux autres dirigeants légaux et éventuellement aux dirigeants non

¹⁹³⁵ Voir supra § 398.

¹⁹³⁶ Par commission ou par omission.

¹⁹³⁷ CASIMIR et al., *op. cit.* (note 1891), p. 378.

légaux en fonction de leurs attributions propres ; elles se manifestent essentiellement¹⁹³⁸ dans l'abus de biens sociaux¹⁹³⁹ et l'établissement de faux comptes. En revanche, les infractions imputables au droit de l'entreprise, dans le cas de la SAS, s'appliquent seulement à son président et à ses délégataires ; elles découlent notamment des textes du droit de sécurité sociale, du travail, de la facturation et de la publicité en se manifestant essentiellement dans la prise illégale d'intérêts, la corruption et les pratiques commerciales trompeuses¹⁹⁴⁰. Les sanctions de ces infractions constituent une protection de l'intérêt général contre les agissements impropres du président de la holding et de ses délégataires dans les filiales par l'usage de la corruption des fonctionnaires ou de la publicité mensongère notamment celles proclamant à tort que des produits sont halal. Ainsi, la véritable protection des actionnaires réside dans la sanction de l'abus des biens sociaux qui, compte tenu des pouvoirs de gestion institués par la convention de management, s'appliquera à la société de gestion en plus de son application au président de la holding et de ses délégataires. Ainsi, outre le contrôle efficace du conseil de surveillance, cette dissuasion pénale devrait réduire le risque que la société de gestion et le personnel qu'elle propose pour la représentation de la holding ne tirent profit de leurs pouvoirs en abusant des intérêts de la Holis et de ses filiales. En l'occurrence, ceci constitue une protection réelle évitant que la société de gestion profite, autrement que par les moyens convenus, des opérations M&A ou des opérations de ses filiales, avec leurs clients et fournisseurs, qui ne sont pas dans l'intérêt de la Holis. Cette responsabilité pénale cumulée avec la responsabilité civile se trouveront alourdies dans la situation de cessation de paiement par l'action en comblement de passif en cas d'insuffisance d'actif¹⁹⁴¹ sur le fondement d'une faute de gestion qui, sauf pour la simple négligence, sera élargie à la violation des règles légales et statutaires. Ainsi, le président de la holding sera lourdement condamné pour les fautes de compte débiteur du dirigeant, de comptabilité irrégulière, d'absence d'outils de gestion fiables ou d'abandon de la gestion à un dirigeant de fait. En plus, le délit pénal de la banqueroute s'appliquera dans les situations de redressement ou de liquidation judiciaires quand l'intention, même présumée, motive des fautes comme l'absence ou l'irrégularité de la comptabilité¹⁹⁴².

418. Responsabilité contractuelle de la société de gestion découlant de la convention de management. Les responsabilités que nous venons de détailler du président,

¹⁹³⁸ Théoriquement, de nombreux autres délits sont prévus par la loi mais ils sont peu fréquents en jurisprudence.

¹⁹³⁹ Comme peut l'être l'excès de rémunération du dirigeant : voir CASIMIR et al., *op. cit.* (note 1891), p. 183.

¹⁹⁴⁰ *Ibid.*, p. 378-383.

¹⁹⁴¹ Avec une possibilité au juge de limiter la condamnation des dirigeants à un montant inférieur au comblement nécessaire pour régler tous les passifs.

¹⁹⁴² CASIMIR et al., *op. cit.* (note 1891), p. 427-429, 431, 438-439.

dont la nomination est proposée par la société de gestion, peuvent impacter cette dernière. Ceci s'illustre notamment par l'élargissement, dans certains cas, de la sanction pénale à la société de gestion en plus de la solidarité de cette dernière avec le président de la Holis pour supporter les effets pécuniaires de sa responsabilité civile. En outre et par rapport à la convention de management, la force obligatoire fait supporter à la société de gestion une responsabilité contractuelle¹⁹⁴³ au profit de la Holis. Pour faire jouer une telle responsabilité, le conseil de surveillance de cette dernière peut statutairement convoquer l'assemblée des actionnaires pour révoquer le président et procéder à son remplacement par le chairman dès que ce conseil a connaissance ou qu'il soupçonne une violation de la charte de gestion. Cette révocation est, dans les faits, conservatoire et ne s'étend pas à la dénonciation de la convention de management, le temps de procéder aux vérifications et d'examiner les éventuelles mesures correctives que la société de gestion accepte de prendre à sa charge. À l'issue de cette vérification et étude de solutions, le conseil de surveillance prendra sa décision de résoudre la convention de management ou de renouveler sa confiance à la société de gestion en rétablissant le président dans sa fonction de représentation de la Holis. Afin de limiter la perturbation de la marche de la société pendant cette période de probation, la société de gestion continuera à effectuer son travail de gestion et le chairman nommé président sera à sa disposition pour assumer son rôle de représentation dans l'intérêt de la Holis et conformément à la convention de management qui est encore toujours en vigueur. À l'instar des exemples précédents, la négligence avérée lors de cette période de probation induit la réparation des pertes causées à la Moudaraba ; une réparation dont le refus constitue un juste motif de révocation en déclenchant, au besoin, la réalisation des éventuelles sûretés comme l'indique Matri¹⁹⁴⁴. Dans ce domaine de protection de la Holis, la stipulation dans la convention de management des sanctions d'inexécution indiquées en première partie¹⁹⁴⁵ en plus d'une clause résolutoire précise¹⁹⁴⁶ permettrait de limiter le risque de requalification de la révocation unilatérale pour juste motif. En effet, il est probable que la société de gestion ne reconnaisse pas la « justesse » du motif devant la juridiction compétente, dont la désignation doit aussi faire l'objet d'une clause de la convention de management.

419. Juridiction de l'arbitrage. Devant une juridiction judiciaire et compte tenu du Règlement Rome I, Matri considère que la Charia serait acceptée comme droit applicable tout

¹⁹⁴³ Voir infra § 454-456.

¹⁹⁴⁴ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 111, § 211.

¹⁹⁴⁵ Voir supra § 147-155.

¹⁹⁴⁶ Voir supra § 149.

en écartant celles de ses règles contraires à l'ordre public¹⁹⁴⁷. Cependant et malgré cette ouverture, la simplicité et la sécurité juridique de l'investisseur islamique semblent militer pour retenir la loi du for comme droit applicable tout en s'assurant auprès des jurisconsultes de la conformité à la Charia du contenu et des références du contrat, par l'adoption de règles suffisamment précises. Avec un tel audit des jurisconsultes, il n'est pas nécessaire pour s'assurer de la conformité à la Charia de soulever dans le contrat l'irrecevabilité de ses clauses dont l'application s'avèreraient incompatibles à la Charia¹⁹⁴⁸ car une telle clause ferait de cette dernière la loi applicable au contrat. C'est pour éviter de tels inconvénients propres à la juridiction judiciaire que nous avons retenue en première partie la juridiction privée de l'arbitrage pour résoudre les différends pouvant naître entre les parties de la convention de management. Cependant et bien que l'exception d'ordre public soit rarement évoquée sur le terrain contractuel, le juge du for peut théoriquement soumettre la validité des clauses de la convention de management au respect de cette version allégée de l'ordre public applicable aux contrats internationaux. Un tel test judiciaire pourrait intervenir lors de l'exequatur de l'arbitrage international relatif à notre convention de management, notamment dans les cas précités d'abus de la durée indéterminée ou de révocation unilatérale pour juste motif. Bénéficiant d'une liberté exceptionnelle au regard de l'ordre public, le droit et l'arbitrage anglais de cette convention peut en effet aboutir à une sentence dont l'application nécessite l'exequatur du juge luxembourgeois du domicile de la Holis ou d'un autre juge européen ayant la compétence d'action sur le patrimoine de la société de gestion¹⁹⁴⁹. Devant l'arbitre, la sécurité juridique devrait régner grâce à la clarté des stipulations de la convention de management et de la charte qui lui est annexée. Cette sécurité découle également de la crédibilité du contrôle conventionnel qui, en actionnant son troisième niveau en cas de persistance de la divergence entre les parties, rendra légitime l'application des sanctions prévues contractuellement. Ainsi et dans ces conditions, l'arbitre ne peut que confirmer la retenue par la holding des paiements dus au gestionnaire en tant qu'exception à son inexécution. L'arbitre confirmera également que la non-conformité, répétitive ou non réparée après notification, constitue selon les stipulations de la convention de management un défaut de délivrance de l'objet contractuel. Un tel défaut justifiera alors la résolution de la convention par la Holis en obligeant le gestionnaire, y compris

¹⁹⁴⁷ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 282-283, § 536.

¹⁹⁴⁸ *Ibid.*, p. 283-284, § 538, notes bas de page n° 975-976 faisant référence à : Serhal et Djarouane, La désignation de la loi applicable dans les contrats de financement islamique, RDAI, 2009, p. 121 ; Affaki, Règlement des différends : la finance islamique en France : entre accueil et réforme, Revue Banque n° 725, 1er juin 2010, p.55-58 ; Hajjaji, Shareholder's agreements and Islamic Financing, RDAI, 2009, p. 561.

¹⁹⁴⁹ Voir supra § 140, 142-143.

par la force publique, à rendre tous les biens et documents sociaux. De même et dans une telle situation, la sentence arbitrale mettra à la charge du gestionnaire la réparation du préjudice réel de la Holis causé par sa violation de la convention de management, à moins que le gestionnaire ne prouve que son inexécution soit due à la Holis-même ou à une force majeure. Ce préjudice correspondra notamment aux frais d'inversement de toute opération d'acquisition de cible ayant une activité illicite ou tout montage de financement aboutissant à un crédit rémunéré. Dans tous les cas, cette indemnisation réparatrice doit correspondre au plus près au préjudice réel car la convention de management ne prévoit pas de forfaitisation ou de plafonnement dans ce domaine¹⁹⁵⁰. Dans le cadre de l'exequatur de telles sentences arbitrales et même si la société de gestion est un mandataire social de la Holis, l'arbitrage peut quand même être reconnu par le juge luxembourgeois en présence d'une stipulation statutaire retenant cette juridiction privée¹⁹⁵¹. Devant un contentieux entre la holding et son gestionnaire, à la fois mandataire social et cocontractant d'une convention de management, l'arbitre sera alors tenu d'appliquer le droit luxembourgeois pour les questions relevant exclusivement du droit des sociétés et le droit anglais pour le reste des questions. Cependant, cette contrainte (dont la violation par l'arbitre constitue une erreur de droit) ne fait pas partie de l'ordre public international au Luxembourg¹⁹⁵² ce qui exclut tout refus d'exequatur en cas de sa violation par l'arbitre par application notamment du droit anglais en matière de discrimination¹⁹⁵³. En outre, la construction de notre convention de management évite le caractère lacunaire ou celui de l'imprécision des règles contractuelles de conformité ainsi que l'irrespect de l'ordre public, qui constituent les motifs de refus fréquent de la Charia comme droit applicable au contrat par des juges ou des arbitres¹⁹⁵⁴. Dans ces conditions, la clause compromissoire de la convention de management gouvernée par le droit anglais peut prévoir que l'arbitre appliquera la jurisprudence malikite pour la résolution du différend ce que la juridiction étatique ne peut faire¹⁹⁵⁵. Dans ce cas, un certain niveau de compétence de l'arbitre dans cette jurisprudence malikite devient plus impératif ce qui induirait

¹⁹⁵⁰ Voir supra § 154.

¹⁹⁵¹ Qui peut s'étendre à tout différend relatif aux statuts, y compris entre les actionnaires.

¹⁹⁵² Voir supra § 179.

¹⁹⁵³ Voir supra § 127, 143.

¹⁹⁵⁴ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 282, § 534, note bas de page n° 967 faisant référence à : l'art. 6 du Code civil ; Jahel, Chari'a et contrats internationaux, *Revue de l'Université Panthéon-Assas « Clé pour le siècle »*, 2000, p. 294.

¹⁹⁵⁵ Voir supra § 178 qui arrive à cette recommandation sur la base du droit anglais, appuyé par une jurisprudence claire, gouvernant une clause d'arbitrage qui retient comme arbitre un juriste consultant appliquant des normes juridiques islamiques (que ce soit chiite, comme dans la jurisprudence en question, ou sunnite, du rite malikite ou d'un autre rite).

certaines conditions dans le processus de nomination de l'arbitre stipulé à la clause compromissoire¹⁹⁵⁶.

420. Effet de l'invalidité de la convention de management en tant que Moudaraba. Dès que la rédaction des statuts et de la convention de management est terminée, notamment sur les bases que nous venons de développer dans cette section, il faudrait procéder à une vérification globale de la conformité de ces actes avant leur conclusion. Cette dernière validation par des juristes malikites de haut niveau est essentielle afin d'éviter les déconvenues de l'invalidité de conformité, et ce, compte tenu du grand enjeu financier découlant notamment du capital probablement important de la Holis. En effet, le contrat de Commandite Moudaraba ne respectant pas les conditions de validité malikites est annulé en donnant lieu à restitution le cas échéant. Si l'exécution du contrat invalide a débuté, ce dernier sera dénoué selon le contrat valide le plus proche de sa Qualification : soit un contrat de Louage d'usage, soit un contrat de Commandite Moudaraba d'usage. L'effet de cette Qualification corrigée induit notamment la détermination de la rémunération du gestionnaire selon les usages correspondant au contrat de requalification, soit comme prestataire d'un contrat de Louage de services, soit comme Moudarib d'un contrat de Moudaraba. La requalification en Louage aura lieu si l'invalidité de la Moudaraba est causée par l'exigence contractuelle d'une rémunération illicite du capital¹⁹⁵⁷. La seule exclusion à cette règle concerne le cas où cette illicéité provient d'une condition contractuelle invalide qui appliquerait le ratio du bénéfice revenant au Moudarib non seulement au bénéfice, ce qui est la règle, mais également au capital, ce qui est illicite car la totalité du capital devrait revenir à Rab-el-mel. Dans les autres cas d'invalidité de la Commandite, celle-ci est requalifiée en Moudaraba d'usage. Cette dernière requalification s'applique notamment quand l'invalidité est causée par :

- Un capital initial de la Holis correspondant à des apports en stock de marchandises ou en créances sur des tiers, au lieu d'apports en numéraire ;

¹⁹⁵⁶ Un exemple de clause "Arbitration and governing law" pourrait être "In respect of any dispute under this Management Contract or any such document related to the management of Holis, the parties have consented to arbitration in London under the Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration. The parties require the arbitrator to apply to the subject matter of the dispute and its resolution the law of Luxembourg only when such law is imperatively required by the Luxembourg corporate law. Otherwise, the arbitrator shall apply the rules and principles of Maliki Sharia law included in the Management Contract as they need to be interpreted and complemented by the Maliki sources indicated in that Contract. In all cases where such rules and principles of Maliki Sharia law cannot be applied, the arbitrator shall apply the English law. However, English law and nothing else shall imperatively apply to this article pertaining to arbitration and governing law. Relying on his knowledge or on expert opinions, the arbitrator has therefore to be competent in understanding the Maliki Sharia rules and principles as well as English and Luxembourg laws."

¹⁹⁵⁷ Comme la rémunération non liée au résultat, celle sans partage ou celle qui est indéterminée.

- Une rémunération au bénéfice de la société de gestion qui s'étend au partage du capital ;
- Une durée déterminée de la Holis Moudaraba ou de sa convention de management ;
- Une garantie contre la perte du capital exigée des actionnaires en dehors des cas de négligence ;
- La présence de termes contractuels obscurs ;
- Un différend sur le ratio de partage convenu sans que la position de l'une des parties soit proche d'un usage ;
- La violation de conditions invalides posées par la Holis, comme l'achat de la marchandise à crédit, l'achat de marchandises rares dont la disponibilité est notoirement aléatoire ou l'achat d'un non Fongible Désigné, alors que le respect de telles conditions invalides requalifie la Moudaraba en Louage¹⁹⁵⁸.

Avec cette recommandation pour faire une dernière vérification des statuts de la Holis et de sa convention de management, évitant les inconvénients et l'incertitude de l'invalidité qu'on vient de décrire, nous terminons la gouvernance conforme de la Holis Moudaraba en couvrant aussi bien les Obligations que les protections des parties. Auparavant, ce chapitre nous a permis de valider la conformité de la personnalité morale de la Holis et des précautions de son fonctionnement autonome. Certains de ces derniers aspects serviront à la Holis Wakala dont le régime de gouvernance, moins restrictif et plus riche, sera examiné au chapitre suivant.

¹⁹⁵⁸ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1129, § 210.

Chapitre 2. Gouvernance de la Holis Wakala

421. Organes de la Holis Wakala découlant des fondements. Comme dans le cas de la Moudaraba, notre problématique de verrouillage de la gouvernance de la Holis Wakala revient à préciser les termes spécifiques des statuts et de la convention de management, afin d'avoir un fonctionnement conforme à la jurisprudence malikite. Or, en termes de gouvernance, l'autonomie de gestion de la Holis Wakala n'est que relative par rapport à celle de la Holis Moudaraba. C'est pour cela que la première partie a retenu, dans ce cas, que le conseil de surveillance de la SAS Holis doit jouer un rôle qui s'étend au-delà du contrôle pour autoriser certaines décisions importantes de gestion, notamment celles relatives à l'activité M&A¹⁹⁵⁹. Ce rôle statutaire constitue le moyen principal de la participation à la gestion des actionnaires, qui peuvent également participer directement à la marche de l'entreprise en exigeant l'autorisation préalable de l'assemblée des actionnaires¹⁹⁶⁰ pour certaines décisions de gestion¹⁹⁶¹. À part cette liste statutaire limitative réservée à l'assemblée, le reste des pouvoirs de gestion revient au conseil de surveillance, représenté dans son action par son chairman qui assumera également la fonction d'administrateur de conformité. Sauf pour une partie de cette compétence qui est non délégable et lui est statutairement exclusive, ce conseil de surveillance partage inégalement la délégation de ses autres pouvoirs à un président et à une société de gestion qui exercent leurs missions sous son contrôle. Le président, au titre de son mandat social, assume exclusivement un rôle de représentation notamment en matière bancaire alors que son pouvoir de gestion est extrêmement limité. Ces maigres compétences présidentielles peuvent être non délégables, comme l'accomplissement des formalités de la vie sociale, ou délégables à un tiers prestataire autre que la société de gestion, comme la conservation des livres et registres sociaux ou l'administration du portefeuille de titres. Quant au reste de la compétence délégable du conseil de surveillance, constituant l'essentiel du pouvoir opérationnel de gestion, il est exercé par une société de gestion en vertu d'une convention de management. La subordination de la société de gestion et du président par rapport au conseil de surveillance ressemble à celle de deux membres d'un directoire d'une SA, avec respectivement un rôle métier pour l'un et un rôle administratif pour l'autre, qui sont rattachés directement au conseil de surveillance¹⁹⁶². Ainsi, l'organe social que constitue le président et celui de la société de gestion n'ont aucun ordre hiérarchique entre

¹⁹⁵⁹ Voir supra § 118, 173.

¹⁹⁶⁰ En indiquant l'éventuelle majorité qualifiée.

¹⁹⁶¹ Voir supra § 171.

¹⁹⁶² Voir supra § 180.

eux à moins que l'un soit délégataire de l'autre afin d'exercer certaines compétences du délégant. Ce qui serait le cas si le président déléguait à la société de gestion certaines missions de représentation qui sont exclues de la compétence de la société de gestion dont le statut de prestataire ne lui confère qu'un rôle dans l'ordre social interne¹⁹⁶³. Ceci au niveau de la société mère Holis ; quant aux filiales et selon la flexibilité de leurs formes sociales, diverses possibilités s'offrent pour la délégation de compétence à la société de gestion allant d'une convention de management, similaire à celle conclue avec la société mère, à un mandat spécial accordée par cette dernière. Un tel mandat peut donner tout pouvoir à la société de gestion pour représenter la Holis dans les assemblées et organes de directions de ses filiales¹⁹⁶⁴. Toutefois, l'exercice d'un tel pouvoir étendu dans les filiales devrait être canalisé pour respecter dans tous les cas un objectif précis. Cet objectif est de dupliquer la gouvernance de la Holis au niveau de ses filiales, avec le conseil de surveillance exerçant son contrôle et sa participation à la marche de l'entreprise aussi bien sur la société de gestion que sur le mandataire social de la filiale. La première assure uniquement la gestion opérationnelle de la filiale alors que le second assume sa représentation et auquel seraient rattachés les services de contrôles fonctionnels financiers et juridiques. À l'exception de cette dernière précaution que nous venons d'ajouter afin de limiter le pouvoir de la société de gestion dans les filiales, c'est ainsi que les fondements de la première partie ont déterminé les organes et réparti les compétences en prenant certaines hypothèses de conformité encadrant le fonctionnement de la Holis Wakala.

422. Hypothèses de la Holis Wakala à soumettre au test de la conformité. Dans le cadre de l'organisation des compétences retenue en première partie pour la Holis Wakala, nous avons indiqué que le mandat islamique Wakala, dont la réception est avantageusement organisée dans la forme SAS de la Holis, accepte les très longues durées qui peuvent être déterminées ou indéterminées¹⁹⁶⁵. Nous avons également supposé la possibilité d'indemnisation du mandataire Wakil en cas de révocation abusive de son mandat ad nutum. Ce genre d'hypothèses, que nous avons dû faire en première partie afin de bien identifier les fondements utiles à cette thèse, faisaient partie d'une introduction succincte de ce mandat islamique de la Wakala. Cette introduction avait caractérisé ce contrat de gestion, prenant la forme de la convention de management ou du mandat social, par la révocation ad nutum et indiqué que le régime de la rémunération du gestionnaire et celui de l'immixtion de l'actionnaire sont libres comme en droit étatique européen du mandat ad nutum. Cependant,

¹⁹⁶³ Voir supra § 183.

¹⁹⁶⁴ Voir supra §173.

¹⁹⁶⁵ Voir supra § 66, 185.

l'absence du juste motif couplée à un abus, notamment de brutalité, dans la révocation d'un tel mandat entraînera en droit étatique une sanction du mandant aussi bien en droit commun qu'en droit des sociétés. De plus, si ce mandat est qualifié d'un mandat d'intérêt commun, notamment lorsque la rémunération du mandataire se base sur le succès de l'entreprise, cette sanction de la révocation du mandataire deviendra encore plus probable. En termes de conformité de ces dispositions supplétives en droit étatique, nous avons alors formulé l'hypothèse que la cohérence à la jurisprudence islamique pourrait être recherchée en prévoyant contractuellement, pour la révocation sans motif, un préavis dont la violation est sanctionnée¹⁹⁶⁶. La conformité devrait également être vérifiée pour la sanction prévue en droit étatique dans le cas inverse où le mandataire renoncerait à son mandat sans subir une impossibilité matérielle tout en causant un préjudice au mandant¹⁹⁶⁷. Enfin, concernant la responsabilité du mandataire Wakil, nous avons supposé que les règles de conformité limitent sa garantie de la perte du capital au cas de négligence, comme pour le commandité Moudarib¹⁹⁶⁸. La validation de la conformité de toutes ces hypothèses fait donc partie des objectifs de ce chapitre qui abordera la contractualisation spécifique de la gouvernance de la Holis Wakala à travers l'analyse des obligations des parties (section 1) avant de se focaliser sur les moyens de leur protection (section 2).

Section 1. Obligations des parties

423. **Notion de Moucharaka.** Le verrouillage de la gouvernance de la Holis Wakala nécessite que le test de la conformité soit passé avec succès aussi bien par la société Holis que par son mode de gestion par un mandat Wakala. Or, bien que la stipulation des termes du mandat Wakala se trouve au centre de notre sujet de contractualisation des règles malikites de gestion et représente le focus de la problématique de la gouvernance, il est inévitable de qualifier au préalable la conformité de la Holis en tant que société. À cet effet, nous devons compléter et adapter l'analyse effectuée pour la Holis Moudaraba¹⁹⁶⁹ du droit des sociétés malikite. Dans cette analyse, nous avons occulté le fait que la société de capital de droit commun, connue sous le nom de « *Moucharaka* », ayant la forme d'une gérance hybride est celle qui permet de placer le pouvoir ultime de gestion dans les mains d'un noyau d'actionnaires représentant la majorité du capital¹⁹⁷⁰. Notre Holis Wakala est donc une façon abrégée de désigner la « Holis Moucharaka gérée par Wakala » qui correspond à cette forme conforme de société malikite.

¹⁹⁶⁶ Voir supra § 185.

¹⁹⁶⁷ Voir supra § 186.

¹⁹⁶⁸ Voir supra § 54, 59.

¹⁹⁶⁹ Voir supra § 376.

¹⁹⁷⁰ Voir infra § 428.

Cette conformité de la forme de la société du droit étatique peut également apparaître dans les Normes de l'AAOIFI et les diverses classifications des chercheurs travaillant sur cette base¹⁹⁷¹ qui, cependant, soulève la problématique de l'association entre un musulman et un non-musulman¹⁹⁷². Dans ce domaine, il est effectivement Interdit en jurisprudence malikite de s'associer à un non-musulman qui a un pouvoir de gestion en dehors du contrôle de l'associé musulman. Le Motif de cette Interdiction est clairement la peur que l'associé non-musulman ne respecte pas le droit de l'Usure¹⁹⁷³ ce qui expose l'associé musulman à une sanction religieuse extrême¹⁹⁷⁴. Ceci suppose que cette Interdiction ne s'appliquerait pas si la gouvernance de la société était telle que ce risque de non-conformité serait écarté et, le cas échéant, réparé en cas de violation¹⁹⁷⁵ ; ce qui est le cas de la Holis qui peut accueillir dans son capital des minoritaires non-musulman qui ne peuvent influencer sur les règles de sa gouvernance et de sa gestion. Toutefois et comme le rappellent des auteurs¹⁹⁷⁶, le droit étatique comme celui de la France ne considère pas l'égalité des actionnaires comme une disposition d'ordre public en admettant que la rentrée au capital d'une société se fasse soit (i) par des actions ordinaires¹⁹⁷⁷, soit (ii) par des actions de préférence¹⁹⁷⁸. Même si certains opérateurs de la finance islamique autorisent certaines actions de préférence¹⁹⁷⁹, celles-ci, régies par la liberté contractuelle¹⁹⁸⁰, ne sont pas accessibles aux investisseurs islamiques en soft law ayant autorité¹⁹⁸¹ comme en jurisprudence malikite¹⁹⁸². S'agissant d'une participation minoritaire, le besoin de la conclusion d'un pacte d'actionnaires peut fort bien se manifester¹⁹⁸³, à l'instar de ce qui se passe dans les opérations

¹⁹⁷¹ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 104-106, § 198-200 ; HIMEUR, *op. cit.* (note 16), chapitre 5 ; Contribution de Julien Couard dans MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35), p. 245.

¹⁹⁷² MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 279, § 528, note bas de page n° 958 se référant à « AAOIFI, Shariah standards for Islamic institutions, 2008, p. 222.

¹⁹⁷³ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 49, v. 6.

¹⁹⁷⁴ Voir supra § 323-324, 353-356.

¹⁹⁷⁵ GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, *فتاوى المعاملات الشائعة*, *op. cit.* (note 1504), p. 105.

¹⁹⁷⁶ Couret (et al.) ainsi que Smallhoover (et al.) : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 264, § 497, note bas de page n° 910 faisant référence au Précis Dalloz « Droit Financier » et à l'article sur le sujet dans Option Finance n° 562 du 13 sep. 1999, p. 35.

¹⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 265-266, § 501, note bas de page n° 915 faisant référence à l'article L 225-122 du C. Com.

¹⁹⁷⁸ Introduites par l'ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 dans le C. Com., article L 228-11 sous réserve de certaines limites comme celle de l'article L 225-123 : voir *Ibid.*, p. 265-270, § 500-508, notamment note bas de page n° 914.

¹⁹⁷⁹ *Ibid.*, p. 269, § 506, note bas de page n° 931.

¹⁹⁸⁰ « Les caractéristiques de ces actions sont librement déterminées par les statuts ou par le contrat » : voir *Ibid.*, p. 267, § 502, note bas de page n° 923.

¹⁹⁸¹ *Ibid.*, p. 267-268, § 504-505, note bas de page n° 924-930.

¹⁹⁸² Voir infra § 427.

¹⁹⁸³ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 277, § 524, note bas de page n° 953 citant des auteurs comme Mousseron dans « Conventions de garantie et pactes d'actionnaires », Dondero dans « Le pacte d'actionnaires : le contrat dans la société », Bougrine et Legout dans « Organisation des relations entre associés », Le Cannu dans « Pacte d'actionnaires à des fins d'investissement temporaire », etc.

de capital risque¹⁹⁸⁴. Citant Chehata qui se réfère à une conformité hanafite¹⁹⁸⁵, Matri rappelle que le droit musulman consacre la liberté contractuelle et l'autonomie de la volonté des contractants ; ce qui devrait accommoder la conformité de principe d'un tel pacte d'actionnaires dont, notamment, sa clause de choix de la loi applicable. Cet élément, dont nous développerons certains aspects comme le droit de préemption en jurisprudence malikite s'ajoute à l'analyse précédente pour montrer la conformité du contrat de société de la Holis Wakala et, éventuellement, de son pacte d'actionnaires moyennant certaines modalités. Cette conformité étant acquise, il faudrait examiner la qualification malikite de personnalité morale à responsabilité limitée de cette Holis Wakala en adaptant, également, l'analyse effectuée à ce sujet pour la Holis Moudaraba.

424. Personnalité morale à responsabilité limitée de la Holis Wakala. La structure malikite de la Moucharaka hybride correspondant à notre Holis Wakala reflète un rôle actif des actionnaires majoritaires détenant le pouvoir ultime de gestion. Cependant, l'incapacité de ces actionnaires d'exercer le pouvoir exécutif de gestion par leurs propres équipes rend nécessaire le recours à un gestionnaire autonome par un mandat Wakala dont nous examinerons la conformité¹⁹⁸⁶. Ce mandat s'exerce sur un périmètre de compétence bien défini qui laisse probablement une latitude très large au Wakil gestionnaire¹⁹⁸⁷, ce qui permet d'envisager la personnalité morale de la Holis Wakala par Analogie au trust Waqf comme nous l'avons fait pour la Moudaraba¹⁹⁸⁸. Or, malgré une certaine autonomie de la gestion de la Holis Wakala, l'Analogie avec le Waqf est moins évidente que celle de la Holis Moudaraba dont l'autonomie de gestion est poussée tellement loin que l'Analogie avec le Waqf paraissait naturelle. Cette justification de la conformité de la personnalité morale de la Moucharaka de notre Holis Wakala, correspondant à la forme de société moderne la plus fréquente, est donc difficile. Elle est délicate à un point que l'AAOIFI a eu recours au principe général précité du « maintien du caractère Facultatif originel de toute action jusqu'à ce qu'elle soit soumise à une règle contraire de droit¹⁹⁸⁹ ». L'utilisation de ce principe, qui favorise la liberté en cas de vide juridique, n'est pourtant pas absolument nécessaire car, comme l'indique l'AAOIFI, les sources principalement malikites démontrent qu'une *entité intermédiaire* de propriété, ayant des actifs

¹⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 278-283, § 525-537.

¹⁹⁸⁵ Ch CHEHATA, *Le Concept de contrat en droit musulman.*, Paris : Sirey, 1968 ; Chafik CHEHATA, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite : les sujets de l'obligation*, Paris, France : Sirey, 1969, 367 p.

¹⁹⁸⁶ Voir infra § 433-443 en sous-section 2.

¹⁹⁸⁷ Qui génère un besoin de sécurité des actionnaires auquel nous répondrons par la bonne stipulation des termes de l'objet de la Wakala : voir infra § 440-441.

¹⁹⁸⁸ Voir supra § 388.

¹⁹⁸⁹ Voir supra § 236.

et des passifs qui lui sont rattachés, peut être une personne juridique séparée en toute conformité. Toutefois, cette qualification est conditionnée comme l'indique notre analyse de la Holis Moudaraba¹⁹⁹⁰. La condition est que cette entité intermédiaire constitue un écran protégeant ses propriétaires en cas de faillite, ce qui est le cas de la Holis Wakala. Cette jurisprudence, associant les deux caractères de personnalité morale et de responsabilité limitée, est maintenue même quand les propriétaires de l'entité intermédiaire ont la possibilité de la déposséder d'une partie de ses actifs¹⁹⁹¹, comme peuvent décider les actionnaires de notre Holis Wakala en procédant à la distribution des bénéfices. Le premier argument, de la relative autonomie de gestion, ajouté à ce second argument permettent donc de conclure, comme pour la Holis Moudaraba mais avec un peu moins de certitude, à la conformité de la Holis Wakala en tant que personne morale à responsabilité limitée. Il va de soi que cette conformité exige la protection des créanciers par la clarté des termes et la diffusion du contrat de société, permettant aux tiers de comprendre le caractère de la personnalité morale à responsabilité limitée de la Holis Wakala. En outre, si les actionnaires souhaitent pratiquer les avances sur distribution de dividendes¹⁹⁹², ils devront non seulement inclure dans ce contrat de société la procédure pour de telles avances mais également publier les décisions des organes sociaux précédant chacune de ces avances afin que les tiers créanciers soient dûment informés. C'est en conformité avec ces règles que seront précisées les stipulations statutaires de la Holis relatives aux droits et obligations entre ses actionnaires. Cette rédaction statutaire doit alors être complétée par les stipulations relatives à la gestion de la Holis ce qui exige la compréhension des régimes de droit commun possibles pour une Moucharaka dans la jurisprudence malikite (sous-section 1) avant de focaliser notre attention sur le régime de conformité de la Wakala qui convient à notre Holis (sous-section 2).

Sous-section 1. Droit commun malikite de la gestion

425. **Prépondérance du droit des actionnaires.** Le professeur Schummer insiste sur la prépondérance de l'intérêt de l'actionnaire dans l'intérêt de la société luxembourgeoise, qui est la chose, voire « l'esclave », de son actionnaire ; c'est pour cela que nous avons souligné dès le début le fait que l'intérêt social de la Holis se résume grosso modo à l'intérêt de son actionnaire¹⁹⁹³. Cette vision nous semble cohérente avec l'approche malikite qui part toujours

¹⁹⁹⁰ Voir supra § 385-386.

¹⁹⁹¹ ZURQANI الزرقاني محمد بن عبد الباقي, *op. cit.* (note 1404), p. 350, 357.

¹⁹⁹² Voir infra § 427.

¹⁹⁹³ Voir supra § 160 et 371. Cet intérêt est compris dans le sens de l'intérêt commun des actionnaires, et non pas l'intérêt concurrent d'un actionnaire en particulier.

de l'intérêt des propriétaires avant de considérer tout autre intérêt. Avec cette appréciation en tête, nous examinerons le droit commun malikite de la gestion d'une Moucharaka en commençant par la découverte de ses règles (A) puis en essayant de déceler certains de ses effets sur la Holis (B) qui vont nous guider vers le régime intéressant de la Wakala que nous détaillerons dans la prochaine sous-section.

A. Contenu des règles de conformité de la Moucharaka

426. Conformité du capital de la Holis. Avant d'adresser la conformité du contrat de gestion Wakala, il est important de comprendre certains droits et obligations des actionnaires de la Holis. Dans ce domaine et bien que le contrat Moucharaka de la Holis constitue le droit commun des sociétés en jurisprudence malikite, celle-ci le considère comme une dérogation au contrat de la vente. En effet, la Moucharaka s'analyse comme un contrat de vente couplé avec une Wakala entre associés, car la proportion de chacun dans le capital total se transpose dans tous les apports. Par exemple, si l'un apporte 30 et l'autre 60, le premier devient propriétaire de 10 de ce qu'il a apporté et de 20 de ce qu'a apporté l'autre ; sa part dans le capital sera toujours 30 mais après avoir échangé 20 de son apport initial contre 20 de l'apport de l'autre. C'est pour cela, que le droit de l'Usure relatif au change régule les apports monétaires dans le capital de la Moucharaka qui, par conséquent, ne peuvent être que dans la même monnaie¹⁹⁹⁴ ; ce qui permet d'éviter la variation du change dans la répartition du capital qui constitue la base de la répartition des bénéfices et des pertes. Toutefois, la règle de ce droit de l'Usure relative à la livraison immédiate de la part de l'apport monétaire de chaque associé, n'est pas applicable dans la Moucharaka sur le fondement d'une dérogation issue d'un consensus général. Or, ce consensus n'étant pas bâti sur une Analogie, la dérogation qui en résulte, bénéficiant aux apports en numéraire, ne peut s'étendre aux apports par plusieurs associés de denrées alimentaires Usuraires. À cette exception près, le droit de la Moucharaka n'exclut pas l'apport en nature, évalué à sa valeur marchande lors de la conclusion du contrat de société, mais ceci ne sera probablement pas le cas de la Holis¹⁹⁹⁵. De plus, cette dernière étant soumise au droit de domiciliation luxembourgeois, elle acquiert sa personnalité morale dès la conclusion de son contrat de société¹⁹⁹⁶ ; ce qui est cohérent avec la jurisprudence malikite. Pour cette dernière,

¹⁹⁹⁴ KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 286, v. 3.

¹⁹⁹⁵ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2485-2486, 2488-2491, 2515, v. 6 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 7, 11, v. 6.

¹⁹⁹⁶ Voir supra § 68.

dès la conclusion du contrat social et même si la fusion des apports dans le capital social n'a pas encore eu lieu, la société existe et, par conséquent, aucun associé ne peut se retirer avant la réalisation de l'objet de la société. Autrement dit, le caractère de patrimoine séparé est accordé à la société dès la conclusion de son acte constitutif. En outre, tant que la société n'a pas pris possession¹⁹⁹⁷ de l'apport d'un associé, ce dernier demeure garant de l'éventuelle perte de son apport même si celui-ci est identifié¹⁹⁹⁸. Sur la base de ces règles précises relatives à l'apport sera déterminée la part de chaque actionnaire dans le capital de la Holis ce qui représente la base de son droit pécuniaire.

427. Conformité des droits pécuniaires des actionnaires de la Holis. En première partie, nous avons pris comme hypothèse que la jurisprudence malikite est stricte en termes non seulement de clause léonine mais également de défaut de proportionnalité dans la distribution des bénéfices, contrairement aux flexibilités que peuvent offrir la soft law et certains droits étatiques¹⁹⁹⁹. Les Normes AAOIFI retiennent qu'un contrat Moucharaka n'autorise les clauses de distribution, fixées a priori, qu'en pourcentage du résultat et non pas en pourcentage du capital ou en sommes fixes, ces règles de distribution pouvant ne pas respecter la proportionnalité. Matri ajoute que les associés supportent proportionnellement les pertes mais pas les profits, qui sont répartis par une clé convenue non nécessairement proportionnelle, conformément aux rites hanbalite et hanafite et en opposition aux jurisprudences malikite et chafiite²⁰⁰⁰. Effectivement en occultant le mandat de gestion rémunéré entre associés, le contrat de société malikite sera invalide s'il prévoit une répartition des pertes ou des bénéfices autrement que proportionnellement aux apports²⁰⁰¹. En outre, Matri rapporte que Serhal autorise même le paiement régulier de dividendes considérés comme avances sur les bénéfices ultérieurs estimés à partir d'un bénéfice fictif issu, pour les fonds islamiques, d'une évaluation de l'actif net de l'investissement et non pas de sa cession effective²⁰⁰². Toutefois, cette mesure anodine pour les sociétés ayant une responsabilité solidaire devient délicate pour une société à responsabilité limitée, comme la Holis, qui doit prévoir pour ce genre d'avances sur dividendes une procédure statutaire claire²⁰⁰³ à l'effet de l'information des tiers comme l'exige les critères

¹⁹⁹⁷ Indiquée par la fusion des apports dans le capital sur lequel s'exerce la gouvernance de la société et non plus le droit de propriété de l'associé apporteur.

¹⁹⁹⁸ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2487, 2494-2495, v. 6.

¹⁹⁹⁹ Voir supra § 66, 406.

²⁰⁰⁰ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 111-112, 115, 311, § 213-215, 222, 591-592.

²⁰⁰¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2502, v. 6.

²⁰⁰² « La structuration de produits charia compatibles », in Laramée, La finance Islamique à la française, Secure Finance, 2008, p. 222 : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 312, § 593, note bas de page n° 1036.

²⁰⁰³ Qui doit prévoir un arrêté des comptes audité préalablement à toute avance sur dividendes.

de conformité²⁰⁰⁴. En plus de ces droits pécuniaires, les actionnaires disposent de droits politiques qui déterminent le mode de gestion de toute Moucharaka.

428. Distinction des formes de la Moucharaka par le mode de gestion. Comme sur le plan de la conformité, notre Holis est l'une des formes dite *hybride* de la Moucharaka, il importe de situer cette forme par rapport aux autres formes possibles qui se distinguent par le mode de gestion²⁰⁰⁵. Comme on l'a indiqué, le malikisme voit la Moucharaka comme un contrat de vente associé à un mandat Wakala entre associés²⁰⁰⁶. En vertu de ce mandat, chaque associé peut gérer non seulement sa part dans le capital, au titre de sa propriété indirecte, mais éventuellement la part des autres associés, au titre de son mandat. Ceci peut s'appliquer à la totalité du capital comme à une partie seulement, qui peut être le propre apport de l'associé sur lequel il n'a plus qu'un droit de propriété indirect partiel car cet apport appartient désormais directement et en totalité à la société. Il est ainsi possible que chaque associé continue à gérer son apport mais pour le compte de la société ; c'est cette cogérance où chaque associé agit d'une façon autonome sans consulter les autres qui correspond à la première forme de la Moucharaka, dite *Moufawada*²⁰⁰⁷. Dans cette forme, un associé cogérant ne peut contracter une dette, au nom de la société sans l'accord des autres associés, car nous sommes là dans une forme de société de responsabilité solidaire dont le passif est supporté par ses associés. La dérogation à cette règle est limitée au crédit fournisseur, sans intérêt évidemment, si le contrat de société le prévoit. L'autre forme de la Moucharaka, dite *Enane*²⁰⁰⁸, est celle de la cogérance conjointe où chaque associé ne peut agir en gestion qu'avec l'accord des autres. Pour cette raison, l'achat à crédit par un associé sans l'autorisation des autres est considéré hors du périmètre de la société ; c'est donc l'associé impliqué qui supporte seul la dette et profite seul de l'éventuel bénéfice. Ce principe, conditionnant la solidarité des autres associés par leur autorisation désignant spécifiquement la marchandise achetée à crédit, n'est pas contradictoire avec l'utilisation d'une Wakala ad hoc, avec un périmètre variable, entre les associés pour l'exécution des actes de gestion. Entre ces deux formes, Moufawada et Enane, de la Moucharaka il existe une troisième forme hybride dans laquelle certains actionnaires, voire un seul « General Partner » ou associé-gérant, agissent seuls et séparément en gestion. En revanche, un autre actionnaire est soumis à leur autorisation pour agir, notamment pour chaque opération d'achat à crédit, à moins qu'il

²⁰⁰⁴ Voir supra § 424.

²⁰⁰⁵ Voir supra § 376.

²⁰⁰⁶ Voir supra § 426.

²⁰⁰⁷ Cette forme est nommée en arabe : مفاوضة

²⁰⁰⁸ Cette forme est nommée en arabe : عنان

n'agisse comme mandataire du General Partner et sous sa responsabilité²⁰⁰⁹. Dans cette forme hybride, il est donc possible, comme dans le cas de la Holis, que le contrat de société prévoit que seuls les actionnaires détenant la majorité du capital peuvent agir dans la gestion de la société ; bien évidemment cette majorité peut déléguer, totalement ou partiellement, ce pouvoir de gestion à un ou plusieurs mandataires par une Wakala²⁰¹⁰. Cette Wakala, pour une gestion séparée des actifs de la Moucharaka étant un acte conclu entre les associés et un tiers, est évidemment différente de la Wakala précitée entre associées, qui fait partie de l'essence même du contrat de société. Dans tous les cas, il devient essentiel de bien comprendre le régime de conformité de la Wakala dont il importe de comprendre son régime de droit commun avant d'explorer les régimes spéciaux qui peuvent nous intéresser pour encadrer les stipulations de conformité de la convention de management de notre Holis Wakala.

429. Régime malikite de la Wakala de droit commun. La Wakala malikite est définie comme une représentation entre vifs pour exercer un droit, notamment pécuniaire, à l'exclusion de la représentation de la communauté dans les fonctions publiques, comme celles du chef de l'État ou du juge, qui ont un régime spécial²⁰¹¹. Concernant l'objet du mandat, son champ est large car il correspond à « toute chose susceptible de se faire par délégation de pouvoir²⁰¹² » en n'excluant que ce que la Charia réserve à l'exécution par le Sujet de droit lui-même, comme le témoignage, le serment ou certaines autres actions relevant du droit de la famille ou du droit cultuel²⁰¹³. Ainsi et sous réserve qu'il soit licite, cet objet peut être relatif aux actes²⁰¹⁴, aux droits sur les tiers et aux obligations à leur égard comme l'encaissement d'une créance ou sa délégation, le paiement d'une dette, le paiement de l'Impôt de solidarité ainsi que la remise d'une quittance ou un solde de tout compte²⁰¹⁵. En l'absence de stipulations précises et claires, l'interprétation des spécifications de cet objet, en termes de genre et de nature, se fera sur la base de présomptions convaincantes ou selon l'usage. Ce dernier intervient même comme preuve de l'existence du mandat, par exemple quand il est de coutume que l'enfant travaillant avec son père continue, contrairement aux autres enfants, à gérer l'entreprise familiale après le

²⁰⁰⁹ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 49, v. 6.

²⁰¹⁰ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2485-2486, 2498-2499, 2506, v. 6 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 8, 14, 18-19, v. 6.

²⁰¹¹ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2548, v. 6.

²⁰¹² KHALIL IBN ISHAK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 82.

²⁰¹³ QARAFI شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1153, § 216.

²⁰¹⁴ Conclusion, annulation, etc.

²⁰¹⁵ Même si le montant net de l'obligation est inconnu par les deux parties du mandat et le tiers : voir AL-DASUQI محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 378, v. 3.

décès du fondateur, sauf dénonciation des autres héritiers évidemment²⁰¹⁶. Le périmètre de la Wakala est large et peut comprendre l'abandon de tout droit, même non déterminé comme dans la conclusion d'un solde de tout compte, contrairement au chafiisme. Le mandat sera invalide s'il est vague sans que l'on puisse le qualifier de l'une des deux formes possibles du mandat qui sont le mandat général, dont l'objet est non désigné, et le mandat spécial. Ce dernier qui se caractérise par un objet désigné peut avoir un champ variable car, plus la définition de son objet est détaillée, plus son champ est étroit. Ainsi, ce mandat spécial peut exiger, pour l'exécution de son objet désigné, la consultation préalable du mandant avant l'engagement. Inversement, un tel mandat spécial peut déléguer au mandataire tout pouvoir pour l'exécution de cet objet désigné, comme le ferait un mandat général dont l'objet est non désigné. Cet élargissement du champ de la délégation peut, même, être introduit par un acte postérieur au mandat spécial initial exigeant la consultation préalable. Concernant le mandat général, pour lequel la jurisprudence propose même une stipulation typique, sa flexibilité est telle que le mandataire peut valablement représenter son mandant dans tout droit. L'une des rares limites de cette flexibilité est celle qui conditionne la pluralité des mandataires de représentation en justice par l'accord de la partie adverse²⁰¹⁷. Voilà en ce qui concerne les règles générales de ce droit commun de la gestion de la Moucharaka qui nous a fait aboutir à la Wakala dont il faut mesurer les effets généraux de son adoption sur la gestion de notre Holis.

B. Effets généraux sur la Holis

430. **Intuitus personae de la société de gestion de la Holis Wakala.** Le professeur Fages rappelle que la liberté contractuelle s'illustre particulièrement par la possibilité de conclure un contrat intuitu personae en insérant une clause indiquant que l'identité du contractant est un élément déterminant du consentement. Il ajoute qu'il est également possible d'insérer une clause d'agrément des personnes appelées à exécuter ou poursuivre une opération contractuelle. Puis, il nuance en prévenant qu'il ne faudrait pas tomber dans la discrimination, notamment celle basée sur la religion, qui est condamnée pénalement et qui constitue une limite d'ordre public à cette liberté de choix des personnes²⁰¹⁸. Cette mise en garde est complétée par Matri qui précise que, devant le juge, les règles de la Charia qui sont exclues le sont souvent

²⁰¹⁶ KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 359, 362, v. 3.

²⁰¹⁷ *Ibid.*, p. 354, 361, 391, v. 3 ; DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2548-2550, 2552-2554, 2556, 2558, 2560, v. 6 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 19, v. 6 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 397, v. 3.

²⁰¹⁸ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 78-79, § 64-66.

sur le fondement de la discrimination. Elle extrapole ensuite en donnant l'exemple de l'Interdiction à un non-croyant d'avoir une juridiction sur un musulman ou de l'Obligation que le magistrat devant lequel se présente un musulman lors d'un procès soit de sexe masculin²⁰¹⁹. La soft law, de son côté, précise que, contrairement aux clients pour lesquels il n'existe aucune discrimination sur la base de la religion²⁰²⁰, les mandataires des musulmans relèvent d'une discrimination positive Désirable et non pas Obligatoire. En effet, en cas de besoin ou de nécessité, le mandataire d'un musulman peut ne pas être musulman même s'il est préférable de choisir un musulman s'il y en a un qui répond aux critères du mandant²⁰²¹. On peut donc se poser la question du respect de l'ordre public de l'intuitus personae que pourrait imposer la conformité malikite à la société de gestion, surtout que celle-ci dispose de moins de pouvoir que celle de la Holis Moudaraba. En effet, aucune décision de gestion n'échappe à la société de gestion de la Moudaraba qui bénéficie d'une délégation de compétence tellement large que le mandataire social n'est nommé que sur sa proposition ; d'ailleurs, c'est cette délégation extrême qui a simplifié la licéité en droit étatique de son caractère intuitu personae de conformité malikite²⁰²². Quant à la Wakala, elle est soumise au même principe pour le même Motif que l'association avec un non-musulman dont l'Interdiction est Motivée par la crainte qu'un tel associé ne respecte pas la Charia ce qui exclurait l'associé musulman de tout profit de l'entreprise²⁰²³. En effet et même si les actes qui en découlent demeurent valides dans tous les cas, le mandat à un non-musulman est Interdit dans l'achat et la vente ainsi que dans la représentation en justice d'un musulman contre un autre musulman. La première Interdiction de nature commerciale est Motivée par le risque d'inapplication de la Charia alors que la seconde de nature juridique a comme Motif supplémentaire le risque de l'excès des demandes du mandataire non-musulman. Inversement, un musulman peut se mettre au service d'un non-musulman sauf s'il s'agit d'un Louage exclusif, comme un salarié, où l'acte sera Indésirable²⁰²⁴ mais ce caractère se transformera en Interdiction si l'objet du Louage est une prestation domestique ou une activité illicite²⁰²⁵. Dans ces conditions et compte tenu que le choix du mandataire social de la Holis Wakala est en dehors des compétences de la société de

²⁰¹⁹ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 282-283, § 536.

²⁰²⁰ SHAMELA FATAWAS, « [Fatawas économiques de la Bibliothèque Shamela] الفتاوى الاقتصادية • الموقع الرسمي للمكتبة الشاملة », [s.d.]. URL : <http://shamela.ws>. Consulté le 1 octobre 2017, Fatwa n° 254 de la Maison de financement du Koweït.

²⁰²¹ *Ibid.*, Fatwa n° 232 de la Maison de financement du Koweït.

²⁰²² Voir supra § 403.

²⁰²³ Voir supra § 423.

²⁰²⁴ Voire Facultatif : GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغزياني, *فتاوى المعاملات الشائعة*, *op. cit.* (note 1504), p. 104.

²⁰²⁵ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2561, 2855, v. 6.

gestion, contrairement à la Holis Moudaraba²⁰²⁶, la conformité n'exige aucune restriction du personnel utilisé par la société de gestion dans ses prestations purement opérationnelles. L'expertise demandée dans ces prestations est celle du métier de l'activité d'exploitation des filiales de la Holis. En revanche, pour les prestations de contrôle interne de conformité des décisions de la société de gestion, les règles de conformité précitées s'appliquent car la compréhension et la conviction sont nécessaires à une application stricte des règles de conformité dans le soutien qu'apportent les contrôleurs à leurs collègues opérationnels. Or, ces missions de contrôle interne sont clairement porteuses de tendance dont le régime dérogatoire²⁰²⁷ permet d'exiger que le personnel impliqué soit non seulement musulman mais compétent dans la compréhension des règles de conformité. De plus, l'arbitrage anglais aura un penchant à être plus libéral dans l'application de ce régime de l'entreprise de tendance. En outre, le fait que toute erreur de droit commise par l'arbitre soit exclue de l'ordre public international sanctionnant l'exequatur²⁰²⁸ rajoute un supplément de sécurité juridique à cette discrimination dument justifiée. C'est donc sur cette base, que la Holis accordera son agrément intuitu personae du dirigeant de la Holis affecté par la société de gestion au contrôle de conformité qui n'est pas nommé dans la convention de management. Quant au dirigeant purement opérationnel non nommé dans cette convention, son agrément par la Holis sera quand même intuitu personae mais ne sera pas soumis à la discrimination des fonctions porteuses de tendance. Ainsi, dans tous les cas les dirigeants, ainsi que leurs suppléants, affectés par la société de gestion à la Holis sont agréés par cette dernière intuitu personae. Ce qui exclut que la société de gestion fasse exécuter son obligation contractuelle par d'autres sauf accord de la Holis, en toute cohérence avec le droit français et luxembourgeois. Quant au droit anglais, il est encore plus explicite et plus rassurant pour la Holis car il considère dans tous les cas que l'exécution par un tiers n'éteint l'obligation du contractant que si ce tiers est autorisé ou ratifié par le créancier et, même, par le débiteur s'il s'agit d'un paiement²⁰²⁹.

431. Pertinence des régimes spéciaux de conformité de la Wakala. Qu'il s'agisse de l'aspect intuitu personae ou des autres règles malikites de droit commun, il faut noter que ce droit commun ne s'applique totalement que pour le mandat Wakala gratuit. En revanche, quand le mandat, qualifié en tant que tel par les contractants, n'est pas à titre gratuit, il prend nécessairement la forme de l'un de deux autres contrats nommés²⁰³⁰ que sont le Louage de

²⁰²⁶ Voir supra § 403.

²⁰²⁷ Voir supra § 138 et infra § 432.

²⁰²⁸ Voir supra § 419.

²⁰²⁹ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 134.

²⁰³⁰ Que nous abordons au paragraphe suivant.

services ou la Pollicitation à forfait²⁰³¹. La qualification des parties de leur contrat rémunéré n'est donc pas anodine. S'ils indiquent qu'il s'agit d'un Louage de services ou d'une Pollicitation forfaitaire, c'est uniquement le régime de l'un ou de l'autre de ces deux contrats qui s'appliquera. En revanche, si les parties choisissent de qualifier leur contrat de mandat, le droit commun que nous venons d'analyser viendra compléter les règles de l'un ou de l'autre de ces deux régimes « spéciaux » du mandat rémunéré. C'est cette situation qui est applicable à la conformité de la Wakala de notre Holis et qui, par conséquent, permettra d'encadrer les clauses de la convention de management notamment au niveau des contreparties contractuelles relatives à l'objet et à la rémunération.

432. Dissociation des régimes de gestion entre les métiers du private equity. Sur la base des règles de conformité que nous venons d'établir pour la Moucharaka et sa gestion par Wakala rémunérée prenant la forme d'un Louage de services ou d'une Pollicitation à forfait, nous pouvons commencer par vérifier l'hypothèse formulée à ce sujet en première partie avant d'examiner les stipulations correspondantes de la convention de management. L'hypothèse en question, rappelée en introduction de ce chapitre²⁰³², retient que dans la Holis Wakala, la conformité permettrait la liberté du régime de rémunération de la société de gestion et du régime de participation de l'actionnaire à la gestion. Cette hypothèse a été faite, par opposition aux régimes correspondants de la gestion de la Holis Moudaraba qui sont totalement codifiés, avec un degré de liberté quasiment inexistant comme on l'a détaillé dans le précédent chapitre. Dans ce sens comparé, cette hypothèse est effectivement vraie. Dans l'absolu en revanche, la liberté supposée pour ces deux régimes de la rémunération et de l'immixtion, dans la Holis Wakala, est quand même relative car elle doit se conformer aux règles malikites applicables que nous venons de mettre en lumière. Ce qui est certain est que, contrairement à la Moudaraba qui soumet les deux métiers du private equity à un même régime, la Moucharaka gérée par Wakala offre la liberté de dissocier les régimes de ces deux métiers. Ceci permet de choisir des solutions non seulement conformes mais, également, plus optimales au fonctionnement du métier M&A d'un côté et du métier de la gestion intégrée de groupe de l'autre. Compte tenu de la règle malikite interdisant la liaison, sur le fond et sur la forme, entre les contrats dont les régimes sont de natures différentes, il faudrait prévoir une convention avec la société de gestion pour chacun de ces deux métiers ce qui serait une bonne chose pour éviter que l'éventuel invalidité

²⁰³¹ KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 391, v. 3 ; AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 397, v. 3.

²⁰³² Voir supra § 422.

ou différend sur l'une ne perturbe le fonctionnement de l'autre. En effet les compétences requises pour le M&A et celles nécessaires à la gestion des filiales sont différentes, il peut donc s'avérer que la société de gestion soit performante dans l'un de métiers sans l'être dans l'autre. Une autre raison est que, l'incorporation statutaire des stipulations pertinentes de la convention relative à la gestion des filiales, correspondant à la convention de management de l'activité de l'entreprise, est nécessaire pour donner à la Holis et ses filiales le caractère d'entreprise de tendance. En revanche, il ne serait pas indiqué de diffuser la « *convention M&A* » relative à l'activité d'acquisition et cession de filiales par la Holis Wakala. À présent, il devient clair que ces différents effets généraux de la Wakala sur la gestion de la Holis paraissent suffisamment prometteurs pour justifier l'étude détaillée de ce régime.

Sous-section 2. Droit malikite de la Wakala

433. **Interférence des jurisprudences dans le régime de la Wakala de la Holis.**

En occultant la jurisprudence de la Moucharaka, dont la majorité des règles utiles à notre sujet ont déjà été étudiées, les jurisprudences de la Wakala, du Louage et de la Pollicitation doivent être considérées pour déterminer le régime de la conformité applicable à la gestion de notre Holis. Or, l'organisation de la codification de la *hard law*, notamment malikite, présente ces jurisprudences dans trois chapitres différents avec des renvois qui semblent insuffisants, compte tenu de notre niveau modeste en compétence de jurisconsulte. Cette complexité nous emmène à commencer par extraire précisément les règles de conformité pertinentes (A) avant de les appliquer à la contractualisation de la gestion de la Holis Wakala (B).

A. Contenu des règles de conformité

434. **Comparaison de la notion de Louage de services à celle de Pollicitation forfaitaire.** Les objectifs de gouvernance que nous avons résumés en introduction de ce chapitre²⁰³³, ne peuvent être traduits en stipulations de la convention de management que sur la base de la compréhension des règles de conformité. Celle-ci doit au moins concerner l'objet et la rémunération des deux formes de la Wakala à titre onéreux, en observant les objectifs précités nécessaires au fonctionnement efficace de notre Holis. Au préalable, nous devons saisir le sens des notions relatives à ces deux formes qui sont le Louage de services et la Pollicitation forfaitaire. Plus général que cette dernière, le Louage est un contrat d'échange de contreparties entre les contractants. Ce qui le caractérise est que l'une de ces contreparties, correspondant à

²⁰³³ Voir supra § 421-422.

« l'objet du Louage », est un usage soit d'un travail dans un Louage de services, soit d'un bien meuble dans un Louage simple, soit enfin d'une chose immeuble ou d'un moyen de transport dans une Location. Comme pour la vente, il est essentiel de noter que l'obligation caractéristique du Louage est une obligation de donner impliquant un transfert de propriété même si l'objet de ce transfert est l'usus d'une chose non-consomptible ou le travail d'une personne²⁰³⁴. Ainsi, en jurisprudence malikite le travail objet d'un Louage demeure proche de l'obligation de donner et non pas de l'obligation de faire. De plus, la règle générale de cette prestation est de procurer un avantage partiel au fur et à mesure de son avancement, comme dans les travaux de construction d'une usine où la réalisation partielle a quand même une certaine utilité si elle est conforme au cahier des charges. Toutefois, cette règle générale comporte une exception quand cet avantage attendu de la prestation est lié à un résultat global qui ne peut se décomposer partiellement, comme la vente d'une chose qui est soit réalisée soit non réalisée mais jamais réalisée partiellement. Dans un tel cas, le contrat de Louage, toujours possible par un travail rémunéré à la tâche ou en fonction du temps passé, peut avantageusement être remplacé par un autre contrat nommé qui est la Pollicitation à forfait dont la rémunération est liée à la réalisation de l'obligation de résultat. Cette Pollicitation forfaitaire est alors définie comme étant un engagement pour payer une rémunération déterminée en contrepartie de la réalisation d'un résultat. Ce contrat, qui se forme par divers moyens d'acceptation de l'offre, a un régime dérogatoire par rapport à celui du Louage dont la notion est plus générale car l'objet de la Pollicitation demeure toujours compatible avec l'objet d'un contrat de Louage, aussi inadapté soit-il sur le plan économique²⁰³⁵. Ainsi et sans pouvoir les associer dans un même contrat²⁰³⁶, ces deux contrats ont quand même des dispositions communes pour lesquelles le régime du Louage constitue le droit commun²⁰³⁷. À titre d'exemple, le régime de la Pollicitation forfaitaire suit l'exception accordée au Louage de travaux dans la condition de l'indétermination du délai de la prestation. En effet et contrairement à la condition usuelle de détermination de cette durée pour éviter l'Incertitude invalidante de la majorité des contrats de Louage qui suivent le régime de la vente, la détermination précise du délai des travaux devient contre-productive et contraire à la préservation du droit légitime du prestataire²⁰³⁸. Avec cette

²⁰³⁴ DARDİR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2814-2822, v. 6.

²⁰³⁵ *Ibid.*, p. 2919, 2923, 2930, v. 6.

²⁰³⁶ Muḥammad Ibn-Muḥammad IBN-ĀṢIM محمد بن محمد ابن عاصم, MAYARA AL-FASSI MOHAMED IBN-AHMED الميارة الفاسي et AL-MAADANI المعداني, [Explication de l'œuvre d'art « at-Tuḥfa » des juges par Mayara et Maadani] شرح ميارة الفاسي على تحفة الحكام مع حاشية المعداني (2/), دار الكتب العلمية, Liban, Bairūt : Dar Al Kotob Al Ilmiyah 2000, p. 457.

²⁰³⁷ KHALİL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 128.

²⁰³⁸ Voir supra § 258.

compréhension des notions de ces deux contrats, on peut explorer un peu plus leurs objets pour extraire les règles de conformité pouvant nous servir dans les clauses spécifiques de la convention de management de la Holis Wakala.

435. Objets comparés du Louage de services et de la Pollicitation à forfait. Le Louage étant plus général que la Pollicitation, tout objet licite pour cette dernière peut faire l'objet d'un Louage alors que le contraire n'est pas toujours possible notamment quand l'objet du Louage est défini par unité de temps²⁰³⁹. Pour cette raison, nous abordons d'abord les règles de la Pollicitation qui sera invalide si son objet contredit l'essence même de son contrat qui exige une prestation liée à un résultat global sans utilité partielle. Un exemple d'un tel objet invalidant est la réalisation d'un grand volume de vente ou d'achat car l'exercice par le prestataire de sa renonciation de droit l'exclut de toute rémunération, faute d'avoir réalisé l'objet, alors que le Pollicitant a déjà obtenu un bénéfice partiel de la prestation. En revanche, la Pollicitation sera valide si le contrat ou l'usage font bénéficier le prestataire d'une rémunération proportionnelle, assise sur le forfait global, en fonction des ventes ou achats qu'il réalise car chaque opération est alors assimilée à une Pollicitation élémentaire d'un ensemble qui constitue le contrat global²⁰⁴⁰. Elich précise que cette règle est générale pour tout objet de Pollicitation dont la réalisation partielle entraîne un avantage pour le Pollicitant ; l'effet d'un tel objet serait l'invalidité à moins qu'il soit possible de décomposer ce contrat en pollicitations élémentaires comme nous venons de le voir pour la vente de gros volumes. Mentionnons pour cet exemple que Elich ajoute une précision, utile pour la suite de notre analyse, concernant le prix qui est soit fixé par le Pollicitant, soit laissé à l'appréciation du prestataire sur la base des conditions contractuelles ou usuelles²⁰⁴¹. En termes de conditions générales de validité, l'objet de la Pollicitation peut être défini précisément sans être connu par chacun des contractant et parfois même par les deux, comme dans le cas de recherches d'animaux indéterminés qui se sont enfuis de l'enclos du Pollicitant. À cette exception près admise dans la Pollicitation sans être admise dans le Louage, les conditions de validités de l'objet du Louage s'appliquent. Dans ce dernier contrat, l'objet doit avoir une valeur marchande, être connu, livrable, licite sans être une Obligation individuelle du Sujet de droit, contrairement à l'Obligation Collective qui peut faire l'objet d'un Louage. Si un tel objet s'exerce sur une personne, comme dans la prestation d'apprentissage, ou sur une chose du Loueur, comme dans la prestation de peinture d'un

²⁰³⁹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2920, v. 6.

²⁰⁴⁰ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 64, v. 4.

²⁰⁴¹ KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 7, v. 4.

bâtiment, cette personne ou cette chose doivent être Désignées et connues du prestataire pour qu'il puisse apprécier la difficulté de sa prestation. Enfin, si la réalisation de l'objet nécessite des outils et que le contrat ne précise pas la partie qui doit les mettre à disposition, ceci sera tranché selon l'usage²⁰⁴².

436. Comparaison de la détermination de la rémunération. Autant pour l'objet, la Pollicitation ne peut se distinguer du Louage car le principe est que tout objet de la première peut être un objet du second, autant pour la rémunération la Pollicitation se distingue par l'impossibilité du paiement partiel alors que la réalisation partielle de l'objet du Louage mérite rémunération proportionnelle. Bien évidemment, cette distinction devient imperceptible dans le cas que nous avons vu²⁰⁴³ où l'objet de la pollicitation peut se décomposer en objets élémentaires dont chacun procure un avantage partiel correspond à une pollicitation élémentaire. Dans ces cas où la rémunération de la Pollicitation suit en général le régime du Louage quand la tâche à accomplir est une activité commerciale, le contrat sera invalide lorsque la rémunération est une proportion du chiffre d'affaires à cause de l'ignorance de la rémunération, car celle-ci doit être connue dans sa nature et sa mesure, comme pour la vente. En revanche, la rémunération du prestataire par la moitié d'une marchandise en contrepartie de la vente de l'autre moitié, en excluant donc la décomposition en réalisations élémentaires, est valide comme une Pollicitation. Comme nous le verrons²⁰⁴⁴, cette validité suppose l'absence de fixation de délai pour la réalisation de cette vente, à moins que l'intermédiaire ait la faculté contractuelle de se retirer à tout moment. La mention d'un délai, sans la mention expresse de la liberté de renonciation, requalifie un tel contrat en Louage en fonction du temps et non pas en fonction des tâches à accomplir, ce qui rend la condition de vente de la moitié de la marchandise inopérante et, par conséquent, la rémunération du prestataire sera due si son travail pendant le délai désigné n'aboutit pas. En outre, la validité de ce Louage nécessite, dans le cas de marchandise Fongible, que la vente avant l'épuisement de ce délai ne donne droit à aucune restitution proportionnelle de la part de l'intermédiaire correspondant à sa rémunération. Dans l'autre cas où la marchandise est Désignée, la contrainte concernera le délai de la prise de possession de la rémunération qui ne doit pas dépasser les trois jours de l'acte par Analogie avec le Salam²⁰⁴⁵. La logique de cette jurisprudence de la rémunération du Louage de services

²⁰⁴² DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2819, 2867, v. 6 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. T300, v. 6.

²⁰⁴³ Voir supra § précédent.

²⁰⁴⁴ Voir infra § 446.

²⁰⁴⁵ Voir infra § 548.

dans l'activité commerciale s'applique également à l'activité agricole. Ainsi, le moissonnage d'une terre pour une proportion de la moisson est un Louage valide s'il concerne son produit brut, supposé connu par le prestataire ; en revanche, la rémunération par une proportion du produit net en grains est invalide à cause de l'ignorance. Il en est de même pour l'abattage des arbres d'un terrain pour la production du bois. En revanche, si la moisson ou l'abattage ne sont pas délimités par un terrain précis, la prestation dont la rémunération est une proportion du produit sera une Pollicitation, décomposable en Pollicitation élémentaires, qui suppose donc la mention expresse de l'option de dénonciation à tout moment, par le prestataire, en cas de fixation de délai par le pollicitant²⁰⁴⁶. Tous ces cas relèvent de la rémunération fixe partielle et non pas de la rémunération variable comme la proportion du bénéfice et dont la licéité est extrêmement encadrée.

437. Rémunération variable des prestations. Dans les droits pécuniaires des associés de la Moucharaka et bien que le principe soit la proportionnalité dans la distribution des bénéfices, la jurisprudence malikite permet l'accord ultérieur²⁰⁴⁷ entre associés pour accorder une part supérieure du bénéfice à l'associé qui fait plus de travail de gestion de la société que les autres²⁰⁴⁸. Ceci s'applique évidemment à l'associé-gérant d'une Moucharaka hybride alors que son application, non pas à un associé, mais à un mandataire d'une Wakala rémunérée, prenant la forme d'un Louage par exemple, est problématique. En effet et pour la réalisation d'un même objet, il est invalide de cumuler une rémunération fixe, comme dans un Louage, et une rémunération variable dont l'assiette est liée à cet objet avec, forcément, un montant inconnu lors de la conclusion du contrat comme dans la Moudaraba. Cette invalidité découle du fait qu'un tel contrat ne peut être qualifié valablement ni d'un Louage ni d'une Moudaraba, dans un domaine où la licéité par Analogie est exclue pour cause de consensus général non fondé sur l'Analogie. En conséquence, il est Invalide de cumuler la rémunération variable de l'associé-gérant avec une rémunération fixe provenant d'un Louage ou d'une Pollicitation. Il est également invalide de conclure un contrat par lequel une partie assume le risque de la marchandise, en supportant notamment sa dette fournisseur, alors que l'autre partie

²⁰⁴⁶ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2816, 2818, 2841-2842, v. 6 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 8, v. 4 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 268, 279-280, v. 6.

²⁰⁴⁷ Même juste après la conclusion du contrat de société.

²⁰⁴⁸ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2502, v. 6 ; alternativement et non cumulativement, l'associé-gérant qui effectue un travail, que les autres associés ne font pas, peut avoir une rémunération fixe correspondant strictement à ce travail, sans aucune présomption de rémunération supplémentaire à sa part en proportion du capital : voir GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, *فتاوى المعاملات الشائعة*, *op. cit.* (note 1504), p. 41.

se charge de la vente en contrepartie d'une partie du bénéfice. Il en est de même du cas inverse, où la partie qui vend assume le risque alors que l'autre assure seulement la prestation de l'achat contre une part du bénéfice. Dans ces deux contrats, celui qui n'assume pas le risque n'a droit qu'aux honoraires d'usage pour la prestation qu'il accomplit. Ainsi en dehors du cadre de l'associé-gérant, il n'y a aucune flexibilité pour une rémunération variable qui se distingue évidemment de la rémunération partielle basée sur un forfait global fixe comme nous l'avons vu. Celle-ci est possible chaque fois que la parcellisation des tâches est faisable aussi bien pour le Louage à la tâche, et non pas par unité de temps, que pour la Pollicitation dont l'objet peut se décomposer en prestations unitaires dont la réalisation de chacune procure un avantage²⁰⁴⁹. Avec la compréhension de ces règles détaillées des deux régimes de la Wakala rémunérée, Louage et Pollicitation, nous pouvons maintenant aborder l'adéquation de leur application à la contractualisation de la gestion de la Holis.

B. Effets sur la contractualisation

438. **Convention M&A de la Holis Wakala avec la société de gestion.** Notre problématique de contractualisation de la gouvernance de la Holis Wakala dispose, avec ce que nous avons développé depuis le début de ce chapitre, des bases nécessaires pour commencer à préciser les stipulations de cette contractualisation pour chacun des deux métiers du private equity. Au préalable, en suivant les recommandations de ben Salah relatives à la réduction des coûts et risques d'agence liés à la séparation entre la gestion et la propriété, nous pouvons adapter pour la Holis Wakala certaines des précautions retenues pour la Holis Moudaraba²⁰⁵⁰. En outre, la liberté du régime de conformité de l'immixtion nous permet d'éviter que la société de gestion soit le décideur ultime dans l'activité M&A de la Holis Wakala. C'est l'hypothèse que nous avons formulée en première partie par l'affirmation que l'éventuel mandat spécial relatif aux filiales, qui serait confié à la société de gestion²⁰⁵¹, ne confère pas nécessairement un pouvoir décisionnel d'aliénation dans les opérations M&A de la Holis Wakala, aussi bien pour les acquisitions que pour les cessions²⁰⁵². Autrement dit, la convention M&A est autonome par rapport à la convention de management. Néanmoins, les relations contractuelles avec la société de gestion sont motivées en partie par l'apport de cette dernière à l'activité M&A de la Holis Wakala, notamment en termes de contact et de négociation avec les cédants, en tant qu'expert

²⁰⁴⁹ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 19, 202, v. 6 ; KHALİL IBN ISHĀK' AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عيش, *op. cit.* (note 1846), p. 7, v. 4.

²⁰⁵⁰ Voir supra § 393 et tout le paragraphe 5.1.1.B.

²⁰⁵¹ Voir prochain §.

²⁰⁵² Voir supra § 173.

de l'activité de l'entreprise acquise. Dans ces conditions, le régime de conformité de Pollicitation forfaitaire serait un bon instrument, bien que toute acquisition de filiale soit soumise à la décision du conseil de surveillance et à la représentation de la Holis par le président dans tout acte avec les cédants²⁰⁵³. On pourrait alors retenir pour chaque cible répondant aux critères du conseil de surveillance, que l'aboutissement des négociations d'acquisitions conduites par la société de gestion lui donne droit à une rémunération forfaitaire fixée dans la convention M&A, ce qui correspond dans ce métier à une convention de *success fee*²⁰⁵⁴. Ultérieurement et dans le cas où les actionnaires de la Holis Wakala décident la liquidation de leur investissement, le régime de la Pollicitation pourrait être stipulé pour cette liquidation, par cession des actions de la Holis ou de la totalité de son actif. Répondant aux critères du conseil de surveillance, une telle liquidation conduite par la société de gestion lui donne droit également à un forfait fixé dans la convention M&A. Toutefois, cette convention M&A ne devrait être ferme entre les parties que pour la première opération d'acquisition. Elle se renouvellera par la suite par tacite reconduction sauf révocation ou renonciation par l'une ou l'autre des parties, ce qui est cohérent avec la parcellisation conforme au régime Wakala par Pollicitation forfaitaire. En réalité, la performance de la société de gestion est utile non seulement pour la réussite de cette première opération M&A mais également pour la suite des relations contractuelles entre la Holis et la société de gestion.

439. Utilité de la convention M&A pour la convention de management. Il est judicieux que la convention M&A soit antérieure de quelques mois à la convention de management qui peut être conclue pendant la dernière phase des négociations de la première acquisition. Ainsi et comme nous l'avons recommandé pour la Holis Moudaraba²⁰⁵⁵, la Holis Wakala aura l'opportunité de tester la société de gestion avant de conclure avec elle la convention de management et, également, avant de décider de l'éventuel renouvellement de la convention M&A. En effet, la coopération du conseil de surveillance et du président de la Holis Wakala avec la société de gestion pendant sa conduite de la première opération M&A est un test significatif pour juger si cette société de gestion convient à la Holis Wakala. La signification de ce test est d'abord au niveau de l'instauration de la confiance entre les parties. Elle est ensuite

²⁰⁵³ Voir supra § 421.

²⁰⁵⁴ Un tel forfait pourrait être de l'ordre de un million d'euros pour un capital de la Holis d'un milliard prévu pour une dizaine d'acquisitions avec un prix unitaire de l'ordre d'une centaine de millions d'euros. Les autres frais de la due diligence, des avocats et, éventuellement, de la banque d'affaires devrait totaliser quatre autres millions d'euros faisant que le total des frais serait de l'ordre de 5% du montant de la transaction, usuel pour cette taille d'opération.

²⁰⁵⁵ Voir supra § 402.

au niveau de la compétence dans la conduite des négociations M&A sans laquelle, il faudrait réserver la conduite des négociations futures à des professionnels d'une banque d'affaires et, par conséquent, restreindre l'éventuel renouvellement de la convention M&A à la Due Diligence technique. La participation de la société de gestion à cette Due Diligence technique, comprenant l'appréciation des KPI's et des investissements du business-plan de valorisation, suppose sa compétence dans le métier de l'activité d'entreprise que la Holis a choisi comme spécialisation. C'est pour cela que l'exécution de cette première convention M&A sera, enfin, un test significatif dans ce domaine crucial du métier, car il serait vain de conclure la convention de management si la société de gestion ne disposait pas de cette compétence dans l'activité d'entreprise commune aux filiales de la Holis. Une compétence dont l'appréciation apparaîtra notamment à travers la discussion du business-plan présenté par la société de gestion avec des experts métiers invités par le conseil de surveillance pour cerner au mieux la valorisation de la cible. Cette appréciation de la compétence opérationnelle transparaîtra également à travers la conduite de la *management presentation* qui est la réunion pendant laquelle l'équipe de gestion de la cible, appelée à rester après l'acquisition, présente sa vision de la situation actuelle et future de leur entreprise. Ainsi, l'exécution de la convention M&A sur la première acquisition servira de test grandeur nature pour le conseil de surveillance pour apprécier la capacité de la société de gestion à exécuter aussi la convention de management, dont l'objet est la gestion intégrée du groupe constitué par la Holis.

440. Objet de la convention de management dans la gestion intégrée de groupe.

Sur la base de la dissociation, de fond et de forme, que nous venons d'opérer pour la contractualisation de la gestion des deux métiers de la Holis, nous avons d'abord traité la convention relative au métier M&A de la Holis dont le début d'exécution a rassuré la Holis pour faire de même pour son second métier relatif au suivi de gestion des filiales. Ceci constitue l'objet de la convention de management dont le régime de conformité, correspondant à ses besoins, doit être déterminé soit d'une façon permanente soit d'une façon évolutive, sans être restreint au régime de la Wakala par Pollicitation, retenue pour le métier M&A. Concernant l'objet et comme nous l'avons rappelé en introduction de ce chapitre²⁰⁵⁶, on peut considérer d'autres hypothèses que celle prise en première partie relative à un mandat spécial donnant tout pouvoir à la société de gestion pour exercer les droits d'actionnaires de la Holis dans ses filiales. Un tel objet de la convention de management donnerait à la société de gestion la totalité du pouvoir dans les filiales en désignant leurs organes collégiaux de gestion et leurs mandataires

²⁰⁵⁶ Voir supra § 421.

sociaux assurant leurs représentations, que ce soit avec un pouvoir exécutif de gestion ou sans un tel pouvoir qui serait alors accaparé par la société de gestion elle-même. Face à cette hypothèse caractérisée par le pouvoir le plus large, on peut considérer une hypothèse minimaliste dans laquelle la société de gestion exerce son rôle opérationnel sur les filiales seulement à partir de sa fonction au niveau de la société mère Holis. Dans une telle hypothèse, la société de gestion exerce un rôle hiérarchique sur toutes les décisions opérationnelles des filiales qui dépassent la compétence de leurs mandataires sociaux sans relever de la compétence de leurs organes collégiaux contrôlés par les membres du conseil de surveillance de la Holis. Ainsi, le rôle de la société de gestion au sein de la Holis s'exerce sur le plan opérationnel de la même façon que le rôle du président de la Holis s'exerce sur le plan fonctionnel dans le domaine des décisions de contrôle financiers et juridiques dépassant la compétence des mandataires sociaux des filiales. À notre avis, le plus sécurisant pour la Holis serait de commencer sa relation contractuelle avec la société de gestion par une convention de management ayant cet objet minimaliste qui correspond à un objet d'un Louage général de services et non pas à une obligation de résultat de Pollicitation, dont l'inconvénient supplémentaire est l'option légale de renonciation. Puis, en fonction de la confiance et de la performance, l'objet de la convention de management peut évoluer vers un objet plus large jusqu'à atteindre celui de notre hypothèse faite en première partie qui ne peut s'envisager que dans un régime d'associé-gérant comme nous le préciserons²⁰⁵⁷. Évidemment à chacun des stades de cet objet évolutif de la convention de management correspond un régime de conformité approprié qui conditionne le mode de rémunération de la société de gestion.

441. Régimes d'une rémunération fixe de la convention de management. En contrepartie de la prestation correspondante à l'objet minimaliste, la rémunération ne peut être variable, ni en fonction du bénéfice ni en fonction du chiffre d'affaires, et ce, conformément au régime malikite du Louage. Elle doit être fixée soit par unité de temps soit par unité de vente en volume, selon la mesure d'usage comme le comptage ou le poids. Cette dernière approche volumétrique est cohérente avec la parcellisation, aussi bien de la tâche que de la rémunération correspondante, qui caractérise le régime conforme du Louage que nous retenons, comme celui de certaines Pollicitations globales, non retenues ici²⁰⁵⁸. La rémunération par unité de temps, est comme le salaire, due pour chaque période fixée contractuellement comme le mois ou le trimestre. Alternativement et sans cumul possible avec ce mode temporel, la rémunération peut

²⁰⁵⁷ Voir supra § 406, 428, 437, 440 et 443.

²⁰⁵⁸ Voir le § précédent.

être fixée par unité de volume vendue mais ceci suppose la fixation de la règle du prix de vente en toute conformité avec la règle malikite que nous avons expliquée²⁰⁵⁹. Compte tenu que la société de gestion, au titre de son mandat général, maîtrise les facteurs de prix de revient, il serait concevable que la vente par catégorie de produits soit conditionnée par une marge minimale ; de même, comme elle maîtrise les délais de paiement, ceux-ci peuvent être plafonnés selon l'usage. Enfin, comme elle est le plus à même à apprécier la qualité du crédit des clients, l'assiette de rémunération pourrait être le volume vendu par catégorie, qui satisfait aux conditions de marge et de délais de paiement, dont le produit est encaissé. D'une façon comparable aux paramètres de calcul de bonus, en fonction des indicateurs de performance *KPI's*, cette rémunération unitaire volumétrique peut être ventilée par niveau de marge et de délai de paiement, en accordant une meilleure rémunération pour les meilleures marges et les plus courts délais. Il va de soi que dans ce genre de rémunération, les coûts des stocks dormants sont inclus dans le prix de revient des produits vendus de leurs catégories, exactement comme le serait le rebus de production. Comme ces coûts de stocks dormants comprennent, en plus de leurs décotes à leurs valeurs marchandes, leurs coûts de stockage, la société de gestion a donc intérêt à les liquider au plus vite. De même, ce prix de revient doit comprendre la répartition du loyer économique des équipements utilisés sur le volume produit. Ce loyer est différent de la notion comptable d'amortissement, il s'approche plus du loyer de marché dans un business model nouveau. Dépassant le cadre des industries de haute technologie et de l'aéronautique, ce model s'étend à tous les fournitures d'équipements « *as a service* » en substituant l'investissement ponctuel des clients par un service loué assurant un cash-flow récurrent, et non pas « par à-coups ». La logique économique de ce loyer est la même que celle utilisée par la société de gestion pour justifier les budgets d'investissements dans le business-plan d'acquisition, puis, pour justifier ultérieurement l'engagement de la version actualisée de ce budget. Par l'inclusion de ce loyer des équipements qui, compte tenu de leur valeur vétusté-déduite, est plus élevé pour les équipement neufs, la société de gestion est incitée, par son système de rémunération, à ne pas anticiper les investissements inutiles. Par la même logique, elle est également incitée à faire remplacer les équipements trop usés, ayant une productivité médiocre, ou inadaptés à la production de la qualité demandée par les clients. Pour résumer, un tel système de rémunération est bâti sur une instruction conforme de la Holis mandante pour la société de gestion mandataire exigeant le respect d'un niveau de prix de vente tenant compte du prix de revient sous le contrôle du mandataire, qui n'exclut donc que les frais fixes

²⁰⁵⁹ Voir supra § 435.

fonctionnelles de contrôle financiers et juridiques. La conformité étant acquise pour cette stipulation de rémunération fixe, il faudra la revalider en droit étatique compte tenu de l'importance de ce sujet, même si le caractère libéral du droit applicable à cette contractualisation offre une grande liberté dans ce domaine.

442. Respect de l'ordre public étatique par la rémunération fixe conforme. Pour le droit anglais, qui serait applicable par l'arbitrage entre les parties en l'absence d'une clause retenant les règles malikites²⁰⁶⁰, le contrat est valide même avec une « *consideration* » dérisoire, ce qui n'est pas le cas de ce régime malikite de rémunération que nous avons conçu. Ce droit favorisera toujours la sécurité juridique en refusant de remettre en cause le contrat tant que ladite « *consideration* » est bien précisée dans le contrat. C'est seulement en cas d'abus de faiblesse ou de violence économique, où la volonté de la victime est soit contrôlée soit menacée par l'autre contractant, que le droit anglais reconnaît la nullité du contrat²⁰⁶¹, exactement comme l'aurait fait le droit franco-luxembourgeois sur le terrain des vices de consentement. Cette situation fâcheuse ne correspond évidemment pas à notre situation car les relations entre les parties, la Holis et la société de gestion, ne comportent manifestement aucune contrainte. En outre et même si dans ce domaine de l'équivalence contractuelle, le droit anglais apparaît comme plus respectueux de la volonté des parties, à regarder de près, les cas de lésion ou de clauses non écrites prévues par le droit franco-luxembourgeois²⁰⁶² ne pourront pas correspondre à notre situation. Ainsi, en cas de demande d'exequatur d'une sentence arbitrale anglaise relative à ce sujet, il n'y aurait aucun risque à ce que le juge du for retienne, pour notre situation, les dispositions du Code de la consommation ou l'article L 442-6, I, 2° du Code de commerce. Ce dernier autorise, sur la base de la responsabilité délictuelle, une action devant les juridictions spécialisées au cas où un commerçant tenterait de soumettre son partenaire à des obligations créant un déséquilibre significatif entre leurs obligations respectives, ce qui ne correspond aucunement à l'équilibre de la négociation entre la Holis et la société de gestion. Ainsi cette

²⁰⁶⁰ Voir supra § 419.

²⁰⁶¹ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 90-93.

²⁰⁶² Dans ce droit et bien que le défaut d'équivalence, ou lésion, ne soit pas une cause de nullité, dite rescision, les articles 1168-1169 du Code civil imposent quand même certaines limites lorsque la gratuité ou l'aléa ne sont pas voulus par les parties. Parmi ces limites figurent la lésion de plus de 7/12 de la valeur d'un immeuble vendu et, d'une façon générale, les contrats dont l'une des parties reçoit, en contrepartie de sa propre prestation, une prestation inexistante, dérisoire ou illusoire. Cette qualification a été retenue par la jurisprudence dans les cas de la clientèle inexistante dans un contrat de présentation, du savoir-faire quasi-inexistant en substance et en originalité d'un franchiseur ou, encore, des services déjà dus par un dirigeant dans le cadre de son mandat qui sont facturés à nouveau au titre d'un contrat de prestation. En outre, une contrepartie illusoire rend possible l'action en annulation d'un contrat de vente, cette action distincte de l'action en rescision pour lésion étant fondée sur le droit du contrat spécial. Dans le même ordre d'idées, l'article 1170 du Code civil dispose que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite » : voir FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 165-167, § 180-182.

conformité malikite avec ces deux systèmes de rémunération temporel ou, mieux encore, volumétrique par parcellisation (la condition du prix de vente lié à son prix de revient n'étant pas potestative car ce dernier est sous le contrôle de la société de gestion) ne doit pas poser de problèmes en droit étatique. Cette méthode de rémunération conforme au malikisme se retrouve également en soft law²⁰⁶³, notamment dans le cas du recouvrement des créances des clients²⁰⁶⁴ utile aux banques islamiques, un cas également décrit avec précision en jurisprudence malikite. Par ailleurs, cette soft law adresse dans une autre Fatwa la rémunération de l'associé-gérant²⁰⁶⁵ dont nous abordons maintenant le régime malikite.

443. Régimes d'une rémunération variable de la convention de management.

Après sa traduction, éventuellement partielle, dans les clauses statutaires et dans les stipulations de la convention de management, le régime de Louage à rémunération fixe peut, par la pratique pendant un certain temps, mettre la Holis en confiance. Cette dernière se manifesterait alors aussi bien par la loyauté de la société de gestion pour respecter les règles de conformité que par sa capacité à gérer efficacement le groupe de filiales de la Holis. Ce qui favoriserait l'ouverture d'un nouvel horizon à la relation contractuelle entre les parties en faisant évoluer la rémunération du régime de Louage vers celle du régime de l'associé-gérant. Pour ce dernier régime, l'analyse des règles malikites²⁰⁶⁶ confirme en effet notre hypothèse de la conformité du mandat de gestion rémunéré entre actionnaires²⁰⁶⁷ avec une rémunération en pourcentage du bénéfice. La mise en œuvre d'un tel régime exige cependant que la société de gestion devient actionnaire de la Holis Wakala non pas symboliquement, ce qui lui donnerait une qualité d'actionnaire purement formelle incompatible avec l'approche malikite de la Charia, mais substantiellement soit par le montant soit par le pourcentage de sa participation au capital. L'usage étant important dans le malikisme, le niveau de cette participation substantielle pourrait suivre les indications des règles du Luxembourg qui est le lieu de domiciliation de la Holis. Ces règles accordent le statut de participation substantielle dans le régime fiscal mère-fille pour un montant entre 1,2 et 6 millions d'euros ou un pourcentage de 10 % du capital²⁰⁶⁸, c'est donc ce niveau de participation que devrait avoir la société de gestion pour prétendre au régime d'associé-gérant. Ce régime lui ouvre la voie à une rémunération en pourcentage du bénéfice,

²⁰⁶³ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 229 de la Maison de financement du Koweït.

²⁰⁶⁴ La question et réponse de la Fatwa en arabe est : "هل يجوز شرعا أن يقوم بيت التمويل بصفته وكيلاً لإحدى الشركات بأخذ : نسبة 3 % مثلا نظير تحصيله لمبالغ مالية لصالح هذه الشركة؟ إن هذا العمل جائز شرعا لأن بيت التمويل يعتبر وكيلاً في هذه الحالة فيجوز له أن يأخذ أجرا نظير وكالته"

²⁰⁶⁵ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 33 de la Maison de financement du Koweït.

²⁰⁶⁶ Voir supra § 406, 428, 437, 440 et 443.

²⁰⁶⁷ Voir supra § 73.

²⁰⁶⁸ Voir supra § 85-86.

en plus de celle proportionnelle au capital sur la base de sa participation, qui pourrait être de 25% en dépassant la fourchette de 10 à 20% de rémunération pour la gestion des fonds islamiques de private equity²⁰⁶⁹. Un tel niveau de rémunération correspondrait aux responsabilités de la société de gestion dans une holding de contrôle, comme la Holis, qui sont nettement plus étendues que les responsabilités dans un fonds islamique de private equity minoritaire. Bien évidemment, ce régime d'associé-gérant doit faire l'objet d'une modification des statuts en prenant garde à ne pas modifier le contrôle des actionnaires d'origine ni au niveau des décisions qualifiées de l'assemblée relative à la gestion de la Holis ni dans la composition du conseil de surveillance qui contrôle la société de gestion. Ce régime doit également faire l'objet d'une modification de la convention de management uniquement au niveau de la rémunération et aucunement au niveau des obligations et des sanctions. En plus de ces stipulations, étudiées dans cette sous-section, relatives aux obligations de la contractualisation entre la Holis et la société de gestion, nous devons analyser les mesures protégeant ces deux parties qui doivent également figurer dans cette contractualisation, beaucoup plus au niveau de la convention de management qu'au niveau de la convention M&A.

Section 2. Protection des parties

444. Thèmes de protection. Nos hypothèses au sujet de la protection de parties, rappelées en introduction de ce chapitre, peuvent relever des mesures réciproques relatives à un équilibre de droits entre ces parties comme dans les cas de révocation ou de dénonciation (sous-section 1). Elles peuvent également relever des moyens dissuasifs, comme la responsabilité, qui protègent la Holis en tant que partie dont le patrimoine est le plus exposé (sous-section 2). La densité de ce sujet a rendu difficile la comparaison systématique à la soft law des règles malikites de conformité bien que les travaux de l'AAOIFI soient assez complets, notamment dans le domaine du Louage de services²⁰⁷⁰.

Sous-section 1. Équilibre des mesures

445. Impact des mesures réciproques de protection sur la contractualisation. Comme nous l'avons fait depuis le début de ce chapitre, les mesures réciproques de protection, concernant principalement la durée des liens contractuels entre la Holis et la société de gestion, sont révélées par l'identification des règles de conformité (A). Ces règles ont souvent une

²⁰⁶⁹ Voir supra § 406.

²⁰⁷⁰ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, op. cit. (note 1597), p. 2287-2366.

application immédiate pour la convention M&A. En revanche, leur application à la convention de management est plus élaborée (B).

A. Contenu des règles de conformité

446. **Règles de protection de la convention M&A.** Dans la section précédente, nous avons recommandé la dissociation des régimes de gestion entre les métiers du private equity. Sur cette base, nous avons adopté deux régimes de conformité différents pour la contractualisation du métier M&A, d'une part, et du métier de gestion opérationnelle des filiales, d'autre part. C'est ainsi que nous avons adopté le régime de la Pollicitation forfaitaire dans le premier métier ; un régime dont la contractualisation a été accommodée dans la convention M&A, que nous avons précisée au niveau des contreparties relatives à l'objet et à la rémunération. Cette dernière peut également être examinée sous l'angle de la protection des parties, que nous abordons maintenant. Notons d'abord que la rémunération fixe, appelée *retainer* dans le langage des banques d'affaires, qui dans l'usage européen est due en l'absence de succès de l'opération²⁰⁷¹ est illicite dans la Pollicitation malikite qui ne retient que le success-fee payable uniquement à la réalisation de l'obligation de résultat. En outre et comme nous l'avons expliqué, cette rémunération de réussite ne peut être qu'un montant connu, elle ne peut donc être variable en fonction du prix de la cible par exemple. Ce qui constitue, d'ailleurs, un conflit d'intérêt dans l'acquisition de la cible car la société de gestion aura intérêt à augmenter le prix de la cible contrairement à l'intérêt de la Holis. En termes de durée, notons d'abord que si le prestataire ne commence pas sa prestation dans le délai d'acceptation d'usage, son comportement sera considéré comme un refus et l'offre de mandat devient caduque. Cette règle est également applicable à tout type de mandat, rémunéré ou gratuit, bien qu'elle soit pertinente surtout pour la Pollicitation forfaitaire applicable à notre convention M&A dont l'acte ne devient engageant que par le début d'exécution. En outre, le droit commun de conformité du mandat gratuit autorisant la révocation et la renonciation ad nutum, avec ses exceptions pour respecter le droit des tiers, n'est pas applicable au régime du mandat de la convention M&A ayant la forme de la Pollicitation. En réalité, la jurisprudence hésite déjà dans l'application de cette règle de droit commun dans le cas du mandat spécial gratuit qui ne demande pas la consultation préalable du mandant, en donnant au mandataire tout pouvoir pour réaliser au mieux l'objet Désigné de son mandat. Elich précise que le mandat spécial rémunéré à durée

²⁰⁷¹ En revanche, en cas de succès, le *retainer* est en général considéré comme une avance sur le success-fee qui constituera alors l'enveloppe globale de la rémunération.

indéterminée, non permanent, est quand même soumis à la règle de droit commun en prenant fin quand son objet Désigné est réalisé ou à l'issue d'un délai de six mois. En revanche, en présence d'une mention expresse de permanence, le mandat prend fin à la réalisation de son objet. Quant au mandat à durée déterminée, il prend fin à son terme, sans avoir besoin de l'accord des tiers dont les intérêts seraient en jeu ; ceci sera le cas notamment pour le mandat rémunéré prenant la forme de Louage de services à durée déterminée. Pour notre convention M&A, il est exclu d'avoir une mention expresse de permanence conformément à notre recommandation qui limite son objet ferme à l'acquisition de la première cible de la Holis. Cela dit et comme nous le verrons, il est possible que cette convention soit conclue à durée indéterminée ou déterminée. Dans le premier cas et sur la base des règles de conformité précédentes, la convention prend fin au bout de six mois faute d'avoir réalisé son objet. En revanche, dans le second cas, la convention M&A prend fin à son terme contractuel mais l'exemple d'illustration du Louage choisi par Elich, nous incite à nous interroger sur la possibilité de la durée déterminée dans le régime de la Pollicitation que nous avons choisi pour notre convention M&A. Comme nous l'avons rappelé²⁰⁷², le principe est que la Pollicitation est à durée indéterminée²⁰⁷³ ; toutefois nous avons annoncé²⁰⁷⁴ que la limitation de la durée serait possible moyennant le respect de la condition relative à la mention expresse dans le mandat donnant l'option de renonciation au prestataire. Dans ce cas, si l'objet de la Pollicitation est réalisé par un second prestataire, l'éventuel contribution du premier sera appréciée pour recevoir une part de la rémunération assise sur le montant de la rémunération de ce second prestataire²⁰⁷⁵. Cette règle est cohérente avec la clause dite de « droit de suite » dans les contrats de *success fee* des banques d'affaires qui leur permet de récupérer des honoraires en cas de réalisation, après la fin de leur mandat, de l'obligation de résultat par un autre prestataire. Sauf pour le mandat de justice²⁰⁷⁶ et sans que ce soit une jurisprudence unanime, la révocation est

²⁰⁷² Voir supra 447.

²⁰⁷³ Car la détermination de la durée de la Pollicitation augmente son aléa associé à l'obligation de résultat dont l'exemple typique est le recouvrement d'une créance dont on ne connaît pas le montant auprès d'un débiteur tiers : voir KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 392, v. 3 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 266, v. 6.

²⁰⁷⁴ Voir supra § 436.

²⁰⁷⁵ La rémunération effective ou estimée dans le cas où le Pollicitant termine lui-même le travail : voir KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 5, v. 4.

²⁰⁷⁶ Dans tous les cas et par dérogation, le mandat de justice (rémunéré ou gratuit) dont la procédure est avancée, ne pourra être ni révoquée ni renoncée pendant six mois si le mandat n'est pas permanent et jusqu'à l'épuisement de la procédure si le mandat est permanent ; sauf pour motif légitime (comme la connivence avec l'adversaire) même si le mandat est rémunéré : voir *Ibid.*, p. 354, 355, 392, v. 3.

impossible contrairement à la renonciation pendant ce délai de la Pollicitation²⁰⁷⁷. Dans ces conditions, il serait bon de prévoir dans notre convention M&A un délai de six mois pour la première opération, mais uniquement de trois mois pour son éventuel renouvellement car la première opération comprend, en plus de la transaction, l'étude de marché et l'identification des cibles.

447. Durée de droit commun de la convention de Mangement. Les règles de droit commun du mandat gratuit à considérer, pour notre convention de management, sont les mêmes que celles que nous venons de mentionner pour la convention M&A. Toutefois, leur éventuelle application est différente car elle dépend de l'objet de la convention de management et de son régime spécial de conformité, correspondant au Louage, qui sont différents de ceux de la convention M&A, ayant un autre objet et un autre régime correspondant à la Pollicitation. Ainsi, la règle de la révocation et de la renonciation ad nutum, avec ses exceptions pour respecter le droit des tiers, n'est pas applicable à la convention de management. Dans le même ordre d'idées, on peut s'interroger sur l'applicabilité de la règle du mandat spécial rémunéré à durée indéterminée, non permanent, qui doit prendre fin soit par la réalisation de son objet Désigné, soit par l'écoulement d'un délai de six mois. On peut également s'interroger sur la pertinence pour la convention de management de la règle du mandat à durée déterminée, même rémunéré en prenant la forme d'un Louage de services, qui exige qu'un tel mandat prenne fin à son terme, sans besoin de l'accord des tiers dont les intérêts seraient en jeu²⁰⁷⁸. La réponse à ces interrogations, relatives à l'application du droit commun malikite, dépend des contreparties de la convention de Management selon que sa rémunération soit liée à une prestation par période ou à une prestation par tâche.

448. Durée de la convention de Mangement à rémunération temporelle. En première partie, nous avons formulé l'hypothèse de conformité autorisant le mandat de la société de gestion à avoir une durée indéterminée ou une longue durée, comme nous l'avons rappelé en introduction de ce chapitre²⁰⁷⁹. Or, nous venons de déterminer le mode de rémunération conforme de la convention de management qui est soit temporel soit volumétrique

²⁰⁷⁷ *Ibid.*, p. 354-355, 359, 392, v. 3; 5, 4 ; DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2574, 2918-2920, v. 6 ; KHALĪL IBN ISHĀK et AL-HATTAB محمد أبو عبدالله بن محمد الخطاب *op. cit.* (note 1857), p. 575-577, 609, v. 5 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 62-63, v. 4 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر *op. cit.* (note 1424), p. 266, v. 6.

²⁰⁷⁸ KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش *op. cit.* (note 1846), p. 354-355, 392, v. 3 ; KHALĪL IBN ISHĀK et AL-HATTAB محمد أبو عبدالله بن محمد الخطاب *op. cit.* (note 1857), p. 575-577, 581, 609, v. 5.

²⁰⁷⁹ Voir supra § 422.

par parcellisation, ce dernier mode ayant notre préférence. Pour la convention à rémunération temporelle, la validité malikite du contrat exige la détermination de la durée afin d'éviter l'aléa de l'ignorance de l'objet. Contrairement à notre hypothèse, la conformité de la durée indéterminée semble exclue ; en revanche, la longue durée dans le Louage est admise²⁰⁸⁰ et peut être ferme et engageante avec, toutefois, une limite en fonction de l'objet. Elich précise que cette limite ne dépend que de l'espérance de vie de la personne du prestataire s'il s'agit d'un Louage intuitu-personae. De plus, si la durée contractuelle se rapproche de cette espérance de vie au point que la matérialité caractérise le risque que la vie effective du prestataire soit plus courte que la période contractuelle, le paiement d'avance deviendra Interdit. À notre avis, cette limitation ne s'applique pas à la convention de management car, bien que les prestataires affectés par la société de gestion à la Holis soient nommés dans cette convention, il est prévu leur remplacement par d'autres personnes répondant aux critères contractuels. Il est donc possible de fixer une durée aussi courte qu'un mois avec tacite reconduction, ce qui serait en pratique équivalent à une révocation ou une renonciation ad nutum par refus de renouvellement. Comme il est possible d'adopter une durée ferme aussi longue que dix ans, ce qui pourra correspondre à la durée de la Moucharaka Holis si tel est le souhait de ses fondateurs. En outre et comme l'indique ibn-Tahir, un Louage avec cette durée ferme, engageante pour les deux parties jusqu'à l'échéance, peut avoir une option de sortie que le Loueur exercera s'il n'a plus besoin du service en payant une rémunération proportionnelle à la durée utilisée. Toutefois, la validité d'une telle option est conditionnée par le non-paiement de la rémunération en avance. Cette option, convenue librement entre les parties, devient de droit quand la qualité de la prestation ne répond pas aux spécifications contractuelles ce qui donne au Loueur le choix entre la continuation ou la résolution du contrat. Une telle option, pour défaut de conformité à l'objet du contrat, s'applique dans le cas où le moyen de prestation est Désigné ; autrement et dans le cas où le Louage est conditionné par une certaine performance, par unité de temps par exemple, il est possible au Loueur de demander le changement du moyen de la prestation si la performance promise n'est pas délivrée²⁰⁸¹.

449. Durée de la convention de Management à rémunération volumétrique.

D'une façon générale, le régime de la durée du Louage par unité de temps que nous venons de

²⁰⁸⁰ Par exemple, une durée de huit années est possible : voir QURTUBÎ محمد بن أحمد القرطبي, *op. cit.* (note 1112), p. 248, v. 13.

²⁰⁸¹ D2848 ; 2902, D891 DARDÎR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2848, 2891, 2902, v. 6 ; KHALÎL IBN ISHÂK AL-JUNDÎ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 757-758, v. 3 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 282, 286-287, v. 6.

voir n'est pas applicable au Louage par tâche. Dans ce dernier cas de Louage, l'objet de la convention de management est une obligation de résultat qui correspond aux choses à vendre dont le périmètre peut être aussi petit que les produits en stocks²⁰⁸², ou aussi grand que la production d'une année, voire de plusieurs années. Or, la conformité exige qu'un objet de Louage de services défini par une tâche ne peut être délimité par le temps que si l'usage considère un tel délai comme largement suffisant pour accomplir la tâche. Ce qui correspond à notre cas, car la société de gestion fixe elle-même les plannings de production et donc de la marchandise à vendre. Selon la définition de la quantité à vendre, il devient donc possible d'avoir une convention de management d'une durée courte dont le non renouvellement, correspondant en pratique à une révocation ou une renonciation ad nutum. De même, il devient possible d'avoir une durée ferme se comptant en années, qui engagent les parties jusqu'à l'échéance, avec éventuellement une option de sortie en payant la rémunération due pour le volume vendu. En outre, ce Louage à la tâche peut être conditionné par une certaine performance par unité de temps, ce qui autorise le changement du moyen de la prestation si la performance promise n'est pas délivrée²⁰⁸³. Ces règles façonnent bien évidemment les stipulations de la convention de management, notamment celles relatives à la durée.

B. Effets sur la convention de management

450. Conformité des hypothèses de résolution de la convention de management.

Nous avons indiqué en première partie²⁰⁸⁴ que l'objectif de cette convention est l'instauration d'une relation de confiance à long terme entre la Holis et la société de gestion. Nous avons alors formulé l'hypothèse que cet objectif serait vrai sur le plan de la conformité pour la Holis Moudaraba, ce dont nous avons démontré la justesse dans le chapitre précédent, mais ne serait pas forcément vrai pour la Holis Wakala. C'est à cette dernière hypothèse que nous devons répondre maintenant surtout que nous avons caractérisé la Wakala par la révocation ad nutum, comme rappelé en introduction de ce chapitre²⁰⁸⁵. En réalité, cette révocation ad nutum au sens strict n'existe en jurisprudence malikite que pour le mandat Wakala gratuit ce qui ne peut être notre cas²⁰⁸⁶. C'est donc dans un sens large que la règle de conformité de l'ad nutum doit être comprise pour notre cas de Wakala rémunérée de la convention de management. Ce sens large

²⁰⁸² Ces derniers étant soumis à la règle précitée qui considère que les stocks dormants ne font pas partie de cette tâche de vente mais ils deviennent des charges des stocks vendables.

²⁰⁸³ KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 758, v. 3.

²⁰⁸⁴ Voir supra § 185.

²⁰⁸⁵ Voir supra § 422.

²⁰⁸⁶ Voir supra § 446-447.

est celui où l'une ou l'autre des parties refuse de renouveler cette convention de management ; ce qui, compte tenu de la flexibilité pour adopter un objet limité correspondant à une durée très courte, revient à une résolution ad nutum. Ce raisonnement est donc valable pour la révocation comme pour la renonciation mais, dans ce dernier cas, les intérêts en jeu font que cette renonciation théorique sera rarement considérée par la société de gestion. En pratique, les intérêts des parties convergeront probablement vers une durée de l'ordre de trois ans ; ce qui évidemment n'exclut pas la violation de cette durée par révocation ou renonciation. Se pose alors la question de l'indemnisation de rupture pour laquelle, nous avons également formulé certaines hypothèses de conformité, rappelées en introduction de ce chapitre²⁰⁸⁷. En effet, nous avons supposé que la jurisprudence malikite serait compatible avec une sanction de la société de gestion en cas de renonciation à sa convention de management encore valide ; cette sanction étant conditionnée par l'absence d'impossibilité matérielle pour la société de gestion et la présence d'un préjudice pour la Holis. La deuxième condition, relative à l'existence d'un préjudice, rentre tout-à-fait dans le principe malikite général découlant de la Sunna disant « ne causez pas de préjudice et ne subissez pas de préjudice²⁰⁸⁸ ». Quant à la première, elle est trop large pour la règle malikite considérant que sauf s'il s'agit d'une force majeure, comme un phénomène naturel, rendant l'exécution impossible, la renonciation entraînera la réparation du préjudice pour la Holis. C'est pour obtenir cette sécurité élevée que nous avons préconisé une déclaration de la société de gestion, lors de la conclusion de la convention de management, affirmant « qu'aucun préjudice matériel pour lui n'existe ou n'est prévisible comme conséquence de l'exécution de son mandat²⁰⁸⁹ ». Avec une telle déclaration, que nous avons déjà adoptée pour la convention de management de la Holis Moudaraba²⁰⁹⁰, la convergence entre la disposition étatique et la conformité malikite sera parfaite. Inversement, nous avons également supposé que la conformité malikite serait compatible avec les dispositions du droit étatique prévoyant une indemnisation pour la révocation ad nutum sans juste motif si elle était abusive, notamment en termes de brutalité. Ces dispositions ont encore plus de raison pour s'appliquer à notre convention de management, qualifié de mandat à durée déterminée, en cas de révocation avant son terme sans juste motif. Or, dans une telle situation, la convention de management conforme à une Wakala par Louage sera engageante pendant toute sa période de

²⁰⁸⁷ Voir supra § 422.

²⁰⁸⁸ Voir supra § 433.

²⁰⁸⁹ Voir supra § 186.

²⁰⁹⁰ Voir supra § 410.

validité²⁰⁹¹, ce qui entraînera une sanction pour sa révocation sans juste motif. Cette sanction dépend de la définition de l'objet d'un tel Louage en fonction d'une période ou d'une tâche. Si l'objet est en fonction du temps, ce qui suppose une rémunération temporelle, la révocation avant terme de la convention de management sans juste motif donne droit au prestataire à la réception de la rémunération complète pour toute la période à moins que la Holis ne dispose d'une option contractuelle de révocation en payant une rémunération proportionnelle à la durée utilisée²⁰⁹². Afin de valider la conformité de l'hypothèse que nous avons annoncée en première partie, la solution passe donc par les conditions contractuelles de la révocation. Cette solution consiste à stipuler dans la convention de management un préavis, de révocation sans motif, dont la violation est sanctionnée par une indemnité correspondant au paiement de la période de préavis. La validité d'une telle indemnisation contractuelle en cas de révocation d'une convention de management d'une SAS, ce qui est le cas de la Holis, a été confirmée par la jurisprudence française dans l'arrêt de 2015 précité²⁰⁹³. Tout ceci pour le cas où l'objet de notre convention de management est défini en fonction du temps ; en revanche, s'il est défini en fonction d'une tâche dont la parcellisation est impossible, la révocation n'entraîne une rémunération du prestataire, en jurisprudence malikite, que si le résultat est atteint par un deuxième prestataire. Cette rémunération de rupture est alors appréciée en proportion de la rémunération prévue dans le contrat de ce premier prestataire défaillant²⁰⁹⁴. En revanche, quand la parcellisation de la tâche est possible, ce qui suppose que la réalisation partielle procure un avantage pour le mandant, la révocation entraîne la rémunération partielle correspondant à la réalisation partielle²⁰⁹⁵. Cependant, nous avons quand même prévu²⁰⁹⁶, pour la Wakala par Louage à la tâche que nous avons recommandée pour la convention de management, une durée ferme se comptant en années qui engage les parties jusqu'à son échéance, avec éventuellement une option de sortie en payant la rémunération due pour le volume vendu. La solution contractuelle des conditions de révocations avec un délai de préavis s'appliquera alors dans ce cas comme dans le précédent. Finalement, malgré la différence de régime, entre le Louage

²⁰⁹¹ Une validité qui exige notamment lors de la conclusion de la convention que les parties soient majeures non-protégées et non-soumises à la contrainte, comme pour la vente : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2817-2818, v. 6.

²⁰⁹² Voir supra § 448-449.

²⁰⁹³ Voir supra § 184.

²⁰⁹⁴ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2918-2920, v. 6 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 62, v. 4.

²⁰⁹⁵ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1122, § 206.

²⁰⁹⁶ Voir supra § 448-450.

temporel et le Louage volumétrique, nous aboutissons pour la résolution unilatérale de la convention de management à la même solution qui consiste à prévoir un préavis contractuel.

451. Stipulations de la convention de management relatives au préavis. Pour la rupture unilatérale sans juste motif, ce qui précède montre que la façon avec laquelle nous avons conçu la convention de management entrainera la conformité de la solution d'indemnisation contractuelle, admise en droit étatique, qui est limitée à la violation du préavis. Pratiquement et pour une durée de cette convention de trois ans, il serait raisonnable de prévoir un délai de préavis de six mois pour toute rupture sans juste motif relevant de la révocation, la renonciation ou le non renouvellement. La violation de ce délai de préavis par la Holis entrainera une indemnisation de la société de gestion limitée à l'équivalent de sa rémunération de la période non respectée du préavis sur la base de la rémunération des réalisations du dernier semestre, due au titre de la convention de Management. Cette indemnisation ne peut donc tenir compte d'un éventuel bonus accordé par la Holis par acte unilatéral. Quant à la violation du préavis par la société de gestion, elle entrainera une indemnisation de la Holis limitée à l'équivalent de l'écart du chiffre d'affaires de la période non respectée du préavis sur la base des réalisations du dernier semestre. Cependant et comme indiqué précédemment²⁰⁹⁷, la rémunération partielle pour la réalisation partielle par la société de gestion sera due et la convention de management ne se prévaudra pas de l'article 1342-4 al. 2 du Code civil donnant au créancier le droit de refuser un paiement partiel en contrepartie d'une exécution partielle même si la prestation est divisible²⁰⁹⁸. Elle ne se prévaudra pas non plus des dispositions supplétives équivalentes du droit luxembourgeois²⁰⁹⁹ ou du droit anglais qui prévoit, quand même, un paiement partiel obligatoire quand la prestation non réalisée est minimale²¹⁰⁰. Pendant la période du préavis, les représentants de la société de gestion affectés à la direction opérationnelle de la Holis travaillent en binôme avec leurs remplaçants nommés par la Holis. Par conséquent, toute décision de gestion unilatérale de ces représentants entrainera l'annulation des pouvoirs de la société de gestion dans la direction de la Holis et sera qualifiée de violation du préavis pour la période postérieure à cette décision unilatérale.

452. Conformité du moment de paiement de la société de gestion. Enfin et toujours dans ce domaine des stipulations soumises à l'influence du temps, il est important d'explorer les mesures permettant d'éviter aussi bien le paiement en avance d'une somme due

²⁰⁹⁷ Voir supra § 437, 450.

²⁰⁹⁸ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 133-134.

²⁰⁹⁹ *Ibid.*, p. 115-116.

²¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 133-134.

que le paiement indu pour une obligation devenue caduque. Ces paiements peuvent être relatifs à la convention M&A, ayant le régime de conformité de la Pollicitation, à la convention de management, suivant le régime du Louage, ou à l'éventuel bonus relevant du régime de la libéralité unilatérale engageante chez les malikites, contrairement aux autres rites²¹⁰¹. Pour le régime de la Pollicitation et comme nous l'avons indiqué, la rémunération n'est due qu'à la réalisation de son objet correspondant à une obligation de résultat. Quant à l'échéance de la rémunération du Louage, le principe est à la fin de la réalisation de l'objet mais ceci comporte quatre exceptions nécessitant la rémunération d'avance dont les plus importantes sont la présence d'une condition contractuelle ou, en son absence, un usage exigeant le paiement d'avance de la rémunération monétaire. La rémunération d'avance est également exigée quand la réalisation de l'objet, dont le moyen de réalisation n'est pas Désigné, ne commence pas dans les trois jours suivant la conclusion de l'acte, comme nous le verrons dans le régime de la vente des dettes. Ce paiement d'avance en totalité est cependant écarté par un paiement d'une avance partielle en cas de risque réel sur la non réalisation de l'objet dont le commencement immédiat est impossible. De même, ce paiement d'avance de la totalité n'est pas exigé quand le moyen de réalisation de l'objet est Désigné, ce qui rend le contrat caduc en cas d'impossibilité d'utilisation de ce moyen Désigné, car le régime de la Vente à terme Salam ne s'applique plus faute d'une garantie du prestataire de réaliser l'objet dans tous les cas, y compris par substitution de moyens²¹⁰². C'est pour cela que Malik a estimé que le Louage du service d'un couturier, qui réalise usuellement lui-même l'objet du Louage dans un délai d'un mois, ne doit pas bénéficier d'une rémunération avant qu'il ne commence la réalisation et quand celle-ci commence, le paiement d'avance est optionnel. L'argument utilisé par Malik dans cette jurisprudence est clairement la Désignation du moyen, en l'occurrence le couturier lui-même, pour la réalisation de l'objet, par opposition à une réalisation garantie par tout moyen comme l'utilisation d'employés ou de prestataires en sous-traitance. En fait, la règle pour le Louage de services intuitu personae, par la Désignation d'un travailleur ou d'un expert de métier, est le paiement après la réalisation de l'objet alors que le paiement d'avance ne peut être exigé que par condition contractuelle ou usage au plus tôt dix jours avant le commencement de la prestation. Quand l'objet est une tâche à accomplir, ce qui exclut par conséquent la fixation d'un délai contractuel, l'ajout après l'acte d'un bonus pour respecter un certain délai est Facultatif et le paiement d'avance d'un tel bonus induit sa restitution si le délai n'est pas respecté. Toutefois, Malik estime que l'instauration d'un tel bonus post-contractuel au Louage est Indésirable quand on

²¹⁰¹ Voir supra § 287.

²¹⁰² Comme l'utilisation de la sous-traitance : voir infra § 546, 548.

n'est pas certain que le prestataire soit capable de respecter l'objectif de délai²¹⁰³. Sur ces bases de conformité, les choses sont très claires pour la convention M&A dont la rémunération n'est due qu'à la réalisation de l'acquisition de la cible car cette convention suit le régime de conformité de la Pollicitation. En revanche, pour la convention de management soumise à la conformité du Louage de services, la qualification intuitu personae du prestataire est vraie au niveau des représentants de la société de gestion qui sont nommément désignés pour diriger l'activité opérationnelle des filiales de la Holis, mais elle est moins vraie au niveau de la société de gestion elle-même. En effet, cette dernière a la faculté de proposer à la Holis des candidats remplaçants en cas d'impossibilité d'exercice ou de refus des représentants et de leurs suppléants nommés dans la convention de management. Dans ces conditions et conformément à la source du Moyen²¹⁰⁴, il sera préférable de procéder à une avance sur rémunération lors de la conclusion de la convention de management si son début d'exécution ne peut intervenir dans les dix jours. En outre, nous recommandons que la Holis Wakala use de son option pour instaurer par acte unilatéral, signifié à la société de gestion juste après la conclusion de la convention de management, un bonus annuel croissant pour les deux premières années d'exécution de la convention de management. Ce bonus n'est dû qu'à l'arrêté des comptes des réalisations annuelles et son paiement proportionnel partiel n'est pas possible en cas de renonciation et ne sera possible en cas révocation que si celle-ci est sans juste motif et qu'elle est notifiée dans les six derniers mois de l'année de bonus. Quant à la troisième année correspondant à l'année de préavis, son éventuel bonus sera fixé à l'issue de son premier semestre en l'absence d'une notification de rupture ou de non renouvellement et, évidemment, ne sera pas dû en cas renonciation ou de révocation pour juste motif intervenant avant la fin de l'année. Toutes ces précautions relatives aux paiements en faveur de la société de gestion représentent, dans un certain sens, un bon moyen de protection de la Holis qui doit être complété par d'autres moyens protecteurs plus importants.

Sous-section 2. Moyens protecteurs de la Holis

453. Importance de la protection de la Holis Wakala. Bien que la Holis Wakala ne soit pas aussi exposée que la Holis Moudaraba à l'autonomie de la société de gestion²¹⁰⁵,

²¹⁰³ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2831-2832, 2841, 2886, v. 6 ; KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 740, 742, 748, v. 3 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 261-263, v. 6.

²¹⁰⁴ Voir supra § 254-256.

²¹⁰⁵ Notamment à cause de l'immixtion du conseil de surveillance dans la gestion.

nous avons déjà attiré l'attention sur le fait que cette dernière bénéficie quand même d'une large latitude en pratique même dans le régime Wakala²¹⁰⁶. Dans ces conditions, la protection de la Holis demeure un objectif capital de la convention de management que nous abordons, comme d'habitude, en suivant la séparation dans notre exposé de la cause, constituée par le contenu des règles de conformité (A), par rapport à son effet, consistant à déterminer en conséquence les stipulations de la convention de management (B).

A. Contenu des règles de protection

454. **Conformité de la force obligatoire du droit étatique.** Sans détailler le concept de la force obligatoire ni de son effet relatif en termes de cohérence entre droit étatique et règles de conformité, nous avons validé les conditions permettant à la convention de management d'une entreprise confessionnelle d'accéder à la force obligatoire. Le respect de ces conditions permet alors à cette convention de bénéficier de la protection qu'offre la responsabilité contractuelle notamment en termes de sanction d'inexécution²¹⁰⁷. La convention de management de la Holis étant bâtie sur ce respect des conditions précitées, la Holis bénéficie donc de cette protection découlant de la responsabilité contractuelle de son cocontractant, la société de gestion. Il importe donc de savoir dans quelle mesure et avec quelles stipulations de la convention de management, cette responsabilité serait conforme à la jurisprudence malikite, une conformité que nous avons supposée lors de l'étude des stipulations de protection de la Holis Moudaraba²¹⁰⁸. À cet effet, il faudrait commencer par analyser la cohérence du concept de la force obligatoire avec cette conformité. En droit anglais et comme dans le cas précité de « *Printing and Numerical registering Co v Sampson*²¹⁰⁹ », la force obligatoire des contrats est énoncée clairement par le juge anglais qui, parlant des parties, affirme que « leurs contrats, quand ils sont conclus librement et volontairement, doivent être considérés sacrés et doivent être mis en vigueur par les tribunaux²¹¹⁰ ». De même, ce principe est affirmé par le droit continental du juge du for notamment luxembourgeois ou français. Ce dernier met la force obligatoire en exergue dans les dispositions liminaires de la réforme française de 2016²¹¹¹, puis l'affirme par l'article 1103 du Code civil qui dispose que « les contrats légalement formés

²¹⁰⁶ Voir supra § 424.

²¹⁰⁷ Voir supra §127-155 ainsi que le § 394. Sans traiter la conformité de la notion-même de la force obligatoire étatique, ce dernier § a juste souligné l'importance de cette conformité, en insistant sur la précaution du respect des conditions malikites de cette force obligatoire afin d'éviter l'invalidité de la convention de management.

²¹⁰⁸ Voir supra § 420.

²¹⁰⁹ [1875] LR 19 Eq., p. 462.

²¹¹⁰ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 115.

²¹¹¹ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 49, § 35.

tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits²¹¹² ». Cependant, le droit français précise qu'en présence d'un contrat secret reflétant la volonté réelle des parties, le contrat apparent perd sa force obligatoire en faveur de celle de l'acte occulte, les tiers pouvant s'en prévaloir sans qu'il leur soit opposable²¹¹³. Cet aspect engageant ou opposable des engagements contractuels à ceux qui les ont pris, au besoin, par la force publique, est une notion familière à tous les droits structurés et notamment en jurisprudence malikite²¹¹⁴. Comme en droit étatique, cette dernière distingue le contrat des obligations ou des prestations qu'il contient comme le fait de donner une chose par exemple, et applique la force obligatoire au contrat dans son ensemble²¹¹⁵. Voilà ce que nous pouvons dire sur la conformité de la force obligatoire, il reste cependant à examiner son effet relatif.

455. Conformité de l'effet relatif du droit étatique. Se fondant sur l'absence de « *consideration* », le droit anglais affirme l'effet relatif des contrats²¹¹⁶. Cet effet est défini par le droit français par l'exclusion du périmètre de la force obligatoire des tiers qui « ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter²¹¹⁷ », respectant ainsi l'autonomie de leur volonté. Même la promesse de porte-fort doit s'insérer dans cette logique de l'effet relatif du contrat²¹¹⁸ ; c'est ce qu'a confirmé récemment la Cour de cassation²¹¹⁹ en

²¹¹² CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 115.

²¹¹³ Article 1201 du Code civil.

²¹¹⁴ L'expression anglaise pour cette notion est *enforcement*, conditionnée par la *consideration*, et l'expression arabe est الزوم.

²¹¹⁵ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1274), p. 6, 34, v. 3 et p. 34 v. 4.

²¹¹⁶ Le cas par exemple de « Dunlop pneumatic tyre and Co v seflfridge and Co » [1915] AC 847 : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115).

²¹¹⁷ Article 1199 du Code civil.

²¹¹⁸ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 125.

²¹¹⁹ <https://www.village-justice.com/articles/inexecution-promesse-porte-fort-peut-etre-sanctionnee-que-par-condamnation-son,28339.html> : Par un arrêt du 7 mars 2018 (Cass. 1ère civ., 7 mars 2018, n° 15-21.244), la Cour de cassation rappelle que l'inexécution de la promesse de porte-fort ne peut être sanctionnée que par la condamnation de son auteur à des dommages-intérêts et non par la résolution de la transaction qui contient cet engagement. ... La promesse de porte-fort ne constitue pas une véritable exception au principe de l'effet relatif des contrats, dès lors que le tiers n'est pas tenu de ratifier l'engagement, à la différence du porte-fort qui s'engage personnellement à obtenir le consentement du tiers. L'obligation du porte-fort d'obtenir le consentement du tiers s'analyse en une obligation de résultat. Aussi, le porte-fort ne pourra se décharger de son obligation qu'à la ratification ou l'exécution de l'engagement par le tiers. En cas de refus du tiers de ratifier ou d'exécuter l'engagement promis par le porte-fort, ce dernier engage sa responsabilité sur le terrain de la responsabilité contractuelle ; le créancier ne doit alors que prouver la non-obtention du résultat promis. Cette réparation s'opère en argent, par l'octroi de dommages-intérêts compensatoires. Le nouvel article 1204, alinéa 3 du Code civil précise que « lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, celui-ci est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit ». En revanche, cette disposition n'a pas vocation à s'appliquer dans le cas spécifique du « porte-fort d'exécution », c'est-à-dire dans le cas où le porte-fort garantit l'exécution d'une obligation par un tiers. Dans le cas du « porte-fort d'exécution », « l'exécution du fait promis par le tiers n'a pas à produire d'effet rétroactif ». ... Surtout que cette solution jurisprudentielle a fait l'objet d'une codification, à la suite de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, puisque le nouvel article 1204, alinéa 2 du Code civil dispose que « le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages-intérêts ».

respectant son ancienne jurisprudence qui a été clairement codifiée par la réforme de 2016. Il est donc utile de reprendre dans les stipulations de la convention de management les dispositions claires françaises pour éviter que la Holis ne subissent une obligation découlant du porte-fort de la société de gestion. Celle-ci ne peut s'engager au nom de la Holis qui n'a pas accordé le pouvoir de sa représentation à la société de gestion mais uniquement un pouvoir de gestion qui s'exerce dans l'ordre interne. Ces stipulations devraient également s'appliquer aux filiales²¹²⁰, en complétant les stipulations relatives à l'objet de la convention de management et à la rémunération de la société de gestion ; stipulations applicables tant que cette dernière n'a pas évolué vers un statut d'associé-gérant²¹²¹. Cependant pour que ces précautions soient efficaces, il ne faudrait pas que les représentants légaux de la Holis ou de ses filiales laissent la société de gestion s'immiscer dans leur compétence de représentation ce qui ferait croire au tiers que la Holis serait une partie du contrat conclu par la société de gestion avec ce tiers. Il serait également utile de reprendre dans les stipulations un autre corollaire de l'effet relatif qui précise que la convention M&A et la convention de management sont des contrats différents entre les mêmes parties qui n'ont pas d'effets entre eux et, par conséquent, qui ne peuvent être qualifiés de sous-contrats, de chaîne de contrats ou d'ensemble contractuel. Pour chacune de ces deux conventions, la Holis ne reconnaît de relations contractuelles qu'avec la société de gestion et ses représentants, nommés *intuitu personae*, qu'elle a délégués à la direction de la Holis. Cette dernière ne reconnaît donc aucun lien avec des tiers, notamment sous-traitant, qui serait liés à la société de gestion qui n'est autorisée à établir aucun sous-contrat de la convention M&A et de la convention de Management ; cette règle étant comme les précédentes inspirée du droit français²¹²² et luxembourgeois²¹²³. Par ailleurs et pour éviter toute équivoque découlant de certaines règles continentales²¹²⁴, les conventions avec la société de gestion stipuleront qu'elles ne comportent aucune stipulation tacite autres que celles qui sont expressément mentionnées. Une stipulation cohérente avec la loi anglaise de 1999²¹²⁵ qui a mis fin aux solutions jurisprudentielles compliquées, par le recours au mandat ou au trust, en exigeant une stipulation expresse dans le contrat avec l'identification du bénéficiaire²¹²⁶. Une disposition rassurante à laquelle il serait utile de se référer non seulement dans les stipulations précédentes avec la société de gestion mais également dans les articles statutaires de la Holis pour éviter

²¹²⁰ Conformément à la répartition de compétence que nous avons retenue en introduction de cette section.

²¹²¹ Voir *supra* § 428, 437, 440, 442-443.

²¹²² FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 198 et s., § 217.

²¹²³ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 123.

²¹²⁴ *Ibid.*, p. 126-128.

²¹²⁵ « *Contracts (rights of third parties) Act 1999* ».

²¹²⁶ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 125-127.

l'interprétation implicite pour la détermination des bénéficiaires de certains droits pécuniaires de ses actionnaires. Enfin, il faudrait stipuler que tout tiers qui aurait connaissance de l'une ou l'autre de ces deux conventions devient responsable de sa complicité avec la société de gestion pour toute violation de ces conventions comme le retient, notamment, le droit luxembourgeois²¹²⁷. Cette responsabilité du tiers complice devant la juridiction compétente vient donc s'ajouter à la responsabilité contractuelle principale de la société de gestion devant l'arbitrage. C'est à la lumière de ce qui précède que nous pouvons comprendre nos hypothèses précédentes supposant la conformité de la responsabilité contractuelle reconnue en droit étatique.

456. Hypothèses de conformité de la responsabilité en droit étatique. Dans le cas de la Holis Moudaraba²¹²⁸, nous avons validé la cohérence avec les règles malikites des remèdes et sanctions d'inexécution correspondants aux manquements importants, notamment en ce qui concerne les modalités de révocation après le refus de la société de gestion de réparer sa violation de la charte. Nous avons également rappelé la cohérence avec l'objet de la contractualisation des autres sanctions²¹²⁹ ainsi que la pertinence de la clause résolutoire précise. Toutes ces sanctions protectrices dans le cas de la Moudaraba conviennent évidemment à la Holis Wakala. Cependant, cette validation dans la Holis Moudaraba a fait l'hypothèse de la conformité non seulement de la force obligatoire avec son effet relatif, que nous venons d'étudier, mais également de son autre effet qui est la responsabilité contractuelle justifiant les sanctions d'inexécution précitées en droit étatique. Comme en droit anglais, cette inexécution se définit en droit français comme toute violation de l'obligation, principale ou accessoire, par la mauvaise exécution, son retard ou son absence. Les règles applicables aux remèdes de l'inexécution sont en revanche différentes : tandis que le droit anglais se focalise sur l'aspect économique lié à la satisfaction légitime du créancier, le droit français considère aussi l'aspect moral du comportement fautif du débiteur. D'un côté, on sanctionne le débiteur qui ne respecte pas son obligation et, de l'autre, on met en œuvre des remèdes économiques pour honorer la satisfaction légitime du créancier²¹³⁰. En droit français, les sanctions d'inexécution, clairement énoncés par l'article 1217 du Code civil²¹³¹, relèvent de la responsabilité contractuelle²¹³² dont

²¹²⁷ ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 78.

²¹²⁸ Voir supra § 411, 413.

²¹²⁹ Voir supra § 418.

²¹³⁰ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 141-142.

²¹³¹ *Ibid.*, p. 151.

²¹³² [Cornu (G) dir, « Vocabulaire juridique », France, PUF, 10ème édition, 2014] cité par JACQUEMIN, *op. cit.* (note 755), p. 3.

les fonctions sont plurielles car pouvant dépasser largement la réparation du dommage par l'obligation de restitution des profits²¹³³. Ces fonctions des sanctions d'inexécution concourent d'abord à l'objectif général de rétablissement du créancier en lui donnant les moyens de se replacer dans une situation la plus proche possible de celle qu'il aurait dû avoir si le contrat avait été exécuté. L'exécution en nature de l'obligation d'origine ainsi que la réparation des dommages de son inexécution sont donc les deux composantes principales des sanctions de l'inexécution du contrat²¹³⁴. Dans ce domaine et après la réforme de 2016 du droit contractuel, il est prévu dans un second temps la réforme de la responsabilité civile incluant la responsabilité contractuelle²¹³⁵. De même, le droit luxembourgeois comporte les mêmes dispositions que le droit français en termes de remèdes à l'inexécution²¹³⁶ dont l'organisation se présente d'une façon similaire au droit français ou au droit belge²¹³⁷. C'est la compatibilité de cette responsabilité contractuelle du droit étatique avec la jurisprudence malikite que nous devons examiner, sachant que le régime de conformité de notre convention de management est celui d'une Wakala de Louage, comme nous l'avons déjà déterminé²¹³⁸. Comme rappelé en introduction de cette section, nous avons supposé en première partie que le mandataire Wakil n'est responsable de la perte du capital qu'en cas de négligence, exactement comme le commandité Moudarib²¹³⁹. Cette hypothèse de conformité a été partiellement justifiée et complétée²¹⁴⁰ par la règle dérogatoire rendant le Wakil mandataire garant de la perte du patrimoine meubles du mandant uniquement quand il agit sur ce patrimoine en dehors de tout contrôle du mandant. C'est en considérant le risque de la tentation de faire disparaître ce patrimoine du mandant au profit du mandataire, par exemple par des ventes non déclarées dont il encaisse le produit, que le malikisme a adopté cette règle. Basée sur la source du Moyen, cette règle non suivie par le chafiisme, est une exception au principe de la responsabilité limitée à la négligence du possesseur cautionné par le propriétaire. Avec ces règles de conformité que nous venons de valider, nous pouvons maintenant examiner la meilleure façon de traduire les moyens protecteurs de la Holis dans les stipulations de la convention de management.

²¹³³ *Ibid.*, p. 2-3.

²¹³⁴ *Ibid.*, p. 118-119.

²¹³⁵ *Ibid.*, p. 118, 216, 239 et 244-252.

²¹³⁶ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 151.

²¹³⁷ ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 79.

²¹³⁸ Voir supra § 440-441.

²¹³⁹ Voir supra § 422.

²¹⁴⁰ Voir supra § 256, 290.

B. Dédution des stipulations de protection

457. **Résumé des fondements de la conformité de la responsabilité de la société de gestion.** La théorie générale de Shatibi explique aussi bien le principe, de limitation de garantie du prestataire à la négligence, que sa dérogation, quand le risque de tentation est matériel, par la version malikite de l'apparence qui est l'un des moteurs de la source du Moyen. Cette théorie utilise ce qui est apparent à l'extérieur comme preuve de ce qui est caché à l'intérieur ; ce qui veut dire que si ce qui est apparent est acceptable, ce qui est caché aussi et vice-versa. Pour Shatibi, une telle théorie n'est qu'un corollaire du principe que l'effet est un signe pour la qualification de la cause quand l'usage fait qu'un tel effet découle en général, et donc pas nécessairement toujours, d'une telle cause. Il illustre ce concept par la garantie limitée à la négligence des prestataires comme le médecin, le coiffeur, le cuisinier ou, généralement l'artisan. En effet et en l'absence d'usurpation de qualité, si ces prestataires sont réellement des professionnels qui font leurs meilleurs efforts, le résultat de leur intervention ne causera pas de préjudice généralement²¹⁴¹. Cette même logique peut expliquer la dérogation malikite dans certaines situations de conflit d'intérêts où le prestataire, peu importe qu'il soit réellement professionnel, risque fort de causer un préjudice au Loueur de son service en détournant à son profit le patrimoine de ce Loueur. Sur ce fondement, Dardir a codifié aussi bien le principe que la dérogation en disant que le prestataire qui respecte les consignes, contractuelles ou d'usage, ne sera garant des actifs de l'autre partie, auxquels il a accès, qu'en cas de négligence ou s'il s'agit d'actifs facilement consommables comme certaines denrées alimentaires. Ibn-Tahir précise certaines de ces consignes contractuelles que le prestataire doit respecter pour échapper à la garantie en donnant l'exemple de l'exigence de l'exclusivité du service. La violation d'une telle condition autorise le Loueur à réparer son préjudice, soit par la réduction de la rémunération du prestataire en proportion du temps, soit par la réclamation de toute rémunération reçue des tiers par ce prestataire. Enfin Dardir confirme la dérogation où le prestataire devient garant de la chose qu'il produit ou la matière qu'il utilise pour cette production moyennant la satisfaction de quatre conditions. Celles-ci exigent que le prestataire ne soit pas exclusif, qu'il travaille en l'absence du Loueur, qu'il ne présente pas de preuve sur sa non négligence et que son métier ne soit pas risqué, comme celui de la manipulation de matière cassable. L'absence de négligence dont il est question est souvent justifiée par une cause du préjudice relevant de la force majeure que Qarafi illustre par l'occurrence d'une catastrophe naturelle lors d'une prestation de transport. Il indique que si la perte de la cargaison

²¹⁴¹ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 367, v. 1.

pour cette cause est prouvée, elle ne donnera pas droit à garantie mais seulement au transport de l'équivalent jusqu'à la fin du trajet, la rémunération complète du transporteur étant toujours due. Sauf en cas de transport de denrées alimentaires, cette règle relative à ce cas de force majeure s'appliquera si la perte n'est pas due à une négligence alors qu'en cas de négligence, la garantie joue et le paiement de la prestation du transport devient partielle. Enfin et hors cas de catastrophe naturelle, la perte d'une cargaison de denrées alimentaires donne toujours droit à garantie sans considération de l'absence de négligence mais avec un paiement complet de la prestation de transport²¹⁴². Qarafi confirme que ces règles de garantie limitée à la négligence, sauf dans les cas dérogatoires précités, constituent un principe général qui s'applique à tous les possesseurs cautionnés par le propriétaire, comme le Wakil, le gardien, le dépositaire, le séquestre ou le bénéficiaire du prêt à usage²¹⁴³. Ainsi dans le domaine de la Wakala et en cohérence avec la licéité des instructions contractuelles au prestataire, déjà illustrées par l'exclusivité du service, Elich ajoute que le mandat général, même si son objet est non Désigné, suit le mandat spécial en acceptant la validité des instructions du mandant dont la violation entraîne la garantie du mandataire. En outre, dans un tel mandat général, le mandataire assume la responsabilité de ses actions matériellement contraires à l'intérêt du mandant sauf si les termes du mandat indiquent l'acceptation des erreurs dans ce domaine sachant que la diligence et la bonne foi demeurent exigées dans tous les cas. Un principe codifié par Dardir qui confirme l'Obligation de défense de l'intérêt du mandant qui, dans le cas contraire, peut refuser l'action du mandataire ; ce dernier assumera alors ses engagements envers les tiers, sauf si le préjudice est négligeable comme l'achat en dépassement de 5% du prix de marché. En termes de conflit d'intérêts, Dardir applique le principe précité dans le Louage en indiquant que le mandataire ne peut conclure des actes sans l'autorisation de son mandant. De même, il ne peut sous-mandater que pour les actes que l'usage admet qu'il ne les conclut pas lui-même ou quand l'étendue du mandat justifie qu'il se fasse aider ou qu'il s'agisse d'un mandat général. Dans ces conditions, la fin du mandat n'entraîne pas automatiquement la fin du sous-mandat sauf révocation par le mandataire principal, ou par le mandant qui peut révoquer l'un ou l'autre des mandataires²¹⁴⁴. Tous ces fondements, principes et règles justifient largement les hypothèses de conformité prises en termes de responsabilité de la société de gestion, notamment celles déjà adoptées pour la Holis Moudaraba dans les domaines de révocation pour violation

²¹⁴² QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 357, 654 et surtout 1124, § 39, 111 et surtout 207.

²¹⁴³ *Ibid.*, p. 357 et s, 1146 et s, § 39 et 217.

²¹⁴⁴ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2548-2548, 2550, 2552-2554, 2556, 2558, 2560, 2870, 2872, 2877-2879, v. 6 ; KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 360-361, v. 3 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 302, v. 6.

de la charte et de clause résolutoire. En plus, ces jurisprudences justifient des stipulations supplémentaires pour la convention de management de la Holis Wakala qui, dans un certain sens, est plus exposée que la Holis Moudaraba dont le gestionnaire ne reçoit aucune rémunération avant la restitution du capital des actionnaires à l'issue de la liquidation de la cession de cette holding.

458. Stipulations supplémentaires de protection de la Holis Wakala. La flexibilité permet au régime de la Holis Wakala de prendre plusieurs formes de la moins risquée à la plus risquée. La forme est moins risquée en cas de confiance acquise, correspondant au régime de l'associé-gérant, alors qu'elle est plus risquée en cas de confiance testée, correspondant au pur prestataire qui dispose d'un pouvoir hiérarchique opérationnel sur l'activité d'entreprise du groupe. En effet, le risque sera minime si la confiance dans l'honnêteté et la compétence de la société de gestion atteint le point où elle est invitée à participer substantiellement au capital de la Holis et qu'elle accepte cette offre qui l'oblige non seulement à prendre un risque d'investissement, mais d'accepter que sa rémunération soit uniquement liée au résultat. Même si, dans ce cas, l'associé-gérant devient détenteur d'un mandat lui donnant tout pouvoir sur les filiales, ce qui n'est pas une obligation de ce régime, l'immixtion du conseil de surveillance dans certaines décisions de gestion importantes, en plus de l'exercice de son contrôle, rendra la gestion de la Holis Wakala moins risquée que celle d'une Holis Moudaraba. Il n'y aura donc aucune raison d'adopter des stipulations de protection autres que celles de la Holis Moudaraba dans cette situation où la convergence des intérêts de la société de gestion avec ceux des actionnaires de contrôle de la Holis est si parfaite. Il en est autrement quand la Holis n'a pas la chance de profiter d'une confiance réciproque avec la société de gestion qui devient alors un des actionnaires de la Holis, avec une participation substantielle pouvant atteindre les cent millions d'euros²¹⁴⁵. En dehors de ce cas idéal, la confiance dans la société de gestion sera en test sans être acquise. Il sera alors utile de prévoir des stipulations supplémentaires de protection de la Holis Wakala, même si le pouvoir de la société de gestion prend la forme minimaliste, que nous avons recommandée²¹⁴⁶, et que sa rémunération soit orientée vers la convergence des intérêts des parties, comme nous l'avons préconisée²¹⁴⁷. Ainsi, la convention de management s'inspirera du droit français pour les stipulations relatives au porte-fort, à l'indépendance des conventions M&A et de management ainsi qu'à la limitations

²¹⁴⁵ Correspondant à 10% d'un capital de la Holis, supposé pour cet exemple, d'un milliard d'euros.

²¹⁴⁶ Voir supra § 440.

²¹⁴⁷ Voir supra § 441.

et canalisation des relations avec les tiers sous-traitants de la société de gestion²¹⁴⁸. Il sera également judicieux de prévoir que, sauf en présence de force majeure naturelle, la société de gestion devienne garante de la perte de tout patrimoine sous sa garde, comme le stock consignment. Cette garantie s'exercera dans tous les cas s'il s'agit de biens facilement consommables, comme certaines denrées alimentaires, alors qu'elle s'exercera sous réserve de preuve contraire démontrant l'absence de négligence dans les autres cas. De même, la société de gestion sera garante si des ventes sont effectuées à un prix en dessous de la marge minimale prévue par son barème de rémunération à moins d'avoir une autorisation préalable de la Holis pour des stocks qualifiés de dormants ou à rotation lente. Par ailleurs, la convention de management devrait stipuler l'exclusivité du service des dirigeants nommés *intuitu personae* affectés par la société de gestion à la Holis. Une obligation dont la violation offre à la Holis l'alternative de réduction de la rémunération de la société de gestion ou de la réclamation de toute rémunération perçue des tiers grâce à cette violation. Dans cet ordre d'idées, la stipulation indiquera que ces dirigeants ne peuvent sous-mandater que pour les décisions que l'usage admet qu'ils ne les prennent pas eux-mêmes notamment au regard de l'étendue de leur mandat. Enfin, la convention de management doit stipuler que la baisse de 5% du prix de vente mensuel moyen sur tous les produits en violation des instructions de la marge minimale²¹⁴⁹, définie dans le système de rémunération de la société de gestion, oblige la société de gestion à se justifier sur la base d'un rapport devant le conseil de surveillance. De plus, si une telle sous performance se cumule sur deux mois ou plus, le conseil pourra alors invoquer la révocation pour juste motif, sans aucune indemnité pour l'absence de préavis et avec réparation de toute décision de gestion qui ne serait pas dans l'intérêt de la Holis. Un juste motif que la société de gestion pourra toujours challenger devant l'arbitrage dont la conformité, en tant que mode de résolution des différends, doit être validée également.

459. Conformité de la juridiction de l'arbitrage. Cette question déjà étudiée dans la Holis Moudaraba ne doit poser aucun problème de conformité tellement cette pratique est d'un usage courant en jurisprudence de *hard law*. En laissant de côté, la médiation non opposable (comme dans le droit du divorce) ainsi que l'arbitrage spécifique (comme dans le droit de la Moudaraba), l'arbitrage de droit commun obéit à des règles générales qui rendent sa sentence opposable au juge charaïque judiciaire²¹⁵⁰, en tant que juge du for, comme en droit

²¹⁴⁸ Voir supra § 455.

²¹⁴⁹ Voir § précédent.

²¹⁵⁰ Largement hypothétique dans notre situation contemporaine mais qui montre la reconnaissance de l'exequatur des sentences arbitrales dans la jurisprudence malikite.

étatique. En effet, le Kadi ne peut que contrôler le respect de ces règles générales d'ordre public²¹⁵¹, communes à tous les rites, qui sont dans notre cas incorporées dans les conventions M&A ou de management. C'est le sillon que suivent les travaux académiques modernes comme celle de l'AAOIFI qui a consacré l'une de ses études à l'arbitrage²¹⁵² dont la promotion est faite par certains chercheurs²¹⁵³ dont maître Himeur. Ce dernier déclare que « le recours à l'arbitrage pour le règlement des litiges²¹⁵⁴ liés à l'exécution des contrats de la finance islamique, qui répond réellement à un besoin économique, ne peut qu'optimiser l'attractivité de la place de Paris pour les investisseurs islamiques²¹⁵⁵ ». Avec cet aspect juridictionnel, nous terminons ce chapitre et ce titre relatif au verrouillage de la gouvernance par les clauses spécifiques de la contractualisation de la gestion aussi bien de la Holis Moudaraba que de la Holis Wakala. Nous avons ainsi déterminé les Obligations et les protections conformes des parties dans chacun de ces deux modes islamiques de gouvernance, sans négliger la conformité de la structure de la Holis, elle-même, avec ses caractères aussi bien institutionnel, comme personne morale, que fonctionnel, comme entité autonome. Ceci nous mène à sécuriser l'autre volet de la contractualisation du private equity de contrôle en balisant ces deux métiers par les clauses communes de la charte, annexée non seulement aux statuts mais également à toutes les conventions entre la Holis et la société de gestion.

²¹⁵¹ AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 136, v. 4 ; AL-KHORACHI محمد خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1848), p. 145-146, v. 7 ; KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ, *op. cit.* (note 1863), p. 283, v. 8.

²¹⁵² ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, *op. cit.* (note 1597), p. 2151-2187.

²¹⁵³ Aida MAITA, « Arbitration of Islamic Financial Disputes », *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 20, n° 1, 2014, p. 35-71.

²¹⁵⁴ « Il n'existe pas encore de tribunal arbitral traitant les litiges liés à la finance islamique. Le CEARFI (Centre européen d'arbitrage et de règlements de litiges pour la finance islamique, www.cearfi.fr), que l'auteur de cet ouvrage dirige, est à notre connaissance le seul centre d'arbitrage dédié à la finance islamique en Europe. Dans cette perspective, le centre à travers son « forum » et la rubrique « actualité juridique » serait un espace d'échange avec les professionnels de droit. Des sentences arbitrales, de certains litiges en cours de traitement, seront bientôt en ligne. Nous souhaitons à travers ces activités du centre mieux éclairer les professionnels du droit, ainsi que l'opinion publique sur la portée de la charia, les règles applicables, etc. Sur le plan juridique, le centre est en mesure de jouer un rôle primordial dans la lutte contre la radicalisation et exprimer le pluralisme juridique. »

²¹⁵⁵ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 17.

Titre II. Charte commune du métier

460. Problématique de la contractualisation de la gestion du métier de la Holis.

Alors que dans le précédent titre nous avons examiné la contractualisation des clauses de la convention de management qui sont spécifiques à chaque mode de gouvernance de la Holis, nous examinons ici la contractualisation de son métier applicable quel que soit son mode de gouvernance. C'est pour cela que nous avons choisi dès notre introduction de faire de cette charte commune du métier une annexe de la convention de management, qui ne change pas en passant, par exemple, d'une gouvernance Moudaraba à une gouvernance Wakala, contrairement aux clauses du corps de la convention dont les plus importantes sont propres à chaque mode de gouvernance. Cette immuabilité de la charte du métier est due aux principes généraux²¹⁵⁶ de conformité qui lui sont appliqués indépendamment de la personne qui exerce ce métier ; ce qui veut dire que, quand il s'agit d'une personne morale, ses modes de gouvernance sont sans influence sur ces principes de conformité. À titre d'exemple, nous rappelons²¹⁵⁷ que le principe de l'Interdiction de l'Accaparement injuste du patrimoine d'autrui s'applique d'une façon générale, dans tous les modes de gouvernance, aussi bien à la vente²¹⁵⁸ qui caractérise l'activité commerciale de la Holis qu'à la location²¹⁵⁹ qui caractérise son financement. De même, le principe de l'Interdiction de l'Usure quantitative est également général, en s'appliquant évidemment à la gestion financière de la Holis²¹⁶⁰ mais aussi à la gestion de son activité lors du filtrage des cibles d'acquisition²¹⁶¹. Toutefois cette généralité de la charte du métier a un degré moins important dans les aspects de l'activité de l'entreprise (chapitre 1) que dans ceux de sa finance (chapitre 2). En effet, l'activité « colle » au processus de gestion du private equity de

²¹⁵⁶ Voir supra § 156.

²¹⁵⁷ Voir supra § 239.

²¹⁵⁸ Voir infra § 513 et 530.

²¹⁵⁹ Voir infra § 549 .

²¹⁶⁰ Voir infra § 537-538.

²¹⁶¹ Voir infra § 487.

contrôle d'une holding spécialisée²¹⁶², alors que la gestion financière dépasse largement le cadre de ce métier de private equity aussi bien dans le domaine du financement du besoin que dans celui du placement de l'excédent. Cependant et qu'il s'agisse d'activité ou de finance, la contractualisation du métier de la Holis passe d'abord par la connaissance des pratiques européennes de ce métier qui sont soumises aux contraintes de l'environnement juridique étatique de la Holis. C'est seulement ensuite que ces pratiques, ainsi identifiées, seront testées en termes de conformité.

²¹⁶² Voir supra § 37.

Chapitre 1. Contractualisation de l'activité de l'entreprise

461. Importance des règles de contractualisation du fonctionnement avec les tiers. Nous avons procédé, au titre précédent, à la contractualisation de la gouvernance dont l'objet est limité au partage des rôles entre les propres organes de la Holis afin de la faire fonctionner conformément à son objet social. Contrairement à ce caractère interne, le caractère essentiellement externe par rapport aux organes sociaux domine les relations de la Holis avec les principaux acteurs du cœur de son activité ; des acteurs qui constituent donc des tiers du point de vue de la Holis. Il est donc crucial d'examiner dans ce chapitre les règles de conformité encadrant ces relations avec les tiers afin de pouvoir éventuellement ajuster, au niveau de notre contractualisation, les pratiques usuelles de private equity de contrôle en Europe. Dans ce cadre, l'un des principes de conformité qui sera décliné dans cette contractualisation est celui de l'Interdiction de l'enrichissement sans cause qui, comme on l'a vu²¹⁶³, produit ses effets non seulement dans l'Interdiction des contrats aléatoires mais également dans la minimisation de l'Incertitude dans tous les contrats. Cependant, ce principe s'applique différemment selon la nature du contrat ; ainsi, sa règle d'application sera plus stricte dans le contrat de vente et plus flexible dans le contrat de travail. Les règles de conformité des relations avec les cédants des entreprises à acquérir²¹⁶⁴ par la Holis ne sont donc pas les mêmes que les règles de conformité applicables aux relations avec les salariés de ce groupe. Ce qui veut dire que les règles de conformité sont intimement liées à la nature de l'acte de gestion qui dépend de la facette de l'activité de la Holis.

462. Adaptation de la charte à la pluralité de l'activité de la Holis. Compte tenu de la pluralité du métier de private equity de contrôle²¹⁶⁵, la clarté de la contractualisation de l'activité de la Holis impose qu'on examine les stipulations de la charte en séparant l'activité M&A de l'activité d'intégration du groupe. Notre point de départ de cette contractualisation est donc la compréhension de ces deux activités, constituant *les* métiers constitutifs du private equity de contrôle dans la pratique européenne qui, forcément, respecte l'ordre public étatique de cet environnement. Chaque processus métier, ainsi déterminé, sera ensuite soumis au test de la conformité malikite et en cas de non-conformité, ce qui devrait être relativement

²¹⁶³ Voir supra § 239.

²¹⁶⁴ Ou réciproquement à céder ultérieurement, le processus étant essentiellement le même mais simplement inversé avec la Holis devenant cédant au lieu d'acquéreur.

²¹⁶⁵ Voir supra § 37, 372.

exceptionnel, nous devrions proposer une solution conforme acceptable économiquement. Cependant et pour les deux métiers de la Holis, la jurisprudence malikite, hostile aux obligations contractuelles abusives ou générant des aléas sources de différends futurs, encadre de près la liberté contractuelle. Il serait alors très utile d'annexer à la charte de gestion des clauses contractuelles types, par exemple, celles de l'acte d'acquisition d'une filiale de la Holis qui traitent notamment de la définition de l'objet, du prix, du montage, des conditions suspensives et des modalités de garantie. En toute rigueur, nous devons développer cette méthode de contractualisation pour tous les processus du métier de la Holis, car la charte se doit d'être complète afin d'éviter tout comblement de lacunes en cas de différend²¹⁶⁶. Cependant, les contraintes de la thèse ne nous permettent de traiter que certains processus jugés importants ou caractéristiques de la gestion conforme de la Holis, éventuellement complétés par des annexes, aussi bien pour la partie de la charte relative au métier de l'intégration de groupe (section 1) que pour sa partie relative au métier M&A (section 2).

Section 1. Charte de l'intégration du groupe

463. Harmonie des aspects opérationnels et fonctionnels du métier de private equity. L'aspect opérationnel représente le cœur du métier de la Holis en utilisant les ressources de l'entreprise pour réaliser l'objet social en termes d'acquisition, de production et de vente de biens. L'acquisition d'une filiale, relevant du « sous-métier » M&A de la Holis dans notre approche²¹⁶⁷, est une illustration parfaite d'un acte de gestion opérationnelle. En revanche, la veille du marché est un service fonctionnel, pourtant cette fonction permet non seulement de surveiller les opérateurs concurrents de la Holis mais peut également identifier ses cibles d'acquisition. De même, les actes d'achat de matières premières et de vente de produits finis des filiales de la Holis, que nous avons catalogués dans le « sous-métiers » de l'intégration du groupe, constituent des actes opérationnels. En revanche, la comptabilisation de ces actes commerciaux et leur reporting aux dirigeants ou actionnaires est un service fonctionnel. En somme, la gestion opérationnelle est intimement liée aux moyens fonctionnels car l'opérationnel subit les contraintes du fonctionnel et, en même temps, bénéficie de son aide préalable ou accompagnatrice. L'aspect fonctionnel de la gestion d'une entreprise est donc constitué par les tâches supportant la réalisation de l'objet de l'entreprise ; même si ce support a un impact direct limité sur le patrimoine et la valeur de la personne morale correspondante.

²¹⁶⁶ Voir supra § 71.

²¹⁶⁷ Voir supra § 37.

L'existence des services fonctionnels est alors toujours un impératif des actionnaires et souvent un impératif économique permettant aux compétences opérationnelles pointues de canaliser et de concentrer leur action sur le cœur du métier, en harmonie avec le fonctionnement voulu. Dans le cas de notre Holis, le métier M&A est purement opérationnel car il a un impact direct sur le patrimoine de cette holding à travers la réalisation des acquisitions et des cessions de ses filiales. Par opposition à ce premier métier qui agit ponctuellement, le second métier de la Holis relatif à l'intégration de son groupe agit en permanence tout en présentant non seulement un aspect opérationnel mais aussi un aspect fonctionnel qui peut être au service du premier métier relatif au M&A.

464. Métier de la gestion intégrée de groupe. En pratique et à l'exception des acquisitions ou cessions des filiales, le métier de l'intégration du groupe comprend toutes les tâches centralisées de la gestion de ce groupe. Il comprend donc, en plus de l'intégration opérationnelle des filiales du groupe, toute l'intendance supportant le fonctionnement de la holding et de ses filiales. Ainsi, le métier de l'intégration du groupe de la Holis agit aussi bien en amont de son métier M&A par l'identification des cibles d'acquisition (sous-section 2) qu'en aval de ce métier, par exemple, en organisant les données comptables des filiales acquises à l'effet du reporting fiscal islamique (sous-section 1). Évidemment, cette dernière fonction ne représente que l'un des services fonctionnels du métier de l'intégration du groupe de la Holis qui est beaucoup plus vaste en couvrant une multitude de tâches fonctionnelles et opérationnelles. En effet et comme rappelé en tête de ce titre²¹⁶⁸, les filiales de la Holis font partie d'un même secteur de spécialisation ; ce qui permet alors de réaliser des synergies qui agissent aussi bien sur le résultat opérationnel, souvent positif, que le résultat financier, souvent négatif dans le secteur de production²¹⁶⁹. Contrairement aux synergies financières que pourraient avoir un investisseur passif en diversifiant son portefeuille par la prise de participations minoritaires, les synergies économiques ne sont pas obtenues au sein de conglomérats qui souffrent d'une décote de valeur mais dans des groupes intégrés spécialisés comme celui de la Holis. C'est ainsi que des économies d'échelle sont obtenues par la centralisation des unités de production, des services fonctionnels et d'intendance, des laboratoires de recherche et de la négociation avec les tiers. Ces économies d'échelle sont alors favorisées par l'augmentation des volumes de vente qui, bien qu'elle puisse être obtenue par croissance interne, s'appuie souvent sur la croissance externe car celle-ci est non seulement

²¹⁶⁸ Voir supra § 460.

²¹⁶⁹ Voir infra § 570, 610.

plus rapide mais moins risquée. L'effet positif de taille découle alors de l'acquisition de parts de marché par M&A, notamment quand le secteur de spécialisation de la Holis est mûr, ce qui rend toute tentative de croissance interne soit impossible à cause des barrières d'entrée, soit destructrice à cause du déclenchement d'une guerre de prix. Cette concentration horizontale est alors génératrice de contrats intragroupes portant sur la vente de produits et des prestations de services. C'est pour cela que le contrôle des filiales du groupe donnant un « pouvoir pour nommer et révoquer les dirigeants apparaît comme l'instrument le plus sûr et le plus efficace pour mettre en œuvre une politique de groupe stable et cohérente²¹⁷⁰ ». C'est dans ces conditions, correspondant à la situation de la Holis²¹⁷¹, que seront réalisées les synergies opérationnelles usuelles découlant de l'accroissement du pouvoir de négociation qui permet d'améliorer les revenus et de réduire les coûts. L'amélioration du pouvoir de négociation avec les clients entraîne l'amélioration des revenus par l'augmentation du prix de vente et c'est pourquoi l'acquisition de parts de marché est contrôlée, aussi bien au niveau des EM qu'au niveau de l'UE. Le but de ce contrôle est d'éviter l'excès de concentration faussant la concurrence ; ce qui serait peu probable pour une holding, comme la Holis, opérant exclusivement en private equity avec des PME filiales situées dans différents EM. Quant à la synergie de réduction de coût, elle découle d'un meilleur rapport de force notamment avec les fournisseurs permettant de réduire les prix d'achat de matières premières. La réduction de coût peut également découler d'une meilleure économie d'échelle au niveau de la production par la répartition des frais fixes sur un plus grand volume²¹⁷². La gestion de ces actes opérationnels se fait évidemment dans le cadre du droit étatique des contrats dont certains aspects ont été analysés en première partie²¹⁷³. Quant à l'analyse de la conformité de cette gestion opérationnelle de l'intégration du groupe, elle sera occultée car elle fait largement appel à la jurisprudence malikite des contrats dont nous réservons l'analyse des règles importantes à la section 2 traitant de la charte M&A de la Holis. Ceci nous permettra de concentrer notre analyse dans la présente section sur la gestion fonctionnelle d'une holding de private equity, dont la conformité islamique exige notamment la mise en place d'un service assurant la fonction du reporting fiscal islamique (sous-section 1) et d'un service chargé de l'intendance préalable aux opérations M&A (sous-section 2). Ce choix nous paraît justifié d'autant plus que la conformité

²¹⁷⁰ Thibaut MASSART, *Le regime juridique de la cession de controle*, thèse, Paris 2, [s.l.], 1 janvier 1995, p. 516. URL : <http://www.theses.fr/1995PA020074>. Consulté le 18 septembre 2019.

²¹⁷¹ Même si le contrôle sera délégué par les actionnaires et les organes de la Holis, totalement ou partiellement, à la société de gestion en vertu d'un contrat comme la convention de management.

²¹⁷² Pour le fondement économique de ces idées voir par exemple BEN SALAH, *op. cit.* (note 1785), p. 49, 50 ; MASSART, *op. cit.* (note 2170), p. 510-515.

²¹⁷³ Chapitre 2 du titre I et que nous complétons par l'annexe 1.

de la gestion des ressources humaines s'appuie sur le Louage de services, dont les aspects de conformité ont largement été traités dans le précédent titre relatif à la gouvernance de la Holis. Toutefois, il serait intéressant de tester l'application de ces règles de conformité de Louage de services aux spécificités européennes du droit du travail²¹⁷⁴, surtout que ce dernier bénéficie de certains principes dérogatoires comme nous l'avons indiqué²¹⁷⁵.

Sous-section 1. Fiscalité consolidée de conformité

465. **Importance du reporting dans le contrôle de la conformité.** Même si leurs critères diffèrent souvent, la soft law²¹⁷⁶ comme la hard law exige des dirigeants la réalisation d'un reporting périodique afin de vérifier la conformité. À cet impératif de contrôle se rajoute l'impératif de l'Impôt de solidarité islamique, *Zaket*, qui nécessite d'effectuer non seulement le reporting fiscal adéquat (A) mais éventuellement procéder au paiement de cet Impôt à une association caritative qui saura respecter son affectation (B).

A. Reporting de la fiscalité islamique par la Holis

466. **Actifs imposables de la Holis.** Comme tous les rapports usuels de gestion, le reporting relatif à la *Zaket* ne posent évidemment aucun problème d'ordre public dans le droit étatique car il rentre dans la liberté de choix des outils de gouvernance de la Holis. La contractualisation de la gestion conforme par le service fonctionnel de la Holis assurant un tel reporting revient donc simplement à stipuler dans la charte les règles de conformité qu'il doit respecter notamment en ce qui concerne l'identification des actifs imposables de la Holis et le calcul de l'impôt qui leur est appliqué. Si nous parlons d'actifs imposables, c'est parce que l'assiette de cet impôt islamique s'appuie sur des données de nature bilancielle à la date de l'échéance d'imposition. Cette assiette n'est alors pas liée aux revenus du contribuable mais à certaines catégories de son patrimoine désignées par les textes législatifs sacrés, ce qui veut dire que le reste de son patrimoine demeure non-imposable en conformité avec le principe de maintien²¹⁷⁷. Outre le Motif général de la Nécessité de protection du patrimoine²¹⁷⁸, il y a donc une motivation économique pour faire progresser le patrimoine imposable afin de le sauvegarder de la régression par le prélèvement périodique de l'Impôt. Ceci est, d'ailleurs,

²¹⁷⁴ Voir annexe 2.

²¹⁷⁵ Voir supra § 239.

²¹⁷⁶ À titre d'exemple, la mise en place d'un reporting adéquat permettra à l'investisseur islamique de contrôler le niveau d'endettement des participations du fonds par rapport à la limite imposée : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 304, § 575.

²¹⁷⁷ Supra § 236.

²¹⁷⁸ Supra § 214.

l'objectif qui est fixé à tout tiers chargé de la gestion des actifs d'autrui, notamment quand il s'agit du patrimoine hérité par des orphelins mineurs. Dans le cas de la Holis et en fonction de son activité d'entreprise, ses actifs imposables peuvent prendre le régime des cheptels ou celui des récoltes dans le domaine agricole. Ils peuvent également prendre le régime des trésors dans le domaine minier ou le régime monétaire ; ce dernier étant constitué de plusieurs variantes correspondant, d'une part aux liquidités et d'autre part aux actifs qui leur sont assimilés dans les domaines des prêts et des activités commerciales. Comme nous l'avons vu²¹⁷⁹, les Modalités de l'Impôt de solidarité comprennent le seuil d'imposition comme Raison, le cycle d'imposition comme Condition et la présence d'une dette comme Empêchement. Compte tenu de la taille de l'activité de la Holis, le seuil d'imposition, qui dépend de la nature de l'actif imposable²¹⁸⁰, n'est pas significatif. En revanche, le cycle, qui fixe l'échéance d'imposition, et la dette, qui réduit l'assiette d'imposition, sont pertinents pour les actifs imposables de la Holis. Le régime de chacune de ces deux Modalités dépend également de la nature de l'actif imposable, comme le seuil d'imposition. En particulier, l'échéance d'imposition est annuelle pour tous les actifs, à l'exception de la production végétale, dont l'imposition est exceptionnellement assise sur le revenu, où les données sont par récolte²¹⁸¹. Quant à la détermination de l'impôt dû, elle se fait par un taux pour tous les actifs imposables sauf pour le cheptel ou c'est un barème par palier qui détermine l'imposition en nature. C'est à la lumière de ces éléments que les différents régimes seront étudiés par domaine d'activité et ce sont ces régimes qui déterminent les données que la Holis doit rapporter à ses actionnaires contribuables.

467. Fiscalité du domaine agricole. Pour l'exploitation agricole, il s'agit en résumé de déclarer le stock animal et la production végétale par récolte en précisant certaines conditions de l'exploitation notamment pour l'irrigation. L'imposition, en nature ou en valeur, qui en résulte se fera sur la base d'un barème, par paliers, pour la production animale²¹⁸² et sur la base d'un taux, déterminé en fonction du mode d'irrigation, pour la production végétale²¹⁸³. Cette imposition agricole est limitée à trois catégories animales et à une vingtaine de végétaux, le reste des catégories étant imposé uniquement s'il fait partie d'une activité commerciale, de la même façon que le serait les catégories imposables qui n'ont pas atteint le seuil d'imposition.

²¹⁷⁹ Voir supra § 223.

²¹⁸⁰ Avec une valeur de ce seuil entre cinq et cinquante mille € selon l'actif.

²¹⁸¹ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 451, v. 1.

²¹⁸² La barème malikite ressemble à celui retenu par l'AAOIFI : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, *op. cit.* (note 1475), p. 898-899.

²¹⁸³ KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 106 à 113, § 49 à 52.

Le taux d'imposition de la vingtaine de productions végétales imposables est de 5% si un moyen d'irrigation est utilisé comme les rigoles, les tuyauteries, voire les autres moyens non naturel de transport de l'eau. En revanche, si l'investissement est négligeable comme la simple ouverture d'une vanne du bassin d'autrui ou d'un canal d'un terrain voisin, ce taux passe à 10% comme pour l'irrigation purement naturelle. Si les deux types d'irrigation sont utilisés, l'apport de chacun en quantité d'eau est estimé et si un moyen est négligeable devant l'autre, la règle du moyen principal s'imposera ; autrement il est possible de pondérer les taux de 5% et de 10%, par les proportions des parcelles irriguées par l'outil par rapport à celles qui ne le sont pas. Cette règle malikite de la moyenne pondérée est à comparer à la méthode du taux moyen de 7,5% retenue par l'AAOIFI²¹⁸⁴. Il est donc impératif, que la Holis distingue dans ces données rapportées la production correspondante à chacun des trois taux d'imposition de la production végétale : 5%, 10% et la moyenne pondérée. Pour les dattes et les raisins, l'assiette imposable peut être déterminée par une estimation²¹⁸⁵ au cas où ils ne seront pas récoltés totalement par une seule opération. En effet, pour ces deux catégories, la consommation sur pied peut se faire sur une longue période et la récolte peut se faire par étape en fonction du degré de murissement afin de répondre aux goûts variés des consommateurs de ces produits. Bien évidemment, le reporting de la Holis dans ce domaine de production végétale s'applique que les terres lui appartiennent ou qu'elles soient en location. En l'absence de services²¹⁸⁶ chargés de l'acheminement de cet impôt en nature jusqu'aux bénéficiaires, ce reporting doit alors mentionner les éventuels frais qui sont engagés pour le transport au centre de distribution ou au lieu de vente en cas de paiement sur la valeur de la vente²¹⁸⁷.

468. Fiscalité du domaine minier et assimilé. Sauf pour ce que rejette la mer²¹⁸⁸, l'imposition des trésors se fait à 2,5% ou à 20% selon que leur extraction a fait l'objet ou pas d'un travail matériel ; cette imposition étant due même si l'ouverture des tombes préhistoriques est Indésirable. Après le prélèvement de cet Impôt, le reste de ces trésors appartient au propriétaire éventuel du terrain ou, le cas échéant, au découvreur²¹⁸⁹. Ce régime des trésors

²¹⁸⁴ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, op. cit. (note 1475), p. 886, § 5/4/1.

²¹⁸⁵ Sans déduction du tiers ou du quart pour le propriétaire comme le retient l'AAOIFI : voir la rubrique du Khars *Ibid.*, p. 886, § 5/4/3.

²¹⁸⁶ Étatiques, associatifs ou engagés par les bénéficiaires.

²¹⁸⁷ AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي et al., op. cit. (note 1275), p. 432, 447, 452-453, v. 1 ; pour la comparaison à la soft law, notamment en ce qui concerne l'imposition des trois catégories de cheptel et la substitution du paiement en nature selon le barème par le régime d'imposition monétaire à 2,5% : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, op. cit. (note 1475), p. 887 § 5.6.

²¹⁸⁸ Non imposable et acquis au découvreur.

²¹⁸⁹ KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, op. cit. (note 1259), p. 121 et 123, § 58.

s'applique à l'extraction minière quand celle-ci est imposable. En effet, les produits miniers du territoire de l'État musulman, tel que reconnu par les accords entre États, appartiennent au Trésor public²¹⁹⁰ qui peut les exploiter lui-même en embauchant des travailleurs ou des entrepreneurs contre un salaire prédéterminé lié au temps du travail ou à une tâche bien définie. Cependant, l'État est libre de donner une mine en concession, permanente ou sous forme de bail à durée déterminée, non rémunérée ou rémunérée. Bien évidemment la mine ne peut être ni vendue par le concessionnaire ni héritée par ses ayants droit. En cas de rémunération, l'État peut recevoir un loyer fixé, en fonction du temps ou du volume soumis à l'extraction, alors que le produit de l'extraction pendant le bail appartient au concessionnaire. Toutefois et conformément au régime de l'Usure et de la vente, cette rémunération ne pourra pas être monétaire²¹⁹¹, mais sous forme de biens marchands, s'il s'agit de mines d'or ou d'argent. Dans tous les autres cas, la contrainte est moindre car il faut simplement que la rémunération soit d'une nature différente que celle du minerai. De même, l'État peut être rémunéré par une part du minerai extrait par le concessionnaire comme une Moudaraba commerciale ou agricole. Comme l'État propriétaire, le concessionnaire peut exploiter par des salariés, au temps ou à la tâche, ou des entrepreneurs rémunérés par une part du minerai qu'ils extraient. Ces produits miniers, payés par l'État en tant que rémunération en nature des extracteurs, ne seront pas soumis à l'Impôt sauf s'il s'agit de mines d'or ou d'argent que l'État donne en concession. Dans ce dernier cas, l'Impôt est dû au taux de 2,5% ou de 20% selon que le *process* de purification de ces deux métaux précieux est facile ou difficile²¹⁹². Le reporting de la Holis doit donc se faire par nature de minerai et en faisant la distinction selon la difficulté de la purification qui sera expertisée par l'administrateur de conformité.

469. Fiscalité monétaire. Les stocks d'or et d'argent qui ne sont pas sous forme de monnaie en circulation sont imposés, au-delà d'un seuil²¹⁹³, à 2,5% du poids de leur teneur en métal fin, en nature ou en valeur équivalente selon le cours de ces métaux, à l'échéance annuelle de l'impôt. Le même taux d'imposition est appliqué à la monnaie en argent ou en or en se référant aux nombres de pièces et non pas au poids les pièces semblables ayant la même valeur²¹⁹⁴, la liquidation pouvant se faire en l'une ou l'autre des monnaies, également selon le taux de change à l'échéance²¹⁹⁵. Il en est de même des liquidités en n'importe quelle monnaie

²¹⁹⁰ En arabe : بيت المال

²¹⁹¹ Dans le sens l'or et l'argent sous toute forme ou toute autre monnaie.

²¹⁹² AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 486-487, 489, v. 1.

²¹⁹³ Non significatif pour les entreprises de private equity objet de ce travail.

²¹⁹⁴ KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 113, § 53.

²¹⁹⁵ *Ibid.*, p. 124, § 60.

ayant cours, assimilée dans tous les cas à la monnaie en or²¹⁹⁶. En revanche et pour la raison que nous avons déjà mentionnée²¹⁹⁷, les bijoux destinés non pas à la vente, mais par exemple à l'usage personnel d'ornement de la Holis, ne sont pas imposables. À cette exception près, la Holis doit donc reporter le montant de ses liquidités monétaires, dont nous venons de décrire le régime d'imposition ; un régime qui s'applique aux actifs d'exploitation commerciale moyennant quelques adaptations.

470. Assimilation de l'imposition des actifs commerciaux au régime monétaire.

Les régimes précités demeurent applicables aux actifs agricoles, miniers ou monétaires de la Holis, même quand il s'agit de stocks destinés à la vente *immédiate* ou *spéculative*²¹⁹⁸. La seule exception à ces régimes concerne les quantités de ces actifs, imposés en nature, inférieures aux éventuels seuils d'imposition qui sont alors incorporées dans les stocks commerciaux²¹⁹⁹. Ces stocks, aussi bien des produits finis que de leurs matières premières, ont une assiette imposable déterminée sur la base d'une évaluation à leur valeur marchande. La requalification d'un stock immédiat en stock spéculatif, voire en stock non imposable de consommation personnelle, se fait par l'intention dont la sincérité se présume notamment par le retrait du stock de l'offre à la vente immédiate. En revanche, l'inverse n'est pas possible car les stocks initialement régis par le régime de la spéculation ne peuvent passer au régime de la vente immédiate ; toutefois, il est possible de requalifier ces stocks en stocks de consommation personnelle par la simple intention. Le régime des stocks immédiats s'applique également aux créances à court termes sur la base de leur valeur faciale ou, le cas échéant, d'une estimation²²⁰⁰ de leur valeur marchande après déduction des provisions, en cas de doute sur le remboursement. Toutefois et en l'absence de valeur marchande, les créances douteuses, supposées irrécouvrables, ne seront

²¹⁹⁶ Voir supra § 264 qui indique que ce sujet est une illustration de l'utilité de la maîtrise de la jurisprudence de la Zakat pour comprendre d'autres règles du droit économique applicables à la monnaie à parité fixe : voir également BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1352), p. 252.

²¹⁹⁷ Voir supra § 258.

²¹⁹⁸ Voir supra § 405 pour la signification de ces deux caractères opposés des stocks.

²¹⁹⁹ AL-DASŪQI محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., op. cit. (note 1275), p. 472, v. 1 ; KHALIL IBN ISHĀK AL-JUNDI خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, op. cit. (note 1863), p. 58, v. 2.

²²⁰⁰ L'estimation des créances monétaires suit le régime de la vente de dettes : voir infra § 546-548. Ce régime s'applique notamment aux ventes des créances des personnes déclarées en faillite en exigeant que les créances soient d'abord vendues contre des biens physiques, donc non monétaires, qui à leur tour seront vendus au comptant. Ceci pour l'estimation des créances monétaires ; quant aux créances de biens en nature, l'estimation dépend de la Raison de la créance. Ainsi les biens achetés et non encore livrés sont estimés simplement par la valeur marchande de leur vente immédiate au comptant. En revanche les biens du Salam ne deviennent la propriété du bénéficiaire qu'à l'échéance et sous réserve que le débiteur les possède déjà ; dans ce cas, l'estimation d'une créance physique qui ne peut pas être vendue réellement par le commerçant bénéficiaire se fera par la valeur marchande d'un Salam immédiat, non lié au Salam dont on cherche l'estimation, pour la livraison pour le même produit et selon le même terme.

pas imposables pendant les années de non remboursement. Sauf évidemment en cas d'évasion fiscale, ces créances ne seront imposées, pour une année, qu'au fur et à mesure de leurs remboursements, selon le régime des prêts. Quand, chez le même commerçant, les stocks spéculatifs ont une valeur inférieure à celle des stocks immédiats, c'est le régime de ces derniers qui s'impose à l'ensemble de ces stocks commerciaux²²⁰¹ ; autrement, les stocks spéculatifs sont soumis à leur propre régime²²⁰². Ce dernier permet alors le report de l'imposition de toute marchandise spéculative jusqu'à la réception de son prix de vente, en monnaie étatique ou en équivalent des métaux monétaires²²⁰³. Ce régime, plus favorable que celui des stocks immédiats, n'impose même pas l'échange de marchandises de spéculation en l'absence d'un prix ou soulté monétaire. Quant aux biens non destinés à la vente, y compris les locaux, les équipements et les outils, ils ne sont pas imposables²²⁰⁴. Si ces biens non destinés à la vente²²⁰⁵ sont loués, l'imposition ne concernera que les loyers qui, lors de l'arrêt des comptes à l'échéance de l'Impôt, sont sous l'une des formes imposables précitées (liquidités, stocks, créances ...), en appliquant les règles spécifiques de chacune de ces formes²²⁰⁶. C'est sur cette base que doit se faire le reporting de la Zakat des stocks de la Holis selon un régime assimilé au régime monétaire, comme dans le cas des prêts accordés par la Holis.

471. Assimilation de l'imposition des prêts au régime monétaire. L'évasion fiscale est traitée en jurisprudence malikite par le contraire de l'objectif du contribuable indélicat. Ainsi, la transformation d'un actif imposable en un autre actif pour diminuer la valeur de l'impôt sera inefficace, notamment quand cette transformation a eu lieu dans le mois de l'échéance, constituant ainsi une présomption irréfragable. Dans tous ces cas d'évasion de ce type, c'est l'actif d'origine qui sera imposable. Un autre type d'évasion consisterait à retarder volontairement la réception d'un remboursement pour éviter l'imposition annuelle du montant en question. En revanche, quand le remboursement se fait selon l'accord initial des parties ou à l'initiative ultérieure du débiteur, le prêt qui a dépassé l'échéance annuelle de l'origine de son principal, n'est imposable que pour une année à son remboursement. Plus encore et même en présence d'une volonté de reporter l'imposition, une dérogation de report d'une année

²²⁰¹ Ainsi et contrairement au régime de la Moudaraba qui est commandé par un Motif différent, le régime de l'Impôt retient la dominance du caractère immédiat des stocks imposables par rapport à leur caractère spéculatif en application de la source du Moyen de la jurisprudence malikite : voir supra § 405.

²²⁰² KHALIL IBN ISHAK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 118, § 55.

²²⁰³ Or ou argent.

²²⁰⁴ AL-DASŪQI محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 474-477, v. 1.

²²⁰⁵ Ce qui n'est pas le cas des biens loués ou à louer qui sont quand même destinés à la vente même s'il s'agit de parts dans l'indivision ou de titres sociaux de sociétés propriétaires de ces biens : voir SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 246 de la Maison de financement du Koweït.

²²⁰⁶ *Ibid.*, Fatwa n° 245 de la Maison de financement du Koweït.

supplémentaire après le remboursement sera accordée si l'origine des fonds prêtés n'est pas commerciale, comme un héritage, une indemnisation de préjudice ou la vente d'un actif non-imposable²²⁰⁷. Ce régime des prêts n'est évidemment pas applicable à la Holis pour ces opérations de financement intragroupe car l'approche d'imposition se fait en consolidé pour chaque contribuable ; il n'est donc retenu que pour les prêts aux tiers, comme les clients ou fournisseurs de la Holis. C'est dans ces conditions que les prêts sont imposés, avec les autres actifs soumis au régime monétaire ; cependant et avant leur remboursement, leur valeur est défalquée des éventuelles déductions fiscales qualifiées d'Empêchement de la Zakat.

472. Déductions de l'assiette monétaire. La dette, monétaire ou pas, n'est pas un Empêchement de l'Impôt pour les actifs agricoles et miniers, auxquels sont assimilés les trésors ; elle ne peut donc être déduite de l'assiette de ces actifs. Elle peut l'être uniquement dans le régime monétaire, pour l'imposition des métaux précieux d'or et d'argent, et ce qui leur est assimilé comme les monnaies, les stocks de marchandises, les créances et les prêts remboursés. Toutefois, cette déduction est conditionnée par l'absence de patrimoine excédentaire, non-imposable ou déjà imposé dans les catégories non commerciales, pouvant couvrir la valeur de cette dette. Ce patrimoine excédentaire aux besoins du contribuable peut être constitué d'actifs agricoles ou miniers²²⁰⁸, de trésors découverts, d'équipements de production ou de moyens de transport²²⁰⁹. Ce patrimoine comprend, même, les biens à usage personnel ; la seule limite étant celle du périmètre des biens invendables en cas de faillite, correspondant aux strictes Nécessités du débiteur sans aucun excès, comme sa maison ou ses vêtements. Sous réserve du respect de ces conditions, la déductibilité de l'assiette commerciale et monétaire devient possible pour les dettes, y compris celles relevant des revenus perçus d'avance pour des prestations de services non encore réalisées²²¹⁰. Ainsi, les données des dettes brutes de la Holis, doivent être accompagnées d'une valorisation de ses biens qui peuvent réduire ces dettes par compensation, qu'il s'agisse de biens déjà imposés sous les régimes agricoles ou miniers ou non-imposables quelles que soient leurs catégories d'actifs, comme les prêts à des tiers. C'est cette compensation des dettes brutes par la valeur de ces biens de la Holis qui permettra le calcul de ses dettes nettes déductibles de son assiette imposable

²²⁰⁷ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 437, 457, 468-469, 485, v. 1 ; pour les nuances avec la soft law concernant ce sujet de l'imposition des prêts ainsi que des créances commerciales et des placements court terme : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards, op. cit.* (note 1475), p. 878 § 5.1.4.1, 882-883 § 5.3.1 et 5.3.2, 885 § 5.3.4.13.

²²⁰⁸ KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 120 et 121, § 57.

²²⁰⁹ KHALĪL IBN ISHĀK et AL-HATTAB محمد أبو عبدالله بن محمد الحطاب, *op. cit.* (note 1857), p. 87, v. 3.

²²¹⁰ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 486-487, 489, v. 1.

dans la catégorie monétaire et assimilés. Pour éviter toute confusion, nous signalons que cette protection malikite stricte du droit des bénéficiaires de la Zakat, qui doit se refléter dans le reporting de la Holis, n'est pas nécessairement adoptée par la soft law de l'AAOIFI.

473. Comparaison avec le régime large de déductions de l'AAOIFI. Ce régime malikite de la déduction des dettes est fondamentalement différent des Normes de l'AAOIFI qui retiennent la déductibilité de la dette des consommables agricoles, comme les engrais, de l'assiette de la production végétale alors que cette catégorie n'admet aucune déduction dans le rite malikite. Plus encore, ces Normes admettent la déduction des dettes fournisseurs des stocks commerciaux en appliquant, le cas échéant, le ratio de ces stocks par rapport à l'actif total au montant global de la dette de l'institution si l'identification de la part de ces dettes fournisseurs correspondante aux stocks imposables s'avère difficile. Les Normes détaillent, ensuite, l'application de la règle de déductibilité qu'ils retiennent dans quelques cas spécifiques comme le capital du salam reçu, les charges consommées non payées, les avances sur prix de vente et les provisions, notamment pour la retraite des salariés²²¹¹. Ainsi, les stocks d'une entreprise florissante de commerce de détail qui place son cash-flow excédentaire dans des biens non-imposables, seront quand même non-imposable selon l'AAOIFI car ils sont financés par les fournisseurs alors qu'ils seront imposés normalement dans le rite malikite. Au-delà de l'imposition, cet exemple illustre la cohérence des Normes de l'AAOIFI avec le système de l'économie de crédit qui favorise le financement par la dette pour augmenter les actifs. En revanche, le rite malikite ne conçoit la dette qu'en dernier recours et ne lui accorde un avantage que pour l'emprunteur réellement dans le besoin. Un tel avantage peut s'illustrer par la déductibilité des dons dès qu'ils sont mis à la disposition de leurs bénéficiaires même si ceux-ci ne se sont pas encore présentés à l'encaissement²²¹². En effet, ces dons ont généré une dette en faveur de leurs bénéficiaires, déductible fiscalement ; ceci correspond à une autre compréhension des textes législatifs et des Motifs de droit qui n'admet la déductibilité de la dette que dans des cas limités bien justifiés. Voilà en ce qui concerne le reporting de la Holis relatif à l'Impôt islamique de solidarité ; un reporting qui constitue la base du paiement de la Zakat que ce paiement est effectué par les actionnaires de la Holis soumis à cet Impôt ou par la Holis elle-même dans certains cas.

²²¹¹ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, op. cit. (note 1475), p. 886, 889-893, § 5/4/5, 6/2/1, 6/2/3, 6/3/2-3, 6/3/8-9, 7/2/3, 7/3/6.

²²¹² AL-DASŪQI محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., op. cit. (note 1275), p. 466, v. 1.

B. Paiement de l'Impôt islamique par la Holis

474. **Détermination du contribuable.** Dans le domaine de l'Impôt de solidarité, le Sujet de droit est toujours une personne physique, comme nous l'avons vu dans le chapitre 1 du titre II de la première partie. Le responsable du paiement de l'Impôt est donc toujours une personne physique, même si cette personne agit pour le compte d'une autre personne physique ou morale en assumant une obligation légale ou contractuelle de gestion de patrimoine. Quant à l'identification d'un tel contribuable responsable pour un actif donné, elle se fait dans le malikisme en s'attachant à la qualité de propriétaire. C'est donc seulement quand un tel propriétaire est dessaisi de tous les attributs de la propriété d'un bien que la séparation de ce bien avec le reste de son patrimoine agisse véritablement comme un écran fiscal. Ainsi, le fondateur d'un trust qui ne respecte pas la condition d'autonomie de gestion de ce trust, ne peut profiter de la séparation du patrimoine agissant comme un écran fiscal et la totalité de son patrimoine demeure garante de l'impôt des actifs imposables de ce trust. Autrement, si le fondateur n'exerce aucun attribut de propriété sur les biens du trust, ni par aliénation ni par gestion, c'est le trust qui deviendra contribuable en supportant l'Impôt de son propre patrimoine. Ainsi, un trust dont l'actif est monétaire destiné à être prêté à des personnes dans le besoin, demeurera imposable, selon le régime des prêts, en supportant la charge de l'Impôt sur son propre patrimoine à moins que son fondateur n'assume volontairement cette charge²²¹³. Sur la base de ces éléments et au cas où un trust serait actionnaire de la Holis, cette dernière ne peut le considérer comme son interlocuteur en termes de fiscalité que si ce trust vérifie les conditions lui permettant d'être un écran fiscal vis-à-vis de ses fondateurs. Ces derniers doivent être alors forcément dessaisis des attributs d'aliénation et de gestion sur le patrimoine du trust. De même, c'est la propriété qui désigne le contribuable en cas de dépôt chez un tiers car le déposant demeure redevable tous les ans, avec éventuellement un report de paiement jusqu'à la récupération du dépôt si le contribuable n'a pas accès à sa trésorerie déposée et n'a pas d'autres disponibilités²²¹⁴. Dans tous les cas, la qualification déterminante du contribuable dont le patrimoine supporte l'impôt est celle de la propriété ; un principe applicable au trust et adaptable à la Holis, que sa gouvernance relève de la Wakala ou de la Moudaraba.

475. **Contribuable de la Holis Wakala.** Comme pour le dépôt, le propriétaire d'un patrimoine géré par un tiers demeure redevable de l'impôt de son patrimoine. En fait, même si ce propriétaire n'a pas accès à son capital géré, par Wakala, il doit payer à partir de son

²²¹³ *Ibid.*, p. 485, v. 1.

²²¹⁴ *Ibid.*, p. 457, v. 1.

patrimoine disponible. La seule exception où la perception est reportée correspond à l'impossibilité de connaître la composition ou la valeur du capital géré ; ce report concernera alors toutes les années d'ignorance de l'état de son patrimoine et ne sera pas réduit à l'imposition d'une seule année. Ce principe de propriété déterminant de la qualité de contribuable, s'applique en cas d'association dans une propriété dans l'indivision d'un actif imposable, avec l'imposition de chaque associé pour sa part. La seule exception concerne le cheptel géré en commun, même si les animaux sont identifiés par propriétaire, l'imposition se fera en consolidé par application du barème par palier dont nous avons parlé. À cette exception près et contrairement au patrimoine du trust, les actifs de la Holis Wakala sont imposables séparément au niveau de chacun des actionnaires, comme dans toute Moucharaka²²¹⁵. C'est pour cela que la Holis ne peut agir comme mandataire pour le paiement de l'impôt d'un actionnaire qu'à la condition que ce soit possible légalement et statutairement. Ce qui veut dire en pratique que l'actionnaire mandant doit disposer au préalable d'un compte courant créditeur chez la Holis capable de couvrir la charge de l'Impôt, peu importe que les fonds de ce compte courant proviennent d'un dépôt de son titulaire ou d'une distribution préalable effectuée par la Holis. C'est dans ce sens qu'un jurisconsulte malikite comprendrait les deux conditions succinctes de l'AAOIFI relatives d'une part, à la mention dans les statuts d'une société de ce service de mandataire pour le paiement de l'Impôt de solidarité de ses actionnaires et d'autre part, à la résolution de l'assemblée permettant d'engager tout paiement de cet Impôt²²¹⁶. Il va de soi que pour le calcul de l'impôt dû pour chaque actionnaire, la Holis ne doit déduire aucune dette de son assiette imposable car, comme on peut le supposer, le patrimoine compensatoire de chacun de ses actionnaires est suffisamment important pour couvrir les dettes en question. À moins que sur la base du reporting, son actionnaire mandant lui demande de déduire, de son assiette imposable, totalement ou partiellement sa part de la dette de la Holis. Le principe de la propriété déterminant le contribuable est donc applicable aux actionnaires de la Holis Wakala mais la question peut se poser pour la Holis Moudaraba dans laquelle, à l'image du fondateur d'un trust, l'actionnaire n'assume aucun rôle de gestion.

476. Contribuable de la Holis Moudaraba. Les deux régimes des activités commerciales s'appliquent à la commandite selon l'intention du commandité pour la destination des stocks de marchandises : à la spéculation, avec une imposition lors de la réception du produit de la vente, ou à la vente immédiate, avec une imposition annuelle basée

²²¹⁵ *Ibid.*, p. 439-440, 457.

²²¹⁶ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, op. cit. (note 1475), p. 871, § 2/2/1, b et c.

sur l'estimation de la valeur marchande. Toutefois, même si c'est une commandite de spéculation, son régime suit celui du commanditaire quand celui-ci est un commerçant de stocks immédiats dont l'assiette imposable est supérieure à l'assiette de la commandite. Chaque fois que le régime immédiat s'applique et en attendant la liquidation de la commandite, le paiement de l'Impôt sera fait sur la trésorerie propre du commanditaire et non pas sur le patrimoine de la commandite, sauf accord du commandité. Toutefois, si le commanditaire n'a pas accès aux données de la commandite permettant l'estimation de ses actifs, l'imposition annuelle pourra se faire par le commandité qui dispose des données en tant que gérant. Cette solution sera possible seulement si les deux parties se sont entendues à le faire, dans ce cas, un tel paiement sera une réduction du capital détenu par le commanditaire dans la commandite²²¹⁷. En l'absence d'un tel accord et comme pour la Holis Wakala, l'imposition annuelle sera reportée jusqu'à ce que le commanditaire dispose des données ou, le cas échéant, jusqu'à la liquidation de la commandite. Cette imposition retardée se fait en retenant pour les années passées l'assiette minimale des années en question, telle que révélée par leurs données, alors que l'année en cours sera toujours imposée selon les données réelles. Toutefois, l'imposition du commanditaire tous les ans pendant la période de la commandite sera réduite à une seule année, lors de la réception des fonds de dénouement de cette association, quand le but du commanditaire n'est pas de réaliser un bénéfice mais d'aider financièrement le commandité. Cette dérogation est ainsi accordée quand il s'agit d'un dépôt permettant au dépositaire, agissant comme un commandité, de travailler avec le capital en gardant la totalité de l'éventuel bénéfice sans fournir de garantie au déposant. Dans tous les cas, l'estimation constituant l'assiette de l'imposition annuelle due par le commanditaire est réduite de la part du commandité dans l'éventuel bénéfice quand il s'agit d'une imposition avant le dénouement. En revanche, l'assiette de l'année du dénouement sera une assiette réelle si les fonds reçus sont restés monétaires jusqu'à l'échéance ; autrement, l'imposition suivra la nature de chacun des actifs formant la base de ce dénouement convenue entre les deux parties. Quant au commandité, il sera imposé pour une année seulement sur sa part du bénéfice, lors de la liquidation de la commandite. Bien évidemment, ces régimes d'imposition séparée des deux parties à la commandite ne concernent que les actifs d'exploitation commerciale correspondant au BFR²²¹⁸ et aux liquidités. En revanche, les actifs agricoles sont imposés, dans tous les cas, selon le régime commun chaque année pour le cheptel

²²¹⁷ KHALİL IBN ISHĀK et AL-HATTAB محمد أبو عبدالله بن محمد الحطاب, *op. cit.* (note 1857), p. 83, v. 3 ; pour le régime en soft law relatif au payeur de la Zakat dans les commandites aussi bien commerciales qu'agricoles : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, *op. cit.* (note 1475), p. 877 § 5.1.3.2, 887 § 5.4.9.

²²¹⁸ Besoin en Fonds de Roulement.

et chaque récolte pour la production végétale. Le paiement est alors effectué par le commanditaire sur sa trésorerie propre sauf quand c'est impossible pour cause de son absence ; dans ce cas, le paiement par la commandite, en nature ou en valeur, devient inévitable et est considéré comme une réduction du capital du commanditaire²²¹⁹. À part ces cas exceptionnels, le principe donc est que le commanditaire soit le contribuable tant que la commandite n'est pas clôturée par un arrêt des comptes spécifiant la part de chacun dans le résultat. Ensuite, chacun est contribuable pour l'imposition de ce qu'il reçoit²²²⁰ en supposant, bien évidemment, qu'ils soient tous les deux musulmans²²²¹, ce qui n'est pas toujours le cas notamment en ce qui concerne le commandité²²²². Ainsi, le principe de la propriété pour déterminer le contribuable s'applique au commanditaire dans la Holis Moudaraba comme il s'applique au mandat de la Holis Wakala. L'application de ce principe dans le cas de cette thèse, où la Holis dispose des moyens de communication avec ses commanditaires qui peuvent la joindre à tout moment, fait que la Holis ne peut régler l'impôt annuel de ses actionnaires qu'avec l'accord du commandité gestionnaire. Quant à l'imposition de ce dernier, elle exige non seulement que la commandite soit dénouée mais également que le contribuable soit musulman. Cette dernière condition est requise dans tous les types de gestion, Wakala ou Moudaraba, et dans toutes les activités y compris l'extraction des minerais et des trésors.

477. Paiement de l'Impôt de l'activité minière et assimilés. Comme toute imposition, l'imposition des mines concédées ne concerne que les concessionnaires musulmans. En cas d'association entre plusieurs personnes dans la concession, chaque associé est imposable sur sa part. L'échéance de paiement de l'Impôt pour les trésors comme pour les produits miniers est leur extraction. Que ce soit pour les mines ou les trésors, les revenus fiscaux des impositions à 20% ne sont pas dédiés aux huit bénéficiaires, conformément au droit commun de l'Impôt, mais sont versés au Trésor public qui est libre de les utiliser dans tout œuvre d'intérêt général jugée opportune par l'État²²²³. Le régime de la destination de cette imposition à 20% suit donc le régime de tous les autres revenus de l'État ; notamment ceux provenant des mines, concédées ou pas, qui appartiennent toutes à l'État, comme on l'a vu²²²⁴. Ainsi au cas où la Holis satisfait les conditions précitées de prise en charge du paiement de l'Impôt, le montant dû au taux de 20% sera payé à l'État dans le territoire duquel a été effectuée

²²¹⁹ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 458, 477-479, v. 1.

²²²⁰ KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 119 et 120, § 56.

²²²¹ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 480, v. 1.

²²²² Voir supra § 403.

²²²³ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 457, 489, v. 1.

²²²⁴ Voir supra § 468.

l'extraction du minerai ou du trésor. Bien évidemment, ce paiement à l'État se fait seulement s'il est régi par la loi musulmane ; autrement et comme dans toute chose, la Holis se pliera à la réglementation fiscale en vigueur dans cet État. Quant aux bénéficiaires du paiement de l'impôt dû au taux de 2,5% de ses extractions, ils seront ceux du droit commun de l'Impôt de solidarité comme nous allons le rappeler.

478. Bénéficiaires de droit commun des paiements de l'Impôt de solidarité. À l'exception de cette imposition minière spéciale à 20%, les paiements d'Impôt effectués par la Holis doivent avoir comme bénéficiaires essentiellement les plus faibles et, dans une certaine mesure, les actions contribuant à la protection et au renforcement de la communauté musulmane²²²⁵. Les conditions que doivent remplir les bénéficiaires induisent une discrimination par la religion dont la licéité découle du caractère *intuitu personae* de l'affectation des libéralités. Cette discrimination ne devrait donc pas poser, en droit luxembourgeois régissant la Holis, la même problématique que celle de l'embauche ; sans oublier que même dans ce domaine, la Holis est qualifiée d'entreprise de tendance²²²⁶. Ce problème de discrimination se pose d'autant moins que la destination du paiement de cet Impôt, correspondant au lieu de sa distribution aux bénéficiaires, pourrait difficilement être le Luxembourg. Ceci veut dire que cette discrimination dans l'affectation de l'aide se passera ailleurs que dans le pays de domiciliation de la Holis et, probablement, ailleurs qu'en Europe. En effet, la région de paiement est celle du lieu d'imposition et de ses environs dans un rayon d'une soixantaine de kilomètres. Ce lieu d'imposition est celui de l'actif pour les produits agricoles et miniers. En revanche, pour les liquidités et les actifs commerciaux, c'est celui de la résidence du contribuable même si une partie de ses actifs commerciaux est située dans un lieu lointain. Ceci, en présence de bénéficiaires dans la région de paiement ; autrement, le paiement sera possible dans l'endroit le plus proche où il y a des bénéficiaires. Toutefois et même en présence de bénéficiaires dans la région d'imposition, il est Désirable de payer la majorité du montant dans la région la plus voisine où les bénéficiaires sont plus nécessiteux. En revanche, il est invalide de déplacer le lieu de paiement de l'impôt vers une région où les bénéficiaires sont moins nécessiteux comme il sera invalide de la payer à des non bénéficiaires même si le contribuable est de bonne foi, sauf si cette erreur sur les bénéficiaires a été faite par un mandataire et que le remboursement de l'indu s'est avéré impossible²²²⁷. Or, il est évident que notre Holis sera dans ce cas, car il ne sera pas efficace ni juridiquement, ni économiquement

²²²⁵ Voir supra § 238.

²²²⁶ Supra § 214.

²²²⁷ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 500-502, 504, v. 1.

qu'elle identifie elle-même les bénéficiaires. Le plus probable donc est qu'elle confie la distribution à une association compétente, ayant pignon sur rue, qui sera dûment déclarée pour éviter la double sanction pénale, de la Holis et de son dirigeant, prévue par la loi luxembourgeoise du 3 mars 2010 sanctionnant l'infraction de blanchiment de capitaux²²²⁸. La désignation d'un tel mandataire doit alors s'accompagner des instructions de distribution en fixant les montants consolidés par lieu : celui de l'éventuelle production agricole et minière de la Holis ou, pour les autres activités imposables, les régions de résidence de ses actionnaires contribuables ou des régions les plus proches ayant des bénéficiaires plus nécessaires. Il va de soi, que la Holis négocie au mieux les honoraires de ce mandataire, distributeur de l'Impôt, qu'elle prélève sur le montant de l'Impôt. Ce qui soulève la problématique des modalités et, notamment, la désignation du moyen de paiement.

479. Modalités de paiement. L'identification du meilleur mandataire pour faire parvenir l'Impôt de solidarité, payé par la Holis, aux bénéficiaires de cet Impôt en droit commun malikite, nécessite d'abord la désignation du moyen de paiement que nous avons supposé en numéraire. Effectivement, en jurisprudence malikite, le paiement monétaire correspondant à la contrevaletur de l'impôt en nature des régimes agricoles et miniers est Facultatif sauf pour la production animale où un tel paiement monétaire est Indésirable. Que ce soit pour ces deux domaines, agricoles et miniers, ou les autres domaines relevant du régime monétaire d'imposition, la dation en paiement de l'Impôt par des biens non monétaires est Facultative dans tous les régimes. La seule exception est celle relative à l'imposition du cheptel où une telle dation est Indésirable car la liquidation en nature de cet Impôt est toujours préférable. Il est donc possible pour la Holis d'effectuer un paiement monétaire pour tous les Impôts ; l'aspect Indésirable spécifique à la production animale peut même disparaître quand ce paiement monétaire est une exigence étatique. Quant à la date de paiement, il faudrait en toute rigueur définir la première échéance de l'Impôt relatif aux actifs de la Holis avant de définir les échéances périodiques ultérieures. Le Point de départ de l'échéance annuelle de l'impôt est déterminé par la date de la première vente commerciale avec contrepartie monétaire, car le troc ne fixe pas l'échéance²²²⁹. Ceci en ce qui concerne le commerce immédiat alors que pour le commerce spéculatif, ce point de départ est retardé jusqu'à ce que le chiffre d'affaires atteigne le minimum imposable²²³⁰. Le point de départ ainsi fixé suppose que le capital d'origine de la

²²²⁸ Supra § 160.

²²²⁹ Le concept de vente malikite est large car il comprend le troc mais dans ce cas précis, il s'agit vraiment d'une vente au sens du Code Civil français.

²²³⁰ AL-DASŪQI محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 448, 473, 502, v. 1.

Holis n'a aucune période d'arriéré d'Impôt ce qui signifie que les actionnaires de la Holis ont procédé à un paiement d'avance de leurs Impôts lors du versement de leur participation au capital de la Holis. Or, chez les malikites, le principe est que l'anticipation de l'impôt est Indésirable s'il s'agit d'un mois et Interdite au-delà²²³¹. Le détail de cette jurisprudence révèle que, pour les végétaux de la production agricole, l'anticipation du déplacement de la part de ces produits prévue pour le paiement vers le lieu de paiement est possible mais le paiement effectif avant le murissement, nécessaire à leur consommation, est invalide. Il est également invalide de payer d'avance l'Impôt des prêts ou des créances sur des débiteurs insolvable avant l'encaissement de leur remboursement, ainsi que celui des marchandises de spéculation avant l'encaissement de leur prix. Il en est de même pour l'anticipation du déplacement de l'impôt à payer vers des bénéficiaires à un autre lieu que celui de l'imposition, pour le cheptel et l'Impôt monétaire applicable aux liquidités et aux actifs commerciaux immédiats. En revanche, l'anticipation du paiement sur place ne devient invalide qu'au-delà du mois tout en étant Indésirable. Toutefois, le paiement d'avance doit être adopté quand les données manquent sur l'échéance annuelle de chaque partie d'un actif imposable ou sur tous les actifs ayant le régime de monétaire ; notamment lors des remboursements des dettes dont l'origine est non commerciale²²³². Avec les technologies de la gestion moderne permettant la connaissance en temps réel, ou au moins mensuellement, l'assiette de chaque actif imposable en volume et en valeur comptable, ce régime malikite ne posera pas de problèmes d'application à la Holis en supposant que le point de départ est le versement de son capital. C'est donc à ces actionnaires de régler l'imposition de leur fonds lors de leur versement du capital. Ceci signifie vraisemblablement que leur Impôt pour le cycle inachevé des fonds de chacun a été payé en avance en application soit d'un rite autre que malikite, soit du principe de la Nécessité au sein du rite malikite dont la mise en œuvre est toujours délicate²²³³. Avec ces règles permettant la contractualisation de la gestion du paiement de la Zakat par la Holis quand elle en a la charge, nous terminons les règles stipulées dans la charte relatives à la gestion de la fiscalité islamique.

²²³¹ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 125, § 60.

²²³² AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 470, 501-502 ; pour le régime en soft law concernant les paiements par dation, les paiements par le bénéficiaire, l'échéance de paiement de la Zakat, la substitution du paiement par l'investissement au profit des bénéficiaires, le paiement en valeur, le paiement hors région, le paiement à la date de l'arrêté annuel des comptes en année solaire de 365 ou 366 jours contre 354 en année lunaire avec une augmentation proportionnelle du taux d'imposition, l'imposition des placements en sukuk et fonds islamiques : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, *op. cit.* (note 1475), p. 874 § 3.2.3, 878 § 5.1.4.2-5.1.4.3, 880 § 5.2.4, 896-897 § 10.1-10.9.

²²³³ Les jurisconsultes malikites de la Zitouna ont toujours préconisé la première solution en suivant le rite hanafite quand ils n'osent pas appliquer au sein du rite malikite la deuxième solution fondée sur le principe de la Nécessité.

Nous pouvons alors aborder les règles à contractualiser pour assurer la gestion d'un autre service fonctionnel qui est chargé de l'intendance supportant l'activité opérationnelle M&A de la Holis.

Sous-section 2. Intendance préalable aux opérations M&A

480. **Métier du M&A.** Pour bien assumer son travail de support fonctionnel au métier opérationnel du M&A, le service de la Holis chargé de la veille du marché doit comprendre non seulement ce métier mais également les règles de la jurisprudence malikite qui lui sont applicables. Pour cette jurisprudence, le contrat de vente²²³⁴ est soumis à des Conditions de validité et des Conditions d'exigibilité ou de caducité²²³⁵. Ce sont les Conditions de validité, au nombre de six²²³⁶, qui sont les plus pertinentes pour examiner la conformité du contenu de la charte de fusion-acquisition qui régle le processus de ce métier dont une partie, de nature fonctionnelle, est souvent déléguée à un service support d'intendance fonctionnelle. Or, la compréhension de ce processus dans l'environnement européen commence par le décryptage de sa terminologie anglo-saxonne, souvent utilisée par les professionnels en Europe. Dans cette terminologie, une opération « M&A²²³⁷ » est un rapprochement d'entreprises aboutissant à une seule personne morale par fusion « Merger », ou à deux personnes morales²²³⁸ par « Acquisition ». La partie à l'opération qui prend le contrôle est le cessionnaire²²³⁹ alors que la partie qui se désengage est le cédant²²⁴⁰ ; chacune de ces deux parties pouvant être à l'origine de l'opération. Quand c'est le cessionnaire qui est l'initiateur du premier contact, le cédant choisit souvent que l'offre à la vente de son entreprise se fera à ce cessionnaire potentiel, dans une approche « One to One ». Cependant et même dans ce cas, le cédant peut décider que son offre de cession soit simultanée, par « Open Bid », à une liste de cessionnaires potentiels figurant sur une « Short-List », fréquemment préparée par son « Deal Maker ». Le cessionnaire, de son côté, peut également se faire aider par son propre « Deal Maker » pour rassembler sa sélection des cibles potentielles, par un processus de filtrage en fonction de ses critères, dans une liste dénommée « Screening » Short-List ou « Target » Short-List. Le « Deal Maker », dont

²²³⁴ Dont nous examinerons la qualification en infra § 500.

²²³⁵ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1963-2002, v. 5.

²²³⁶ Une relative au discernement des contractants et les cinq autres concernent les contreparties que sont la chose et le prix qui doivent être des biens juridiques, pures et utiles dont la livraison est possible et qui sont connus en nature, quantité et qualité : voir infra § 487-490, 494-495, 499.

²²³⁷ Tous les termes entre guillemets correspondent à la terminologie anglo-saxonne du métier de M&A. La grande majorité de ces termes figure dans THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 261-273.

²²³⁸ L'une détenant l'autre.

²²³⁹ Ou acquéreur ou, encore, acheteur.

²²⁴⁰ Ou vendeur.

il est question, que ce soit côté cédant ou côté cessionnaire, est un intermédiaire, comme une banque d'affaires, recruté en général après une réunion d'offre de service, « Pitch », que ce Deal Maker anime afin de mettre en valeur son apport. Si ce Pitch est concluant, le Deal Maker obtient alors un mandat, avec souvent une mission *clé-en-main* couvrant tout le processus, du premier contact à la réalisation. En contrepartie, ce Deal Maker reçoit des d'honoraires dont la partie ferme correspondant à un montant fixe, le « Retainer », est payée dans tous les cas alors que la commission conditionnelle, le « Success Fee », n'est payée qu'en cas de réalisation. Ce Success Fee est souvent variable mais, en toute rigueur, il varie dans le même sens que le prix de l'opération en cas de mandat du cédant et dans le sens contraire en cas de mandat du cessionnaire. Voilà en ce qui concerne la terminologie ; quant au fond, il dépend de la nature de l'opération M&A qui peut être une fusion ou une acquisition. Cette dernière étant probablement la forme la plus pertinente à notre sujet, il importe de la qualifier notamment dans le cas de cession de contrôle qui caractérise l'activité M&A de la Holis.

481. Qualification de la cession de contrôle d'une société cible. Le contrôle n'induit pas un régime autonome de la cession de contrôle par rapport à la cession de titres sociaux en général. Ainsi et même si les finalités et les considérations économiques sont proches, la cession de contrôle ne peut juridiquement être assimilée à une cession de l'entreprise, par ses actifs, qui ignore l'écran de la personnalité morale détenant ladite entreprise²²⁴¹. Toutefois, la sécurité juridique impose que le régime de la cession de contrôle dispose de règles appropriées, fruits du champ vaste de la liberté contractuelle, qui viennent s'ajouter au régime de toute cession de titres sociaux²²⁴² dont la nature est également contractuelle, quel que soit le droit applicable. En droit français, par exemple, cette cession est soumise aux principes généraux du droit des obligations et aux dispositions particulières du contrat spécial de la vente, auxquels viennent s'ajouter les règles applicables des droits spéciaux, issues notamment du droit des sociétés²²⁴³. Toutefois et malgré la clarté de l'article 529 du Code civil qui, par la détermination de la loi, qualifie les titres sociaux de biens meubles²²⁴⁴, une certaine critique considère ces derniers comme un ensemble de droits et obligations correspondant à la position contractuelle de l'actionnaire dans le contrat de société de l'entité émettrice de ces titres. Selon cette doctrine, les titres sociaux ne peuvent donc faire l'objet d'une vente mais d'une cession de contrat, même si une telle qualification est considérée

²²⁴¹ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 236.

²²⁴² MASSART, *op. cit.* (note 2170), p. 697-699.

²²⁴³ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 233.

²²⁴⁴ Toujours dans sa version de 1804.

par de grands auteurs comme un « faux exemple ». Cette analyse reproche à la vente son exigence d'une contrepartie monétaire payée par le cessionnaire alors qu'il est possible non seulement que cette contrepartie ne soit pas monétaire mais en plus qu'elle soit payée par le cédant²²⁴⁵. Cependant, que cette cession soit qualifiée de vente ou de cession de contrat²²⁴⁶, la pratique en Europe continentale comme ailleurs a convergé vers l'adoption d'un contrat détaillé à l'anglo-saxonne que le droit commun des contrats suffit à rendre efficace. Pour le malikisme, les arguments de la critique précédente réfutant la qualification en contrat de vente ne tiennent pas non plus. En effet, le régime malikite n'appliquera pas le régime de la vente d'actifs mais celui de la cession de dettes²²⁴⁷ si le cédant est dans une situation où il doit assumer totalement ou partiellement le passif de la cible au point de proposer au repreneur de cette société en difficulté une compensation supplémentaire. Une telle situation n'a cependant qu'un intérêt théorique car elle ne correspond pas à la stratégie et aux critères de la Holis dans son choix de la cible. Quant à l'argument de la critique reprochant au régime de la vente de ne pas accepter une contrepartie non monétaire au transfert de la propriété des titres sociaux, un tel argument n'est pas opposable au régime malikite de la vente qui, au sens du droit français, comprend la vente et l'échange²²⁴⁸. En toute cohérence avec la pratique européenne, la jurisprudence malikite qualifiera donc la cession de contrôle comme une vente portant sur un bien juridique complexe à responsabilité limitée dont l'actif principal non monétaire détermine le régime d'un tel contrat de vente comme on l'a vu²²⁴⁹. Toutefois, cette qualification de la chose en bien complexe exigera plus de soin dans la rédaction de ce contrat de vente afin de respecter les conditions malikites de validité. Un soin qui peut nécessiter, en plus du Deal Maker, l'intervention d'autres acteurs comme les banquiers, les experts comptables et surtout les avocats qui contribuent aussi bien à la préparation qu'à la réalisation de l'opération. Cette préparation, relevant de l'intendance fonctionnelle, est incluse dans les travaux préalables à la transaction que nous examinons dans la présente sous-section. Elle permet essentiellement aux parties de disposer des éléments d'appréciation suffisants pour entamer la négociation des conditions de la transaction qui marque le début de la phase de réalisation que nous examinons en section 2.

²²⁴⁵ Sandie LACROIX - DE SOUSA, *La cession de droits sociaux : à la lumière de la cession de contrat*, Paris : Fondation Varenne, 2010 (Collection des thèses / Fondation Varenne, 37), p. 407-409.

²²⁴⁶ Une notion qui a bénéficié, après la thèse précitée de 2010, de l'introduction d'un régime général par la réforme de 2016 du Code civil (articles 1216 à 1216-3).

²²⁴⁷ Voir infra § 546-547.

²²⁴⁸ Voir infra § 500.

²²⁴⁹ Voir supra § 384-386, 424.

482. **Récolte d'information sur les cibles potentielles.** Les travaux fonctionnels préalables à l'exercice du métier du M&A découlent du descriptif de ce métier que nous venons de faire. Ainsi, la collecte d'information sur les entreprises pouvant être offertes à la vente est un préalable et constitue *le nerf de la guerre*. Toutes les sources, *acceptables* dans les usages, sont évidemment les bienvenues car il s'agit de rassembler le maximum d'informations. Cependant, on distingue l'information de nature externe de celle de nature interne²²⁵⁰. La première comprend les informations publiques ainsi que celles recueillies auprès des banques et de tous les acteurs de cette véritable industrie de service que constitue le M&A ; c'est ce genre d'information qui constitue la base essentielle du travail préalable de prospection (A). Ce travail, qui n'exige pas que la Holis déclare ses intentions aux cédants potentiels, aboutit en général à une liste restreinte de candidates à l'acquisition, la Target Short-List. Pour aller au-delà dans la récolte d'information, il faut alors se déclarer pour pouvoir accéder à certaines informations de nature interne qui peuvent, soit infirmer l'intérêt de cette cible, soit, au contraire, confirmer cet intérêt ce qui incitera la Holis à aller plus loin en débutant un processus de préparation de la transaction (B).

A. Prospection des cibles

483. **Problématique du filtrage des cibles de private equity.** Pour la Holis, le Screening a une signification particulière qui consiste à identifier les sociétés cibles qui respectent le « filtrage islamique²²⁵¹ ». Cette problématique est proche de celle que rencontrent les fonds islamiques, à la différence près que ces derniers adoptent la soft law pour la résoudre, notamment en ce qui concerne les opérations financières illicites en droit islamique. C'est ce que retiennent les recherches dans ce domaine, comme nous l'avons indiqué en introduction. Ainsi et au-delà du test de licéité de l'activité, Matri indique que la sélection de la cible bénéficie de la tolérance, admise par la majorité des comités charaïques, d'un revenu illicite ne dépassant pas 5% du chiffre d'affaires²²⁵². En plus, le ratio des dettes financières par rapport à la capitalisation ne doit pas dépasser un plafond entre 33 et 40%, selon les Fatwas. Il en est de même des actifs financiers qui doivent respecter un ratio de 30 à 33% de la capitalisation et jusqu'à 70% du total des actifs, sans que les intérêts ne dépassent 5% des revenus²²⁵³. Contrairement à ces fonds, la Holis respecte une conformité de hard law qui est moins tolérante

²²⁵⁰ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 241, § 1384.

²²⁵¹ Cekici, I. : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 273, § 516, note bas de page n° 942.

²²⁵² *Ibid.*, p. 171, § 326.

²²⁵³ *Ibid.*, p. 173, § 328-329.

dans l'usage du principe de Nécessité comme on l'a vu²²⁵⁴. De plus et s'agissant d'une holding de contrôle, la Holis peut agir sur la cible après son acquisition pour la rendre tout-à-fait conforme, ou presque. En général, ce contrôle permet d'éviter de faire 5% du chiffre d'affaires dans les activités illicites et de travailler avec des intérêts financiers, aussi bien en tant que payeur de rémunération de crédits qu'en tant que receveur de produits de placements. Toutefois, l'investissement en private equity constitue un trait commun entre notre Holis, de conformité malikite, et les fonds islamiques, de conformité de soft law. C'est pour cela que dans les deux cas, il est nécessaire de mettre en place une veille du marché du M&A car, plus on est au courant de ce qui se passe dans ce marché, meilleure sera la liste des cibles potentielles.

484. **Marché du M&A.** Notons d'abord que le private equity, intéressant la Holis, n'est qu'un segment au sein du marché mondial du M&A dont la valeur est entre 5 et 6 trillions de dollars, soit environ 6% du PIB mondial, pour un nombre de transactions entre 750 et 850 mille. Les deux tiers de ces transactions sont des micro-opérations de valeur moyenne de 100 mille dollars, totalisant mondialement 50 milliards, alors que le quart est constitué d'opérations « middle market » dominées par la private equity avec une valeur moyenne de 4 millions, correspondant à un total mondial de 800 milliards. Le solde est réservé aux grandes opérations, les « deals », dont le nombre d'opérations varie selon les périmètres des données des différentes sources entre 50 et 100 mille pour des valeurs mondiales respectives entre 3,6 et 4,9 trillions de dollars. Le premier périmètre est dominé par les sociétés cotées avec une valeur moyenne de 70 millions par opération ; en revanche, le deuxième périmètre inclut probablement 50 mille opérations supplémentaires correspondant aux grandes opérations de private equity avec une valeur moyenne de 25 millions de dollars par opération²²⁵⁵. C'est dans ce dernier segment, dédié aux grandes opérations de private equity, que se situeraient vraisemblablement les opérations de la Holis ; bien que sa valeur totale soit plus petite que celle du premier segment dédié aux sociétés cotées, ce segment est le plus dynamique. En effet, continuant son rythme modéré de croissance grâce à la poursuite de concentrations des grandes sociétés cotées, le premier segment atteint un volume mondial représentant 5% du PIB²²⁵⁶, ce qui à mon avis devrait représenter également 5% de la capitalisation mondiale, estimée entre 80% et 120% du PIB²²⁵⁷. En revanche, le deuxième segment, représentant environ 1% du PIB en 2017, bénéficie d'une

²²⁵⁴ Voir supra § 317-332.

²²⁵⁵ Approximations faites à partir des données de THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 41-44.

²²⁵⁶ *Ibid.*

²²⁵⁷ <https://www.businessbourse.com/2017/11/04/la-capitalisation-boursiere-mondiale-vient-datteindre-un-nouveau-sommet-historique/>

croissance²²⁵⁸ telle que son volume est estimé entre 2 et 3% du PIB en 2019²²⁵⁹. Formant la majorité du volume des investissements directs étrangers, le marché de M&A devient une source importante de la modernisation de l'économie en suivant une stratégie de spécialisation et de « recentrage des entreprises sur leur cœur de métier²²⁶⁰ ». Ainsi, un groupe spécialisé dans la fabrication de produits laitiers hésiterait à se diversifier en d'autres produits alimentaires ne présentant pas de synergie avec sa spécialité. Cette spécialisation devrait donc être la voie à suivre par la Holis²²⁶¹ pour mieux satisfaire son but lucratif, qui demeure très important malgré l'impératif de conformité²²⁶². Cette stratégie économique de la spécialisation, constatée par Thomas, est d'autant plus justifiée qu'elle s'appuie sur un support théorique solide.

485. Justification économique de la spécialisation. Dans son étude sur le Capital Asset Pricing Model, le professeur et Prix Nobel Bill Sharpe disait que, contrairement au risque lié au marché, le risque spécifique d'une entreprise n'affecte pas le niveau de rentabilité exigé par son propriétaire²²⁶³. En effet, ce risque intrinsèque « non rémunéré²²⁶⁴ » sera supprimé par la diversification du portefeuille d'investissements du propriétaire. Cette affirmation demeure valable dans un environnement sans dette ou avec restrictions sur l'endettement²²⁶⁵ conformément à la version étendue de ce modèle d'évaluation. Sur la base de ce type de théorie financière, l'intérêt de l'actionnaire commande donc qu'une entreprise ayant développé une expertise dans un certain domaine ne se disperse pas en se lançant dans une diversification réduisant son risque spécifique, puisque cette diversification est mieux réalisée au niveau plus élevé du portefeuille global de son investisseur. Au contraire, il faudrait que cette entreprise se concentre sur ce qu'elle sait faire en essayant de surperformer les concurrents de son secteur d'activité. Cette stratégie s'appliquerait donc à une holding de contrôle qui est gérée par une petite équipe d'experts fructifiant une partie du capital d'investisseurs dont les portefeuilles sont diversifiés. C'est pour cela qu'il serait judicieux pour la Holis de se spécialiser dans des activités présentant une certaine synergie entre elles. Cette spécialisation faciliterait la création de valeur au sein de la Holis dans une perspective de sa cession à terme en tant que groupe cohérent, en bourse ou à un autre groupe plus grand appartenant à la même spécialisation. Cette

²²⁵⁸ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 41-44.

²²⁵⁹ Dans un marché mondial de private equity 2017 de 1,3 \$ trillions en croissance avec un potentiel de 2 \$ trillions en 2019 : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/ma/le-private-equity-mondial-pret-a-detroner-la-bourse-995394>

²²⁶⁰ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 44.

²²⁶¹ Voir supra § 464.

²²⁶² Supra § 30.

²²⁶³ SHARPE, *op. cit.* (note 1590), p. 168.

²²⁶⁴ Pierre VERNIMMEN, *Finance d'entreprise 2010*, Paris, France : Dalloz, 2009, p. 475.

²²⁶⁵ SHARPE, *op. cit.* (note 1590), p. 173-176.

stratégie est également bénéfique dans une perspective d'actionnariat stable qui profite des résultats récurrents que ferait cette holding de contrôle spécialisée. Dans ces conditions et par rapport aux fonds islamiques qui choisissent rarement de se focaliser sur un secteur d'investissement étroit²²⁶⁶, la Holis aura donc une tâche de ciblage simplifiée par la spécialisation rendant la vérification de la conformité de ses acquisitions potentielles plus aisée.

486. Détermination des activités de la liste brute des cibles de la Holis. La spécialisation de la Holis dont nous venons de parler est probablement inscrite, en termes généraux, dans ses statuts en constituant l'essence de son objet social. C'est en visant ce secteur de spécialisation que la collecte d'information externe doit être orientée en commençant, d'abord, au niveau global de ce secteur, et ensuite, au niveau des entreprises intéressantes qui le composent. Ainsi, les chambres de commerce peuvent renseigner la Holis sur les principaux acteurs et les données globales du secteur en question, sans occulter les éventuelles conventions collectives qui s'appliquent en fonction de l'activité principale de l'entreprise ciblée. Ainsi identifiés, les principaux acteurs du secteur peuvent faire l'objet d'une recherche personnalisée auprès du greffe du tribunal de commerce afin d'obtenir un K-bis et des copies intégrales des principaux documents déposés, comme les statuts, les procès-verbaux des AG ainsi que les comptes et les rapports annuels. Le greffe permet également de se renseigner sur les sûretés consenties sur les actifs de la société, notamment en matière de nantissement de fonds de commerce. Ce travail peut être complété auprès des services de la publicité foncière des lieux des biens fonciers de chaque cible, ce qui permet de connaître l'état des hypothèques et servitudes éventuelles de ces biens. L'I.N.P.I.²²⁶⁷ pourra également être consulté pour connaître les brevets et marques déposés ou exploités par chacune des entreprises étudiées²²⁶⁸. En plus de ses sources publiques, qui existent sous une forme ou une autre dans chaque pays européen, des sociétés spécialisées permettent non seulement d'analyser les données publiques ainsi récoltées mais également de réaliser une véritable étude du marché visé par la spécialisation de la Holis. C'est la compréhension de ce marché qui restreindra le ciblage à des entreprises particulières ou, au moins, à des niches intéressantes de ce marché occupées par diverses PME. Sur la base de ce focus, le réseau bancaire de la Holis et en particulier sa banque d'affaires, peut identifier les cibles dont la cession est soit déjà envisagée par les propriétaires, soit envisageable selon

²²⁶⁶ Cette pratique des fonds d'investissements n'a pas de fondement légal car l'obligation de diversification qui leur est imposée leur interdit le contrôle mais ne leur interdit pas la spécialisation. Une telle pratique ne peut être économiquement justifiée que si ces fonds ciblent de petits investisseurs qui les utilisent comme véhicule de portefeuilles diversifiés d'investissement.

²²⁶⁷ Institut National de la Propriété Industrielle.

²²⁶⁸ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 242-243, § 1386-1394.

l'appréciation des banquiers ou des autres acteurs du M&A. Ce travail aboutit ainsi à une première liste de cibles, la liste « brute », avec des indications précises des activités de chacune de ces cibles. Le passage de cette liste brute à la fameuse *Target Short-List* se fera alors par un filtrage qui élimine les entreprises dont les activités pertinentes ne respectent pas les règles de conformité de la Holis.

487. Conditions de conformité de l'activité de la cible. L'activité commerciale de la cible peut être non-conforme soit parce que cette activité en elle-même est Interdite, comme le jeu de hasard, soit parce que la chose, objet des ventes pratiquées par cette activité, est Interdite à la vente car elle ne remplit pas les conditions de validité. Le premier type de non-conformité, où l'activité elle-même est interdite, peut être également illustré par la pratique du Riba quantitatif ou du Riba temporel sur les monnaies et les denrées stratégiques comme nous l'avons déjà annoncé²²⁶⁹ et comme nous le détaillerons au chapitre suivant²²⁷⁰. Quant au deuxième type de non-conformité, il concerne les activités commerciales qui pratiquent la vente de choses expressément illicites, impures ou inutiles, en violation des conditions de validité relatives à la nature de la chose vendue²²⁷¹.

488. Qualité de bien juridique de la chose vendue. Parmi les cinq principes de conformité cités par Matri²²⁷² figure la prohibition de l'investissement dans les actifs illicites. En terminologie malikite, cette licéité est prise dans le sens de la qualification de la chose en bien juridique, ce qui veut dire qu'elle n'est pas expressément exclue du commerce comme le vin. Ensuite, l'Analogie permet d'aller au-delà de ce genre d'exemples bien connus en excluant toute autre substance qui partage la Cause d'interdiction de l'une des choses expressément exclues, comme nous l'avons indiqué pour la Drogue qui partage avec l'alcool la Cause de l'ivresse²²⁷³. En outre, ces substances de nature inerte causant l'ivresse sont également impures et peuvent, donc, souiller par contamination des matières²²⁷⁴ qui étaient originellement pures. De plus, les recettes du commerce par un musulman de ces substances Interdites, comme le vin, ne peuvent qu'être données aux pauvres ; il est notamment Interdit aux vendeurs musulmans

²²⁶⁹ Voir supra § 267.

²²⁷⁰ Voir infra § 537-538.

²²⁷¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1968-1977 ; KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 1-5, § 173-175 ; KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), § 2 et s, 80, 85 et s ; KHALĪL IBN ISHĀK et PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 3), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, *op. cit.* (note 1711), p. 178-188, § XIII.I.3.

²²⁷² « l'interdiction du riba ; le partage des profits et des pertes entre tous les partenaires ; l'interdiction de l'aléa ; l'existence d'un actif sous-jacent et l'interdiction d'investir dans des actifs illicites » : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 201, § 373.

²²⁷³ Voir supra § 247.

²²⁷⁴ Notamment liquides.

d'accepter un prix d'une vente licite provenant des recettes d'un commerçant musulman du vin. En revanche, si le commerçant de vin est non-musulman, l'acceptation par un musulman d'un prix provenant des recettes de ce commerçant est seulement Indésirable²²⁷⁵. Toutes ces règles s'appliquent aux choses illicites par Analogie aux Interdictions législatives dont la Cause ou le Motif est compréhensible²²⁷⁶ ; dans le cas contraire, l'Analogie n'est plus possible évidemment ce qui induit que seule la chose expressément Interdite par le texte législatif demeure illicite, même si elle est à la fois pure et utile²²⁷⁷.

489. Test de la pureté de la chose vendue. La pureté de la chose est exigée afin de satisfaire le Motif législatif de perfectionnement de la vente²²⁷⁸. La chose sera impure si c'est une souillure ou contient une souillure impossible à enlever à moins que ce ne soit sans excès et d'un genre difficile à éviter²²⁷⁹. Une chose, initialement pure, salie par une souillure peut redevenir pure par un nettoyage à l'eau propre²²⁸⁰. Les souillures en question sont détaillées dans les références malikites²²⁸¹ mais la Nécessité et l'utilité peuvent constituer des dérogations valables²²⁸² moyennant l'information lors de la conclusion du contrat et le respect des précautions d'utilisation consistant à éviter les lieux et les moments inappropriés. C'est ainsi que les ordures et les huiles d'éclairage souillées peuvent être vendues²²⁸³. Comme peuvent l'être a fortiori les aliments purs, d'origine non animale, comme les légumes, ou provenant d'animaux vivant essentiellement dans l'eau ou dans l'air, comme la chair de poissons ou de pigeons. Quant aux animaux terrestres et outre ceux comme le cochon²²⁸⁴ dont la viande est spécifiquement Interdite, seuls ceux à sang circulant sont soumis à un abattage ou à une chasse

²²⁷⁵ KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 178, § 85.

²²⁷⁶ Voir supra § 259.

²²⁷⁷ Comme le chien dont la propriété ne peut être transférée que par don : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1977 ; KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 2, § 174.

²²⁷⁸ C'est donc un Embellissement correspondant à un besoin de troisième ordre contrairement à la licéité de la vente elle-même qui est une Nécessité de premier ordre : Voir supra § 215.

²²⁷⁹ KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 23.

²²⁸⁰ Cette pureté de l'eau étant définie selon certains critères avec des dérogations en cas de manque d'eau (comme dans le désert) : voir *Ibid.*, p. 19-20.

²²⁸¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 92-121 ; KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 21-23, § 3.

²²⁸² Ces dérogations suivent le principe général qui s'applique aux Interdits pour la qualité de la chose et non pas pour sa nature. En sens inverse, ce qui est permis pour sa qualité, non pas pour sa nature, peut être Interdit pour une raison valable : voir QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 849, § 137.

²²⁸³ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1976-1977.

²²⁸⁴ Ou, encore, celui de l'âne ou du cheval domestiques (mais avec une hésitation de la jurisprudence avec le caractère Indésirable, voire Facultatif) ainsi que de l'animal venimeux. En revanche, il est Indésirable de consommer la chair des animaux qui peuvent attaquer l'homme y compris celle des chiens et chats : voir KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 180 et 182-183, § 86-87 ; KHALĪL IBN ISHĀK' AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1863), p. 461, v. 2.

respectant certaines règles par une personne ayant une religion du livre²²⁸⁵. Autrement, les cadavres d'animaux terrestres à sang circulant morts en dehors de ces procédés rituels deviennent Interdits à la vente²²⁸⁶. En plus des exceptions à la pureté mentionnées dans la liste précédente, sont considérées comme souillures certaines matières secrétées par les corps vivants purs et plus spécialement le corps humain²²⁸⁷. Pour le reste, tout ce qui n'est pas interdit est autorisé en application du principe de l'intérêt général relatif à « la préservation de la liberté d'actions²²⁸⁸ ». Cependant, le respect de cette condition de pureté par un bien juridique ne suffit pas à le rendre vendable car il faut, en plus, qu'il soit utile.

490. Test de l'utilité de la chose vendue. La chose sera inutile si, évidemment, elle ne présente aucun intérêt dans les usages ; ainsi, sa présentation à la vente est Interdite car elle ouvre la porte à la tromperie²²⁸⁹. Elle sera également considérée comme inutile si le vendeur sait lors de la conclusion du contrat que la chose est destinée à une activité légalement contraire à l'intérêt général comme la diffusion de boissons alcoolisées, de jeux de hasard²²⁹⁰ ou de pratiques pornographiques. De même, la vente d'armes à des ennemis, ou pour alimenter une guerre civile injuste, est considérée comme une activité contraire à l'intérêt général²²⁹¹. Qarafi ajoute qu'une chose ne pourra pas faire l'objet de l'attribut de propriété si elle ne procure aucune utilité ou si elle procure, par nature, une utilité Interdite²²⁹². Ce sont ces trois conditions, relatives au caractère de bien juridique, à la pureté et à l'utilité de la chose vendue qui, ajoutées à la licéité de l'activité elle-même, déterminent la liste restreinte des cibles dont l'activité est conforme. Par conséquent, cette procédure de filtrage doit être contractualisée dans la charte de l'intendance M&A qui balise le processus de gestion fonctionnelle suivi jusqu'à l'obtention de la Target Short-List. Cette dernière permettra, alors, à la Holis d'approcher les propriétaires de chaque cible de cette liste avec l'objectif de voir dans quelle mesure pourrait débiter le travail préparatoire d'une éventuelle transaction M&A.

²²⁸⁵ KHALİL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 177-180, 182, § 85-87.

²²⁸⁶ KHALİL IBN ISHĀK' et PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 1), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, *op. cit.* (note 1349), p. 15.

²²⁸⁷ KHALİL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 21-22.

²²⁸⁸ Voir *supra* § 221, 237.

²²⁸⁹ En confondant par exemple des vers de terre sans utilité avec ceux utilisés pour la pêche et dont la vente est autorisée : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1977.

²²⁹⁰ KHALİL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1260), p. 219, § 106 et note bas de page n° 2.

²²⁹¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1973.

²²⁹² De même, on ne peut prétendre au droit de propriété si ce droit appartient déjà à un tiers : voir QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1023.

B. Préparation de la transaction

491. **Phase de préparation usuelle d'une opération M&A.** Dans l'intendance préalable dont nous examinons la contractualisation dans la charte fonctionnelle, la préparation d'une opération M&A se focalise essentiellement sur la cible qui constitue l'objet de la cession. Or, dans ce domaine, le cédant dispose déjà des éléments nécessaires pour apprécier ce qu'il vend ; en revanche, le cessionnaire a besoin de compléter ses données afin d'être à même d'apprécier l'objet et les conditions de la cession. La communication de ces données relatives à la cible se fera, dans l'approche One to One, à la demande et d'une façon ad hoc alors que dans l'Open Bid, elle se fera via une « Data Room²²⁹³ ». Cette dernière désigne la base de données de la cible mise à la disposition des acquéreurs potentiels, sur support papier ou support électronique, par le cédant après la signature d'un accord de confidentialité, connu par le sigle « NDA²²⁹⁴ ». L'offre Open Bid est souvent synthétisée par le Deal Maker du cédant dans « l'Info Memo²²⁹⁵ » avec une présentation des cadres clés et des indicateurs importants de performance « KPIs », sur la base d'un audit « VDD²²⁹⁶ » effectué par le cédant²²⁹⁷. La Short-List qui conditionne l'accès à la Data Room et, éventuellement, à l'Info Memo est une présélection de cessionnaires potentiels²²⁹⁸ sur la base d'une déclaration d'intérêt qui est parfois une réponse à la « Teasing Letter²²⁹⁹ » confectionnée également par le Deal Maker du cédant. La déclaration d'intérêt du cessionnaire peut alors prendre la forme d'une offre non engageante, la fameuse « Non-Binding Offer ». Cependant et quelle que soit la forme de la déclaration d'intérêt, c'est seulement quand elle retient l'attention du cédant que le cessionnaire potentiel peut vérifier certaines données de la cible par un audit polyvalent de la cible, couvrant des aspects allant du comptable au juridique en passant par le fiscal et le technique. Le périmètre de cet audit de « Due Diligence²³⁰⁰ » est variable en fonction des contraintes de coût et de temps. Il en est de même de la liberté d'accès aux données brutes qui est, également, variable en fonction de l'avancement de l'engagement du cessionnaire qui peut aller jusqu'à une première

²²⁹³ Tous les termes entre guillemets correspondent à la terminologie anglo-saxonne du métier de M&A. La grande majorité de ces termes figure dans THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 261-273.

²²⁹⁴ « Non-Disclosure Agreement ».

²²⁹⁵ « Information Memorandum ».

²²⁹⁶ « Vendor Due Diligence ».

²²⁹⁷ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 261-273.

²²⁹⁸ Voir supra § 480.

²²⁹⁹ Ou « Teaser », voire « Blind Flyer ».

²³⁰⁰ Que l'on pourrait également définir, à la manière de Ceddaha, comme étant « un audit complet de l'entreprise à acquérir couvrant les aspects opérationnels, techniques et financiers (y compris comptables et juridiques) sur la base de documents communiqués par le vendeur, de visites aux sites de l'entreprise et de réunions avec son équipe de management » : voir CEDDAHA, *op. cit.* (note 112), p. 185, 200, 225 et s.

offre engageante, la « Binding Offer », conditionnée par plusieurs réserves mais indiquant, quand même, une certaine valorisation. Cette dernière fait appel à plusieurs techniques financières dont la principale est le « DCF²³⁰¹ » correspondant à l'actualisation des flux nets futurs de trésorerie, après déduction de tous les emplois nécessaires à la continuation de l'activité en tant que « Going Concern²³⁰² » ayant le caractère de « Stand Alone », c'est-à-dire autonome, par rapport à son ancien propriétaire. C'est, donc, cette partie disponible des flux, « Free For Shareholders », qui sera actualisée, mais une telle valorisation comprend l'impact des dettes rémunérées, « Interest Bearing ». Par opposition à cette valorisation, dite financière, la valorisation économique de la cible sans dettes se fait par « Deleveraging » signifiant la suppression de l'effet sur les flux du levier des dettes rémunérées. Ceci induit la révision également du taux d'actualisation en supprimant dans l'indicateur de risque *béta* de la cible, le « Leveraged Equity Beta », l'effet de levier pour obtenir le Beta « Unleveraged ». Quelle que soit la base technique de la valorisation, la première Binding Offer peut ouvrir la porte à la conclusion d'un accord d'exclusivité de négociation, « Exclusivity Agreement ». Avec ou sans ce dernier, c'est à partir de ce moment, où les deux parties sont d'accord pour ouvrir les négociations des termes déterminants du contrat de cession, que l'on rentre dans la phase de réalisation en clôturant la phase préparatoire qui a débuté par l'accès aux données internes de la cible. Ce processus usuel en Europe est décrit par plusieurs auteurs²³⁰³ parmi lesquels figure Thomas qui nous a servi de référence pour cette présentation terminologique sommaire qui nous guidera dans la suite de ce paragraphe.

492. Préparation de la Holis par l'accès aux données internes de la cible. Le travail préparatoire de la Holis, pour l'acquisition de sa cible, ne peut que s'insérer dans le cadre général des pratiques du métier M&A que nous venons de décrire. Ainsi et dès que la Holis a suffisamment d'informations externes pour faire figurer la cible sur sa Target Short-List, elle essaiera d'entrer en contact avec les propriétaires en indiquant l'objectif de l'acquisition de la totalité du capital de la cible pour pouvoir l'intégrer librement dans le groupe. En cas de confirmation de l'intérêt réciproque, la Holis peut alors signer le NDA et commencer à étudier les données internes de la cible qui lui permettent d'apprécier, les éléments déterminants de la transaction comme le périmètre de la transaction et son prix. C'est cette période d'information interne, s'étalant du premier contact direct jusqu'au début des négociations, qu'on vient de

²³⁰¹ « Discounted Cash Flows ».

²³⁰² Correspondant à l'hypothèse de la continuation de l'exploitation de la cible, par opposition à l'hypothèse de l'arrêt de son activité et sa liquidation.

²³⁰³ Poitrinal « Le capital investissement » ; Sayer et Bentzmann « les 100 mots du capital-investissement » : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 270, § 509, note bas de page n° 935.

qualifier de préparatoire de la transaction, conformément aux usages du métier. Un tel accès aux informations internes de la cible, permet alors à la Holis d'abord de corriger les imperfections des données externes récoltées lors de la phase de prospection, en actualisant et en comblant les lacunes des informations que la cible était censée mettre à la disposition des services accessibles par le public²³⁰⁴. Ainsi, la Holis pourra vérifier la méthode d'inventaire des stocks, les engagements hors bilan comme le crédit-bail, les restrictions ou réserves de propriété des actifs ; outre ces aspects de fond, les formalités correspondant aux décisions des organes de gouvernance peuvent également être vérifiées après examen des registres sociaux. En plus de ces vérifications permettant la correction des informations externes normalement accessibles au public, la Holis recueille des informations complémentaires qui ne sont disponibles qu'en interne. Ainsi, il est utile d'examiner la liste des actionnaires, le registre des mouvements, les autorisations administratives, les justificatifs de propriété intellectuelle, les baux, les sûretés et garanties reçues ou données, les données des ressources humaines²³⁰⁵ ainsi que les contrats importants notamment avec les fournisseurs ou clients²³⁰⁶. Ces informations complétées par des données économiques détaillées, notamment des comptes et des perspectives, permettent alors à la Holis de formuler une offre non engageante, voire engageante, avec de multiples réserves. Certaines de ces réserves seront levées par les premiers audits de Due Diligence qui, il faut espérer, pourront dépasser le cadre restrictif de l'éventuelle Data Room pour avoir une liberté d'accès sans rétention. Évidemment, ceci suppose la continuation du processus de rapprochement ; autrement et toujours sur la base d'une offre non engageante, ou engageante sous réserve de vérification, le cédant peut décider d'exclure l'acquéreur potentiel en lui fermant l'accès à la Due Diligence ou, plus radicalement, d'arrêter le processus de cession. Dans le cas favorable, la Due Diligence permettra non seulement de réduire les réserves de la Holis mais également d'affiner la définition et la valorisation de l'objet de la transaction.

493. Conformité des modes d'acquisition de la cible. Dans la préparation de son opération M&A, la Holis doit toujours envisager au moins les deux principaux modes d'acquisition²³⁰⁷ que sont la cession d'actifs ou la cession de contrôle. Il va de soi que la cession des actifs de l'entreprise confère au cessionnaire le contrôle de cette entreprise mais dans la terminologie du M&A, la cession du contrôle ne se réfère pas à la cession d'actifs mais à la cession du contrôle de la société propriétaire de l'entreprise qui est un mode plus simple et plus

²³⁰⁴ Voir supra § 482, 486.

²³⁰⁵ Comme la liste du personnel, les clauses particulières des personnes clés ou la convention collective.

²³⁰⁶ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 244-245.

²³⁰⁷ En occultant les modes moins fréquents comme la fusion-absorption avec ses variantes d'apports (apport de titres sociaux, apport en nature, apport partiel d'actifs ...), l'augmentation de capital réservée, etc.

optimal aussi bien fiscalement pour le vendeur que juridiquement pour l'acheteur²³⁰⁸. Or et en termes de conformité, autant la cession d'actifs est directement lisible dans la jurisprudence malikite en relevant de droit commun, autant la cession d'actions relève d'une problématique plus complexe que nous avons déjà étudiée²³⁰⁹. Inséparable de la conformité de la personnalité morale, cette problématique apprécie le titre de capital d'une société en tant que bien juridique autonome à deux Conditions. Il faut que cette société bénéficie de la responsabilité limitée et il ne faut pas que son actif déterminant pour sa cession soit un actif monétaire. Comme le secteur de spécialisation de la Holis impose que l'actif principal de la cible ne soit pas monétaire²³¹⁰, la satisfaction des Conditions de conformité revient donc à ce que la cible, ou la SPV d'acquisition de ses actifs, soit organisée en société à risque limité ; ce qui devrait être le cas. Par conséquent, le régime de conformité de la cession des titres sociaux de la cible sera celui de la vente de son actif principal, nécessairement non monétaire, ayant motivé l'acquisition de ladite cible ; cet actif pouvant être le fonds de commerce ou l'ensemble cohérent des immobilisations corporelles et incorporelles de l'entreprise. Ce régime s'imposera alors à tous les éléments subsidiaires rattachés à la propriété de cette société cible, qu'il s'agisse d'actifs monétaires ou de passifs vis-à-vis des tiers. Toutefois et bien que la cession d'un titre social avec tous les actifs et dettes qui lui sont rattachés suive le régime de l'actif dominant de la cible, ceci n'exclut pas l'efficacité de la condition contractuelle qui retire d'une telle cession certains de ces actifs ou dettes rattachés, pour les laisser au bénéfice ou à la charge du cédant. La conformité des modes de cession de la cible étant ainsi vérifiée, nous pouvons maintenant procéder à la valorisation conforme en exploitant les données recueillies par la Holis.

494. Conformité de l'accès aux données de la cible. Avant d'arriver à la phase de préparation de la transaction, la prospection a déjà probablement permis à la Holis de s'assurer que les cibles de sa Target Short-List satisfont les trois premières Conditions malikites de validité de la vente dont notamment l'utilité de la chose vendue²³¹¹. Cette dernière condition, ajoutée à l'absence d'aléa dans l'obtention ou la qualification de la chose²³¹², forment les trois conditions de nature économique expliquées par Qarafi. Celui-ci considère que l'inutilité ou

²³⁰⁸ Contrairement à la première impression que l'on pourrait avoir : voir PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 68-70, 82.

²³⁰⁹ Voir supra § 384-387.

²³¹⁰ Voir supra § 37.

²³¹¹ Voir supra § 487-490.

²³¹² DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1968-1977 ; KHALÏL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 1-5, § 173-175 ; KHALÏL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), § 2 et s, 80, 85 et s ; KHALÏL IBN ISHĀK et PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 3), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, *op. cit.* (note 1711), p. 178-188, § XIII.I.3.

l'Incertitude de la chose ou du prix invalident la vente car ces vices du contrat sont contraires au Motif de la vente qui est de permettre à chaque contractant de profiter équitablement de la contrepartie qu'il reçoit en échange de ce qu'il a cédé²³¹³. Sans élaborer sur la condition de l'utilité déjà considérée par la Holis dans son processus de screening, il faut donc examiner, en qualité et en quantité, les données de la cible nécessaires à la Holis pour passer le test de conformité de l'absence d'aléa dans la chose à acquérir.

495. Conditions de validité relatives à l'absence de l'aléa. Comme nous l'avons annoncé et avec une certaine tolérance en fonction du rite²³¹⁴, l'Incertitude relative à la contrepartie peut invalider la vente aussi bien en cas de doute sur la possibilité de la prise de possession que dans le cas de doute sur les caractéristiques déterminantes de la valeur²³¹⁵. Dans le premier cas, on parle d'Incertitude de la réalisation alors que, dans le second, on parle d'Incertitude de l'ignorance. La contrepartie est considérée comme Incertaine à livrer quand elle est usurpée ou quand son propriétaire a perdu le contrôle nécessaire à sa livraison selon les usages²³¹⁶, ce qui constitue un risque bien réel dans le M&A européen²³¹⁷. Cette exigence relativement stricte de l'absence d'aléa de délivrance se retrouve dans la Condition relative à l'absence de l'ignorance²³¹⁸. C'est pour cela que le principe est que la vente sera invalide si une contrepartie est Incertaine par ignorance de sa nature²³¹⁹, de sa quantité²³²⁰ ou de sa qualité²³²¹. Il va de soi que ce principe ne s'applique pas uniquement à la chose mais également au prix dont l'indétermination, lors de la conclusion de la vente, invalide pareillement le contrat même si ce dernier prévoit que l'indétermination sera levée « à dire d'experts ». Il en est de même du contrat de vente contre une « pension d'entretien viagère » ou du contrat avec une option pour l'acheteur de payer un certain prix au comptant ou de payer un autre avec un délai ou, encore,

²³¹³ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 969.

²³¹⁴ Voir supra § 289.

²³¹⁵ En complément, aux règles malikites de conformité que nous citons dans ce paragraphe, le lecteur pourrait consulter une étude comparée entre rites, appliquée in fine aux contrats modernes, avec un avis intéressant de l'auteur en page 2143 relatif à la vente de la chose qui n'appartient pas encore au vendeur : voir AAOIFI' AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 2088-2144, v. 3.

²³¹⁶ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1977 ; KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 2, § 174.

²³¹⁷ Didier LECLERCQ, *Les conventions de cession d'actions : analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, 2e édition, Bruxelles : Éditions Larcier, 2017 (Collection Droit des sociétés), p. 388.

²³¹⁸ Bien que son respect soit accordé pour les produits qui n'existent pas encore mais qui bénéficient du caractère certain de leurs matières premières dont ils seront extraits d'une façon certaine également, comme la vente de l'huile sur la base du poids des olives.

²³¹⁹ Le cas d'une poussière d'un atelier d'orfèvre dont le métal d'origine constitue un aléa.

²³²⁰ Le cas d'un prix global pour un lot de choses provenant de plusieurs propriétaires.

²³²¹ Le cas d'un diamant dont le degré de pureté constitue un aléa ou, comme l'indique Dardir, le cas d'un parfum dont la provenance constitue un aléa : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1987.

une option de choix entre deux choses de natures différentes²³²². Plus faible que l'indétermination du prix, la manipulation du prix connue par le vendeur n'invalidera pas le contrat de vente mais donnera à l'acheteur un droit optionnel de résiliation et de restitution si la chose est encore inchangée. Autrement, l'acheteur n'est tenu de payer que le montant le plus faible du prix manipulé et de la valeur expertisée de la chose, le vendeur devant rembourser le surplus éventuel. C'est le cas, par exemple, quand le vendeur pratique le compérage ou quand simplement il n'informe pas l'acheteur alors qu'il sait qu'une tierce personne participe aux enchères pour augmenter le prix de vente de la chose sans l'intention de l'acquérir²³²³. La règle précédente est inversée quand c'est l'acheteur qui manipule le prix à la baisse en obtenant l'abstention à la participation aux enchères d'une ou de plusieurs personnes influentes sur le marché. Dans le cas contraire, où les personnes qui s'abstiennent n'affectent pas le prix du marché, l'opération est licite que cette abstention soit obtenue à titre gratuit ou à titre onéreux, par paiement d'une indemnité indépendante du résultat²³²⁴ ou par association avec l'acheteur²³²⁵ dans une société ponctuelle²³²⁶. Ainsi, les deux dernières règles ne relèvent pas de la nullité absolue mais de la nullité relative comme nous le verrons pour les Conditions d'exigibilité ou de caducité²³²⁷. En conséquence, la contractualisation de la gestion par la Holis de cette phase préparatoire doit tenir compte du respect de l'ensemble de ces Conditions qui permettent de déterminer la conformité des données de la cible, aussi bien en quantité qu'en qualité. L'essentiel est que la Holis dispose de l'information suffisante pour connaître ce qu'elle achète en appréciant, notamment, sa valeur selon une méthode qui doit être conforme également.

496. Conformité de la méthode de valorisation. La fiabilité d'une valorisation d'entreprise dépend, d'une part, des données ou hypothèses qu'elle utilise et, d'autre part, de la méthode sur laquelle elle s'appuie. La médiocrité des données justifie l'adage anglais « Garbage in, Garbage out », ce qui veut dire en clair que l'on peut faire dire à une valorisation n'importe quoi en cas de bonne foi et ce que l'on veut en cas de mauvaise foi. Il n'est pas rare de voir des experts de très hauts niveaux diverger d'une façon déconcertante dans l'évaluation d'une même entreprise. C'est pour cela que nous avons donné la priorité à l'étude de la conformité des données qui devrait empêcher le gestionnaire de la Holis de donner un prix ferme pour

²³²² KHALİL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 12-13.

²³²³ *Ibid.*, p. 14.

²³²⁴ Mais le « *success fee* » n'est pas autorisé car, comme on peut le deviner, ceci rend la présomption d'influence sur le marché de l'abstentionniste plus probable.

²³²⁵ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 68-69.

²³²⁶ Voir supra § 376.

²³²⁷ Voir infra § 499-500.

l'acquisition d'une cible en l'absence d'information suffisante et de qualité. Cependant la conformité de telles données ne suffit pas à assurer la conformité de toute la valorisation car il faut considérer la méthode de valorisation. Il est d'abord essentiel de lever toute équivoque vis-à-vis de la conformité de la valeur du temps bien que la question soit clairement tranchée par les auteurs malikites²³²⁸ et, même, par des chercheurs comme Morrison lors de son analyse des formes Moudaraba et Moucharaka de la société islamique²³²⁹. L'exemple suivant tiré de la jurisprudence malikite confirme cet aspect de la valeur du temps en exposant la méthode de valorisation des apports au capital d'une société. Il s'agit du cas de deux personnes qui s'associent pour acheter ensemble une marchandise pour un prix de 200, dont 100 sont payés au comptant, pour le compte de la société, par un associé et 100 seront payés à un terme donné par l'autre associé, grâce à un crédit partiel du fournisseur. La valeur de l'apport différé dans le temps de cette dernière centaine sera donc appréciée en estimant, selon le marché, à combien de marchandise le paiement de 100 avec un tel terme donne droit ; ensuite combien vaut cette marchandise, correspondant au 100 à terme, au comptant actuellement. Ainsi, en supposant que cette dernière valeur actuelle soit 50, alors les 100 à terme valent la moitié des 100 au comptant et l'associé payant comptant aura droit au 2/3 du capital de la société²³³⁰. La question de la conformité de la valeur du temps étant ainsi réglée, il faudrait se pencher sur le risque que peut poser la méthode de valorisation. En effet, dans le cas d'une cible endettée, certaines méthodes aboutiront à des erreurs flagrantes²³³¹ si elles ne tiennent pas compte du fait que la Holis va rembourser ces dettes, qualifiées d'Interest Bearing, pendant ou immédiatement après l'acquisition. C'est pour cela que la contractualisation de la conformité dans le contrat de

²³²⁸ Voir par exemple GHARIANI *الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، فتاوى المعاملات الشائعة*, *op. cit.* (note 1504), p. 79.

²³²⁹ « Each of these effectively imputes a time value to money. This is particularly clear in the case of the mudāraba where the investor of capital (rab al-māl) earns a return without any personal labour or any mandated entrepreneurial or managerial engagement with the business enterprise. In contrast to a fixed income security, however, in a partnership the return on the investment can be neither guaranteed nor the rate fixed in advance and the investor stands to lose his or her entire capital contribution -- as with an equity or share. A partnership is not a debt relationship, and there can be no contractual duty to re-pay as there would be for a borrower. However should the enterprise be profitable, the investor is contractually entitled to a share of the profits, and to be compensated for the loss of their access to the money; in the interim, in other words, the partner or investor is compensated for the time value of their money and for the opportunity costs thereby incurred » : voir MORRISON, *op. cit.* (note 1743), p. 11-12.

²³³⁰ KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 677, v. 3.

²³³¹ On peut supposer, par exemple, que la cible fonctionne avec un levier important de dette alors que son capital est minime et que la qualité de l'entreprise dans une conjoncture favorable a permis de faire croître sur plusieurs années une rentabilité économique des capitaux investis supérieure au taux d'intérêt. Dans ces conditions, le flux net de trésorerie affichera un taux par rapport au capital et un taux de croissance extrêmement élevés, induisant en cas d'extrapolation, même sur cinq ans uniquement, une valorisation exorbitante qui dans la grande majorité des cas s'avèrera extrêmement erronée par rapport à la réalité.

gestion doit préciser le processus de valorisation selon le mode d'acquisition : achat d'actifs ou acquisition d'actions. Dans le premier mode, la valorisation de la cible portera sur un ensemble de ses actifs, comprenant le fonds de commerce, alors que dans l'autre mode la valorisation portera sur son capital. Du point de vue de la jurisprudence malikite, les méthodes de valorisation patrimoniales²³³², se basant sur la valeur de marché d'actifs ou d'entreprises comparables avec éventuellement un ajustement à la suite des travaux de Due Diligence, ne devraient poser aucun problème de licéité. En revanche, les méthodes de valorisation utilisant, d'une façon exclusive ou combinée avec des méthodes patrimoniales, l'actualisation des cash-flows méritent d'être examinées dans un cadre de fonctionnement conforme. Le taux d'actualisation, prévu par la version standard du Capital Asset Pricing Model, utilisant le taux d'intérêt sans risque des obligations, devrait laisser place par exemple à une formule découlant de la version « zéro-béta » de ce modèle²³³³, qui peut être approximée de diverses manières²³³⁴. Cette méthode conforme suppose alors d'ajuster le bêta de la cible en passant de la *Leveraged Equity Beta* à la *Unleveraged Beta*. Elle suppose également que l'on procède à un *Deleveraging* des cash-flows en annulant l'effet des dettes rémunérées. De cette façon, on obtient une rentabilité économique des capitaux investis qui sont en totalité des fonds propres. À partir de là, on pourrait envisager certains des leviers moins risqués comme la location d'actifs immobilisés²³³⁵ qui, bien que conformes, ne doivent pas être utilisés dans les cas où la cible, le secteur ou la conjoncture affichent une grande instabilité. C'est en suivant de telles méthodes conformes avec des données également conformes, en quantité et en qualité, que la Holis sera prête à formuler au besoin une fourchette de prix, si possible non engageante. L'objectif d'une telle offre est évidemment d'inciter le cédant à commencer la négociation des éléments déterminants de la cession, ce qui marque la fin de la phase préparatoire de la transaction et le début de sa phase de réalisation dont la conformité est soumise à la charte M&A.

Section 2. Charte du M&A

497. Phase de réalisation d'une opération M&A. Comme pour la charte de l'intégration de groupe, la construction de la charte M&A nécessite la compréhension de la pratique européenne relative à ce métier de réalisation d'opérations d'acquisition. Dans cette pratique, la négociation ne débouche pas toujours sur la réalisation de la transaction ; ce qui

²³³² PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 267.

²³³³ SHARPE, *op. cit.* (note 1590), p. 174-176.

²³³⁴ Voir supra §331.

²³³⁵ Voir infra § 548-549 et, surtout, 550.

pourra générer un dédommagement sous forme de « Break Up Fees²³³⁶ » si l'une des parties s'estime lésée par une rupture abusive. À l'inverse, il est également possible que la négociation finisse par rapprocher les parties qui pourront alors conclure un contrat préparatoire « MoU²³³⁷ », reprenant sur le fond l'accord des parties sur les principaux éléments de l'accord de cession « SPA ». Sur la forme, ce MoU est soit rédigé comme un contrat classique « Letter of Intent », soit présenté comme un tableau « Term Sheet ». Dans la mesure du possible, un tel MoU peut anticiper sur le montage en mentionnant ses éventuelles holdings intermédiaires « SPV²³³⁸ », avant d'arriver à la SPV d'acquisition de la cible qui sera, in fine, détenue par le cessionnaire. Quant au SPA, il constitue l'acte d'aboutissement des négociations, du cédant et du cessionnaire, « qui formalise les accords entre les parties en vue de réaliser la cession de l'entreprise. Il définit ce qui va faire l'objet de la transaction, le prix et les conditions associées, ainsi que les garanties et l'échéancier de l'opération²³³⁹ ». D'une nature très complète selon la tradition anglo-saxonne, ce SPA, conclu lors du « Signing », n'aboutit pas immédiatement au transfert de propriété et au paiement du prix dans la pratique la plus courante ; en effet, ces derniers auront lieu usuellement à la date ultérieure du « Closing²³⁴⁰ » après la réalisation de certaines conditions²³⁴¹. De plus et en liaison avec la cession de la cible, l'entrée du cédant dans le capital de la Holis pourrait être envisagée, ce qui posera la problématique des règles de conformité permettant la contractualisation dans la charte de la gestion d'une telle opération.

498. Extension de l'opération de la cession à la participation minoritaire du cédant de la cible au capital du cessionnaire. Quand le cessionnaire exige l'acquisition de la totalité du capital de la cible, comme dans notre cas²³⁴², il est possible que le cédant souhaitant initialement rester minoritaire dans son entreprise envisage ou conditionne la cession à sa participation au capital du cessionnaire en tant qu'actionnaire minoritaire. À la problématique des conditions de la cession de la cible, vient alors se rajouter celle des conditions de cette entrée au capital du cessionnaire avec son lot de clauses de protection du minoritaire. Le

²³³⁶ Sauf quand c'est indiqué autrement, tous les termes entre guillemets correspondent à la terminologie anglo-saxonne du métier de M&A. La grande majorité de ces termes figure dans THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 261-273.

²³³⁷ « Memorandum of Understanding ».

²³³⁸ « Special Purpose Vehicle ».

²³³⁹ Glossaire : voir Jean-Marc TARIANT, *Guide pratique pour reprendre une entreprise*, 5^e éd., [s.l.] : Editions d'Organisation, 2011. URL :

<https://proxy.bnl.lu/login?url=https://www.safaribooksonline.com/library/view/temporary-access/9782212151237/?orpq&email=^u>. Consulté le 3 septembre 2019.

²³⁴⁰ Défini comme la réalisation de l'opération M&A par le transfert de la propriété de la chose en contrepartie des instruments de paiement relatifs à son prix : voir CEDDAHA, *op. cit.* (note 112), p. 213-214.

²³⁴¹ Outre l'échange de contreparties, le Closing comporte l'obligation de délivrance des « CDs », « Closing Deliveries », qui sont des documents et justificatifs concernant notamment le respect des conditions suspensives.

²³⁴² Voir supra § 492.

traitement de cette dernière problématique est usuel dans les fonds islamiques de private equity qui, quand ils le peuvent, s'appuient sur des clauses statutaires de la cible organisant les pouvoirs politiques entre actionnaires. Admises en droit français, ces clauses peuvent instaurer des droits de consultations ou d'autorisations préalables à certaines décisions avec, éventuellement, une majorité qualifiée de vote ou un droit de veto pour certaines décisions stratégiques. Parallèlement à ces clauses de droits politiques, d'autres clauses pécuniaires et patrimoniales organisent les droits entre le minoritaire et le bloc majoritaire, en plus de l'éventuelle responsabilité contractuelle de garantie de passif. Admises également en droit français, ces clauses concernent : la préemption²³⁴³, la sortie prioritaire « *buy or sell* », la sortie conjointe²³⁴⁴, l'inaliénabilité temporaire légitime ainsi que le retrait du minoritaire dans certaines situations²³⁴⁵ ou, encore, les promesses d'achat entre actionnaires à un prix minimum²³⁴⁶. À l'exception des actions de préférence²³⁴⁷ et de l'introduction en bourse sans faire appel à un indice boursier islamique, toutes ces clauses valides en droit français sont également conformes à la soft law selon Matri. Cette dernière ajoute que la préemption, admises par l'AAOIFI, est même une règle supplétive générale du contrat Moucharaka qui s'applique tant qu'il n'y a pas de renonciation expresse des parties concernées²³⁴⁸. Pour la Holis domiciliée au Luxembourg, ces clauses sont non seulement valides mais encore plus flexibles qu'en droit français, notamment par la non exigence de l'unanimité quand certaines modifications des statuts s'avèrent nécessaires²³⁴⁹. Le problème ne se pose donc pas au niveau du droit applicable mais au niveau de la conformité islamique dont les règles de soft law retenues par Matri ne sont

²³⁴³ Dont la violation, selon Matri, est réparée par dommages-intérêts et non pas en nature sur le fondement de l'art. 1142 du Code civil et de la jurisprudence française. Évidemment, cette analyse n'est plus valable en tenant compte de la réforme de 2016 et du régime spécial de la SAS : voir supra § 113.

²³⁴⁴ Même celle assortie d'une sanction pénale, par « drag along » ou « tag along » obligeant le minoritaire à, ou lui permettant de, vendre ses actions aux mêmes conditions que le majoritaire.

²³⁴⁵ Dont la violation est également réparée par dommages-intérêts et non pas en nature dans l'analyse de Matri ; une analyse qui ignore, ici aussi, le régime spécial de la SAS : voir supra § 113.

²³⁴⁶ Y compris quand ce prix varie selon un taux d'intérêt annuel. Pour de telles promesses, la jurisprudence française admet désormais la validité en dépit de l'art. 1844-1 du Code civil ; il faut toutefois que le prix de la vente soit désigné par les parties conformément à l'art. 1591 du Code civil et que la levée par le cédant de l'option offerte soit soumise aux dispositions de l'art. 1583 du Code civil : (Promesse unilatérale [Cass. Com., 3 mars 2009, n° 08-12.359 ; Cass. Com., 22 fév. 2005, n° 02-14.392] ; promesses croisées [Cass. com., 27 sept. 2005, n° 02-14.009] ou portage [Cass. com., 20 mai 1986, n° 85-16.716]. Aussi bien pour ce sujet que pour les autres clauses admises en droit français, voir MATRI et al., *op. cit.* [note 18], p. 292-294, 316-319, 321-322, § 556-561, 599-605, 610-611, note bas de page n° 1040 en p. 316.

²³⁴⁷ Voir supra § 423.

²³⁴⁸ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, *op. cit.* (note 1475), p. 360, norme n° 12 ; AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), norme n° 12 ; MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 286-287, 289-291, 320, § 545-546, 551-554, 608, note bas de page n° 982 faisant référence aux articles 900-1 et 1142 du Code civil, note bas de page n° 988 en p. 289 faisant référence à Usmani et Hajjaji.

²³⁴⁹ Voir supra § 113.

pas toujours valides en jurisprudence malikite. À titre d'exemple, la conformité de la Holis ne peut tolérer la promesse unilatérale d'achat d'actions²³⁵⁰ que Matri considère conforme par Analogie à la promesse de la Mourabaha en soft law²³⁵¹. Bien évidemment, les autres clauses sont accommodées par le malikisme tant que leurs modalités ne tendent pas à reproduire l'effet Usurier des crédits rémunérés. Ainsi, il est possible d'introduire une clause de préemption, au prix de la vente à un tiers²³⁵², dont la notification d'exercice ne suffit pas au transfert de propriété qui n'a lieu qu'à la conclusion de l'acte de cession, au besoin par l'intervention du juge, comme pour tout droit futur de propriété²³⁵³. Il en est de même pour la clause de sortie conjointe au prix offert par un tiers. En revanche, l'intervention du minoritaire dans la gouvernance de la Holis ne peut être envisagée en dehors du cadre de gouvernance que nous avons précisé au titre précédent. La rentrée d'un minoritaire dans le capital de la Holis emporte donc acceptation de son mode de gouvernance sans aucune demande de modification. Nous n'élaborons pas plus sur ce sujet de la participation du cédant de la cible au capital de la Holis, d'occurrence probablement rare par rapport aux opérations d'acquisition par la Holis dont l'approche de conformité est centrale à son métier M&A.

499. Approche de conformité des conditions d'acquisition de la cible par la Holis. Parmi les six Conditions malikites de validité²³⁵⁴ de la vente, les plus pertinentes pour l'acquisition de la cible par la Holis ont été examinées dans la sous-section précédente. La violation de l'une de ces Conditions entraîne évidemment la nullité absolue en libérant chacune des parties de l'exécution de son obligation prévue dans le contrat invalide, au sens malikite. En revanche, la violation des Conditions d'exigibilité, que nous examinons dans cette section, a un effet proche de celui de la nullité relative en droit français ou de l'absence de *consideration* en droit anglais qui prive l'accord de la force obligatoire aux yeux du juge. Cependant et contrairement aux Conditions de validité, ces Conditions d'exigibilité peuvent être réalisées après la conclusion de la vente dans un délai qui, en l'absence de précisions contractuelles, est fixé par l'usage. Ainsi, le respect des conditions en question pendant ce délai rend l'exécution de la vente Obligatoire pour chacune des parties au contrat, y compris par l'exécution forcée décidée par le juge. À l'inverse, la non réalisation de l'une de ces Conditions d'exigibilité

²³⁵⁰ Voir supra § 287, 314, 327 et infra § 517.

²³⁵¹ Norme 8 de l'AAOIFI : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 318, § 604, note bas de page n° 1047.

²³⁵² DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2720, v. 6.

²³⁵³ Cette règle s'applique également au commandité commercial, comme celui de la Holis Moudaraba, qui ne bénéficie pas de la dérogation accordée au commandité agricole qui dispose du droit de la propriété indivise dès la maturité des arbres plantés : voir QARĀFI شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 729, § 121.

²³⁵⁴ Voir supra § 480, 487-490, 494-495.

pendant ce délai transforme ladite Condition en une Condition de caducité, fonctionnant comme une Condition suspensive contractuelle²³⁵⁵. Qu'il s'agisse de Conditions de validité ou d'exigibilité, leur respect doit être traduit dans le premier projet du SPA pour lequel la Holis devrait avoir la main, selon l'usage qui accorde généralement ce privilège au cessionnaire. Outre cet aspect de conformité malikite, se pose alors la question du choix de la stratégie de négociation car ce projet de SPA peut être « équilibré » ou « agressif ». Malgré les précautions indiquées par Leclercq²³⁵⁶, l'expérience indique que l'approche équilibrée présente plus d'inconvénients que d'avantages et qu'il vaut mieux adopter une rédaction franchement en faveur du cessionnaire sans, évidemment, tomber dans le ridicule en ignorant les dispositions impératives applicables au SPA²³⁵⁷. Au-delà de la recherche de l'intérêt de la Holis conforme à son but lucratif, une telle stratégie est légitime car l'accès aux informations pertinentes de la cible demeure toujours asymétrique. Par ailleurs et comme l'explique Thomas, le rapport de force n'est pas totalement en faveur du cédant qui, pour des raisons objectives, a renoncé à la cession en bourse par pollicitation en choisissant une cession par *punctuation* avec une négociation point par point du SPA dans une opération « privée » de gré à gré. Si le cédant consent à un tel SPA élaboré c'est que la voie boursière n'est pas toujours possible et quand elle l'est, elle aboutit souvent à un prix avec une décote et avec des frais importants. Elle suppose également une stabilité du management, ce qui aboutit souvent au maintien de l'éventuelle implication du cédant dans la gestion alors que la cession privée accommode plus le départ total du cédant non seulement au niveau du capital mais également au niveau de la responsabilité de gestion²³⁵⁸. Dans la pratique anglaise, source d'inspiration en Europe sauf quand l'acquéreur est américain, l'aspect élaboré de la *punctuation* du SPA apparaît notamment dans les articles relatifs aux contreparties (sous-section 1), comprenant l'objet et le prix, et dans ceux relatifs aux sanctions (sous-section 2), comprenant la résolution et la garantie²³⁵⁹. Même si la *punctuation* caractérise, avec une intensité variable, le reste des clauses du SPA²³⁶⁰.

²³⁵⁵ Le principe même de conditions suspensives contractuelles est admis dans tout contrat compatible avec l'introduction d'un délai d'option ou de rétractation, ce qui est le cas du contrat de vente : voir QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1025, § 185, note bas de page n° 2.

²³⁵⁶ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 109, 112.

²³⁵⁷ Notamment celles relatives aux droits du cédant.

²³⁵⁸ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 110-114.

²³⁵⁹ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 130.

²³⁶⁰ Voir annexe 3.

Sous-section 1. Stipulations des contreparties dans le SPA

500. **Fondement de la conformité de la vente.** L'étude de la conformité des stipulations du SPA nécessite en premier lieu la compréhension du fondement malikite de la vente. À cet effet et par des considérations linguistiques relatives à l'utilisation de l'article défini avec le mot singulier « la vente » dans le verset coranique :

« Mais Dieu a permis la vente et il a interdit l'usure²³⁶¹ »,

Qarafi déduit que ce texte est général et d'interprétation large. Par conséquent, il s'applique à toute transaction qui a la nature d'un échange à but lucratif d'un bien²³⁶², ce qui comprend les opérations de troc de biens ou de change de monnaies qui sont, d'ailleurs, classées dans les précis de codification, comme ceux de Khalil et Dardir, dans le livre de la vente²³⁶³. Sur ce fondement et comme nous l'avons annoncé²³⁶⁴, la vente est définie comme l'opération conclue par consentement entre deux parties permettant la sortie d'un bien, autre qu'un usage de Louage, du patrimoine d'un contractant contre une compensation payée par l'autre contractant²³⁶⁵. On pourrait également dire que la vente est un contrat entre deux parties portant sur l'échange de la propriété, et non pas l'usage temporaire, d'un bien appartenant à l'une des parties en contrepartie d'une compensation fournie par l'autre partie. Les contractants, les contreparties et le consentement sont donc les éléments constitutifs de la vente sans lesquels il n'y a point de contrat²³⁶⁶. Outre les conditions de validité²³⁶⁷, cinq Conditions d'exigibilité sont exigées de ce contrat de vente : quatre concernent les contractants et une se rattache aux contreparties²³⁶⁸. Chaque contractant doit (i) avoir l'âge de majorité de la puberté, (ii) ne pas être un majeur protégé par un tuteur légal pour la gestion de son patrimoine, (iii) ne pas être contraint et (iv) être propriétaire de sa contrepartie à la vente. En outre, (v) la chose Désignée ne doit pas faire l'objet d'un droit de tiers comme un créancier gagiste²³⁶⁹. L'exécution devient Obligatoire quand, dans un délai d'usage, le tuteur donne son accord pour les deux Conditions de capacité, le contractant confirme la vente après la levée de la contrainte pour la Condition

²³⁶¹ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 59, § 275.

²³⁶² QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 528, § 73.

²³⁶³ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1963-2002, v. 5.

²³⁶⁴ Voir supra ?478.

²³⁶⁵ KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 1, § 173.

²³⁶⁶ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1963-1965.

²³⁶⁷ Voir supra § 480, 487-490, 494-495, 499.

²³⁶⁸ Une condition relative à la Chose (l'absence de droits des tiers) et quatre conditions relatives au vendeur (la majorité, l'absence de tutelle, l'absence de contrainte et l'accord du propriétaire légitime s'il n'est pas la personne qui conclut la vente) : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1970-1972, 1979.

²³⁶⁹ *Ibid.*, p. 1970-1972, 1979-1980.

relative à la violence, le propriétaire confirme la vente pour la Condition de défaut de qualité²³⁷⁰ ou, enfin, le tiers ayant droit sur la contrepartie donne son accord. Ceci nous emmène alors à examiner le concept malikite de propriété.

501. Concept malikite de la propriété. La qualification de la cession de contrôle en un contrat de vente de titres sociaux induit le transfert de leur propriété du cédant à la Holis cessionnaire. Afin d'examiner la conformité de l'objet de ce transfert de propriété, il est donc légitime de comprendre le droit de la propriété malikite. D'autant plus que certains chercheurs en finance islamique rappellent le concept religieux affirmant que seul Dieu est propriétaire des biens, ce qui serait incohérent avec notre affirmation de la conformité de la force obligatoire contractuelle²³⁷¹. Ceci nous mènerait alors à admettre que le principe de subsidiarité disant « la règle applicable au subsidiaire est celle du principal²³⁷² » serait remis en cause dans le contrat de vente, alors même que nous avons usé de ce même principe pour établir le régime de conformité de la cession de contrôle²³⁷³. En réalité, les doctrines sunnites acharite et maturidite concluent à l'absence de contradiction entre l'attribution de la propriété à Dieu ou au Sujet de droit car il s'agit du même concept qui est observé selon les besoins sous deux angles différents. C'est cette différence entre l'angle réel dogmatique, allant au-delà de la portée de cette thèse, et l'angle apparent juridique, pertinent à notre thèse, qui fait que cette divergence n'a aucun effet en jurisprudence malikite²³⁷⁴. Dans ce dernier sens juridique, Qarafi estime même que, tout en étant rattachée à une chose ou à un usage²³⁷⁵, la propriété est un droit ou un statut juridique attribué au propriétaire qui peut alors en disposer²³⁷⁶ directement ou via un représentant. Par ailleurs et comme en droit français, l'usus et le fructus sont admis comme deux composantes du droit de propriété malikite. Dans cette jurisprudence, l'usus ne donne

²³⁷⁰ Comme pour la capacité du contractant et par opposition au discernement dont l'absence entraîne la nullité absolue, l'accord du propriétaire n'est donc pas requis pour la validité de la vente lors de la conclusion du contrat contrairement à l'avis de Qarafi : voir *Ibid.*, p. 1968-1977 ; KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 1-5, § 173-175 ; KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), § 2 et s, 80, 85 et s ; KHALİL IBN ISHĀK et PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 3), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mālēkite*, *op. cit.* (note 1711), p. 178-188, § XIII.I.3.

²³⁷¹ Voir supra § 394.

²³⁷² Voir supra § 235.

²³⁷³ Voir supra § 387.

²³⁷⁴ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 436-441., v. 3.

²³⁷⁵ La chose ou le bien traduisent la définition du bien qu'al-Abadi énonce comme étant « ce à quoi les gens accordent une valeur matérielle pour un usage licite exercé librement sans être dans une situation de nécessité ». La chose ou le bien, objet de la propriété, est donc une notion proche du « bien juridique » en droit positif français : voir Abdessalam AL-ABADI عبد السلام العبادي, *La propriété dans la Charia Islamique 3ème édition الملكية في الشريعة الإسلامية*, Amman, Jordanie : Azhar al-Fikr, 2015, p. 179 V. 1.

²³⁷⁶ Cette position, avec le droit de propriété rattaché à la chose plutôt qu'à son propriétaire, a toutefois été critiquée : voir QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1009 ; une alternative moderne serait « La propriété est un attribut personnalisé exercé sur une chose permettant légalement son usage et son aliénation sauf restrictions légales » : voir AL-ABADI عبد السلام العبادي, *op. cit.* (note 2375), p. 150 V. 1.

droit qu'à l'usage personnel du bien, que celui-ci soit une chose ou une prestation de Louage ; il ne permet pas l'usage par des tiers ni à titre onéreux ni à titre gratuit sauf pour un usage coutumier léger. En revanche, le fructus est un droit plus large sur le bien car il permet à son détenteur de transmettre le droit d'usage aussi bien à titre gratuit qu'à titre onéreux. Ainsi et contrairement au locataire détenteur du fructus, le bénéficiaire d'une habitation d'un Waqf ne pourra pas en faire profiter des tiers que s'il s'agit de ses invités pour des petites périodes acceptables par la coutume car ce bénéficiaire n'est détenteur que de l'usus. Il en est de même du mandant qui ne peut utiliser les services du mandataire que pour lui-même sauf si le mandat prend la forme d'un Louage de services rémunéré. C'est, enfin, le cas du commanditaire qui ne peut utiliser les services du commandité pour gérer des fonds des tiers étrangers à cette commandite Moudaraba²³⁷⁷. Ces exemples montrent la conception large du bien en jurisprudence malikite, qui reconnaît cette qualification même quand il s'agit d'une prestation contractuelle de faire dont l'usage peut bénéficier à un tiers. Cette prestation *acquise* par Louage peut donc être transférée à un tiers ; par conséquent et que l'usage soit d'une chose ou d'un service de prestataire, son transfert par son bénéficiaire d'origine à un tiers peut être qualifié de vente par les malikites, contrairement aux hanafites²³⁷⁸. Après cette explication du concept malikite de la propriété, on peut s'intéresser au transfert de cette dernière par vente qui est un contrat dont le consentement constitue une composante de sa qualification malikite.

502. Conformité du consentement. Comme nous l'avons vu²³⁷⁹, la notion de consentement en droit étatique européen est la même que celle des malikites ou hanafites. Cette notion se résume à la rencontre d'une offre et d'une acceptation entre les contractants sans prendre en compte la doctrine des rites dissidents qui incorporent une option légale Obligatoire de désistement tant que les contractants sont toujours ensemble. Il n'est donc pas question ici, en termes de conformité, d'exiger la séparation physique immédiate des parties signataires du SPA pour éviter sa résolution par l'une des parties avant ladite séparation²³⁸⁰. Cette compréhension de la conformité du consentement se rajoute à notre compréhension de la conformité de la propriété et de son transfert pour nous ouvrir la voie de l'examen de la conformité des stipulations traitant des contreparties de cet échange en commençant par la chose (A) avant d'aborder son prix (B).

²³⁷⁷ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 323, § 30.

²³⁷⁸ AL-ABADI عبدالسلام العبادي, *op. cit.* (note 2375), p. 225-227 V. 1.

²³⁷⁹ Voir supra § 234, 341, 347.

²³⁸⁰ Voir supra § 234.

A. Conformité de l'objet de la cession

503. **Respect de la propriété privée.** C'est en toute conformité aux Conditions malikites de la vente²³⁸¹ que la Holis doit s'assurer, lors de la conclusion du SPA, notamment de l'absence de droits des tiers sur l'objet de son acquisition²³⁸² et de l'accord du propriétaire légitime par consentement libre, directement ou à travers son mandataire. Ceci reflète le respect de la propriété privée dans le concept malikite de la propriété. Un respect qui transparait par exemple en cas de contrainte exercée sur le vendeur car la chose doit revenir à son propriétaire initial sans que celui-ci ait à rembourser le prix monétaire touché par celui qui a exercé la contrainte. De plus, s'il s'agit d'un échange avec un prix non monétaire correspondant à une chose Désignée remise finalement au propriétaire contraint, cette chose ne sera ni remboursée ni indemnisée au cas où elle aurait péri sans négligence. La responsabilité de l'auteur de la contrainte sera alors engagée non seulement vis-à-vis du propriétaire contraint, à l'image du fonctionnaire indélicat qui aurait abusé des biens d'autrui sans pouvoir les restituer en nature, mais également vis-à-vis du tiers acheteur de bonne foi²³⁸³. Au cas où la Holis se trouvait malheureusement dans cette situation de l'acheteur de bonne foi, le régime drastique de conformité auquel elle serait soumise dépend de la fongibilité de l'objet qu'elle a acquis en méconnaissance du droit légitime de son propriétaire. En considérant cet objet de l'acquisition comme des titres sociaux représentant une part dans la propriété de la personne morale de la cible, la non Fongibilité est claire car l'usage qualifie cette personne morale d'une chose unique qui ne peut être vendue par une mesure usuelle de comptage, de poids, etc. Cependant et comme on l'a vu, la conformité de cette acquisition se base sur la considération de la personne morale en tant que bien complexe ayant un patrimoine autonome comprenant d'autres biens²³⁸⁴ dont la composante principale, Obligatoirement non monétaire, détermine le régime de la vente applicable à la personne morale²³⁸⁵. Cette composante principale du patrimoine de la personne morale, sans laquelle l'acquéreur n'aurait pas donné son consentement, est en réalité un ensemble cohérent d'éléments dont les plus déterminants pour la cession sont des actifs non monétaires organisés pour faire fonctionner conjointement le fonds de commerce de la cible. Même si, à la base, certains de ces actifs sont des machines Fongibles semblables à d'autres machines, elles sont fabriquées par un fournisseur donné et comportent des adaptations

²³⁸¹ Voir supra § 480, 487-490, 494-495, 499-500.

²³⁸² LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 385-386.

²³⁸³ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1259), p. 1.

²³⁸⁴ Généralement, de nature simple et usuelle.

²³⁸⁵ Voir supra § 384-388, 424.

spécifiques à la cible qui les rendent aptes à servir les besoins du fonds de commerce. Ainsi, l'actif principal de la personne morale de la cible est bien non Fongible ; un caractère que cet actif principal transmet à son bien complexe propriétaire qui est la personne morale de la cible. Cette non-fongibilité interviendra alors si le cédant des titres de la cible à la Holis n'en est que le possesseur illégal de biens d'autrui avec des effets différents selon que cette possession illégale découle d'une violence ou pas. Cette dernière question de conformité se posera évidemment selon que la manifestation de l'ayant droit sur la cible a lieu avant ou après le Closing qui marque, éventuellement à un ou deux jours près²³⁸⁶, la prise de possession de la cible par la Holis. Rappelons qu'en laissant de côté l'effet sur la Holis, qui agit comme un tiers dans le contentieux entre le cédant et l'ayant droit légal, la solution malikite de principe est la restitution des titres à leur ayant droit. Cette restitution est éventuellement accompagnée d'un dédommagement par le cédant illégitime en cas de perte de valeur de ces titres depuis leur prise de possession illicite et jusqu'au moment de ce dédommagement, peu importe que cette dévalorisation ait été la conséquence directe ou indirecte, même non intentionnelle, du comportement de l'usurpateur²³⁸⁷. Ceci dans le cas où le cédant illégitime n'a pas usé de violence dans son accaparement de la possession des titres sociaux de la cible ; autrement, l'ayant droit aura également l'option de refuser la restitution en réclamant la valeur marchande desdits titres lors de leur prise de possession illicite. Bien évidemment et à l'exception de ce dernier cas, la restitution des titres à l'ayant droit sera en conflit avec la garantie d'éviction du SPA conclu avec le cédant illégitime au profit de la Holis. La résolution de ce conflit sur le plan de la conformité est tranchée en jurisprudence malikite en faveur de l'ayant droit légitime qui, contrairement à la majorité des droits étatiques, peut toujours réclamer son bien au tiers de bonne foi. Toutefois, ce dernier n'est pas obligé de restituer les fruits du bien pendant la période de sa possession illégitime ; ce qui ne sera pas le cas si le tiers était au courant que le cédant est illégitime car, dans cette situation, l'ayant droit peut réclamer ces fruits dans le respect des délais de prescription courant depuis son information ou la date de la cession²³⁸⁸. Ces règles strictes de respect de la propriété privée devraient donc inciter la Holis à bien faire attention à la qualité de son cocontractant ; une attention qu'elle doit également porter sur la définition de l'objet de son acquisition.

²³⁸⁶ Voir infra § 509-510.

²³⁸⁷ Voir supra § 230.

²³⁸⁸ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1972, 1980.

504. **Identification des articles du SPA définissant l'objet de la transaction.** La considération malikite du transfert de l'usage comme un bien²³⁸⁹, dont la cession permanente ou temporaire peut se faire par la vente ou ses dérivées comme le Louage²³⁹⁰, a deux effets importants pour la cession d'une entreprise. D'une part, la cession de contrats de prestation devient possible ce qui autorise la cession notamment des contrats de travail rattachés à un fonds de commerce. D'autre part, l'aspect incorporel d'un bien devient possible et c'est ce qui permet, notamment, de considérer une créance comme un bien. Toutefois, si le concept malikite du droit de propriété s'applique aux titres sociaux ce n'est pas parce qu'ils constituent une créance sur la personne morale de la cible mais parce qu'ils représentent un droit de propriété dont la conformité de cession a été clairement établie²³⁹¹. Ce droit de propriété s'exerce sur une personne morale disposant d'un patrimoine autonome dont la compréhension avec précision est nécessaire aussi bien pour déterminer le régime de conformité comme nous venons de le rappeler²³⁹², que pour éviter l'Incertitude invalidante de ladite cession²³⁹³. C'est dans ce contexte, d'exigence d'une définition précise de la chose vendue pour des raisons de conformité, que nous examinons toutes les stipulations du SPA contribuant à la définition de l'objet de la cession dans une opération d'acquisition d'une cible par la Holis. Dans le cadre de la pratique européenne, il s'avère que les articles contractuels les plus pertinents à notre propos sont ceux relatifs aussi bien à l'objet, stricto sensu, qu'aux déclarations et aux obligations préalables du cédant. L'importance de ces deux derniers articles dans la définition de l'objet est telle que leur violation peut avoir un effet résolutoire sur le SPA ; ceci montre qu'ils complètent l'article libellé « objet » stricto sensu dont le contenu paraît limité pour décrire la complexité de la chose vendue.

505. **Limites de l'article du SPA relatif à l'objet stricto sensu.** Sous l'influence anglo-saxonne, l'article relatif à l'objet de la cession est effectivement restreint à l'identification des titres sociaux à céder. La conformité exige que ces derniers soient émis par une personne morale à responsabilité limitée dont l'élément déterminant à sa cession est par hypothèse non monétaire ; une exigence facilement réalisable dans tous les cas²³⁹⁴. Cette identification des titres se fait par leur forme, notamment quand elle est nominative, et leur nombre alors que les

²³⁸⁹ Voir supra § 501.

²³⁹⁰ Qui ont des régimes de conformité semblables, à quelques spécificités près.

²³⁹¹ Voir supra § 384-387.

²³⁹² Voir § précédent.

²³⁹³ Voir supra § 480, 487-490, 494-495, 499.

²³⁹⁴ Voir supra § 493.

précisions complémentaires les concernant, comme leurs droits politiques ou leur libération²³⁹⁵, figurent usuellement dans l'article relatif aux déclarations du cédant. Cependant, parfois cet article de l'objet mentionne l'absence de tout droit des tiers sur ces titres, en redondance avec les déclarations. De même et quand le Closing est décalé par rapport au Signing, comme c'est quasiment toujours le cas, l'article précise généralement que le transfert de propriété intervient à la date du Closing. En outre et comme le prix tient compte des réserves accumulées par la cible jusqu'au transfert de propriété, il est impératif de stipuler les éventuelles distributions bénéficiant au cédant car elles impactent les fonds propres et la trésorerie de la cible. Le cédant sera alors tenu de déclarer lors du Signing et réitérer lors du Closing les éventuels dividendes ou autres flux qu'il reçoit directement ou indirectement et qui ne sont pas comptabilisés dans les comptes attachés au SPA. La violation de telles stipulations par le cédant, devra alors donner lieu à un ajustement du prix lors du Closing, en fonction de toute distribution imprévue, si l'opération est maintenue²³⁹⁶. En plus de ces déclarations et pour éviter toute incertitude du prorata temporis sur les dividendes de l'exercice en cours, il est recommandé que cet article relatif à l'objet précise que les titres sont vendus « coupon-attaché » afin d'éviter l'obligation de distribution, bénéficiant le cédant après le Closing, tout en préservant la trésorerie de la cible. Cependant, ces quelques précisions au niveau de cet article léger de l'objet sont clairement insuffisantes pour bien déterminer économiquement ledit objet dont la définition complète comprend alors l'article descriptif des déclarations du cédant.

506. Rôle essentiel de l'article des déclarations dans la définition de l'objet. Les déclarations du cédant sont désignées par « Representations and Warranties » dans la terminologie anglo-saxonne, ce qui peut faire penser qu'elles traitent de la garantie, mais il n'en est rien car il s'agit de la description de la situation de la cible à la date du Signing. Ainsi les déclarations, avec leurs multiples annexes, doivent confirmer et compléter les informations communiquées au cessionnaire pendant la phase préparatoire²³⁹⁷. Elles se réfèrent notamment à des comptes, arrêtés souvent à la date antérieure la plus proche du Signing, tout en fournissant un détail suffisant des postes sensibles aussi bien du bilan que du hors-bilan. Ces déclarations peuvent également concerner des aspects relatifs au respect des lois et réglementations, surtout en termes de fiscalité et d'environnement. Outre ces aspects usuels descriptifs de l'objet de la cession, cet article des déclarations peut également couvrir le statut du cédant et de son représentant, en termes notamment de capacité et de relation avec la cible, à travers les entités

²³⁹⁵ Dont la licéité de cession dépend du droit des sociétés applicable.

²³⁹⁶ TARIANT, *op. cit.* (note 2339), § 6.2.1, chapitre 3.

²³⁹⁷ Voir supra § 491-496.

liées à ce cédant. La connaissance par le cessionnaire de la situation de la cible étant généralement un atout en faveur du cédant en cas de contentieux ou de mise en jeu de la garantie²³⁹⁸, la structure contractuelle du SPA incite souvent le cédant retissant à communiquer des informations qu'il a soigneusement occultées pendant le processus de Due Diligence. En outre, son refus de faire ces déclarations ou son insistance pour les faire assumer par des tiers devient clairement suspect sauf s'il s'agit d'aspects que la situation ou l'usage impose leur ignorance par le cédant. De plus et par une clause adaptée de « Full Disclosure », le cédant devrait s'engager à ne pas tronquer ces déclarations ou omettre des informations sans lesquelles lesdites déclarations deviendraient trompeuses²³⁹⁹. Ces clauses de l'article des déclarations, descriptives des caractères économiques de l'objet de la cession, sont complétées par certains éléments figurant dans l'article relatif aux obligations Pre-Closing du cédant.

507. Contribution des Covenants de Pre-Closing à la définition de l'objet. Le terme *Covenant* étant à l'origine un usage bancaire qui désigne les obligations ou performances futures conditionnant un contrat de crédit²⁴⁰⁰, les « Pre-Closing Covenants » du cédant sont les obligations, de faire ou de ne pas faire, que ce dernier s'engage à respecter entre la conclusion du SPA et la réalisation de la cession. La proximité de l'effet de ces Covenants avec celui des déclarations du cédant²⁴⁰¹ fait que certaines clauses peuvent être traitées dans les déclarations en pratique américaine, sous forme de *conditions* résolutoires en l'absence de leur réitération lors du Closing, alors qu'elles sont traitées dans les Covenants en pratique anglaise, avec également une nature résolutoire. Ces obligations préalables peuvent permettre de sécuriser la correspondance de la valeur de la cible au prix que le cessionnaire est prêt à payer, en couvrant par exemples l'audit de certains aspects²⁴⁰², la continuation avec diligence de l'activité ordinaire en tant que Going Concern et l'abstention de tout engagement à long terme sans autorisation du cessionnaire. Ces obligations impactant la valeur s'illustrent surtout par la clause « MAC²⁴⁰³ » qui oblige le cédant à notifier tout évènement causant la détérioration significative de la valeur de la cible telle que mesurée par la baisse au-delà d'un seuil de certains indicateurs

²³⁹⁸ Voir infra § 528-529.

²³⁹⁹ Nos analyses et commentaires de ce § se basent essentiellement sur le descriptif établi par LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 131, 318-320, 420-423, 426-427.

²⁴⁰⁰ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 261-273.

²⁴⁰¹ Notamment en termes de sanctions, voir infra § 522 et 524 pour la sanction de résolution et § 540 pour la mise en jeu de la garantie dans les SPA d'inspiration américaine et non pas anglaise.

²⁴⁰² Rendus inaccessibles jusque-là par le cédant ou nouvellement dévoilés par celui-ci dans les déclarations du SPA. Cet audit peut d'ailleurs continuer en tant que veille sur l'évolution de la situation de la cible jusqu'au Closing, notamment en termes de survenance d'un MAC. Traitée dans cette approche en tant que Covenant, la réalisation de tels audits peut également être inscrite comme condition suspensive liée à un tiers qui est l'auditeur.

²⁴⁰³ « Material Adverse Change » voir : THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 261-273.

liés par exemple au chiffre d'affaires ou au résultat. Cette clause, permettant d'annuler le Closing, peut bénéficier d'une précision telle qu'elle sera, de loin, préférable à l'insécurité du principe de l'imprévision adopté par le droit commun de certains pays comme la France et dont la supplétivité n'est pas unanimement reconnue. Outre ces obligations liées à la valeur, ces Covenants peuvent concerner certaines formalités suspensives de la réalisation²⁴⁰⁴, à l'instar de l'obtention de l'accord de certains cocontractants comme les banques bénéficiant d'une clause de changement de contrôle²⁴⁰⁵. Ainsi et dans le sens de la Common Law, les Covenants du cédant comprennent aussi bien des *Contingent Conditions* que des *Promissory Conditions*. Ces dernières sont souvent des conditions purement potestatives que les civilistes excluent des conditions suspensives, contrairement aux *Contingent Conditions* qui y sont admises, même si pour d'autres considérations on préfère classer en Covenant la clause MAC²⁴⁰⁶. Comme Leclercq, Paillusseau confirme la réception de ces articles et clauses dans le système de droit civiliste en adoptant l'approche rédactionnelle anglo-saxonne. Cette approche fait que la chose, au sens du droit de la vente, soit définie non seulement par l'article relatif à l'objet stricto sensu mais également par celui relatif aux déclarations et par une partie de celui concernant les Covenants²⁴⁰⁷. C'est sur cette base que nous allons examiner la conformité des stipulations du SPA relatives à l'objet de la cession.

508. Conformité des stipulations relatives à l'objet de la cession. Du point de vue de la conformité, le contenu du SPA, dont nous venons de détailler trois de ses articles, ajouté à la complexité de l'objet d'une telle cession de contrôle imposent que la chose vendue soit appréhendée par le cessionnaire principalement sur la base d'un descriptif. En effet, lors du Closing de formation du contrat, il est impossible que l'acheteur connaisse personnellement avec certitude toutes les caractéristiques économiques de la chose qui sont déterminantes de son prix. Or, nous avons vu²⁴⁰⁸ que le malikisme suivi par la hanbalisme ne voient pas dans le principe de minimisation de l'Incertitude une opposition à la validité de la vente sur descriptif de la chose absente, ce qui ouvre donc la voie à la validité islamique de la vente par un tel SPA.

²⁴⁰⁴ On peut également citer d'autres exemples comme celui du dénouement des sûretés ou crédits entre la cible et le cédant, de l'information légale comme celle du personnel ou l'exemple de la convocation de l'AG pour le jour du Closing afin de procéder au remplacement des membres des organes de gestion ou de surveillance de la cible.

²⁴⁰⁵ Ce genre de clause donne à la banque la possibilité d'exigibilité immédiate des crédits de la cible. Un tel Covenat du cédant peut être une obligation de « best effort » ou une obligation de « résultat » ce qui permettrait de ne pas le classer en tant que Covenant mais en tant que condition suspensive.

²⁴⁰⁶ Nos analyses et commentaires de ce § se basent essentiellement sur le descriptif établi par LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 131, 348, 351, 365-375.

²⁴⁰⁷ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 286-316.

²⁴⁰⁸ Voir supra § 289.

Ceci ne veut pas dire que le principe ci-dessus est ignoré mais qu'il agit dans ce type de vente comme un garde-fou contre l'Incertitude excessive invalidante, liée à l'aléa de la délivrance ou de l'ignorance de la chose²⁴⁰⁹. Cette chose est, en l'occurrence, la propriété majoritaire ou intégrale de la cible qui est une personne morale dont la valeur dépend de son patrimoine. Ce rôle de garde-fou malikite se manifeste alors à travers l'exigence de l'impérissabilité des actifs de l'entreprise cédée jusqu'à leur délivrance ce qui impose alors un inventaire lors du Closing pour éviter la détérioration de certains stocks avant la prise de possession. Cette exigence s'ajoute à l'exigence de la suffisance usuelle du descriptif pour couvrir les éléments déterminants du consentement de l'acquéreur et, enfin, à l'exigence de la concordance de l'entreprise à ce descriptif. Ces trois exigences sont cohérentes avec l'approche pragmatique du malikisme de l'appréciation de l'Incertitude invalidante de la vente. Ce pragmatisme, bien que démontré par le régime de la vente en bloc, s'illustre encore mieux par une autre jurisprudence directement applicable au SPA validant la vente basée sur la qualification d'un volume non construit²⁴¹⁰. Il n'y a donc pas lieu de refuser qu'une telle vente sur descriptif soit ferme en imposant un droit de rétraction de l'acheteur après la délivrance de la chose absente lors de la conclusion du contrat, comme en soft law qui adopte une appréciation de l'Incertitude bien différente de celle du malikisme²⁴¹¹. Toutefois et afin de limiter le risque de l'aléa, le malikisme exige le respect aussi bien de certaines modalités dérogatoires pour le transfert du risque de cette chose absente que de certaines Conditions supplémentaires de validité.

509. Identification des Conditions malikites supplémentaires de validité de la vente sur descriptif. La vente du bien corporel absent ou présent mais impossible à voir lors de la conclusion du contrat sans le détériorer, est possible sur la base d'une description adéquate ou d'un examen antérieur par l'acheteur. Une telle vente est caractérisée par des dispositions intermédiaires entre, d'une part, celle de la vente de la chose présente et, d'autre part, celle de la vente à terme Salam²⁴¹². En effet et comme dans ce dernier contrat²⁴¹³, l'acheteur doit connaître les qualités de la chose absente, déterminantes à son consentement. En outre, si l'acheteur bénéficie de l'option de se rétracter lors de la prise de possession, une telle vente, de la chose absente, sera valide avec la seule condition que le paiement du prix avant la prise de possession ne soit pas exigé. Autrement et s'agissant d'une vente ferme, des Conditions supplémentaires de validité sont requises car l'acheteur ne pourra pas refuser la chose

²⁴⁰⁹ Voir supra § 480, 495.

²⁴¹⁰ Voir annexe 3, § 10.

²⁴¹¹ Supra § 327 ; AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 2089-2145, v. 3.

²⁴¹² QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1036.

²⁴¹³ Voir infra § 548.

ultérieurement si celle-ci est jugée conforme au descriptif par l'usage²⁴¹⁴. Favorisant la sécurité des transactions, le malikisme validera cette concordance même si elle est qualitativement en bas de la fourchette usuelle de l'acceptable²⁴¹⁵. Ainsi et sans exigence du paiement du prix avant la prise de possession, une telle vente ferme sur descriptif d'un bien corporel, est valide à la seule condition que ce bien ne soit pas accessible à l'endroit de la conclusion du contrat. En effet, la vue et l'examen du bien deviennent alors impératives à moins que ceci ne crée un préjudice, associé souvent à la violation de l'emballage de la chose. En revanche, si une telle vente exige un paiement avant la prise de possession, le contrat ne sera valide qu'à condition que le bien corporel ne soit pas un bien Fongible usuellement vendu par une mesure²⁴¹⁶, que ce bien soit accessible rapidement²⁴¹⁷ et que le descriptif lors de la conclusion de la vente soit fait par une tierce personne et non pas par le vendeur. Un régime similaire est réservé à la vente sans descriptif mais sur la base d'un examen antérieur du bien corporel par l'acheteur mais l'absence du descriptif, lors de la conclusion de la vente, rajoute la condition que le bien ne soit pas de nature à changer depuis que l'acheteur l'a examiné antérieurement²⁴¹⁸.

510. Application des Conditions supplémentaires de conformité au SPA. Les premières implications des dernières Conditions à la conformité du SPA peuvent se situer sur un premier niveau considérant que la chose vendue est constituée par des titres sociaux, assimilés aux titres de propriété de la cible dont la personnalité morale impose qu'elle soit manifestement incorporelle. Comme on l'a vu, la considération d'un tel objet comme un bien ne pose pas de problème de conformité, même si la qualité incorporelle nous mène à examiner la pertinence des Conditions supplémentaires de validité que nous venons de lister²⁴¹⁹. Outre le fait que la personne morale de la cible ne peut être qualifiée de bien Fongible, cette chose incorporelle ne peut être concernée par l'éventualité, envisagée par ces Conditions supplémentaires, associée à la présence physique de la chose lors de la conclusion de la vente. En revanche, ces Conditions de conformité imposeront dans notre cas que le descriptif du cédant de la cible lors de la conclusion de la vente soit fait sous le contrôle d'un tiers comme

²⁴¹⁴ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2130.

²⁴¹⁵ Pour cette règle, les hanbalites sont d'accord avec les malikites. Les hanafites sont plus flexibles et les chafites sembleraient plus rigides : voir QARĀFI شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1031, § 187.

²⁴¹⁶ De comptage, de poids, de volume, de surface, etc.

²⁴¹⁷ Dans le délai de deux jours par exemple.

²⁴¹⁸ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1999-2002 ; KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 5-6, § 176, v. 3 ; KHALĪL IBN ISHĀK' et PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 3)*, ou, *Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mālékite*, *op. cit.* (note 1711), p. 194-198, § XIII.1.5.

²⁴¹⁹ Une approche applicable à la cession de créances dont nous examinerons le régime : voir infra § 546 et, surtout, 547.

un auditeur ; sans pour autant exclure la notion au sens malikite de garantie des vices-cachés de conformité de délivrance, exigeant la concordance de la chose délivrée aux spécifications du contrat de vente. En supposant que les actifs de la cible comprennent des biens périssables, ce contrôle par l'auditeur du descriptif ne peut avoir lieu que lors du Closing²⁴²⁰, ce dernier devient alors le moment de la conclusion de la vente au sens malikite qui, selon la pratique européenne, correspond en plus au moment de paiement du prix. Dans une première approche, on peut adopter l'hypothèse de conformité considérant que cette conclusion du contrat de Vente lors du Closing se fait avec une prise de possession instantanée, car parmi les travaux de ce Closing figure la nomination immédiate par la Holis des mandataires représentants de la cible en remplacement de leurs prédécesseurs nommés par le cédant. Ceci induit que la problématique de l'exigence du descriptif ne se pose plus car la prise de possession est concomitante avec la conclusion du contrat de vente. Cependant, une telle conclusion est basée sur cette première hypothèse discutable qui s'arrête à la qualification de l'objet de la vente en un bien incorporel constitué par les titres sociaux du bloc de contrôle de la personne morale de la cible. Or, une telle qualification semble insuffisante en jurisprudence malikite car, même si la personnalité morale est un bien, il s'agit d'un bien complexe propriétaire d'autres biens élémentaires dont les caractéristiques sont déterminantes du prix et même, pour certains biens, déterminantes du consentement de la Holis en tant qu'acheteur. La validité de la vente est alors conditionnée par la connaissance de telles caractéristiques dans « le détail²⁴²¹ », d'une façon plus stricte que l'exigence du droit commun Obligeant le vendeur²⁴²² à dévoiler tous ce que l'usage considère comme un défaut, même minime²⁴²³. En outre, ce descriptif détaillé doit intervenir lors de la formation du contrat de vente qui correspond au Closing, pendant lequel doit nécessairement intervenir une réitération confirmative ou corrective du descriptif du Signing. Cet aspect strict évitant l'Incertitude de l'ignorance dans cette vente sur descriptif devient alors une condition spéciale au régime général de la vente de la cible qui est celui de son actif principal non monétaire. Ce dernier est alors probablement constitué par l'ensemble cohérent des actifs, corporels et incorporels, de la cible qui permet à ses prestataires, internes ou externes, de faire fonctionner son fonds de commerce²⁴²⁴. C'est donc vis-à-vis du détail de ce patrimoine de la

²⁴²⁰ Voir supra § 508 mais, dans certains cas, un audit par ce tiers demeure possible au Signing : voir infra § 522-523.

²⁴²¹ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1986, v. 5.

²⁴²² Même dans le cas de vente judiciaire.

²⁴²³ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2144, v. 5.

²⁴²⁴ Par opposition au BFR qui est un actif circulant dont la détention par la cible est éphémère et dont les éventuels écarts par rapport aux comptes de référence sont simplement réparés par un ajustement du prix: voir infra § 513.

cible que la prise de possession par les mandataires de la Holis peut s'apprécier pour respecter le délai maximum de conformité. Celui-ci doit en effet permettre l'accessibilité rapide à la chose, avec une flexibilité de quelques jours après le paiement de son prix lors du Closing. C'est également sur ces bases que doivent s'apprécier les caractères de l'objet de la cession en termes de Fongibilité de Désignation et de multiplicité dont la qualification conditionne le régime de la garantie. Vis-à-vis de ces trois caractères, autant la non Fongibilité de l'objet de la cession est clairement établie²⁴²⁵, autant la Désignation et la Multiplicité de cet objet mérite analyse. En ce qui concerne la Désignation, la qualification de l'objet de la cession en chose Désignée ou Décrite n'est pas du tout évidente car autant la personne morale de la cible est clairement Désignée autant son patrimoine, et donc son actif principal, doit être Décrit si on se réfère à la jurisprudence du prospectus. Cette dernière détermine le régime de la vente de choses emballées en se basant sur leur description sans pouvoir vérifier ni leur quantité ni leur qualité²⁴²⁶. Dans ce régime, l'objet de la vente est qualifié de Décrit et non pas de Désigné, comme l'indique explicitement Sawi dans son étude des distinctions des différents régimes de garantie codifiés par Dardir²⁴²⁷. Ainsi et vis-à-vis du régime de conformité applicable, l'objet de la cession est bien Décrit et non pas Désigné contrairement aux apparences. Sur cette base de non Fongibilité et de non Désignation de cet objet, on peut étudier s'il faut le qualifier de *multiple* ou d'*indivisible*. Autant le caractère d'*indivisibilité* serait plus cohérent en considérant l'objet de cette cession comme l'acquisition du contrôle d'une personne morale ayant un patrimoine séparé, autant le caractère *multiple* devrait s'imposer en considération du régime de l'actif dominant d'un tel patrimoine de la cible. En effet, ce dernier comprend également d'autres actifs et passifs, non essentiels à la transaction, qui peuvent être attribués au cédant moyennant une adaptation du prix de cession ce qui prouve la *divisibilité* de l'objet de la cession au sens malikite²⁴²⁸. En résumé, la latitude que permet l'usage européen du M&A permet tout à fait de retenir des conditions conformes aux règles malikites de l'objet de la vente ; des conditions qu'il va falloir inclure dans la charte M&A de la Holis. De plus, la qualification malikite de cet objet de la cession de bien non Fongible, Décrit et multiple, en se basant notamment sur la jurisprudence de la vente sur prospectus, ouvre la voie de la détermination des Conditions de conformité des stipulations du SPA relatives au prix (B) et aux sanctions (sous-section 2).

²⁴²⁵ Voir supra § 503.

²⁴²⁶ Le cas échéant, par l'ouverture de leur emballage.

²⁴²⁷ DARDİR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1997, v. 5.

²⁴²⁸ KHALİL IBN ISHĀK' et AL-HATTAB محمد أبو عبدالله بن محمد الحطاب, *op. cit.* (note 1857), p. 304, v. 5.

B. Conformité du prix de la cession

511. **Typologie des stipulations du prix.** Comme pour l'objet de la cession, l'étude de la conformité des stipulations du SPA relatives au prix exige évidemment la compréhension de leur contenu. Quel que soit le mode de détermination du prix, son paiement « économique » peut être différent de son paiement « juridique ». Une partie de ce prix pourrait en effet se faire par des opérations²⁴²⁹ antérieures au Closing, qui juridiquement s'interprètent comme la circonscription de l'objet de la vente à un périmètre plus restreint, par le transfert au cédant des actifs hors de ce périmètre. Le prix « juridique », correspondant à ce périmètre restreint qui sera finalement retenu contractuellement, se fait usuellement au comptant lors du Closing mais les possibilités de paiement du solde à des dates ultérieures déterminées demeurent possibles²⁴³⁰. Bien qu'il soit possible que ce prix contractuel soit en « Paper » ou « Share Based », le plus probable est que le « Deal currency²⁴³¹ » des transactions de la Holis soit « Cash » ; ce qui en bon français veut dire que le prix est en numéraire et non pas en titres. Un tel prix peut alors être déterminé par une clause « Locked Box », sur la base d'indicateurs connus lors du Signing, ou déterminable par une clause de « Completion Price », sur la base d'indicateurs d'ajustement inconnus lors du Signing. Ce prix de nature fixe peut être complété, grâce à une clause « Earn Out », par une partie variable²⁴³², traitée fiscalement en France pour le cédant de la même façon que la plus-value initiale découlant de la partie fixe du prix²⁴³³. Dans la tradition américaine, l'article « *Sale and Transfer of Shares; Closing* » comprend l'objet de la vente, son prix et l'obligation de leur échange accompagnée de plusieurs autres obligations lors du Closing ce qui correspond à trois articles distincts²⁴³⁴ dans la tradition anglaise adoptée fréquemment par la pratique européenne continentale. Dans le processus de détermination du prix, des ajustements sont souvent prévus si le montant n'est pas figé dans le SPA ; c'est pour cela que la clause du prix est souvent suivie par une clause d'ajustement généralement postérieur au Closing²⁴³⁵. Synthétiquement, dans la pratique européenne du M&A, le prix peut donc être soit fixe,

²⁴²⁹ Distributions de dividendes, réduction de capital, etc.

²⁴³⁰ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 114-122, 128-129.

²⁴³¹ Sauf quand c'est indiqué autrement, tous les termes entre guillemets correspondent à la terminologie anglo-saxonne du métier de M&A. La grande majorité de ces termes figure dans *Ibid.*, p. 261-273.

²⁴³² « également appelée complément de prix. Une ou plusieurs variables sont définies entre cédant et repreneur (atteinte ou maintien d'un niveau de chiffre d'affaires, de rentabilité... pendant une période donnée) permettant de faire varier le prix de cession de l'entreprise. Seule la partie fixe est réglée dans un premier temps par le repreneur, le solde étant payé progressivement en fonction de l'atteinte des covenants fixés entre les parties. » : voir le glossaire de TARIANT, *op. cit.* (note 2339).

²⁴³³ Voir supra § 86.

²⁴³⁴ Relatives respectivement à l'objet, au prix et au Closing.

²⁴³⁵ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 130, 135.

déterminé ou déterminable, soit variable. Par rapport à cette pratique, le malikisme considère que le prix est fixe quand il est déterminé ou bien lors du Signing par une clause Locked Box²⁴³⁶, ou bien lors du Closing par une clause d'ajustement mise en œuvre non pas après mais pendant le Closing. Un tel prix fixe devient déterminable après le Closing en toute conformité uniquement quand la clause d'ajustement Post-Closing le corrige en fonction des résultats de l'inventaire quantitatif réalisé contradictoirement par les parties lors de la conclusion de la vente. Tout différend relatif aux écarts par rapport à cet inventaire, réalisé nécessairement en présence du tiers agréant le descriptif de l'objet d'acquisition, sera alors tranché par ce tiers agissant comme un arbitre. Enfin, la question de conformité se pose quand ce prix fixe, déterminé ou déterminable dans les conditions précitées, est augmenté d'une partie variable, dépendante des performances futures par une clause Earn Out²⁴³⁷. C'est donc en suivant cette typologie, fixe ou variable au sens malikite, que nous identifierons les caractéristiques des clauses de prix avant d'examiner leur conformité ; une conformité qui s'accommode mal avec l'ignorance d'un tel prix²⁴³⁸, d'autant plus que la rentabilité de l'acquéreur est statistiquement médiocre par rapport à celle du cédant²⁴³⁹.

512. Caractéristiques des clauses de prix fixe. Pour déterminer le contenu des clauses de prix dans la pratique européenne, le cessionnaire a besoin de certaines informations déterminantes fournies par les audits de Due Diligence qui, selon la bonne volonté du cédant, peuvent accéder à ces informations cruciales avant le Signing ou entre le Signing et le Closing. Autrement, le cessionnaire ne peut que se baser sur les déclarations du cédant lors du Closing en attendant l'audit Post Closing qui est de toute façon nécessaire pour faire une première vérification des données garanties. C'est donc en fonction de l'échéance d'aboutissement de ces audits que seront rédigées ces clauses du prix ainsi que certaines déclarations ou garanties spécifiques, certaines conditions suspensives et, même, la clause de résolution « *Walk away* ». En fonction de la situation, l'éventuelle correction du prix est donc soit directement incorporée dans le SPA pour les éléments audités avant le Signing, soit ajustée lors du Closing pour les éléments audités entre le Signing et le Closing, soit enfin ajustée après le closing quand il faut attendre l'audit post-Closing pour comprendre finalement la réalité de la situation de la cible

²⁴³⁶ Adoptée fréquemment en France (entre 18% et 64% des transactions annuelles contre 9% à 27% au Royaume-Uni) : voir CEDDAHA, *op. cit.* (note 112), p. 215.

²⁴³⁷ Mécanisme associé souvent à des situations où le cédant demeure gestionnaire de son entreprise après sa cession : voir Olivier MEIER, Guillaume SCHIER, Patrick NAVATTE et Vincent DESSAIN, *Fusions, acquisitions: stratégie, finance, management*, Paris, France : Dunod, impr 2009, p. 165.

²⁴³⁸ Comme pour l'autre contrepartie constituée par l'objet de la cession : voir supra § 508, 510.

²⁴³⁹ MEIER et al., *op. cit.* (note 2437), p. 56.

lors du Closing. Bien que ce dernier cas d'ajustement post-Closing agisse d'une façon similaire que les paiements au titre de la garantie qualifiés de réduction de prix, les deux mécanismes sont formellement distincts en droit étatique. Alors que l'ajustement fait partie du processus de détermination du prix, la garantie est en dehors de ce processus en constituant un remboursement d'une partie du prix « définitif²⁴⁴⁰ » obtenu par cet ajustement. Cependant la proximité des deux mécanismes est telle que les praticiens sont incités à revenir à la règle traditionnelle d'un prix fixe basé sur les déclarations du cédant, Locked box²⁴⁴¹, en incorporant l'effet de l'ajustement du prix dans les indemnisations ou remboursement au titre de la garantie. Ceci évite l'insécurité juridique de l'indétermination du prix, découlant notamment du Code civil napoléonien qui, afin d'admettre que le prix soit déterminable, exige la spécification claire des critères objectifs de cette détermination. De plus, ce code incite, en pratique, à cumuler la désignation d'un tiers avec la désignation d'une autorité qui nommera le remplaçant au cas où ce tiers refuserait d'intervenir ou ne pourrait pas le faire. Un tel cumul de précautions diminue l'insécurité de l'indétermination du prix mais sans la supprimer comme le montrent certaines jurisprudences continentales ; la caducité du contrat de vente demeure alors toujours possible. Toutefois, la simplification extrême par la clause Locked box peut être adoucie avec le maintien d'un ajustement lors du Closing²⁴⁴². Contrairement à l'appréciation de Leclercq²⁴⁴³, un tel ajustement posera moins de problème d'indétermination du prix que l'ajustement Post Closing²⁴⁴⁴, si l'on considère que la conclusion de la vente a lieu lors du Closing. Au sens économique large, cet ajustement se base sur le fait que le prix est influencé par plusieurs facteurs parmi lesquels figurent, d'une part, les performances passées figurant dans les comptes²⁴⁴⁵ et, d'autre part, leurs estimations dans le futur figurant dans business-plan²⁴⁴⁶. Ceci découle du fait que le prix est composé d'abord d'un goodwill, traduisant une plus-value économique du fonds de commerce dont la valeur marchande n'est pas reflétée dans le bilan comptable. Ce goodwill est ensuite ajouté à l'actif net comptable lors du transfert de propriété et c'est l'incertitude entourant cet élément comptable qui génère l'ajustement du prix. Or, ledit actif net comptable en question s'obtient, synthétiquement, par la déduction des dettes financières nettes des actifs comptables que sont les immobilisations nettes et le BFR net.

²⁴⁴⁰ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 50-52, 465.

²⁴⁴¹ Praticué dans 25% des transactions selon les données des avocats internationaux. Cette estimation comme les deux suivantes sont rapportées par THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 114-122, 128-129.

²⁴⁴² Praticué dans 25% selon l'estimation rapportée par Thomas.

²⁴⁴³ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 406.

²⁴⁴⁴ Praticué dans 50% selon l'estimation rapportée par Thomas.

²⁴⁴⁵ Éventuellement sous-forme de reporting non-audit.

²⁴⁴⁶ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 114-122, 128-129.

Sachant que la prévisibilité de la valeur comptable des immobilisations est très facile car il s'agit de comptes bilantiels affectés par des opérations ponctuelles espacées dans le temps, l'ajustement du prix portera sur l'aléa du BFR net et des dettes financières nettes. Cette méthode d'ajustement est confirmée par la pratique décrite par Leclercq²⁴⁴⁷ ; une pratique retenue dans 90% des cas d'ajustement²⁴⁴⁸. Outre ces règles de fond, l'effet des clauses d'ajustement peut être encadré par l'instauration de certaines limites²⁴⁴⁹ ainsi que d'autres modalités de forme qui limitent par le jeu des seuils et franchises la lourdeur de la procédure anglo-saxonne « euro pour euro²⁴⁵⁰ ». C'est sur cette base que nous examinons la conformité des stipulations du SPA retenant une approche de prix fixe, éventuellement, après ajustement.

513. Étendue de la conformité des clauses de prix fixe. Après avoir retenu l'hypothèse probable que la cession de la cible n'est qualifiée de Vente en jurisprudence malikite que lors du Closing, nous avons montré que les Conditions de sa validité dépendent alors du moment de paiement du prix²⁴⁵¹. La question peut donc se poser d'abord pour le règlement partiel ou total avant le Closing, lors du Signing par exemple si celui-ci est antérieur au Closing. Un tel paiement avant la conclusion du contrat est alors qualifié d'Arrhes qui ne sont pas autorisées car elles sont considérées comme un Accaparement injuste du patrimoine d'autrui, contrairement à l'acompte d'une vente ferme. Seules les Arrhes remboursables sont possibles avec la condition qu'elles agissent simplement comme une preuve du sérieux de l'acquéreur, ce qui exige qu'elles restent dans un pli fermé au besoin chez une personne de confiance, afin d'éviter l'Incertitude sur leur usage en tant que prêt ou prix. Elles ne pourront donc être utilisées par le vendeur que si la Vente est réalisée ; autrement, elles seront totalement remboursées²⁴⁵². C'est donc un régime complètement différent de la pratique actuelle des banques islamiques²⁴⁵³, notamment en termes de Garantie acheteur de la promesse promue par les Normes AAOIFI²⁴⁵⁴. De plus, la dérogation malikite permettant la validité de la Vente malgré l'Interdiction des Arrhes²⁴⁵⁵ n'est pas applicable dans cette cession de la cible qui constitue, elle-même, une Vente dérogatoire. En effet, il s'agit d'une Vente exigeant un

²⁴⁴⁷ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 228-329.

²⁴⁴⁸ Selon l'estimation rapportée par Thomas.

²⁴⁴⁹ « *floors and caps* ».

²⁴⁵⁰ Une exigence, de la Common Law à l'origine, permettant de distinguer l'effet de l'obligation née de cette clause de celui d'autres obligations : voir LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 407-408.

²⁴⁵¹ Voir supra § 495, 510 et infra § 523.

²⁴⁵² KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 13 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63 du volume 3, y compris le commentaire de Dasuqi.

²⁴⁵³ LACROIX - DE SOUSA, *op. cit.* (note 2245), p. 294.

²⁴⁵⁴ Voir infra § 578 et 588.

²⁴⁵⁵ Voir supra § 339.

descriptif fait par un tiers lors de tout règlement avant la prise de possession ; ce qui, par ailleurs, rend la réitération des déclarations du SPA lors du Closing encore plus impérative²⁴⁵⁶. En toute rigueur, un tel descriptif lors du Closing ne peut être précis que par la réalisation d'un inventaire à cette date. Cependant, la finalisation d'un tel inventaire peut prendre plusieurs jours voire plusieurs semaines avec souvent des corrections rendues nécessaires par la continuation de l'activité de la cible, même si celle-ci est une PME. Devant une telle difficulté, la solution réside dans la présentation d'un inventaire estimé lors de la réitération des déclarations du cédant pendant le Closing. L'objectivité de cette estimation, découlant d'un arrêt des comptes de la cible à la date du Closing, est alors confirmée par le tiers auditeur dont l'intervention devrait intervenir entre le Signing et le Closing et continuer après le Closing jusqu'à l'arrêt définitif de ces comptes. La conformité de l'ajustement du prix basé sur une telle estimation découlera de la jurisprudence de la Vente sur prospectus. Celle-ci indique que l'achat d'un bien Fongible vendable par comptage, comme des articles d'habillement standards de qualité connue, peut se faire sur la base d'un prospectus. Agissant comme une notice, ce dernier précise les caractéristiques de chaque unité et le nombre d'unités contenues dans un emballage fermé dont l'ouverture lors de la conclusion de la Vente, pour vérifier la quantité ou la qualité présente un inconvénient. Si à l'ouverture de l'emballage par la suite, il s'avère que la qualité est non-conforme alors l'acheteur disposera d'une option de résolution²⁴⁵⁷. En revanche, si c'est la quantité qui est non-conforme, la Vente sera ajustée par restitution dans un sens ou dans l'autre. En effet, à partir du moment où le prix unitaire est connu la validité de la Vente est assurée malgré l'ignorance du montant global dépendant de la quantité, qui est seulement estimée lors de la conclusion de la Vente²⁴⁵⁸. En termes de preuves, ce défaut de concordance avec la notice doit supplétivement être confirmée par le vendeur à moins qu'une stipulation contractuelle fasse que la parole de l'acheteur s'impose. Quant à l'ajustement, il se fera par restitution proportionnelle du prix si la quantité est moindre avec une option accordée à l'acheteur pour résoudre la Vente uniquement quand la quantité manquante dépasse la moitié. Inversement et en cas d'excès, l'ajustement se fera par restitution au vendeur de la quantité de marchandise en trop²⁴⁵⁹. Bien évidemment, rien n'empêche de convenir contractuellement que l'acheteur renonce à son éventuel droit de résolution et que l'ajustement se fait toujours

²⁴⁵⁶ Voir supra § 508-510.

²⁴⁵⁷ Nous reviendrons sur cet aspect en infra § 520.

²⁴⁵⁸ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1990, v. 5.

²⁴⁵⁹ Jurisprudence de la différence quantitative d'une « vente sur prospectus » *Ibid.*, p. 1997-1998, v. 5 ; KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1863), p. 484-485, v. 4.

proportionnellement sur le prix, à la baisse ou à la hausse²⁴⁶⁰ en fonction de la différence quantitative. De même et sur le terrain de la preuve, rien n'empêche les parties de convenir que l'ouverture de l'emballage se fera en présence d'un tiers, qu'ils ont choisi, dont la parole concernant l'éventuel écart quantitatif ou défaut qualitatif s'imposera aux parties. Cette jurisprudence de la Vente sur prospectus s'applique à notre ajustement du prix compte tenu du fait que celui-ci porte sur le BFR et les dettes financières qui, tous les deux, ne comprennent que des biens Fongibles sous forme de marchandises en stock ou d'éléments monétaires, actifs ou passifs. Ceci confirme donc la conformité de l'ajustement Post-Closing, corrigeant le prix sur la base des éventuels écarts dégagés par le tiers auditeur entre son arrêt définitif et son estimation de l'inventaire à la date du Closing ; cette dernière ayant servi à la détermination du prix lors de la conclusion de la Vente. En résumé et par rapport aux déclarations du SPA, trois cas de figures peuvent se présenter. Le premier est l'hypothèse où les données du SPA sont matériellement identiques à l'arrêt estimé qui fait partie de la réitération du Closing, dans ce cas le prix à payer lors du Closing est celui mentionné dans le SPA et, par conséquent, l'éventuelle clause Locked Box sera conforme. En revanche, dans le deuxième cas, un ajustement de ce prix du SPA doit avoir lieu lors du Closing quand l'estimation de la réitération fait apparaître des écarts appréciables en comparaison avec les données du SPA. Ce qui veut dire que le malikisme ne peut se satisfaire de la clause Locked Box dans tous les cas, car il peut exiger un ajustement à la réalisation. Enfin, dans le troisième et dernier cas, une restitution Post-Closing doit avoir lieu lorsque l'arrêt des comptes à la date du Closing est finalisé en dégageant des écarts non négligeables par rapport à l'estimation présentée lors de la réitération du Closing. La conformité de cette restitution n'est pas affectée par sa forme en droit étatique choisie par les parties qui peut relever de la clause d'ajustement du prix Post-Closing ou de la clause de garantie. La question se pose alors si cette flexibilité de la conformité à l'égard du prix fixe peut s'étendre au prix variable dont il faut, au préalable, comprendre les caractéristiques en pratique européenne.

514. Caractéristiques des clauses de prix variable. Le risque civiliste de l'indétermination du prix découlant de la clause d'ajustement du prix se trouve amplifié encore plus dans le cas de clause d'Earn-Out²⁴⁶¹, retenue en pratique dans 20% des cas²⁴⁶². Cette clause prévoit, en effet, de rajouter au prix fixe traditionnel une composante variable en fonction des

²⁴⁶⁰ Ce qui suppose que les quantités en trop, qui demeurent la propriété du vendeur, sont également achetées sur la base du même prix unitaire.

²⁴⁶¹ Qui permet au cédant de profiter (earn) d'une amélioration du prix après avoir quitté (out) le capital de la société par la cession de ses titres : voir LACROIX - DE SOUSA, *op. cit.* (note 2245), p. 316.

²⁴⁶² Selon l'estimation rapportée par Thomas.

performances de la société pendant une période déterminée après la cession²⁴⁶³. Cette dépendance aux résultats futurs suppose la continuation de l'implication du cédant dans la gestion de la cible après le Closing pendant quelques mois, voire quelques années. Ainsi et selon le détenteur du pouvoir de gestion pendant cette période de complément de prix, la clause pourra être jugée potestative en faveur de l'une ou de l'autre des parties car le gestionnaire favorisera les performances, court terme ou long terme, en fonction de son intérêt²⁴⁶⁴. C'est sur ce terrain que la validité de cette clause pourra être remise en cause par le juge, notamment si celui-ci retient la qualification en contrat de vente soumis aux exigences de l'article 1591 du Code civil²⁴⁶⁵. Cette clause d'Earn-Out nécessite alors de bien clarifier les conditions de stabilité du périmètre d'activité, le calendrier, la durée, le critère²⁴⁶⁶, les principes de gestion, l'interruption et l'arbitrage. Malgré toutes ces précautions pour éviter l'aléa des choix de gestion future, la détermination du prix de cette façon revient parfois à la « contractualisation du désaccord²⁴⁶⁷ » en reportant la divergence des parties. À la base, ce désaccord correspond à l'écart significatif entre le prix « psychologique » que le cédant a en tête correspondant au fruit de ses « trente ans de travail » et le prix « mathématique » objectif que l'acquéreur peut justifier sur le plan économique notamment en cas de doute sur le maintien de la capacité bénéficiaire de la cible. C'est une situation semblable qui a abouti à l'exemple cité par Tariant où le complément de prix, de la clause Earn-Out, est une proportion du résultat cumulé sur deux ans de la cible au cas où ce résultat dépasserait un seuil minimum. Dans cet exemple, le cédant a introduit une condition contractuelle exigeant que la comptabilité reste sous le contrôle de son expert-comptable pendant cette durée afin d'éviter les manipulations de l'acquéreur²⁴⁶⁸. Malgré ce genre de précautions, il n'est pas étonnant que cette contractualisation du désaccord par la clause Earn-Out dégénère souvent en conflit. Ce qui constitue une amplification du risque civiliste relatif à l'indétermination du prix, déjà présent dans les clauses d'ajustement de prix²⁴⁶⁹. Ces difficultés font que l'incorporation d'un complément de prix est évitée dans 80% des cas en pratique²⁴⁷⁰. Comme Leclercq et Thomas, Paillusseau confirme la réception de ces articles et clauses anglo-saxons dans le système de droit civiliste, mais en soulignant les

²⁴⁶³ TARIANT, *op. cit.* (note 2339), chapitre 3, § 6.2.2.

²⁴⁶⁴ Car l'intérêt du cédant est servi par une stratégie court terme alors que celui du cessionnaire est favorisé par une stratégie long terme.

²⁴⁶⁵ LACROIX - DE SOUSA, *op. cit.* (note 2245), p. 315, 2017.

²⁴⁶⁶ Qui peut aboutir à un complément négatif donnant lieu à une restitution d'une partie du prix fixe s'il est déjà payé.

²⁴⁶⁷ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 121.

²⁴⁶⁸ TARIANT, *op. cit.* (note 2339), chapitre 6, § 3.

²⁴⁶⁹ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 324-328, 330-332.

²⁴⁷⁰ Selon l'estimation rapportée par Thomas.

difficultés précitées qui peuvent se poser en termes d'indétermination du prix et de potestativité des conditions²⁴⁷¹.

515. **Étroitesse de la conformité des clauses de prix variable.** Sur le plan de la conformité malikite et comme on l'a vu²⁴⁷², la pratique M&A européenne laisse suffisamment de latitude pour effectuer un ajustement de prix évitant l'Incertitude de l'ignorance invalidante de la cession de la cible. Cette convergence entre le malikisme et la pratique européenne du prix fixe ne peut s'étendre à la pratique du prix variable. En effet, le complément de prix basé sur des performances de la cible après la date de réalisation de la transaction, générant souvent du contentieux entre les parties à cause des possibilités de manipulation²⁴⁷³, ne peut être que suspectée d'une qualification d'Ignorance du prix dans le malikisme. Celui-ci ne peut admettre la licéité que de certaines solutions alternatives qui, en réalité, relèvent de la rémunération de prestation de services par le cédant après la cession. Ces solutions alternatives sont effectivement distinctes de la véritable clause Earn-Out, même si certains rédacteurs de SPA tombent dans cette confusion, entretenue par Tariant. Effectivement, ce dernier assimile à une clause Earn-Out²⁴⁷⁴ ce qui est véritablement une clause « TSA²⁴⁷⁵ » relevant des obligations Post-Closing²⁴⁷⁶. Ceci s'applique, notamment, au cas cité par cet auteur où le cédant est maintenu dans un rôle de prestataire commercial pendant deux ans avec une rémunération basée sur un Success Fee. Ce dernier, d'un montant fixe correspondant à 10% du prix de cession des actions, est conditionné par le renouvellement du carnet de commande de la cible au-delà d'un certain volume. Toutefois, il n'est pas évident que la conformité d'une telle clause TSA puisse s'étendre au portage qui peut économiquement devenir équivalent à la clause Earn-Out, contrairement à ladite clause TSA.

516. **Complément de prix basé sur le portage en pratique européenne.** La clause Earn-Out peut être remplacée par le portage dont le dénouement économique dépend également des performances futures de la cible. Un tel portage substitue à la cession d'un bloc unique de titres sociaux deux cessions partielles dont l'une est immédiate avec un prix fixe alors que l'autre, portant sur le solde du bloc, est soumise à une promesse avec un prix variable en

²⁴⁷¹ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 268-271, 286-316.

²⁴⁷² Voir supra § 510, 513.

²⁴⁷³ MEIER et al., *op. cit.* (note 2437), p. 166.

²⁴⁷⁴ TARIANT, *op. cit.* (note 2339), chapitre 6, § 3.

²⁴⁷⁵ « Transition service agreement » relatif à l'implication du cédant pour une période transitoire dans la gestion post-closing, à son engagement de non-concurrence ou de non-débauchage, aux informations à fournir après le Closing, etc. : voir THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 261-273, glossaire ; voir également PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 286-316.

²⁴⁷⁶ Voir annexe 3.

fonction de certains indicateurs de performance qui seraient connus lors de la réalisation de cette deuxième cession. Cette promesse doit également respecter la déterminabilité du prix en l'absence de toute potestativité²⁴⁷⁷, comme l'a confirmé la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation le 28 juin 1988²⁴⁷⁸. Un tel prix peut éventuellement comporter une partie conditionnée, dépendant de la performance de l'entreprise, qui s'ajoute à une partie fixe ou déterminée en fonction de l'écoulement du temps²⁴⁷⁹. Cette partie fixe ou en fonction du temps ne sera valide en droit civiliste que si le cédant est désintéressé de la gestion de la cible. Autrement, l'invalidité serait retenue par la qualification en clause léonine proscrite par l'article 1844-1 du Code civil comme le confirme la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation française du 10 février 1981 et du 27 septembre 2005²⁴⁸⁰. Enfin, une dernière variante peut être utilisée pour le portage afin de le rendre totalement ou partiellement autonome de la distribution de dividendes Post-Closing que l'acquéreur sera amené à faire, notamment pour le service de sa dette d'acquisition. Cette variante peut prendre la forme classique des actions de préférence créées dans le cadre de la cession pour être cédées en totalité à l'acquéreur, ou la forme du dividende précipitaire qui n'est possible en France que dans une SAS ou une SA et avec l'accord unanime des actionnaires²⁴⁸¹. Ainsi, l'acquéreur bénéficie, pendant la durée du portage, avec le premier outil d'un certain montant de dividendes avant toute distribution aux actions ordinaires et avec le deuxième outil de la totalité des

²⁴⁷⁷ Bien que ceci nous semble trop théorique, un auteur estime que l'adoption d'une qualification de la cession des titres sociaux en cession de position contractuelle devrait inciter le juge à accepter une certaine dose de potestativité. Cet auteur ajoute que, selon une certaine doctrine, la contrepartie de la cession peut alors « dépendre de la volonté du cédant ou du cessionnaire lorsque celui-ci se réfère à des éléments objectifs que le juge peut apprécier », peu importe donc que ces éléments objectifs aient été obtenus par le concours de l'une des parties qui a pu, par conséquent, les influencer : voir LACROIX - DE SOUSA, *op. cit.* (note 2245), p. 321.

²⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 316.

²⁴⁷⁹ *Ibid.*, p. 317.

²⁴⁸⁰ L'auteur de cette analyse ajoute, d'une façon purement théorique à notre sens, que l'adoption d'une qualification de la cession des titres sociaux en cession de position contractuelle s'accommode mal avec une telle jurisprudence car les droits et obligations attachés au titre social forment un ensemble indivisible ce qui exclut la transformation de l'associé en un créancier pure et simple. L'effet d'une telle clause de prix plancher ne pourra alors être obtenu que si ledit associé cédant a acquis préalablement ses titres auprès de son futur cessionnaire en bénéficiant d'une garantie lui assurant une valeur minimale des titres en question : voir *Ibid.*, p. 317-318, 322 ; Cet arrêt du 27 septembre 2005 est décrit par le professeur Pietrancosta ainsi « Il s'agissait, au cas particulier, d'une opération de capital-risque réalisée entre la société BSA Bourgoin et la société Clinvest, devenue CDR Participations. Aux termes des accords conclus entre les parties, Clinvest s'engageait à participer à une augmentation du capital de la société France volailles (filiale de Bourgoin), moyennant la garantie consentie par la société BSA Bourgoin, que ses titres lui seraient rachetés au prix de souscription majoré d'un intérêt ». Même s'il est très critique de cet arrêt, le professeur considère qu'il « ne s'agit certes plus aujourd'hui de pourchasser les combinaisons usuraires, dissimulées sous la société (...), mais l'objectif doit demeurer foncièrement le même, celui de déjouer la *fraus legis* et l'atteinte frontale à l'essence partiaire de la société pluripersonnelle », voir : Alain PIETRANCOSTA, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du code civil », *Revue Le Lamy Droit des Affaires*, n° 1, 1 janvier 2006, p. 67.

²⁴⁸¹ TARIANT, *op. cit.* (note 2339), chapitre 3, § 6.2.3.

dividendes. Pour toutes ces solutions de portage, ainsi conçues, se pose alors la question de la conformité.

517. **Conformité des solutions de complément de prix basées sur le portage.** Sur le plan de la conformité, la détermination du prix du portage, ou de son prix plancher, en fonction du temps est évidemment qualifiée d'Usure illicite. Quant au prix dépendant de la performance future, il soulève deux questions de licéité ; la première est relative au principe même d'une telle promesse synallagmatique de vente alors que la seconde concerne cette méthode de détermination du prix. En citant Durrani et Boocock²⁴⁸², Matri a retenu une réponse positive à cette dernière question en confirmant la licéité de l'acquisition des titres de la cible en fonction de ses résultats futurs, notamment par l'utilisation des bons de souscription²⁴⁸³. En jurisprudence malikite, les choses se présentent autrement. D'abord, la convention de portage ne peut être une vente car son prix déterminable à l'avenir constitue une Incertitude d'ignorance, *gharar*²⁴⁸⁴, invalidante ; ce qui qualifie la convention de portage nécessairement comme une promesse. La conformité d'une telle convention de portage revient donc à sa licéité en tant que promesse puis à son éventuel caractère engageant en bénéficiant de la force obligatoire contractuelle au sens malikite. Ces questions soulevées par cette promesse ont été partiellement étudiées aussi bien dans le cas de la promesse unilatérale à but non lucratif²⁴⁸⁵ que dans le cas de l'Înah quand la chose promise n'appartient pas au prometteur²⁴⁸⁶. Malheureusement, ces deux cas ne correspondent pas à la situation du portage qui relève d'un autre aspect du régime malikite de la promesse caractérisé par la propriété de la chose par le prometteur pour une opération à but lucratif, puisque c'est la promesse d'une vente et non pas d'une libéralité. La règle malikite pour ce cas est comme pour le droit de préemption dont la promesse avant la vente de la part d'un associé n'est pas engageante car elle n'est dotée de la force obligatoire que quand la vente précaire à un tiers est réalisée. Le prix de celle-ci servira alors de base à la préemption, dont le détenteur peut être forcé par le juge à se prononcer sans délai. Soit il exerce sa préemption, ce qui force son rachat au tiers de la part indivise de la chose, soit il renonce, ce qui met fin à la précarité de l'achat, effectué par ce tiers, qui devient ainsi définitif²⁴⁸⁷. Dans ces conditions, toutes les précisions relatives à la formule et à la nomination

²⁴⁸² « Venture Capital, Islamic Finance and SMEs » : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 270, § 509, note bas de page n° 935.

²⁴⁸³ *Ibid.*, p. 292-294, § 556-561.

²⁴⁸⁴ Dans le sens strict et non pas le sens large qui englobe « l'ensemble des opérations comprenant la tromperie, l'incertitude, l'aléa, le risque, le hasard, etc. » tel que rapporté par Himeur : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 49.

²⁴⁸⁵ Voir supra § 287.

²⁴⁸⁶ Voir supra § 314 et infra § 545.

²⁴⁸⁷ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2720, v.6.

d'un tiers expert pour déterminer le prix en fonction des performances futures ne suffiront pas à rendre la convention de portage engageante tant qu'un tiers n'a pas acquis, par un achat précaire, les titres sociaux objet du portage à un prix²⁴⁸⁸ dont le montant est bien déterminé comme dans toute vente. Ainsi l'opération M&A réalisée par la Holis ne peut retenir un portage avec un prix de dénouement en fonction des performances futures qui, d'ailleurs, consiste économiquement à rendre le prix de vente de la cible variable ce qui est illicite. Il ne reste finalement à examiner que la conformité du portage avec un prix fixe déterminé à payer dans un délai déterminé. Or, ce dernier cas n'est plus une promesse mais une vente dans le malikisme car aussi bien la chose que son prix sont déterminés. Il s'agit donc simplement d'une facilité, tout à fait conforme, permettant le paiement du prix à une date future déterminée pour une chose dont la prise de possession est immédiate, éventuellement à un ou deux jours près par rapport à la conclusion de la vente. Une telle modalité de report de paiement du prix peut, au besoin, user de la procédure *d'Escrow account* de la Common Law ou de la procédure du séquestre du système civiliste. Outre son intérêt sur le plan du financement, cette modalité constitue pour le cessionnaire une garantie de la garantie du cédant qui permet la compensation de cette partie reportée du prix par les éventuelles indemnités de garantie²⁴⁸⁹ qui font partie des sanctions de la vente, en cas de défaut de la cible par rapport à son descriptif.

Sous-section 2. Stipulations des sanctions dans le SPA

518. Caractères des contreparties déterminant le régime de conformité des sanctions. Afin de juger de la pertinence des règles de conformité aux sanctions du SPA, il est nécessaire de fixer certains caractères découlant de la conformité des contreparties que nous venons d'examiner dans la sous-section précédente. Cette exigence est justifiée par l'extrême étendue du droit de la garantie de la vente dans la jurisprudence malikite qui comporte des principes communs avec de multiples régimes spéciaux sans exclure le régime dérogatoire de la vente initiée par les créanciers auprès du juge ou des héritiers²⁴⁹⁰. C'est donc cette étendue de la jurisprudence malikite qui nous incite à rappeler au préalable certains caractères de la conformité des contreparties, déjà établis²⁴⁹¹, qui sont pertinents à la détermination du régime de conformité de la garantie. Ainsi et en occultant l'éventualité intéressante mais rare en pratique de la qualification de la vente lors du Signing²⁴⁹², nous avons retenu que le SPA est

²⁴⁸⁸ Ou éventuellement la valorisation de sa contrepartie non monétaire.

²⁴⁸⁹ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 333.

²⁴⁹⁰ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2154, v. 5.

²⁴⁹¹ Voir supra § 510-511, 513.

²⁴⁹² Voir infra § 523.

une promesse qui ne devient une vente au sens malikite qu'au Closing. Cette vente d'une chose absente se base sur un descriptif par le cédant, confirmé par un tiers auditeur choisi par les parties. La nature incorporelle de cette chose n'exclut pas l'influence déterminante sur son prix de la valeur de son patrimoine, dont l'élément principal doit nécessairement être un actif non monétaire. Sous le contrôle du tiers auditeur, ce descriptif de l'objet de la cession comprend, en plus de la réitération éventuellement corrective des autres déclarations, un bilan provisoire arrêté à la date du Closing qui sera la base de l'ajustement du prix contractuel de la cession lors de ce Closing. La mission du tiers auditeur continuera par la suite jusqu'à l'établissement du bilan définitif à cette date du Closing afin de corriger éventuellement la contrepartie remise par la Holis en conformité avec les règles malikites. Il importe peu que cette correction soit qualifiée en droit étatique comme une mise en œuvre de la garantie ou comme un ajustement Post-Closing du prix dont la conformité, découlant de la jurisprudence de la vente sur prospectus, s'insère dans le droit malikite de la garantie.

519. Problématique de la conformité des sanctions. En cas de défaut de concordance de la chose vendue à son descriptif, le principe malikite est de privilégier la survie du contrat comme conséquence de la force obligatoire contractuelle, ce qui restreint la recevabilité de la résolution à des cas justifiés. De tels cas sont reconnus quand le défaut de concordance touche une chose dont la Désignation lui donne un caractère déterminant du consentement de l'acheteur, ou quand ce défaut touche partiellement une chose indivisible dont la restitution de sa partie affectée par le défaut oblige l'acheteur à accepter l'inconvénient d'être un propriétaire dans l'indivision. Ce principe s'illustre également par la jurisprudence précitée²⁴⁹³ de la vente sur prospectus du bien Fongible qui retient simplement un ajustement de prix pour une minoration légère de la mesure (poids, volume...). L'option de résolution accordée à l'acheteur n'est alors recevable que quand la quantité manquante constitue la majorité de la vente et ce, sur le fondement de l'argument que l'objectif du contrat n'est plus rempli²⁴⁹⁴. C'est donc dans ce contexte de survie du contrat de cession de la cible que sera examiné la conformité des garanties dont dispose la Holis (B). Cependant, cette « sanction » non résolutoire de la vente, intervenant bien après le Closing, n'exclut pas la sanction de la résolution lors du Closing de la promesse de cette vente que constitue le SPA ; une sanction dont il faut également examiner la conformité qui relève du régime malikite général relatif au défaut de la chose vendue (A).

²⁴⁹³ Voir supra § 513.

²⁴⁹⁴ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1153, § 218.

A. Contenu du régime malikite

520. **Notion de garantie malikite de la vente.** Dans notre cas d'acquisition d'une cible par la Holis, l'application de la jurisprudence du prospectus doit tenir compte de la nature de l'objet de la vente ; celui-ci étant une chose complexe dont le régime malikite de cession est en principe celui de son actif principal. Correspondant à l'élément déterminant au fonctionnement du fonds de commerce, cet actif principal est souvent bâti sur un ensemble d'immobilisations dans le cas des cibles industrielles. En fait, cette correction de la contrepartie payée par la Holis est l'effet d'un défaut *quantitatif* de concordance de la cible au descriptif précité, couvrant les éléments déterminants du prix. Cependant la typologie d'un tel défaut, révélé après la prise de possession, peut aller au-delà de l'aspect quantitatif de la substance de la chose pour concerner, notamment, son utilisation selon l'usage et tout ce qui peut affecter sa valeur. Un tel champ couvert par la garantie comprend également le risque futur de la détérioration de la chose ou de son affectation par des éléments agissant négativement sur sa substance, son utilisation ou sa valeur ; mais un tel risque doit être confirmé et non pas basé sur une présomption qui peut s'avérer fausse. Cette limitation du champ de la garantie applicable aux risques peut également s'étendre aux vices cachés impossibles à connaître par le vendeur sans déprécier matériellement la chose²⁴⁹⁵, mais une telle disposition est supplétive car une stipulation expresse des contractants peut prévoir le contraire. La même limitation supplétive s'applique, enfin, au cas où la chose serait un bien complexe²⁴⁹⁶ que le cédant a possédé longtemps sans connaître le défaut en question. Toutefois et en plus de sa supplétivité, ce caractère de l'exclusion de la garantie est limité par la règle impérative qui n'admet pas une telle exclusion dans le cas où il s'avère que le vendeur connaissait le défaut²⁴⁹⁷. Dans tous les cas, toute procédure de sanction est annulée par suite de la réparation du défaut, notamment par le règlement par le cédant d'une dette, rattachée au bien complexe cédé et apparue après ladite cession. Cette typologie de défaut de concordance de la chose, est donc beaucoup plus large avec des effets plus variés, allant d'un ajustement Post-Closing du prix à la nullité, absolue ou relative, en passant par la résolution. En cas de besoin, le juge peut toujours faire appel à un tiers expert pour apprécier, selon l'usage, l'antériorité et l'impact du défaut soulevé par l'acheteur. Ceci suppose évidemment que, lors de la formation du contrat, l'acheteur n'a pas accepté la vente en connaissance de cause, par déclaration expresse ou par présomption selon

²⁴⁹⁵ Comme les défauts révélés par des tests destructifs.

²⁴⁹⁶ Une qualification que nous avons retenue pour la personne morale de la cible.

²⁴⁹⁷ Mais dans ce cas, la charge de la preuve est supportée par l'acheteur.

l'usage, et qu'il n'a pas agi après la découverte du défaut d'une façon que l'usage considère comme une acceptation. De plus et pour le Motif qu'elle n'est généralement pas destinée à la vente immédiate, la chose immeuble bénéficie d'un régime de garantie détaillé pour les défauts anciens, ou les risques avérés débouchant ultérieurement à de tels défauts, affectant la substance de la chose ou son usage normal. Ainsi, un tel bien immeuble n'est pas garanti pour le défaut négligeable contrairement au défaut modéré qui est sanctionné nécessairement par une réparation pécuniaire, sans donner droit à l'option de résolution sauf mention expresse contraire ou fausse déclaration du vendeur lors de la formation du contrat. Autrement, cette sanction donnant à l'acheteur une option de résolution est réservée au défaut excessif qui viole un élément déterminant du consentement ou qui cause une dépréciation de la chose pouvant atteindre le tiers du prix. La réparation pécuniaire ne s'imposera alors que quand l'exercice d'une telle option devient impossible pour l'acheteur à cause de la destruction de la chose ou son transfert à un tiers²⁴⁹⁸. Ces solutions de garantie, dépendant de l'ampleur de l'effet du défaut, peuvent s'adapter aux composantes d'une vente dont l'objet, meuble ou immeuble, est multiple.

521. Régime de la multiplicité de l'objet de la vente. L'option de résolution due à la garantie peut s'exercer partiellement sur chacune des composantes d'une vente dont l'objet est multiple, sans recourir à la résolution de toute la vente, sauf dans le cas dérogatoire où la valeur de la restitution induite par cette résolution dépasse la moitié du prix d'une vente dont l'objet multiple est à la fois non Fongible et Désigné. Ce qui veut dire que cette dérogation impérative ne s'appliquera pas si l'objet de la vente est Fongible comme l'a indiqué Hattab qui a levé la confusion créée par ibn-al-Hajeb, puis reprise par Khalil et Dardir, lors de l'examen du régime du droit des tiers sur la chose vendue. Dans un tel cas, Hattab confirme toutefois que l'exercice du tiers de son droit sur la majorité de la chose Fongible, ou la destruction de cette chose par une force majeure naturelle, n'exclut pas l'option de l'acheteur lui permettant de garder le reste en payant une partie proportionnelle du prix. Cette règle, spécifique au droit du tiers et à la force majeure, ne s'applique pas en cas de défaut touchant la majorité de la chose dont le régime n'offrira à l'acheteur que l'option du maintien de la vente pour la totalité du prix, sauf si le vendeur est d'accord que l'acheteur garde la minorité conforme de la chose pour une partie proportionnelle du prix²⁴⁹⁹. Ce régime de la chose Fongible s'applique à la chose Décrite

²⁴⁹⁸ DARDİR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2131, 2136-2138, 2140, 2143, 2145-2147, 2151, 2163, v. 5.

²⁴⁹⁹ KHALİL IBN ISHĀK' et AL-HATTAB محمد أبو عبدالله بن محمد الحطاب, *op. cit.* (note 1857), p. 304, v. 5.

en permettant à l'acheteur, en cas de multiplicité de cette chose, de bénéficier de l'option de maintien de la vente en retenant la partie conforme de la chose pour la proportion du prix correspondante, comme on l'a vu dans la jurisprudence du prospectus²⁵⁰⁰. Toutefois et comme pour la chose Fongible, l'accord du vendeur sera requis si la restitution pour cause de défaut dépasse la moitié du prix global car la règle supplétive, dans cette situation, est que le vendeur peut exiger que l'option de l'acheteur ne porte que sur la totalité de la vente. Par ailleurs, la résolution totale de la vente entraîne également la restitution à l'acheteur de l'éventuel Success Fee qu'il a payé aux prestataires de Pollicitation pour la réalisation de cette transaction. En outre, le non exercice par l'acheteur de son option de résolution est exclusive de la sanction de réparation sauf mention expresse contraire. De plus et sans remettre en cause la restitution totale du prix, l'exercice d'une telle option n'oblige pas l'acheteur à restituer les fruits de la chose qu'il s'est appropriés avant la découverte du défaut ou après l'engagement de la procédure de réclamation²⁵⁰¹, à la condition que de tels fruits ne changent pas la chose, en accélérant son usure par exemple. En revanche, au cas où l'acheteur causerait un nouveau défaut, indépendant de l'ancien défaut dû au vendeur, la sanction de résolution choisie par l'acheteur engage ce dernier à indemniser le vendeur pour le nouveau défaut. Toutefois, si le nouveau défaut rend la chose inutilisable pour son usage normal, l'acheteur ne pourra plus opter pour la résolution et doit accepter la réparation pécuniaire de l'ancien défaut. Cette même règle s'appliquera, avec une restitution de la totalité du prix, au cas où la chose périt par l'ancien défaut ou par une force majeure naturelle. Toutes ces solutions, de sanction et de réparation causées par le défaut de concordance de la chose, sont présentées en codification malikite dans le même chapitre²⁵⁰² qui traite aussi des vices de consentement comme l'erreur²⁵⁰³ et le dol. Cette codification réserve à ce dernier vice un effet proche de celui de la nullité relative, en prévoyant toujours une option de résolution, même dans le cas où la dépréciation matérielle de la chose par le défaut n'atteint pas le tiers du prix de la vente²⁵⁰⁴. C'est en suivant la logique de ce régime que nous abordons la conformité des conditions de la pratique contractuelle européenne que le malikisme associe à la formation du contrat de vente.

²⁵⁰⁰ Voir supra § 513.

²⁵⁰¹ Mais pas entre ces deux moments, celui de la découverte du défaut et celui de l'engagement de la réclamation, car l'usage de la chose sera alors interprété comme une acceptation du défaut, à moins que la chose meuble soit en dehors de son lieu usuel pour cause de voyage de l'acheteur : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2148-2149, v. 5.

²⁵⁰² Usuellement à la suite du droit de la vente optionnelle, compte tenu du fait que l'un des effets importants du défaut de concordance de la chose est l'option de résolution accordée à l'acheteur : voir *Ibid.*, p. 2130-2189, v. 5.

²⁵⁰³ Seul le vice de consentement relatif à la violence relève des règles de la formation du contrat.

²⁵⁰⁴ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2137-2138, 2140, 2142, 2156-2160, 2166-2167.

522. **Conditions de formation de la vente malikite lors du Closing.** La Common Law classifie les obligations contractuelles de la plus importante, qualifiée de *Condition*, à la moins importante, qualifiée de *Warranty*, en passant par l'*Intermediate Term*. La *Condition* donne toujours un droit de résolution au bénéficiaire alors que la *Warranty* ne donne droit qu'à la réparation pécuniaire. Quant à l'*Intermediate Term*, il ne peut donner droit à résiliation que quand il s'agit d'une « *Serious Failure* » ou d'un « *Material Breach*²⁵⁰⁵ ». Pour toutes ces obligations, l'éventuelle résiliation est un « self-help remedy » ce qui correspond à l'effet, en système civiliste, de la clause résolutoire expresse²⁵⁰⁶. Pour les deux systèmes, la résolution n'est cependant pas automatique et nécessitera l'envoi d'une notification par le bénéficiaire à son cocontractant, comme le précise Leclercq. En outre, il importe que le SPA précise que le délai, stipulé pour l'exécution des obligations résolutoires, est stricte afin d'éviter l'aléa de l'appréciation du juge en cas de contentieux ultérieur. Bien évidemment et comme en droit Belge, la clause résolutoire n'exclut pas l'indemnisation complémentaire pour les dommages non réparés par la résolution. Qu'il s'agisse d'un *Material Breach* dû à la violation d'une déclaration ou d'un *Covenant*, de la survenance d'un *MAC* ou du défaut d'une *Condition Precedent*, l'effet peut être résolutoire si la clause de *Termination* le prévoit. Dans un sens large, le droit anglo-saxon peut qualifier toutes ces obligations et conditions antérieures au *Closing* de *Precedent Conditions* dont le respect est nécessaire pour ouvrir la voie à la phase de réalisation par le *Closing*. Ce dernier comprend également un lot de *Concurrent Conditions*, constitué d'obligations à exécution théoriquement simultanée, dont la violation peut pareillement donner lieu à la résolution du SPA en cas de *Material Breach*. Théoriquement, le droit civil peut retenir le *Signing* d'un tel SPA comme date de formation de la vente²⁵⁰⁷, en usant de la possibilité de la rétroactivité des conditions suspensives²⁵⁰⁸. Cependant, une telle démarche rarissime n'est pas compatible avec le malikisme qui est moins libéral que le droit civil sur la question de la détermination du prix. Ainsi et au sens malikite, le *Signing* ne devient la date de formation que dans le cas exceptionnel où cette date correspond à la formation de la vente par le respect de toutes ses conditions de validité ; à cette exception près, le transfert de propriété ne peut donc avoir lieu avant le *Closing*. Quant au transfert de risque au cessionnaire,

²⁵⁰⁵ Pouvant être traduit par violation substantielle.

²⁵⁰⁶ Celle-ci doit alors mentionner que le bénéficiaire a droit à une résolution de plein droit sans besoin de mise en demeure formelle.

²⁵⁰⁷ Cependant, même dans ce cas rare où la propriété est transférée avant le *Closing*, le transfert du risque pourra être retardé au *Closing* si celui-ci prévoit une réitération des déclarations.

²⁵⁰⁸ Leclercq cite l'ancien article 1179 du Code civil toujours valide en Belgique dont le caractère supplétif permet aux parties d'y déroger afin de décaler le transfert de propriété. En France et depuis la réforme de 2016, ce caractère supplétif a été inversé par le nouvel article 1304-6 mais l'anticipation du transfert de propriété demeure toujours possible.

qui peut être dissocié du transfert de propriété, il se fait simultanément²⁵⁰⁹ avec la remise du prix au cédant dans l'usage européen. Cet échange constitue alors la clôture de l'opération et c'est pour cela que l'usage anglais préfère le terme « *Completion* » au terme *Closing*. En droit civiliste, la réalisation de ces obligations du *Closing* constitue la principale phase d'exécution du SPA²⁵¹⁰, même si cette exécution se poursuit par la suite par d'autres obligations comme celles de l'indemnisation au titre de la garantie. En termes de conformité, le vendeur de la chose absente est garant jusqu'à la prise de possession quand il s'agit de meubles²⁵¹¹. En revanche, pour les immeubles, le transfert du risque a lieu lors de la conclusion de l'acte même si la vente s'est faite au m² et non pas au forfait pour la totalité de la surface. Toutefois et dans tous les cas de figures, ces règles sont supplétives et le contrat peut désigner librement celui qui assume le risque entre la conclusion et la prise de possession²⁵¹². Par conséquent, le malikisme accepte l'usage courant du SPA fixant le transfert de risque au *Closing* car la prise de possession ne peut avoir lieu avant le *Closing* alors que la conclusion de la vente a lieu au plus tard au *Closing*. Le malikisme accepte donc de retarder pareillement le transfert de risque quand la prise de possession intervient après la conclusion de la vente. En effet et, comme pour le Louage d'un service de transformation²⁵¹³, le principe précité de la responsabilité limitée à la négligence du possesseur cautionné²⁵¹⁴ ne s'applique ni à la vente des biens Fongibles ni à celle de la chose absente²⁵¹⁵, ce qui correspond à notre cas. Au sens malikite, la prise de possession effective dont il est question ici est caractérisée par l'exercice du contrôle total sur la chose et notamment sur le pouvoir de sa gestion ; ce qui se traduit par la confirmation ou le remplacement de tous les délégués de pouvoirs de la cible par la Holis. Il est intéressant de signaler que ces règles de conformité du transfert de risque allant même au-delà du *Closing* continuent à s'appliquer quand des conditions « idéales » permettent la qualification malikite du SPA comme un contrat de vente, ce qui avance au *Signing* la date de conclusion que nous avons supposée intervenir au *Closing*²⁵¹⁶.

523. Possibilité malikite de la conclusion de la vente lors du *Signing*. Si nous avons retenu la conformité du paiement du prix par la Holis lors du *Closing*, c'est parce que la

²⁵⁰⁹ Cette simultanéité étant parfois délicate à mettre en œuvre.

²⁵¹⁰ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 136, 373, 380-381, 391-392, 394, 400, 527-528, 530-534.

²⁵¹¹ Cependant les frais de cette prise de possession sont toujours à la charge de l'acheteur : voir KHALIL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 6.

²⁵¹² DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2001-2002.

²⁵¹³ Voir supra § 290.

²⁵¹⁴ Voir supra § 457.

²⁵¹⁵ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 357 et s, 1146 et s, § 39 et 217.

²⁵¹⁶ Voir supra § 510, 513, 518.

pratique M&A européenne n'est pas incompatible avec une prise de possession de la cible, effective au sens malikite, dans une fourchette de temps courte d'un ou deux jours à partir dudit Closing²⁵¹⁷. Cette anticipation de paiement de prix, même courte, ainsi que la crainte de l'Incertitude, sur le prix et sur l'issue des différends ultérieurs, ont rendu nécessaire le descriptif par un tiers agréé par les parties²⁵¹⁸. Nous avons considéré que le plus probable²⁵¹⁹ est que ce tiers ne peut avoir la liberté de l'accès à la cible qu'après le Signing afin que puisse s'organiser sous son contrôle l'inventaire et l'arrêt du compte de la cible lors du Closing. Mais cette probabilité, basée sur notre expérience, n'exclut pas la possibilité d'une grande confiance entre les parties permettant au tiers auditeur d'intervenir bien avant le Signing pour organiser et contrôler un inventaire et un arrêt des comptes de la cible lors du Signing, sans attendre la Closing. Une telle possibilité n'est, d'ailleurs, pas incompatible avec la pratique M&A européenne décrite notamment par Thomas, Leclercq et Ceddaha²⁵²⁰. En jurisprudence malikite, ceci ouvre la voie à la conclusion de la vente lors du Signing avec un transfert de propriété concomitant, même si le transfert du risque et le paiement du prix n'auront lieu qu'au Closing ultérieure après la réalisation de certaines conditions préalables. L'une de ces conditions est le respect des obligations Pre-Closing relatives au contrôle de la gestion de la cible par la Holis entre le Signing et le Closing qui s'interprète, à notre avis, comme un début de prise de possession au sens malikite. Or le début de prise de possession a le caractère de la prise de possession entière²⁵²¹, ce qui évite la qualification invalidante de l'objet de la vente comme une dette²⁵²² du Passif Décrit alors que son prix est également une dette puisqu'il ne sera payé qu'au Closing, bien après la conclusion de la vente lors du Signing. Ce début de prise de possession permet aussi de remplir la Condition relative aux stocks rapidement périssables après le Signing, en tant que date de la conclusion de la vente au sens malikite²⁵²³. En effet, le contrôle de l'acquéreur après le Signing sur la gestion de la cible par le cédant est suffisant pour s'assurer que les stocks en question sont vendus sous peine d'ajustement du prix lors du Closing. Parmi ces conditions préalables au transfert du risque et au paiement du prix, figure également la finalisation, entre le Signing et le Closing, de l'arrêt des comptes à la date du Signing afin d'ajuster lors du Closing le prix du SPA basé sur la version provisoire de cet arrêt

²⁵¹⁷ Voir supra § 510.

²⁵¹⁸ Voir supra § 510-511, 513, 518.

²⁵¹⁹ Voir supra § 510, 513, 518.

²⁵²⁰ Voir supra § 491, 497.

²⁵²¹ Un principe largement utilisé dans le malikisme : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2831, v. 6.

²⁵²² *Ibid.*, p. 1988, 1990, v. 5.

²⁵²³ Voir supra § 508, 510.

des comptes²⁵²⁴. Outre cet effet correctif du prix, d'autres effets peuvent découler de la constatation lors du Closing, notamment à travers la réitération des déclarations, d'un défaut par rapport au descriptif de la cible et aux conditions stipulées dans le SPA. Nous devons alors examiner la conformité de ces autres effets, façonnés par l'environnement européen de droit étatique, comme nous l'avons fait pour l'ajustement du prix.

524. Rôle du descriptif de la cible dans les sanctions du Closing. En plus du rôle « préventif » en faveur du cédant qui l'incite à mieux décrire l'objet de la cession²⁵²⁵, la clause relative aux déclarations a également un rôle « curatif », en faveur de l'acquéreur cette fois, au cas où le cédant serait, quand même, tenté de faire une fausse déclaration. En effet et peu importe que le manquement soit commis avant ou après le Signing, il constitue un défaut dont la découverte par le cessionnaire avant le Closing peut être résolutoire en présence d'une clause *Walk away* alors que sa découverte après le Closing peut entraîner la mise en jeu de la garantie. Le plus souvent cependant, ces remèdes ne sont accessibles au cessionnaire que quand cette violation est qualifiée de *Material Breach*²⁵²⁶. Ce rôle curatif des déclarations du cédant, est étendu aux conditions suspensives²⁵²⁷ et, même, à certaines obligations de l'article d'inspiration anglo-saxonne « Pre-Closing Covenants ». En effet, le manquement à toutes ces obligations ou conditions peut être suspensif, voire, résolutoire du SPA « sans mise en demeure ni décision judiciaire préalable²⁵²⁸ ». Selon que la formation du contrat de vente au sens malikite a lieu lors du Signing ou du Closing, la conformité de cette sanction précoce de la résolution du SPA, exercée au plus tard pendant le Closing, relève de l'un de deux régimes.

525. Conformité des sanctions de l'inexécution du SPA en tant que vente. La date de formation de la vente découle comme on l'a vu²⁵²⁹ de la date de l'arrêt des comptes contrôlés par le tiers auditeur : dans le premier cas, l'inventaire initiant cet arrêt des comptes est réalisé au Signing alors que dans le second il a lieu au Closing. Cette différence de date d'arrêt des comptes induit alors une différence dans les dates de mise en œuvre de la clause d'ajustement du prix qui intervient lors du Closing dans le premier cas et après le Closing dans le second ; une différence qui ne remet pas en cause la conformité de cet ajustement. De même, les SPA des deux cas valident l'un comme l'autre toutes les autres Conditions de conformité,

²⁵²⁴ Voir supra § 513.

²⁵²⁵ Voir supra § 506.

²⁵²⁶ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 132-134, 420, 427.

²⁵²⁷ Qui doivent être impérativement respectées avant le Closing sous peine de caducité du SPA : voir annexe 3, § 6.

²⁵²⁸ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 372.

²⁵²⁹ Voir supra § 510, 513, 518, 523.

que nous avons précisées au fur et à mesure de l'examen des stipulations de cet acte²⁵³⁰ et parmi lesquelles, nous avons identifié les plus pertinentes au régime de la garantie²⁵³¹. L'exception à ce qui précède est l'impact sur la date de formation du contrat au sens malikite qui conditionne la qualification du SPA. En effet, la distinction de la date de l'arrêt des comptes contractuels induit que le régime du contrat de vente s'applique au SPA quand le Signing constitue la formation du contrat de vente, alors que le régime de la promesse de vente est retenu quand c'est le Closing qui constitue cette formation. Dans le premier cas où le SPA est qualifié de contrat de vente, sa résolution est conforme pour toute violation retenue par une clause *Walk away* ou *Termination* car elle constitue au sens malikite une option contractuelle offerte à l'une des parties²⁵³² ou un défaut excessif, dépréciant considérablement la cible ou violant les conditions déterminantes du consentement²⁵³³. Inversement, le malikisme autorisera l'exécution forcée²⁵³⁴ ou, en cas d'impossibilité, la réparation pécuniaire équivalente si l'une des parties refuse lors du Closing la délivrance de sa contrepartie en violation du SPA.

526. Conformité des sanctions de l'inexécution du SPA en tant que promesse.

Quand l'arrêt des comptes contractuels est retardé au Closing, le SPA, malgré le respect de toutes les autres conditions de conformité de la vente, ne peut remplir lors du Signing la condition de la détermination du prix au sens malikite. Dans cette jurisprudence, le SPA n'est alors qualifié que de promesse synallagmatique de vente dont le régime de la conformité des sanctions d'inexécution est évidemment différent de celui du premier cas correspondant au contrat de vente. Sur le plan de la licéité d'abord, une telle promesse n'est Interdite que dans le cas extrême où les parties la considèrent comme un contrat de vente en méconnaissant l'indétermination du prix²⁵³⁵ qui viole une Condition de validité. Le principe dans le malikisme est, en effet, l'Interdiction de toute promesse de conclure dans le futur un contrat qui serait invalide immédiatement, c'est à dire lors de la conclusion de ladite promesse²⁵³⁶. C'est d'ailleurs par la méconnaissance d'une autre Condition de validité, relative à l'échange immédiat des contreparties, que la promesse de change déterminant le taux de conversion²⁵³⁷

²⁵³⁰ Voir supra § 480, 487-490, 494-495, 499-500, 502-503, 508, 510, 513, 522-523.

²⁵³¹ Voir supra § 520-521.

²⁵³² Ce droit de l'option de vente étant traité dans le même chapitre que l'option pour défaut de garantie : voir DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2107-2130, v. 5.

²⁵³³ Voir supra § 520-521.

²⁵³⁴ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1967, v. 5.

²⁵³⁵ Selon la même analyse que celle développée pour la convention de portage : voir supra § 517.

²⁵³⁶ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2010, v.5.

²⁵³⁷ En revanche, si le taux conversion n'a pas fait l'objet de négociation avec seulement l'examen par les parties de la qualité des monnaies objet de cette opération, cette dernière sera Indésirable et non pas Interdite.

devient illicite même si le report de l'échange en question est dû à une force majeure²⁵³⁸. C'est enfin par la méconnaissance d'encre une autre Condition de validité, relative à l'effet Usurier, que la promesse *Înah* est Interdite²⁵³⁹. En tant que véritable promesse impossible à requalifier en contrat d'échange²⁵⁴⁰, le SPA est donc tout à fait licite²⁵⁴¹, mais la véritable question de conformité qui se pose alors concerne sa valeur juridique. Ce qui est évident est que le SPA, qualifié de promesse, ne peut disposer de la force obligatoire de l'acte de vente en disposant de la solution de l'exécution forcée²⁵⁴², à l'image d'un contrat de vente qui serait suspendu en attendant la résolution de l'aléa sur le prix par un consentement clair et net²⁵⁴³. Ceci n'exclut pas sur le plan de la moralité religieuse, qu'il est toujours Désirable, voire Obligatoire, de respecter la promesse. Mais cet aspect moral se limite à la bonne foi et au meilleur effort et n'acquiert la portée juridique vis-à-vis des tiers, notamment par l'exécution forcée, que dans certains cas comme ceux que nous avons décrits dans le régime de la promesse de libéralité²⁵⁴⁴. En revanche, quand il s'agit de promesse portant sur un échange de contreparties, notamment des biens, la valeur juridique ne peut se refléter que par les sanctions d'inexécution du type résolution ou du type réparation pécuniaire. La résolution légitime d'une telle promesse, initialement licite, intervient alors en présence de l'une de ses conditions résolutoires contractuelles ou d'un effet illicite imprévisible à sa conclusion. Quant à la réparation pécuniaire de son inexécution, elle n'est possible que pour les frais dus à cette promesse engagés par la victime²⁵⁴⁵, à l'image de la promesse unilatérale pour une libéralité. En l'absence de tels frais, l'inexécution d'une promesse ne donnera lieu dans le malikisme à aucun dédommagement, même si elle va plus loin que notre SPA en indiquant un prix déterminé dans des cas rares admis par l'usage autorisant le vendeur à tester la valeur de la chose par une offre

²⁵³⁸ Voir infra § 564 en dernier chapitre et également DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2011, v. 5 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 30, v. 3 ; KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1863), p. 496, v. 4 ; KHALĪL IBN ISHĀK et AL-HATTAB محمد أبو عبدالله بن محمد الحطاب, *op. cit.* (note 1857), p. 109, v. 5.

²⁵³⁹ Voir supra § 314, 327, 517 et infra § 545.

²⁵⁴⁰ Par exemple, quand ladite promesse détermine au sens malikite la chose et le prix, elle est requalifiée en contrat de vente.

²⁵⁴¹ Ce qui confirme ce que nous avons admis en supra § 499, 502-503.

²⁵⁴² Car la promesse immédiate ne peut se substituer au consentement d'un contrat future quand les conditions de validité de ce dernier ne sont pas réunies lors de la promesse ; autrement, la qualification de la promesse est erronée et sera requalifiée immédiatement comme le contrat objet de ladite promesse KHALĪL IBN ISHĀK et AL-HATTAB محمد أبو عبدالله بن محمد الحطاب, *op. cit.* (note 1855), p. 13-14, v. 5 ; AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1846), p. 7, v. 5.

²⁵⁴³ Une approche également invalidante de la vente : voir AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 38, v. 5.

²⁵⁴⁴ Voir supra § 287.

²⁵⁴⁵ Ce qui est, il est vrai, plus stricte que ce que prévoit le droit français mais sans être incohérent avec la théorie générale de ce droit : voir annexe 1 § 4.

factice sans que le bénéficiaire de cette promesse le sache²⁵⁴⁶. La limitation de cette réparation pécuniaire pour l'inexécution du SPA qualifié de promesse s'illustre également par l'irrecevabilité du fondement que l'un ou l'autre des contractants du SPA a réservé sa contrepartie pour son cocontractant pendant un certain temps, comme le montre la jurisprudence de l'Interdiction des Arrhes²⁵⁴⁷. Toutefois et en respectant ces limites, il est conseillé que les parties évitent les différends sur le montant à indemniser en adoptant un barème des frais liés à chaque obligation née de la promesse.

527. Portée du descriptif de la cible au-delà du Closing. L'analyse que nous venons d'effectuer montre que comme en jurisprudence malikite, la sanction de la violation du SPA est bâtie en droit étatique essentiellement sur le défaut de la cible par rapport à son descriptif contractuel. Cette sanction s'exerce aussi bien pendant la période entre le Signing et le Closing, dont nous venons d'examiner la conformité, qu'après le Closing par la mise en jeu de la garantie, objet du prochain paragraphe. Dans les deux cas, la protection de l'acquéreur se fait sur un périmètre, convenu entre les parties, excluant ou confirmant les éventuelles dispositions légales supplétives qui sont nombreuses en jurisprudence malikite et insuffisantes en droit étatique. C'est pour cela que ces dispositions sont complétées ou remplacées par des stipulations conventionnelles du SPA, notamment dans le domaine de la garantie (B) dont nous allons maintenant détailler les clauses. La conformité de ces dernières s'appuiera alors sur la compréhension que nous venons d'établir des caractères pertinents des contreparties, des règles malikites relatives aux sanctions d'inexécution ainsi que des Conditions relatives à la formation du contrat de vente au sens malikite.

B. Conformité des garanties du SPA

528. Garanties conventionnelles palliatives des garanties légales. L'insuffisance et la difficulté d'application ont rendu les garanties du droit civil commun mal adaptées à la cession de contrôle²⁵⁴⁸. Cette insuffisance des garanties légales²⁵⁴⁹ ajoutée à la globalisation de l'économie mondiale ont alors facilité la convergence des solutions conventionnelles du

²⁵⁴⁶ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1966-1968, v. 5 ; KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1863), p. 436-437, v. 4 ; AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 7, v. 5.

²⁵⁴⁷ Voir supra § 340, 513 ; voir également AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63, v. 3 ; KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1863), p. 46, v. 5.

²⁵⁴⁸ Voir annexe 4.

²⁵⁴⁹ Vices de consentement, délivrance, éviction, vice-cachés, etc.

système civiliste et de la Common Law. En effet et sous l'influence de la pratique anglo-saxonne, les stipulations de garantie se basent désormais principalement sur les « Disclosures²⁵⁵⁰ ». Ces derniers sont les éléments descriptifs de la cible, déclarés par le cédant, qui ne sont pas nécessairement vérifiés avec certitude avant le Signing ou le Closing par l'acheteur ou l'auditeur tiers. Parmi ces éléments figure, évidemment, le bilan comptable dont la non concordance ultérieure sera couverte conventionnellement par la garantie de passif et/ou d'actif²⁵⁵¹ adoptée depuis longtemps par la pratique française. Ainsi et comme décrit par Thomas²⁵⁵², la résolution de la cession étant rarement le souhait des parties, la survenance d'événements futurs affectant les conditions déterminantes du prix est solutionnée par un engagement du cédant à assurer une garantie conventionnelle protégeant le cessionnaire. Les faits générateurs, autorisant la mise en œuvre de cette garantie, doivent être antérieurs au Closing et, en principe, inconnus par le cessionnaire. L'évaluation du préjudice du cessionnaire ne peut être qu'objective par rapport à des déclarations du cédant en se référant notamment à des comptes de référence dans le respect des principes comptables retenus. La réparation de ce préjudice peut se faire par reconstitution, en rétablissant la cible dans l'état où elle aurait dû être conformément aux données contractuelles, ou par restitution au cessionnaire de la partie du prix payée indument. Sans exclure la possibilité de stipulation en faveur de la cible, ce dernier choix est souvent plus intéressant fiscalement pour le cessionnaire²⁵⁵³, même si la clause de « Grossing-up » permet dans tous les cas d'aboutir à la réparation nette voulue²⁵⁵⁴. Pour éviter la mise en œuvre de cette protection pour de faibles enjeux, les parties peuvent convenir de certains seuils en dessous desquels la garantie ne se déclenche pas ; ils peuvent également, à la manière des assurances, adopter un montant de franchise qui sera supporté par le cessionnaire dans tous les cas²⁵⁵⁵. Contrairement à ces modalités facultatives, le plafonnement de l'indemnisation est indispensable ; il faudrait alors le préciser même s'il s'agit de la totalité du prix payé. De même, il est nécessaire de fixer une période de garantie même si celle-ci dépend de la nature du fait générateur qui peut la lier à la prescription de certains risques notamment

²⁵⁵⁰ Sauf quand c'est indiqué autrement, tous les termes entre guillemets correspondent à la terminologie anglo-saxonne du métier de M&A. La grande majorité de ces termes figure dans THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 261-273.

²⁵⁵¹ « garantie donnée par le cédant à l'acquéreur, sur les montants figurant au bilan de l'entreprise. En cas d'augmentation des dettes ou de diminution des actifs, le vendeur s'engage à combler le différentiel pendant une période donnée, en règle générale 3 à 5 ans. » : voir glossaire de TARIANT, *op. cit.* (note 2339).

²⁵⁵² THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 122-129.

²⁵⁵³ Le cédant pouvant également être impacté parfois positivement, notamment en France, où les sommes versées en garantie de passif peuvent être totalement déductibles : voir *supra* § 86.

²⁵⁵⁴ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 465, 468.

²⁵⁵⁵ Même s'il n'y ait pour rien dans la génération du préjudice.

fiscaux et sociaux²⁵⁵⁶. Pour éviter l'effet indésirable sur le montant du préjudice de la gestion du cessionnaire, il est recommandé que le cédant dispose du droit d'information, dès la connaissance de l'évènement déclencheur, et du droit de défense contre les créanciers permettant de minimiser l'éventuel préjudice garanti. Enfin, il est de l'intérêt du cessionnaire d'obtenir une garantie de sa garantie qui peut être la retenue ou la mise sous séquestre d'une partie du prix²⁵⁵⁷ comme elle peut être une sûreté, voire une caution ou une garantie souscrite par un tiers à l'instar d'une garantie bancaire à première demande²⁵⁵⁸. Dans le cadre de la liberté contractuelle, ces stipulations doivent dans tous les cas tenir compte de la délicatesse de la définition de l'objet de la vente. Ceci aboutit à des clauses et des termes contractuels bien complexes²⁵⁵⁹, aussi bien en Common Law qu'en système civiliste. En effet et en l'absence d'un corps cohérent de dispositions légales supplétives, le juriste travaille « sans filet²⁵⁶⁰ », même en droit civil. Sur le plan de la forme et comme l'indique Leclercq, la tradition française d'une garantie de passif séparée a laissé place à la tradition anglo-saxonne qui incorpore dans le corps du SPA plusieurs clauses relatives à la garantie, auxquelles s'attachent de nombreuses annexes. Au sein de cette pratique anglo-saxonne, la forme anglaise est préférée en Europe à l'article du SPA américain « Indemnification ». Cet article correspond à l'engagement d'indemnisation du cessionnaire après le Closing au cas où il s'avère que le cédant a fait une fausse déclaration ou a violé l'une des conditions préalables au Closing qui lui incombe. En comparaison, la pratique anglaise est centrée sur l'article « Claims » qui s'appuie, sur d'autres articles précisant les domaines et limites des garanties. Caractérisées idéalement par une obligation de paiement en droit civil, ces articles se réfèrent notamment à l'article socle relatif aux déclarations dont le manquement est ainsi réparé par cette obligation de paiement sans être soumis aux conditions de la responsabilité civile. Ces articles peuvent également couvrir des risques spécifiques que les normes comptables, ou d'autres contraintes, empêchent de prendre en compte dans les déclarations. Ce genre de risques pourrait correspondre à l'effet révélé après le Closing d'un litige, d'un non recouvrement, d'un redressement fiscal ou, même, d'un appauvrissement²⁵⁶¹ par rapport aux données de référence des déclarations. Ainsi, sera évité le

²⁵⁵⁶ 50% des garanties accordées ont une durée supérieure à 18 mois selon les données des avocats internationaux rapportées par Thomas. À titre indicatif, certaines prescriptions fiscales ou sociales sont de cinq ans.

²⁵⁵⁷ Un tiers des transactions bénéficient d'une garantie de la garantie, majoritairement par blocage d'une partie du prix, selon les données des avocats internationaux.

²⁵⁵⁸ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 122-129.

²⁵⁵⁹ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 106.

²⁵⁶⁰ Expression empruntée à Mousseron : voir *Ibid.*, p. 443.

²⁵⁶¹ Le « leakage », notamment par extraction de cash de la cible pour effectuer des distributions aux cédants avant le Closing.

risque juridique du refus de réparation par le juge sur le fondement que la possibilité d'occurrence est connue par les parties lors du Signing ; ce qui est évidemment le cas car les audits du cessionnaire ou les Disclosures du cédant révéleront toujours ces risques qui sont constamment associés à la vie de la cible comme de toute autre société. Ces articles de garantie peuvent enfin réparer les manquements à la garantie de passif. Traduisant l'influence de la pratique française, cette clause s'accommode aussi bien du régime de l'obligation de paiement, plus fidèle à l'approche anglaise, que du régime de la responsabilité contractuelle du droit commun civil. Ce régime civil n'est alors retenu par l'approche anglaise adoptée en Europe que pour la violation des obligations préalables au Closing qui, ne relevant pas de la clause Claims précitée²⁵⁶², reste soumise au droit commun de la responsabilité contractuelle dans le cas où elle n'est pas réparée par la résolution découlant de la clause Walk away²⁵⁶³. En résumé donc, les garanties conventionnelles peuvent suivre, en droit étatique, soit le régime de droit commun de la responsabilité civile contractuelle, soit le régime plus libéral de l'obligation de paiement.

529. Garanties conventionnelles de tradition française basées sur le régime de la responsabilité civile. Malgré leur insuffisance, les protections légales de l'acquéreur par le droit commun ne sont pas totalement absentes ou inefficaces notamment en termes de responsabilités civiles et pénales des dirigeants de la cible pour leur gestion antérieure à la cession²⁵⁶⁴. C'est pour cela que les cédants exigent souvent, dans le SPA, la renonciation du cessionnaire à toute action de responsabilité envers les anciens dirigeants de la cible à l'époque de son contrôle par le cédant²⁵⁶⁵. Nous verrons plus loin²⁵⁶⁶ que cette renonciation peut se généraliser au reste des protections légales du droit commun civiliste²⁵⁶⁷, y compris les garanties basées sur la responsabilité contractuelle, au profit d'une garantie relevant d'une obligation plus spécifique, pouvant être assimilée à une obligation de paiement. Toutefois, certains praticiens continuent à insérer toutes les garanties conventionnelles dans le cadre des protections légales de droit commun, à l'instar de l'obligation de délivrance exigeant la conformité²⁵⁶⁸ de la chose

²⁵⁶² Contrairement à la pratique américaine, adoptée en Europe notamment quand l'une des parties est américaine, qui traite de la même façon la violation des Covenants et le manquement aux déclarations dans sa clause « Indemnification ». La sanction de la violation des Covenants relève alors de l'obligation de paiement sans suivre les conditions du droit commun contractuel de la faute causant un préjudice.

²⁵⁶³ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 108, 121, 131, 134-135, 137, 234-245, 247-259, 460-461, 477-479, 502-507.

²⁵⁶⁴ Voir supra § 160, 166, 417.

²⁵⁶⁵ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 364.

²⁵⁶⁶ Voir en infra le § suivant.

²⁵⁶⁷ Cession de créance, vices de consentement, garantie de vices cachés ou d'éviction, responsabilités pénales notamment pour les comptes ou civiles délictuelles du cédant, etc. : voir annexe 4 pour certains aspects complétés par PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 306-309.

²⁵⁶⁸ Dans le sens de concordance et non pas dans le sens de respect des règles malikites.

aux spécifications contractuelles. Cette obligation peut alors comprendre une forme de garantie de situation nette dont la mise en jeu s'effectue par le moyen d'une révision de prix ou d'une indemnisation. Il va de soi que l'efficacité de ce genre de stipulations protectives de l'acquéreur dépend de leur forme²⁵⁶⁹ et de leur contenu²⁵⁷⁰. C'est dans cette logique que se comprend le régime de la garantie de passif de la tradition française, fonctionnant sur la base de la responsabilité contractuelle, tout en prenant souvent la forme d'une convention annexée à l'acte de cession des titres sociaux²⁵⁷¹. Cette garantie conventionnelle permet typiquement de réparer toute détérioration du bilan de référence sur lequel le prix a été basé ; une détérioration due à un fait antérieur à la cession mais connu par le cessionnaire postérieurement. L'effet d'une telle garantie est, soit de rembourser le cessionnaire par la restitution d'une partie du prix en cas de garantie de valeur, soit d'indemniser la société cible pour réparer la détérioration causée à son bilan de référence en cas de garantie de passif *stricto sensu*. Ces deux types de garanties, bâtis tous les deux sur la responsabilité civile contractuelle, sont cependant soumis à deux « sous-régimes » distincts. D'une part, la garantie de passif dans laquelle, usuellement, la société cible est bénéficiaire sans plafonnement de son indemnisation, sauf stipulation contraire. D'autre part, la garantie de valeur dans laquelle le cessionnaire est bénéficiaire de toute restitution de prix réparant la détérioration du bilan de référence de la cible, ce qui plafonne cette restitution par ledit prix, sauf stipulation contraire. Conformément à la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 11 mars de 2008, c'est la stipulation du cessionnaire comme bénéficiaire qui caractérise cette garantie de valeur en l'absence d'autres précisions contractuelles. C'est pour cela, qu'il est fortement conseillé de bien soigner la rédaction de ces clauses de garanties afin de limiter le contentieux de leurs qualifications²⁵⁷². Associé à la liberté contractuelle, ce régime de la responsabilité civile de la garantie conventionnelle permet d'avoir des stipulations du SPA tout à fait conformes à la jurisprudence malikite. En effet et même si cette dernière prévoit dans ses règles supplétives que l'acquéreur dispose d'une option de résolution pour les préjudices importants, les parties peuvent retenir la réparation pécuniaire dans tous les cas. Malgré cette flexibilité malikite, la Holis devrait quand même envisager l'intérêt et la faisabilité de cette option de résolution pour ces préjudices importants qui sont qualifiés en tant que tels soient quand ils empêchent le fonctionnement de l'actif principal

²⁵⁶⁹ Stipulation expresse.

²⁵⁷⁰ Parties, préambule, déclarations, engagements couverts, limites, mise en œuvre, loi et juridiction, garantie de la garantie, etc.

²⁵⁷¹ Dont la force obligatoire découle de l'art. 1134 du C. civ. (1103 nouveau) et l'interprétation de l'article 1156 du même code (1188 nouveau) : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 297, § 564, note bas de page n° 1008 faisant référence à Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 2013.

²⁵⁷² LACROIX - DE SOUSA, *op. cit.* (note 2245), p. 313-315, 319.

déterminant du consentement, soient quand ils déprécient la cible au-delà de 50% du prix de cession²⁵⁷³. Ces règles de conformité, basées sur la qualification de la cible en tant que chose Décrite et multiple²⁵⁷⁴, deviennent encore plus justifiées quand il s'agit d'un dol afin d'éviter tout abus aux dépens de la Holis. Inversement, il faudrait également éviter les abus envers le cédant, notamment en choisissant une garantie de situation nette qui permet la compensation des préjudices et non pas la garantie séparée des actifs et passifs ou, pire encore, la garantie actif par actif. Ces règles de conformité, que nous venons de vérifier pour le régime de la responsabilité civile de la garantie, devraient également s'appliquer au régime basé sur l'obligation de paiement.

530. **Garanties conventionnelles basées sur l'obligation civile de paiement.** En s'écartant de l'approche française basée sur la responsabilité civile que nous venons de décrire, Leclercq considère que les remèdes ou sanctions du manquement aux déclarations s'analysent mieux comme un rééquilibrage de la couverture du risque de la cible en faveur du cessionnaire. Dans cette approche, on n'est plus tenu par le régime de la responsabilité civile relative à la réparation d'un préjudice causé par une faute du cédant. Le régime de ce rééquilibrage, différent de celui de l'obligation de résultat ou de celui de l'obligation de moyens, n'est pas fondé sur la faute car le débiteur ne peut même pas s'exonérer en cas de force majeure et reste tenu non seulement par la réparation du préjudice mais également par l'effort pour éviter et limiter ce dernier. C'est donc un mécanisme de protection du cessionnaire de certains risques par le cédant, incité à éviter les vices cachés et, le cas échéant, à les réparer en toute sécurité juridique pour le cessionnaire. Indépendamment de la qualification d'Indemnity²⁵⁷⁵ de la Common Law et suivant la doctrine française de Mouly et Mousseron, adoptée par d'autres civilistes comme le belge Limpens, ce rééquilibrage se compose d'une obligation de couverture dont l'effet est d'actionner une obligation de règlement. Tout en bénéficiant dans tous les cas de la force obligatoire contractuelle, la première obligation, théorique, est née lors de la conclusion du SPA alors que la seconde, concrète, fera naître une dette à la charge du cédant uniquement au cas d'occurrence de l'un des risques couverts par la première obligation. Cette approche évite le risque juridique associé avec le mécanisme de la responsabilité contractuelle²⁵⁷⁶ qui, en termes de preuves, exigerait une quantification du préjudice et une causalité clairement établie entre ce préjudice et le manquement du cédant. À cet égard, l'obligation de règlement apparaît

²⁵⁷³ Voir supra § 503, 510, 520-521.

²⁵⁷⁴ Voir supra § 510.

²⁵⁷⁵ J'ajoute "ou de Warranty" (dans le sens de la responsabilité civile contractuelle soumise à la causalité et la prévisibilité).

²⁵⁷⁶ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 215-231 surtout note bas de page n° 789 en p.222.

comme non conditionnée ni par l'existence d'un préjudice, ni par une corrélation entre le montant de ce préjudice et la dette née de cette obligation. Ce dernier aspect est cependant excessif car l'objectif de la garantie n'est quand même pas la réalisation de bénéfice par le cessionnaire, mais cet excès est facilement corrigé conventionnellement²⁵⁷⁷ pour répondre à l'impératif de conformité. En effet, la Sunna précitée²⁵⁷⁸ disant « ne causez pas de préjudice et ne subissez pas de préjudice » a une portée générale, adaptable aux différentes situations rencontrées à travers les époques²⁵⁷⁹. En ce qui nous concerne ici, ce texte a un effet non seulement préventif au niveau de la clause du prix mais également curatif au niveau de la clause de garantie. En sens inverse, l'allègement de la charge de la preuve pour l'acquéreur selon ce régime de l'obligation de paiement n'est pas incompatible avec la jurisprudence malikite car l'identification du genre de défaut déclenchant la garantie peut se baser sur l'usage ou l'avis d'expert, comme il peut évidemment être explicité contractuellement par les parties. La présence du défaut, déclenchera alors la détermination de la dépréciation de la cible qui peut se baser sur les règles financières, retenues usuellement dans les transactions M&A, que les parties ont explicitées dans leur contrat de vente. Avec cet examen de la conformité de la garantie, nous clôturons les règles importantes de la charte du métier M&A de la Holis. Cette dernière couvre avec la charte de l'autre métier relatif à l'intégration de groupe, développée dans la précédente section, l'objet de ce chapitre dédié aux principales stipulations de la contractualisation de la gestion de l'activité de la Holis, avant d'aborder dans le chapitre suivant cette contractualisation dans le domaine financier.

²⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 203-204, 208-210, 261-262, 264, 443-444, 461.

²⁵⁷⁸ Voir *supra* § 234, 450.

²⁵⁷⁹ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 23 et s, v. 6.

Chapitre 2. Contractualisation de la finance de l'entreprise

531. **Généralité des règles de contractualisation financière.** La contractualisation de la gestion financière de la Holis représente le dernier volet de la charte de son métier. Celle-ci vient compléter les clauses spécifiques de gouvernance pour répondre à la problématique illustrative de cette seconde partie relative à la contractualisation des règles malikites de gestion et d'investissement de contrôle en private equity européen. Le fait que l'authenticité de la conformité de cette gestion financière est à la base de notre question principale de recherche, qui a suscité ce sujet de thèse, montre à quel point le traitement de cette problématique de « pureté » financière est un objectif majeur de ce travail. Cet objectif est d'autant plus important que la portée de la détermination des règles de conformité malikite de cette gestion financière dépasse le cadre restreint de notre illustration bâtie sur le private equity de contrôle pour s'étendre à toutes les institutions et à tous les investissements dont la conformité est fondée sur la hard law islamique du rite malikite. Ainsi, tout en restant soumise à la dualité des fondements énoncée en première partie, l'application de la contractualisation, que nous examinons ici, est beaucoup plus générale que celle de la contractualisation de l'activité de la Holis. Il n'y a donc aucune utilité à procéder dans ce chapitre comme nous l'avons fait dans le précédent où nous avons dû nous approcher au plus près des métiers de la Holis pour contractualiser son activité²⁵⁸⁰. Une telle portée des règles malikites, en matière financière, renforce un peu plus encore l'immutabilité de la charte. Cette immutabilité apparaîtra notamment dans l'application encore plus générale du principe relatif à l'enrichissement sans cause qui trouve dans le droit de l'Usure un champ extrêmement étendu²⁵⁸¹. Pour la Holis, cette application étendue influence sa recherche non seulement des bons placements de la trésorerie excédentaire de son groupe, mais également des moyens de financement adéquats pour ses deux métiers, le M&A et la gestion opérationnelle intégrée du groupe. Pour le métier M&A, et comme le précise Thomas, le choix du montage de la prise du contrôle d'une entreprise est le résultat d'une optimisation tenant compte notamment du mode et des moyens de financement de l'opération²⁵⁸². D'abord et en fonction des objectifs recherchés, les parties choisissent un mode direct ou indirect de transmission de l'entreprise, soit en optant pour une vente d'actifs de l'entreprise, soit en

²⁵⁸⁰ Voir supra § 37, 48, 372, 462.

²⁵⁸¹ Voir supra § 460.

²⁵⁸² THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 193-220.

choisissant une cession du contrôle de la société propriétaire de ladite entreprise²⁵⁸³. Cependant et en termes de financement, ces deux modes génèrent le même besoin car même en cas d'achat d'actifs, la Holis crée une SPV d'acquisition pour accueillir ces actifs et le problème de financement de cette SPV se posera de la même façon que le financement des investissements opérationnels de la cible. En résumé et indépendamment du mode d'acquisition de la cible et des métiers, M&A ou intégration de groupe, la typologie des opérations financières de la Holis comprend le placement de l'excédent ainsi que le financement des titres sociaux des cibles, de leurs BFR composés d'actifs circulants et de leurs investissements constitués d'actifs immobilisés. Comme au précédent chapitre et afin d'examiner la contractualisation des relations avec les tiers relatives à ces opérations financières, nous essayerons d'identifier dans ce domaine d'abord les pratiques usuelles de private equity de contrôle en Europe avant de les soumettre au test de conformité malikite²⁵⁸⁴. Toutefois et avant d'engager un tel processus, il semble judicieux de commencer par définir les règles de conformité pour nous aider à identifier les pratiques financières dont la Qualification de conformité serait pertinente ou pourrait poser un problème. Cette maîtrise préalable des règles de conformité est d'autant plus justifiée que les pratiques financières en question peuvent avoir comme contrepartie des banques islamiques actives en Europe dont les produits, conformes aux Normes de soft law, peuvent être appréciés autrement par la hard law.

532. Enjeu de la conformité à la hard law des produits des banques islamiques.

Comme nous l'avons annoncé en introduction et abordé partiellement sous un angle ou un autre²⁵⁸⁵, la question de la conformité à la hard law ne se pose pas uniquement pour les financements conventionnels des banques classiques, dont l'objet social est la réalisation des bénéfices par le crédit rémunéré. Cette question de conformité à la hard law se pose également pour les produits et services phares des banques disposant du label *islamique* de l'AAOIFI. L'évaluation devient alors d'autant plus délicate que ces produits islamiques, objet du test à la hard law, forment plus de 90% des revenus des banques islamiques contemporaines en couvrant tous les montages bancaires bâtis sur la promesse engageante de Vente future à prix déterminé. Avec un pourcentage aussi élevé de l'activité, cette question de conformité des produits bancaires revient à se poser la question de l'authenticité des banques islamiques elles-mêmes. L'enjeu est donc de savoir si les revenus de ces banques sont la rémunération de crédits ou si, au contraire, ils proviennent réellement de l'activité commerciale, restreinte à la Vente et au

²⁵⁸³ Voir supra § 493.

²⁵⁸⁴ Voir supra § 460-461.

²⁵⁸⁵ Voir supra § 1-2, 15, 17-18, 26, 43, 305-306, 309, 314, 326, 328, 331-332 et 498.

Louage directement ou en société. Autrement dit, est-ce que les banques islamiques relèvent de la première ou de la seconde partie du verset coranique précité distinguant l'Usure de la Vente²⁵⁸⁶ :

« Mais Dieu a permis la vente et il a interdit l'usure²⁵⁸⁷ » ?

C'est à cause du grand enjeu de cette question que nous devons entrer ici plus avant dans le détail avec, évidemment, toujours le même soin car les règles de droit islamique sont devenues confuses dans un environnement contemporain marqué par la méconnaissance des ordres juridiques millénaires instaurés par les rites. Une méconnaissance déjà installée par l'abandon des rites dans les droits étatiques du monde musulman, qui s'accélère de plus en plus par l'usage généralisé dans les Fatwas du dépeçage, en violation du principe de précédent de ce droit jurisprudentiel. Ce mouvement général, touchant aussi bien les domaines économiques comme la finance islamique que les domaines nocifs de la radicalisation politique, rend encore plus ardu l'accès aux règles de la hard law islamique applicables aux situations de nos jours. Cet accès, présentant au chercheur autant de difficultés que l'auto-apprentissage d'une langue morte, est effectivement impossible pour la majorité des Sujets de droit, qui demeure pourtant rattachée à l'un des rites. Ceci explique pourquoi le maître mot de ce chapitre est le soin du détail, d'abord pour définir le contenu et cerner l'effet des règles de conformité malikite qui déterminera certaines stipulations immédiates de la charte financière de la Holis (section 1). Ensuite et par une analyse plus élaborée, nous examinerons la conformité en hard law, et pas seulement dans le rite malikite, des financements offerts par les banques islamiques que la Holis pourrait considérer ou exclure de sa charte (section 2).

Section 1. Régimes malikites de conformité de la finance

533. Cadre de la codification malikite dans le domaine financier et monétaire.

Nous avons vu que les contrats à titre gratuit, qu'ils soient unilatéraux ou synallagmatiques, peuvent accepter une certaine dose d'aléa alors que les contrats à titre onéreux sont en jurisprudence malikite nécessairement commutatifs²⁵⁸⁸ où la latitude d'Incertitude est extrêmement limitée aux cas justifiés²⁵⁸⁹. C'est dans ce cadre que pour protéger le contractant faible, par ses ressources réduites ou par ses informations incomplètes, les règles du droit de

²⁵⁸⁶ Dans un sens large englobant le Louage, voir Qarafi dans infra § 542.

²⁵⁸⁷ MASSON, *op. cit.* (note 1129), p. 59, § 275.

²⁵⁸⁸ Dans le sens du Code civil (art. 1106-1108).

²⁵⁸⁹ Voir supra § 215, 239, 258, 288-289, 319, 321, 340, 392, 395, 434, 461, 494-495, 504, 508, 510, 513, 515, 517, 523.

l'Usure s'appliquent à tout actif objet d'un prêt et également à certains biens stratégiques objets d'une Vente avec, dans ce dernier cas, des dispositions spéciales au change monétaire. Il est donc naturel que la problématique de la conformité de la gestion financière de la Holis soit examinée d'abord au niveau de son régime général non monétaire (sous-section 1) avant de l'examiner au niveau de son régime spécial monétaire (sous-section 2). Le traitement du régime général comme celui du régime monétaire aura des effets non seulement sur les placements de la Holis et de ses filiales, mais également sur les financements des immobilisations ou des besoins en fonds de roulement, voire, sur la gestion intragroupe de la trésorerie et des financements.

Sous-section 1. Régime général

534. **Préalables à la Qualification de la conformité des opérations financières.**

L'élaboration de la partie de la charte dédiée à la contractualisation des règles de gestion financière de la Holis, nécessite l'appréciation des effets, notamment sur les pratiques bancaires, de l'application des règles de conformité de l'Usure. Or, pour déterminer ces effets, estime maître Himeur, « il ne suffit plus de regarder ces pratiques bancaires avec suspicion et indignation morale facile. Ce faisant, le travail de qualification d'un contrat de prêt d'usurairer suppose, en premier lieu, l'identification des différents éléments de l'opération qui se présente : il faut hiérarchiser, séparer l'essentiel de l'accidentel, le principal de l'accessoire, pour atteindre le cœur de l'opération. De fait, le jurisconsulte appelé à se prononcer sur la validité d'un contrat par rapport aux principes de la Charia ne jouera pleinement son rôle que s'il a, en plus de sa parfaite connaissance des techniques de la jurisprudence islamique, une maîtrise similaire d'autres disciplines qui sont au demeurant fondamentales, telles que le droit civil, le droit financier. ... Il serait essentiel à cet égard, pour les jurisconsultes, d'avoir une excellente maîtrise des différents mécanismes et objectifs des relations économiques et financières²⁵⁹⁰ ». Bien que, par la suite, la conformité de hard law nous empêchera de suivre la qualification adoptée par maître Himeur pour la Mourabaha, nous ne pouvons que souscrire à la nécessaire maîtrise qu'il exige du jurisconsulte dans le domaine financier, avec ses aspects juridiques et économiques²⁵⁹¹. D'ailleurs, notre examen de la Fatwa n° 157 de 2006, relative à licéité de la LC à terme pour une vente également à terme²⁵⁹², donne un exemple de cette difficulté du processus de Qualification faisant appel à une telle expertise polyvalente. Ainsi, seul un grand

²⁵⁹⁰ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 27.

²⁵⁹¹ Voir supra § 192, 197, 243, 253-254 et surtout 263 ; voir également l'exemple édifiant de Qarafi en § 331.

²⁵⁹² Voir supra § 327, 329.

effort de compréhension du contexte économique de la gestion financière en Europe peut nous permettre de déterminer les effets sur cette gestion des règles de conformité (B) ; au préalable, ces règles doivent être définies dans le rite malikite qui est la source de conformité de la Holis (A).

A. Règles fondamentales de conformité

535. **Droit de l'Usure.** Soumise à la conformité de la jurisprudence malikite, la contractualisation de la gestion financière de la Holis nécessite la compréhension de la notion d'Usure, désignée en langue originale par le terme « *Riba* ». La clarification de cette notion est d'autant plus nécessaire que « l'interdiction du *riba* constitue l'axe central autour duquel tourne la finance islamique²⁵⁹³ » et qu'il « n'est pas toujours évident ... de cerner un concept aussi complexe que le *Riba*²⁵⁹⁴ ». À cet effet, nous traiterons de la définition de l'Usure, de sa typologie ainsi que de ses rapports, liens et distinctions, avec le droit de la Vente et celui du prêt.

536. **Définition de l'Usure.** L'Usure est le lucre bâti sur la réception d'une contrepartie illégitime, causant une lésion à autrui. Elle ne provient pas du travail et de la prise de risque dans l'économie réelle mais d'un déséquilibre entre les contractants permettant à l'une des parties d'accaparer injustement le patrimoine ou le travail de l'autre. Par l'Interdiction d'un tel lucre dans le domaine de la consommation, la Charia restreint le financement de la consommation de survie des nécessiteux aux dons et aux prêts non rémunérés, tout en évitant le surendettement pour la consommation non vitale²⁵⁹⁵. Évidemment, cette compréhension de l'Interdiction du lucre sera adaptée en passant du domaine de la consommation à celui de la production. Dans ce dernier domaine, la Charia « ne s'oppose pas au principe ancien de la rémunération de l'argent. Ce qu'elle rejette, c'est le fait de ne pas lier la rentabilité à sa rémunération. ... La finalité de cette interdiction est, d'une part, de 'protéger les hommes du surendettement et, d'autre part, de payer ou de recevoir injustement des sommes dans le cadre

²⁵⁹³ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 32.

²⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 27.

²⁵⁹⁵ Une pratique courante de nos jours qui poussent les personnes, physiques et morales, à « vivre au-dessus de leurs moyens » en se finançant par un surendettement qui aboutit d'abord à l'accaparement par le créancier du maigre patrimoine ou du travail du débiteur, puis au transfert du solde de la dette à autrui et, enfin, à la perte de l'éventuel solde par le créancier. Ce dernier étant en général « trop gros pour faire faillite » passera par une crise passagère qui n'affectera que légèrement et temporairement les véritables propriétaires du capital et leurs équipes de gestion, qu'ils soient directement les créanciers ou indirectement les détenteurs des droits des personnes morales créancières. Cet effet limité sur les détenteurs du capital provient de leur pouvoir à « taxer » le patrimoine d'autrui pour combler leurs pertes et rembourser leurs éventuels dettes au patrimoine public géré par les États. Un œil objectif qui analyse les causes et effets de la crise du subprime conclura probablement à la véracité de cette analyse.

d'un crédit'²⁵⁹⁶ ». Reprochée à l'Usure, l'accaparement injuste précitée peut se faire par un arbitrage basé sur le dysfonctionnement du marché dans l'échange de certains actifs stratégiques de nature monétaires ou alimentaires. En plus de cette manifestation de l'Usure initiée par la Vente de « denrées Usuraires²⁵⁹⁷ », il existe une autre Usure initiée par le prêt rémunéré de toute chose, notamment quand celle-ci est monétaire. Pour ce dernier cas, « ce que condamne la loi islamique, c'est le caractère fixe et prédéterminé du taux d'intérêt. Le droit musulman proscribit donc tout taux d'intérêt, qu'il soit usuraire [au sens du droit étatique] ou non. La collecte d'une rétribution fixe [ou variable], fonction exclusivement de l'écoulement du temps et entièrement détachée de la rentabilité réelle du projet d'investissement sous-jacent, est contraire à la philosophie éthique musulmane, car considérée comme socialement destructrice ... Ce qui est prohibé, c'est l'acte de rémunérer un prêt sans rentabilité, voire générateur de pertes financières²⁵⁹⁸ ». Cette Usure par le prêt constitue la forme classique la plus ancienne de la typologie de l'Usure ; une typologie dont le détail en jurisprudence malikite a été bien soigné afin de comprendre aussi bien les Usures de Vente ou de dette précitées que les montages de subterfuge qui y aboutissent.

537. Typologie de l'Usure. « Les auteurs classiques font la distinction entre deux grandes catégories : *Riba al fadhl* et *Riba al-nasi'a*. Ces deux pratiques usuraires préexistaient dans la péninsule arabique avant même l'avènement de l'Islam. Il s'agit de pratiques bien ancrées dans la tradition des Arabes : 1) *Riba al-fadhl* ou le Riba de solde. Il est né à la suite d'un déséquilibre entre les prestations échangées. Il apparaît dès qu'il y a une augmentation de prix ou de deux contre-valeurs, dans l'échange de deux produits de même genre. L'interdiction ne concerne pas que l'argent... 2) *Riba al-nasi'a*. Il s'agit d'une pratique qui était très répandue dans la péninsule arabique. Elle est appelée riba de report ou d'augmentation... Ce bénéfice injustifié se rapproche de la notion du droit français de 'l'enrichissement sans cause'. Il s'agit donc, selon J. Schacht, 'd'un avantage monétaire sans contrepartie qui était stipulé en faveur d'un des contractants, lors de l'échange de deux valeurs de types monétaires'²⁵⁹⁹ ». Cette typologie retenue par maître Himeur occulte certains éléments figurant dans l'analyse de Qurtubî²⁶⁰⁰ qui est pourtant une référence des auteurs classiques reconnue par tous les rites. En effet, Qurtubî reconnaît ces deux classes, que l'on peut désigner par l'Usure quantitative (*Riba al-fadhl*) applicable à certains échanges au comptant et l'Usure de dette (*Riba al-nasi'a*)

²⁵⁹⁶ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 35-36.

²⁵⁹⁷ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 7.

²⁵⁹⁸ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 35.

²⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 38-39.

²⁶⁰⁰ Auteur du H-VII^e siècle (G-XII^e).

applicable aux prêts et aux contreparties à termes des Ventes, mais rajoute une autre forme d'Usure dérivée²⁶⁰¹. Pour notre part, nous préférons la typologie plus détaillée exposée au G-XX^e par ben-Achour qui classe l'Usure Interdite en quatre types²⁶⁰². Dans cette classification, ben-Achour restreint le domaine des deux types retenus par Himeur au champ étroit de la Vente de denrées Usuraires²⁶⁰³. Ce champ s'applique donc à l'Usure quantitative (i), correspondant au *Riba al-fadhl* caractérisé par l'échange au comptant de contreparties de la même espèce avec des quantités différentes. Il s'applique également, quoique avec un périmètre des denrées concernées légèrement étendu, à l'Usure temporelle (ii), correspondant au *Riba al-nasi'a* caractérisé par une livraison décalée dans le temps d'au moins l'une des contreparties de l'échange de même espèce ou d'espèces voisines. À ces deux types d'Usure rattachés à la Vente²⁶⁰⁴ de denrées Usuraires, se rajoute un troisième avec un champ beaucoup plus large qui s'applique à toute dette quel que soit son actif sous-jacent et quelle que soit sa provenance (prêt, vente ...). Cette Usure classique par dette (iii), correspondant au *Riba al-jahilia* dans la terminologie de ben Achour, est caractérisée par le caractère intéressé d'une dette qui permet au créancier de recevoir en plus de son principal une contrepartie supplémentaire²⁶⁰⁵. Enfin, ben Achour termine sa typologie par l'Usure de subterfuge (iv). Dérivée des trois premiers types précités, cette Usure d'abus de droit correspond à tout montage aboutissant à un *Riba fadhl, nasi'a* ou *jahilia*. Il s'agit généralement d'un ensemble de contrats liés²⁶⁰⁶ utilisant des Ventes et aboutissant, sur le fond, aux mêmes résultats que l'Usure de vente ou de dette²⁶⁰⁷.

538. Usure de vente. L'Usure quantitative (i) ou temporelle (ii) s'applique à l'or et à l'argent, ce qui impose que l'échange de deux contreparties de même nature se fasse avec les mêmes quantités²⁶⁰⁸ et avec une prise de possession immédiate²⁶⁰⁹. Cette dernière condition,

²⁶⁰¹ Voir supra § 351, 354.

²⁶⁰² Que nous avons annoncée également en supra § 354.

²⁶⁰³ « Biens stratégiques » on est tenté de dire.

²⁶⁰⁴ Qui, rappelons-le, comprend le troc dans la jurisprudence malikite.

²⁶⁰⁵ Ceci ne veut pas dire que les prêts soient régis par la règle supplétive de la vente prévoyant que les frais de la mesure de la marchandise Fongible soient à la charge du prêteur comme elle le serait pour le vendeur. En effet, la règle supplétive ici est que ces frais sont à la charge du bénéficiaire du prêt aussi bien lors de l'encaissement du principal que lors de son remboursement, tant que cette prise en charge des frais ne procure aucun avantage au prêteur : voir DARDÏR محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2182.

²⁶⁰⁶ Intentionnellement ou accidentellement : voir infra § 543.

²⁶⁰⁷ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, *op. cit.* (note 1351), p. 396, Fatwa n° 106.

²⁶⁰⁸ quand bien même les qualités sont différentes. l'échange devant se faire sans ajout de choses d'une autre nature, contrairement aux hanafites, afin d'éviter tout manque d'équivalence quantitative. Les malikites considèrent, en effet, les règles de l'Usure d'une façon extrêmement stricte et n'autorisent que très peu de flexibilité : voir QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1034, § 189.

²⁶⁰⁹ KHALĪL IBN ISHĀK' et PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 3), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, *op. cit.* (note 1711), p. 198-199, v.3, § XIII.II.1.

relative à l'échange au comptant, est aussi exigée pour l'échange de l'un de ces deux métaux contre l'autre²⁶¹⁰. Comme pour l'or et l'argent, les denrées alimentaires ne sont troquées entre elles qu'au comptant pour les deux contreparties. Si en plus les denrées en question sont des denrées de *subsistances stockables* de la même espèce, un tel troc devra se faire avec des quantités identiques des deux contreparties échangées²⁶¹¹. En outre et contrairement aux choses non alimentaires ou aux aliments reçus à titre non onéreux, les aliments achetés ne peuvent être revendus avant leur prise de possession, sauf dans le cas d'achat forfaitaire en bloc d'un lot de quantité estimée qui n'est pas vendu par la mesure²⁶¹². Pour ces raisons et par crainte de l'Aléa d'espèce²⁶¹³, le troc en bloc n'est pas autorisé pour l'échange dans la même espèce de denrées soumises à l'Usure quantitative²⁶¹⁴ ; autrement et s'agissant d'autres denrées alimentaires, ce genre de troc demeure autorisé mais uniquement au comptant²⁶¹⁵. Dans ce domaine de l'Usure quantitative, l'appréciation de l'égalité des quantités entre aliments de la même espèce se fait, comme en matière d'Impôt, en masse ou en volume selon les méthodes retenues par les textes pour certaines matières ou selon les usages²⁶¹⁶. Enfin, l'exigence du caractère comptant pour ces Ventes de denrées Usuraires implique nécessairement la vérification, lors de la conclusion du contrat, de la contrepartie reçue même si la personne qui l'a remise est digne de confiance²⁶¹⁷. Quant à l'établissement des listes de denrées Usuraires, Qarafi considère, en se basant sur le principe de la pertinence dans l'Incitation à l'utile et la Dissuasion du préjudiciable, que l'Analogie pertinente est celle qui se fait par la Cause²⁶¹⁸ agissant comme un signe objectif et distinctif pour l'application de la règle²⁶¹⁹. Il en conclut pour l'or et l'argent que ces denrées sont importantes parce qu'elles sont utilisées comme capital et comme unité de valeur²⁶²⁰. De même, les aliments Usuraires sont importants parce qu'ils sont nécessaires à la survie humaine²⁶²¹. Ainsi, la noblesse de la chose apparaît comme la Cause pertinente du Motif législatif exigeant une protection plus forte de ce patrimoine, car cette noblesse dérive du rôle

²⁶¹⁰ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2003-2005, 2027-2029.

²⁶¹¹ *Ibid.*, p. 2003-2005 ; KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 10.

²⁶¹² DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2190-2191, v. 5.

²⁶¹³ Voir infra § 9 en annexe 3.

²⁶¹⁴ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1029, § 186 ; KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 13.

²⁶¹⁵ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 60.

²⁶¹⁶ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1049, § 192.

²⁶¹⁷ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2014 ; KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 7.

²⁶¹⁸ Voir supra § 247.

²⁶¹⁹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2036, commentaire de Sawi.

²⁶²⁰ Voir le régime monétaire en infra § 555-564.

²⁶²¹ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 928.

stratégique que jouent, d'une part, l'or et l'argent en tant qu'unité de valeur et, d'autre part, les aliments en tant que moyen de subsistance et d'épargne par le stockage. C'est exactement comme la protection forte du contrat de mariage, par des conditions de forme supplémentaires par rapport aux autres contrats comme la Vente²⁶²², car le mariage est supérieur à la Vente aussi bien en termes de noblesse qu'en termes d'importance. Sur cette base et en utilisant le principe que toutes les caractéristiques pertinentes d'une règle connue sont considérées dans leur ensemble comme une Cause du caractère de cette règle, Malik a Qualifié les matières non répertoriées dans les textes sacrés pour déterminer si elles sont soumises aux règles de l'Usure de Vente²⁶²³. Avec le même procédé Analogique, il a défini également les ensembles de matières de même espèce²⁶²⁴.

539. Usure de dette. La Cause de l'Interdiction de l'Usure de dette (iii) est la bienfaisance et l'entraide aux nécessiteux qui sont considérées comme contradictoires avec l'exigence d'une contrepartie quelconque. Clairement apparent dans le cas de prêt à la consommation de subsistance, ce Motif est également présent pour la dette commerciale, née d'une Vente ou d'un prêt, quand le débiteur rencontre des difficultés réelles de trésorerie. Ainsi, la rémunération du capital est restreinte au PLS, correspondant au partage des profits et pertes de l'entreprise financée²⁶²⁵. « On appelle profit de l'entreprise 'le revenu né à l'occasion d'une opération de production ou de commercialisation d'un bien ou d'un service'. Il constitue, de ce fait, la rémunération de l'activité de l'entrepreneur dans une économie de marché, d'un effort produisant un travail réel. Le profit ne peut être lié qu'à une activité de production : le travail. La théorie juridico-économique le considère comme le nœud de la question sociale. L'intérêt, lui, représente une augmentation du capital monétaire sans effort, dans la mesure où il est réputé résulter de la mise à disposition d'une somme d'argent rémunérée par un taux d'intérêt. L'emprunt accordé par une banque à un client est prédéterminé et invariable. ... Ce principe de partage des profits et des pertes est à la base même du système bancaire islamique²⁶²⁶ ». Après cette définition du principe PLS en le distinguant de l'intérêt des crédits, maître Himeur ajoute à propos de ce principe : « celui-ci associe le capital et le travail. Cette liaison entre les actifs monétaires empruntés et le bon fonctionnement de la production est considérée comme la

²⁶²² Voir supra § 391-392.

²⁶²³ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1041, § 190.

²⁶²⁴ *Ibid.*, p. 1048, § 191.

²⁶²⁵ PLS étant le sigle de « Profit-Loss Sharing », gouvernant l'investissement en fonds propres. Un principe partagé par le droit islamique qui va au-delà de son application aux sociétés et commandites islamiques dans le cadre d'un autre principe plus général, liant la rémunération du capital à la prise du risque commercial. En arabe, ce principe général est : الغنم بالغرم والخراج بالضممان

²⁶²⁶ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 41, 43.

réponse islamique à la crise financière actuelle. À partir de là, nous comprenons pourquoi l'islam interdit le prêt avec intérêt : la prohibition des intérêts découle du fait que toute richesse provenant uniquement de l'accumulation de monnaie sans rapport avec le travail en tant que tel est constitutive de *riba*. ... Le droit musulman réfute toute stipulation d'intérêt, et ce, quelle que soit sa nature. Au regard de la loi islamique, le prêt d'argent ne devrait normalement jamais prendre l'aspect d'une activité lucrative ou spéculative²⁶²⁷ ». C'est ainsi qu'apparaît la distinction entre l'Usure et la Vente qui explique le texte coranique constituant le fondement de cette règle²⁶²⁸. Quant à la distinction entre l'Usure Interdite et le prêt non lucratif Désirable, elle provient simplement du fait que l'existence de ce dernier dépend de la supériorité²⁶²⁹ de son Motif d'entraide, qui est pourtant un Complément, au Motif découlant de la Nécessité générale de la protection du patrimoine qui motive l'Interdiction de l'Usure. Bien que non Obligatoire, le prêt est associé à un Motif dont la noblesse dépasse celle des actions Obligatoires et constitue une exception au principe « la Dissuasion du préjudiciable est prioritaire par rapport à l'Incitation à l'utile ». En effet, le prêt d'une somme monétaire même en or ou en argent ne peut se dénouer, par essence du prêt, qu'avec un décalage dans le temps, ce qui s'oppose aux règles de l'Usure temporelle²⁶³⁰. Cependant dans ce cas et contrairement au principe précité, l'évitement de l'Usure par le temps est considéré comme un Motif inférieur à l'utilité de l'entraide. En revanche, la réception d'une contrepartie rend inopérant le Motif de l'entraide en laissant actif le Motif de l'évitement de l'Usure ce qui explique l'Interdiction par les textes sacrés des prêts rémunérés²⁶³¹. Le prêt sans aucun avantage reçu par le prêteur peut également être considéré comme une dérogation à la règle Interdisant la Vente du non Fongible Désigné par un non Fongible non Désigné de même nature ou comme une dérogation à la règle Interdisant la Vente du Fongible inexistant sauf en respectant les Conditions de la Vente à terme²⁶³². Évidemment, toutes ces dérogations deviennent inopérantes au cas où le prêt devient rémunéré ou quand il y a un doute sur la Qualification du patrimoine avancé comme un prêt ou un prix en contrepartie d'une prestation²⁶³³.

540. **Usure de subterfuge.** Il est vrai que la Nécessité permanente peut rendre licite, à titre dérogatoire, certaines opérations relevant initialement de l'Usure, comme nous venons

²⁶²⁷ *Ibid.*, p. 43, 46.

²⁶²⁸ Voir supra § 234.

²⁶²⁹ Voir note bas de page n° 1346 en supra § 257.

²⁶³⁰ Voir supra § 260.

²⁶³¹ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1074, § 200.

²⁶³² Voir infra § 548.

²⁶³³ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1104, § 201.

de le voir pour le prêt à but non lucratif²⁶³⁴. Il est également vrai, comme le dit maître Himeur, que « le respect du formalisme est d'une manière générale un élément déterminant pour la validité des actes juridiques²⁶³⁵ », mais le formalisme n'est pas suffisant dans la conformité malikite car le fond importe également. C'est pour cela que les montages de certaines opérations sur les dettes peuvent relever, sur le fond, de subterfuges Interdits (iv) conduisant généralement à l'Usure de dette²⁶³⁶, voire à l'Usure de Vente. Cette vision malikite se reflète dans l'étendue des restrictions en matière d'Usure qui va jusqu'à l'instauration d'une Obligation de la vérification des montants du principal et des remboursements des prêts. En effet, le principal de tout prêt doit être scrupuleusement vérifié lors de son encaissement pour éviter toute présomption d'acceptation d'un montant inférieur à ce qui sera remboursé, motivée notamment par l'indulgence du débiteur pour obtenir le prêt dont il a besoin. La même précaution est également prévue pour éviter, dans l'autre sens, l'indulgence du créancier afin d'obtenir des remboursements anticipés ; ainsi, tout paiement en avance de l'échéance d'une dette doit être vérifié scrupuleusement même si la personne qui l'a effectué est digne de confiance²⁶³⁷. Si le champ d'application de cette Usure de subterfuge est large pour les malikites, c'est que ces derniers disposent d'un fondement solide à ce propos.

541. Fondement de l'Interdiction de l'Usure de subterfuge. Dans ce domaine d'Usure de subterfuge, la source du Moyen est souvent dérogoire au principe de la subsidiarité²⁶³⁸. Ainsi, dans les contrats liés, si nous supposons que l'usage prépondérant retient que l'intention principale dans les contrats séparés est l'indépendance de ces contrats alors, en application de la règle de subsidiarité, on devra s'en tenir aux apparences et ignorer la liaison entre contrats séparés même si cette liaison induit une fin prohibée. En revanche, la source du Moyen tient compte de la finalité prohibée et vient donc déroger à ce principe de subsidiarité en interdisant ce genre de contrats liés dans une opération donnée, même en l'absence de preuves sur l'intention des parties. En effet la présomption d'Usure est irréfragable pour les montages juridiques fréquemment utilisés pour arriver à ce genre de fins, même si leur fréquence n'est pas majoritaire dans les usages. Il suffit effectivement que de tels montages soient connus, ou réputés, pour reproduire les mêmes effets que les opérations d'Usure déclarée prohibée directement par les textes. Citant Khalil, le commentateur de Shatibi indique que cette

²⁶³⁴ Et comme nous l'avons vu dans d'autres cas : voir supra § 235.

²⁶³⁵ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 46.

²⁶³⁶ Voir Infra § 545.

²⁶³⁷ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2015.

²⁶³⁸ Voir supra § 235.

Interdiction des contrats liés n'exige pas que leur fréquence inverse l'usage prépondérant qui présume que les contrats séparés sont indépendants et non pas liés. À l'appui de ses propos, Khalil donne des exemples de liaisons prohibées entre contrats de Vente et contrats de crédit. Shatibi cite, de son côté, Maziri qui rajoute à l'argumentation de la prohibition, la présence d'une part aléatoire dans le prix des Ventes, utilisées dans ce genre de montage. Cette part correspond à l'intention inavouée des parties dans la liaison des contrats et c'est, donc, l'aléa sur le prix qui invalide la Vente et donc le montage. Cependant, Shatibi considère que cette argumentation de Maziri basée sur la violation d'une Condition de validité de l'un des contrats, constituant une composante d'un même ensemble contractuel, n'est pas nécessaire et ne fait pas l'unanimité, même parmi les malikites. Ce n'est pas nécessaire car on n'a pas besoin que les composantes d'un ensemble perdent leurs sens pour prouver que l'ensemble a un sens qui s'imposera comme sens principal, en reléguant le sens de chacune de ses composantes à la subsidiarité. Ainsi et comme on ne peut avoir deux règles différentes pour le même objet, il y a donc un choix à faire par le Diligent pour la règle applicable aux composantes : soit celle qui découle de l'ensemble des composantes, soit celle qui découle de leur séparation en se basant sur l'usage dans l'absolu. Opter pour la séparation revient à ne pas tenir compte du changement d'intention dans la construction de l'ensemble ; ce qui devient difficile à justifier dans certaines situations. En effet, on ne peut occulter non seulement la source du Moyen mais également les deux principes précités de la priorité de la Dissuasion du préjudiciable et de l'évitement de la coopération pour des fins blâmables²⁶³⁹. C'est pour cela que pour ce genre de montages dont la finalité est blâmable, Shatibi fait l'Analogie avec les contrats dont la prohibition est unanime comme ceux d'achats de raisins pour en faire du vin ou d'achats d'armes pour les utiliser dans des braquages. Ce qui demeurera alors comme champ de divergence pour les contrats liés prohibés est la validité de ces contrats conclus malgré leur prohibition car l'Interdiction d'une action ou d'un comportement n'invalide pas forcément l'action en question contrairement à la règle inverse qui considère que l'invalidité d'une action induit forcément son Interdiction. Néanmoins, il faudrait mentionner que la jurisprudence qui soutient l'invalidité en présence de preuves d'une intention prohibée s'appuie sur le principe disant : quand l'intention est blâmable dans un comportement, la règle de droit doit inverser les effets attendus de ce comportement par le Sujet de droit malintentionné²⁶⁴⁰. Ce sont ces règles basées sur la source du Moyen,

²⁶³⁹ Voir supra § 253, 255.

²⁶⁴⁰ Ibrahim SHATIBI, *ابو اسحاق ابراهيم الشاطبي* et BEN HASAN AL-SALMAN *بن حسن آل سلمان* [Muwafaqat] *الموافقات*, Le Caire, Egypte : Dar Ebn Affan, 1997, p. 463-466, 470, 474-476, v. 3. Voir également les notes de bas de page 4 en p. 463, 3 en p. 466, 1 en p. 470 et 7 en p. 476.

largement considérées en jurisprudence malikites²⁶⁴¹ et excessivement atténuées en soft law²⁶⁴², qui motivent totalement ou partiellement les jurisprudences restrictives applicables aux contrats.

542. Régime général des contrats liés. Comme nous l'avons annoncé dans le droit malikite de la Vente²⁶⁴³, la liaison entre des transactions ou prestations élémentaires, dont chacune peut constituer l'objet d'un contrat autonome, est invalide lorsque ces transactions sont de natures différentes. Ceci est vrai quel que soit le mode de liaison et a fortiori dans le cas où un contrat unique fixe un prix global en contrepartie de toutes ces transactions élémentaires. Sont considérés de natures différentes les contrats élémentaires : de Vente ordinaire, de change, de Vente à terme, de Pollicitation forfaitaire, de société Moucharaka ou de commandite. Dans cette distinction, le contrat de Louage est logé à la même enseigne que le contrat de Vente ordinaire car ces deux contrats sont de natures compatibles²⁶⁴⁴. Même la transformation par avenant d'un contrat en un autre de nature différente est invalide, à quelques dérogations près quand aucun effet indésirable, comme l'Usure, ne peut s'envisager. Plus que ça, l'interférence nocive entre contrats indépendants peut entraîner la nullité de l'un ou de l'autre, comme dans le cas d'un contrat de Louage de service dont l'objet n'est pas lié à une Moudaraba mais qui peut lui nuire par la réduction importante de la disponibilité du commandité. Toutefois et à titre dérogatoire, la Nécessité autorise le groupement d'une opération de Vente ordinaire au comptant²⁶⁴⁵ avec une opération de change. Ceci permet notamment à l'acheteur, qui ne dispose pas du prix exact de la Vente, de payer avec une grande coupure et de recevoir en retour la marchandise et sa monnaie restante même d'une nature différente par rapport à la monnaie de paiement²⁶⁴⁶. Sans avoir besoin de cette concomitance du change avec une Vente, la Nécessité

²⁶⁴¹ Pour plus de développement des exemples où la source du Moyen déroge au principe de subsidiarité, du Motif de l'interdiction des contrats liés, de la dénaturation du droit islamique par la radicalisation de chasteté d'abstinence et de permanence culturelle et, enfin, de l'Appréciation utilitaire orientant l'Analogie créatrice de droit par la finalité et l'usage prépondérant : voir *Ibid.*, p. 522, v. 1; 26 et s y compris la note 3 en bas des pages 26 et 27, 37, 53 et s, 78 et s, 106-163, 199, 276-277, 478-486, 484 et s, v. 3; 182 et s, 197-200, 276-277, 292-294, 381, 465 et s en volume 5.

²⁶⁴² Cette approche malikite est étudiée en droit comparée par l'AAOIFI : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), [Études des normes de l'AAOIFI] 2/4 دراسات المعايير الشرعية *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah: al-naṣṣ al-kāmil lil-buḥūth wa-al-dirāsāt allatī quddimat tamhīdan li-i'dād al-ma'āyir al-shar'īyah* 1-45, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 1437 2015 (vol. 2/4), p. 1176-1798.

²⁶⁴³ Voir supra § 395, 402, 406.

²⁶⁴⁴ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 972.

²⁶⁴⁵ Au cas où l'échange ne serait pas au comptant, la dérogation ne sera pas valable sauf si la prise de possession est immédiate et que l'échange de monnaies est décalé avec une monnaie restante insignifiante (un dixième de la valeur de change de l'unité monétaire de l'acheteur). Cette dernière tolérance a été accordé car manifestement la vente est l'objectif de l'opération et le change n'est qu'accessoire.

²⁶⁴⁶ KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 7.

autorise également le change d'une grande coupure, comme une pièce monétaire lourde en or ou en argent, en petites coupures dans la même monnaie, comme des pièces du même métal dont la valeur globale est la même que celle de la pièce lourde. La Nécessité autorise, enfin, la remise d'une quantité d'or ou d'argent n'ayant pas cours pour recevoir une quantité moindre du même métal précieux mais dans une forme monétaire ayant cours. Pour tous ces cas, la Nécessité a rendu licite ce qui est initialement Interdit²⁶⁴⁷. Dans le sens contraire, une liaison de contrats de natures compatibles tout-à-fait autorisée par le présent régime général peut quand même devenir illicite si sa finalité est condamnable, notamment pour Usure de subterfuge²⁶⁴⁸.

543. Régime dérogatoire des contrats liés en cas d'Usure de subterfuge. Comme nous l'avons vu²⁶⁴⁹ et quelle que soit la nature des contrats liés, Malik Interdit toute liaison contractuelle qui se solde par un échange, non concomitant des contreparties, identique à ce que pourrait avoir un prêt rémunéré ou généralement une Usure de Vente ou de dette. Dans les montages les plus parlants, cette voie empruntée par Malik est la même que celle adoptée par abou-Hanifa ou ibn-Hanbal, contrairement à Chafii qui considère pour ces montages la règle de l'Incertitude et non pas celle de l'Usure²⁶⁵⁰. Cette dernière est effectivement appliquée par Malik à ces montages²⁶⁵¹, chaque fois que le bilan de toutes les opérations liées a souvent pour but d'aboutir au même résultat qu'une opération transparente Interdite. Malik considère que ce genre de situations relève de l'enrichissement sans cause qui caractérise l'Usure, même si la fréquence de l'intention de fraude du droit de l'Usure par de tels montages ne constitue pas un usage établi mais simplement une possibilité connue, comme on vient de l'indiquer²⁶⁵². Cette règle s'appliquera alors quelle que soit l'intention de l'une ou de l'autre des parties et quel que soit le mode de liaison entre les contrats : un objet commun à plusieurs contrats ou un ensemble contractuel créant la dépendance entre ces contrats ; peu importe qu'un tel ensemble contractuel soit informel ou réalisé par un contrat cadre, voire une promesse²⁶⁵³. C'est cette approche malikite qui générera de larges effets sur la licéité des financements accessibles à la Holis.

²⁶⁴⁷ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2015-2020.

²⁶⁴⁸ L'Usure de subterfuge n'est pas la seule Cause possible à cette illicéité dérogatoire. À titre d'exemple, un contrat de Vente avec un prix unique de deux Fongibles deviendra invalide si les méthodes de quantification de ces deux Fongibles sont différentes et qu'au moins l'une des deux méthodes est contraire à l'usage dominant : voir § 11 en annexe 3.

²⁶⁴⁹ Voir supra § 256.

²⁶⁵⁰ Un raisonnement identique à celle précitée de Maziri, mais Chafii délaisse l'argument de l'Usure alors que Maziri le retient en lui rajoutant, comme argument surabondant, l'Incertitude : voir supra § 533.

²⁶⁵¹ Certains auteurs ont dénombré plus de trois cent mille cas de figure : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2091, v. 5.

²⁶⁵² Voir supra § 541.

²⁶⁵³ Voir supra § 346 ; voir également DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2088, v. 5.

B. Conséquences sur le financement de la Holis

544. **Typologie des effets du régime général d'Usure.** Sur le plan pratique, les règles que nous venons de voir ont donné naissance à plusieurs sous-régimes, composantes du régime général de l'Usure, qui s'appliquent d'une façon étendue à des multitudes de contrats ou de montages bancaires (1°). Toutefois, ces régimes composantes peuvent s'appliquer d'une façon adaptée dans le cas de certains contrats nommés, pertinents pour la charte de la Holis, qui ont leurs régimes propres (2°).

1°) Effets globaux

545. **Régime général de conformité des promesses.** L'une des composantes courantes des opérations complexes ou des montages, notamment ceux de la banque islamique, est la promesse entre les parties. Jusqu'ici, nous avons étudié le régime de conformité de cette dernière par bribes, en puisant dans la riche jurisprudence malikite de ce domaine ; un régime que nous complétons ici par le cas des contrats liés, de natures compatibles mais qui souffrent d'une présomption d'Usure. Il est vrai que, comme le mensonge, l'absence de sincérité d'une promesse n'est Permise en principe que dans trois situations avec toujours l'intention de bien faire ; autrement, la promesse non sincère sera Indésirable, voire Interdite. Cependant, ce principe comporte des exceptions ce qui fait qu'en pratique le respect de la promesse a un caractère qui évolue, selon la situation, entre l'Obligatoire et l'Interdit en passant par le Désirable, le Facultatif et l'Indésirable. Outre cet aspect moral, ce qui importe pour notre sujet est de savoir l'effet juridique de la violation d'une promesse portant sur un objet matériel. Au fur et à mesure des situations que nous avons rencontrées auparavant, on s'est effectivement demandé dans quelle mesure le bénéficiaire d'une promesse peut demander, en toute conformité malikite, l'exécution forcée envers un prometteur réticent à honorer son engagement. Nous avons alors conclu, comme Qarafi²⁶⁵⁴, que la sanction de la violation d'une promesse dépend des conditions de cette violation. Ainsi, une promesse unilatérale à but non lucratif ne bénéficie de l'exécution forcée qu'à deux conditions : qu'elle spécifie son objectif et que le bénéficiaire se soit engagé dans la réalisation dudit objectif²⁶⁵⁵. Évidemment la situation correspondante à la jurisprudence précédente est différente de celle d'une promesse dont l'objet est la réalisation future d'un contrat commutatif. La règle dans ce dernier cas est que si la réalisation immédiate d'un tel contrat est illicite, l'inexécution sera privée d'effet car le contrat, objet de la promesse

²⁶⁵⁴ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1138, § 214.

²⁶⁵⁵ Voir supra § 287.

inexécutée, ne peut être suspendu en attendant de remplir toutes ses conditions de validité. Ceci n'est pas contradictoire avec le droit réel qui bénéficie de l'exécution forcée, en général, vis-à-vis du tiers qui a acquis auprès du débiteur ce droit réel dont le prix d'acquisition constitue la base de cette exécution forcée en faveur du créancier, comme dans le cas du détenteur d'un droit de préemption. Autrement, quand il ne s'agit pas d'un droit réel, il est licite de conclure une promesse qui constitue seulement un engagement moral pour examiner de bonne foi les conditions de validation future d'un contrat dont la réalisation immédiate est invalide. Cependant l'inexécution d'une telle promesse, qui n'est licite que parce qu'elle n'est pas ferme, ne peut bénéficier de l'exécution forcée. Elle ne bénéficie que d'un engagement de moyens pour essayer d'aboutir à un résultat dont la non réalisation ne donne droit qu'au dédommagement des frais liés aux obligations imposées à la victime par son prometteur²⁶⁵⁶. Faute d'avoir droit à une exécution forcée, le bénéficiaire de la promesse ne peut donc prétendre à une réparation par équivalent pour le rétablir économiquement dans la situation qu'il aurait eue si l'objet de la promesse avait été réalisé. De plus cette indemnisation des frais occasionnés ne s'applique pas aux promesses illicites qui, allant au-delà de l'engagement de bonne foi qui laisse toujours la porte ouverte à la rétractation, constituent un engagement ferme pour conclure dans le futur un contrat dont la conclusion immédiate serait illicite²⁶⁵⁷. Il en est de même quand la promesse est illicite pour une autre cause, notamment pour présomption d'Usure de subterfuge relevant de certaines situations Interdites de l'Înah²⁶⁵⁸, comme dans le cas de la Mourabaha au donneur d'ordre des banques islamiques²⁶⁵⁹. En effet même en cas de Nécessité, le principe est que les Interdictions du droit de l'Usure ont une interprétation large et stricte ; par conséquent, l'Usure supposée dans une transaction est considérée comme une Usure certaine rendant cette transaction illicite²⁶⁶⁰. C'est pour cela qu'il est Interdit d'échanger de l'or avec une marchandise contre la même quantité d'or et une autre marchandise²⁶⁶¹. C'est

²⁶⁵⁶ Ainsi, les sanctions malikites d'inexécution d'une promesse se rapprochent plus de la jurisprudence de la Common Law : voir supra § 125, 148.

²⁶⁵⁷ Comme la vente d'un aliment acheté avant sa prise de possession, le change de monnaies à terme ou la vente de ce dont on n'est pas propriétaire : voir DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2010 et 2011.

²⁶⁵⁸ Voir supra § 314, 327, 498, 517, 526.

²⁶⁵⁹ Comme nous le détaillerons dans la section suivante et comme le confirme GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن ضوابط الاجتهاد عند المالكية [Les conditions de Diligence chez les malikites dans le droit des relations], *op. cit.* (note 1106), p. 42 ; GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، فتاوى المعاملات الشائعة، *op. cit.* (note 1504), p. 86-87.

²⁶⁶⁰ GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، *Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements* مدونة الفقه [Les conditions de Diligence chez les malikites dans le droit des relations] ضوابط الاجتهاد عند المالكية في فقه المعاملات، *op. cit.* (note 1342), p. 97 ; GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، *op. cit.* (note 1106), p. 38.

²⁶⁶¹ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2006.

également pour cette raison qu'il est interdit de remettre à l'orfèvre le métal qu'on vient de lui acheter, même au comptant, pour qu'il y travaille car il y aurait un doute sur le décalage dans le temps de la prise de possession du métal²⁶⁶². C'est enfin pour cela que, dans le cas de la Vente où l'une des contreparties serait livrée à terme, l'autre contrepartie remise au comptant lors de la conclusion de la Vente doit être vérifiée scrupuleusement, notamment par comptage²⁶⁶³. Ainsi, sera évitée toute présomption d'acceptation d'une contrepartie immédiate incomplète en échange du délai accordé à la livraison de l'autre contrepartie²⁶⁶⁴. C'est dans ce cadre que se comprend le droit de l'Înah qui est définie comme la Vente précédée d'un achat d'un bien, ce dernier étant lui-même initié par une promesse préalable ; il y a donc trois actes consécutifs dans ce montage. Celui-ci sera Interdit pour cause d'Usure de subterfuge si ladite promesse préalable précise les prix d'échéances différentes des deux Ventes²⁶⁶⁵. Autrement, si la promesse porte seulement sur le principe de la supériorité du second prix, ce montage de l'Înah aura un caractère Indésirable. Enfin, si la question du prix n'est pas du tout évoquée, le montage sera Facultatif, même si ce mode de Vente ne correspond pas à la préférence du malikisme²⁶⁶⁶. De la même manière est traité le montage des Ventes « temporaires » qui est défini comme le rachat de ce qu'on a vendu²⁶⁶⁷ avec des échéances différentes de paiement des deux prix²⁶⁶⁸ aboutissant sur le fond au même flux qu'un prêt rémunéré, comme dans le cas de l'Înah Interdite²⁶⁶⁹. Dans ces conditions, la jurisprudence malikite montre une grande finesse dans l'examen de la validité de la promesse préalable des montages financiers, notamment ceux utilisés par la soft law islamique. L'objectivité imposerait à tout expert financier de considérer ces derniers comme une réplique compliquée des schémas de financement utilisant le taux d'intérêt²⁶⁷⁰. Il en est de même des échanges illicites de dettes de ce que la hard law désigne par « Passif Décrit » des contractants.

²⁶⁶² Pour éviter tout doute sur le caractère comptant des deux contreparties, il faudrait alors que le métal précieux soit travaillé par un autre orfèvre : voir KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 7 ; Ce cas de travail de l'or par un orfèvre a la même règle que la remise des olives pour être pressées en payant le prix du travail de pression : voir commentaire de Sawi dans DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2019.

²⁶⁶³ S'il s'agit d'un prix monétaire par exemple.

²⁶⁶⁴ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2015.

²⁶⁶⁵ *Ibid.*, p. 2102 ; GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, *فتاوى المعاملات الشائعة*, *op. cit.* (note 1504), p. 77-78.

²⁶⁶⁶ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2102, v. 5.

²⁶⁶⁷ Ou le montage inverse consistant à revendre à la même personne ce qu'on vient d'acheter.

²⁶⁶⁸ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2087.

²⁶⁶⁹ D'ailleurs, dans un sens large l'Înah peut englober les deux notions précitées, l'Înah dans son sens strict et les Ventes temporaires : voir GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements] مدونة الفقه المالكي وادلته, *op. cit.* (note 1342), p. 101.

²⁶⁷⁰ Cette excellence malikite est nourrie par la pratique, et parfois, le consensus de Médine qui donnent à ce rite non seulement une base législative inégalée mais également une compréhension incomparable des règles Intelligibles découlant des textes législatifs dont les Motifs sont compréhensibles : voir supra § 254, 265.

546. **Notion de Passif Décrit.** Si la décision n° 157 de 2006 de l'AIFI, rappelée en introduction de cette sous-section, a utilisé l'argument ultime de la Nécessité c'est que l'échange de dettes est législativement réglementé en jurisprudence islamique. La première des clarifications à apporter dans ce domaine est la distinction entre une dette Désignée et une dette Décrite, des notions que nous avons utilisées jusqu'ici²⁶⁷¹ en nous basant sur la compréhension intuitive de la définition succincte donnée par notre glossaire. Cette dernière renvoie à la notion de « corps certain » qui, selon Cornu²⁶⁷², englobe le fongible identifié par marquage, par opposition au corps fongible non marqué ou à la chose du genre que la jurisprudence malikite associe à la dette Décrite ou au Passif Décrit. En quelque sorte, le malikisme utilise cette notion pour faire une distinction dans l'identification de la chose ou de la prestation (comparable à celle entre droit réel et droit personnel) de la même façon qu'il utilise l'intuitus personae²⁶⁷³ pour faire une distinction dans la considération de la personne des contractants. En effet, le Passif Décrit se caractérise souvent par sa traduction en unité monétaire, que la prestation de l'obligation soit de donner, de faire ou de ne pas faire ; il est en réalité le reflet de toutes les obligations souscrites par le Sujet de droit à l'exception de celles dont l'objet est Désigné²⁶⁷⁴. Élément du patrimoine universel, le Passif Décrit ne peut être rattaché qu'à des personnes ayant la capacité juridique, ce qui exclut le majeur protégé et le mineur, même émancipé car le Passif Décrit généré par l'émancipation demeure rattaché au tuteur bien que les engagements de l'émancipé soient valides. Inversement, le fait de disposer d'un Passif Décrit n'implique pas nécessairement que l'on soit habilité à s'engager. À titre d'exemple, une personne majeure non protégée en faillite dispose bien d'un Passif Décrit mais elle n'est pas habilitée à altérer son patrimoine. Ainsi, une personne peut disposer d'un Passif Décrit sans avoir la capacité et, inversement, une personne peut être capable sans disposer d'un Passif Décrit²⁶⁷⁵. L'effet majeur de cette distinction entre Décrit et Désigné apparaît dans la Qualification des prestations contractuelles. Ainsi et contrairement au contrat, notamment de Vente ou de Location, portant sur une chose Désignée qui devient caduc si la chose disparaît ou s'avère appartenir à un tiers, le contrat portant sur un élément du Passif Décrit demeure valide, même s'il s'agit d'un bien non Fongible. Ceci implique, alors, l'Obligation de remplacement d'une livraison non

²⁶⁷¹ Voir par exemple § 395 et 406.

²⁶⁷² CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dirs.), *op. cit.* (note 261), p. 139.

²⁶⁷³ Voir supra § 452.

²⁶⁷⁴ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2272, v. 5. Une notion similaire à celle de l'obligation personnelle en droit étatique.

²⁶⁷⁵ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1019, § 183.

conforme par une autre conforme, notamment dans les contrats de Vente à terme Salam²⁶⁷⁶. Le principe est que le Passif Décrit n'acceptant pas les contreparties Désignées qui sont appréciées pour leurs qualités propres. Toutefois, en cas de négligence d'un Vendeur, un bien Désigné spécifique qui aurait péri peut se transformer en dette Décrite substituable, ce qui constitue une dérogation au principe de caducité précité. À l'exception de ce genre de rares dérogations, c'est la distinction entre passif Désigné et Passif Décrit qui nous servira de principe de différenciation dans l'exposé du régime général du dénouement de dettes, applicable non seulement à la décision n° 157 précitée mais également à d'autres situations que nous avons rencontrées jusqu'ici²⁶⁷⁷.

547. Régime général du dénouement des dettes. Les transactions sur les créances et dettes sont soumises au droit commun de la Vente²⁶⁷⁸ sous réserve de certaines dispositions spéciales provenant notamment du droit de l'Usure. Sauf quand c'est spécifié autrement, les dettes dont il est question ici sont celles du Passif Décrit dont les règles de dénouement ne s'appliquent donc pas nécessairement aux dettes de choses existantes Désignées et notamment aux immeubles²⁶⁷⁹. À titre onéreux, la dette peut se dénouer soit par l'intervention d'un tiers qui l'achèterait au créancier, soit sans intervention d'un tiers, entre le créancier et son débiteur, par compensation avec une dette réciproque existante ou par substitution avec une nouvelle dette créée à cet effet²⁶⁸⁰. La jurisprudence considère donc la compensation, la substitution et la cession comme les trois catégories de dénouement à titre onéreux d'une dette du Passif Décrit.

548. Compensation de dettes. Dans le malikisme, la compensation de dettes réciproques entre deux parties comporte cent trente-cinq²⁶⁸¹ cas de figure groupés par nature distinguant les matières non stratégiques de celles qui le sont, comme les denrées alimentaires et les métaux monétaires. Ainsi et outre les denrées non Usuraires (i) objet du droit commun de la compensation, les aliments (ii) ainsi que l'or et l'argent (iii), auxquels nous assimilons toutes monnaies, forment les trois principales natures de dettes. Quand les deux dettes objet de la compensation sont de natures différentes, par exemple l'une est non Usuraire alors que l'autre

²⁶⁷⁶ Dans le cas où le bien substituable ferait partie d'un lot déterminé, le dernier bien invendu laissé pour remplir l'obligation deviendrait alors spécifique. Ainsi et à moins que le bien en question ne périsse du fait du vendeur, le contrat serait caduc ; le vendeur ne devrait alors aucune garantie et ne serait pas tenu de racheter un des biens du lot pour remplir son obligation : voir *Ibid.*, p. 581 et 1036, § 88 et 189.

²⁶⁷⁷ Voir par exemple supra § 383 et 402.

²⁶⁷⁸ Voir supra § 480.

²⁶⁷⁹ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 234, commentaire Al-Adawi.

²⁶⁸⁰ Éventuellement par un codébiteur ou une caution portant sur la même dette.

²⁶⁸¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2302.

est monétaire, la compensation est Qualifiée de Vente. Elle est alors libre de toutes les contraintes du droit de l'Usure et ne demeure soumise qu'à la contrainte des dettes alimentaires issues d'un contrat à titre onéreux comme une vente, par opposition aux dettes alimentaires issues d'un prêt qui ne sont pas soumises à cette contrainte. Celle-ci exige la prise de possession préalable du règlement d'une telle dette alimentaire par le créancier avant que le débiteur ne puisse reprendre lesdits aliments en paiement de sa propre créance²⁶⁸². Ce régime simple, applicable à la compensation de dettes de natures différentes, se complexifie par crainte de l'Usure quand les deux dettes compensées relèvent de la même nature, que celle-ci soit non Usuraire, alimentaire ou monétaire. Du détail des règles relatives à la compensation²⁶⁸³, retenons qu'il est licite de régler par avance une dette par un paiement au comptant égal à son principal même s'il s'agit d'or ou d'argent. De plus et sans que ce soit exigé contractuellement, la dette peut être remboursée avec une qualité supérieure²⁶⁸⁴, à titre de remerciement, mais nullement avec une quantité supérieure que ce soit avant ou après l'échéance sauf s'il s'agit d'une dette de Vente²⁶⁸⁵. De même et avec l'accord du créancier, il est possible de rembourser la dette échue par une moindre valeur en quantité ou en qualité. En revanche, il est illicite de rembourser la dette avant l'échéance avec une moindre quantité ou une moindre qualité²⁶⁸⁶. Par ailleurs, la compensation des dettes d'espèce différentes est une Vente²⁶⁸⁷ qui sera considérée au comptant si les deux dettes sont échues ce qui rend licite le change des dettes échues de monnaies différentes²⁶⁸⁸. Plus généralement, il est possible de dénouer une dette monétaire échue par une contrepartie monétaire, constituée par un paiement comptant ou par une créance échue entre les mêmes parties, que cette contrepartie soit dans une monnaie différente ou semblable avec une quantité identique dans la même monnaie. Ceci représente une flexibilité de la compensation par rapport à la cession de dettes qui Interdit la cession au comptant d'une créance monétaire échue contre un prix monétaire. Enfin et en retenant un champ strict de la compensation réservée à deux dettes existantes, le sujet de « l'extinction d'une dette existante

²⁶⁸² *Ibid.*, p. 2302, v. 5 ; KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1863), p. 415, v. 5 ; AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 233, v. 5.

²⁶⁸³ Extrait, parfois résumé, de l'annexe 5.

²⁶⁸⁴ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2296-2297, texte principal de Dardir et commentaire de Mubarak.

²⁶⁸⁵ Toutefois, s'il s'agit d'une dette en nature non échue, le remboursement ne peut être que strictement conforme au principal.

²⁶⁸⁶ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2030-2033 ; KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 10.

²⁶⁸⁷ Donc y compris troc et change.

²⁶⁸⁸ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2012-2013, voir également le commentaire de Sawi.

par une dette nouvellement créée entre les mêmes parties » devient autonome et doit être traité séparément²⁶⁸⁹.

549. Substitution d'une ancienne dette par une nouvelle. Le principe est qu'il est Interdit d'éteindre une dette existante par substitution avec une autre nouvellement créée, entre le même créancier et le même débiteur, en jouant sur les montants et les échéances par l'augmentation du montant à rembourser afin de retarder l'échéance ou, au contraire, par la réduction du montant afin de rapprocher l'échéance. De même, cette extinction ne peut pas se faire par Louage ou Location sauf si l'objet de ces contrats est réalisé et qu'il s'agit de contrats non Conditionnés par cette extinction qui est, alors, librement souscrite par le Loueur par la suite²⁶⁹⁰. Elle ne peut se faire, non plus, par une remise à terme d'un bien, Désigné ou non²⁶⁹¹ ; en revanche, une telle flexibilité est possible dans le régime de cession de créance à un tiers²⁶⁹².

550. Cession de créances existantes. Quand il ne s'agit pas d'une extinction de dette entre le créancier et son débiteur mais d'une cession de créance non échue faisant intervenir un tiers, ce dernier peut payer son acquisition par un bien Désigné livré à terme²⁶⁹³. Ceci représente une flexibilité par rapport à l'Interdiction de céder une créance, à terme ou échue et impayée, à un tiers autre que le débiteur²⁶⁹⁴ en recevant en échange une autre créance, à terme ou échue et impayée²⁶⁹⁵, voire en recevant une contrepartie monétaire ou non monétaire non payée au comptant²⁶⁹⁶. Dans cette dernière situation, il s'agit alors d'une novation par changement de créanciers²⁶⁹⁷ dont le paiement par le tiers, qui devient le nouveau créancier, se fait à terme. En revanche et que ce soit par un bien Désigné ou par un autre moyen, le paiement

²⁶⁸⁹ Ce régime autonome exposé ci-dessous est un extrait, parfois résumé, de l'annexe 5.

²⁶⁹⁰ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2065.

²⁶⁹¹ KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 13 ; L'avis de Achhab est suivi par certains jurisconsultes mais il est non retenu par Dardir comme jurisprudence prépondérante : voir AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 62 ; DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2065.

²⁶⁹² Ce régime exposé ci-dessous est un extrait, parfois résumé, de l'annexe 5.

²⁶⁹³ C'est Dardir qui confirme cette jurisprudence majoritaire et qui l'étend à la location de l'usage comme contrepartie de la créance achetée : voir AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63 ; DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2065, v. 5.

²⁶⁹⁴ Il y a donc au moins trois parties, contrairement à l'extinction par substitution qui ne peut impliquer que le créancier et son débiteur : voir AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63, commentaire Dasuqi.

²⁶⁹⁵ *Ibid.*, p. 62-63, v. 3.

²⁶⁹⁶ KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 13.

²⁶⁹⁷ Dans ce cas il y a trois parties et non pas quatre car il s'agit d'un tiers qui se substitue au créancier contre le paiement au créancier initial d'un prix à terme (égal ou différent du principal de la créance) : voir AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63 ; ce n'est donc pas une novation par changement de débiteur comme l'a traduit Bousquet : voir KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 13.

comptant de l'acquisition d'une créance est possible moyennant certaines Conditions²⁶⁹⁸. Avec le Motif de diminuer l'aléa en évitant notamment l'ignorance de l'état du débiteur par le tiers cessionnaire²⁶⁹⁹ et le risque qu'un tel débiteur soit hors d'atteinte de la juridiction compétente, la première Condition exige la présence du débiteur dans le territoire de ladite juridiction lors de la conclusion de l'acte de cession de créance²⁷⁰⁰. De même et sans avoir besoin lors de cette cession du consentement de ce débiteur²⁷⁰¹, celui-ci doit quand même reconnaître sa dette. Il est aussi nécessaire d'éviter, d'une part, la cession de créances alimentaires issues d'un contrat onéreux et, d'autre part, l'Usure. Celle-ci Interdit notamment la cession d'une créance monétaire, à terme ou échue et impayée, contre un prix monétaire, même comptant, car le change et l'échange de monnaies ne peut être que comptant pour les deux contreparties. Cette contrainte s'assouplit quand la créance est non monétaire pour laquelle le droit de l'Usure Interdit évidemment la différence dans la même espèce, de quantités ou de qualités, entre l'objet de la créance cédée et le prix de sa cession. D'une façon dérogatoire, ce régime contraignant relatif à la cession de créance à un tiers devient plus flexible en cas de délégation, permettant à la créance cédée d'effacer une dette semblable due par le créancier à ce tiers. Ce régime dérogatoire couvre notamment la délégation parfaite qui apparaît alors comme un cas particulier de novation avec le délégataire devenant le créancier du délégué en lieu et place du délégant, initialement créancier du délégué. C'est ainsi que cette opération permet de libérer le délégant de sa dette envers le délégataire à hauteur du montant de la novation reçue. Ceci revient donc à échanger deux dettes dont l'une, celle initialement entre le délégant et le délégataire, faisant l'objet d'un changement de débiteurs et l'autre, celle initialement entre le délégué et le délégant, subissant un changement de créanciers. C'est selon ce dernier angle que cette opération est juridiquement structurée par un contrat entre le délégant et le délégataire. En conséquence, le consentement de ces derniers est évidemment requis alors qu'il n'est exigé du délégué ni son consentement ni sa présence dans le territoire de la juridiction. Il suffit que ce délégué reconnaisse, par un moyen fiable, sa dette lors de la conclusion de la délégation²⁷⁰². Outre la Condition que l'une au moins des deux dettes concernées soit échue, lesdites dettes doivent

²⁶⁹⁸ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2066-2067.

²⁶⁹⁹ *Ibid.*, p. 2066.

²⁷⁰⁰ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63, v. 3.

²⁷⁰¹ Qui ne doit pas être hors d'atteinte de la force exécutoire des juridictions : voir *Ibid.*, p. 63.

²⁷⁰² *Ibid.*, p. 63, v. 3.

aussi être égales²⁷⁰³ et non conditionnées²⁷⁰⁴, sans être des denrées alimentaires issues d'un contrat à titre onéreux comme une Vente. Enfin et sur le plan de la forme, les deux contractants doivent indiquer clairement qu'il s'agit bien d'un contrat de délégation²⁷⁰⁵. Outre ce cadre où on est en présence de deux dettes, la délégation parfaite, restreinte à une novation par changement de débiteurs, demeure également possible en l'absence de créance du délégant sur le délégué. Ce dernier doit alors donner son consentement, contrairement au délégataire dont l'accord n'est pas requis. Toutefois, le délégant ne sera libéré de sa dette envers le délégataire qu'à Condition que ce dernier le libère expressément de son Obligation de débiteur solidaire. Autrement et avec une simple information du délégataire, la délégation devient imparfaite avec un délégant devenant solidaire du délégué qui est considéré, néanmoins, premier débiteur envers le délégataire²⁷⁰⁶. Répondant au Motif de la réduction des dettes, ce régime dérogatoire de la délégation apporte une souplesse permettant, notamment, l'échange non concomitant des deux contreparties de même montant dans la même monnaie, y compris quand celle-ci est en or ou en argent²⁷⁰⁷. Cette souplesse rajoutée à l'intervention légère de l'une des trois parties, le délégué dans la délégation parfaite et le délégataire dans la délégation imparfaite, peut être utile pour la Holis.

551. Conséquences sur la contractualisation. Globalement, on peut retenir de ces régimes généraux relatifs aux promesses et aux dénouements de dettes que la Holis ne peut contracter une promesse composante d'un montage dont le flux financier reproduit celui d'un prêt rémunéré. Elle ne peut, non plus, se financer par l'escompte bancaire conventionnel sauf dans le cadre de la délégation pour réduire sa dette bancaire non échue, par ses créances commerciales échues, ou pour payer sa dette bancaire échue, par ses créances commerciales au cas où sa banque veut bien les accepter à leur valeur nominale. C'est également sur la base de ces régimes généraux de conformité que l'AAOIFI retient l'interdiction « d'émettre des sukuk négociables avec les créances de la Mourabaha ou avec d'autres créances²⁷⁰⁸ ». Notons enfin que les règles précédentes, relatives aux dénouements de dettes par compensation, substitution

²⁷⁰³ En espèce, qualité et quantité ; évidemment pour cette dernière il s'agit de la quotité objet de substitution entre les deux dettes concernées, une telle quotité pouvant être inférieure à la totalité de l'une ou l'autre des deux dettes : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2454, v. 5.

²⁷⁰⁴ Par exemple, par l'accord d'un tuteur si le débiteur est un incapable ou par l'exercice de l'option s'il s'agit de Vente optionnelle.

²⁷⁰⁵ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2451-2454.

²⁷⁰⁶ KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 69 ; AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 326 du volume 3.

²⁷⁰⁷ AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 327, v. 3.

²⁷⁰⁸ L'AAOIFI cite, comme fondement, le grand auteur malikite ibn-abi-Zayd al-Qayrawānī : voir AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 98 et 112, § 2.2.5.

ou cession, supposent qu'au moins l'une des contreparties de la transaction est une dette existante. Quant au cas où les deux contreparties sont des dettes nouvelles, le principe est son Interdiction pour cause d'Usure ou d'Incertitude. C'est pour cela qu'on a du mal à motiver une conformité malikite de la décision n° 157 de 2006 de l'AIFI autorisant la Vente dont les deux contreparties sont des dettes nouvelles, en se fondant sur une Nécessité dont nous avons démontré l'inexistence²⁷⁰⁹. Ainsi et comme en matière de promesses composantes de montages financiers, la jurisprudence malikite se caractérise à la fois par une grande finesse et par une grande vigilance dans l'appréciation des dérogations découlant de l'application sans abus du principe de subsidiarité au Motif général de Nécessité²⁷¹⁰. Parmi ces dérogations justifiées figure une petite flexibilité accordée au paiement du prix, censé être au comptant, de la Vente *Salam* ; ce qui peut s'avérer utile à la gestion financière conforme de la *Holis*.

2°) Effets particuliers

552. **Vente à terme.** Les effets globaux du régime général de l'Usure sur les promesses et les dettes, s'appliquent largement aux différents contrats à moins que ces derniers soient des contrats nommés bénéficiant de règles spéciales comme le *Salam*. Celui-ci est défini comme étant une Vente à terme d'au moins quinze jours d'une chose Décrite, comme une marchandise de commodité ou même un bien immeuble, en contrepartie d'un « capital » d'une espèce différente pouvant être notamment un prix monétaire²⁷¹¹, au sens de la vente du droit civil. L'objet du *Salam* est donc une chose substituable, comme tout élément du Passif Décrit du vendeur²⁷¹², et non pas une chose Désignée ou réputée Désignée²⁷¹³. Ce dernier cas pouvant s'illustrer par la production d'un fournisseur travaillant à « feu continu » pendant le contrat de fourniture, sans risque matériel d'arrêt d'activité faisant assimiler sa production future à des choses existantes²⁷¹⁴. C'est ce qui justifie la Qualification d'un tel contrat en Vente ordinaire et

²⁷⁰⁹ Voir supra § 327.

²⁷¹⁰ Voir supra § 235.

²⁷¹¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2257, v. 5.

²⁷¹² À l'instar des marchandises saisonnières si leur disponibilité au terme est sécurisée : voir QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1074, § 200.

²⁷¹³ Le Motif de l'invalidation du *Salam* dont l'objet est Désigné est d'éviter l'Incertitude de réalisation en retardant sa prise de possession, réelle ou supposée par transfert du risque de la chose à l'acheteur : voir IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 306, v. 5, à notre avis ce Motif demeure applicable même si la chose reste en gage chez le vendeur jusqu'au paiement du prix, c'est pour cela que le gage est qualifié de possession cautionnée.

²⁷¹⁴ Cette réputation de Désignation, pour cause de Nécessité, suppose que la source d'approvisionnement est accessible en toute sécurité et qu'il s'agit de la continuation d'une série de livraisons qui a débutée, comme dans les jurisprudences initiales relatives à la livraison périodique du lait d'un cheptel Désigné, du fruit d'une ferme Désignée, du pain d'un boulanger Désigné ou, encore, de la viande d'un boucher Désigné voir DARDĪR أحمد بن

non pas en Salam. Le prix de ce contrat peut être global pour un lot de marchandise, livrée partiellement selon un planning, ou fixé par unité de mesure pour chaque quantité livrée. Le contrat prend alors fin dans le premier schéma à la livraison de la quantité globale contractée, alors que dans le second schéma il prend fin à tout moment car il s'agit d'un contrat à durée indéterminée. En revanche, s'il ne s'agit pas d'un producteur à feu continu mais d'un fournisseur travaillant à la commande, comme dans le mode de fabrication désigné par Istisna²⁷¹⁵, la chose sera forcément Décrite, sans pouvoir Désigner ni la matière première ni le fabricant²⁷¹⁶ autrement que par descriptif. Il en est de même quand le fournisseur n'est pas lui-même le fabriquant mais simplement un intermédiaire dépendant de la disponibilité du marché ou de ses propres fournisseurs. Dans toutes ces situations, le contrat de fourniture, de construction, ou d'entreprise ne pourra être Qualifié alors que de Salam d'une chose, meuble ou immeuble, avec une livraison ne pouvant débuter avant quinze jours et un règlement au comptant du prix. Ces règles ne veulent pas dire que toute chose du passif Décrit peut faire l'objet d'un Salam car ce dernier ne peut porter sur la chose existante dans le patrimoine du Vendeur mais non accessible à l'acheteur pour être vue. Une telle chose, bien que faisant partie du Passif Décrit, ne peut être Vendue par Salam mais peut l'être par Vente ordinaire sur descriptif²⁷¹⁷. Outre le respect de tous ces caractères liés à sa définition et les Conditions du droit commun de la Vente, le Salam doit observer sept Conditions supplémentaire de validité²⁷¹⁸. Cependant et même s'il bénéficie d'un régime dérogatoire²⁷¹⁹, le Salam subit l'influence du droit de l'Usure avec une certaine flexibilité, quand même. En effet, le Salam ne sera pas vicié si le paiement du prix monétaire est retardé de trois jours, au lieu d'être au comptant comme l'exige le régime de cession de dettes²⁷²⁰. Au cas où le capital, remplissant la fonction de prix, est un usage d'une chose Désignée, le début d'exécution d'une telle location doit alors intervenir pendant ce délai de trois jours²⁷²¹. De telles règles respectant l'Usure de

محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2283, v. 5 ; IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 306, v. 5.

²⁷¹⁵ En arabe : استئصال.

²⁷¹⁶ Identifié intuitu personae.

²⁷¹⁷ Voir en supra § 289, 508 l'application de ce principe dans l'activité M&A de la Holis.

²⁷¹⁸ Dont nous venons de commenter les plus importantes ; pour plus de détail voir DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2257-2258, 2270, 2283-2286, v. 5.

²⁷¹⁹ Ce qui explique l'exclusion de la liaison du Salam avec des contrats de natures différentes comme la Vente ordinaire : voir supra § 223, 395, 545.

²⁷²⁰ Toutefois, quand le capital du Salam est non monétaire et que les parties ne font pas du retard de son paiement une condition contractuelle, l'occurrence d'un tel retard n'invalidera pas le Salam si ce capital est Désigné : voir DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1634), p. 2258-2260, v. 5 ; KHALIL IBN ISHAK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1704), p. 13.

²⁷²¹ Un délai qui s'impose à toute situation Analogue au Salam : voir supra § 436.

subterfuge sont évidemment loin de la flexibilité offerte par la soft law²⁷²² qui, selon al-Nadwi²⁷²³, est soutenue par « certains chercheurs » autorisant la cession des dettes pour cause de Nécessité, notamment pour les contrats futures de pétrole. Évidemment et sans aller à ce genre de largesse, illustrée également par la Fatwa n° 157 précitée de 2006 de l'AIFI²⁷²⁴, la Nécessité peut, dans le cas rare d'insécurité sur la fiabilité du fournisseur²⁷²⁵, justifier le paiement partiel du capital du Salam. Si une telle Nécessité est bien réelle, cette dérogation s'appliquera alors même s'il s'agit d'un prix monétaire, comme nous l'avons vu dans le Louage de services Décrits assimilable au Salam car les moyens de réalisation des services ne sont pas Désignés²⁷²⁶. C'est donc sur ces bases de conformité malikite, que la gestion financière de la Holis doit être contractualisée aussi bien pour rentabiliser sa trésorerie excédentaire par l'achat à terme de ses matières premières que pour financer son BFR par la vente à terme de sa production à ses clients. Même si l'utilisation du mot « escompte » peut prêter à confusion, il s'agit ici de l'escompte commercial pratiqué entre fournisseur et client permettant à ce dernier de profiter d'un prix de plus en plus bas quand il paye de plus en plus en avance. C'est le schéma gagnant-gagnant type, entre fournisseurs et clients, qui limite les frais de financement du BFR des entreprises en faisant disparaître notamment le spread lucratif reçu par les banques intermédiaires, représentant la différence entre le taux de placement et le taux de crédit.

553. Location finançant le haut de bilan. La typologie du Louage²⁷²⁷, dit *Ijara*, retient le terme *Location* quand l'usage, constituant l'objet contractuel, est attaché à un bien immeuble ou à un moyen de transport ; en revanche, il retient le terme *Louage ordinaire* quand cet usage est attaché à d'autres biens meubles. Ces contrats, qui nous intéressent ici, partagent le même droit commun de conformité que celui du Louage de service que nous avons amplement étudié dans le premier titre de cette seconde partie. Ils sont notamment soumis au principe d'Interdiction de l'Accaparement injuste du patrimoine d'autrui par l'Incertitude entourant les contreparties contractuelles²⁷²⁸. Comme le montre notre exposé du régime des contrats liés et des promesses, ces contrats de Location ou de Louage ordinaire sont également soumis à ce principe d'Interdiction quand l'Accaparement injuste se fait par l'Usure lors de la

²⁷²² Muhamed DAWAJEH محمد بن عوض دجوه, « [Constructing Intellectual Thoughts in Seeking the Right Answers via Islamic Laws and its Effect on Financial Affairs] بناء الفكر الاجتهادي من خلال خصائص الشريعة الإسلامية وأثره في المعاملات المالية », in *Discussions du mercredi*, Djeddah, KAU, 2 janvier 2019, p. 35 et s.

²⁷²³ AL-NADWI علي الندوي, *op. cit.* (note 27), p. 10-11, 18.

²⁷²⁴ Voir supra § 328.

²⁷²⁵ En comparaison avec la sécurité usuelle d'un fournisseur habituel de Salam, situé dans le même pays que l'acheteur.

²⁷²⁶ Voir supra § 452.

²⁷²⁷ Voir supra § 434.

²⁷²⁸ Voir supra § 239, 460.

réalisation de certains montages de financement²⁷²⁹. Ce sont ces règles strictes qui excluent la conformité des montages similaires à celui des sukuk bâti en réalité sur la reproduction de la location-vente par crédit-bail immobilier conventionnel²⁷³⁰. En effet, souvent et comme l'explique Anass Patel, dans sa contribution à l'ouvrage collectif dirigé par Jaffer, l'investissement foncier islamique est financé en pratique, soit par des techniques de fonds propres dans les « *partnerships* » ou de dettes dans les montages appelés pudiquement « *non-partnership instruments* ». Avec parfois des frais de transaction supérieurs, ces *non-partnership instruments* aboutissent, sans avoir besoin d'un grand raisonnement, aux mêmes flux que les crédits conventionnels en utilisant les contrats islamiques de soft law Istisna, Ijara ou Mourabaha au donneur d'ordre. En revanche, les techniques de *partnership* méritent une démonstration que Patel fait avec brio. En effet et grâce aux standards de soft law, le financement par Moudaraba ou par Moucharaka aboutit au « *required return* », à « *what would have been achieved under a conventional financing* » par les moyens de dénouement de la participation par portage²⁷³¹ ou couplage avec une location-vente. L'auteur illustre son propos par des exemples de projets de partenariat public-privé en France²⁷³² alors qu'al-Nadwi cite l'exemple qui, par des montages utilisant la Location, arrive même à dupliquer le crédit à taux variable en se fondant sur la Nécessité²⁷³³. Ainsi et malgré leur qualification de *partnerships* par leurs promoteurs, de tels montages ne passent pas le test de conformité malikite pour les raisons, que nous venons de rappeler, d'Usure de subterfuge et/ou d'Incertitude qui disqualifient le dénouement de ces montages aussi bien par portage que par location-vente. En dehors de ces usages qui dénaturent l'Ijara au sens malikite, ces contrats licites de Location ou de Louage simple doivent respecter certaines règles, comme celui de ne pas avoir comme objectif la consommation de la chose louée²⁷³⁴. Il est également utile de rappeler que ces contrats sont d'une nature compatible avec la Vente²⁷³⁵, ce qui rend possible la conclusion d'un contrat hybride, Qualifié à la fois de Vente et de Location en Louant, par exemple, un local en contrepartie de la Vente d'un véhicule²⁷³⁶. De même, il est possible de

²⁷²⁹ Voir supra § 545-547.

²⁷³⁰ Voir supra § 15.

²⁷³¹ Disqualifié de Salam, car l'objet de la Vente qui sont des titres sociaux existants ne font pas partie du Passif Décrit, cette convention ne peut être qu'une promesse dont la conformité est infirmée soit pour Incertitude, soit pour Usure de subterfuge : voir supra § 517.

²⁷³² Comme le financement du Plan Campus et de l'infrastructure de transport du Grand Paris : voir la contribution de Patel dans JAFFER (dir.), *op. cit.* (note 12), p. 278-280, 285-286.

²⁷³³ Voir supra § 330.

²⁷³⁴ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2820, v. 6.

²⁷³⁵ Voir supra § 542.

²⁷³⁶ Ainsi, l'indication de la valeur monétaire de la transaction n'est pas exigée par la jurisprudence Malikite ; toutefois, rien n'empêche de la mentionner pour d'autres impératifs du droit positif (la fiscalité par exemple).

Vendre un immeuble en décalant sa prise de possession pour permettre au Vendeur de garder l'usage de la chose jusqu'à une année et même jusqu'à dix ans s'il s'agit d'un terrain²⁷³⁷. Cette compatibilité des natures contractuelles est la raison pour laquelle plusieurs dispositions de la Vente, comme l'interdiction des Arrhes acheteur, s'appliquent à la Location. Notons aussi qu'à l'issue de la période de Location d'un terrain ou d'une construction, les ajouts et améliorations qui augmentent d'une façon matérielle la valeur de l'immeuble ne peuvent être enlevés même sans détériorer le reste de l'immeuble si cet enlèvement rapporterait au locataire une valeur relativement négligeable. De tels investissements d'amélioration sont, en effet, considérés pour le Locataire comme des consommables pour lesquels il n'a pas droit à indemnisation et qui restent au bénéfice du propriétaire à l'issue de la Location²⁷³⁸. Par ailleurs, il est possible que l'assiette de la Location ne soit pas liée au temps mais à une autre unité mesurant l'usage de la chose, comme le kilométrage effectué par un moyen de transport ou le nombre d'heures de production par une machine industrielle. Quant à la sous-location, elle peut être Interdite par une mention expresse du contrat ; autrement et sans une telle mention, elle est Indésirable. Sans souffrir d'une telle Interdiction ou Indésirabilité, la construction sur un terrain d'autrui en Location est possible, sans même avoir à décrire les éventuelles constructions initiales qui sont inutiles au Loueur notamment si elles sont inachevées. Dans ce cas, le Loueur doit décrire contractuellement ce qu'il va construire même si une jurisprudence isolée se satisfait d'un engagement général de ne pas nuire à la valeur du terrain. Évidemment, la Location devient caduque si l'usage pour lequel la chose est louée devient impossible²⁷³⁹. Dans le même ordre d'idées, sachons que la location à durée indéterminée, par mois par exemple, peut prendre fin à tout moment à l'initiative de chacune des parties. Toutefois et en cas de paiement d'avance, la durée minimale du contrat correspond à la période payée et, en cas de Nécessité, pour éviter par exemple la détérioration de denrées alimentaires stockées, la résiliation ne sera possible que quand la situation de Nécessité est levée. Quant à la Location à durée déterminée²⁷⁴⁰, elle peut être aussi longue que cinquante ans pour un terrain, comme nous l'avons vu dans le cas du Waqf²⁷⁴¹. Évidemment, on ne peut dépasser la durée de vie d'usage de la chose louée, ce qui pour une construction en bon état pourrait être de l'ordre de trente ans avec la possibilité de paiement d'avance sauf si le risque sur une telle durée de vie devient matériel²⁷⁴². Si, malgré

²⁷³⁷ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 287, v. 6.

²⁷³⁸ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1116, § 204.

²⁷³⁹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2845, 2853, 2856, 2886, 2906, v. 6.

²⁷⁴⁰ En arabe : وجبة.

²⁷⁴¹ Voir supra § 381.

²⁷⁴² IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 286-287, 326, v. 6.

ces précautions, l'usage de la chose louée est matériellement affecté par un défaut, le Locataire aura l'option de résilier le contrat. En effet, le Loueur n'est pas tenu à effectuer les réparations sauf dans le cas de nuisance au voisinage, causée par un bien immobilier, où le propriétaire sera obligé de vendre le bien ou de le rendre utilisable²⁷⁴³. Quant à l'entretien de la chose louée il sera, selon l'usage, à la charge de l'une ou l'autre des parties en l'absence de mention expresse car en présence d'une telle mention, c'est l'accord des parties qui prévaudra²⁷⁴⁴. C'est cette Location d'usage, respectant les Conditions de conformité ci-dessus, que la Holis peut utiliser pour réduire le financement en fonds propres de son haut-de-bilan, comme nous l'avons suggéré²⁷⁴⁵. Ceci correspond d'ailleurs au nouveau business-model des entreprises fournisseurs qui substituent au revenu ponctuel, provenant de la vente de ce qu'elles produisent, un revenu récurrent de souscription « *as a service* », résultant de la location de leurs produits. Ainsi, leurs clients louent les actifs immobilisés dont ils auraient besoin au lieu de les acquérir par vente classique ou par location-vente. Ce business-model, caractérisé par l'offre de « produits en tant que services », est un moyen retenu par le règlement 2020/852 de l'UE pour réaliser l'objectif environnemental de transition vers une « économie circulaire », par la conservation d'un « plus haut niveau d'utilité et de valeur des produits, des composants et des matériaux aussi longtemps que possible²⁷⁴⁶ ».

554. Typologie des financements conformes. En résumé, on peut retenir pour la Holis qu'en dehors du recours exceptionnel au financement à titre gratuit, son usage courant des contrats commutatifs²⁷⁴⁷ à titre onéreux assurant son financement exige que son bailleur de fonds supporte effectivement un risque commercial. Ce risque peut être lié à l'actif réel loué par un contrat de location conforme, ce qui exclut la location-vente du leasing²⁷⁴⁸, comme il peut être associé à la valeur marchande du stock acquis par Salam. Le risque en question peut également être attaché au résultat de l'opération financée par un contrat conforme de Moudaraba ou de Moucharaka, qu'il s'agisse d'une opération de haut-de-bilan par l'apport de capital ou de bas-de-bilan par financement de stocks de matières premières. Dans ce dernier domaine relatif au financement du BFR, Matri retient également ces deux contrats de

²⁷⁴³ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2900-2901, 2913-2914, v. 6.

²⁷⁴⁴ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 303-304, v. 6.

²⁷⁴⁵ Voir supra § 496.

²⁷⁴⁶ LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*, 22 juin 2020, p. 19 du Journal officiel de l'Union européenne, § 28 du préambule. URL : <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/852/oj/fra>. Consulté le 29 août 2020.

²⁷⁴⁷ Voir supra § 533.

²⁷⁴⁸ Voir § suivant.

Moudaraba et de Moucharaka. Selon elle, la Moudaraba peut s'appliquer avec une évaluation des actifs, à l'échéance de 6 à 12 mois, permettant de procéder au dénouement du financement par la détermination de son résultat qui peut tenir compte uniquement des frais directs laissant les indirects à la charge du Moudarib. Toutefois, la conformité malikite impose à la Holis certaines restrictions à ce moyen de financement à cause de l'usage d'une échéance dans une Moudaraba²⁷⁴⁹. Quant à la Moucharaka, elle peut fonctionner selon Matri avec une ligne de crédit utilisée et remboursée selon les besoins jusqu'à l'échéance d'évaluation des profits et pertes²⁷⁵⁰. Pour la Holis, la conformité malikite ne peut Qualifier chaque utilisation de cette « ligne de crédit » que d'une nouvelle Moucharaka nécessitant la détermination de la part de chaque associé, par l'évaluation de la valeur marchande de l'apport en nature du stock existant par rapport au nouvel apport de capital en numéraire. De même, chaque remboursement de cette « ligne de crédit » est nécessairement Qualifié d'achat, partiel ou total, par la Holis de la part du bailleur de fonds dans la Moucharaka ; ce qui nécessite à chaque remboursement une évaluation des actifs de la Moucharaka qui peut se solder soit par une plus-value soit par une moins-value par rapport au capital apporté²⁷⁵¹. Du point de vue malikite, il faut donc rester très vigilant pour ne pas violer le droit dérogatoire de la Moudaraba ou de la Moucharaka, notamment par l'introduction de « souplesses » qui, sur le fond, négligent le principe de partage des pertes et profits. Évidemment, cette vigilance est également de mise quand il s'agit de financement des banques conventionnelles.

555. **Test de conformité des financements conventionnels généraux.** Sur la base des effets précédents de la conformité, nous venons de tester certains financements typiquement islamiques, dont la rémunération se fait en contrepartie du risque d'une activité commerciale, de Vente ou de Louage, exercée directement ou bien à travers une Moudaraba ou une Moucharaka. Il est également utile de tester les financements conventionnels, usuels en Europe pour une holding de contrôle comme la Holis. Le crédit vendeur est l'un de ces financements qui se pratique non seulement dans le métier M&A²⁷⁵², mais encore plus fréquemment dans l'activité opérationnelle comme celle des filiales de la Holis. Rarement affecté d'un taux d'intérêt, ce moyen de financement demeure soumis à l'intérêt de retard ; cependant, la structure financière saine de la Holis avec éventuellement l'association d'un gage évitera certainement toute clause expresse dans ce domaine. Elles éviteront également à la Holis de passer devant le

²⁷⁴⁹ Voir supra § 398, 408, 411 et, surtout, 410, 412.

²⁷⁵⁰ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 117-118, § 226-228.

²⁷⁵¹ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 494, 497, v. 6.

²⁷⁵² Glossaire : voir TARIANT, *op. cit.* (note 2339).

juge européen dont l'application du droit commun devient une hypothèse théorique qui, le cas échéant, constituera une véritable Nécessité sur le plan de la conformité. Cependant, cet examen favorable du crédit vendeur ne peut être reproduit pour le lease-back²⁷⁵³ dont le montage utilise d'abord un achat par le financier sécurisé par une promesse préalable²⁷⁵⁴ illicite dans le malikisme²⁷⁵⁵, puis un crédit de location-vente, dit crédit-bail ou leasing, dont nous avons conclu également à sa non-conformité malikite²⁷⁵⁶. L'Interdiction et l'invalidité de ce montage dans son ensemble étant confirmées par Hattab, l'un des commentateurs de Khalil²⁷⁵⁷. Ceci en ce qui concerne la conformité de moyens polyvalents pouvant financer aussi bien le métier opérationnel du groupe Holis que son métier M&A ; toutefois, le financement de ce dernier dispose de certains moyens spécifiques dont il faut apprécier également la conformité.

556. Test de conformité des financements conventionnels spécifiques au M&A.

En hard law, il est tout à fait licite que la Holis accorde, notamment à sa SPV d'acquisition, un prêt participatif sans aucun taux d'intérêt, respectant les conditions de conformité de la Moudaraba dont le dénouement peut se faire par partage de l'actif de la SPV d'acquisition²⁷⁵⁸, avec ou sans absorption de la cible. Bien évidemment, le remboursement du prêt par des ORA²⁷⁵⁹ ne constitue pas un dénouement conforme de la Moudaraba même si la rémunération de ces ORA, avant leur remboursement en actions, est liée uniquement au résultat de la SPV d'acquisition. En effet, un tel remboursement en actions revient à transformer la Moudaraba de prêt participatif en Moucharaka sans procéder au dénouement ; il est donc nécessaire de procéder à un partage préalable d'actifs avant d'évaluer le nombre d'actions nécessaire au remboursement de l'ORA. Outre cet aspect de conformité, le droit étatique qualifie favorablement ce prêt participatif ; en France par exemple, son régime fiscal ne pose aucun

²⁷⁵³ Défini au glossaire de Tariant par « opération de vente d'un bien à une société de crédit-bail, qui reloue le bien à l'entreprise avec option d'achat à terme. Ce montage financier permet de dégager de la trésorerie et d'externaliser des plus-values en vue de restructurer un bilan » : voir *Ibid.*

²⁷⁵⁴ AL-NASHMI, YASSER AJEEL ياسر عجيل النشمي, [Les distinctions entre les institutions islamiques et conventionnelles avec les distinctions terminologiques correspondantes] الفروق بين المؤسسات الإسلامية والتقليدية والفروق بين مصطلحات الاقتصاد الإسلامي ذات الصلة دار الضياء للطباعة والنشر, 1, Maison Dhia d'impression et de diffusion, septembre 2007, p. 150. URL :

<https://www.abjjad.com:443/book/2180743368/%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%88%D9%82-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%B3%D8%B3%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%82%D9%84%D9%8A%D8%AF%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%81>. Consulté le 23 août 2020.

²⁷⁵⁵ Pour une appréciation par les juristes de l'AAOIFI, voir AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 3384-3390.

²⁷⁵⁶ Voir supra § 15, 553.

²⁷⁵⁷ SELLAMI محمد مختار السلامي, *op. cit.* (note 1777), p. 234.

²⁷⁵⁸ Voir supra § 497.

²⁷⁵⁹ Obligations Remboursables en Actions.

problème même si ce prêt, après fusion de la cible avec la SPV d'acquisition, est remboursé en titres par l'émission d'ORA ou bien en numéraire, par une réduction de capital ou une distribution massive. Ceci est confirmé par le Comité de l'abus de droit fiscal, instauré par l'article L. 64 du Livre des procédures fiscales, qui a autorisé une telle opération en 2010²⁷⁶⁰. Rappelons que cette position fiscale favorable, profitant à la Holis, ne s'applique pas si l'ORA est bâtie sur un prêt conventionnel à taux d'intérêt car, même si la jurisprudence a débouté l'administration fiscale pour les remboursements d'un tel prêt par distribution massive, elle s'est alignée sur les arguments administratifs dans le cas de l'ORA. Par ailleurs et compte tenu du fait que la Holis ne finance pas ces acquisitions de filiales par de la dette, elle n'est pas soumise aux limites législatives qui plafonnent le taux d'intérêt pour certaines avances ou qui limitent la déductibilité des intérêts des dettes finançant les acquisitions dans certaines conditions. La Holis n'est pas concernée également par la loi qui n'accorde pas la déductibilité des intérêts des comptes courants en l'absence d'une libération totale du capital sauf pour des dérogations strictes. Il en est de même pour les règles légales luttant contre la sous-capitalisation et contre certains rachats de titres à soi-même dans les groupes intégrés²⁷⁶¹. Outre la distribution massive et tout en respectant les conditions de conformité, cette remontée du cash excédentaire de la cible à la Holis peut aussi se faire par paiement de management fees, cash pooling ou prêt à la société mère. Il peut également se faire par la Vente d'un actif de la Holis à la cible ; un tel actif pouvant être les titres d'une filiale immobilière spécialisée. Certaines de ces solutions d'ingénierie financière peuvent cependant être qualifiées d'abus de droit²⁷⁶² notamment en cas de fusion post-closing donnant accès à la trésorerie de la cible pour le remboursement d'un crédit relai d'acquisition ou des solutions malhonnêtes comme le passage par une SPV off-shore opaque ou, encore, la mise en œuvre d'un back-to-back²⁷⁶³. De tels risques, identifiés par Thomas, ne s'appliquent pas à la Holis car celle-ci ne finance pas l'acquisition de ses filiales par de la dette, ne recourt pas à des contrats fictifs sans contreparties de prestations réelles ou, encore moins, à des sociétés opaques pour frauder la loi par la technique du back-to-back. Si cela est possible, il serait d'ailleurs plus simple pour la Holis de réduire le prix d'acquisition de

²⁷⁶⁰ Dans cet avis du Comité ADF, la cible française de forme SAS a procédé au rachat de ses titres au fin d'une réduction de capital global de 400 millions d'euro. Elle a financé cette opération à hauteur de 240 millions d'euro par un prêt participatif de sa société mère, une SARL luxembourgeoise, ayant un intérêt de 1% et une part de 80% du bénéfice avec un plafonnement du total à 6% et 50% du cash-flow : voir <http://www11.minefi.gouv.fr/boi/boi2011/13rcpub/textes/13l311/13l311.pdf>, p. 24-25.

²⁷⁶¹ Hervé KRUGER, *La gestion fiscale des holdings*, 4^e éd., France : Groupe Revue Fiduciaire, 2018 (Collection Pratiques d'experts), p. 185-188.

²⁷⁶² En particulier sur le fondement de l'article L. 225-216 du Code de commerce.

²⁷⁶³ Par exemple en se rapprochant d'une solution de fusion d'échelles d'intérêts de groupe entre le placement de la cible et le découvert du cessionnaire.

sa cible en faisant distribuer le cash excédentaire de cette dernière au cédant, au plus tard, lors du Closing²⁷⁶⁴. Il va de soi que cette détermination du mode de paiement le plus approprié du cédant dépend des contraintes des parties de l'opération M&A, notamment en termes de moyens de financement, de fiscalité et d'ouverture du capital du cessionnaire²⁷⁶⁵. Généralement, les cessionnaires M&A, doivent disposer préalablement d'un « trésor de guerre » de liquidité qui, selon Thomas, induit une décote de la valeur de ces cessionnaires selon une certaine doctrine erronée²⁷⁶⁶. Quoiqu'il en soit au sujet de cette décote, il est clair que la présence d'une telle trésorerie permet au cessionnaire d'être opportuniste et rapide dans son acquisition des meilleures cibles au meilleurs prix, ce qui lui apportera énormément de valeur. L'argent étant le nerf de la guerre dans la compétition qui caractérise l'activité M&A, l'acquéreur potentiel qui ne dispose pas de la trésorerie suffisante pour ses ambitions se doit de trouver un moyen générateur du cash manquant. Parmi ces moyens préalables, on peut identifier la cession d'actifs non stratégiques de la cible²⁷⁶⁷ ou le lease-back de certains de ses actifs stratégiques, avec éventuellement une option de rachat, souvent à une société de leasing ou à une SPV de titrisation²⁷⁶⁸. Décrit par le droit européen, ce dernier moyen d'asset-stripping appliqué aux actifs stratégiques est Interdit à la Holis pour raison de conformité car, comme on vient de voir, le lease-back est juste une forme de crédit rémunéré qui bénéficie, souvent, des avantages légaux obtenus par les promoteurs de l'économie de crédit. Ces avantages, se traduisant aussi par un traitement différent des intérêts et des dividendes, détruisent toute neutralité du législateur entre le mode de financement par dettes et celui par fonds propres et c'est ce qui rend ce dernier mode une denrée rare pour répondre aux besoins de l'entreprise. Malgré ce désavantage affectant l'utilisation des fonds propres et en toute conformité malikite, la Holis pourra puiser dans l'alternative excluant les actifs non stratégiques du périmètre de la cible. La Holis pourrait alors avantageusement pousser cette approche à l'extrême qui, selon une vision moderne du financement de l'entreprise, ne considère pas la propriété du foncier²⁷⁶⁹ permettant le fonctionnement du fonds de commerce de la cible comme faisant partie du core-business de celle-ci.

²⁷⁶⁴ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 238-241.

²⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 229, 232.

²⁷⁶⁶ Car le cash est toujours valorisé à sa valeur nominale en le rajoutant à la valorisation DCF du business-plan du cessionnaire qui ne tient pas compte des revenus de placement de cette trésorerie et qui valorise donc les autres actifs et passifs dudit cessionnaire. Ces actifs et passifs pourront alors avoir une valorisation supérieure à leur valeur nominale si le taux de croissance moyen du business-plan est supérieur au taux d'actualisation.

²⁷⁶⁷ Asset stripping, carve-out, titres minoritaires des activités en dehors du core-business.

²⁷⁶⁸ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 238-241.

²⁷⁶⁹ Désigné par propriété des « murs » par opposition au droit au bail qui ne peut être cédé par la cible car il constitue une des composantes de son fonds de commerce.

557. **Filialisation des actifs fonciers du groupe Holis.** La Holis peut effectivement adopter une alternative à l'effet de levier du crédit en fusionnant l'immobilier de la cible avec une filiale de développement immobilier, que la Holis crée à cet effet, ce qui généralement reporte l'imposition de la cible à la cession des titres rémunérant son apport à la fusion. Ultérieurement, la Holis peut céder tout ou partie de cette filiale immobilière ce qui réalise l'effet de levier recherché en toute conformité avec, comme conséquence, les filiales opérationnelles de la Holis devenant Locataires de cette société tierce. Ce mode de financement de la Holis, n'agit pas en réalité sur le paiement des titres sociaux acquis par la Holis mais sur le périmètre des actifs de la cible qui se trouve réduit par cession de la composante immobilière. Avec ce nouveau périmètre, le prix des titres est réduit d'autant et sera réglé par la Holis, pour raison de conformité, en numéraire comme c'est généralement la cas en finance conventionnelle ; sauf parfois avec les fonds d'investissement, souverains ou de private equity, ce qui n'est évidemment pas le cas de la Holis.

558. **Apport de la centralisation du financement du groupe Holis.** Les effets précédents du régime général de conformité sur le financement du groupe Holis seront économiquement optimisés par la centralisation de ce financement. La taille du groupe lui permet effectivement d'obtenir de meilleures conditions bancaires que chacune des filiales de la Holis, aussi bien au niveau économique qu'au niveau du respect des conditions de conformité. Cette centralisation est également bénéfique pour les opérations à court terme de la gestion de trésorerie, ce qui permettra au groupe Holis non seulement de réduire son éventuel solde débiteur consolidé mais aussi de respecter le régime monétaire de la conformité. D'autant plus que ce régime présente encore moins de souplesses vis-à-vis du droit de l'Usure que le régime général, que nous venons de voir, qui accorde quand même quelques dérogations, comme dans le cas du Salam.

Sous-section 2. Régime monétaire

559. **Importance du statut de la monnaie dans le malikisme.** Nous avons vu comment Qarafi explique le niveau d'exigence juridique élevé des contrats de biens Usuraires par l'importance stratégique de ces biens²⁷⁷⁰. Ce niveau d'exigence monte encore d'un cran quand les biens Usuraires en question sont des monnaies qui sont les seuls biens que le droit d'Usure régule simultanément par deux moyens de mesure : le poids et le comptage²⁷⁷¹. Il est

²⁷⁷⁰ Voir supra § 391.

²⁷⁷¹ Voir supra § 564.

vrai que ces moyens de mesures avaient un sens avant qu'en 1971 l'ordre dominant mondial ne mette fin à la valeur intrinsèque des monnaies. Une caractéristique retenue par l'Humanité depuis que la monnaie a fait une entrée remarquable dans l'Histoire en apportant une solution à l'incommodité du troc et du don dans la circulation des biens²⁷⁷². Le troc présente, en effet, l'inconvénient de la difficulté de la subdivision des biens troqués pour faire correspondre la valeur des deux contreparties échangées. C'est par égard à cet apport de bien-être économique, que ben Achour retient que la monnaie est un moyen que les peuples conviennent d'adopter comme unité de prix, pour trouver un substitut au troc, permettant de promouvoir les échanges des surplus entre les uns et les autres. Cet auteur étudie, ensuite, le rapport de la monnaie à la richesse en considérant cette dernière comme le surplus de biens possédés par une personne au-delà de ses besoins. Tout en réduisant la nécessité de recours aux autres personnes, ce surplus de richesse prend soit la forme de biens utilisés tels quels par l'Homme, soit la forme de biens monétaires utilisés indirectement comme contrepartie à l'acquisition des biens d'utilisation directe. Qu'il soit d'utilisation directe ou indirecte, chacun de ces biens est alors un moyen d'enrichissement permettant l'augmentation du surplus soit à partir du bien lui-même²⁷⁷³, soit par l'intermédiaire de ce bien²⁷⁷⁴. Le surplus en monnaie est donc considéré par les hommes comme un patrimoine et un élément de richesse pouvant être fructifié²⁷⁷⁵. Ainsi définie, la monnaie mérite bien tous les soins juridiques que les droits en général, et le malikisme en particulier, lui accordent.

560. Actualisation des jurisprudences monétaires malikites. Les soins juridiques précités doivent évidemment s'adapter à l'évolution du degré de présence dans la monnaie d'une valeur intrinsèque, voire de sa disparition totale qui était une simple hypothèse pour Malik et qui est une réalité de nos jours. Cette adaptation des jurisprudences a été néanmoins difficile pour la hard law dans un environnement contemporain qui, comme nous le verrons, a délaissé les rites en se livrant à un dépeçage et à une Diligence sans contrôle ni respect du principe de précédent ; ce qui fait perdre petit à petit aux rites leur statut d'ordre juridique²⁷⁷⁶. Dans cet environnement de confusion juridique d'une population musulmane désorientée, des auteurs contemporains, comme Goutah, sont venus rappeler que la Diligence trop spécialisée

²⁷⁷² Voir annexe 6 pour un complément historique.

²⁷⁷³ On pourrait dire : comme pour les actifs agricoles qui sont fructifiés par la culture des terres ou l'élevage des cheptels.

²⁷⁷⁴ On pourrait dire : par échange ou transformation de la monnaie en actifs d'utilisation directe dans tous les domaines agricoles ou commerciaux.

²⁷⁷⁵ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1351), p. 270, Fatwa n° 53.

²⁷⁷⁶ Voir infra § 606, 608, 613.

en droit financier et monétaire n'est pas possible. En effet, le droit islamique étant un droit jurisprudentiel, l'Analogie peut être pertinente entre ce domaine financier et monétaire et d'autres domaines du droit des relations, comme le droit de la famille ou même celui du culte. Ainsi, les jurisprudences de l'héritage ou du mariage, voire l'impôt rituel de la Zakat, peuvent aider à la mise à jour des jurisprudences monétaires. C'est d'ailleurs ce que fait ben Achour pour actualiser les règles malikites applicables aux monnaies fiduciaires à parité fixe, aussi bien dans le droit de la Zakat²⁷⁷⁷ que dans le droit de l'Usure²⁷⁷⁸. Toutefois et à notre connaissance, cet auteur n'a pas analysé dans le détail l'effet sur la jurisprudence de « la tromperie par la fausse monnaie²⁷⁷⁹ » que représente l'inflation induite par la création monétaire modernes²⁷⁸⁰. Dans un tel environnement juridique évolutif, il nous a paru judicieux de poursuivre la méthode que nous avons adoptée pour examiner le régime général de l'Usure en examinant d'abord le contenu des règles fondamentales de conformité du régime spécial dédié à la monnaie (A), avant d'évaluer leurs effets sur la contractualisation de la gestion de trésorerie de la Holis (B).

A. Règles fondamentales de conformité

561. Obligation malikite de l'usage de la monnaie. Pour notre compréhension préalable à la contractualisation des règles de gestion monétaires de la Holis, il est important de noter une Obligation particulière du droit de l'Usure, plutôt rare dans les ordres juridiques. Il s'agit de l'Interdiction de certains échanges de troc en imposant l'utilisation de la monnaie qui devient, alors, une Nécessité juridique. Ainsi, quand on avait apporté des dattes de très bonne qualité acquises par échange contre le double de la quantité en dattes courantes, l'instruction du Prophète (bsl) fut « Restituez les et vendez nos dattes [contre un prix monétaire] puis achetez de ces autres [dattes en payant un prix monétaire]²⁷⁸¹ ». De cette Sunna, on peut déduire l'interdiction de l'Usure de Vente quantitative dans la même espèce d'aliments. On en déduit également la Nécessité, pour ce genre d'échange, d'éviter le troc et de recourir à l'usage de la monnaie pour réaliser deux Ventes autonomes permettant de refléter exactement la valeur des aliments vendus ou achetés sans lésion à aucune des parties. Cette disposition explique notamment l'importance des qualités de divisibilité et de fongibilité de la monnaie.

²⁷⁷⁷ Mentionné également par DAWAJEH محمد بن عوض دعجوه, *op. cit.* (note 2722), p. 44.

²⁷⁷⁸ Voir supra § 264.

²⁷⁷⁹ SHATIBI اشواق ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 361.

²⁷⁸⁰ Voir infra § 571-572.

²⁷⁸¹ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 56 du volume 5.

562. **Fongibilité de la monnaie.** Le principe est que la monnaie se place au sommet de la hiérarchie des biens Fongibles, notamment en cas de dettes où elle est considérée comme un élément du Passif Décrit²⁷⁸². C'est pour cela, par exemple, que la monnaie ne subit pas les restrictions applicables aux autres biens, y compris ceux qui sont Fongibles, dans certaines restitutions délicates²⁷⁸³. Toutefois et même quand elle est frappée dans un métal de même espèce que celui des autres pièces de même coupure en circulation, une pièce de monnaie pourra être Désignée par marquage en tant que contrepartie contractuelle si elle a une valeur différente²⁷⁸⁴. Autrement, le principe est la substituabilité des monnaies considérées comme de même valeur dans les échanges. Ceci Interdit, par exemple, au créancier d'un dépositaire d'exiger la remise des unités monétaires spécifiquement Désignées lors du dépôt²⁷⁸⁵. Ceci nous amène à situer les caractères juridiques des monnaies à valeur intrinsèque dans la typologie des monnaies.

563. **Typologie de la monnaie considérée en jurisprudence malikite.** Parmi les monnaies et depuis bien longtemps, l'argent et surtout l'or sont devenus des monnaies appréciées pour leurs qualités intrinsèques. De nos jours, l'or continue à être une valeur refuge quand la confiance des investisseurs faiblit à l'égard des monnaies modernes. En plus, de tout temps et jusqu'à maintenant, quand la confiance est perdue dans une monnaie, ceux qui sont libres de choisir exigent dans leurs transactions une monnaie de confiance, de refuge en quelque sorte. Ainsi et en dernier ressort, l'or joue alors le rôle du refuge de la monnaie de refuge elle-même. Enfin et c'est l'essentiel, l'or a en général une valeur monétaire proche de sa valeur intrinsèque ce qui le rend à l'abri de toute inconvertibilité de la monnaie. C'est pour toutes ces raisons, partagées à un degré dégressif par l'argent et les autres métaux frappés en billons de Flouze, que les monnaies métalliques sont assimilées à des monnaies naturelles²⁷⁸⁶. À contrario, les monnaies modernes, comme les billets de banque, n'ont pas acquis leur statut monétaire par leur nature ; elles étaient introduites à l'origine comme des reconnaissances de dettes garanties en or ou en argent pour éviter le transport risqué de ces métaux précieux. Qu'elles soient sous forme de papier ou, pire encore, sous forme d'écriture électronique, les valeurs marchandes des supports de ces monnaies, qualifiées de valeurs intrinsèques, sont négligeables devant leurs

²⁷⁸² Voir supra § 546 ; voir également la fongibilité de l'or affirmée par § 2, p. 8, de la Norme 57 de l'AAOIFI : https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://aaoifi.com/wp-content/uploads/2017/01/AAOIFI-Shariah-Standard-No57_English.pdf

²⁷⁸³ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2056.

²⁷⁸⁴ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1036, § 189.

²⁷⁸⁵ *Ibid.*, p. 578, § 87.

²⁷⁸⁶ Sauf probablement pour les pièces de grande coupure dont la valeur intrinsèque est très faible.

valeurs monétaires. On peut alors parler de monnaies par destination car ce statut n'est acquis que par la confiance que le public reconnaît à ces supports pour assurer la fonction monétaire dans les échanges de biens. C'est sur la base de cette typologie que nous examinons les règles monétaires de l'Usure en commençant par les monnaies à valeur intrinsèque en or ou en argent.

564. Conformité des transactions monétaires en or ou argent. Pour les monnaies en or ou argent, toute opération de change de l'un contre l'autre doit se faire au comptant pour éviter l'Usure temporelle de Vente. Ce caractère comptant est également retenu pour l'échange de monnaies de la même espèce, « or contre or » ou « argent contre argent », mais avec des frappes différentes par exemple. En plus et pour éviter l'Usure quantitative, il faudra que le poids soit identique²⁷⁸⁷ et, s'il s'agit d'une monnaie mesurée par comptage d'unités de même coupure, que le nombre de pièces échangées soit identique²⁷⁸⁸. Toutefois et en cas de Nécessité, une dérogation permet d'échanger, à valeur marchande égale, une pièce lourde contre plusieurs pièces plus petites du même métal²⁷⁸⁹ même si, à l'époque, la somme des poids des pièces de subdivision est souvent légèrement différente et probablement inférieure au poids de la pièce lourde²⁷⁹⁰. De même, une dérogation à l'Usure quantitative permet aux voyageurs de payer l'institution d'émission étrangère les frais de change qu'elle réclame même si ce paiement est en or. Cette dérogation pour Cause de Nécessité, revient en effet à échanger un certain poids de monnaies en or ou en argent non frappés dans ce pays contre un poids moindre de monnaies dans le même métal mais ayant cours dans ledit pays²⁷⁹¹. Enfin, la Nécessité de la protection du patrimoine exonère le prêteur de l'Usure de dette si ce dernier est contracté pour éviter de transporter avec soi son patrimoine monétaire dans un environnement où le risque de vol est répandu. Ainsi, outre le remboursement du principal de son prêt, le créancier a bénéficié de l'avantage de protection de son argent en le récupérant dans un endroit sûr, cet avantage étant licite compte tenu du risque de transport de la précieuse monnaie²⁷⁹². Comme déjà indiqué²⁷⁹³

²⁷⁸⁷ Voir § 3/1/1, p. 8, de la Norme 57 de l'AAOIFI :

https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=http://aaoifi.com/wp-content/uploads/2017/01/AAOIFI-Shariah-Standard-No57_English.pdf

²⁷⁸⁸ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2056 ; KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 6.

²⁷⁸⁹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2019-2020.

²⁷⁹⁰ Muḥammad Ibn-Muḥammad IBN-ĀṢIM محمد بن محمد ابن عاصم, Ali TUSŪLĪ علي بن عبد السلام التسولي et Muhammad TAWDI محمد التاودي, *[Épanouissement dans l'explication de l'œuvre d'art « al- Bahḡa fī sharḥ at-Tuḥfa »]* البهجة في شرح التحفة Liban, Bairūt : al-Maktaba al-Aṣṭīya, 2005 (/2), p. 52 du volume 2.

²⁷⁹¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2019 ; KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 7-8.

²⁷⁹² IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 332 du volume 5 ; DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2295.

²⁷⁹³ Voir supra § 542.

et à cause de toutes ces dispositions dérogatoires au régime général de la Vente, un contrat de change ne peut être lié à d'autres contrats de Vente²⁷⁹⁴. En termes d'Usure de subterfuge dans ce domaine de change entre monnaies en or et en argent, toute promesse est invalide car elle pourrait contredire le caractère comptant de l'échange. Pour la même raison, il sera également illicite de faire le change d'une monnaie en gage qui n'est pas présente lors de la transaction, même si le détenteur du gage se porte garant²⁷⁹⁵. En revanche, les dettes échues libellées en or ou en argent peuvent se compenser ; cette compensation sera évidemment illicite si l'une ou l'autre des dettes n'est pas échue car ceci contredira le caractère comptant du change des monnaies en ces métaux précieux²⁷⁹⁶. Quant à l'évitement des différences quantitatives au poids, elle s'applique également quand il y a échange d'une monnaie contre un bijou fabriquée dans le même métal²⁷⁹⁷. Voyons maintenant comment ces règles de conformité sont adaptées quand la valeur intrinsèque de la monnaie commence à s'éroder par l'usage des Flouzes.

565. Conformité des transactions avec Flouzes ou billons. Pour les monnaies frappées en d'autres métaux, la majorité des jurisconsultes anciens²⁷⁹⁸ ont estimé que ces règles de l'Usure des monnaies en or ou en argent ne devraient pas s'appliquer mais la jurisprudence la plus solide, qui a prévalu par la suite, considère que toutes les monnaies frappées sont soumises au même régime quels que soient les métaux utilisés²⁷⁹⁹. Cette divergence ne porte pas tellement sur l'aspect cultuel ou Intelligible de la règle d'Usure de l'or et de l'argent car l'Intelligibilité, dans son principe, est retenue par la quasi-totalité de ces jurisconsultes. Elle porte plutôt sur l'identification de la Cause Intelligible de l'Usure, avec l'alternative que l'usage monétaire est Qualifié soit par un usage simple, soit par un usage prépondérant du métal en question. Comme l'utilisation des métaux, autre que l'argent et l'or, en tant que Flouze n'a pas été prépondérant dans l'usage de ces métaux, certains jurisconsultes les ont exclus de la règle de l'Usure. En revanche, les autres jurisconsultes les ont classés en matière Usurière car ils n'exigent pas la condition de prépondérance²⁸⁰⁰. À l'instar de l'avis de Saned²⁸⁰¹, ces derniers considèrent que la nature juridique de l'or et de l'argent, en tant que monnaies, s'impose aux

²⁷⁹⁴ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2013.

²⁷⁹⁵ *Ibid.* ; KHALIL IBN ISHAK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 7, § 177.

²⁷⁹⁶ DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2012.

²⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 2004.

²⁷⁹⁸ *Ibid.*, p. 2056, commentaire Sawi ; cependant même ceux qui disent que le billon n'est pas une matière Usurière (ce qui permet d'échanger du cuivre brut de poids connu contre des pièces billion de nombre connu mais de poids global différent de celui du métal brut), appliquent quand même certaines règles de l'Usure : voir AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1846), p. 76 du volume 5, commentaire Adawi.

²⁷⁹⁹ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 36-37 du volume 2 et 70 du volume 5.

²⁸⁰⁰ AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 56 du volume 5.

²⁸⁰¹ Savant malikite égyptien du VI^e siècle du Hégire (G-XII^e).

monnaies en d'autres métaux et, par conséquent, les règles applicables aux premiers dans le domaine de l'Usure sont applicables aux seconds. Sur cette base, il est Interdit de réaliser des opérations de change à terme entre toutes monnaies métalliques²⁸⁰². Cependant cette hésitation de la jurisprudence pour les Flouzes a laissé des séquelles, surtout que leur usage a été généralement associé à une faible valeur intrinsèque par rapport à leur valeur imposée par les États. Ainsi, certains jurisconsultes considèrent, par exemple, que l'échange de Flouze de même nature peut se faire dans certains cas avec une différence en nombre²⁸⁰³ alors que, par précaution, d'autres recommandent d'éviter ces transactions qui, bien que Permisses, sont Indésirables. Toutefois, ces séquelles de la divergence de la jurisprudence ont été temporaires car les avis basés sur le caractère non Usurier du Flouze n'ont pas prévalu. En définitif, ce qui reste de cette hésitation de la jurisprudence est l'assimilation du Flouze à son métal brut en le distinguant de son métal travaillé qui est classé dans une espèce distincte²⁸⁰⁴, contrairement à ce qui se fait pour l'or et l'argent. Une telle définition restreinte de l'espèce auquel appartient le Flouze met ce dernier hors de portée de la règle restrictive de l'Aléa d'espèce, relatif à la Vente forfaitaire de la même espèce²⁸⁰⁵. C'est pour cela qu'il est Permis, par exemple, de payer en billions cuivrés l'achat d'outils fabriqués en cuivre sans connaître le poids de ces outils²⁸⁰⁶. En tout état de cause et en cas de change du Flouze, contre de la monnaie en argent par exemple, Malik considère comme Obligatoire le remplacement des pièces défectueuses en Flouze²⁸⁰⁷, ce qui reflète une certaine considération de leur valeur intrinsèque. Cette adaptation du droit initial de l'Usure, de la monnaie en or ou argent, à la monnaie en billons devient encore plus laborieuse pour la monnaie fiduciaire.

566. Fondement historique de la monnaie fiduciaire en jurisprudence malikite.

Il est vrai que les qualités intrinsèques parfaites de l'or et de l'argent ont contribué, historiquement, à leur usage en tant que monnaie ; un usage devenu tellement fréquent qu'il a fait naître une volonté générale dans les peuples pour les accumuler afin de les utiliser dans les échanges au détriment du troc dont l'utilisation est devenue désuète. Cependant et bien qu'utiles, la plupart de ces qualités intrinsèques ne sont pas nécessaires stricto sensu à l'essence

²⁸⁰² Sans remettre en cause, bien évidemment, ce genre de vente avec le décalage de la livraison de l'une des deux contreparties si au moins l'une d'elles n'est pas une monnaie ou s'il s'agit d'une cession de créance au comptant : voir DARDĪR *أحمد بن محمد الدردير* et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2262 et 2281 ; IBN-TAHIR *الحبيب بن طاهر*, *op. cit.* (note 1424), p. 293 et 313 du volume 5.

²⁸⁰³ Voir également DARDĪR *أحمد بن محمد الدردير* et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2056.

²⁸⁰⁴ KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 13.

²⁸⁰⁵ Voir supra § 538 et annexe 3.

²⁸⁰⁶ Voir également DARDĪR *أحمد بن محمد الدردير* et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2056.

²⁸⁰⁷ Ou en or en principe : voir QARĀFĪ *شهاب الدين القرافي*, *op. cit.* (note 158), p. 1039, § 189, rubrique n° 2348-2349.

de la monnaie qui peut s'étendre à tout support respectant la définition de la monnaie en tant que moyen accepté pour servir d'unité de prix (déconnectée de la valeur intrinsèque de cette monnaie) pour l'achat des choses²⁸⁰⁸. Avec une telle approche, le droit commun de la Vente a déjà permis à la jurisprudence malikite des premiers siècles du hégire d'aboutir à un usage monétaire proche de celui des billets de banque. En effet et alors que les chafiites et hanafites Interdisent la revente de toute chose achetée avant sa prise de possession, les malikites et les hanbalites n'exigent la prise de possession préalable à une nouvelle Vente qu'aux aliments Fongibles. Pour autoriser cette flexibilité, les malikites se fondent sur la pratique de Médine pour restreindre l'interprétation du texte de la Sunna qui Interdit les gains sur les choses qui ne sont pas sous la garantie du Vendeur. Cet argument, rajouté à d'autres, a même permis aux malikites d'aller plus loin dans cette flexibilité en autorisant la revente d'aliments avant leur prise de possession dans des cas où la propriété du bien par le Vendeur n'est pas acquise par un contrat commutatif. Cette flexibilité ultime bénéficie alors à tout aliment acquis par donation, héritage, prêt, apport en société, acquisition au prix coutant ou, enfin, restitution d'une Vente précédente annulée. C'est dans ce cadre que la Vente des chèques alimentaires au porteur, distribués par l'État à certains bénéficiaires, a été autorisée²⁸⁰⁹. Ces chèques circulaient alors d'une façon similaire aux billets de banques qui sont apparus bien plus tard ; la fonction monétaire étant dans les deux cas assurée par un actif stratégique sous-jacent qui est dans le cas des chèques malikites un aliment alors qu'il est dans le cas des billets de banques de l'or et de l'argent. Ces balbutiements historiques de la monnaie fiduciaire vont aider à sa Qualification dans ses formes plus modernes.

567. Qualification malikite de la monnaie fiduciaire. Sans rentrer dans les avantages et les inconvénients des billets de banques, force est de constater qu'ils assurent la fonction monétaire telle que définie en jurisprudence islamique. Toutefois, leur régime comme celui de toutes les monnaies qui ne sont pas en or ou en argent a donné lieu à une polémique déjà évoquée²⁸¹⁰ dans le cas des autres monnaies métalliques. À l'origine, cette polémique est née de deux interprétations de la terminologie de Malik quand il utilise les mots « désapprouver » ou « désapprobation ». En effet, certains associent ces termes au caractère Interdit avec invalidation de l'éventuel acte correspondant à la règle concernée alors que

²⁸⁰⁸ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1351), p. 260-261, Fatwa n° 52.

²⁸⁰⁹ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, op. cit. (note 158), p. 1067, § 198.

²⁸¹⁰ Voir supra § 40.

d'autres les associent seulement au caractère Indésirable ce qui n'invalide pas ledit acte. En l'occurrence, il s'agit des opinions suivantes²⁸¹¹ de Malik :

- La première indique que « Concernant les Flouzes, ce n'est pas une bonne pratique de les échanger à crédit contre les deux métaux précieux. D'ailleurs, si les gens acceptent comme monnaie des morceaux de cuir, je *désapprouverai* son échange à crédit contre la monnaie en or ou en argent » ;
- Quant à la seconde, elle intervient par ibn-el-Kassem qui, après avoir rapporté l'opinion de Malik disant que « l'échange n'est pas valide si les contractants se séparent sans que la prise de possession des deux contreparties aient lieu s'il s'agit de Flouze contre l'or ou l'argent, frappés ou non frappés », ajoute ensuite que Malik disait que cet échange « n'est pas clairement interdit mais je le *désapprouve* parce que c'est une opération à crédit ».

Dans l'interprétation de ces deux opinions de Malik, ceux qui ont associé le caractère Indésirable aux propositions « n'est pas une bonne pratique », « n'est pas clairement interdit » ou « je désapprouve » n'ont pas, en fait, tenu compte de la convention terminologique de Malik. Ce dernier utilise le terme « interdit » uniquement quand la règle qu'il énonce se base directement sur un texte législatif spécifique, Coran ou Sunna ; en revanche, quand la règle se base sur d'autres sources, comme l'Analogie, il utilise d'autres termes comme « désapprobation ». Dans les deux cas, les disciples de Malik retiennent le caractère Interdit de la règle en question qui invalide, le cas échéant, l'acte auquel s'applique la règle ; ils qualifient alors la terminologie « désapprobation » de « désapprobation d'Interdiction ». Dans d'autres cas au contraire, le contact direct qu'ils ont avec Malik leur fait comprendre le caractère Indésirable comme interprétation du même terme « désapprobation ». Celui-ci est alors utilisé dans un contexte d'une action qui, sans qu'elle soit Interdite, il vaudrait mieux éviter ; la « désapprobation » a ainsi le sens d'une recommandation relevant d'une « désapprobation de perfection ». Il arrive, comme le disait Sellami, que des jurisconsultes non imbibés de cette terminologie confondent les deux sens, Indésirable et Interdit, avec des effets juridiques totalement différents sur le caractère d'une règle. C'est peut-être ce qui est arrivé à Jokni²⁸¹²,

²⁸¹¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2008, commentaire Mubarak.

²⁸¹² Mohamed Habib Jokni, auteur malikite du XX^e d'origine mauritanienne (*Chinguetti*) qui a migré à Médine avant de terminer sa vie en Egypte où il était professeur de Sunna à El Azhar.

cité par Mubarak dans son commentaire du précis de Dardir²⁸¹³, qui a retenu le caractère Indésirable alors qu'ibn-el-Kassem a indiqué, en rapportant l'opinion de Malik, que l'échange à crédit en question est invalide. Une telle invalidité est évidemment caractéristique non pas du caractère Indésirable mais du caractère Interdit de la règle, malgré l'utilisation de la proposition « n'est pas clairement interdit ». Quant à l'autre sujet évoqué par Malik et qui concerne la monnaie en morceaux de cuir, la question se pose si le public accepte ce support comme une monnaie à part entière²⁸¹⁴ ou s'il ne l'accepte pas en réduisant la circulation de cette monnaie aux cas imposés par l'État. C'est probablement sur la base de cette dernière situation que ben Achour considère que les billets de banques ne peuvent être assimilés à la monnaie en vil cuir de l'ancienne jurisprudence. Cette dernière étant probablement caractérisée par l'absence de la confiance du public et par son imposition aux citoyens afin d'accaparer leurs patrimoines précieux, or et argent, quand les caisses de l'État sont vides²⁸¹⁵. Plus précisément et s'agissant de billets de banque à parité fixe contre l'or ou l'argent, ben Achour retient qu'ils ont une nature de reconnaissance de dettes et que donc les règles relatives aux dettes leur sont applicables. L'existence de monnaie scripturale, à laquelle ben Achour fait allusion par les virements entre correspondants, en parallèle à cette monnaie fiduciaire ne change rien à l'analyse de la nature de cette monnaie dont la partie scripturale est toujours convertible en monnaie fiduciaire²⁸¹⁶. En outre et même en tant que reconnaissances de dettes, ces billets se rapprochent de l'or et de l'argent grâce à leur grande facilité de circulation. Ce qui permet à celui qui les détient d'obtenir ce dont il a besoin sans recourir à leur conversion en monnaie en or ou en argent ; de même, cette facilité de circulation permet à celui qui les reçoit d'être en confiance sans avoir besoin de vérifier la solvabilité et la qualité du débiteur de ces reconnaissances de dettes²⁸¹⁷. Sans équivoque, ces billets de banques doivent donc être considérés comme une monnaie et c'est par cette fonction monétaire, semblable à celle de l'or ou de l'argent, qu'ils peuvent faire croître le patrimoine par leur transformation en des biens commerciaux. Une telle Qualification en dettes rendra applicable le droit fiscal du Zakat, même si on ne retrouve pas dans ces billets de banques certaines qualités de l'or et de l'argent comme leur résistance à la détérioration par le temps. En effet et comme toute dette, les billets sont soumis au régime fiscal de l'or et de l'argent car ils peuvent être valorisés en unités de l'un ou de l'autre de ces deux métaux. En outre, la

²⁸¹³ DARDİR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2003-2010.

²⁸¹⁴ Ce qui semble, apparemment, être le cas de figure envisagé par Malik.

²⁸¹⁵ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, *op. cit.* (note 1351), p. 259-260, Fatwa n° 52.

²⁸¹⁶ *Ibid.*, p. 263, Fatwa n° 53.

²⁸¹⁷ *Ibid.*, p. 270, Fatwa n° 53.

fonction monétaire assurée par ces billets, Qualifiés de dettes, rend leur régime d'imposition le plus large des régimes de dettes²⁸¹⁸. Cet effet de la Qualification en dettes au niveau de la fiscalité s'ajoute aux effets classiques touchant toute transaction entre monnaies. C'est sur cette base qu'ont été bâties les règles de conformité de l'usage de la monnaie fiduciaire à parité fixe.

568. Conformité des transactions avec la monnaie fiduciaire à parité fixe. Sur la base de la Qualification ci-dessus et en application du droit commun, ben Achour établit que les règles de change²⁸¹⁹ et d'échange²⁸²⁰, applicables à l'or, sont applicables aux billets de banques. Il arrive à cette conclusion, non pas par application du régime de l'or sur le fondement que la monnaie fiduciaire est assimilable à l'or en tant que monnaie, mais par application du régime des dettes car la monnaie fiduciaire est Qualifiée de reconnaissance de dettes en or. Il est donc intéressant de noter que la première voie, assimilant la monnaie moderne à l'or, est celle qui a été retenue par l'AIFI pour la Qualification de la monnaie flottante²⁸²¹ alors qu'elle a été délaissée par ben Achour pour la Qualification de la monnaie à parité fixe. Ainsi, pour ben Achour, le fondement des règles de ces opérations de change et d'échange est l'Usure de subterfuge et non pas l'Usure de Vente, quantitative ou temporelle, qui constituent le fondement des règles applicables à l'or. À notre avis, une telle Qualification des billets de banques rend caduques certaines dispositions d'Usure quantitative comme la limitation aux strictes besoins de l'échange, à valeur marchande égale, d'une pièce lourde monétaire contre plusieurs pièces plus petites du même métal. D'ailleurs, ben Achour précise que le fait que les billets de banque soient une monnaie²⁸²² ne change pas leur Qualification juridique comme dette²⁸²³. Il nous semble effectivement essentiel de ne pas perdre de vue cette nature des billets de banque comme dette même si, fonctionnellement, ils sont considérés comme monnaie par destination, par opposition à la monnaie par nature en or ou argent. C'est en considérant cette nature de dette que ben Achour démontre, par une analyse détaillée, d'abord que l'échange auprès d'un tiers d'un billet contre le nombre inscrit dessus de pièces en or ou en argent relève bien, formellement, de la cession de dette mais l'Interdiction de cette cession ne s'applique pas. En effet, l'Usure de dette prohibant le prêt intéressé constitue la Cause de cette Interdiction ; or, cette Cause n'est pas opérante pour cette transaction qui n'apporte rien de plus par rapport à

²⁸¹⁸ *Ibid.*, p. 261, Fatwa n° 52.

²⁸¹⁹ Entre monnaies différentes.

²⁸²⁰ Au sein de la même monnaie.

²⁸²¹ Voir infra § 572.

²⁸²² Par destination et non pas par nature comme les monnaies traditionnelles en pièces métalliques.

²⁸²³ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1351), p. 269, Fatwa n° 53.

l'échange direct fait avec l'émetteur débiteur de la dette²⁸²⁴. Il démontre, ensuite, que l'échange d'un billet contre d'autres billets de plus petites coupures dans la même monnaie est également tout-à-fait autorisé car il s'agit d'échanger une reconnaissance d'une dette monétaire globale contre plusieurs reconnaissances de dettes dont la somme des montants est égale à la dette globale. Le fondement de cette opinion est évident quand l'échange est fait avec la banque centrale émettrice des billets car c'est la même dette, notamment, en termes de valeur et d'échéance ce qui n'induit aucune Incertitude ou contrepartie supplémentaires relatives à la dette présentée à l'échange²⁸²⁵. Dans l'autre cas où cet échange de billets de même valeur globale est réalisé avec une partie tierce, l'opération est Qualifiée de cession de dettes et le fondement de la Permission est l'unicité du débiteur qui est toujours l'institution d'émission pour tous les billets échangés, ce qui exclut la naissance d'une Incertitude supplémentaire relative à la solvabilité²⁸²⁶. Ben Achour démontre, enfin, que le change entre billets émis par des banques centrales différentes ne fait pas partie des cessions Interdites de créances car ni la Cause du prêt intéressé ni celle de l'Incertitude ne sont présentes. En effet, même l'Incertitude présumée à cause de la multiplicité des débiteurs ne joue pas ici car l'État est toujours garant de la convertibilité des billets de tous les émetteurs de billets de banques échangés²⁸²⁷. Cette garantie, à mon avis, se comprend dans le sens qu'il est toujours possible, in fine, de se faire rembourser la créance en or ou en argent, éventuellement, après une conversion en sens inverse ce qui suppose que le change est effectué sur le marché officiel reconnu par l'État et non pas sur le marché parallèle. Les cas de Nécessité applicable à la monnaie fiduciaire devraient, à mon sens, bénéficier d'une flexibilité comparable à celle des voyageurs qui peuvent déroger à l'Interdit de l'Usure quantitative des monnaies métalliques permettant, notamment, de payer l'institution d'émission étrangère les frais de change qu'elle réclame²⁸²⁸. Enfin les règles de change et d'échange de l'or et de l'argent, issues de l'Usure de Vente, sont les mêmes que celle de la monnaie fiduciaire, mais par application du régime des dettes qui aboutit par une analyse évidente à l'Obligation du comptant pour le change entre monnaie différentes, comme la monnaie fiduciaire contre les pièces d'or. Cette Obligation du comptant doit également s'appliquer à l'échange de coupures différentes de la même monnaie fiduciaire, les deux contreparties devant avoir évidemment la même valeur. En résumé, les opérations précédentes

²⁸²⁴ *Ibid.*, p. 398, Fatwa n° 106.

²⁸²⁵ Voir supra § 547-550 pour les règles de substitution et de cession de dettes et créances.

²⁸²⁶ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1351), p. 397-399, Fatwa n° 106.

²⁸²⁷ *Ibid.*, p. 264 et 398-399, Fatwa n° 53 et n° 106.

²⁸²⁸ Voir supra § 564.

avec la monnaie à parité fixe, Qualifiée de reconnaissance de dettes en or, ne font apparaître nulle part une Incertitude ou un Accaparement injuste du patrimoine d'autrui qui dénierait la conformité à cette monnaie à parité fixe. Avec de telles règles, nous sommes maintenant suffisamment avancés pour examiner les effets sur les actifs monétaires, en allant au-delà de ce dernier maillon de la parité fixe pour accéder au régime de la monnaie flottante qui caractérise l'environnement monétaire de la Holis.

B. Conséquences sur les actifs monétaires

569. **Hiérarchie des effets des règles fondamentales de conformité.** La construction jurisprudentielle laborieuse qui nous a mené aux règles applicables à une monnaie à parité fixe, utilisée il y a encore quelques décennies, ne nous permettent pas d'évaluer directement les effets juridiques particuliers propres à la gestion de trésorerie (2°) sans passer, au préalable, par l'appréciation des effets généraux de ces règles (1°).

1°) Effets généraux sur la protection de la valeur

570. **Effet de la conformité sur les dettes lors du changement de monnaie légale.** Les règles que nous venons de développer ont notamment un effet sur les dettes monétaires quand la monnaie subit un accident de parcours. La question se pose alors si un tel accident de parcours caractérise les créations monétaires quotidiennes des monnaies flottantes ; plus précisément, peut-on Qualifier de changement de monnaie légale la manipulation de la valeur de celle-ci en dehors des forces du marché, notamment par les autorités étatiques ? Pour aborder cette question, il est d'abord utile de rappeler que ben Achour considère que l'Usure de dette, s'applique quel que soit l'actif prêté, monétaire ou non monétaire. Ainsi seul le montant prêté en billets de banque doit être remboursé et toute contrepartie supplémentaire est Interdite²⁸²⁹. Cependant, ben Achour retient cette solution clairement en période de parité fixe de la monnaie contre l'or ou l'argent et ne semble pas répondre aux cas des dettes contractées avant une crise monétaire et remboursées après une telle crise d'inconvertibilité ou de dévaluation ; ce cas de figure mérite donc une analyse. En effet et bien avant l'apparition de la monnaie fiduciaire, il arrive que les monnaies frappées, notamment en or ou en argent, n'aient plus cours dans un pays où des dettes monétaires ont été contractées antérieurement. Si ces monnaies continuent à

²⁸²⁹ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1351), p. 396, Fatwa n° 106.

être disponibles par circulation dans ce pays, alors les dettes antérieures seront réglées en leurs monnaies de dénomination bien qu'elles n'aient plus cours légal. En revanche, la règle sera différente si ces monnaies disparaissent du pays où les dettes sont contractées, soit sans contrepartie, soit par une opération de substitution avec une nouvelle monnaie accompagnée souvent d'une dévaluation. Cette situation traduit une réalité devenue courante correspondant à une monnaie territoriale qui s'écarte de plus en plus de sa valeur intrinsèque, au fil de ces changements de monnaies imposés par le pouvoir local. La valeur marchande des nouvelles pièces devient alors sensiblement différente de la valeur marchande du métal non frappé qui la compose. Dans ces cas et qu'elle soit née d'un prêt ou d'une Vente²⁸³⁰, la dette en ancienne monnaie est remboursée par référence à sa valeur réelle, soit en nature par un bien ayant la même valeur lors de la naissance de la dette, soit par la contrepartie²⁸³¹ de la valeur d'un tel bien en monnaie nouvelle²⁸³². Ainsi sera respecté équitablement le principe disant que le remboursement d'une dette doit se faire par une contrepartie semblable au principal, en valeur et en qualité. Évidemment et en cas de prêt de bien non consommable, ou consommable mais non consommé, le débiteur rendra le bien lui-même²⁸³³ à condition que celui-ci ne se soit pas détérioré depuis la contraction de la dette²⁸³⁴. Toutefois, s'il s'agit d'une dette monétaire échue avant l'arrêt du cours de l'ancienne monnaie, celui qui est à l'origine du report d'échéance supporte le risque du changement de valeur. Ainsi, si le créancier refuse la réception du remboursement, la valeur remboursée ultérieurement en nouvelles monnaie doit refléter la valeur de la dette lors du refus de réception. En revanche, si c'est le débiteur qui ne respecte pas l'échéance sans raison légitime, il sera tenu par la plus élevée des valeurs lors de l'échéance et lors du remboursement²⁸³⁵. On peut alors se demander quelle serait la façon pertinente d'appliquer ces jurisprudences anciennes, datant de l'époque des monnaies frappées, dans un environnement de monnaie fiduciaire à parité fixe. Malheureusement, ben Achour n'analyse pas²⁸³⁶ les effets juridiques sur les dettes contractées avant une crise monétaire et remboursées après la décision d'inconvertibilité ou de dévaluation qui a déclenché cette crise. La seule

²⁸³⁰ Ou même d'un dépôt utilisé par le dépositaire : voir IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 81 du volume 5.

²⁸³¹ Appréciée à la plus tardive des deux dates de la dévaluation et de l'échéance de la dette : voir KHALIL IBN ISHAK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 10.

²⁸³² Équivalent de la parité moderne par le pouvoir d'achat « Purchasing Power Parity », le passage par ce bien de référence est ainsi le moyen d'établir une parité juste : voir DARDIR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2034.

²⁸³³ Même si sa valeur marchande a évolué.

²⁸³⁴ Voir également IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 335 du volume 5.

²⁸³⁵ Voir également *Ibid.*, p. 81 du volume 5.

²⁸³⁶ À notre connaissance, mais peut-être que dans d'autres communications, il avait explicité ou détaillé plus l'analyse de cette question.

indication qu'il livre en parlant de l'Usure de dette est que, bien évidemment, le créancier ne peut retirer aucun avantage en plus du remboursement du principal de sa créance, que l'objet de cette créance soit une monnaie en or, en argent, ou autre chose²⁸³⁷. Est-ce à dire que les dettes antérieures à une dévaluation, par exemple, doivent être remboursées à leurs valeurs faciales si c'est la même monnaie, circulant avant cette dévaluation, qui continue à circuler après mais avec une parité fixée par la banque centrale à une quantité moindre en or ? Cette même question se pose également quand une telle dévaluation est accompagnée d'un changement de forme de la monnaie en retirant de la circulation les anciens billets et pièces pour les remplacer par des nouveaux. Au vu des jurisprudences anciennes, relative à la dévaluation d'une monnaie métallique, on est tenté de faire une Analogie pour dégager les effets juridiques sur les dettes lors d'une dévaluation d'une monnaie fiduciaire à parité fixe avec un actif monétaire comme l'or. Cette tentation d'Analogie est d'autant plus grande que l'explication de cette règle dans le précis de Khalil par Dardir et Dasuqi indique clairement que le terme « Flouze » est utilisé par Khalil dans le sens de « tout moyen assurant la fonction de monnaie²⁸³⁸ ». Il faudrait alors déterminer si la monnaie objet de la dévaluation est toujours disponible, ce qui induit le remboursement des anciennes dettes à la valeur faciale, ou, au contraire, a complètement disparu par substitution ou par révocation. Peut-on alors considérer que, même si les billets de banques continuent à circuler, le changement de leur parité équivaldra, sur le fond, à la disparition de l'ancienne monnaie ? On pourrait ainsi estimer qu'une dette contractée en monnaie d'avant la dévaluation et non encore remboursée devrait l'être en or par conversion selon l'ancienne parité ou en nouvelle monnaie par conversion de cette même quantité d'or selon la parité actualisée. Une telle tentative de règle serait à la fois cohérente avec la jurisprudence antérieure qui conserve le pouvoir d'achat des dettes monétaires lors d'une dévaluation faisant disparaître l'ancienne monnaie et, également, cohérente avec la Qualification par ben Achour de la monnaie à parité fixe comme une reconnaissance de dette en or. Une telle règle serait, enfin, cohérente avec l'analyse de ben Achour qui recourt au pouvoir d'achat en or pour apprécier le seuil de l'Impôt des avoirs et dettes monétaires dans ce système à parité fixe perturbé de temps en temps par des dévaluations par rapport à l'or. Toutefois, cette analyse que nous venons de faire pour les monnaies fiduciaires à parité fixe n'est plus d'actualité car toutes les monnaies du monde sont maintenant flottantes ; sur le plan de la conformité nous faisons alors face à deux chaînons manquants et non pas un seul.

²⁸³⁷ Citation précitée : voir BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1351), p. 396, Fatwa n° 106.

²⁸³⁸ AL-DASŪQI محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., op. cit. (note 1275), p. 45.

571. Effet en jurisprudence malikite de l'évolution permanente de la parité en actifs réels de la monnaie flottante. À supposer qu'il serait recevable d'adopter l'avis de conservation du pouvoir d'achat en or des dettes monétaires lors de la dévaluation d'une monnaie à parité fixe avec l'or, faudrait-il alors étendre un tel avis aux monnaies modernes qui n'ont plus de parité fixe avec l'or ou l'argent ? Ceci reviendrait à considérer les billets de banque de parité flottante comme les billets de parité fixe d'avant 1971, des reconnaissances de dettes. Celles-ci seraient alors libellées, soit en pièces de mélanges métalliques assimilables aux Flouze qui constituaient les petites coupures à l'époque des monnaies en or ou argent, soit en or ou en un panier d'autres actifs réels avec une parité en constant changement. Si de telles hypothèses étaient recevables²⁸³⁹, la dette monétaire devrait être toujours remboursée en conservant son pouvoir d'achat initial lors de sa contraction, que ce pouvoir d'achat soit apprécié en or ou par d'autres biens ayant, comme l'or, des valeurs intrinsèques connues sur les marchés. Une telle démarche pourrait être confortée par le traitement des monnaies flottantes en droit de la Zakat qui les valorise en or pour pouvoir déterminer le seuil d'imposition²⁸⁴⁰. Toutefois et que la parité de la monnaie avec l'or soit fixe ou flottante, il faudrait garder à l'esprit que cette approche de conservation du pouvoir d'achat monétaire présente l'inconvénient d'aller à l'encontre de la volonté des gouvernants lors des dévaluations ou des dépréciations de la monnaie moderne. En effet et face à un État endetté, le gouvernant a souvent recours à la création monétaire afin de rembourser les dettes de l'État avec une valeur intrinsèque moindre. Une autre approche serait de considérer que l'indétermination de la parité de la monnaie est Analogue à l'ignorance du poids de la monnaie métallique lors de la contraction de la dette dont la règle est proposée par Al-Hattab qui a rapporté une jurisprudence à ce sujet²⁸⁴¹. Cette règle consiste à ce que le débiteur et le créancier s'entendent à l'amiable sur le montant correspondant dans la monnaie disponible lors de l'échéance de la dette. Il serait intéressant de comparer ces solutions aux Fatwas modernes sur le sujet.

572. Effet sur les Fatwas modernes de la manipulation permanente de la parité de la monnaie flottante. Les deux approches déduites de la hard law, pour solutionner la

²⁸³⁹ Ce qui n'est pas le cas de Ghariani, l'un des plus grands auteurs malikites de ce XXI^e siècle, qui considère en 2003 que nos monnaies flottantes sont des biens fongibles comme l'or et non pas des reconnaissances de dettes : voir GHARIANI *الصادق بن عبد الرحمن الغرياني، فتاوى المعاملات الشائعة*, *op. cit.* (note 1508), p. 42-43, 92 ; ce n'est pas, non plus, l'avis de Sellami (1925-2019) également l'un des plus grands auteurs malikites des XX^e et XXI^e siècles, qui a considéré en 1987 que nos monnaies flottantes ont le même régime que l'or sans les considérer comme des reconnaissances de dettes. Pour cet auteur, la seule subsidiarité de nos monnaies flottantes à l'or apparaît dans la détermination du seuil de leur imposition : voir SELLAMI *محمد مختار السلامي*, *op. cit.* (note 1781), p. 16.

²⁸⁴⁰ IBN-TAHIR *الحبيب بن طاهر*, *op. cit.* (note 1424), p. 36-37 du volume 2.

²⁸⁴¹ KHALIL IBN ISHAK' et AL-HATTAB *محمد أبو عبدالله بن محمد الحطاب*, *op. cit.* (note 1857), p. 142-143 du volume 5.

manipulation de valeur de la monnaie flottante, vont à l'encontre des avis modernes des jurisconsultes. Surtout que ces derniers abandonnent l'analyse de ben Achour de la nature des monnaies modernes comme reconnaissances de dettes en or ou, au moins, en d'autres actifs ou paniers d'actifs réels ayant des valeurs intrinsèques appréciables. Ces Fatwas assimilent, en effet, la nature des monnaies modernes à la nature des monnaies en or et en argent ce qui exclut toute dérogation du régime des premières par rapport à celui des secondes. Le régime de la monnaie par nature, en or ou en argent, devient alors identique à celui de la monnaie par destination, en l'occurrence la monnaie fiduciaire flottante. Ainsi, tant que les mêmes billets de banque d'une monnaie moderne demeurent en circulation, une dette monétaire est toujours remboursée à la valeur nominale de son principal et subira donc soit l'inflation si sa monnaie de dénomination est flottante, soit la dévaluation si sa monnaie est à parité fixe. Pour confirmer cette tendance et en se basant sur la résolution de l'AIFI²⁸⁴², l'AAOIFI retient que les règles relatives à la monnaie de chaque pays sont celles applicables aux monnaies en or ou en argent. La résolution précitée indique, par conséquent, que les règles du Salam et de l'Usure, par exemple pour le change entre ces monnaies nationales, sont les mêmes que celles de l'or ou de l'argent. La Maison de financement du Koweït suit également cette tendance²⁸⁴³ ce qui pose un véritable problème de dépréciation de l'épargne mis en avant, à juste titre, notamment par Comair-Obeid²⁸⁴⁴. C'est pour cela que l'AIFI a fini par évoluer sur ce sujet et continuera, probablement à évoluer à l'avenir. Rappelons qu'initialement, dans son 3^{ème} congrès d'octobre 1986 dans lequel elle a considéré que la monnaie fiduciaire est une monnaie virtuelle Qualifiée juridiquement exactement comme les monnaies naturelles en or ou argent, l'AIFI a décidé de reporter l'examen de la dépréciation monétaire²⁸⁴⁵. Puis, dans son 5^{ème} congrès de décembre 1988, elle a décidé que la dépréciation monétaire n'a aucun effet sur les dettes monétaires qui doivent être remboursées à leurs valeurs faciales sans aucune considération de l'inflation²⁸⁴⁶. Ensuite, dans son 8^{ème} congrès de juin 1993, elle indique que sa décision du 5^{ème} congrès relative aux dettes ne fait pas obstacle à indexer sur l'inflation les contreparties de prestations contractuelles, notamment les salaires des contrats de travail, à condition de ne pas nuire à l'intérêt économique général. Le montant ainsi indexé, déterminé lors de l'échéance, ne pourra

²⁸⁴² N° 21 (3/9) : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), [Études des normes de l'AAOIFI] 1/4 دراسات المعايير الشرعية *Dirāsāt ma'āyīr al-shar'īyah: al-naṣṣ al-kāmil lil-buḥūth wa-al-dirāsāt allatī quddimat tamhīdan li-i'dād al-ma'āyīr al-shar'īyah* 1-45, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 1437 2015 (vol. 1/4), p. 103.

²⁸⁴³ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 164 de la Maison de financement du Koweït.

²⁸⁴⁴ COMAIR-OBEID et FOUCHARD, *op. cit.* (note 57), p. ?

²⁸⁴⁵ Décision 3/9/21 : voir <http://www.iifa-aifi.org/>

²⁸⁴⁶ Décision 5/4/42 : voir <http://www.iifa-aifi.org/>.

plus évoluer en cas de retard de son paiement car il devient une dette. L'AIFI offre également l'alternative de préserver la protection du prestataire créancier en fixant ses salaires ou rémunérations contractuelles en or, voire en une monnaie ou un panier de monnaies choisis contractuellement, avec la possibilité d'effectuer leur paiement en une autre monnaie, sensée être la monnaie locale souffrant de dépréciation, au cours du jour du paiement²⁸⁴⁷. Cette alternative prévue pour les contrats de prestations est détaillée et étendue aux contrats de prêt dans le 12^{ème} congrès. Ainsi et tout en confirmant la licéité de l'indexation sur l'inflation des contreparties des contrats de prestations de services, l'AIFI étend cette possibilité aux contrats de location de longue durée avec un loyer payable périodiquement qui sera indexé en début de chaque période de telle façon que le loyer de ladite période sera déterminé en valeur absolue dès son commencement. Il étend cette alternative aux contrats de prêt dans le sens où le principal dont le débiteur prend possession peut être, non pas en monnaie souffrant de dépréciation, mais en or, argent, biens Fongibles, panier de biens Fongibles, monnaie plus stable ou en panier de monnaies plus stables. Le remboursement, égal au principal sans aucune possibilité d'indexation, sera alors déterminé dans la même nature que le principal effectivement reçu par le débiteur et non pas en une autre monnaie²⁸⁴⁸. Enfin, dans son 24^{ème} congrès, l'AIFI restreint toutes ses décisions antérieures, concernant les dettes dont le remboursement ne peut qu'être égal au principal effectivement touché par le débiteur, au cas d'absence ou présence légère de l'inflation. En revanche, quand cette monnaie de dénomination de la dette fait l'objet d'une création monétaire excessive [causant sa dépréciation inflationniste], il est possible que le remboursement du prêt dans la monnaie du principal reçu fasse l'objet d'un ajustement. Tout en permettant de conserver totalement ou partiellement la valeur du principal, cet ajustement sera déterminé non pas par indexation contractuelle mais à l'amiable entre les parties ou par une juridiction judiciaire ou arbitrale²⁸⁴⁹. On est alors plus dans le domaine de la dette de valeur que dans celui de l'indexation au sens du Code civil²⁸⁵⁰. Cette dernière décision de l'AIFI constitue donc un début de convergence de ses Fatwas à la jurisprudence malikite précitée de Hattab. C'est dans un tel environnement, où la jurisprudence est encore à la recherche de stabilité, que la Holis doit fixer certaines règles précisant les stipulations de sa charte financière.

²⁸⁴⁷ Décision 8/6/75 : voir <http://www.iifa-aifi.org/>.

²⁸⁴⁸ Décision 12/9/115 : voir <http://www.iifa-aifi.org/>. Cependant, on comprend de l'ensemble des décisions de l'AIFI qu'une fois déterminé le remboursement pourra se faire à l'échéance en une autre monnaie selon le cours du jour de paiement.

²⁸⁴⁹ Décision 24/2/231 : voir <http://www.iifa-aifi.org/>.

²⁸⁵⁰ Art. 1343 al. 2 et 3 rajoutés par la réforme de 2016 : <https://iej.univ-paris1.fr/openaccess/reforme-contrats/titre4/chap4/sect1/ssect2-obligations-argent/>.

2°) Effets particuliers sur le placement de la Holis

573. **Protection conforme des placements de la Holis.** Dans le domaine de la gestion de trésorerie, la charte de la Holis doit lever l'incertitude des règles de conformité que nous venons d'examiner et qui subissent, forcément, les contraintes de notre ordre monétaire mondial. C'est pour desserrer pareilles contraintes que l'AIFI est allée au-delà de ses décisions citées au paragraphe précédent, en faisant un grand nombre de recommandations aux États islamiques. Ainsi et afin d'éviter la dépréciation monétaire, l'AIFI préconise d'étudier la possibilité de revenir à une parité fixe entre la monnaie et l'or²⁸⁵¹. Or, une telle éventualité est interdite par le FMI, depuis 1978, qui ne laisse aux États que la possibilité des monnaies dont la régulation est basée sur le taux d'intérêt Interdit en jurisprudence islamique. Si l'on prend en considération que la sortie d'un État du FMI est plus difficile et coûteuse que le Brexit, on comprendra à quel point la dominance de l'économie de crédit s'exerce sur le monde. À notre avis, une telle situation est Qualifiée en jurisprudence malikite comme un état de généralisation de l'exigence de l'illicite relevant de la pénibilité²⁸⁵². Par conséquent, la Nécessité autorise la Holis à fonctionner avec ces monnaies ayant cours en Europe, et dans le monde, qui n'ont aucun rattachement à un actif réel sous-jacent et qui sont caractérisées, à des degrés divers selon la rigueur des banques centrales émettrices, par l'Accaparement injuste du patrimoine des épargnants. Quant aux obligations contractuelles et contrairement au droit anglais²⁸⁵³, l'article 1343-3 du Code civil français, adopte le principe de la monnaie ayant cours légal en interdisant les obligations de paiements internes en pièces ou en valeur d'or ainsi qu'en monnaie étrangère sauf s'il s'agit d'un contrat international ou d'un jugement étranger²⁸⁵⁴. Là aussi, le droit anglais est plus rassurant que le droit français du point de vue de la jurisprudence islamique qui peut trouver dans les monnaies à valeur intrinsèque une solution contre l'abus des dépréciations de monnaies flottantes. Pour la Holis, l'idéal serait d'avoir à disposition des solutions bancaires offrant des possibilités de dépôts en compte courant liés à des actifs réels et donc remboursés en conséquence à chaque opération débitrice. Dans le domaine de la gestion de fortune, ces comptes existent en Europe²⁸⁵⁵ où on peut trouver des comptes de placement en or, par exemple, qui mentionnent dans tout relevé à la fois le poids en or et sa valeur actualisée dans la monnaie

²⁸⁵¹ Décisions 3/9/21, 5/4/42, 8/6/75, 12/9/115, 24/2/231 : voir <http://www.iifa-aifi.org/>.

²⁸⁵² Voir supra § 319 ; cependant, la dérogation pour cette pénibilité n'est accordée que quand elle devient réellement insupportable : voir IBN-ABD-AL-SALÊM العز بن عبد السلام, *op. cit.* (note 1553), p. 381-382.

²⁸⁵³ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 138-139.

²⁸⁵⁴ *Ibid.*, p. 137-138.

²⁸⁵⁵ Comme, généralement, dans tous les pays sans restriction de change.

du compte. Relevons que depuis l'abandon en 1971 de la parité avec l'or, le cours de ce dernier est passé de 35 dollars américains à plus de 1850 dollars américains en novembre 2021 ; sur ce long terme, l'or peut même battre les indices boursiers d'actions (comme le DJI et le S&P500) qui subissent également les effets de l'inflation monétaire²⁸⁵⁶. Bien évidemment, on n'est pas en présence d'un placement garanti à la façon des prêts avec intérêt, contrairement à l'éthique islamique qui exige que l'argent progresse par le travail et la prise de risque et non pas par le seul fait du temps. En effet et conformément à la Nécessité de la protection du patrimoine, il s'agit d'un placement dans un actif réel qui met l'épargnant à l'abri de toutes manipulations inflationnistes par les autorités monétaires, mais la valeur de cet actif réel est une valeur marchande qui évolue en fonction de l'offre et de la demande. Ce risque de la valeur marchande est considéré en jurisprudence islamique comme équitable mais c'est à chacun de choisir son actif ou son panier d'actifs de placement. Dans un tel système lié aux actifs réels, il est légitime que la banque déduise ses frais de gestion d'achat et de vente des actifs réels sous-jacents mais, en faisant l'hypothèse d'un produit standard offert par les banques européennes, les frais de gestion seraient minimes. En effet, la consolidation des achats et ventes des actifs, correspondant à tous les comptes des clients, permet de réduire les transactions journalières au solde consolidé. En outre, ce genre de comptes devrait permettre des prêts, au sein du groupe de la Holis ou à des tiers en cas d'intérêt commercial. Ces prêts sont alors libellés en quantité d'actif sous-jacent ce qui encourage les prêteurs islamiques car ils ne sont plus lésés par l'inflation en supportant juste le risque d'évolution de la valeur marchande de l'actif prêté. Si les banques n'offrent pas ce genre de comptes courants liés à des actifs réels sous-jacents, ni même une sicav de commodités ou d'actifs immobiliers fonctionnant selon les règles de conformité précitées, l'alternative sera un compte individuel de placement, comme le font les institutions de gestion de fortune. Malheureusement, dans ce cas les frais de gestion augmenteront au point que la solution ne sera plus possible pour les petits montants. C'est pour cela qu'il serait souhaitable que les banques islamiques complètent leur offre de produits et services bancaires²⁸⁵⁷, en se penchant efficacement sur la création de ce système de comptes courants avec, comme sous-jacents, des actifs réels ou des paniers diversifiés d'actifs réels. Notons que cette solution, possible en Europe, ne peut être envisagée dans un environnement de contrôle du change, dépourvu de marchés de commodités ouverts ou ayant une offre inadéquate en placements conformes au malikisme. Dans un tel environnement, dans lequel peut évoluer certaines des filiales ou sous-filiales de la Holis, on peut explorer en premier lieu

²⁸⁵⁶ <https://www.goldbroker.fr/actualites/quelle-performance-cours-or-depuis-1970-627>

²⁸⁵⁷ AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 1959-2011, v. 3.

les placements offerts par les banques islamiques qui sont essentiellement basés sur le contrat de Commandite. Cependant, un tel placement n'est pas un dépôt mais un investissement où, conformément aux règles islamiques, le détenteur du capital partage avec le gestionnaire les éventuels gains et supporte totalement les éventuelles pertes. Un tel produit serait souvent bien adapté à un patrimoine d'une certaine importance dans une stratégie de diversification plus au moins intense selon le profil de risque de l'investisseur. Mais ce risque pourrait ne pas convenir ni à la Holis ni, d'ailleurs, aux petits épargnants à la recherche de la sécurité pour financer leurs besoins élémentaires de la vie. Dans une telle situation et en l'absence de solutions pratiques protectrices de la dépréciation monétaire, certains auteurs ont défendu la licéité islamique de l'intérêt s'il ne dépasse pas le taux de l'inflation sur la base d'une certaine interprétation des textes sacrés²⁸⁵⁸. Cette solution autorisant le prêt à intérêt n'est cependant soutenue par aucune jurisprudence sérieuse²⁸⁵⁹ et l'épargnant respectant son éthique religieuse, dans ces pays de contrôle de change, se trouvera devant le choix de déposer son argent et le voir se dévaluer par l'inflation ou l'investir dans une Commandite avec le potentiel de gain et le risque de perte. Cependant et en tenant compte des techniques et conditions de gestion de trésorerie, le groupe Holis peut quand même mettre en œuvre une méthode efficace.

574. Conditions économiques de la gestion de la trésorerie du groupe Holis. Les aléas des cycles d'exploitation font que mêmes deux sociétés opérant dans le même secteur et le même pays peuvent avoir une désynchronisation des soldes de leurs trésorerie dans le temps. Ceci fait que quand le solde de l'une est négatif il est fort possible que le solde de l'autre soit positif alors que le mois d'après c'est l'inverse qui se produit. Au cas où ces deux sociétés appartiendraient au même groupe, la centralisation de leurs trésoreries réduit alors les frais bancaires pour le groupe par l'effet de compensation des soldes débiteurs et créditeurs. Tout ceci dans l'hypothèse d'un environnement conventionnel où les découverts bancaires sont soumis à des frais d'intérêts alors que les excédents bancaires ne bénéficient pas des produits d'intérêts ou bénéficient de produits à des taux moindres que ceux des découverts. Depuis l'introduction de l'euro, cet avantage de la centralisation de la trésorerie usuellement pratiqué par des groupes de sociétés opérant dans un seul pays devient également intéressant pour des groupes de sociétés opérant dans plusieurs pays adoptant l'euro. En outre, la centralisation permet une meilleure efficacité de traitement des opérations, intra et extra groupe,

²⁸⁵⁸ Cet auteur cite à ce propos Baydoun : voir COMAIR-OBEID et FOUCHARD, *op. cit.* (note 57), p. 53, note bas de page n° 9.

²⁸⁵⁹ Voir supra § 536-537, 539, 572.

d'encaissement et de règlement par la réduction globale du personnel affecté à ces tâches²⁸⁶⁰ tout en améliorant la compétence de ce personnel et la qualité de ses moyens informatiques. Deux méthodes peuvent être utilisées en pratique, le *Zero Balancing Account* ou « ZBA » et le *Cash pooling* notionnel ou centralisation notionnelle. La première méthode se fait par des remontées réelles de trésorerie avec redescentes vers les sociétés qui en ont besoin. La seconde méthode, possible lorsque toutes les sociétés du groupe sont clientes dans la même banque, consiste en une centralisation virtuelle qui se fait uniquement pour le calcul des intérêts dus à la banque par fusion des échelles d'intérêt de tous les comptes bancaires des sociétés du groupe. Cette fusion nécessite alors une convention entre chacune des sociétés du groupe Holis et une banque, appelée « *pool leader* », alors que le ZBA nécessite une convention entre chacune des sociétés du groupe Holis et l'une d'entre elles, appelée « société pivot » qui est souvent la société mère, la Holis elle-même.

575. **Mise en œuvre de la gestion de la trésorerie du groupe Holis.** En droit étatique européen, certaines conditions s'imposent à toute convention de prêt ou de trésorerie entre les filiales et la Holis, agissant comme société pivot dans une gestion ZBA. Outre l'interdiction que l'article L225-216 du Code de commerce fait à une société de prêter pour l'achat de ses propres actions, notamment par sa holding²⁸⁶¹, les contraintes de la jurisprudence Rozenblum²⁸⁶² évitant l'abus de biens sociaux ou l'acte anormal de gestion²⁸⁶³ s'appliquent à ladite convention. L'Administration admet que cette dernière constitue un mandat général en faveur de la holding permettant d'employer les fonds reçus des filiales excédentaires à des avances²⁸⁶⁴ pour les filiales de trésorerie déficitaires. Cette destination des fonds reçus par la holding ne peut être détournée à d'autres usages, comme le financement de nouvelles acquisitions, systématiquement ou pendant un temps assez long sous peine de requalification

²⁸⁶⁰ Toutefois, chaque filiale garde une équipe réduite propre, souvent, polyvalente pour traiter les opérations dont la centralisation n'est pas bénéfique.

²⁸⁶¹ Voir supra § 556.

²⁸⁶² Voir supra § 76.

²⁸⁶³ Il est utile de rajouter que le principe, retenu par le Conseil d'État (CE 31 juillet 2009 N° 301935 - RJF 12/2009 N° 1057), est que « les prêts à terme ou les avances à vue accordés sans intérêts par une entreprise au profit de tiers ne relèvent pas, en règle générale, d'une gestion commerciale normale, alors même que les sommes ainsi avancées seraient remboursables à tout moment, sauf s'il apparaît qu'en consentant de tels avantages l'entreprise a agi dans son propre intérêt » : voir par exemple <https://www.compta-online.com/les-conventions-de-tresorerie-intragroupes-en-10-questions-ao323>.

²⁸⁶⁴ Il est également utile de rajouter que de telles avances relèvent des opérations de banque que la loi bancaire du 24/01/1984 (article 10) réserve, en principe, aux établissements bancaires. Toutefois, l'article 12-3 de cette même loi (codifiée à l'article L511-7 3° du code monétaire et financier) fait échapper à ce monopole, les opérations de trésorerie entre une société et d'autres « sociétés ayant avec elle, directement ou indirectement, des liens de capital conférant à l'une des entreprises liées un pouvoir de contrôle effectif sur les autres » : voir par exemple <https://www.compta-online.com/les-conventions-de-tresorerie-intragroupes-en-10-questions-ao323>.

des fonds reçus en distribution déguisée²⁸⁶⁵. Ainsi et en dehors du cadre de la conformité malikite, la société prêteuse risque l'acte anormal de gestion si le taux est faible²⁸⁶⁶ par rapport à celui du marché et, inversement, la société emprunteuse ne peut verser un taux excessif²⁸⁶⁷ à des parties liées au-delà de l'encadrement légal. Toutefois et quand elle a un intérêt commercial, la holding peut prêter sans intérêt ou à des conditions avantageuses à sa filiale, sachant que le fait d'être simplement société mère et d'assurer la centralisation de la trésorerie du groupe ne constitue pas un tel intérêt commercial²⁸⁶⁸. Ainsi, ce qui importe est que les relations entre un créancier et un débiteur d'un même groupe soient régies par les mêmes conditions qu'entre tiers. C'est pour cela que ces règles applicables aux crédit intra-groupe à rémunération classiques en taux d'intérêt ne font pas obstacle à l'admissibilité fiscale des prêts participatifs, pouvant être sans intérêt, tant que leurs conditions de rémunération en fonction des résultats correspondent à ce qui se pratique sur le marché entre tiers²⁸⁶⁹. Sur cette base et en tenant compte des règles de conformité, l'une des solutions optimales pour la Holis serait d'adopter une gestion ZBA au sein de son groupe, bâtie sur des mandats de gestion par lesquels la Holis gère aux mieux l'excès de trésorerie de chacune de ses filiales. En outre et pour faire face à l'éventualité d'une trésorerie consolidée négative de ses filiales, la Holis doit disposer d'une trésorerie propre dépassant avec une bonne marge de sécurité la pointe, d'un tel déficit consolidé des filiales, prévue par les plan actualisés des trésoreries prévisionnelles. On pourrait retenir que cette trésorerie du groupe Holis, comprenant l'éventuel excès de la trésorerie consolidée de ses filiales, soit placée en or auprès d'une institution financière avec des investissements ou désinvestissements quotidiens en fonction de l'évolution des soldes journaliers des filiales en jour de valeur « j+1²⁸⁷⁰ ». Enfin la rémunération d'une avance faite à une filiale en déficit de trésorerie peut se faire sur la base d'une formule de financement de

²⁸⁶⁵ KRUGER, *op. cit.* (note 2761), p. 189-190.

²⁸⁶⁶ Signalons aussi que le Conseil d'État (C.E. 7 octobre 1988 - N° 50256, Ets Pierre Deveugle, RJF 12/1988 N° 1296) estime que la normalité de la rémunération « doit l'être par rapport à la rémunération que le prêteur pourrait obtenir d'un établissement financier ou d'un organisme assimilé auprès duquel il placerait, dans des conditions analogues, des sommes d'un montant équivalent » : voir par exemple <https://www.compta-online.com/les-conventions-de-tresorerie-intragroupes-en-10-questions-ao323>.

²⁸⁶⁷ Il est utile de rajouter que fiscalement, le taux maximum déductible des intérêts sur compte courant est le taux visé à l'article 39,1-3° du CGI : voir par exemple <https://www.compta-online.com/les-conventions-de-tresorerie-intragroupes-en-10-questions-ao323>.

²⁸⁶⁸ KRUGER, *op. cit.* (note 2761), p. 190-191, § 911 et 920.

²⁸⁶⁹ Voir supra § 556.

²⁸⁷⁰ Même en supposant une bonne négociation des conditions bancaires, l'écart en jours de valeur des encaissements ou décaissements avec des tiers ne peut être inférieur à une journée. Avec de bons outils de gestion, ceci permet de prévoir avec certitude la veille le solde de la trésorerie groupe du lendemain « j+1 » et lancer, la veille, les ordres d'investissement ou de désinvestissement des placement or afin que le solde groupe j+1 ne soit jamais négatif tout en étant proche de zéro.

stock par Salam du produit principal de ladite filiale et conformément à ses CGV²⁸⁷¹. La Holis sera alors rémunérée par la vente de ce stock dans trois mois au prix moyen « départ usine » de la filiale après déduction d'un montant fixe par unité de stock correspondant aux frais de ce mandat de vente assumé par cette filiale. La rémunération d'une telle avance à la filiale peut également se faire sur la base d'une Moudaraba sur achats de stocks de matières premières rémunérée par un pourcentage déterminé de la valeur ajoutée dégagée effectivement lors du premier arrêté semestriel des comptes. Cet arrêté permettant la rémunération est celui intervenant au moins neuf mois après l'avance, en supposant un cycle d'exploitation inférieur à trois mois. Ainsi, en septembre de chaque année et sur la base de son arrêté semestriel, chaque filiale rémunèrera les avances reçues pendant les six mois d'avril à septembre de l'année précédente. De même, en mars de chaque année et sur la base de son arrêté annuel, la filiale rémunèrera les avances reçues pendant les six mois se terminant en mars de l'année précédente. À chacun de ces arrêtés semestriels, la filiale détermine la proportion du montant des avances correspondantes par rapport au coût global de ses achats et remboursera ce montant augmenté du pourcentage de sa valeur ajoutée si celle-ci est positive ; dans le cas contraire, elle déduira du montant à rembourser à la Holis le pourcentage de sa valeur ajoutée négative. Ces deux méthodes, moyennant une détermination selon les conditions économiques normales des paramètres contractuels de rémunération, correspondent certainement aux caractères des prêts participatifs agréés par les administrations fiscales pour les relations financières intra-groupe de la Holis.

576. Choix des banques par la Holis. Le mode de gestion de la trésorerie du groupe de la Holis évite l'Interdiction des intérêts en fonction du temps à la fois pour les paiements à l'échéance et pour les paiements en retard ; ces derniers étant à l'origine de la jurisprudence connue par le dicton « assure et j'allonge ton délai ». Bien que la mise en œuvre de ce mode de gestion soit possible aussi bien avec une banque conventionnelle qu'avec une banque islamique, l'application formelle de cette dernière jurisprudence sera plus facile par les banques islamiques. Celles-ci acceptent, en effet, d'écarter tout intérêt de retard et de découvert avec la Holis, dont le mode de gestion financière génère aux banques des prestations de services tout en écartant tout risque d'impayés du découvert hypothétique, qui pourrait quand même arriver malgré les précautions précitées. Dans un tel cas et au-delà de ce fonctionnement minimaliste de gestion de trésorerie avec sa banque islamique, la Holis peut se poser la question d'étendre

²⁸⁷¹ Ce sont les « Conditions Générales de Vente » qui doivent prévoir les conditions d'escompte commercial pour des paiements 90 jours avant livraison.

ses relations bancaires aux autres produits de financement de ces banques islamiques, à condition que ces produits soient conformes au malikisme ou au moins à l'un des trois autres rites sunnites. Forcément polémique, cette dernière problématique délicate exige l'examen de la conformité en hard law des montages de soft law.

Section 2. Montages de soft law problématiques en hard law

577. **Application par la soft law du régime de hard law de la promesse.** Le premier obstacle que peut poser la conformité malikite de la Holis à ses banques islamiques est celui de l'usage de la promesse ferme. Il est effectivement notoire que la soft law des banques islamiques fait un usage étendu de la promesse sans droit de rétractation pour conclure des contrats futurs invalides immédiatement ; ce qui semble aller à l'encontre du régime de la promesse en rite malikite²⁸⁷². Pour le rite hanafite, on pourrait supputer que l'usage des *hial* de subterfuge faciliterait la conformité de tels montage de soft law ; ces derniers pouvant créer une certaine confusion entre les notions de bénéfice et d'intérêt qui devraient être bien distinctes. Une telle hypothèse correspondrait à la position de maître Himeur qui considère que « la stipulation du bénéfice, versus l'intérêt, dans certains contrats de la finance islamique, est conçue par la communauté des musulmans comme une ruse pour masquer le recours direct au riba. Elle est le plus souvent utilisée comme un véritable moyen pour contourner certaines interdictions. Sous l'appellation de subterfuges ou *hial*, les auteurs classiques ont toujours adopté, en cas de besoin, cette technique pour rendre un jugement ou prononcer une Fatwa. Cette conception se reflète surtout dans les travaux des jurisconsultes du courant de pensée hanafite notamment²⁸⁷³ ». Ainsi et pour se prononcer sur la conformité de ces montages dans le hanafisme, le malikisme ou les deux autres rites sunnites, il devient impératif de bien comprendre ces montages modernes des banques islamiques, usant généralement de la promesse ferme sans droit de rétractation. Cependant, les contraintes de la thèse nous forcent à choisir, parmi ces montages, celui qui est le plus représentatif afin de l'étudier dans le détail avant de le Qualifier dans les quatre rites ; c'est dans cette optique que nous pourrions envisager la Mourabaha bancaire comme porte d'entrée à la compréhension de la conformité de la banque islamique dans sa globalité.

578. **Facilitation de l'appréciation globale par l'évaluation de la Mourabaha bancaire.** À partir de son nom technique de « Mourabaha au donneur d'ordre²⁸⁷⁴ », on

²⁸⁷² Voir supra § 545.

²⁸⁷³ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 28.

²⁸⁷⁴ Voir supra § 314.

comprend que la Mourabaha bancaire est en rapport avec la vente en « coût plus marge ». Cet usage du *cost plus* est surtout connu dans les contrats de distribution des économies développées quand le fournisseur garde la maîtrise du prix final de vente pratiqué par son distributeur à l'égard des clients finaux. C'est également un instrument majeur de la finance islamique moderne utilisé par les acheteurs, en l'absence de financement fournisseur attractif, comme alternative aux crédits bancaires conventionnels, notamment ceux du *déouvert*²⁸⁷⁵ et du financement de stock ou d'équipement. Dans l'application du droit de l'Usure et par rapport à l'intransigeance de hard law, notamment celle des rites malikite et hanbalite²⁸⁷⁶, la soft law est plus souple. Ainsi, la Maison de Financement du Koweït autorise les montages avec des prêts croisés, en même temps ou décalés dans le temps, dans la même monnaie ou dans des monnaies différentes²⁸⁷⁷. Ces prêts peuvent être encadrés par un accord cadre préalable avec un contrat spécifique nécessitant le consentement des deux parties pour chaque prêt²⁸⁷⁸ ; ils peuvent également être liés avec un prêt conditionnant l'autre²⁸⁷⁹. La banque peut également mettre en place un programme marketing, probablement pour encourager la collecte des dépôts non rémunérés, avec des cadeaux et des prix en fonctions des niveaux de dépôts. Cette Fatwa précise toutefois que ce genre de privilèges ne doit pas être stipulé dans le contrat d'ouverture du compte, que ce soit à titre de condition ou à un autre titre²⁸⁸⁰, en occultant la règle malikite qui Qualifie un tel usage comme une condition contractuelle. Cette souplesse, étendue à plusieurs opérations bancaires, trouve son apogée dans les montages liés à la Mourabaha au donneur d'ordre qui, selon maître Himeur, représente 80% de l'activité des banques islamiques²⁸⁸¹. C'est pour cela que nous avons choisi ce montage de Mourabaha bancaire pour notre évaluation détaillée (sous-section 1). D'autant plus, qu'au-delà de sa représentativité quantitative, ce montage est également représentatif qualitativement dans l'usage excessif que fait la soft law du dépeçage. Un excès que nous avons déjà exploré succinctement en l'illustrant par la combinaison d'une règle malikite en dehors de son champ d'application avec une règle chafiiite également en dehors de son champ d'application²⁸⁸². C'est donc cette représentativité de la Mourabaha bancaire, aussi bien sur le plan quantitatif que sur le plan qualitatif, qui nous ouvrira

²⁸⁷⁵ Désignation courante de la facilité de caisse.

²⁸⁷⁶ SHATIBI ابراهيم الشاطبي et BEN HASAN AL-SALMAN بن حسن آل سلمان, *op. cit.* (note 29), p. 124 et surtout 127-131, v. 3.

²⁸⁷⁷ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 151 de la Maison de financement du Koweït.

²⁸⁷⁸ *Ibid.*, Fatwa n° 165 de la Maison de financement du Koweït.

²⁸⁷⁹ *Ibid.*, Fatwa n° 264 de la Maison de financement du Koweït.

²⁸⁸⁰ *Ibid.*, Fatwa n° 166 de la Maison de financement du Koweït.

²⁸⁸¹ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 168.

²⁸⁸² Voir supra § 314.

la voie à l'appréciation globale de la conformité des financements offerts par les banques islamiques (sous-section 2).

Sous-section 1. Évaluation spécifique de la Mourabaha

579. **Problématique de l'analyse de la Mourabaha bancaire.** L'analyse de la Mourabaha au donneur d'ordre exige à la fois une approche descriptive et une approche comparative. En effet et avant d'apprécier sa conformité, l'objectivité impose d'expliquer d'abord ce montage tel qu'il est normalisé par l'AAOIFI et pratiqué par les banques islamiques (A). Ensuite, nous pourrions approcher son fondement de soft law d'une façon comparative, en le Qualifiant dans chacun des quatre rites de hard law (B).

A. Descriptif du montage

580. **Composantes du montage.** Dès le premier paragraphe de sa norme n° 8²⁸⁸³, l'AAOIFI indique que cette opération s'envisage en présence d'un donneur d'ordre d'achat et que la norme traitera des garanties « telles que la promesse unilatérale d'achat, le hânich jiddiya et les garanties des obligations nées de la Mourabaha ». La norme définit les phases du montage de ce mode de financement en commençant par (i) la manifestation de volonté de l'acheteur client de la banque suivie, éventuellement, par (ii) la promesse unilatérale d'achat après un avis favorable de la banque à la manifestation de volonté précitée. Ensuite, la réalisation commence par (iii) la première Vente à la banque par le fournisseur initial, avec paiement à court terme voire au comptant, précédant (iv) la Vente finale de la même chose par la banque à son client donneur d'ordre, avec paiement à moyen ou long terme. Typiquement, la démarche de ce montage peut se détailler de la façon suivante :

- C'est une simple demande à la banque (i), traduisant la volonté de son client, qui initie le processus. Contrairement à la promesse unilatérale qui sera conclue par la suite, cette demande d'achat n'est jamais engageante (§ 2.1.3 de la norme) ; elle permet simplement à la banque d'étudier le dossier avant de formuler sa décision, favorable ou défavorable. Outre l'intérêt commercial évident de la banque, le respect de certaines conditions intervient dans cette décision du banquier islamique.
- Au cas où la banque souhaiterait donner un avis favorable à la demande précitée, (ii) la promesse unilatérale d'achat est pratiquement toujours signée par le client bien qu'elle

²⁸⁸³ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards, op. cit.* (note 1475), p. 221-229.

ne fasse pas partie « des conditions essentielles pour la validité du contrat de Mourabaha²⁸⁸⁴ ». Souvent, pour les clients habituels de la banque, cette promesse est signée en même temps²⁸⁸⁵ que la demande initiale du client en faisant référence²⁸⁸⁶ à un contrat cadre déjà signer. Ce dernier, dont l'objectif étant de faciliter l'aspect contractuel des opérations répétitives, fixe une enveloppe globale et une date limite ainsi que certaines conditions pour ces opérations. En revanche, un tel contrat cadre ne doit pas spécifier la ou les choses à acheter pour éviter sa Qualification en contrat de Vente inconforme à ce stade²⁸⁸⁷.

- La phase de réalisation, mise en œuvre après la conclusion de la promesse unilatérale précitée, est composée de deux Ventes de la même chose, la première (iii) par le fournisseur originaire à la banque et la seconde (iv) par cette dernière au destinataire final client de la banque. La différence des délais de paiement de ces deux Ventes est le véritable objet de l'opération qui est le financement de l'achat de la chose acquise par le client par sa banque. En effet, la première Vente au profit de la banque est réglée à un terme très court convenu avec le fournisseur initial alors que la Vente finale par la banque est payée à un terme plus long répondant au besoin de financement de son client.

Outre le risque de crédit classique pour toute opération payée à terme, ce montage de la Mourabaha bancaire devrait générer théoriquement des risques supplémentaires ; c'est donc contre ces deux types de risques que la banque islamique adopte des moyens de protection.

581. Garanties préalables de la banque. C'est probablement la qualité des relations entre la banque et son débiteur qui justifie l'aval du Charia Board pour la réalisation d'une Mourabaha captive avec un client qui est le seul à pouvoir racheter le genre de biens objet de la Mourabaha ; toutefois, cet aval n'est pas unanime avec un membre du comité marquant son opposition²⁸⁸⁸. Dans une telle situation et sans que ce soit une obligation de la norme, la banque *peut* même se passer de la promesse unilatérale préalable. Dans le cas contraire où la

²⁸⁸⁴ Outre l'AAOIFI, cette promesse unilatérale d'achat est confirmée par la Fatwa n° 5/10 du comité charia unifié d'Al-Baraka ainsi que la Fatwa n° 1.2 de la maison de financement du Koweït : voir Ezzedine KHOJA عز خوجة, [Opérations de financement islamique] عمليات التمويل الإسلامي, Tunisie : Imtithal, 2017, p. 44.

²⁸⁸⁵ *Ibid.*, p. 31 et 34.

²⁸⁸⁶ La traduction française « promesse ... ou le contrat cadre » semble erronée au regard du texte original anglais « promise ... and the related contractual framework ». Ce « related framework » est le même contrat cadre libellé dans l'annexe B « the general agreement to a contract of Murabahah » : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards, op. cit.* (note 1475), p. 203 et 2017, § 2/3/2 et annexe B.

²⁸⁸⁷ KHOJA عز الدين, *op. cit.* (note 2884), p. 60.

²⁸⁸⁸ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 305 de la Maison de financement du Koweït.

banque décide de conclure cette promesse, il faudrait simplement veiller à ce que la promesse conserve sa qualification d'unilatérale en évitant de devenir synallagmatique ; cet aspect unilatéral n'étant pas contradictoire avec les engagements de garanties de l'acheteur en faveur de la banque. Ainsi, l'acheteur peut conclure un acte séparé²⁸⁸⁹ garantissant, par porte-fort, l'exécution des obligations²⁸⁹⁰ envers la banque du vendeur initial s'il est choisi par l'acheteur²⁸⁹¹. Ces garanties peuvent également concerner l'indemnisation des pertes subies par la banque, sur la base de ses coûts sans inclure sa marge²⁸⁹², en cas d'inexécution de la promesse par refus du client de conclure le contrat de la Vente finale. La mise en œuvre d'une telle garantie se fera par prélèvement direct sur des actifs déterminés du client bloqués à la banque jusqu'au dénouement de l'opération de financement. Les actifs ainsi bloqués, appelés « hânich jiddiya », sont des dépôts²⁸⁹³ relevant de l'un des deux types : « une fiducie sûreté de garde²⁸⁹⁴ sans investissement, ou une fiducie gestion autorisant l'investissement par l'institution bancaire en tant que commandité sur la base d'un contrat Moudaraba ». Pour la norme, que l'actif bloqué soit de garde ou d'investissement, le « hânich jiddiya ne constitue pas un arboun » au sens d'acompte lié au contrat de la Vente finale de la chose par la banque à l'acheteur²⁸⁹⁵. À ces garanties préalables, la banque peut ajouter d'autres par la suite.

582. Garanties ultérieures de la banque. La période de signature de la promesse est souvent celle où les garanties préalables de la banque sont sécurisées alors que la conclusion de la Vente finale représente l'occasion pour conclure les garanties ultérieures, comme la remise de billets à ordre, ou le cautionnement. La banque peut également obtenir de son client un mandat de Vente associé à un gage ou une sûreté réelle afin que la banque ne soit pas dépendante dudit client en cas de sa défaillance. Traduisant la licéité en soft law de l'avance non remboursable²⁸⁹⁶, la banque peut également exiger un acompte *Arboun* qui lui sera acquis, totalement ou partiellement, en cas de refus de son client de respecter ses obligations. À cet

²⁸⁸⁹ Cet acte doit être unilatéral car s'il est inclus dans une convention synallagmatique, l'engagement de garantie sera réputé non écrit et la convention demeure valable : voir *Ibid.*, Fatwa n° 233 de la Maison de financement du Koweït.

²⁸⁹⁰ À l'exception du risque du transport de la chose.

²⁸⁹¹ Cette garantie permet la réparation par le client de l'éventuel préjudice subi par la banque à cause du fournisseur ; cependant, le client ne sera pas tenu par sa promesse d'achat si la marchandise ne correspond pas à l'objet de ladite promesse : voir SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 63, 202 et 224 de la Maison de financement du Koweït.

²⁸⁹² KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2884), p. 89.

²⁸⁹³ Amanah

²⁸⁹⁴ Hifdh

²⁸⁹⁵ Alors que pour les malikites, les hânich jiddiya ne peuvent constituer que des Arrhes remboursables démontrant le sérieux pendant la période de négociation du prix (voir supra § 513) ou la période d'exercice d'une option d'achat.

²⁸⁹⁶ N° 72 (3/8) du conseil académique de fiqh : voir AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 113.

effet, une clause est incorporée dans le contrat de cette Vente finale permettant à la banque, en cas de refus de la réception de la chose par son client, de résoudre ladite Vente ou de représenter son client afin de Vendre à un tiers la chose, dont la prise de possession est refusée par ledit client. Celui-ci supportera alors tout coût relatif à cette Vente au tiers, qui se cumulera avec le manque à gagner par rapport au prix de la Vente, comprenant la marge de la banque²⁸⁹⁷. De plus et en cas de réception de la chose par le client, le contrat de la Vente finale peut stipuler que tout retard de paiement d'une échéance entraîne la déchéance du terme²⁸⁹⁸ et déclenche des pénalités à payer aux œuvres caritatives. Alternativement, la banque peut disposer d'un pouvoir lui permettant de revendre la chose à un tiers en retenant sur le prix ce que son client lui doit. Toutefois et face à la concurrence de la banque conventionnelle, ces garanties de nature à rendre la banque islamique protégée des risques ne sont qu'une facette de la réussite de son activité car, en dépit de son label islamique, la compétitivité de ses frais de transactions demeure un facteur majeur en termes de part de marché.

583. Problématique de la réduction des frais de transactions. Comme ce montage de Mourabaha bancaire implique la réalisation de deux Ventes, au lieu d'une seule en financement conventionnel, ses frais de transactions sont plus élevés. C'est pour cela que souvent la pratique adopte la flexibilité, prévue par la norme « en cas de besoin urgent », autorisant le client de la banque d'agir en tant que mandataire, agent ou commissionnaire, de la banque²⁸⁹⁹. Contact usuel du fournisseur initial, le client peut alors réaliser la première Vente, à laquelle il n'est pas partie, notamment en prenant possession de la chose au nom de la banque. Ensuite et pour la réalisation de la Vente finale, il sera le seul acteur en représentant la banque, en tant que vendeuse, et lui-même en tant qu'acheteur. Pour apprécier cette flexibilité, notons le terme « en principe » utilisé par la norme dans ses spécifications de la première Vente : « en principe, les documents et contrats établis au moment de la conclusion du contrat d'achat du bien doivent être au nom de l'institution. Ils ne doivent pas être établis au nom du client, même si ce dernier est son mandataire ». Cette flexibilité est tellement dépassée en pratique qu'elle a fini par gommer le peu de différence formelle avec un contrat de crédit conventionnel, le rôle de la banque étant réduit à régler une facture émise par le fournisseur initial au nom de son

²⁸⁹⁷ KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2884), p. 89.

²⁸⁹⁸ La banque pouvant renoncer à une partie du prix mais cette faculté ne doit pas être stipulée dans le contrat de vente : voir AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 105, § 5.9.

²⁸⁹⁹ Ce mandat est fondé sur la résolution n° 13 (1/3) de l'AIFI : voir KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2884), p. 67.

client²⁹⁰⁰. Notons également les termes « peuvent » et « préférable » quand la norme ajoute que « les deux parties peuvent convenir de recourir au contrat de commission à l'achat ; le commissionnaire agit en son propre nom pour le compte de l'institution (le commettant). Néanmoins, il est préférable que sa qualité soit apparente ». La « délivrance fictive » de la première Vente par la simple remise de documents²⁹⁰¹ transférant le pouvoir de disposer de la chose, donc sa prise de possession, est une autre flexibilité autorisée par la norme permettant de conclure la Vente finale immédiatement et d'écourter ainsi le laps de temps où la banque assume le risque commercial de la chose.

584. Réduction du risque de la banque. La réduction de risque commercial, que nous venons de mentionner, est problématique car c'est l'existence de ce risque commercial qui caractérise juridiquement la Vente par rapport à un prêt rémunéré. C'est pour cela que la *soft law* prévoit de laisser « écouler une période » entre le moment du transfert du risque de la chose à la banque et le moment où elle transfère ce même risque à son client ; toutefois, la Norme laisse l'appréciation de cette période à la banque sans fixation d'un minimum. Souvent et en usant des deux premières annexes de la Norme, les banques réduisent ce laps de temps au point de le rendre quasi-nul²⁹⁰². En effet, l'annexe A de la Norme est signée par le client de la banque, d'une part en tant que mandataire de la banque pour la notification de la prise de possession, souvent fictive, de la première Vente et, d'autre part, en tant qu'acheteur formulant auprès de sa banque une offre d'achat relative à la seconde Vente. Quant à l'annexe B, signée par la banque, elle est une acceptation de l'offre d'achat formulée dans l'annexe A, permettant de former le contrat de Vente finale qui transmet au client de la banque la propriété et le risque de la chose. C'est sur cette base que s'organise alors le transport de la chose et sa livraison directe à son destinataire final, qui n'est autre que le client de la banque²⁹⁰³. Outre cette façon de procéder et au lieu de mandater son propre client, la banque peut donner mandat pour réaliser la Vente finale au fournisseur initial²⁹⁰⁴, souvent quand celui-ci est un commerçant local. Quelle

²⁹⁰⁰ AL-WATHEK ATA AL-MANNENE MOHAMED الوائى عطا المنان محمد أحمد [Le contrat Mourabaha : conditions charaïque, sa pratique par les banques avec les erreurs de mise en œuvre] عقد المراجعة ضوابطه الشرعية وصياغته المصرفية وانحرافات التطبيقية, [s.l.] : [s.n.], 2011, p. 32-33. URL : <https://shamela.ws/rep.php/book/3950>. Consulté le 24 août 2020.

²⁹⁰¹ À titre d'exemples, sont considérés comme documents suffisants « des documents de transport en matière de vente internationale de marchandises, ainsi que la remise des certificats de dépôt identifiant la marchandise dans les entrepôts du vendeur établis sous une forme appropriée et fiable » : voir AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 102, § 3.2.4 ; Résolution n° 53 (4/6) de l'AIFI : voir KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2887), p. 71.

²⁹⁰² « Même de quelques secondes » mais pas nul comme dans le cas de livraison d'énergie électrique ou de kérosène, une telle livraison ne pouvant être financée par murabaha : voir KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2884), p. 69.

²⁹⁰³ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 54 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁰⁴ KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2884), p. 67.

que soit sa période de prise de risque sur la chose, la banque pourra souscrire une assurance, islamique si possible²⁹⁰⁵, puis récupérer le coût de la prime dans le prix de la Vente finale à son client. Enfin et moyennant une clause, insérée dans le contrat de la vente finale, la banque peut s'exonérer de toute garantie²⁹⁰⁶ des vices de la chose, due à son client acheteur après le transfert final de la propriété de ce bien²⁹⁰⁷. Cet arsenal réducteur du risque commercial justifie encore plus l'impression de gommage du peu de différence formelle entre ce montage et un contrat de crédit conventionnel²⁹⁰⁸. Cette impression peut se renforcer encore plus en évaluant la proximité du mode de rémunération de la banque islamique par rapport au mode de la banque conventionnelle.

585. Rémunération de la banque. Dans ce montage de Mourabaha bancaire, le financement de la banque peut être rémunéré en référence à un indice mentionné dans la promesse, comme le Libor, dont le taux sera connu ultérieurement à la promesse mais avant la conclusion de la Vente définitive²⁹⁰⁹. Ainsi et compte tenu de la faiblesse du risque résiduel additionnel, induit par l'achat et la revente de la chose par la banque, ce financement de la banque islamique est corrélé avec le coût du crédit conventionnel tout en étant, souvent, plus proche de la fourchette haute de ce coût à cause de certains éléments supplémentaires de coût de transaction. Ce taux de marge est appliqué à une assiette correspondant soit au coût direct, selon le rite malikite, soit au coût complet comprenant le coût direct et le coût indirect selon la majorité des autres rites²⁹¹⁰. En cas de relations commerciales établies de longue date avec le fournisseur initial, il arrive que ce dernier accorde en fin de période à la banque, donc après la réalisation de la Mourabaha, une ristourne²⁹¹¹ désignée dans le langage commercial par « RFA²⁹¹² ». Dans une telle situation, l'assiette devra être corrigée en conséquence rétroactivement si la ristourne est considérée comme possible lors de la Mourabaha ; autrement, la banque ne doit rien à son client²⁹¹³. En résumé, les flexibilités offertes par la soft law au montage de Mourabaha au donneur d'ordre permettent largement la mise en œuvre de la

²⁹⁰⁵ Avis n° 4 et 8 de la Banque islamique du Qatar et n° 4 et 21 de la Banque islamique de Dubai : voir *Ibid.*, p. 74.

²⁹⁰⁶ C'est la Vente non garantie ou « Bai'-al-bara'aa » : voir AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 104, § 4.9 ; Cette exonération de garantie demeure possible même si le client n'a pas examiné la marchandise mais a conclu la Mourabaha sur la base d'un descriptif suffisant de la marchandise : voir SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2018), Fatwa n° 61 et 130 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁰⁷ AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 95 à 117.

²⁹⁰⁸ Voir § précédent.

²⁹⁰⁹ AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 103, § 4/6 ; KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2884), p. 83.

²⁹¹⁰ KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2884), p. 84.

²⁹¹¹ *Ibid.*, p. 87.

²⁹¹² Ristourne de fin d'année.

²⁹¹³ Norme comptable de l'AAOIFI n° 2 (2/2/3) : voir KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2884), p. 88.

stratégie marketing « *me too* » ouvrant à la banque islamique, par copiage de son concurrent conventionnel, l'accès à une part de marché. Cependant, ce copiage ne suffit pas à sécuriser cette part du marché bancaire car, comme tout nouvel acteur essayant de pénétrer un marché, la banque islamique aura besoin également d'une stratégie marketing de « *différentiation* » qui est favorablement servie par le label de conformité islamique. Agissant comme signe distinctif de la banque islamique dans le marché bancaire, ce label *islamique* nécessite évidemment certaines conditions que la soft law a normalisées.

586. Conditions posées par la soft law. Pour mériter le label *islamique* de l'AAOIFI, la banque islamique doit respecter certaines Interdictions et Obligations. Ainsi, il est Interdit de réduire le montant des échéances pour paiement anticipé²⁹¹⁴. Il est également Interdit que la banque achète au comptant un stock de marchandises appartenant à son client qui devient son mandataire pour vendre ce stock en garantissant le montant et le délai de recouvrement du produit de la vente²⁹¹⁵. Cette Interdiction se base sur le fondement général que l'obligation du mandataire est toujours une obligation de moyen et non de résultat²⁹¹⁶. De même, le fondement de la prohibition de la « Vente *Înah* » Interdit que le fournisseur initial d'une Mourabaha bancaire soit lui-même le client donneur d'ordre de la banque afin d'éviter que la chose ne fasse l'objet d'un aller-retour de propriété par vente-rachat²⁹¹⁷. La découverte ultérieure de la violation de cette condition de validité, par la banque, entraîne la nullité de l'opération. En revanche et conformément à la « Fatwa n° 55 de la banque Kuwait Finance House », quand la chose appartient à un membre de la famille du client, l'opération est simplement Indésirable²⁹¹⁸ et ne sera interdite que si elle « ne constitue qu'un artifice pour réaliser une Vente *Înah* ». Ce principe de l'*Înah* tel que retenu par l'AAOIFI est surtout pertinent pour des montages élaborés, comme le Tawarruq, que nous examinerons dans la dernière sous-section après l'examen du fondement de ce montage de la Mourabaha bancaire.

B. Fondement du montage

587. Fondement principal retenu par l'AAOIFI pour valider la promesse ferme. L'annexe D de la Norme 8, dédiée aux fondements, commence par définir la Mourabaha

²⁹¹⁴ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 99 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹¹⁵ *Ibid.*, Fatwa n° 225 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹¹⁶ *Ibid.*, Fatwa n° 239 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹¹⁷ Voir § 2.2 de la Norme.

²⁹¹⁸ C'est, même, simplement Permis pour certains : voir CONSEIL DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE AFFILIÉ À LA LIGUE ISLAMIQUE MONDIALE, « [Décision de la 17ème édition : Le tawarruq comme il est pratiqué actuellement par certaines banques islamiques] », 2003, p. 370 des études. URL : <http://www.themwl.com/Bodies/Decisions/default.aspx?d=1&did=26&l=AR>. Consulté le 7 octobre 2017.

en distinguant la « Mourabaha courante », sans promesse préalable, de la « Mourabaha bancaire » ou « Mourabaha au donneur d'ordre », avec une telle promesse. L'AAOIFI retient deux textes coraniques comme fondements généraux de sa norme. Le premier texte est celui constituant le fondement général du droit de la Vente et du droit de l'Usure²⁹¹⁹; quant au deuxième, il confirme la liberté d'entreprendre en ces termes :

« *Il n'est pas interdit de rechercher quelques faveurs de votre seigneur*²⁹²⁰ ».

Le terme « faveurs » de ce dernier texte est interprété pour couvrir, entre autres, le bénéfice de l'acte de Vente notamment celle du montage de la Mourabaha bancaire. Au-delà de ces textes généraux et concernant la force obligatoire de la promesse unilatérale non assortie de droit de rétractation, l'AAOIFI retient dans l'annexe de sa Norme les textes du fondement général du respect des engagements et promesses. Plus spécifiquement et parmi les arguments de son étude détaillée²⁹²¹, l'AAOIFI choisit de baser sa Norme sur les avis de l'AIFI, de la Maison de financement du Koweït²⁹²² et de la Banque islamique du Qatar²⁹²³. Cependant, dans son avis précité, l'AIFI pose comme condition que la banque (i) assume le risque de la chose avant sa Vente Mourabaha et (ii) qu'elle supporte la garantie des vices de la chose après ladite Vente²⁹²⁴. Or ces deux conditions sont systématiquement violées par la majorité des banques islamiques qui adoptent la pratique généralisée de la revente instantanée et imposent les clauses supprimant, quasiment, toute responsabilité de la banque vis-à-vis de son client acheteur de la chose. Tout aussi remarquable est la recommandation de l'AIFI dans cet avis pour que les banques islamiques ne « s'engouffrent » pas dans la Mourabaha pour en faire leur principal mode de financement mais qu'elles favorisent le financement de l'économie à travers des opérations en fonds propres, Moucharaka ou Moudaraba. À notre sens, ceci montre sans équivoque que l'avis favorable de l'AIFI à ce montage est motivé par la Nécessité. Quant à la banque islamique « Maison de financement du Koweït », elle considère que la promesse est engageante tant que son objet ne contredit pas une règle connue²⁹²⁵ tout en préférant ajouter la

²⁹¹⁹ Voir supra § 500.

²⁹²⁰ Verset 198 sourate la vache : voir AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 111.

²⁹²¹ AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 3276 et s, notamment 3287-3299, v. 4.

²⁹²² Kuwait Finance House.

²⁹²³ Respectivement, résolution du conseil académique de fiqh n° 40-41 (2/5, 3/5), Fatwa n° 49 et Fatwa n° 08 : voir AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 111.

²⁹²⁴ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020) ; ACADÉMIE INTERNATIONALE DU FIQH ISLAMIQUE مجمع الفقه الإسلامي الدولي, « [Résolution relative à la promesse et à la murabaha pour le donneur d'ordre d'achat] », 1988. URL : <http://www.iifa-aifi.org/1751.html>. Consulté le 6 octobre 2017.

²⁹²⁵ En se basant sur Ibn Chubruma (contemporain des fondateurs des écoles hanafite et malikite, ce Diligent semble plus proche de cette dernière) : voir SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2018), Fatwa n° 2 de la Maison de financement du Koweït.

condition malikite du contrat unilatéral non lucratif²⁹²⁶ exigeant l'engagement du bénéficiaire comme conséquence de la promesse. De leur côté, les études justificatives de l'AAOIFI, considèrent que cette opération liant la promesse à la Vente Mourabaha fait partie des exceptions des opérations liées autorisées conformément à l'usage courant commercial et bancaire. Citant l'avis précité de l'AIFI, ces études retiennent que la dissociation des actes de promesse et de Vente dans la Mourabaha entraînera, à l'évidence, la non réalisation de l'objectif de l'opération et causera un préjudice énorme à, au moins, l'un des contractants²⁹²⁷. Un tel préjudice, toujours selon cet avis de l'AIFI, donne droit à réparation et non pas à l'exécution forcée ; cette dernière sanction n'étant applicable qu'à l'inexécution d'un contrat et non pas à celle d'une promesse²⁹²⁸. Toutefois et pour éviter la présomption de l'Usure, certains avis juridique comme celui d'al Baraka recommandent, sans que ce soit obligatoire, que la promesse unilatérale soit inversée avec un engagement de la banque en faveur de son client qui aurait la possibilité de se désister²⁹²⁹. D'autres avis comme celui de la Maison de financement du Koweït, souhaitant éviter cette même présomption, préconisent la possibilité d'opter pour la substitution de la promesse préalable en se protégeant du risque d'inexécution du client par l'introduction d'un délai de rétractation dans leur contrat d'achat de la chose avec le fournisseur initial²⁹³⁰. Par ailleurs, les études de l'AAOIFI présentent une analyse fine de la pratique, allant au-delà de ce qui est écrit et tenant compte du fond, qui requalifie la promesse unilatérale initiale en promesses synallagmatiques, croisées. Celle-ci constitue alors un contrat de Vente pourvu d'une condition suspensive à la charge de la banque qui doit acheter au préalable la chose selon les stipulations convenues²⁹³¹. D'ailleurs, consciemment ou inconsciemment, certains utilisent les termes de promesse synallagmatique au lieu de promesse unilatérale²⁹³². C'est aussi ce qui transparaît de certaines Fatwas de la Maison de financement du Koweït qui reconnaissent l'existence de promesses croisées tout en considérant que la promesse de la banque est non

²⁹²⁶ *Ibid.*, Fatwa n° 5 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹²⁷ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, op. cit. (note 2642), p. 1825-1826.

²⁹²⁸ KHOJA عز الدين، *خوذة*, op. cit. (note 2884), p. 44.

²⁹²⁹ *Ibid.*

²⁹³⁰ *Ibid.*, p. 45.

²⁹³¹ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), [Études des normes de l'AAOIFI] 4/4 دراسات المعايير الشرعية *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah: al-naṣṣ al-kāmil lil-buḥūth wa-al-dirāsāt allatī quddimat tamhīdan li-i'dād al-ma'āyir al-shar'īyah* 1-45, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 1437 2015 (vol. 4/4), p. 3381-3384.

²⁹³² Fatwa séminaire al Baraka n° (9/9) : voir KHOJA عز الدين، *خوذة*, op. cit. (note 2884), p. 80.

engageante²⁹³³ alors que celle du client l'est²⁹³⁴. En tout état de cause, si la promesse unilatérale est requalifiée en contrat de Vente, cela voudra dire que la banque a vendu dès le début la chose qu'elle ne possède pas encore. Or justement, c'est ce que la norme d'AAOIFI cherche à éviter car l'opération sera alors régie par le principe général d'Interdiction de ce genre de vente s'il s'agit de chose Désignée²⁹³⁵. Autrement et si la chose est Décrite, nous serons tentés de rajouter qu'une telle Vente relèvera alors du Salam qui n'accepte que le versement d'avance du prix²⁹³⁶ ; ce qui n'est manifestement pas le cas de la Mourabaha bancaire. Ainsi et du point de vue de la hard law, l'appréciation de la justification charaïque avancée par l'AAOIFI semble de plus en plus problématique.

588. Précédent de hard law applicable au montage de l'AAOIFI. Sur la forme, on constate une divergence avec la hard law sur la nomenclature choisie par l'AAOIFI, surtout au niveau de la dénomination « Mourabaha bancaire » qui est une opération étudiée dans la hard law des quatre rites et nommée autrement²⁹³⁷. Ce qui rend inopérant l'argument de soft law disant qu'il s'agit d'une nouvelle situation juridique profitant du principe de maintien du caractère Facultatif originel de toute action et que, donc, c'est à celui qui lui attribue un autre caractère d'apporter la preuve²⁹³⁸. Un argument réfuté parce que précisément il s'agit d'une opération ancienne déjà étudiée par les jurisprudences de hard law. Un tel argument est également erroné dans son principe car « toute situation juridique est soumise aux principes généraux de droit dont le champ d'application couvre une telle situation » comme le dit Sellami. Cependant et pour prévenir le chercheur en quête de la jurisprudence applicable à cette opération, ce dernier auteur ajoute « chercher le régime de l'opération de la Mourabaha au donneur d'ordre dans les règles de la Mourabaha sera infructueux ... bien que cette opération ne soit pas nouvelle, sa seule nouveauté étant sa dénomination *Mourabaha*²⁹³⁹ ».

589. Interdiction unanime des quatre rites sunnites du montage de l'AAOIFI. Ce montage de Mourabaha au donneur d'ordre nous a servi dès le début comme une illustration de l'usage, inapproprié en hard law, du dépeçage par la soft law. Nous avons alors fait

²⁹³³ En fait, l'opinion juridique est subtile car elle retient que la promesse de la banque ne lui est pas opposable devant les juridictions et donc non sanctionnable : voir SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 140 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹³⁴ *Ibid.*, Fatwa n° 125 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹³⁵ KHOJA عز الدين، *خوذة*, *op. cit.* (note 2884), p. 43.

²⁹³⁶ Voir supra § 552. Enfin, une autre Qualification possible serait de considérer la banque comme mandataire du fournisseur initial, mais ceci l'exclut de ce montage en tant que partie.

²⁹³⁷ Cette divergence apparaît également, mais d'une façon partielle, dans la dénomination « Înah » dont la définition retenue par l'AAOIFI n'est pas partagée par tous les rites : voir infra § 594.

²⁹³⁸ CHARIA BOARD DE BISB « BAHRAIN ISLAMIC BANK », *op. cit.* (note 66), p. 26.

²⁹³⁹ SELLAMI محمد مختار السلاوي، *op. cit.* (note 1777), p. 243, 30.

l'hypothèse que ce montage sera Qualifié d'Înah Interdite dans le malikisme et, qu'indépendamment de la dénomination que donnent les rites à ce montage, le hanafisme ainsi que le hanbalisme sont d'accord avec le malikisme pour invalider la Vente finale de ce montage. Quant au chafiisme, il invalide également ce montage mais non pas à cause de l'invalidité de sa Vente finale mais à cause de l'invalidité de sa promesse initiale qui ne reconnaît pas un droit de rétractation au prometteur. En résumé, cette hypothèse aboutit alors à une unanimité des quatre rites pour Interdire et invalider ce montage désigné de Mourabaha bancaire par l'AAOIFI²⁹⁴⁰. Cette hypothèse a connu une confirmation de la règle générale, partagée par les trois rites précités Interdisant ces montages pour Cause d'Usure, quand nous avons étudié le corpus de droit de Malik et, plus précisément, l'une des jurisprudences de fondement de l'Interdiction des montages caractérisés par l'Usure de subterfuge²⁹⁴¹. Puis, nous avons expliqué que pour le rite restant, le chafiisme, la Cause d'Interdiction de ces montages n'est pas l'Usure de subterfuge, mais l'Incertitude contractuelle²⁹⁴². Celle-ci provient, dans ce rite, de la Qualification de la promesse sans droit de rétractation en contrat de Vente ; or et en l'absence de la propriété de la chose, une telle Vente est Invalide pour Cause d'Incertitude dans le chafiisme. Comme à son habitude, ce dernier rite utilise peu la source du Moyen qui a mené les trois autres rites à retenir la Cause d'Usure de subterfuge ; mais ceci ne l'empêche pas de rejoindre le consensus débouchant sur l'unanimité sunnite de l'Interdiction de la Mourabaha bancaire qui n'offre aucun droit de rétractation au futur acheteur²⁹⁴³. En référence au régime général malikite de la promesse²⁹⁴⁴, cette Interdiction de la Mourabaha bancaire se situe au niveau de la promesse Înah qui précise les prix d'échéances différentes des deux Ventes du montage. C'est sur la base de ce flux de fonds, similaire à celui d'un prêt rémunéré, que se comprend le recours à la source du Moyen, fondant l'Usure de subterfuge, qui n'apprécie un tel montage de plusieurs Ventes liées que par ce que donne et reçoit finalement chaque

²⁹⁴⁰ Voir supra § 314.

²⁹⁴¹ Voir supra § 346.

²⁹⁴² Voir supra § 543.

²⁹⁴³ Le malikisme va même plus loin en Interdisant la Mourabaha précédée d'une promesse avec droit de rétractation mais précisant le gain de celui qui finance l'opération. Voir supra § 545 et HIMADI عبد الله الجمادي, *op. cit.* (note 1575), p. 436-442 ; GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, *فتاوى المعاملات الشائعة*, *op. cit.* (note 1502), p. 20 ; GHARIANI الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, [Les conditions de Diligence chez les malikites dans le droit des relations] *المعاملات في فقه المالكية عند الاجتهاد*, *op. cit.* (note 1105), p. 43 ; GHARIANI مدونة الفقه المالكي وادلته [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements], الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, *op. cit.* (note 1341), p. 102-103.

²⁹⁴⁴ Voir supra § 545.

contractant d'une façon consolidée²⁹⁴⁵. C'est cette analyse malikite qui est partagée par le hanafisme et le hanbalisme, contrairement au chafiisme ; cependant cette différence d'analyse ne change rien à l'unanimité d'Interdiction et d'invalidité du montage de la Mourabaha bancaire sans droit de rétractation, sans aucune divergence dans la codification des quatre rites. L'article de Guney est l'un des articles, les plus diplomatiques dans son étude de l'état des lieux pour la Mourabaha bancaire moderne, reconnaissant cette convergence entre les quatre rites pour Interdire la Murabaha au donneur d'ordre²⁹⁴⁶. Une telle divergence entre rites n'apparaîtrait que si un jour l'AAOIFI décidait de se conformer à la hard law, en imposant un droit de rétractation Obligatoire pour le client de la banque valable quand cette dernière, après avoir réalisé la première Vente auprès du fournisseur initial, sollicite ledit client pour la conclusion de la Vente finale. Cependant et même dans ce cas, la divergence ne portera pas sur la validité mais sur l'éventuelle Interdiction ; ces deux notions peuvent se dissocier dans certains cas où l'Interdiction ne prend qu'une valeur purement religieuse, sans affecter la validité qui demeure intacte devant le juge. Ce cas de figure hypothétique est donc celui où ce montage de Mourabaha au donneur d'ordre serait bâti sur une promesse avec droit de rétractation et que le donneur d'ordre, en l'occurrence le client de la banque, choisirait de ne pas exercer son droit de rétractation en concluant la Vente finale selon les termes de la promesse préalable. Cette Vente finale serait alors Permise par le chafiisme mais Interdite par le malikisme car la promesse précisait préalablement les prix et les échéances des deux Ventes du montage ; en revanche et sur le plan de la validité, l'Interdiction malikite n'empêche pas ce rite de valider la Vente finale, et donc le montage dans son ensemble, comme le chafiisme. C'est cette divergence, purement religieuse et sans aucun effet sur la validité des actes, qu'expliquent clairement les commentateurs de Khalil dans la jurisprudence codifiée²⁹⁴⁷ et qu'exprime, en langage moderne, l'auteur contemporain Ghariani que nous venons de citer. En effet et en respect à la divergence avec l'un des autres rite, en l'occurrence le chafiisme, le malikisme retient la validité d'un contrat Interdit si celui-ci est quand même conclu afin de favoriser la sécurité juridique au cas où les contractants sont de rites différents²⁹⁴⁸. Toutefois, il y a peu de chance que se confirme dans la réalité immédiate ce cas de figure hypothétique supposant que l'AAOIFI modifie sa

²⁹⁴⁵ Entre tous les contrats et entre toutes les parties liées : voir QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1053, § 194 ; GHARIANI الغرياني, *الصادق بن عبد الرحمن الغرياني*, [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements] مدونة الفقه المالكي وأدلته *op. cit.* (note 1342), p. 104.

²⁹⁴⁶ GUNÉY N, *op. cit.* (note 20), p. 502, 505.

²⁹⁴⁷ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 90, v. 3 ; AL-KHORACHI محمد الخرشبي et al., *op. cit.* (note 1848), p. 107, v. 5.

²⁹⁴⁸ Voir supra § 291.

Norme pour Interdire la promesse ferme, en dépit de sa généralisation dans la pratique des Mourabaha bancaires. D'ailleurs, c'est cet obstacle à l'évolution de l'AAOIFI, constitué par la généralisation de ce montage dans la pratique des banques islamiques, qui était gênant pour l'AIFI dans sa Fatwa initiale au regard des arguments précédents de l'Interdiction unanime en hard law.

590. Nécessité dérogatoire à l'Interdiction unanime de hard law du montage de l'AAOIFI. Le fait que les jurisconsultes à l'origine du fondement de l'AAOIFI posent certaines conditions, ou mettent en avant certaines Qualifications, laisse penser qu'en réalité c'est la Nécessité qui justifie leur avis autorisant la Mourabaha au donneur d'ordre. Cette dernière ne peut alors être Qualifiée que d'une dérogation temporaire, en considération de son Interdiction unanime en hard-law. Dans cette logique, si l'AIFI accorde la Mourabaha bancaire une dérogation temporaire pour cause de Nécessité, on comprendra sa gêne quand une telle dérogation devient la principale activité des banques et lorsque ce qui est censé être temporaire devient permanent. En effet et si on inclut les opérations connexes à la Mourabaha au donneur d'ordre²⁹⁴⁹, le pourcentage de ces montages dans l'activité bancaire va au-delà du taux de 80% avancé par Himeur²⁹⁵⁰, en dépassant largement les 90% dans la majorité des banques. Supportant la pratique contemporaine des banques islamiques, ce dernier auteur affirme qu'il « apparaît dès lors que la Mourabaha est historiquement un contrat suspect²⁹⁵¹ » alors que la réalité, que nous venons de documenter, montre que ce contrat est unanimement Interdit dans les rites sunnites depuis leurs fondations. Évidemment, « suspect » n'est pas la même chose que « unanimement Interdit » car ce dernier qualificatif indique qu'il y un *consensus général* sur le caractère d'Interdiction et que, par conséquent, le principe du précédent sunnite impose le respect de ce caractère par les jurisprudences ultérieures. Seul l'argument de la Nécessité peut alors autoriser temporairement une telle opération car *à l'impossible, nul n'est tenu*. De plus et tout en reconnaissant cet argument de Nécessité qui a une vertu explicative vis-à-vis du rite malikite, maître Himeur défend le libéralisme des auteurs de soft law menés par Youssef Qardaoui²⁹⁵². Selon notre appréciation, ce dernier allège les Conditions de Diligence retenu en

²⁹⁴⁹ Voir infra § 297.

²⁹⁵⁰ Voir supra § 578.

²⁹⁵¹ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 168.

²⁹⁵² *Ibid.*, p. 180 ; 604. Effectivement, beaucoup d'auteurs contemporains allant dans le sens de cette norme AAOIFI, réduisent l'analyse de la validité de la Mourabaha à celle de la promesse unilatérale en général. Comme cette dernière, conformément à la position malikite selon leur compréhension dans le cadre du dépeçage qu'ils utilisent, est liée à l'existence d'une cause pour ladite promesse ce qui est le cas dans la Mourabaha, la promesse du donneur d'ordre est donc valide et son inexécution doit donner lieu à réparation ce qui justifie la position de l'AIFI dans son avis précité. Ainsi, il faudrait juste s'assurer que l'unilatéralité de la promesse n'est pas perdue par une promesse de la banque dans l'autre sens ; la banque devrait donc toujours éviter tout engagement et

hard law, en adoptant un dépeçage excessif permettant de valider ce qui est, pour les rites, une Vente invalide pour Incertitude ou Usure. D'ailleurs cette dernière qualification est retenue par la jurisprudence anglaise qui a effectivement requalifié la Vente définitive de ce montage de Mourabaha bancaire en considérant sa rémunération de « *sums which were effectively interest upon the capital sums advanced* ». Cette jurisprudence du 1^{er} août 2003, a été confirmée en appel le 28 janvier 2004 dans un cas²⁹⁵³ auquel nous avons déjà fait référence²⁹⁵⁴. Sur cette base et dans l'hypothèse où la Holis serait engagée dans une Mourabaha bancaire par sa société de gestion, cette dernière serait alors bien embêtée de défendre le respect de sa convention de management devant un juge européen en cas de différend avec la Holis ou ses actionnaires. En effet et plus que dans le cas de cette jurisprudence anglaise, la Mourabaha bancaire sera immédiatement qualifiée en crédit à intérêt violant la charte de gestion de la Holis qui interdit ce genre de pratiques en des termes aussi précis que ce que nous préconisons dans cette thèse. On comprend alors pourquoi cette jurisprudence anglaise ne convient pas à un supporter de la Mourabaha bancaire comme maître Himeur. Dans son commentaire de ladite jurisprudence, ce dernier trouve qu'en « réalité, cette assimilation entre la Mourabaha et le prêt à intérêt est loin d'être convaincante et mal fondée²⁹⁵⁵ ». Ce soutien inconditionnel à la soft law paraît pourtant contradictoire avec le principe de la rémunération du capital basé sur le partage des profits et des pertes, un principe reconnu par tous y compris par maître Himeur qui le considère comme « la base même du système bancaire islamique²⁹⁵⁶ ». Ce soutien paraît également incohérent avec l'analyse de maître Himeur, en rapport avec les instructions fiscales française²⁹⁵⁷, disant que « sur le plan économique, le revenu du financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable, sur le plan fiscal, aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'un financement conventionnel²⁹⁵⁸ ». Pour notre part, nous partageons la requalification du juge anglais de la Mourabaha en crédit rémunéré par un intérêt en fonction du temps. C'est d'ailleurs l'avis d'un ensemble d'auteurs indépendants comme Muhammad ben Ibrahim al-Sheikh

rester détentrice d'une option de vente qu'elle peut ne pas exercer : voir Elyes DARDOUR *إلياس دردور*, [Vente *murabaha*] *بيع المرابحة: حقيقته، حجتيه، شروطه، ضوابطه، وتطبيقاته المعاصرة* [s.l.] : Librairie Tounes, 2015, p. 67 et 82-83.

²⁹⁵³ Voir § 38 et 61 de « *Beximco Pharmaceuticals Ltd v Shamil Bank of Bahrain EC* », [2004] APP.L.R. 01/28 (CA) ; [2004] EWCA Civ 19 ; [2004] 1 W.L.R. 1784 ; [2004] 4 All E.R. 1072 ; [2004] 2 All E.R. (Comm) 312 ; [2004] 2 Lloyd's Rep. 1 ; [2004] 1 WLUK 565 ; [2004] 1 C.L.C. 216 ; (2004) 101(8) L.S.G. 29.

²⁹⁵⁴ Voir supra §178.

²⁹⁵⁵ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 180.

²⁹⁵⁶ Voir supra § 539.

²⁹⁵⁷ À l'exception de ces instructions, nous n'avons trouvé qu'une jurisprudence française qui n'aborde pas l'essence de la Mourabaha mais simplement l'aspect de l'application des articles 2333 et s du Code Civil pour le gage sans dépossession au profit de la banque (Cass. Ass. Plén., 7 décembre 2015, n° 14-18.435 dont le jugement d'appel est CA Paris, 27 février 214, RG n° 13/03840) : voir contribution de Julien Couard dans MOULIN et al. (dirs.), *op. cit.* (note 35), p. 240-242.

²⁹⁵⁸ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 182.

Mubarak, commentateur de Dardir, Muhammad ben Atheymin, Abdalaziz ibn-al Baz, Bikt abou-Zayd, Muhammad Lachkar, Rafik al-Masri, Ali Salous, Hassan Amin et Sedik Dharir. À cette liste et outre le Comité permanent Saoudien de fatwa²⁹⁵⁹, Himadi rajoute même les Charia Boards de la Banque Rajhi et de Banque al-Bilad²⁹⁶⁰. Par conséquent, il nous paraît intenable de substituer la Nécessité en tant que fondement de la Mourabaha bancaire par le hasard caractérisant le dépeçage non encadré qui peut aboutir à n'importe quel résultat juridique, que ce soit dans le domaine économique ou d'autres domaines. C'est pourtant cette voie intenable qui est principalement utilisée par la soft law.

591. Substitution de la Nécessité par le dépeçage hasardeux justifiant la Mourabaha bancaire. Nous avons déjà évoqué l'effet désastreux de la pratique de l'allègement des Conditions de Diligence qui non seulement détruit le principe de précédent dans la jurisprudence sunnite mais ouvre la porte également à tout genre de risque²⁹⁶¹. Parmi les moyens de cette pratique figure le dépeçage non encadré pratiqué par la soft law pour ce montage de la Mourabaha bancaire, en occultant totalement ou partiellement l'argument de Nécessité que nous considérons comme le seul valable. Dans ce dépeçage, la validité de ce montage entre la banque islamique et son client dépend de la validité de chacun de ses deux actes juridiques composantes, qui sont la promesse initiale et la Vente finale au client²⁹⁶². On pourrait alors valider la Vente définitive et son caractère Facultatif sur la base du chafiisme qui, contrairement aux trois autres rites, peut reconnaître ce caractère Permis en présence d'un droit de rétractation inclus dans la promesse préalable, sans considérer la présomption d'Usure de subterfuge comme dans le malikisme. Ensuite et sans considérer le chafiisme, qui ne reconnaît en aucun cas le caractère ferme de la promesse, on adopte le malikisme qui reconnaît ce caractère, en occultant que cette reconnaissance est applicable au contrat unilatéral de libéralité dans certaines situations et non pas au montage de la Mourabaha au donneur d'ordre. Ainsi, ce dépeçage retient dans un rite la permission et la validité de la promesse, en occultant son appartenance à ce montage, et retient dans un autre rite la permission et la validité de la Vente définitive, en occultant également ce montage dans sa globalité. Défenseur de la Mourabaha bancaire, Qardaoui a été effectivement gêné par la critique de ce dépeçage jugé excessif à cause notamment de son utilisation du caractère malikite Obligatoire de la promesse comme composante dans un montage Interdit dans sa globalité par le même malikisme. Les critiques

²⁹⁵⁹ En arabe اللجنة الدائمة للإفتاء.

²⁹⁶⁰ HIMADI عبد الله الجمادي, *op. cit.* (note 1577), p. 476, 478-479.

²⁹⁶¹ Voir supra § 315, 532.

²⁹⁶² Avec entre ces deux actes un achat réalisé par la banque auprès d'un tiers.

demandaient alors à Qardaoui de choisir, dans sa justification juridique de la conformité de ce montage, entre retenir ou délaissier la jurisprudence malikite dans sa globalité. Or, délaissier totalement le malikisme posait un problème à Qardaoui car les jurisprudences codifiées des trois autres rites ne reconnaissent l'Obligation de la promesse dans aucune situation. De même, prendre en considération la jurisprudence malikite lui posait également un problème car la position claire de ce rite exclue la promesse de la Mourabaha au donneur d'ordre des promesses licites. C'est pour cela que Qardaoui a effectué une recherche étendue pour trouver des auteurs anciens non malikites retenant un caractère Obligatoire de la promesse, sans avoir un avis Interdisant le montage global de la Mourabaha au donneur d'ordre. Ayant trouvé quelques auteurs allant dans le sens qu'il souhaite, Qardaoui a pu alors associer par dépeçage leur avis favorable sur la promesse Obligatoire avec l'avis favorable chafiite, validant la Vente finale et son caractère Permis, pour assurer la conformité du montage de la Mourabaha au donneur d'ordre dans sa globalité. Regrettant une telle démarche de Qardaoui, Sellami a fourni une interprétation purement malikite qui non seulement valide la promesse mais également valide le montage de la Mourabaha au donneur d'ordre dans son ensemble²⁹⁶³. Malheureusement, cette interprétation de Sellami méconnaît le fait que ces jurisprudences malikites ne considèrent la validité de la Vente finale que quand la promesse préalable reconnaît un droit de rétraction au donneur d'ordre comme le montre clairement les commentateurs de Khalil que nous avons cités. Cette validité malikite est d'ailleurs motivée par la divergence avec le rite chafiite qui, justement quand la promesse est assortie d'un droit de rétractation, considère la Vente finale valide. Ainsi et malgré la grande valeur de l'auteur, l'apport de Sellami n'a aucunement promu l'acceptabilité du dépeçage fondant la Mourabaha au donneur d'ordre ; pire, il a rajouté plus de confusion. Pour comprendre l'excès d'un tel dépeçage, imaginons que la Holis soumettait ce montage à un juge européen avec un droit anglais applicable à la promesse et un droit français applicable à la Vente définitive avec les deux hypothèses suivantes. La première est que le droit français reconnaissait la Vente définitive en tant que vente, mais force la promesse à avoir un droit de rétractation, alors que la seconde est que le droit anglais reconnaissait le caractère Obligatoire de la promesse sans rétractation, mais requalifie le contrat de Vente définitive en contrat de crédit à intérêt en fonction du temps. Est-ce qu'un tel dépeçage gouvernant l'ensemble contractuel de ce montage serait acceptable par un juge européen, que celui-ci soit judiciaire ou arbitrale ? À notre avis, la réponse sera négative. Voilà en ce qui concerne le fondement principal adoptée par l'AAOIFI pour la Mourabaha bancaire. Il reste alors à

²⁹⁶³ SELLAMI محمد مختار السلامي, *op. cit.* (note 1777), p. 31, 33-34.

examiner les fondements des options subsidiaires que peut adopter ce montage dont la plus importante est la possibilité de mettre en œuvre des Arrhes acheteur, désignées par le terme *Arboun*.

592. **Fondement AAOIFI du Arboun.** La licéité de l'Arboun, l'avance non remboursable en cas de désistement, est justifiée dans les études l'AAOIFI²⁹⁶⁴ par la pratique du Calife Omar²⁹⁶⁵ et par la résolution de l'AIFI²⁹⁶⁶. Cette dernière considère l'Arboun comme une indemnité d'immobilisation d'un contrat de Vente, conclu avec un délai déterminé de rétractation tacite pour l'acheteur. Cet Arboun agit comme un acompte en cas de confirmation de la Vente pendant le délai ; autrement, il sera perdu car l'absence de manifestation de volonté du candidat acheteur est considérée comme une renonciation. Les conditions de validité de l'Arboun sont la détermination de ce délai de confirmation ainsi que l'absence, pour chacune des deux contreparties de la Vente, d'Obligation de délivrance immédiate comme dans le cas de la Vente à terme Salam ou de certains échanges ou changes de choses Usuraires. Dans tous les cas de figures, le contrat de Vente est considéré comme formé alors que l'Arboun, qui lui est rattaché, est vu comme une condition d'exécution de ce contrat. Ainsi au stade de la promesse de la Mourabaha, l'Arboun ne peut avoir lieu car le contrat de Vente ne peut être conclu à ce stade, la banque n'étant pas encore propriétaire de la chose pour pouvoir la vendre dans l'analyse de l'AIFI²⁹⁶⁷. Ainsi et contrairement au hâlich jiddiya qui n'est pas retenu en totalité car constituant une garantie pour réparer uniquement le préjudice réel, l'arboun est retenu en totalité en cas de rétractation²⁹⁶⁸. Du point de vue de la hard law et pour une Vente valide, l'Arboun bien qu'Interdit en rite malikite n'invalide pas la Vente afin de tenir compte de la divergence avec le rite hanbalite qui l'autorise²⁹⁶⁹. Par conséquent, la Holis ne doit pas intégrer les arrhes dans ses contrats de Vente, sauf quand elle ne peut faire autrement. Dans cette dernière éventualité, elle peut alors les accepter dans son contrat d'achat, mais avec la condition que la Holis ait l'intention ferme de réaliser cet achat dès la conclusion d'un tel contrat pour lequel les arrhes seront alors Qualifiées d'acompte sur le règlement du prix d'une Vente ferme. Ceci quand il s'agit d'une Vente valide ; quant à la question de la validité des arrhes

²⁹⁶⁴ AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 3703 et s, v. 4.

²⁹⁶⁵ Rapporté par Imam Ibn Hanbal, 'Abd ar-Razzaq as-San'ani et Al-Bayhaqi : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, *op. cit.* (note 2931), p. 3707.

²⁹⁶⁶ N° 72 (3/8) du conseil académique de fiqh : voir AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 113.

²⁹⁶⁷ ACADÉMIE INTERNATIONALE DU FIQH ISLAMIQUE مجمع الفقه الإسلامي الدولي, « [Vente avec arboun] », 1993. URL : <http://www.iifa-aifi.org/1955.html>. Consulté le 7 octobre 2017 ; SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020).

²⁹⁶⁸ KHOJA عز الدين، *خوذة*, *op. cit.* (note 2884), p. 47.

²⁹⁶⁹ Voir Supra § 340, 498, 526.

rattachées à une Mourabaha bancaire, considérée elle-même comme invalide, elle est purement théorique car l'Arboun devient évidemment invalide quand il est rattaché à un contrat invalide. Comme nous le verrons dans la sous-section suivante, ces appréciations de hard law du montage de la Mourabaha au donneur d'ordre demeurent pertinentes pour tous les montages essentiels à l'activité des banques islamiques d'aujourd'hui. Peu importe que ce soit le Tawarruq, bâtis sur une Mourabaha bancaire complète, ou un autre montage qui n'emprunte à la Mourabaha que sa composante essentielle, la promesse engageante sans droit de rétractation, la conformité à la hard law de ces financements devient une problématique globale.

Sous-section 2. Appréciation globale des financements

593. Axes de l'appréciation globale en hard law des financements de soft law.

À l'image du règlement taxonomie 2020/852 applicable aux fonds ISR²⁹⁷⁰, on peut apprécier le degré de conformité à la hard law d'une banque islamique, en évaluant l'importance dans son activité des montages qui sont conformes, sans dépeçage, à l'un des rites. Cet axe *quantitatif* d'appréciation est évidemment dépendant du degré de généralisation dans les montages de financement de l'usage de certains moyens illicites dans les quatre rites ; notamment, le recours Interdit à la promesse ferme sans droit de rétractation (A). Une telle appréciation quantitative peut utilement être complétée par une autre, plus qualitative, qui s'attache à la dynamique d'évolution dans le temps de la qualité des fondements de conformité des principaux montages de financement. Cette qualité des fondements dépend manifestement du principe de la priorité du fond sur la forme, comme le confirme le président de l'AAOIFI²⁹⁷¹. Or et comme on vient de le confirmer pour la Mourabaha bancaire, la violation de ce principe est intimement liée à l'usage du dépeçage des rites de la hard law au sein d'un même montage. C'est donc l'évolution de la qualité de l'usage de la hard law, dans la justification des principaux montages des banques islamiques, qui peut le mieux traduire cet axe *temporel* d'appréciation qualitative de la soft law par la hard law (B).

²⁹⁷⁰ Voir supra § 1 et infra § 612. En fait, ce règlement, comme le règlement SFDR « Sustainable Finance Disclosure Regulation » avec lequel il se combine, est applicable à tous les fonds : y compris ceux qui sont non classés ESG qui doivent se déclarer en tant que tels, mais il ne classe objectivement que les fonds ISR qui sont totalement ou partiellement ESG.

²⁹⁷¹ Voir infra § 609.

A. Généralisation de l'usage par la soft law de la promesse

594. **Définition de l'Înah invalidante pour l'AAOIFI.** La généralisation de l'usage de la promesse dans les montages de soft law, apparaît surtout dans le Tawarruq et accessoirement dans le portage, le leasing ainsi que certaines opérations connexes à ces montages. Pour l'AAOIFI, cette généralisation n'est pas limitée par l'invalidité de l'objet de la promesse lors de sa conclusion, comme dans le malikisme, mais essentiellement par l'Înah. En effet et pour la soft law, l'Interdiction de l'Înah fait l'objet d'un consensus entre le malikisme et la majorité des jurisconsultes ; un consensus qui est, selon l'AAOIFI, similaire à celui de la licéité du contrat Mourabaha au donneur d'ordre²⁹⁷² ! Une affirmation qui ne manque pas d'audace car nous avons du mal à voir une telle similitude, compte tenu de notre analyse du fondement de la Mourabaha bancaire qui montre que le contenu et le champ d'application des règles de droit, utilisées par la soft law, sont fondamentalement différents de ceux du malikisme²⁹⁷³. Il en est de même pour l'Înah dont la terminologie fait déjà l'objet d'une divergence, car ce que la soft law appelle Înah est désigné par « Ventes temporaires » dans le malikisme qui, au sens strict, retient une autre définition pour l'Înah²⁹⁷⁴. Soumis au principe de l'Usure de subterfuge, le champ d'application des règles malikites de l'Înah ou des Ventes temporaires est extrêmement large par rapport à celui de la soft law comme on va le voir. Ceci démontre l'usage très limité de la source du Moyen par la soft law en comparaison avec son usage dans le rite malikite²⁹⁷⁵. En effet et pour la soft law, l'Înah est définie par la Norme n° 30 § 2 de l'AAOIFI comme étant « l'achat d'une marchandise moyennant le paiement fractionné ou différé du prix et sa revente au comptant au vendeur originaire à un prix moindre²⁹⁷⁶ ». Il s'agit donc d'un montage composé de deux contrats consécutifs, voire plusieurs selon notre compréhension de la Norme, permettant à la chose initialement Vendue de revenir à son propriétaire d'origine, dans un délai pouvant être quasiment instantané. Cette chose apparaît alors plus comme un alibi, un moyen de subterfuge, pour accéder au seul effet significatif qui est la différence des termes de paiement des prix de ces deux contrats, de Vente et de rachat, conclus par le propriétaire initial de ladite chose. L'Interdiction par l'AAOIFI de l'usage de

²⁹⁷² AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 111.

²⁹⁷³ Voir supra § 588-589.

²⁹⁷⁴ Voir supra § 545.

²⁹⁷⁵ Voir supra § 346.

²⁹⁷⁶ AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 98, 112 et 309 ; ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, *op. cit.* (note 2642), p. 1768.

l'Înah, définie ainsi, s'appliquera alors même en l'absence de promesse écrite encadrant cet ensemble contractuel entre le propriétaire initial et celui ou ceux qui le financent. Cependant, cette Interdiction de l'Înah n'empêche pas l'AAOIFI de lancer un montage encore plus élaboré que la Mourabaha bancaire. En outre, de la même façon que cette dernière emprunte dans sa dénomination par l'AAOIFI le terme de hard law « Mourabaha » sans qu'il y ait une similitude de régimes, ce montage élaboré utilise le terme *Tawarruq* connu dans le rite hanbalite sans avoir une similitude de régimes ni dans ce rite, ni dans les trois autres. C'est pour démontrer cela que nous examinons d'abord la notion de *Tawarruq* traditionnel pour pouvoir établir, ensuite, sa distinction avec le *Tawarruq* de soft law, souvent désigné par « *Tawarruq* organisé » ou « *Tawarruq* bancaire ».

595. Tawarruq traditionnel. Appelé autrement dans les trois autres rites, le montage « *Tawarruq* » désigne pour les hanbalites l'achat par un Sujet de droit d'une marchandise avec un paiement à terme pour pouvoir la revendre comptant en obtenant une liquidité immédiate. Il s'agit donc d'une succession de transfert de propriété de la chose allant dans le sens inverse que celle de l'Înah de l'AAOIFI, car ici la chose vient des tiers et leur revient, en transitant par le demandeur du financement, alors que dans le montage de base de l'Înah la chose vient de ce demandeur et lui revient, en transitant par un tiers. Comme les chafiiites, les hanafites considèrent ce montage traditionnel comme Facultatif avec une certaine hésitation de leur jurisprudence comme pour les hanbalites. Toutefois, les hanafites et surtout les hanbalites n'envisagent cette jurisprudence que dans le cas où le Sujet de droit est dans le besoin, qu'il ne procède pas à la revente de la chose avant qu'il en prenne possession et qu'il ne dispose pas d'autres moyens de financement, comme le prêt ou la vente à terme de sa production²⁹⁷⁷. En outre, les hanbalites retiennent le caractère Indésirable quand la différence du prix entre les deux Ventes excède celle de l'usage du marché pour les termes de paiements correspondants au montage²⁹⁷⁸. C'est ce caractère Indésirable que retiennent les malikites sur la base de la source du Moyen à moins que la première opération d'achat, de ce montage de *Tawarruq* traditionnel, ne soit précédé de la fixation de son prix avant que le vendeur ne devienne propriétaire de la chose. Dans ces conditions, les flux de fonds similaires à ceux d'un prêt rémunéré sont déterminés et le caractère Interdit s'imposera aussi bien chez les malikites

²⁹⁷⁷ Faïçal MATIRI فيصل سالم غانم المطيري, [Les Fatwas économiques de l'imam Chibani et leurs applications dans les opérations financières contemporaines] الآراء الاقتصادية للإمام محمد بن الحسن الشيباني وتطبيقاتها في المعاملات المالية, Université al-Azhar, Le Caire, Egypte, 2017, p. 310-311, 313, 320-321.

²⁹⁷⁸ AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 2049-2051.

que les hanbalites et hanafite²⁹⁷⁹. Objet de la Fatwa n° 15 du Conseil de la jurisprudence islamique réuni le 31/10/1988, ce Tawarruq traditionnel, dit « individuel », diffère du Tawarruq de l'AAOIFI, objet de la réunion n° 17 du même Conseil réuni le 13/12/2003²⁹⁸⁰.

596. **Montage du Tawarruq contemporain de soft law.** Au cas où l'objectif du client de la banque n'est pas le financement de l'achat d'une chose dont il a besoin mais plutôt l'obtention d'une liquidité libre à utiliser comme il le souhaite, la Norme 30 permet de compléter l'opération de Mourabaha par une troisième Vente de la chose, au comptant. Ce montage, pour lequel l'AAOIFI a emprunté le terme *Tawarruq*, diffère de l'Înah car la Norme prévoit que le tiers acheteur de la dernière Vente de la chose, par le client de la banque, ne peut être ni la banque ni le fournisseur initial ce qui empêche la chose de revenir à son fournisseur d'origine. Il est donc notamment Interdit, pour cause de l'Înah, que la banque rachète la chose à son client²⁹⁸¹ ; c'est pour cela qu'il est impossible de réutiliser la même chose objet d'une opération antérieure de Mourabaha bancaire dans un Tawarruq ultérieur²⁹⁸². Ainsi, l'Înah s'applique dans les deux sens ; aussi bien dans le cas où la banque est devenue propriétaire de la chose avant son client que dans le cas inverse où la banque achète d'abord au comptant à son client avant de lui revendre la même chose à crédit ou à tempérament. Il est également Interdit que le client mandate sa banque de Tawarruq pour la dernière Vente au comptant de la chose ; à moins qu'un tel mandat ne soit imposé par les réglementations de droit étatique, ce qui va de soi aussi bien dans le sens de l'imposition d'une opération inconforme que dans le sens inverse²⁹⁸³. Pourtant, il nous semble qu'une telle réglementation restrictive n'existe pas et que, donc, l'inclusion d'une telle éventualité dans la Norme a pour motif la réduction des frais et risques de transaction. En effet et même aux États-Unis, il n'existe pas de réglementation obligeant le client à mandater la même banque pour le premier achat et la dernière Vente d'une commodité, véhicule fréquent du Tawarruq, qui peut faire librement l'objet d'un transfert de compte à compte entre intermédiaires différents moyennant frais et délai. Ainsi et à notre avis, C'est la réduction de ces frais et risques qui justifie l'avis positif du conseil charaïque de l'une des banques islamiques de référence, la Kuwait Finance House, autorisant une opération où Citicorp est à la fois vendeuse de la première Vente et acheteuse de la dernière Vente. Le client

²⁹⁷⁹ AL-DASŪQI أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 89, v. 3 ; MATIRI فيصل سالم غانم المطيري, *op. cit.* (note 2977), p. 321.

²⁹⁸⁰ CONSEIL DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE AFFILIÉ À LA LIGUE ISLAMIQUE MONDIALE, *op. cit.* (note 2918).

²⁹⁸¹ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 68 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁸² *Ibid.*, Fatwa n° 327 et 339 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁸³ En effet, c'est une Nécessité de respecter le droit étatique local lorsqu'il interdit une opération autorisée par la Charia : voir *Ibid.*, Fatwa n° 215 de la Maison de financement du Koweït.

reçoit, alors, immédiatement le produit de la dernière Vente correspondant à la cotation demandée « par le dernier acheteur non satisfait : *ask* » en bourse et doit, à terme, le règlement des échéances de la Mourabaha calculées sur une assiette supérieure correspondant à la cotation offerte « par le vendeur le moins exigeant : *bid* » de la bourse²⁹⁸⁴. De même, cette banque accepte de financer l'achat Mourabaha par un associé d'un bien appartenant à sa société²⁹⁸⁵ et autorise également le Tawarruq dans lequel le vendeur initial et l'acheteur final sont des sociétés ayant des associés communs à moins que ce ne soit des sociétés sœurs d'un même groupe²⁹⁸⁶. Par ailleurs, la Norme soumet les clients de la banque à une discrimination car le client réalisant le Tawarruq ne peut pas être une banque conventionnelle pratiquant l'Usure. Il peut, cependant, être une autre banque islamique mais celle-ci ne doit pas abuser de cette pratique de Tawarruq pour combler son manque de liquidité ou son déficit²⁹⁸⁷. La présence d'une telle règle dans la Norme montre, à notre avis, que cette dernière est bâtie sur la Nécessité qui n'autorise une pratique que selon le besoin minimal. Sur ces bases et comme la Mourabaha est valide lorsque la chose est un métal précieux autre que l'or ou l'argent, comme la platine²⁹⁸⁸, le Tawarruq peut profiter de l'efficacité du marché d'une telle commodité. C'est pour cela que la Kuwait Finance House recommande le Tawarruq par le moyen de ces métaux comme source de liquidité immédiate à ses clients, tout en rappelant que ce montage, consistant à ne vouloir la chose que pour la revendre, est une opération Indésirable mais non Interdite²⁹⁸⁹. Cette banque considère également que, dès que son client devient propriétaire de la marchandise d'une Mourabaha, il peut envisager toutes sortes de transactions avec le fournisseur d'origine, notamment en lui retournant la marchandise contre remboursement²⁹⁹⁰. Cependant, prévient la banque, ce genre de transaction ne peut relever d'un accord préalable à la réalisation de la première Vente du montage Mourabaha à la banque, car le montage global devient alors un Tawarruq Interdit²⁹⁹¹. Nous verrons que la Holis ne peut utiliser des montages comme le Tawarruq de soft law car les fondements adoptés sont Interdits dans les quatre rites, comme ceux de la Mourabaha bancaire,

²⁹⁸⁴ Dans l'exemple de cette Fatwa, l'institution vendeuse de la première vente et acheteuse de la dernière vente est Citicorp (probablement via un "short sale") : voir *Ibid.*, Fatwa n° 318 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁸⁵ *Ibid.*, Fatwa n° 228 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁸⁶ Fatwa n° 2.226 de la maison de financement du Koweït et n° 8/8 du huitième séminaire Al-Baraka : voir KHOJA خوجة, *op. cit.* (note 2882), p. 42 ; Le texte de la Fatwa laisse, toutefois, la porte ouverte aux opérations apparentes entreprises pour simplifier les formalités compliquées ; dans ce cas il s'agit d'appliquer les règles correspondantes au fond et non pas celles de la Mourabaha : voir SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2018), Fatwa n° 226 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁸⁷ AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 309 et 310, § 2-5.

²⁹⁸⁸ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 100 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁸⁹ *Ibid.*, Fatwa n° 112 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁹⁰ *Ibid.*, Fatwa n° 53 de la Maison de financement du Koweït.

²⁹⁹¹ *Ibid.*, Fatwa n° 304 de la Maison de financement du Koweït.

soit pour raison d'Usure de subterfuge, soit pour raison d'Incertitude contractuelle²⁹⁹². Comme pour le Tawarruq, ce dernier caractère invalidant d'Incertitude est également ignoré dans les promesses et conventions de portage de soft law.

597. **Licéité du portage à dire d'expert en soft law.** Nous avons déjà signalé que la soft law permettait le portage en fonction des résultats de la société émettrice²⁹⁹³ ; c'est ce que retient Hassan, suivi par Kayed et Matri, quand les associés adoptent une Moucharaka *Moutaniquissa*²⁹⁹⁴. Nous avons alors conclu qu'une telle convention de portage est Qualifiée de promesse illicite en jurisprudence malikite car elle rend Obligatoire la réalisation d'une Vente dont le prix est encore indéterminé²⁹⁹⁵. En effet et comme pour le SPA avant le Closing, le principe est qu'une promesse assortie d'une obligation de résultat est à la fois Interdite et invalide lorsque son objet est une prestation dont la réalisation lors de la conclusion de ladite promesse est invalide immédiatement, en l'occurrence par indétermination de prix²⁹⁹⁶. Le prix déterminable, à dire d'expert ou par une formule, n'est donc pas suffisant en jurisprudence malikite alors qu'il l'est pour l'AAOIFI qui ne retient l'Interdiction que par Mourabaha au comptant ou à terme, sur le fondement qu'une telle promesse « entraîne... le riba²⁹⁹⁷ ». En revanche, l'AAOIFI valide la promesse retenant un prix de Vente de marché ou un prix qui sera déterminé lors de l'établissement ultérieur du contrat de Vente, donc déterminable au besoin par un expert, un arbitre ou un juge. Ce qui va nettement au-delà de la conception malikite du droit de préemption qui ne se déclenche que par la Vente effective à un tiers²⁹⁹⁸. En conséquence et comme on l'a déjà indiqué, la Holis ne pourra pas conclure des conventions ou des promesses de portage fermes. Comme dans le cas du SPA préalable au Closing, elle ne peut qu'avoir un engagement de bonne foi en attendant que toutes les conditions de validité du contrat de Vente soient respectées et déterminées, notamment en termes de fixation du prix. Notons, quand même, que les règles de soft law Interdisent aux banques islamiques la Mourabaha d'un ensemble comprenant des actifs et passifs ayant la nature de dettes, même si celles-ci sont liées

²⁹⁹² Voir infra § 602.

²⁹⁹³ Voir supra § 517.

²⁹⁹⁴ MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 113, § 217 ; pour plus d'éléments, voir également KHOJA عز الدين خوجة, *op. cit.* (note 2884), p. 37 et 38, § 4 et 5.

²⁹⁹⁵ Sauf, évidemment, le cas où cette promesse fixe déjà le prix et son délai de paiement ; ce qui la qualifie en Vente Malikite, dès sa conclusion : voir supra § 517.

²⁹⁹⁶ Dans le malikisme, une telle promesse ne peut qu'être une obligation de bonne foi dans la négociation et le rapprochement des parties ; elle ne peut donc bénéficier de l'exécution forcée en cas d'inexécution mais seulement d'une réparation strictement limitée aux frais engagés par la victime à la demande de son cocontractant : voir supra § 526.

²⁹⁹⁷ AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 98 et 112, § 2.2.5.

²⁹⁹⁸ Voir supra § 498.

auxdits actifs²⁹⁹⁹. Seuls les actifs réels, comme une usine, peuvent faire l'objet d'une telle opération tout en continuant, éventuellement, à servir de gages pour les dettes de l'ancien propriétaire³⁰⁰⁰. L'objet de cette Mourabaha se définit alors sur la base de déclarations descriptives des actifs par le vendeur originaire ; des déclarations qui entraîneront la nullité de la Vente ou l'ajustement de son prix si elles s'avèrent erronées³⁰⁰¹. Cette méthode de cession d'actifs apparaît donc plus flexible que la cession des titres sociaux qui ne permet le paiement à terme que pour la part du prix dépassant la proportion des liquidités de la société émettrice rattachée à ces titres³⁰⁰². Quant à la Holis, elle ne peut entreprendre ces opérations, utilisant la Mourabaha bancaire, qui vont au-delà de la conformité malikite comme le Tawarruq et le portage, que nous avons déjà examiné, ou encore le leasing.

598. **Leasing.** La location-vente, faisant l'objet de la Norme n° 9 actualisée à plusieurs reprises par l'AAOIFI, se base également sur la licéité de la promesse ferme actée pour la Mourabaha bancaire³⁰⁰³. Cette Norme se fonde essentiellement sur la Fatwa n° 110 de l'AIFI lors de son 12^{ème} congrès du 23-28 septembre 2000 qui a actualisé ses précédentes Fatwas sur le sujet en se basant notamment sur une étude faite par Sellami³⁰⁰⁴. Celui-ci introduit son étude en rappelant qu'il n'est pas nécessaire de suivre un rite donné en entier, sans rappeler que ce qui est reproché au dépeçage en soft law ce n'est pas de déterminer le rite avec le fondement le plus solide pour une opération autonome. Ce qui est reproché au regard des sources de droit de la hard law est de mélanger les rites pour extraire le régime d'une même opération, faisant perdre au fondement de ce régime toute cohérence avec tout Motif considéré comme pertinent à cette opération par l'un ou l'autre des rites³⁰⁰⁵. Sellami déduit ensuite de la jurisprudence précitée, relative au troc des dattes de qualités différentes³⁰⁰⁶, que celle-ci démontre la pertinence de la forme même si, sur le fond, le bilan des échanges économiques de plusieurs transactions est le même que le bilan d'une opération Interdite ! Selon ce raisonnement, la réalisation des deux opérations, de Vente et d'achat de dattes de qualités

²⁹⁹⁹ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 117 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰⁰⁰ *Ibid.*, Fatwa n° 113 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰⁰¹ *Ibid.*, Fatwa n° 306 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰⁰² *Ibid.*, Fatwa n° 216 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰⁰³ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, *op. cit.* (note 1475), p. 257.

³⁰⁰⁴ AL-DAGAITHER, ABDALAZIZ عبد العزيز بن سعد الدغيثر, [Les Fatwas collectives des opérations financières selon les chapitres du fiqh] *القرارات المجموعية في المعاملات المالية على الأبواب الفقهية*, [s.l.] : [s.n.], 11:51:00 AM, p. 186-187. URL : <http://www.alukah.net/library/0/137836/>. Consulté le 24 août 2020 ; SELLAMI محمد مختار السلامي, *op. cit.* (note 1775), p. 57-75.

³⁰⁰⁵ Voir supra § 305-310.

³⁰⁰⁶ Voir supra § 561.

différentes, auprès du même commerçant peut aboutir sur le fond au même bilan que l'opération Interdite de troc des deux qualités de dattes ! C'est vrai, cette Sunna n'interdit pas que ces deux opérations se fassent auprès du même commerçant mais son objectif est clairement la dissociation des deux opérations avec des prix monétaires pour refléter au mieux la valeur marchande de chacune des qualités de dattes, en évitant l'Accaparement injuste du patrimoine d'autrui probable avec le troc. Ce dernier fonctionne, en effet, avec des ratios quantitatifs grossiers comme dans la Sunna où il est prévu une mesure de dattes de bonne qualité contre deux mesures de celle de qualité moindre, ce qui laissent largement de latitude à l'arbitrage et la spéculation sur la valeur de cette denrée de subsistance stockable. Conformément au Motif de cette Sunna et en sélectionnant le meilleur commerçant pour Vendre ses dattes puis le meilleur pour acheter d'autres dattes de qualité différente, peut-être que le fermier consommateur tombe sur le même commerçant. Ensuite et en supposant que ce soit le cas, peut-être que le prix de la première Vente soit la moitié de celui de la seconde, et alors ? Il est difficile de faire de ce cas de figure, qui a une chance de un pour mille pour se produire, un des Motifs de la Sunna pour prouver que la forme compte même si le fond ne présente aucune différence par rapport à une opération Interdite. Au contraire et comme l'a expliquée Malik et les autres imams, le Motif clairement affiché de cette Sunna est la supériorité du fond sur la forme. Par ailleurs et en suivant la Norme AAOIFI, considérant la question de la promesse préalable résolue par son admission dans la Mourabaha au donneur d'ordre, Sellami laisse le leasing habillé en Ijara se terminant par une Vente avec la même problématique de la validité de la promesse sans rétractation vis-à-vis de la *hard law*³⁰⁰⁷. À moins de changer ce montage en un véritable montage PLS, sous forme d'un prêt participatif de financement du fournisseur ou d'une véritable location au client avec un loyer de marché sans aucune promesse préalable à l'acquisition, la seule voie pour valider ce montage serait d'accepter la condition chafite de la promesse avec droit de rétractation. Autrement et comme on l'a vu³⁰⁰⁸, le leasing ne passe le test de la conformité avec aucun rite, d'autant plus que ce montage aboutit sur le fond au même résultat que la Mourabaha bancaire assortie d'un gage. Dans ces conditions, il va de soi que la Holis ne peut faire appel au leasing, dont le problème de conformité peut s'accompagner, en plus, de risques ou frais fiscaux liés à l'enregistrement de la chose immobilière. Ce qui rappelle que le problème de l'augmentation des frais par la multiplicité des transactions, en comparaison avec le crédit conventionnel avec intérêt, continue à être un souci notamment vis-à-vis de la

³⁰⁰⁷ SELLAMI محمد مختار السلامي, *op. cit.* (note 1777), p. 71.

³⁰⁰⁸ Voir supra § 15, 553, 555.

fiscalité ; cependant, Sellami a écarté toute opération d'évasion par des contrats secrets, cherchant à éviter ces surcoûts³⁰⁰⁹.

599. **Autres opérations connexes aux montages de soft law.** En plus de la généralisation de l'usage de la promesse ferme que nous venons de mettre en évidence dans le Tawarruq, le portage et le leasing, une multitude de techniques bancaires vient compléter l'ensemble. Ainsi et en cohérence avec les termes, parfois généraux et généreux, des Normes de l'AAOIFI, la soft law issue des Charia Boards des banques islamiques détaillent certaines opérations connexes ou flexibilités supplémentaires. Ainsi et pour limiter le risque de change, la Maison de financement du Koweït retient que les deux contrats de Vente d'une opération de Mourabaha au donneur d'ordre doivent se faire dans la même monnaie avec, éventuellement, une conversion en monnaie locale à la fin par une opération de change séparée de la Mourabaha³⁰¹⁰. Le client sera amené alors à régler les échéances en devises, converties en monnaie locale, au cours du jour de chaque paiement. Ce cours du jour est également retenu pour la conversion en monnaie locale d'un chèque en devise remis par son client lors de l'encaissement effectif des devises par la banque³⁰¹¹. En revanche, si le client souhaite recevoir le montant du chèque immédiatement avant l'encaissement effectif des devises par la banque, il s'agira en soft law d'une opération de change immédiate qui se négocie selon l'accord des parties³⁰¹² alors qu'une telle opération relève de l'Usure dans le rite malikite³⁰¹³. Cette Interdiction malikite s'étend à d'autres pratiques de soft law qui, comme pour l'Arboun, sont valides dans d'autres circonstances mais qui deviennent invalides en hard law du fait de leur rattachement à une Mourabaha bancaire, elle-même, invalide. C'est le cas de mitigation du risque de la Mourabaha bancaire par le conditionnement du paiement du prix de la première Vente, par la banque au fournisseur initial, par un test conclusif. Celui-ci peut alors être réalisé par le client de la banque après l'arrivée de la chose, un équipement par exemple ; ce qui permet de protéger non seulement la banque mais également son client qui ne conclura la Vente finale que si ce test est favorable³⁰¹⁴. La banque peut, également, adapter le taux de marge de la Mourabaha au risque crédit du client³⁰¹⁵ et, selon le cas, gager la chose jusqu'à son paiement

³⁰⁰⁹ SELLAMI محمد مختار السلامي, *op. cit.* (note 1777), p. 66, 73.

³⁰¹⁰ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 172 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰¹¹ *Ibid.*, Fatwa n° 157 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰¹² *Ibid.*, Fatwa n° 167 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰¹³ Voir supra § 550.

³⁰¹⁴ Il est évident, cependant, que le fournisseur ne se lancera pas dans un tel arrangement sans certaines conditions contractuelles, probablement directement entre lui et le client de la banque : voir SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 88 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰¹⁵ *Ibid.*, Fatwa n° 111 de la Maison de financement du Koweït.

complet³⁰¹⁶. La banque peut aussi négocier avec le fournisseur initial un droit de rétractation avec un délai qui s'éteint automatiquement à la réalisation de la Vente finale au client de la banque³⁰¹⁷, ce qui est licite en hard law tant que la banque confirme son achat ferme de la chose avant de la vendre. Outre ces possibilités de gestion des risques de la banque, d'autres flexibilités permettent à la Mourabaha de financer l'achat par un copropriétaire des parts de son associé d'une chose corporelle détenue dans l'indivision³⁰¹⁸. De même le client de la banque qui a conclu directement la Vente avec le fournisseur initial en contradiction avec la Norme du montage, peut rectifier son erreur en procédant à l'annulation amiable de cette Vente directe pour pouvoir entamer une Mourabaha au donneur d'ordre sur la même chose³⁰¹⁹. La banque peut alors donner au client mandat pour conclure la première Vente du montage et, ensuite, vendre à lui-même le bien dans des conditions de prix et de délai agréées par la banque³⁰²⁰. D'ailleurs, il est possible de réaliser une Vente apparente par le fournisseur initial directement au client, car il n'est pas obligatoire que le client, mandataire de sa banque, dévoile ce mandat audit fournisseur même s'il est préférable qu'il le fasse³⁰²¹. La transaction pourra aussi être validée ultérieurement par la banque si son client a agi sans mandat, ni apparent ni secret, en prenant possession de la marchandise de la banque³⁰²² après une commande effectuée par la banque ou, à l'extrême, effectuée par ses soins au nom de la banque sans mandat de celle-ci³⁰²³. Dans l'autre sens, il est possible que le client donne mandat à un des employés de la banque pour signer ultérieurement le contrat de Vente final de la Mourabaha³⁰²⁴. Quand le client de la banque est un agent du fournisseur initial dont une partie de la rémunération se fait par le versement de remises de fin d'année, ce versement est considéré comme une opération autonome directe entre le fournisseur initial et son agent, et non pas une réduction de prix, influant les prix des Ventes du fournisseur initial à la banque³⁰²⁵. En effet, l'existence d'un tel contrat d'agence, entre le fournisseur initial et le client de la banque, ne nuit pas à la possibilité de Mourabaha bancaire à moins que ce contrat soit requalifié en contrat de Vente des marchandises objet de cette Mourabaha³⁰²⁶. Quand la prise de possession immédiate par la

³⁰¹⁶ *Ibid.*, Fatwa n° 114 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰¹⁷ *Ibid.*, Fatwa n° 304 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰¹⁸ *Ibid.*, Fatwa n° 91 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰¹⁹ *Ibid.*, Fatwa n° 145 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰²⁰ *Ibid.*, Fatwa n° 240 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰²¹ *Ibid.*, Fatwa n° 237 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰²² *Ibid.*, Fatwa n° 17 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰²³ Avec une tergiversation des opinions : voir *Ibid.*, Fatwa n° 71, 136 et 137 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰²⁴ *Ibid.*, Fatwa n° 258 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰²⁵ *Ibid.*, Fatwa n° 89 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰²⁶ *Ibid.*, Fatwa n° 107 de la Maison de financement du Koweït.

banque n'est pas possible comme dans le cas d'une marchandise en transit maritime, certaines opinions accordent la dérogation permettant à la banque d'acheter les marchandises non alimentaires sur la base d'un descriptif et de les vendre dans les mêmes conditions avant la prise de possession³⁰²⁷. Ces opinions se basent sur la doctrine malikite qui permet la revente par un acheteur d'une chose avant sa prise de possession sauf si celle-ci est Usuraire, notamment quand il s'agit de denrées alimentaires³⁰²⁸. Toutefois et en cas de paiement avant la prise de possession, nous avons indiqué que le malikisme pose certaines conditions limitant le délai avant la prise de possession par l'acheteur final et imposant un descriptif de la chose par un tiers³⁰²⁹. Pour la soft law, même si les denrées alimentaires ne profitent pas de cette règle générale permettant la revente par la banque sans besoin de prise de possession préalable, elles peuvent avoir une prise de possession « fictive » par identification du lieu de stockage. Ceci permet alors l'endossement des documents d'entreposage en faveur d'un nouvel acheteur, le client de la banque³⁰³⁰. Pour toutes ces opérations connexes à la Mourabaha, la question de la conformité malikite ne se pose que d'une façon théorique car, comme on l'a indiqué, l'invalidité de la Mourabaha bancaire rend invalide toute opération connexe qui, dans un autre contexte, aurait pu être valide. Ainsi et en écartant dans sa charte financière la Mourabaha bancaire, la Holis écarte automatiquement toutes opérations ou conditions qui lui sont rattachées. Enfin, quand la Mourabaha est impossible ou non souhaitable, la soft law rappelle que la banque peut participer à une Moucharaka et demande, dans ce cas, de tenir une comptabilité réelle des frais liés à la Moucharaka, dont le bénéfice ne peut être déterminé par un taux forfaitaire³⁰³¹. Un tel bénéfice peut cependant être distribué en accordant à l'associé-gérant une rémunération fixe ou en proportion du résultat avant toute répartition selon les parts des associés³⁰³². Qu'il s'agisse d'une Mourabaha ou d'une Moucharaka, solutions que la hard law appelle de ses vœux, comme de toute autre opération conforme à la Charia, la banque peut s'associer avec une banque conventionnelle, même appartenant à des non-musulmans³⁰³³. Ces solutions sont évidemment accessibles à la Holis pour financer des actifs ou les activités qu'elle gère par des Moudaraba ou Moucharaka avec des banques islamiques, associées ou pas à des banques appartenant à des non-musulmans³⁰³⁴. En résumé, ce paragraphe nous a permis d'examiner des montages de soft

³⁰²⁷ Sur le fondement de la doctrine malikite : voir *Ibid.*, Fatwa n° 66 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰²⁸ *Ibid.*, Fatwa n° 146 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰²⁹ Voir supra § 509-510.

³⁰³⁰ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 343 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰³¹ Toutefois, ces frais peuvent être évalués par des clés de répartition quand il s'agit de frais de services communs à la Moucharaka et à d'autres fins : voir *Ibid.*, Fatwa n° 227 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰³² *Ibid.*, Fatwa n° 217 et 219 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰³³ *Ibid.*, Fatwa n° 213 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰³⁴ Voir supra § 403, 423.

law, issus essentiellement de la généralisation de l'usage de la promesse ferme, en évaluant leurs effets sur la charte financière de la Holis. Toutefois, nous avons laissé de côté l'effet du Tawarruq pour le moment afin de faire de son évaluation, dans le paragraphe qui suit, une illustration de l'appréciation qualitative de la façon dont la soft law, pour construire ses montages financiers, utilise la hard law. Afin de nous ouvrir aux réflexions prospectives de plusieurs parties prenantes, nous aborderons cette appréciation qualitative à travers l'axe temporel.

B. Évolution de l'usage par la soft law de la hard law

600. Effet temporel de la Nécessité sur l'évolution du fondement de la soft law.

Du point de vue de la hard law, les fondements adoptés par la soft law pour le Tawarruq souffrent des mêmes problèmes de conformité que les fondements de la Mourabaha bancaire. Même dans le cercle proche de la soft law, l'usage du dépeçage convainc de moins en moins surtout que le Tawarruq n'a même pas comme finalité l'investissement dans un actif réel, comme dans le montage de base de la Mourabaha au donneur d'ordre où le client de la banque a effectivement besoin d'un actif réel pour l'achat duquel il n'a pas de financement. Ainsi et en laissant de côté ce dépeçage inacceptable pour la hard law, cette dernière ne peut considérer comme fondement de la soft law que l'argument de la Nécessité. Or, celle-ci ne peut être que temporaire, contrairement à certains droits spéciaux dérogatoires, relatifs notamment au Salam et à la Moudaraba, qui sont codifiés par la hard law sur des fondements souvent législatifs. C'est donc dans la logique de ce caractère temporaire de la Nécessité et tout en allant au-delà du Tawarruq et de l'Înah, que nous allons apprécier d'abord l'usage que fait la soft law de la hard law, depuis la naissance de la finance islamique et jusqu'à ce jour (1°). Ensuite, nous nous projetons pour apprécier l'usage souhaité à l'avenir, maintenant que l'industrie de la finance islamique a atteint un degré appréciable de maturité (2°).

1°) Usage de forme imposé pour la naissance de la soft law

601. **Courant hanbalite influent sur l'Înah de l'AAOIFI.** Dans cette phase allongée et prolongée de la naissance de l'industrie de la finance islamique, l'usage de la hard law par la soft law, au service de cette industrie, est mieux apprécié rite par rite. Nous commencerons par le rite hanbalite qui est déclaré comme l'une des sources principales de l'AAOIFI pour sa Norme du Tawarruq. Cette dernière comprend la définition de la Vente Înah

retenue par ibn-al-Qayyim³⁰³⁵, auteur hanbalite du G-XIV^e siècle, influent en Arabie Saoudite à laquelle appartient les deux-tiers des dirigeants des institutions fondatrices initiales de l'AAOIFI. Pourtant, cette définition semble différente de celle du fondateur du rite, Ahmed ibn-Hanbal. En effet, les études de l'AAOIFI³⁰³⁶, listant toutes les définitions différentes de l'Înah, se réfèrent d'abord à ibn-Hanbal qui dit « l'Înah est le fait de ne vendre qu'à crédit ce qu'on possède...pour moi, il est Indésirable qu'une personne commerce toujours à l'Înah et jamais au comptant ». La compréhension littérale de cet avis de l'imam est que d'abord l'Înah ne s'exerce que sur ce qu'on possède déjà et qu'ensuite elle se caractérise par la vente à crédit par opposition à la vente au comptant. La définition suivante sur la liste de l'AAOIFI est la définition malikite d'Averroès « un consensus des juristes interdit à ce qu'une personne vende ce qu'elle ne possède pas, une pratique désignée par Înah ». Cette liste se termine avec la confirmation de la définition d'Ibn-al-Qayyim, cohérente avec celle du rite chafiiite, qui est retenue par l'AAOIFI. Toutefois, on se rend compte que l'influence hanbalite sur la soft law admet, sur le fond, des limites importantes.

602. Limites de l'influence hanbalite sur le Tawarruq de l'AAOIFI. Concernant la Norme 30 autorisant le Tawarruq, l'AAOIFI se fonde sur les pratiques³⁰³⁷ de Aïcha, épouse du Prophète (bsl), et de Abdullah ibn-al-Moubarak, savant du H-II^e siècle (G-VIII^e). Cette Norme se fonde également sur des Fatwas contemporaines comme les décisions des éditions n° 11, 15 et 17 du Conseil de la jurisprudence islamique³⁰³⁸ ainsi que la Fatwa n° 19297 du Comité permanent du Conseil suprême de la Charia de l'Arabie Saoudite. Ces Fatwas reconnaissent, toutes, les caractères Interdit et Indésirable du Tawarruq traditionnel retenus respectivement par ibn-Taymiyya et ibn-al-Qayyim, auteurs hanbalites influents dans les études de l'AAOIFI. Elles ne considèrent pas le Tawarruq moderne ni comme une Vente à prix cassé pour besoin urgent, ni comme une ruse ou une entente préalable pour pratiquer l'Usure mais plutôt comme un moyen pour l'éviter ; « sur la forme » serait-on tenté d'ajouter. De même, ces études de l'AAOIFI ignorent le caractère Interdit retenu par le malikisme pour le genre d'entente partielle

³⁰³⁵ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, op. cit. (note 2642), p. 1770-1771.

³⁰³⁶ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, op. cit. (note 1597), p. 2046-2047.

³⁰³⁷ Rapportées par al-Zamakhshari (G-XIe) et Mohamed ibn-Ahmed al-Azhari al-Harawi (G-Xe) : voir AAOIFI'AUTHORS, op. cit. (note 128), p. 2047-2048 ; AAOIFI et PARIS EUROPLACE, op. cit. (note 51), p. 313, note bas de page n°3.

³⁰³⁸ Affilié à la Ligue Islamique Mondiale et non pas l'AIFI rattachée à l'Organisation de la coopération islamique, comme le mentionne par erreur la traduction française des normes de l'AAOIFI : voir AAOIFI et PARIS EUROPLACE, op. cit. (note 51), p. 313, note bas de page n° 2 ; ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards*, op. cit. (note 1475), p. 764, note bas de page n° 2.

ou totale accompagnant le Tawarruq de l'AAOIFI. Elles ignorent aussi que ce genre d'entente du Tawarruq organisé change matériellement la forme de Tawarruq traditionnel autorisée par l'imam ibn-Hanbal³⁰³⁹ ; une jurisprudence sur laquelle ces mêmes études s'appuient pour soutenir la licéité du Tawarruq de l'AAOIFI³⁰⁴⁰. En théorie, la Norme Oblige le client, acheteur intermédiaire, à prendre possession de la chose avant sa revente instantanée, en Interdisant le lien entre la Vente final et les Ventes précédentes du montage et en limitant les mandats entre les parties pour ces Ventes. Tout en combattant le caractère fictif de la Vente intermédiaire, la Norme agréée quand même la délivrance correspondante à cette Vente par remise des documents de propriété. En toute rigueur et contrairement à la Mourabaha sans tawarruq, cette délivrance fictive autorisée par la Norme n'est pas admise par la Fatwa précitée de l'édition n° 17 du Conseil de la jurisprudence islamique³⁰⁴¹. Cette dernière, votée par neuf des douze membres du Conseil, assimile l'usage à la condition contractuelle. Elle applique alors ce principe à la pratique de l'implication de la banque, en tant que mandataire ou comme simple arrangeur, dans la dernière Vente de la chose par son client ; une implication qui rend l'opération assimilable à l'Înah Interdite par l'AAOIFI elle-même. En outre, le Conseil considère que les opérations de Vente, de ce montage, sont une simple façade à la véritable intention de la banque qui est clairement la rémunération du financement en liquidité de son client ce qui contredit les conditions du Tawarruq traditionnel autorisé précédemment par ce Conseil. En effet, la 15^{ème} édition du Conseil a conditionné la licéité du Tawarruq par la délivrance réelle de la chose par le client qui assumera alors le risque de la chose qu'il peut essayer de revendre par lui-même en assumant le risque de ne pas y arriver ce qui est loin de l'usage pratiqué par les banques membres de l'AAOIFI. Pour le Conseil, toute l'opération est alors ficelée dès le début sans aucun risque assumé par le client au regard de la chose qu'il a acheté, cette chose devenant donc un simple artifice pour rendre licite l'obtention par le client auprès de la banque de liquidités rémunérées³⁰⁴². Les études présentées au Conseil pour la décision précitée mentionnent que le Tawarruq traditionnel autorisé se fonde sur une Sunna confirmant la prohibition de l'Usure quantitative entre choses de la même espèce (en l'occurrence deux types de dates). Ce texte

³⁰³⁹ Ou celui des chafrites de première génération y compris l'imam fondateur de ce rite : voir CONSEIL DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE AFFILIÉ À LA LIGUE ISLAMIQUE MONDIALE, *op. cit.* (note 2918), p. 373 des études ; Hussemeddine AFFANA حسان الدين بن موسى عفانة, [Interrogations sur les opérations financières contemporaines] 1, *تيسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة*, éd., Jérusalem, Palestine : Maison Tayeb d'impression et de diffusion 2009, المكتبة العلمية ودار الطيب للطباعة والنشر, p. 46-47.

³⁰⁴⁰ La note bas de page n° 4 en page 2049-2050 reproduit la qualification relative à l'opinion de l'imam Ibn Hanbal : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, *op. cit.* (note 1597), p. 2050, 2058-2060.

³⁰⁴¹ *Ibid.*, p. 2069-2071, note bas de page n° 1.

³⁰⁴² CONSEIL DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE AFFILIÉ À LA LIGUE ISLAMIQUE MONDIALE, *op. cit.* (note 2918).

recommande, en substitution de l'opération illicite, la Vente (avec un prix monétaire) d'une certaine quantité de la chose indésirée puis le rachat d'une quantité différente de la chose désirée selon les possibilités monétaires de l'acheteur et le prix unitaire marchant. De cette jurisprudence, ces études déduisent l'autorisation de la Vente avec l'intention d'obtenir des liquidités, ce qui correspond au Tawarruq traditionnel. À ce dernier raccourci, non convaincant aux yeux des malikites, ces études rappellent que le principe général est l'autorisation de la Vente et c'est, donc, à celui qui Interdit les Ventes du montage Tawarruq de produire l'argument de sa dérogation d'Interdiction. Les études citent, ensuite, certains auteurs supporters de la jurisprudence hanbalite majoritaire, non applicable au Tawarruq de l'AAOIFI à notre avis, avant de mentionner l'Interdiction défendue par d'autres comme ibn-Taymiyya. Le disciple de ce dernier ibn-al-Qayyim, explique en parlant de celui qui pratique le Tawarruq « ... il a donc alourdi son passif par un prix à payer à terme [de son achat initial] contre la réception immédiate du prix comptant [de la revente finale] or, l'Usure n'a pas un autre sens que cela³⁰⁴³ ». Ainsi il présente la correspondance entre le Tawarruq et l'Usure traduisant, à sa façon, la jurisprudence de son professeur ibn-Taymiyya. Celle-ci affirme que « la Cause de l'interdiction de l'Usure se trouve exactement dans le Tawarruq avec, en plus, des coûts supplémentaires correspondant à l'achat et revente de la chose dont on n'a pas besoin ; la Charia ne peut, en effet, Interdire l'Usure qui a un coût moindre et autoriser le Tawarruq qui a un coût supérieur ». Une jurisprudence qui traduit, à notre avis, la règle codifiée malikite pour le Tawarruq tel que défini ultérieurement par ibn-Hanbal ; cette définition ne comprenant pas une Mourabaha au donneur d'ordre comme première composante de ce montage, comme nous l'avons indiqué. L'Indésirabilité d'un tel Tawarruq « traditionnel » est défendue par Omar ibn-Abd al-Aziz, le huitième calife omeyyade qui reconnaît quand même que « le Tawarruq est le frère de l'Usure ». Par ailleurs, les études rappellent que, normalement, la Vente est Interdite dans une situation de besoin urgent de liquidité car le risque de lésion devient important. Après avoir listé tous ces arguments contraires au Tawarruq et notamment celui d'ibn-Taymiyya, les études les réfutent car, selon elles, lesdits arguments conduiraient à Interdire non seulement la Mourabaha au donneur d'ordre, ce qui est vrai du point de vue malikite, mais également le droit de préemption et le Salam³⁰⁴⁴ ! Ce qui occulte le fait que, contrairement à la Mourabaha bancaire, la préemption et le Salam sont autorisés par des textes législatifs dérogatoires qui les extraient des règles générales de l'Usure, comme c'est d'ailleurs le cas pour le prêt non rémunéré. Les études de l'AAOIFI réfutent également la Qualification de la dernière Vente du

³⁰⁴³ *Ibid.*, p. 371 des études.

³⁰⁴⁴ *Ibid.*, p. 343-348 des études.

Tawarruq en Vente à prix cassé pour besoin urgent, tout en rappelant que les personnes morales sont soumises aux mêmes règles que les personnes physiques³⁰⁴⁵. En outre, certaines parties de ces études, présentées au Conseil de la Ligue, ajoutent que l'entente avant la première Vente avec un vendeur à crédit au courant de l'intention de son acheteur, qui ne va pas utiliser la chose mais la revendre immédiatement au comptant à un tiers, ne modifie en rien le caractère autorisé du Tawarruq³⁰⁴⁶. Mais cette position des jurisconsultes de l'AAOIFI n'a pas convaincu le Conseil qui a fini par Interdire le Tawarruq bancaire de l'AAOIFI par sa décision n° 17 de son 19^{ème} congrès du 26-30 avril 2009. Le fondement de cette décision d'Interdiction du Tawarruq organisé est clairement l'argument malikite d'Usure de subterfuge³⁰⁴⁷, reconnu également par les hanafites et hanbalites dans l'Interdiction de la Mourabaha au donneur d'ordre, comme nous l'avons vu. Dans ces conditions, la Holis ne peut pratiquer ce Tawarruq bancaire pour cause de non-conformité malikite dont les fondements sont non seulement largement partagés par les rites mais convainc de plus en plus les jurisconsultes contemporains. Ceci reflète donc une certaine influence du malikisme dans les fondements de soft law ; une influence qui, à cause du dépeçage, dénature parfois le vrai sens des règles et Motifs malikites.

603. Influence du malikisme sur la soft law. Comme nous l'avons annoncé en première partie, on a vu en seconde partie comment la jurisprudence malikite de la promesse unilatérale de libéralité a été utilisée par la soft law en dehors de son champ d'application, dans des montages Qualifiés d'Usure de subterfuge dont la promesse est Interdite³⁰⁴⁸. Non seulement la soft law a rendu la promesse une obligation de résultat, soumise à indemnisation pour inexécution, alors que son objet est la conclusion future d'un contrat qui ne peut être valide lors de ladite promesse, mais en plus elle a méconnu que cette promesse est carrément Interdite pour cause d'Usure de subterfuge. En effet, la source du Moyen Interdit tout montage réputé pour reproduire les effets économiques de l'Usure déclarée, de Vente ou de dette ; cette réputation constitue alors une présomption irréfragable de la finalité illicite de cette opération, sans rechercher l'intention des parties ni la fréquence d'usage d'un tel montage. En ignorant ce fondement, la soft law a promu une pratique d'enrichissement sans cause, du point de vue du

³⁰⁴⁵ *Ibid.*, p. 350 des études.

³⁰⁴⁶ *Ibid.*, p. 353 des études.

³⁰⁴⁷ « Le Tawarruq organisé réalisant une liquidité au client de l'institution financière ainsi que son inverse réalisant une liquidité pour l'institution sont, tous les deux, Interdits car il y a connivence entre le demandeur de liquidité et celui qui le finance franchement, implicitement ou usuellement, pour obtenir une liquidité immédiate contre le remboursement d'un montant supérieur à terme, ce qui correspond au *riba* (المنظم و لا يجوز التورقان العكسي) وذلك لأن فيهما تواطؤا بين الممول والمستورق، صراحة أو ضمنا أو عرفا، تحايلا لتحصيل النقد الحاضر بأكثر منه في الزمان » : voir AL-DAGAITHER, ABDALAZIZ عبدالعزیز بن سعد الدغیثر, *op. cit.* (note 3004), p. 32.

³⁰⁴⁸ Voir supra § 287 puis 546 ; pour plus de détail, voir également JAFFER (dir.), *op. cit.* (note 12), p. 413-414.

malikisme³⁰⁴⁹. Au-delà du malikisme, maître Himeur retient que « la doctrine islamique a semblé ouvrir une brèche dans les solutions traditionnelles, reconnaissant au client un droit de rétractation. Cette position est défendue par les écoles chafiïtes, hanbalites et zâhirites. Or, ces divergences doctrinales se retrouvent au sein d'une même école ; le consensus n'est pas de mise sur la qualification juridique de la promesse d'achat³⁰⁵⁰ ». Avec une telle présentation, il nous semble que le lecteur ne peut qu'être induit en erreur dans sa compréhension des règles de la hard law qui, dans aucune des codifications de référence des rites, n'admettent la licéité de l'Obligation du prometteur sans aucun droit de rétraction pour conclure un contrat commutatif future. Comme on l'a montré³⁰⁵¹, les quatre rites Interdisent unanimement la Mourabaha au donneur d'ordre ; ils ne reconnaissent donc en aucun cas l'exécution Obligatoire ou l'indemnisation en cas d'inexécution d'une telle promesse. Pour ces rites, cette dernière est soit Obligatoirement assortie d'un droit de rétraction, soit simplement Interdite et invalide pour cause d'Usure de subterfuge ou d'Incertitude affectant le contrat future constituant l'objet de ladite promesse. Les jurisprudences isolées sur lesquelles se basent maître Himeur ne peuvent constituer la règle de droit ni dans le système de droit sunnite ni dans tout autre système jurisprudentiel, comme la Common Law. La réponse aux arguments de l'auteur de soft law Qardaoui ne réside pas seulement dans les arguments de l'auteur de hard law al-Beji, qui paraissent à maître Himeur « fondés sur un critère trop flou³⁰⁵² », ou dans ceux de l'auteur contemporain Baroudi³⁰⁵³, mais tous les arguments des règles codifiées par les quatre rites. Cette analyse tronquée de la hard law par Himeur est la même que celle des études de l'AAOIFI qui, à peu de chose près, ne retiennent du malikisme pour le Tawarruq de soft law que son Interdiction du cas extrême où le produit de la dernière Vente revient au vendeur initial de ce montage pour éteindre une ancienne dette. De plus et même dans ce cas flagrant, ces études sèment le doute dans la règle malikite en indiquant que certains groupes de jurisconsultes modernes considèrent que cette Interdiction ne s'applique pas aux débiteurs capables de rembourser leurs dettes³⁰⁵⁴. En outre, un autre auteur de ces études retient que les malikites soutiendraient implicitement la licéité du Tawarruq de soft law, sans le nommer ainsi, en se basant sur leurs avis relatifs à l'Înah. Cet auteur cite Averroès grand-père disant que « la

³⁰⁴⁹ Voir supra § 543, 545.

³⁰⁵⁰ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 175-176.

³⁰⁵¹ Voir supra § 589.

³⁰⁵² HIMEUR, *op. cit.* (note 16).

³⁰⁵³ BAROUDI, MOHAMED AMIN محمد امين بارودي, *La médiation financière et ses applications contemporaines* الوسطة المالية: أبرز التطبيقات المعاصرة [s.l.] : Dar al-Nawader 551, 2012, p.

³⁰⁵⁴ CONSEIL DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE AFFILIÉ À LA LIGUE ISLAMIQUE MONDIALE, *op. cit.* (note 2918), p. 353 des études.

question a été posée à l'imam Malik pour un pratiquant de l'Înah qui vend à terme une chose à un acheteur qui la revend à un tiers présent qui, à son tour la revend au vendeur initial dans la même rencontre ; la réponse de l'imam était l'invalidation de l'opération comme s'il avait considéré que l'intervention du tiers est une simple apparence ». L'auteur en déduit que sans l'intervention du tiers l'opération aurait été validée par l'imam Malik³⁰⁵⁵ ! Cet amalgame provoqué par le dépeçage de soft law, constaté ici pour le malikisme et déjà mis en évidence pour la hanbalisme, se propage à l'usage du chafiisme.

604. Influence du chafiisme sur la soft law. Le hanafisme et surtout le chafiisme interviennent dans le dépeçage de la soft law. Ainsi, la définition de l'Înah retenue par l'AAOIFI, d'ibn-al-Qayyim, est emprunté en réalité au rite chafiiite. Sur le fondement de la primauté de la forme et de l'apparence en évitant tout « procès d'intention » aux contractants, ce montage traditionnel de l'Înah, sans promesse préalable, est même considéré comme Facultatif dans l'ancienne jurisprudence chafiiite. En revanche, la jurisprudence des dernières générations retient le caractère Indésirable³⁰⁵⁶, ce qui laisse penser qu'elle tient compte un peu de l'argument d'Usure de subterfuge des trois autres rites. En contradiction avec les jurisprudences d'Interdiction de ces derniers, l'AAOIFI considère la position chafiiite précitée pour l'Înah traditionnelle, sans intention déclarée, comme la jurisprudence majoritaire. Elle ne cite comme contradicteurs des chafiiites que l'auteur hanbalite ibn-Taymiyya qui prône le caractère Interdit, comme la jurisprudence codifiée de son rite, alors que son disciple, ibn-al-Qayyim, recommande le caractère Indésirable³⁰⁵⁷. Selon notre compréhension, ces jurisprudences chafiiites s'appliquent uniquement à l'Înah traditionnelle sans intention déclarée du contractant. Dans le cas contraire, notamment en présence d'une promesse ramenant le flux global de la Vente rémérée à celui d'un crédit rémunéré, le chafiisme rejoint les trois autres rites dans l'Interdiction de ce type d'Înah, désigné par Ventes temporaires dans le malikisme. Indépendamment de l'appellation Înah ou Ventes temporaires, ce montage figure dans le Mouwatta de Malik³⁰⁵⁸ et a été étudié par les rites hanafite et malikite bien avant le chafiisme. Il est donc aussi erroné d'affirmer que le chafiisme a tranché en premier la règle applicable à ce genre de Vente rémérée³⁰⁵⁹ que d'affirmer que la position de Chafii constitue la jurisprudence majoritaire. L'usage du chafiisme par la soft law est donc aussi critiquable que l'usage du hanbalisme et malikisme ; le rite hanafite ne fait pas exception à ce traitement inapproprié.

³⁰⁵⁵ *Ibid.*, p. 373 des études.

³⁰⁵⁶ *Ibid.*, p. 372-373 des études.

³⁰⁵⁷ AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *op. cit.* (note 51), p. 313.

³⁰⁵⁸ Voir *supra* § 346.

³⁰⁵⁹ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 167.

605. **Influence du hanafisme sur la soft law.** De la même façon que les études de l'AAOIFI se réfèrent au chafiisme pour définir l'Înah, elles se basent sur le hanafisme dans le cas du Tawarruq traditionnel, en citant les auteurs Mohamed ibn-al-Hassan al-Shaybani et ibn-al-Humam. En effet, ces derniers appuient l'avis du calife Omar ibn-Abd al-Aziz qui ne retient que le caractère Indésirable, par opposition à l'Interdit, pour ce montage traditionnel qui ne débute pas par une Mourabaha au donneur d'ordre, comme celui de la soft law³⁰⁶⁰. De même et sans trancher dans un sens ou dans l'autre, la soft law fait appel au hanafisme en comparaison avec les autres rites pour explorer la validité des Conditions contractuelles, un sujet que nous avons déjà évoqué³⁰⁶¹. En effet, même si la Condition est invalide par sa contradiction avec la Charia, notamment avec le caractère Interdit de certaines règles applicables, elle pourra être considérée par certaines écoles comme une clause réputée non écrite qui ne remet pas en cause la validité du contrat dans son ensemble. Cette différence d'opinions s'étend aux Conditions qui, bien que licites, ne sont pas considérées comme nécessaires à l'objet du contrat en présentant seulement un intérêt pour l'une des parties, ou à une partie qui lui est liée. Pour ces situations, on trouve à un extrême, l'avis hanafite qui invalide à la fois ces Conditions et les contrats qui les contiennent et, à l'autre extrême, ibn-Chubruma qui valide les deux³⁰⁶², alors que les jurisprudences malikites associent à chaque texte législatif son champ d'application³⁰⁶³. Avec cet examen de l'usage du hanafisme, nous terminons notre analyse de la façon dont la soft law utilise la hard law pour construire des fondements aux montages de la finance islamique qui ont vu le jour il y a quelques décennies et qui se pratiquent aujourd'hui. Contrairement au bilan économique brillant, le bilan juridique de la finance islamique apparaît à travers cette justification de ses fondements comme confus.

606. **Difficulté de saisir la hard law à travers le dépeçage de la soft law.** Dès le début³⁰⁶⁴, nous avons signalé la difficulté de la compréhension de la hard law ; une difficulté que nous avons illustrée par le sujet subtil de l'Înah que Bousquet a eu du mal à traduire, malgré la grande valeur de cet auteur³⁰⁶⁵. Cette compréhension, déjà difficile³⁰⁶⁶ à saisir à travers les

³⁰⁶⁰ CONSEIL DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE AFFILIÉ À LA LIGUE ISLAMIQUE MONDIALE, *op. cit.* (note 2918), p. 343-348 des études.

³⁰⁶¹ Voir supra § 265.

³⁰⁶² SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 293 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰⁶³ GHARIANI *الصادق بن عبد الرحمن الغرياني*, [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements] *مدونة الفقه المالكي وأدلته*, *op. cit.* (note 1342), p. 112-115.

³⁰⁶⁴ Voir supra § 42.

³⁰⁶⁵ Voir supra § 366-367.

³⁰⁶⁶ .

sources de codification des rites³⁰⁶⁷, devient franchement impossible à appréhender à travers le dépeçage de la soft law dont les justifications juridiques sont construites non seulement à partir de rites différents mais également à travers une multitude d'avis au sein du même rite. Ainsi est perdu tout le travail de correction au sein de chaque rite qui élimine les jurisprudences isolées, violant les sources et principes de droit du rite, pour ne garder que les jurisprudences de référence pouvant servir de précédent. En effet et comme nous l'avons indiqué, même un imam fondateur de rite commet des erreurs que ses disciples corrigent sur la base des sources de droit retenues par l'imam lui-même³⁰⁶⁸. Sans ce travail correctif au fil du temps, propre à tout droit jurisprudentiel, il devient impossible de comprendre le contenu et le champ d'application de la règle de droit dans un rite donné d'une façon cohérente ; or, sans une telle cohérence, chaque rite perd son statut d'ordre juridique car il n'a plus aucun « ordre ». Nous avons vu comment, dans la Mourabaha au donneur d'ordre, le dépeçage de soft law crée une confusion sur la licéité de ce montage dans la hard law alors que son Interdiction est unanime dans les quatre rites. Pour le Tawarruq, c'est la même confusion qui se produit quand on essaie de saisir la licéité de ce montage en hard law à travers le dépeçage de la soft law. Pourtant, ce montage a comme première composante une Mourabaha au donneur d'ordre³⁰⁶⁹ et, par conséquent, l'Interdiction unanime des quatre rites qui est applicable à ce type de Mourabaha est d'office applicable au Tawarruq³⁰⁷⁰. Ainsi et comme pour la Mourabaha, seule la Nécessité peut justifier une dérogation temporaire selon l'appréciation du jurisconsulte pour Qualifier ladite Nécessité. Ainsi, Abdalaziz ibn-al-Baz estime que cette Nécessité autorisant le Tawarruq est Qualifiée quand il n'est pas possible de trouver un prêt sans intérêt pour combler un besoin impérieux comme payer ses dettes, meubler sa maison ou se marier³⁰⁷¹. À part cet argument de Nécessité rapporté par les études de l'AAOIFI, nous avons eu du mal à dégager la règle applicable par chaque rite au Tawarruq à travers le raisonnement juridique des chercheurs de l'AAOIFI qui s'appuie sur un dépeçage excessif pour construire une licéité de façade à des montages Interdits

³⁰⁶⁷ Voir synthétiquement les sources de référence de chacun des quatre rites sunnites : Hussein TAYAR حسين بن سليمان راشد الطيار, [Les quatre imams : leurs principaux professeurs, élèves, fondements et sources de référence] 1435 H/1334, p. 5, 11, 17, 21.

³⁰⁶⁸ Voir supra § 278.

³⁰⁶⁹ Auquel on rajoute une Vente supplémentaire par le client de la banque à un tiers.

³⁰⁷⁰ Il n'est donc pas recevable d'utiliser un argument pouvant ignorer le lien par la promesse entre les deux premières ventes de la Mourabaha, préalable à la troisième vente du Tawarruq ; comme dans « Access to cash by selling the commodity owned by the client is not prohibited by Charia, as long as each leg of the transaction is being processed independently between the three parties » : voir CHARIA BOARD DE BISB « BAHRAIN ISLAMIC BANK », *op. cit.* (note 66), p. 29.

³⁰⁷¹ CONSEIL DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE AFFILIÉ À LA LIGUE ISLAMIQUE MONDIALE, *op. cit.* (note 2918), p. 343-348 des études.

en hard law. Une telle situation a incité les parties prenantes de la finance islamique³⁰⁷² à prendre du recul pour faire le point et réfléchir à l'avenir de cette industrie dont la réussite matérielle constitue une fierté pour tous ceux qui cherchent à actualiser les jurisprudences du droit islamique.

2°) Usage de fond souhaité pour la maturité de la soft law

607. **État des lieux de la finance islamique au regard des Motifs du droit.** Les Diligents ont constaté depuis longtemps que les montages, dupliquant les effets du crédit rémunéré, augmentent les frais de transaction et font donc subir au débiteur un plus grand préjudice que l'Usure déclarée³⁰⁷³. C'est ce que constatent, également, les praticiens contemporains de la finance islamique qui trouvent que, du point de vue du débiteur, « la marge bénéficiaire de la banque est plus élevée par rapport à celle des banques conventionnelles » et que ceci crée « un sentiment de frustration et de déception chez la majorité des musulmans³⁰⁷⁴ ». Constituant plus de 90% des revenus des banques islamiques, la généralisation de ces montages³⁰⁷⁵, reproduisant inefficacement les financements conventionnels rémunérés, empêche le développement d'une économie islamique avec ses véritables caractéristiques propres³⁰⁷⁶. Ceci éloigne de plus en plus la finance islamique des Motifs de son droit. Ces Motifs prévoient, pour le financement de la consommation, de prêter sans rémunération pour les besoins strictement Nécessaires et de ne pas encourager les gens à vivre au-dessus de leurs moyens par le surendettement s'il ne s'agit pas de tels besoins. Lesdits Motifs adressent également le financement de la production en préconisant un partage des profits et des pertes entre le bailleur de fonds et l'entrepreneur. Là aussi, les Motifs cherchent à éviter le surendettement³⁰⁷⁷. De plus, ils limitent le gaspillage en empêchant la réalisation de la plupart des investissements voués à l'échec, pour des raisons de rentabilité ou de compétence et d'honnêteté du gérant, car le bailleur de fonds fera sa due diligence avant d'investir et contrôlera

³⁰⁷² Décideurs, jurisconsultes et chercheurs dépendants ou autonomes.

³⁰⁷³ Voir supra § 602 et surtout 604 qui reproduisent l'argument d'ibn-Taymiyya cité, et non retenu, par la soft law.

³⁰⁷⁴ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 167.

³⁰⁷⁵ Dont les principaux sont la Mourabaha au donneur d'ordre et les variantes de ventes rémérées [comme les Ventes temporaires malikites et le Tawarruq] : voir *Ibid.*, p. 28, le sens de « réméré » étant pris au sens large tout en étant, quand même, une aliénation du sens du Code civil.

³⁰⁷⁶ SELLAMI محمد مختار السلاوي, *op. cit.* (note 1777), p. 232.

³⁰⁷⁷ Qui, malheureusement est parfois présenté comme une Nécessité pour motiver certaines Fatwas comme c'est le cas pour la Fatwa n° 157 de l'Académie internationale, autorisant la Vente de dette contre dette : voir supra § 329.

le gestionnaire après l'investissement. Ainsi et avec un plus grand pourcentage de réussite de projets d'investissement, on verra plus d'entrepreneurs entrer dans le club des capitalistes par le partage des profits avec les bailleurs de fonds qui, par ce partage, ne sont plus les acteurs d'une concentration malsaine des fortunes³⁰⁷⁸. Dans sa pratique actuelle, la finance islamique semble loin de ces objectifs et c'est à la lumière d'un tel état des lieux vis-à-vis des Motifs de la Charia, que certaines voix influentes se sont élevées pour qualifier la situation actuelle de la finance islamique.

608. Qualification de la soft law de démarrage de la finance islamique. En s'adressant au 28^{ème} congrès charaïque du groupe bancaire al-Baraka de septembre 2007, Sellami confirme que les institutions financières islamiques ont constitué par dépeçage des contrats répondant aux souhaits de ses cadres formés à la banque conventionnelle. En procédant de la sorte, ces institutions « ont été contraintes à adopter des solutions acceptables sur la forme mais dont la validité sur le fond n'a pas convaincu » les juristes de droit islamique. Sellami continue en considérant que « l'usage de ces facilités formelles n'est pas permanent et ne peut être que temporaire dans une démarche par étapes ». Selon lui, si ces solutions ont tenu compte des besoins allant au-delà de la Nécessité, c'est que la situation correspondait à celle décrite notamment par ibn-abd-al-Salêm où les contraintes généralisées de l'environnement, dictées par l'ordre mondial dominant, empêchaient la mise en œuvre de solutions islamiques pures dans ce secteur vital du financement. Malheureusement et d'une façon erronée, les dirigeants des institutions islamiques « ont considéré ces solutions de dépeçage comme des principes permanents que l'application sur une longue durée a rendu familiers aux praticiens. Cette familiarité s'est alors installée dans la méthodologie des dirigeants de ces institutions islamiques et s'est enracinée dans leur vision charaïque, sans qu'ils puissent s'en écarter. Lesdits dirigeants ne se rendent alors plus compte qu'ils continuent à emprunter une voie qui n'a été acceptable, à la création des institutions islamiques, que pour cause de Nécessité. Celle-ci a été imposée par les conditions de ce démarrage, caractérisées par l'absence de moyens permettant à ces institutions de se positionner dans le marché bancaire international. Cependant, la continuation de cette voie de dépeçage au-delà de cette étape de démarrage vide de sa substance le droit des échanges économiques islamiques ».

³⁰⁷⁸ « Du point de vue de l'islam, la pratique de l'intérêt peut conduire à une concentration de la richesse entre les mains d'une minorité. Ce qui va à l'encontre de l'esprit de la charia ... L'interdiction de l'intérêt est donc liée à un choix de société » : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 29-30.

609. Appel à l'évolution de la soft law dans le sens des Motifs de la Charia.

Après la qualification de l'état actuel de la soft law de l'industrie de la finance islamique, Sellami conclut alors que « le temps est venu pour passer des solutions partielles et des alternatives répondant aux contraintes à des initiatives saines, sans impuretés ni présomptions ». « Le moment est donc venu pour réviser le fonctionnement des banques islamiques adopté jusqu'ici ; une révision aboutissant à la rectification du travail, des moyens et de la gouvernance de ces institutions sur la base des piliers que sont les Motifs de la Charia ». Sellami précise que cette révision peut même toucher non seulement les Normes de l'AAOIFI mais également les Fatwas des académies et conseils indépendants du fiqh comme l'AIFI³⁰⁷⁹. Cette orientation de Sellami vient confirmer l'analyse et la vision stratégique exprimées, un an plus tôt, par le président de l'AAOIFI et fondateur-dirigeant de l'un des plus grands groupes bancaires islamiques. En mai 2006, lors du congrès de développement de la finance islamique tenu au Koweït, Saleh Kamel déclarait effectivement qu'il « est impératif de dépasser la forme en accédant au fond. Il est également impératif d'aller au-delà des mots et des montages pour atteindre les Motifs et les significations. Il est enfin impératif de passer d'un business-modèle d'imitation à un autre d'enracinement et d'initiative. En effet, l'expérience de l'activité bancaire islamique a été lourdement handicapée par notre focalisation, depuis des décennies, à trouver des interprétations et astuces charaïques pour des opérations fondées sur le riba et enracinées dans cette pratique. Par l'ajout de formulaires de façade et de démarches marginales, ces opérations ont été labellisées *islamiques* mais elles sont toujours restées, d'une part, fidèles à leur origine Usuraire dans leur conséquence économique et, d'autre part, contraires aussi bien à la Charia qu'à ses Motifs³⁰⁸⁰ ». Toutefois, cette évolution que toutes les parties prenantes appellent de leurs vœux ne doit pas poser un problème de survie à l'industrie de la finance islamique.

610. **Évolution sans risque sur la pérennité de la banque islamique.** Faisant le bilan de plusieurs décennies d'activité bancaire islamique, les ténors de cette industrie souhaitent vivement une évolution dans le sens d'une certaine priorité du fond sur la forme, un principe qui met en avant la finalité des montages de financement. Or, ce principe est déjà reconnu par les études de l'AAOIFI³⁰⁸¹ même si, jusque-là, elle l'interprète d'une façon restrictive aboutissant en pratique à sa méconnaissance. Considéré également par des auteurs

³⁰⁷⁹ SELLAMI محمد مختار السلامي, *op. cit.* (note 1777), p. 238-239, 241, 245-247.

³⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 241.

³⁰⁸¹ AAOIFI'AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 1767, 1798-1824, 2053-2066, 2083.

influent dans l'école hanbalite³⁰⁸² et à des degrés variables chez les hanafites et chafiiites, ce principe est extensivement appliqué dans le rite malikite, comme nous l'avons vu. Sur la base de ce principe, docteur Ghariani, l'un des piliers du malikisme de ce XXI^e siècle, a formé le souhait que les banques islamiques modifient leur standard de Mourabaha en rendant la promesse non Obligatoire. Conscient du cadre réglementaire qui exclut que les banques islamiques deviennent commerçantes en détenant des stocks de marchandises ou d'actifs destinés à la Vente. Ghariani incite, quand même, ces banques à trouver une solution pour sortir de la situation actuelle caractérisée, d'une part, par l'usage des montages Mourabaha avec promesse ferme et, d'autre part, par l'abandon des véritables outils islamiques Moucharaka et Moudaraba avec partage du résultat³⁰⁸³. Cependant et sans nier le principe de la priorité du fond, il nous semble que l'AAOIFI n'est pas prête aujourd'hui à accepter la modification de sa Norme relative à la Mourabaha. À ce stade, l'AAOIFI reconnaît que ce principe justifie l'Interdiction de certains contrats liés conduisant à l'Usure, même si la liaison incriminée ne reflète pas une intention d'Usure du contractant mais découle simplement d'un usage et non pas d'une condition contractuelle. Ceci s'applique notamment aux Ventes consécutives conduisant à l'Usure quantitative ainsi qu'aux contrats successifs associant un prêt à une Vente, à un Salam, au Louage d'un service Décrit, voire, à un don ou un cadeau³⁰⁸⁴. Toutefois, les études de l'AAOIFI retiennent que la Mourabaha au donneur d'ordre, telle que normalisée par cette organisation, constitue l'une des dérogations à ce principe de la primauté de la finalité³⁰⁸⁵. Il est vrai que la remise en cause immédiate de la Mourabaha au donneur d'ordre entraînera des conséquences graves sur les banques islamiques. Ces dernières pourraient effectivement disparaître ou perdre leur label « islamique » pour devenir une banque conventionnelle comme toutes les banques pratiquant le riba. De telles conséquences sont évidentes, compte tenu de l'importance de la Mourabaha dans l'activité des banques islamiques actuelles³⁰⁸⁶. En revanche, l'évolution devrait remettre en cause les autres montages actuels de financement basés sur la technique de la promesse, reproduisant des flux identiques aux crédits rémunérés conventionnels, dans des conditions similaires de risques. En particulier, le Tawarruq³⁰⁸⁷, le

³⁰⁸² ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, op. cit. (note 2642), p. 1771.

³⁰⁸³ GHARIANI *الصادق بن عبد الرحمن الغرياني*, [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements] *مدونة الفقه المالكي*, op. cit. (note 1342), p. 103-104.

³⁰⁸⁴ ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah*, op. cit. (note 2642), p. 1772-1775.

³⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 1825-1831.

³⁰⁸⁶ Voir supra § 578, 591.

³⁰⁸⁷ Voir supra § 596, 602.

leasing³⁰⁸⁸ et le portage³⁰⁸⁹ devraient être découragés en parallèle à la promotion des moyens de financement en fonds propres conformes aux Motifs de la Charia.

611. Évolution en pratique de la soft law dans le sens des Motifs. Pour concrétiser l'appel à l'évolution de l'industrie de la finance islamique, les Motifs de la Charia ne peuvent qu'encourager l'évolution des liens des banques islamiques avec des commerçants de Mourabaha³⁰⁹⁰ vers de véritables partenariats bâtis sur le *partage des pertes et profits*³⁰⁹¹. Ces partenariats peuvent revêtir la forme de Moudaraba entre la banque et son client, au niveau du haut de bilan par participation au capital ou au niveau du bas de bilan par prêts participatifs de financement de stocks. En choisissant ces commandités, parmi les plus compétents et les plus honnêtes, le risque de la banque islamique avec de tels partenaires à long terme ne peut dépasser son risque de ne pas être payée par une Mourabaha avec un client non partenaire. Dans cette approche de partenariat, la banque islamique pourra également « placer » ses dépôts dans des actions de sociétés immobilières qui présentent des profils de risque comparables à ceux des obligations et qui peuvent même être, sur le long terme, moins risquées. Ceci sera le cas s'il s'agit de sociétés immobilières non endettées, cotées et spécialisées dans des immeubles loués sur de longues durées à l'État, comme les écoles ou les bureaux des administrations publiques. Avec un risque plus élevé mais toujours comparable à celui des obligations d'entreprises, la banque islamique pourra également devenir active sur le marché des actions des autres sociétés immobilières non endettées spécialisées dans le foncier industriel ou commercial, en louant à long terme des usines ou des points de vente. Avec un risque un peu plus élevé mais toujours comparable à celui de certaines obligations d'entreprises, la banque islamique pourra accompagner les constructeurs de machines-outils ou leurs agents dans une stratégie de souscription en finançant leurs stocks par prêts participatifs avec une rémunération basée uniquement sur le résultat. Cette stratégie de souscription, correspondant au modèle commercial baptisé « produits en tant que services³⁰⁹² » par le règlement européen, se caractérise par des revenus récurrents de location à long terme par les utilisateurs de ces machines, contrairement la stratégie ancienne de propriété perpétuelle caractérisée par des ventes ponctuelles de ces

³⁰⁸⁸ Voir supra § 15, 553-556, 594 et, surtout, 598.

³⁰⁸⁹ Voir supra § 517 et, surtout, 597.

³⁰⁹⁰ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 339 de la Maison de financement du Koweït.

³⁰⁹¹ Comme « l'adossement à toute opération financière d'un actif tangible », ... « le partage des pertes et des profits est un principe fondamental dans le fonctionnement des banques islamiques. Par la mise en œuvre de ce principe, celles-ci se démarquent des banques conventionnelles attirées uniquement par la recherche du profit » : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 31.

³⁰⁹² LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *op. cit.* (note 2746), p. 19 du Journal officiel de l'Union européenne, § 28 du préambule.

machines³⁰⁹³. Par le financement de ce modèle commercial en Europe, la finance islamique convergera vers la notion européenne de *responsabilité sociale des entreprises* (RSE).

612. Effet de l'esprit RSE européen sur l'évolution de la banque islamique. Ce modèle commercial « produits en tant que services », dont nous venons de vanter la conformité de *hard law* islamique, fait partie des critères d'évaluation de l'impact sur la plateforme *environnement-social-gouvernance* (ESG) de moralisation de la vie en société. Ces critères, retenus par le règlement européen précité, permettent la « taxonomie » des fonds d'investissement cherchant le label de l'*investissement socialement responsable*³⁰⁹⁴ (ISR). Ce label orienté vers l'information des investisseurs, qui y sont sensibles, rentre dans le cadre plus général de la promotion de la RSE, un cadre adressé à une multitude de parties prenantes³⁰⁹⁵. Tenant compte de cet environnement juridique européen, les banques islamiques travaillant en Europe, et dans un deuxième temps celles travaillant ailleurs, devraient publier un indicateur montrant à quel point elles méritent le label islamique. Un tel indicateur pourrait être le pourcentage du chiffre d'affaires européen de ces banques réalisé par des opérations PLS, dont la conformité à au moins l'un des rites de *hard law* est attestée par un expert autonome de droit islamique. Au cas où l'autorité de régulation de l'un des EM de l'UE souhaiterait s'impliquer dans cette « taxonomie de banques islamiques opérant dans l'UE », elle pourrait présélectionner ces experts de la *hard law* islamique sur appel d'offres. Ensuite et après vérification de leur autonomie, ladite autorité de régulation valide par l'AIFI leur compétence à l'un des rites reconnus par cette émanation de l'Organisation de la Coopération islamique³⁰⁹⁶. Un tel processus en Europe pourrait servir de marché-test pour l'AAOIFI afin d'essayer de créer une segmentation à l'intérieur de son portefeuille de produits bancaires. Ainsi, certains de ces produits auront une certification de conformité à un code rituel précis, en plus de leur label général *islamique* qui est tellement vague et faible, en Europe, que le produit phare de la Mourabaha a été requalifié par le juge européen en crédit conventionnel³⁰⁹⁷. Ce sont là des conditions idéales pour que la banque islamique teste l'évolution de son business-modèle avec l'introduction de ce segment rituel « haut de gamme » dans un marché pas trop grand. Le

³⁰⁹³ Ce changement de stratégies marque « l'avènement de l'économie de l'usage au détriment de la propriété » comme le note la Cour des comptes : voir Gabriel NEDELEC, *Les locations longue durée dans le viseur des autorités*, Les Échos, Publié le 30 mars 2021 à 07h07 - Mis à jour le 30 mars 2021 à 07h15, URL : <https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/les-locations-longue-duree-dans-le-viseur-des-autorites-1302607>.

³⁰⁹⁴ En anglais Social Responsible Investment : « SRI is a concept which seeks to implement environmental, social and governmental factors (ESG) in investment strategies », voir ZETZSCHE, *op. cit.* (note 50), p. 169.

³⁰⁹⁵ EUROPEAN COMMISSION, *op. cit.* (note 9), p. 4, 7, 13-14, de la version française.

³⁰⁹⁶ Voir supra § 316.

³⁰⁹⁷ Voir supra § 590.

marché européen pourrait donc être un bon candidat avec un risque limité, lié au changement du business-modèle. À notre avis et dans l'éventualité où des sociétés comme la Holis voient le jour en Europe, le risque limité précité sera absorbé par l'opportunité que le nouveau business-modèle des banques islamiques peut représenter pour ces sociétés à la recherche d'une conformité authentique à la jurisprudence millénaire de la hard law. Cependant, la mise en œuvre de ce test de business-modèle rituel ne serait possible qu'avec un préalable caractérisé notamment par la modification de la Norme n° 29 de l'AAOIFI.

613. Proposition de modification du § 6/4 de la Norme n° 29 de l'AAOIFI. Il n'est pas facile aux banques islamiques d'ouvrir leur modèle économique vers des solutions que l'un ou l'autre des rites de hard law considère comme authentiquement conformes, dans la propre cohérence de ce rite de conformité et sans aucun dépeçage. En effet, pour franchir ce pas, il faudrait que les décideurs de l'AAOIFI soient intimement convaincus que l'usage du dépeçage dans la justification de leurs normes efface la frontière entre les deux formes opposées de rémunération du capital que sont l'intérêt Interdit et le bénéfice Désirable³⁰⁹⁸. Ceci reviendrait à admettre que les Normes de l'AAOIFI sont moins justifiées par ce dépeçage, décrié par des auteurs autonomes comme Goutah, que par le principe de Nécessité unanimement admis dans les rites sunnites. En adoptant une telle substitution de justifications, les décideurs de l'AAOIFI rétabliraient la distinction entre l'intérêt de l'Usure et le bénéfice de la Vente véritable ; ce qui mettrait fin à la conviction de plus en plus générale considérant que les justifications de la soft law constituent des « terminologies trompeuses³⁰⁹⁹ ». Cette position ferait également la promotion de l'intérêt général en mettant fin à l'un des alibis des radicaux, destructeurs de l'humanité, dans leur usage du dépeçage pour énoncer des Fatwas politiques à une population musulmane désorientée par la confusion et l'incompréhension du droit islamique. En donnant un appui décisif à l'application de la Fatwa n° 70 de 1993 de l'Académie Internationale³¹⁰⁰, l'AAOIFI aiderait à soigner cette infection de non-droit non seulement dans le domaine de la finance islamique mais également dans le reste des domaines de la vie que les rites sunnites ont organisé par des jurisprudences profondes de plusieurs siècles. L'énorme capacité de

³⁰⁹⁸ Voir par exemple supra § 2, 314.

³⁰⁹⁹ Maître Himeur ajoute « c'est ce qu'a d'ailleurs déduit la Cour d'appel de Londres lorsqu'elle a été appelée à trancher un litige concernant le financement d'un projet via le contrat Mourabaha. Cette sentence est révélatrice. Toutefois, pour qualifier le bénéfice réalisé par la banque islamique, la Cour n'a pas hésité à affirmer son ambiguïté quant au contrat Mourabaha. En réalité, ce que la banque islamique appelle le bénéfice n'est qu'un prêt déguisé ». Cette analyse retenue par les juridictions anglaises rejoint l'idée qui prédomine dans l'opinion publique musulmane. Elle est également celle d'un important courant de pensée de théologiens et de juriconsultes musulmans » : voir HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 28-29.

³¹⁰⁰ Voir supra § 306.

recherche³¹⁰¹ de l'AAOIFI pourrait alors donner l'exemple dans le domaine économique par la mise à jour crédible des jurisprudences de chaque rite dans sa propre cohérence, en construisant des produits et services financiers authentiquement conformes à l'un ou l'autre de ces rites. Ceci conduirait l'AAOIFI à réhabiliter ces rites en réformant en douceur le paragraphe 6/4 de sa Norme n° 29. Dans l'état actuel des choses, cette dernière stipule que « l'institution financière islamique ne doit pas demander une Fatwa conforme à un rite spécifique même s'il s'agit du rite officiel du pays d'accueil ou du rite adopté par l'autorité officielle de ce pays chargée des Fatwas. Toutefois, on doit tenir compte d'un tel rite quand les systèmes légal ou judiciaire dans un pays respectent ce rite particulier et que l'objet de la Fatwa peut éventuellement être soumis aux tribunaux dans le futur³¹⁰² ». Ainsi et pour mettre en œuvre notre idée de l'introduction d'un segment de produits bancaires conforme à la hard law, nous proposons de rajouter un nouvel alinéa à ce paragraphe de la Norme 29. Servant d'étape douce d'évolution, un tel alinéa interprétatif ajoute à propos des cas justifiés pour un usage de la conformité rituelle « Ceci sera le cas dans les pays à forte législation protectrice du consommateur, comme dans les pays de l'UE, où l'institution doit informer la clientèle de son activité B-to-C³¹⁰³ de la conformité ou de la non-conformité, aux principaux rites pertinents, des produits et services qu'elle offre sur ce marché. L'institution pourrait également développer des produits et services spécifiques à un tel public qui soient en conformité avec l'un de ces rites pertinents. Enfin, l'institution pourrait faire de même pour la clientèle de son segment B-to-B³¹⁰⁴ pour satisfaire une demande significative de son marché³¹⁰⁵ ». Avec une telle réforme de la Norme n° 29, les banques islamiques seraient les banques idéales permettant à la Holis de profiter de sa synergie financière de groupe.

³¹⁰¹ Avec une préservation de l'indépendance de ses chercheurs en allant au-delà de la récente réglementation saoudienne. L'AAOIFI pourrait par exemple s'imposer un choix des membres indépendants du Charia Board parmi une liste de juriconsultes choisis et payés par la banque centrale : voir SAUDI ARABIAN MONETARY AUTHORITY, *Banking-KSA, Cadre de gouvernance charaïque* إطار الحوكمة الشرعية [s.d.], p. 7. URL : <http://www.sama.gov.sa/ar-sa/Laws/BankingRules/Banking-KSA.pdf>. Consulté le 22 août 2020.

³¹⁰² « The institution should not demand Fatwa according to a specific Madhab (School of Fiqh) even if it is the official school in its host country, or the school that official Fatwa bodies adhere to. However, attention should be given where the legal or judiciary system in the country observes a specific school, and the issue in question may be taken to the courts in the future » : voir ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards, op. cit.* (note 1475), p. 740.

³¹⁰³ « Business to Consumer ».

³¹⁰⁴ « Business to Business ».

³¹⁰⁵ It would be the case in countries with strong consumer protection law, such as EU member states, where the institution should inform the public of its B-to-C segment about the conformity of its products and services to main relevant Madhabs. The institution could also develop specific products and services to such public in conformity with one of those relevant Madhabs. The institution could also do so for clients of its B-to-B segment to satisfy significant demand of its market.

614. Effet de la synergie financière du groupe de la Holis sur l'évolution de ses banques. À côté des synergies opérationnelles³¹⁰⁶, la constitution du groupe de la Holis génère également des synergies financières car la taille permet une meilleure négociation des conditions de financement et de placement avec les institutions financières. Ceci est aussi vrai en finance conventionnelle qu'en finance islamique, et notamment favoriser l'offre par les banques islamiques à la holding non pas de produits ayant un profil de crédit, comme la Mourabaha bancaire, mais de produits PLS, comme le prêt participatif Moudaraba de financement du stock commercial. Ainsi l'effet de levier risqué du financement conventionnel, basé sur le leurre que le crédit à intérêt permet à l'emprunteur d'avoir une meilleure rentabilité que la banque³¹⁰⁷, sera exclu. À la place de cette approche conventionnelle, la Holis adoptera, dans la mesure du possible, un levier de financement basé authentiquement sur le partage du risque, comme le malikisme l'entend. Comme le rappelle ben Salah, en théorie de la finance conventionnelle, c'est uniquement la présence de l'impôt qui donne une conséquence positive à l'effet de levier à cause de la déductibilité des frais du financement par dette contrairement aux frais de financement en fonds propres³¹⁰⁸. De notre point de vue, c'est là où le rapport de forces joue exclusivement en faveur de l'économie de crédit avec l'État qui perd sa neutralité entre le financement par fonds propres et le financement par dettes, en favorisant ce dernier mode même s'il augmente le risque de faillite³¹⁰⁹. Heureusement, le régime fiscal des financements intermédiaires, entre le capital et la dette traditionnelle, est en train de basculer dans certains pays vers le régime de déductibilité accordé aux intérêts des crédits. Ainsi, la France admet en déductibilité les rémunérations des prêts participatifs et des financements alternatifs, visant les instruments de finance islamique parmi lesquels les financements PLS³¹¹⁰. Ceci ouvre de nouveaux horizons non seulement à la Holis, qui pourra intégrer des moyens

³¹⁰⁶ Voir supra § 464.

³¹⁰⁷ Car en moyenne les établissements de crédit ont une meilleure rentabilité opérationnelle que leurs débiteurs de l'économie réelle de production. De plus, ces banques font payer à leurs clients les accidents de parcours de ces mêmes banques, en cas de mauvaise gestion découlant du copinage avec certains débiteurs ou d'une stratégie risquée de placement sur des produits dérivés déconnectés de l'économie réelle.

³¹⁰⁸ BEN SALAH, *op. cit.* (note 1785), p. 51.

³¹⁰⁹ *Ibid.*, p. 52. L'alternative serait que les intérêts deviennent non déductibles. Les impôts récoltés, par ce biais, pourraient alors financer l'investissement en titres participatifs PLS (sans aucune rémunération en fonction du temps) dans les entreprises prometteuses qui manquent de moyens.

³¹¹⁰ Voir Éditions Francis Lefebvre, Documentation pratique Fiscale - Série BIC (Bénéfices industriels et commerciaux) - 30/07/2020, Base Navis, <http://abonnes-efl-fr.ezpaarse.univ-paris1.fr/EFL2/document/?key=BIC&refId=P53506BCB192B15F-EFL>, § 11640 ; voir également l'article 212 bis du CGI, § III-2-a et b, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000027518081&cidTexte=LEGITEXT000006069577>.

intéressant dans sa charte financière, mais à la finance islamique en général dont la réévaluation à la hausse de son authenticité ne peut que faire progresser son éthique et sa part de marché.

Conclusion

615. Conformité de l'entreprise confessionnelle à la *hard law* islamique.

L'entreprise confessionnelle utilise souvent le label *islamique* non seulement afin d'afficher sa conviction et son identité mais également pour attirer des investisseurs, des employés, des clients ou des fournisseurs. Dans l'esprit de la responsabilité sociale (RSE) de cette entreprise, l'intérêt général commande que celle-ci informe toutes ces parties prenantes de la réalité du mérite d'un tel label. Cette transparence promotrice d'une taxonomie publique ne peut se baser que sur une appréciation objective de l'authenticité de ce sceau *islamique*, en tant qu'argument « vendeur » servant les intérêts de cette entreprise. Fondée sur l'intérêt général, cette logique devrait donc s'appliquer à toute entreprise confessionnelle islamique, aussi bien quand celle-ci est une société industrielle que lorsqu'elle est une banque. Pour ce dernier type d'entreprises, constituant la colonne vertébrale de l'industrie de la finance islamique, un tel effort est d'autant plus justifié qu'il pourrait aider ces institutions à évoluer dans le sens d'une meilleure authenticité islamique, en abandonnant leurs montages actuels bâtis sur des habillages de pure forme. C'est cet objectif qui a été proclamé publiquement depuis 2006 par le président de l'AAOIFI, l'organisation représentante de ces institutions. Cependant, un tel objectif s'est avéré tellement ardu que l'évolution voulue n'a pas avancé depuis cette date, bien que les parties prenantes de cette industrie ne cessent de l'appeler de leurs vœux. Cette difficulté d'évolution provient du fait que l'authenticité recherchée ne pourrait être obtenue qu'en soumettant cette industrie à la conformité des rites, mais encore faut-il qu'une telle conformité de *hard law* soit possible. C'est ce qui a suscité notre question de recherche relative à la « **faisabilité en droit étatique de la conformité aux rites islamiques** ». À cette question, notre thèse a pu répondre positivement au niveau du fondement même, en allant au-delà de notre illustration. Cette faisabilité n'est donc pas limitée au cas de la holding de contrôle, opérant dans les secteurs traditionnels non financiers de la production et de la distribution. Ainsi, le mérite du label *islamique*, utilisé par une entreprise confessionnelle, peut maintenant se mesurer objectivement par la proportion du chiffre d'affaires de cette entreprise qui passe le test de conformité à l'un des rites. Or, cette conformité exclut les principaux montages construits par dépeçage, qui représentent la quasi-totalité de l'activité des banques islamiques depuis leur création. En conséquence, la soumission de l'industrie bancaire à une telle conformité lui fait courir un risque important. La transformation d'un tel risque en une opportunité constitue alors un véritable défi que cette thèse a également relevé, en proposant que cette ouverture à la

conformité de hard law soit d'abord testée sur le petit marché de l'Europe, sans remise en cause du portefeuille de produits actuels fondés sur les Normes de soft law. Un tel test nécessiterait cependant que l'AAOIFI, auteur de cette soft law, élargisse le domaine dérogatoire de sa Norme n° 29 en introduisant la conformité de hard law comme un segment « haut de gamme » de son portefeuille de produits portant le label *islamique*. C'est sur cette base que cette thèse, illustrant la faisabilité de la conformité de hard law par l'exemple du private equity de contrôle européen, pourrait entraîner certaines conséquences constructives. Ces conséquences, allant souvent au-delà du private equity de contrôle, sont aussi bien d'ordre juridique que d'ordre économique.

A. Conséquences juridiques de la thèse

616. **État de la recherche dans le domaine de la conformité islamique.** Jusqu'à là, la recherche européenne en finance islamique est dominée par la soft law dont l'éloignement par rapport au droit islamique est reconnu à tel point qu'un éminent auteur considère que « vouloir à tout prix ramener la finance islamique au giron du droit musulman est discutable. Car, les enseignements tirés du droit musulman en la matière sont sans doute modestes dans la mesure où la finance islamique y apparaissait davantage liée à d'autres catégories juridiques. ... On verra aussi que le droit commun aura une place importante à côté de ce qu'on appelle par défaut le droit musulman. Notre regard est en revanche critique, et suggère une mise à jour de nombreuses incompatibilités conceptuelles inhérentes à la finance islamique, qui, en fin de compte, n'auront d'islamique que le nom³¹¹¹ ». Cette constatation de maître Himeur correspond à l'appréciation tirée de notre thèse, même si nos références en droit islamique sont différentes car nous ne considérons ni Youssef Qardaoui, ni Rachid Ridha³¹¹². Nous ne considérons pas non plus les auteurs qui redonnent une valeur juridique aux divergences désuètes des compagnons du Prophète (bsl). Causées par des jurisprudences isolées souffrant souvent de l'ignorance de certains textes législatifs, ces divergences dépassées par les compagnons eux-mêmes ont laissé place à un consensus général des rites³¹¹³. Notre désaccord avec maître Himeur n'est donc pas sur la constatation de l'état actuel de la finance islamique mais sur le choix de l'étalon de l'authenticité du label islamique que devrait utiliser l'industrie de la finance islamique.

³¹¹¹ HIMEUR, *op. cit.* (note 16), p. 26.

³¹¹² Voir supra § 590 ; voir également *Ibid.*, p. 37, 126, contrairement à Averroès qui constitue une référence commune à cette thèse et au travail de maître Himeur.

³¹¹³ « Abdallah Ibn Abbas, l'un des grands exégètes du Coran et de la Sunna, rapporte qu'il a entendu le prophète dire : 'Il n'y a riba que lorsqu'il y a délai' » : voir *Ibid.*, p. 39.

617. **Choix de la hard law comme étalon de l'authenticité du label islamique.**

Notre convergence avec maître Himeur sur l'appréciation de l'état actuel de la finance islamique masque, en réalité, notre différence sur le critère approprié pour évaluer l'authenticité du qualificatif *islamique*. Contrairement à maître Himeur, nous accordons une importance déterminante aux auteurs de la hard law des rites, par opposition à la soft law et ses auteurs, afin de permettre à cette industrie de revenir au centre authentique du droit islamique. Ce droit millénaire de hard law est effectivement celui qui traduit la conviction déclarée de cette industrie confessionnelle et qui correspond à l'évolution voulue par Saleh Kamel, président de l'AAOIFI. Exprimant la demande des parties prenantes de ladite industrie, ce dernier plaide en faveur d'un retour à l'authenticité en délaissant, petit à petit sommes-nous tentés d'ajouter, les montages de forme qui sont contraires aux Motifs du droit islamique. Celui-ci, constitué par la jurisprudence des rites, devrait alors bénéficier de notre travail dans sa promotion d'un langage commun entre les juristes de hard law et les dirigeants des entreprises de cette industrie. En effet, le niveau de détail juridique et les sources de cette thèse permettront à ces dirigeants de mieux comprendre les juristes des rites. De même, le niveau de détail économique de cette recherche rendra plus facile la compréhension par ces juristes du métier commercial de l'entreprise confessionnelle islamique concernée. Cette compréhension réciproque, entre dirigeants d'entreprise et juristes de hard law, permettra non seulement une efficacité accrue mais aussi l'instauration d'une grande confiance. Confiance d'autant plus solide qu'elle s'appuie sur une contractualisation bâtie sur le droit étatique, assurant une sécurité juridique de nature à attirer de plus en plus d'investisseurs sensibles à l'authenticité de la conformité islamique des véhicules d'investissement. C'est cette confiance, bâtie sur la hard law des rites, qui pourrait motiver une nouvelle orientation de la recherche européenne en matière de conformité islamique.

618. **Effet possible de cette thèse sur la recherche en Europe.** L'authentification de la conformité par une contractualisation précise et contraignante, répondant aux vœux aussi bien des dirigeants de l'industrie de la finance islamique que de ses autres parties prenantes européennes, peut favoriser le développement de la recherche en ce sens. Ainsi, cette réorientation de la recherche européenne en finance islamique pourrait susciter l'intérêt des chercheurs à examiner, sous un angle nouveau de conformité, des sujets déjà étudiés avec une conformité de soft law, comme les fonds islamiques et les grands projets. En effet, nous avons la conviction que l'illustration de notre thèse par le private equity de contrôle devrait s'étendre, sans obstacles majeurs, à d'autres domaines dont la conformité à la hard law serait également

faisable en Europe. Pour tous ces domaines, la créativité du monde de la finance nécessite un travail académique constant au service des juriconsultes et des praticiens afin de codifier et d'orienter les nouveautés prometteuses en écartant les innovations inévitables dans l'éthique islamique. C'est de la qualité de ces nouvelles recherches que dépendrait la réussite de l'introduction de nouveaux produits de finance islamique authentiquement conformes à la hard law. Une telle réussite induirait alors sa généralisation à d'autres marchés car le fait que la démonstration de la faisabilité de cette conformité, de hard law, soit apportée dans l'environnement juridique européen ne peut que donner à cette réponse positive plus de force dans d'autres États qui seraient de culture musulmane. Néanmoins, un tel effort de recherche académique ne peut suffire à transformer le premier essai sans le soutien des praticiens européens, notamment dans le domaine de la standardisation contractuelle.

619. Standardisation de la contractualisation de hard law. L'illustration de notre thèse par le rite malikite n'est évidemment pas un obstacle pour dupliquer cette approche de contractualisation de la conformité avec les trois autres rites sunnites. D'ailleurs, les trois-quarts du fondement islamique de cette thèse sont communs à tous les rites sunnites. De même, au niveau des règles de conformité applicables à une holding de contrôle, probablement plus de la moitié de la contractualisation de la gouvernance et du métier est valide dans les autres rites. Ainsi, le travail ultérieur des praticiens pour l'élaboration des contrats-type dans le rite malikite n'a pas besoin d'être multiplié par quatre, mais seulement par deux, pour couvrir tous les rites sunnites. En outre, un investisseur cherchant l'authenticité de hard law peut accepter un rite différent du sien. En effet, ceci fait partie du dépeçage « global » admis par tous les rites, contrairement au dépeçage de soft law qui s'autorise à combiner tous les rites, avec toutes les jurisprudences isolées, dans différents aspects juridiques non séparables au sein d'une même opération qui peut, alors, devenir invalide dans tous les rites. Cette reconnaissance entre les rites devrait alors inciter les praticiens européens à ne développer initialement que des contrats-types dans un seul rite puis, en fonction de la demande de leurs clients, standardiser un ou plusieurs rites supplémentaires. Pour chacun de ces rites choisis, l'effort de standardisation devrait alors couvrir au moins les principaux éléments de la documentation juridiques de droit commun.

620. Documentation juridique d'une holding de contrôle de droit commun. Notre intérêt économique étant l'investissement IDE dans les PME européennes non cotées, nous avons donc choisi comme créneau d'illustration une holding de contrôle dont les hypothèses de création et de fonctionnement la font échapper aux principales régulations

spéciales, notamment celles relatives aux banques et aux FIA. Toutefois, la documentation de droit commun d'une telle holding islamique (Holis) peut également servir de socle aux autres institutions islamiques européennes qui choisissent une conformité de hard law. Un tel socle de droit commun sera alors adapté aux réglementations spéciales applicables à ces autres institutions. Ce socle conditionnant la naissance de la Holis comprendra ses statuts, sa charte et, enfin, les clauses spécifiques, d'une part, de sa convention M&A dans le seul cas de gouvernance Wakala-Moucharaka et, d'autre part, de sa convention de management dans les deux cas de gouvernance, Moudaraba et Wakala-Moucharaka. Cette liasse de contrats-type devrait être rédigée en langue anglaise pour pouvoir accéder au plus grand nombre d'investisseurs potentiels. En outre, les juristes de ces investisseurs doivent pouvoir accéder en langue arabe aux stipulations de ces contrats relatives aux règles et fondements de conformité des sujets importants soulevés par cette thèse. Idéalement, c'est une telle documentation qui devrait servir à l'information des clients prospectés par les praticiens européens.

621. Prospection des clients investisseurs islamiques. En toute rigueur, c'est l'ensemble des contrats-types précités qui devrait servir à l'information des investisseurs avec l'objectif de les convaincre qu'il est possible de contractualiser, en toute sécurité juridique, la conformité d'une holding d'IDE détenant des PME européennes non cotées. Ainsi, cette documentation doit pouvoir montrer que les exigences de conformité islamique peuvent être accommodées par le droit étatique européen sans difficulté, même si l'origine de celui-ci est différente de celle du droit islamique. Cependant et avant d'investir dans le développement de tels modèles de documentation, le praticien peut adopter une approche minimaliste dans un premier temps. Ainsi, il peut tâter le terrain et le pouls des investisseurs avec l'objectif de n'ouvrir le chantier de la construction des contrats-types que dans l'éventualité où ces premiers contacts sont prometteurs. Dans ces conditions et à moins de disposer d'autres documents équivalents, nous suggérons de traduire³¹¹⁴, aussi bien en anglais qu'en arabe, les principaux passages de cette thèse relatives aux contenus et fondements des règles de conformité de la Holis. Tant dans l'approche idéale avec les contrats-types que dans l'approche minimaliste avec la traduction de cette thèse, l'information véhiculée à l'investisseur doit lui assurer qu'une Holis fonctionnant sur le modèle de la gestion pour compte peut avoir une gestion contractualisée avec une société de gestion. Cette contractualisation sécurisante est réalisée, notamment, grâce à une convention de management soumise à un arbitrage anglais et gouvernée soit par un droit

³¹¹⁴ Avec l'implication de l'auteur.

étatique européen, soit par la jurisprudence d'un rite de droit islamique. C'est la diffusion de cette argumentation de sécurité juridique auprès des clients, existants ou potentiels, des cabinets d'avocats européens qui pourrait ouvrir la porte à l'argumentation économique, pour laquelle les praticiens n'ont qu'un rôle intermédiaire d'aiguilleur pour leurs clients. Préalablement à toute décision d'investissement, ces derniers doivent effectivement étudier le marché, en examinant la faisabilité du projet notamment en termes de disponibilité de sociétés de gestion qualifiées. Celles-ci devraient être capables d'attirer la compétence métier nécessaire à la gestion d'une holding de contrôle industrielle, spécialisée dans le secteur choisi par l'investisseur. C'est seulement si l'issue d'une telle étude de marché est favorable, que le client reviendra auprès du praticien pour lui confier la mission de finaliser la documentation juridique et éventuellement le mandat pour la création de la Holis. C'est à partir de là que deviennent visibles les conséquences économiques favorables, d'abord, à l'intérêt particulier des praticiens mêmes et, ensuite, à l'intérêt plus général de l'Économie des États.

B. Conséquences économiques de la thèse

622. Effet de la conformité de hard law sur la finance islamique européenne.

Cette thèse a non seulement démontré la faisabilité d'une conformité de hard law en Europe mais a également évalué l'effet d'une telle conformité sur l'authenticité des produits des banques islamiques. C'est l'ampleur de cet effet, excluant la conformité de 90% de l'activité de ces banques, qui nous a amené à mettre en avant l'argument, déclaré ou implicite, de la Nécessité dans les Fatwas de l'AIFI servant de fondement aux Normes de l'AAOIFI. C'est sur cette base que nous avons suggéré une évolution en douceur de cette industrie qui, dans un premier temps, ne remet pas en cause le portefeuille de produits actuels, mais procède au lancement de nouveaux produits réellement PLS dans un marché test, que nous recommandons que ce soit l'Europe. Même si notre travail n'a pas étendu cette analyse d'authenticité de l'activité bancaire à l'activité des fonds islamiques, les effets et les recommandations seront probablement similaires. Ceci veut dire qu'en pratique, le business-modèle des fonds islamiques luxembourgeois ou irlandais continuera à fonctionner tant qu'il y aura des investisseurs qui se satisfont de l'authenticité de ce modèle. En parallèle, il serait de l'intérêt des places financières européennes de préparer la réception d'un business-modèle plus évolué sur le terrain de l'authenticité. Il est également de l'intérêt des États et des praticiens européens de promouvoir l'UE en tant que destination d'investissement IDE islamique. C'est toute l'Europe qui en profitera même si la domiciliation des holdings de ce genre d'investissement se fait en majorité dans les États les plus attractifs, notamment sur le plan fiscal.

623. Effet de la création d'une Holis luxco sur l'activité des praticiens. Il est vrai que nous n'avons pas étudié tous les droits de domiciliation et on peut supposer, à juste titre, que l'Irlande ou les Pays-Bas fassent concurrence au Luxembourg, mais ce dernier nous semble avoir une longueur d'avance³¹¹⁵. Si les IDE islamiques dans des entreprises européennes se développent, ce seront donc les praticiens luxembourgeois qui profiteront de cette activité, en tant que mandataire de l'investisseur islamique ou en tant que correspondant d'un autre mandataire européen. Ce dernier pourrait être français, suisse ou anglais en fonction de la spécialité de la holding d'IDE, ou du siège de family office, voire, des liens juridiques historiques de l'investisseur, notamment en termes de juridictions judiciaires ou arbitrales. C'est à ces conseillers juridiques européens, bénéficiaires de l'activité de mise en place de ces nouveaux véhicules d'investissement IDE, qu'incombe logiquement la charge de prospection des investisseurs islamiques. Ces derniers seraient alors informés de la faisabilité et du potentiel de la contractualisation de la conformité de gestion avec, comme preuve à l'appui, des contrats-types ou une documentation plus synthétique. La domiciliation luxembourgeoise pourrait alors optimiser l'acquisition des PME européennes par des holdings islamiques, dont cette contractualisation sécurise non seulement la conformité de gestion mais également l'efficacité de fonctionnement.

624. Efficacité de fonctionnement induite par la contractualisation précise. La contractualisation de la conformité permettra de dépasser les inconvénients de la gouvernance duale des institutions islamiques par des Charia Boards en parallèle à des conseils d'administration. Outre le problème de confidentialité, ces inconvénients présentent un tel handicap économique, en termes de coût et d'efficacité, que des auteurs comme Elyès Jouini et Olivier Pastré considèrent qu'une telle gouvernance ne peut s'envisager que d'une façon temporaire. Avec une contractualisation préalable précise de la conformité, cette dualité n'a pas lieu d'être et les juriconsultes chargés des autorisations préalables de gestion n'ont plus cette fonction. Leurs nouvelles fonctions consistent à intégrer les structures usuelles : soit les organes sociaux internes de l'institution islamique, soit ses organes externes de contrôle et d'audit. Si l'investisseur choisit une conformité de soft law, insuffisante pour constituer une loi contractuelle³¹¹⁶, il devra accepter d'incorporer un autre droit pour combler les lacunes ou

³¹¹⁵

³¹¹⁶ À notre avis, il est insuffisant d'adopter la clause proposée par certains chercheurs disant « Ce contrat est régit par les principes de la Charia tels que codifiés dans les Normes édictés par l'AAOIFI dans sa version en vigueur à la date du contrat » : voir MATRI et al., *op. cit.* (note 18), p. 283, § 537, notes bas de page n° 972 et 973 faisant référence à une clause type créée par la commission sur la finance islamique initiée par Christine Lagarde, ministre

interpréter les imprécisions de la soft law. Une telle incorporation présentera alors un risque d'incohérence, comme la requalification par le juge d'une Mourabaha en crédit à intérêt. Ce risque ne devrait pas poser de problème à un tel investisseur car il est inhérent à son choix de la soft law comme source de conformité. En revanche, quand la conformité est de hard law, non seulement le problème de rareté de juristes n'est plus aussi contraignant mais, en plus, la contractualisation peut être suffisamment précise et complète. Ceci permet alors un travail efficace de la société de gestion, sans avoir besoin de recourir à des autorisations ou avis préalables des juristes. L'apport de ces derniers se concentre ainsi sur la standardisation préalable des règles de gestion conforme puis l'audit de l'application de ces règles par la société de gestion, en minimisant leur intervention dans le travail au jour le jour du gestionnaire. Un autre avantage de cette contractualisation est qu'elle rend possible la gestion externe soumise à une convention de management ; ceci évite le travers de la gestion par un mandataire social qui a toujours tendance à acquiescer des cibles, même trop chères, pour augmenter son pouvoir. Ceci aura comme corollaire le développement des sociétés de gestion dans le domaine des holdings de contrôle ; ce qui induira l'embauche, par ces sociétés, de managers experts dans les métiers de spécialisation de ces holdings. Cet avantage de la gestion externe, dotée d'une expertise métier, vient donc s'ajouter aux autres avantages de la contractualisation de la conformité. En plus de ces gains microéconomiques résultant de la qualité d'une telle contractualisation, la conformité de hard law fera également la promotion macroéconomique de l'Économie réelle. Cette conformité encourage effectivement l'usage des fonds propres, attachés aussi bien aux actifs immobilisés qu'aux actifs circulants, que ce soit dans le domaine privé que dans le domaine public.

625. Intérêt du financement des États par fonds propres. Comme alternative ou complément au financement de leurs déficits, les États peuvent envisager de se financer en fonds propres et non pas en dettes. En effet, un État déficitaire peut renoncer à la création monétaire et à l'endettement en logeant dans des holdings immobilières non endettées, son patrimoine foncier affecté au service public comme les établissements d'enseignements. Sans perdre le contrôle de ces holdings ni de la destination de ce patrimoine, l'État pourra alors introduire de telles holdings en bourse après avoir mis en place des contrats de location entre elles et les personnes publiques concernées. Ces contrats sont à long terme avec un loyer de marché expertisé. À ces loyers reçus par chacune de ces holdings est retranché un montant de

de l'Économie et des finances, en 2008 : Affaki et al., Rapport du Groupe de travail sur le droit applicable et le règlement des différends dans le financements islamiques, F-X Train, 21 sep. 2009, p. 18.

frais de gestion, également expertisé, donnant le loyer global net qui, après déduction de l'impôt et division par le nombre total d'actions, sera réduit à un loyer net par action de ladite holding. Ce dernier, égal au bénéfice net par action, correspond au dividende statutaire à distribuer qui, grâce à sa stabilité comparable au coupon obligataire, permettra de calculer en fonction du cours de l'action le taux de rentabilité économique sans risque « zéro-béta ». Outre cet intérêt technique, les actions de ces holdings foncières de l'État attireront de grandes catégories d'investisseurs et permettront à beaucoup d'institutions, notamment islamiques, de réguler leur trésorerie par l'achat et la vente de ces valeurs mobilières. En effet et en plus de sa stabilité découlant des contrats de location de longue durée avec l'État, le revenu par action de ces dernières est adossé à un patrimoine foncier, constituant souvent le meilleur des actifs sous-jacents. Ceci donne alors à ces valeurs une attractivité supérieure à celle des obligations de l'État, évidemment à la condition que ce dernier respecte la neutralité fiscale entre ses financements par dettes et ceux par fonds propres. C'est cette neutralité qui pourra également encourager toutes les formules de financement en fonds ou en quasi-fonds propres que l'État cherche à mettre en place pour solutionner la fragilité des PME sous-capitalisées et surendettées.

626. Intérêt du financement des PME par fonds propres. L'introduction des prêts participatifs en droit français est certainement justifiée économiquement par le risque que fait peser l'endettement sur les entreprises. L'endettement visé ici est celui des dettes financières rémunérées par l'intérêt, comme les crédits bancaires, mais certainement pas les financements commerciaux. Quand ceux-ci sont possibles, ces entreprises fragiles peuvent effectivement obtenir des fournisseurs un délai de paiement de leurs achats et des clients un paiement comptant, voire d'avance, de leurs ventes. Cependant, lorsque ces fournisseurs ou clients sont eux-mêmes fragiles, les prêts participatifs accordés par certaines institutions peuvent jouer ce rôle avec une possibilité de renoncer à la rémunération usuelle des dettes financières. C'est quand cette renonciation est totale avec une rémunération purement PLS que ces prêts participatifs peuvent être qualifiés de Moudaraba, finançant le stock de matières premières, ou de Salam, finançant le stock de produits finis. C'est ce genre de financement que cette thèse considère comme conforme et auquel la France pourrait accepter d'accorder le régime fiscal attractif des dettes, par opposition au régime des fonds propres. C'est d'ailleurs ce traitement « deux poids, deux mesures » rompant la neutralité de l'État entre les deux modes de financement qui amplifie la rareté des financements en fonds propres en ouvrant la porte au surendettement de ces entreprises. Outre la promotion des prêts participatifs finançant les

stocks, voire les participations, la conformité de hard law de cette thèse converge à la notion européenne de RSE pour le financement des immobilisations. En effet, elle incite au développement du modèle commercial « *produits en tant que services* » en substituant la location à l'achat de ces immobilisations. Cette location se fait alors avec un loyer du marché, non pas un « loyer » majoré du prix d'achat final d'un leasing qui fonctionne, en réalité, comme un crédit bancaire. C'est par ces moyens que seront stabilisées les PME européennes, génératrices principales de l'emploi ; des PME qui peuvent représenter un intérêt commun économique entre l'Europe et les investisseurs islamiques de la région MENA.

627. Intérêt commun économique entre les deux rives de la Méditerranée. Les liens historiques et de voisinage entre les rives nord et sud de la Méditerranée devraient favoriser le développement d'un intérêt commun autour de cette mer, notamment entre l'Europe et la région MENA, avec une extension possible à une grande partie de l'Afrique. Même l'intérêt matériel égoïste plaide en faveur de cet objectif car toute solution imposée par les puissances pour promouvoir leurs intérêts au détriment de ceux des autres ne peut fonctionner que pour les puissances lointaines, mais pas pour l'Europe à cause des effets de voisinage³¹¹⁷. Inversement, il est de l'intérêt des investisseurs islamiques du sud de la Méditerranée de canaliser leurs IDE en pays développés vers l'Europe car la proximité favorise les relations d'affaires, d'enseignement et de loisirs. Au sein de l'Europe et au lieu de chercher du patrimoine foncier, ces investisseurs ont intérêt à orienter un tel flux d'IDE vers les PME car, comme le montre cette thèse, la contractualisation des règles d'une conformité rituelle souhaitée est possible en toute sécurité juridique. Cette thèse a également montré qu'une telle contractualisation est adaptable au mode de gouvernance souhaité par l'investisseur. Celui-ci peut être passif dans une Moudaraba avec un système de rémunération de sa société de gestion, assumant le rôle de Moudarib, qui assure un alignement parfait des intérêts des deux parties. Alternativement, l'investisseur peut être actif dans la gestion, selon le degré d'implication qu'il souhaite, avec un système de rémunération de sa société de gestion, assumant le rôle de Wakil, qui assure également une convergence de ses intérêts avec ceux de ses actionnaires. De plus et outre les gisements de rentabilité, ces PME européennes ont un vrai potentiel de développement dans la zone MENA aussi bien par les échanges commerciaux que par le transfert de

³¹¹⁷ C'est ainsi qu'on peut comprendre le président Emmanuel Macron lorsqu'il déclare : « Je le dis avec lucidité, si on est complices de l'échec de l'Afrique, on aura des comptes à rendre mais on le paiera cher aussi, notamment sur le plan migratoire » : voir l'article, *Mali : Emmanuel Macron ne maintiendra pas les troupes françaises si le pays va vers l'islamisme radical*, 20 Minutes avec AFP, Publié le 30/05/21 à 07h30 - Mis à jour le 30/05/21 à 16h50. URL : <https://www.20minutes.fr/monde/3050491-20210530-mali-emmanuel-macron-maintiendra-troupes-francaises-si-pays-allait-vers-islamisme-radical>.

technologie. Un tel développement profite également à l'Europe car le renforcement des fonds propres de ces PME les met à l'abri non seulement de l'éventuel manque de ressources de leurs fondateurs mais également de l'asset-stripping des LBO. Ceci assure le maintien et l'épanouissement des PME et des emplois qu'elles génèrent en Europe, ce qui démontre l'accomplissement d'un partenariat gagnant-gagnant entre les deux rives de la Méditerranée.

Table des annexes

Annexe 1, chapitre 2 et 7 : Complément de droit civil des contrats	- 686 -
Annexe 2, chapitre 7 : Ressources humaines du groupe.....	- 695 -
Annexe 3, chapitre 7 : Pragmatisme de la conformité du SPA.....	- 704 -
Annexe 4, chapitre 7 : Droit commun de la garantie civile appliqué à la cession de contrôle.....	- 717 -
Annexe 5, chapitre 8 : Régime malikite des dettes Décrites	- 720 -
Annexe 6, chapitre 8 : Historique juridico-économique de la monnaie.....	- 729 -

Annexe 1, chapitre 2 et 7 : Complément de droit civil des contrats

1. **Introduction.** Présentée sous forme de résumé, cette annexe apporte un éclairage supplémentaire du droit civil des contrats, notamment français, pouvant compléter les notions figurant au corps de la thèse qui sont utiles pour le jurisconsulte de la Holis. En Europe continentale, les principes directeurs du droit des contrats sont la liberté contractuelle, la force obligatoire et la justice contractuelle³¹¹⁸. Dans ce domaine, le Code civil français puise ses sources dans le droit romain, le droit canonique et le droit naturel laïc ; en occultant l'avis des connaisseurs du droit islamique, comme De Santillana, qui reconnaissent l'influence de ce dernier sur le droit européen³¹¹⁹. Par opposition aux faits juridiques qui ne sont pas l'émanation d'une expression de volonté, les actes juridiques dont fait partie le contrat sont des manifestations de cette volonté destinées à produire des effets de droit³¹²⁰. Ainsi, l'article 1101 du code précité définit abstraitement le contrat comme « un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Acte juridique, le contrat est donc une source d'obligations, comme les faits juridiques et comme la loi elle-même³¹²¹. Toutefois, la distinction entre ces sources induit une différence très nette entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, même si lesdites responsabilités ont la même nature³¹²². Coexistant avec le droit pratique des contrats spéciaux, cette théorie générale du contrat³¹²³ se caractérise par une méfiance vis-à-vis du juge, mais ce caractère a quand même évolué pour agrandir la marge de manœuvre des tribunaux. La doctrine explique que de la dimension morale, reconnue au contrat, découle la force obligatoire et la prééminence

³¹¹⁸ JACQUEMIN, *op. cit.* (note 755), p. 499.

³¹¹⁹ HOUSSIN SAIED ABDULLAHI حسين، سيد عبد الله [Comparaison entre le droit civil français et le rite malikite] المقارنات التشريعية بين القوانين المدنية والتشريع الإسلامي : مقارنة بين فقه القانون الفرنسي ومذهب الإمام مالك بن أنس رضي الله عنه, Egypte : Dār al-Salām, 2001, p. 9, il semblerait que cet avis soit également confirmé par Gustave Le Bon mais nous n'avons pas vérifié.

³¹²⁰ Article 1100-1 et -2 du Code civil.

³¹²¹ L'obligation étant définie comme « le rapport juridique qui unit le débiteur au créancier » dont l'objet, dénommé « prestation », pouvant porter sur un service, un comportement, une chose, une somme d'argent ou une indemnité. Ainsi, par opposition au droit réel qui s'exerce sur un bien, le droit des obligations est un droit personnel : voir FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 23.

³¹²² Distinction d'autant plus forte à l'origine qu'au XIX^e siècle, Saintelette (C) plaida pour la réservation du terme responsabilité uniquement au délictuel et d'appeler l'équivalent contractuel « garantie ». Cependant, cette vision est contestée dans le même siècle par Grandmoulin (J) qui plaide pour l'unification de la responsabilité civile qu'elle soit d'origine délictuel ou contractuel sur la base que l'inexécution du contrat est en contravention avec l'art 1382 du Code civil. Cette dernière position est encore soutenue aujourd'hui par des auteurs comme Fages (B) dans son manuel de « Droit des obligations » ou, avant lui, Huet (J) qui dote la responsabilité contractuelle d'une fonction de paiement additionnelle à la fonction de réparation qui est commune aux délits et aux contrats : voir JACQUEMIN et al., *op. cit.* (note 813), p. 4-7.

³¹²³ Avec ses subdivisions distinguant, par exemple, les contrats civils des contrats commerciaux.

de l'exécution forcée dans les sanctions. De cette moralité découle également l'obligation d'information due par le professionnel au profane et l'octroi de délais de grâce au débiteur de bonne foi³¹²⁴. En outre, la réforme 2016 a étendu le principe de bonne foi dans le nouvel article 1104 du Code Civil. Désormais, ce principe s'applique de la négociation du contrat à son exécution en passant par sa formation³¹²⁵. Ainsi, cette bonne foi est devenue explicitement d'ordre public dès le commencement des contacts précontractuels et jusqu'au dernier instant des relations contractuelles, comme la période de préavis. Ce principe reste évidemment soumis à des limites car il ne s'agit ni de transformer la bonne foi en une solidarité entre contractants, ni de l'utiliser comme outil de justice sociale. Il s'agit d'un certain équilibre entre la sécurité juridique et la justice contractuelle³¹²⁶, sans nuire aux objectifs généraux découlant du mouvement de contractualisation de plusieurs aspects de la société. Parlant de ces objectifs, le professeur Fages considère qu'on ne peut nier que le contrat « permet l'épanouissement de la liberté, développe le sens de la responsabilité et contribue à l'organisation de l'avenir³¹²⁷ ». Ceci au niveau du fond alors qu'au niveau de la forme, « les contrats sont par principe consensuels » comme l'affirme le nouvel article 1172 du Code civil. Ce principe connaît toutefois des exceptions pour lesquelles des contrats solennels³¹²⁸ ou réels sont exigés. Dans ce cadre du consensualisme, la liberté de la preuve se présente comme un effet induit pour les contrats de faible valeur car, au-delà de 1500 euros, le principe de la preuve écrite est retenu³¹²⁹. Dans ces conditions et bien qu'il soit consensuel, le contrat de management de la Holis doit être écrit, avec le plus grand soin, et ne peut être modifié que par un avenant écrit également³¹³⁰. Mais, est-ce que ce contrat de management est un contrat d'adhésion ou un contrat négocié³¹³¹ ? Cette question se pose car l'équilibre des prestations peut aussi être une limitation de la liberté contractuelle. Ainsi, l'article 1169 du Code civil considère une contrepartie illusoire ou dérisoire comme cause de nullité des contrats à titre onéreux. L'article 1170 de son côté, considère comme non écrite la clause contractuelle qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur. De même, l'article 1171 dispose que « dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au

³¹²⁴ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 19-20.

³¹²⁵ *Ibid.*, p. 32-34.

³¹²⁶ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 49-50, § 36.

³¹²⁷ *Ibid.*, p. 37.

³¹²⁸ Authentique ou sous seing privé.

³¹²⁹ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 74 et 76.

³¹³⁰ En effet, le consensualisme n'étant pas d'ordre public, les parties peuvent y déroger : voir FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 44.

³¹³¹ Dans le sens expliqué par *Ibid.*, p. 44.

contrat est réputée non écrite³¹³² ». En réponse à ces considérations, notre thèse conclut que le contrat de gestion de la Holis, notamment sous forme de convention de management, est un contrat négocié et non pas d'adhésion³¹³³. Sur la base de cette introduction, on peut examiner les principes contractuels non détaillés en corps de thèse.

2. Principe de la validité du contenu. Pour bénéficier de la force obligatoire et de ses effets en cas d'inexécution, l'accord entre contractants doit constituer un contrat légalement formé ayant un contenu valide³¹³⁴. Outre la légalité de sa formation, le contrat doit donc avoir « un contenu licite et certain » pour être valide. En revanche et afin de favoriser la sécurité juridique, le droit français ne retient plus comme conditions de validité l'objet du contrat et, encore moins, sa cause³¹³⁵. Cependant et sans oublier la sécurité juridique, le droit français réformé maintient sa préoccupation de justice contractuelle, mais en édictant les conditions exigées dans ce domaine d'une façon limitative et avec une interprétation stricte³¹³⁶. Ainsi, le contenu du contrat doit être certain avec des prestations identifiées représentant une contrepartie non illusoire ou dérisoire et protégeant l'obligation essentielle, sans créer un déséquilibre significatif entre les contreparties échangées par les parties. La prestation, dont il est question ici, est définie par le Code civil comme étant l'objet de l'obligation (art. 1163 al. 1) ; cet objet fait alors partie de l'essence de l'obligation, sans être qualifié de condition de validité du contrat comme on l'a indiqué. Elle « peut porter sur un service ou un comportement, sur une chose, sur une somme d'argent ou une indemnité³¹³⁷ ». Pour être identifiée conformément aux dispositions de l'article 1163 al. 2, la prestation doit être possible et déterminée ou déterminable³¹³⁸. Toutefois, la fixation unilatérale ultérieure du prix est possible limitativement dans le contrat cadre (art. 1111 et 1164 al. 1) et dans celui de prestation de service (art. 1165). Dans ces deux cas, le contractant décideur devra justifier le montant si l'autre partie le conteste, sous peine de dommages-intérêts³¹³⁹. Enfin et quand la qualité de la prestation n'est ni déterminée ni déterminable, elle doit correspondre aux attentes légitimes³¹⁴⁰ (art. 1166). Lorsque la prestation est impossible dans l'absolu, elle n'est pas considérée comme identifiée ; ce qui entraîne la nullité de l'obligation. Ceci ne sera pas le cas si cette impossibilité est seulement relative au

³¹³² CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 90 et 97.

³¹³³ Voir thèse § 182, 370, 442.

³¹³⁴ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 53, § 39-40.

³¹³⁵ *Ibid.*, p. 143-145, § 150-151.

³¹³⁶ *Ibid.*, p. 159-163, § 170-177.

³¹³⁷ *Ibid.*, p. 160, § 171.

³¹³⁸ Elle « peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire » (art. 1163 al. 3).

³¹³⁹ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 104.

³¹⁴⁰ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 162, § 175-176.

débiteur, sans que la prestation soit impossible pour tous³¹⁴¹. Avec un tel fondement, on comprend mieux les conditions développées dans la thèse qui sont nécessaires à l'efficacité juridique de la contractualisation du fait religieux. Ce principe relatif à l'identification des prestations du contenu contractuel est, d'une certaine façon, une émanation du principe fondamental de la liberté.

3. Principe de la liberté contractuelle. Traditionnellement, tous les droits s'accordent à ce que la liberté contractuelle soit le principe fondateur du contrat. Comme dans plusieurs droits continentaux, la consécration explicite de cette liberté, englobant notamment le choix du contenu du contrat, renforce le libéralisme des relations économiques³¹⁴². De plus et comme en France, la liberté contractuelle est, au même titre que la force obligatoire et la bonne foi, un principe facilitant l'interprétation et le comblement des lacunes de l'ensemble des règles de droit applicables au contrat³¹⁴³. C'est pour cela que la réforme française de 2016 a consacré explicitement la liberté contractuelle dans le Code civil. L'article 1102 dispose effectivement que « chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ». Le rôle de pilier central de ce contenu contractuel commande alors qu'il soit suffisant, en incorporant les éléments essentiels de l'accord³¹⁴⁴. Toutefois et en dehors de ces éléments déterminants comme le prix, le Code civil (art. 1194) autorise le juge à compléter les clauses implicites à partir de celles qui sont exprimées sur la base de la loi, l'usage ou l'équité³¹⁴⁵. Comme pour ce contenu, la liberté contractuelle s'exprime sur plusieurs autres conditions de formation du contrat comme le consentement. De même et sans qu'il soit qualifié de condition de validité du contrat, l'objet est un élément constitutif de la prestation de l'obligation contractuelle. C'est par ce moyen, que l'objet devient une condition fondamentale de la formation du contrat, sans laquelle ledit contrat n'existe pas. Notons que contrairement à l'objet, le rôle de la cause dans la formation du contrat a été marginalisé par la réforme précitée qui ne parle que de « but » et de « contrepartie » et pas en tant que conditions de formation du contrat³¹⁴⁶. En revanche et en tant qu'« essence du contrat », le consentement se trouve consacré dans la définition même du contrat par l'article 1101 du Code civil et comme un élément de sa validité par l'article 1128. Dans ce domaine et

³¹⁴¹ *Ibid.*, p. 163, § 177.

³¹⁴² CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 27-28.

³¹⁴³ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 48, § 33.

³¹⁴⁴ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 29.

³¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 106.

³¹⁴⁶ Notons que les projets de droit européen des contrats ne retiennent ni l'objet, ni la cause dans les conditions de formation mais retiennent le consentement, la capacité, la volonté d'un engagement juridique et la suffisance du contenu.

même si l'accord de principe est admis comme outil de négociation précontractuelle, le droit français donne la priorité à la volonté interne et non pas à la volonté déclarée³¹⁴⁷. Ce droit protège le consentement préalablement à la formation du contrat par l'information, déterminante pour les situations d'ignorance ou de confiance légitimes, et postérieurement par la nullité sanctionnant les vices de l'erreur, du dol ou de la violence³¹⁴⁸. En conséquence, cette condition de formation relative au consentement, symbolisant la liberté contractuelle, est non seulement étendue mais importante. Elle est étendue car elle commence par l'obligation d'information préalable portant sur les éléments déterminants³¹⁴⁹. De même, elle est importante car elle peut devenir une cause de nullité en présence de vices. En effet et conformément aux dispositions de l'art. 1132, l'erreur est largement considérée, même si elle est unilatérale et subjective, tant qu'elle est relative à la qualité substantielle de l'objet. Caractérisé par une action intentionnelle, le dol est également approché par une conception large allant de la manœuvre frauduleuse au mensonge par omission, comme l'affirme la jurisprudence qui a été consacrée par l'article 1137. Enfin, la violence est aussi un vice « lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif » conformément aux dispositions de l'art. 1141. De plus, l'article 1143 ajoute que la violence est également caractérisée en cas d'abus de faiblesse³¹⁵⁰. Comme on vient de l'indiquer, c'est la présence de l'un de ces trois vices qui amène le juge à prononcer la nullité du contrat, comme pour toute violation des conditions de validité. Cette nullité est qualifiée d'absolue en cas de violation d'une règle d'intérêt général ; elle peut alors être demandée par toute personne y ayant intérêt, y compris évidemment les parties publiques (comme le ministère public) mais aussi les parties privées, même celles ayant causé cette nullité. En revanche et en cas de violation d'une règle d'intérêt privé, cette nullité devient relative ; ce qui restreint son invocation aux personnes affectées³¹⁵¹ (articles 1179-1181). En conséquence, ce principe de liberté contractuelle peut affecter aussi bien la formation que la nullité du contrat.

³¹⁴⁷ Ainsi, un chauffeur de taxi assis à son véhicule n'est pas lié par son attitude apparente ; il peut donc refuser une course : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 41.

³¹⁴⁸ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 101-121, § 97-120.

³¹⁴⁹ Toutefois, cette obligation ne s'applique pas à l'estimation de la valeur et la charge de sa preuve incombe à celui qui l'invoque : voir CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 39-40, 53 et 67.

³¹⁵⁰ *Ibid.*, p. 82-85 et 93.

³¹⁵¹ Y compris les créanciers par voie d'action oblique. La nullité peut aussi être soulevée d'office par le juge s'il peut se fonder sur des faits établis dans le débat contradictoire des parties. Cependant, quand l'une des parties invoque la nullité, le juge examine cette question tout en respectant l'ordre des demandes. Les faits étant établis devant le juge, ce dernier prononce la nullité obligatoirement dans une action et facultativement dans une exception avec l'éventuel maintien du contrat après correction et usage judiciaire de la clause « clause non écrite » quand la loi ne l'interdit pas : voir FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 181 et 189, § 199 et 209.

4. Formation du contrat. En généralisant la vision traditionnelle du contrat de vente, il est théoriquement exact de considérer que la formation du contrat est axée sur le consentement portant sur les éléments essentiels. Cependant, cette vision dérivée de la liberté contractuelle est souvent trop simple pour refléter une réalité beaucoup plus complexe d'un cheminement qui commence bien avant le consentement par la négociation précontractuelle³¹⁵². Celle-ci ne bénéficie que d'une façon relative de la liberté précontractuelle, notamment en cas de rupture de la négociation. Dans ce domaine et bien avant sa consécration en 2016 dans le Code civil (art. 1112), le droit français jurisprudentiel adoptait effectivement une règle de liberté surveillée relevant de la responsabilité délictuelle et gouvernée par la bonne foi. Ainsi, est considérée comme fautive la partie qui a rompu « sans raison légitime, brutalement et unilatéralement des pourparlers avancés ». En termes de réparation, la réforme de 2016 conforte les solutions jurisprudentielles d'indemnisation de la perte subie³¹⁵³ contrairement à l'indemnisation du gain manqué³¹⁵⁴ qui n'est admise que dans le cas de perte de chance de conclure avec un tiers³¹⁵⁵. Toutefois, cette phase de négociation n'existe ni pour certains contrats courants, ni pour les contrats d'adhésion dont les conditions générales sont déterminées à l'avance par l'une des parties, ni encore pour les contrats types qui sont des modèles mis à la disposition des parties³¹⁵⁶. Dans les autres cas, un processus de négociation plus ou moins élaboré a lieu avec, parfois, la conclusion d'un avant-contrat qui peut être un accord de principe ou, même, une promesse synallagmatique sous forme d'un Term Sheet définissant certains éléments essentiels du contrat définitif. Dans tous les cas, l'auteur d'une rupture des négociations est tenu à une justification adéquate de son refus de conclure le contrat définitif, sous peine d'engager sa responsabilité délictuelle extracontractuelle, voire sa responsabilité contractuelle si le juge estime que le contrat définitif est déjà formé. Comme on vient de l'indiquer, la première responsabilité donne droit uniquement à la réparation de la perte subie alors que la seconde, constituant une inexécution contractuelle, peut donner lieu à la réparation du gain manqué³¹⁵⁷. Pour délimiter la frontière entre les deux régimes, on considère que le contrat est réputé formé par le consentement des parties sur les éléments essentiels. Ces derniers sont objectivement déterminés, selon chaque type de contrats, ou subjectivement érigés en tant que tels par les parties³¹⁵⁸. En plus des conditions de validité qui sont toujours présentes lors de

³¹⁵² *Ibid.*, p. 55, § 41.

³¹⁵³ Frais liés à la négociation ou à la rupture.

³¹⁵⁴ Les avantages attendus du contrat non conclu.

³¹⁵⁵ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 46-47 et 50-51.

³¹⁵⁶ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 57-59, § 44-46.

³¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 62-66, § 49-54.

³¹⁵⁸ *Ibid.*, p. 85-86, § 73.

la formation du contrat, celui-ci ou une de ses obligations peuvent être soumis à d'autres types de conditions, comme une date ou un fait futur, qui ont un effet suspensif ou extinctif sur le contrat, sans agir sur son existence même. C'est pour cela que de telles conditions sont qualifiées de suspensives ou de résolutoires. Toutefois, quand l'une de ces conditions est rattachée à un événement incertain, celui-ci ne peut dépendre de la seule volonté du débiteur ; ce qui rend la condition purement potestative³¹⁵⁹. En revanche, demeure valable la condition dépendante du créancier ainsi que celle dépendante partiellement du débiteur, sans en dépendre totalement sauf en présence d'un terme agissant comme une limite à cette condition. Tout aussi valable est la condition qui permet au débiteur de choisir l'exécution d'une obligation alternative. Il faut noter, cependant, que la condition suspensive même si elle est valable n'affecte pas la force obligatoire du contrat car, comme on l'a indiqué, elle ne peut remettre en cause la formation de celui-ci. C'est l'action de cette force obligatoire qui fait que le débiteur doit « s'abstenir de tout acte qui empêcherait la bonne exécution de l'obligation³¹⁶⁰ ». L'effet de la non réalisation de l'une de ces conditions suspensives est alors la caducité du contrat et non pas sa nullité³¹⁶¹.

5. Nullité du contrat. L'absence d'une condition de validité est sanctionnée par la nullité. Privant le contrat de toute efficacité, cette dernière peut avoir des effets communs avec la résolution du contrat sanctionnant son inexécution bien qu'il soit valide. Qu'il soit valide ou pas, le contrat a bel et bien existé dans les deux cas ; ce qui ne sera pas le cas si l'une des composantes de la définition du contrat fait défaut, dans une telle situation on ne peut parler de contrat car il ne peut exister en l'absence de l'un de ses éléments essentiels. L'action en nullité se prescrit après cinq ans aussi bien quand la cause relève d'un intérêt général, entraînant une nullité absolue, que quand elle relève d'un intérêt privé, induisant une nullité relative. Celle-ci peut alors être couverte par la confirmation de la personne protégée ou par l'expiration du délai d'une action interrogatoire (art. 1182-1183). Le cas échéant, la période de prescription commence selon la cause de la nullité, le jour de la conclusion ou bien le jour où le vice de consentement a cessé ou a été connu. Quant à la fin de cette période et outre l'épuisement du délai précité de cinq ans, elle peut être avancée à cause de la limite de vingt ans du délai global courant à compter de la conclusion du contrat. En revanche et conformément à la règle générale des exceptions, la nullité soulevée par une telle voie d'exception, en défense à une demande

³¹⁵⁹ Voir thèse § 507.

³¹⁶⁰ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 137-140, § 146-148.

³¹⁶¹ CORNU et ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE (dirs.), *op. cit.* (note 261), p. 126-127.

d'exécution³¹⁶², ne se prescrit pas. Par ailleurs, à l'exception de la clause autonome d'arbitrage et des clauses accessoires du contrat, la nullité peut toucher totalement ou partiellement le contenu du contrat³¹⁶³. En particulier, la nullité relative n'affectera le contrat tout entier que si elle touche un élément déterminant de l'engagement des parties ; autrement, seule la clause incriminée sera déclarée nulle (art. 1184). Dans tous les cas, la nullité entraînera des effets rétroactifs car le contrat anéanti est considéré comme n'ayant jamais existé³¹⁶⁴ (art. 1178). De plus et outre l'éventuel effet de restitution, les autres parties subissant un préjudice pour une autre cause³¹⁶⁵ peuvent demander des dommages-intérêts au contractant fautif ou au tiers incriminé, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle. Ceci avec l'intervention du juge ; autrement, la nullité peut aussi être conventionnelle (art. 1178) mais elle n'aura que peu d'effets à l'égard des tiers, comparativement à la nullité judiciaire. Avec cet examen de la nullité se termine ce complément de droit civil des contrats basé sur le droit français ; ce qui n'exclut pas tout apport du droit luxembourgeois malgré le manque de profondeur de celui-ci.

6. Apport du droit luxembourgeois. Outre une large utilisation de sa source d'inspiration française, belge ou suisse, les règles luxembourgeoises qui gouvernent le processus de formation du contrat sont celles élaborées par la jurisprudence de ce pays. Dans ce cadre et à moins que l'offre initiant ce processus soit assortie d'un délai de validité, la révocabilité est libre comme le confirme un arrêt de la Cour d'appel de 2005. Inversement, l'acceptation ne peut être déduite du simple silence à moins qu'elle soit tacite ou entourée de circonstances interprétées comme un accord, notamment dans les usages des affaires. Le contrat est alors formé dès la réception ou la prise de connaissance de l'acceptation par l'offrant³¹⁶⁶. En termes de contrat d'adhésion et en s'inspirant du droit allemand, la réforme de 1987 (complété en 1997) a introduit dans le Code civil l'art. 1135-1 qui conditionne l'opposabilité des conditions générales établies par l'une des parties à l'appréciation souveraine du juge. En tenant compte des circonstances, le juge déterminera alors si l'autre partie connaît ces conditions générales et les accepte. La jurisprudence confirme par ailleurs la responsabilité délictuelle en cas de rupture abusive des pourparlers. Quant à la validité, elle est soumise aux quatre conditions spécifiques du consentement, de la capacité, de l'objet et de la cause qui s'ajoutent

³¹⁶² En fait, il s'agit d'un contrat qui n'a jamais été exécuté et non pas d'un contrat exécuté, objet par exemple d'une demande reconventionnelle.

³¹⁶³ FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 177-190, § 193-210.

³¹⁶⁴ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 100-102.

³¹⁶⁵ Autre que celle à l'origine de la nullité : voir FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 188, § 206.

³¹⁶⁶ Cour d'appel, 16 juil. 1896, Pas. 4, p. 209 ; Cour d'appel, 18 nov. 1987, Pas. 27, p. 195 : voir ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 76.

à l'exigence générale de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Même si cette dernière exigence limite la liberté contractuelle, celle-ci demeure un principe plus largement promu au Luxembourg que dans ses pays voisins. Le contrat peut être annulé pour vice de consentement notamment pour dol par réticence dont le fondement est la bonne foi, ce qui illustre la montée des obligations d'informations précontractuelles. En plus du dol, de l'erreur et de la violence, la lésion est considérée comme un vice du consentement sanctionné par la nullité du contrat³¹⁶⁷ en droit luxembourgeois comme en droit suisse. Ce quatrième vice est actionné en cas de disproportion évidente entre les prestations échangées et en cas d'abus d'une situation de faiblesse de l'une des parties. En ce qui concerne l'objet et contrairement à la jurisprudence française, l'indétermination du prix en cas de cession de clientèle demeure une cause de nullité. De même et contrairement à ce que retient la réforme française de 2016, la cause demeure une condition de validité appréciée de manière dualiste, objective et subjective, comme en droit français avant sa réforme. Notons que toutes ces nullités, prononcées par suite de présence d'un vice ou d'absence d'une condition de validité³¹⁶⁸, sont qualifiées d'absolues ou de relatives selon la même distinction développée en France³¹⁶⁹. Avec ceci s'achève cette annexe détaillant un peu plus non seulement les principes contractuels, notamment ceux relatifs au contenu et à la liberté, mais également les domaines de la formation et de la nullité du contrat en droit civil français et luxembourgeois.

³¹⁶⁷ Cette nullité pour lésion est appelée rescision dans la tradition française.

³¹⁶⁸ Y compris la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

³¹⁶⁹ ANCEL et al., *op. cit.* (note 179), p. 76-78.

Annexe 2, chapitre 7 : Ressources humaines du groupe

1. Pertinence de la gestion des ressources humaines des filiales. La gestion des flux financiers intragroupe de la Holis a été étudiée avec son effet fiscal au premier chapitre de cette thèse. Sans qu'il soit utile de développer ici les natures de ces flux financiers³¹⁷⁰ et abstraction faite de l'apport du métier M&A, on peut retenir que la rentabilité de la Holis provient essentiellement du résultat de la gestion de chacune de ses filiales. Relevant de l'activité opérationnelle du métier de l'intégration du groupe Holis³¹⁷¹, cette gestion doit créer de la valeur en s'appuyant adroitement sur les ressources de la filiale, dont les plus importantes sont les ressources humaines. Évidemment et comme l'exige la convention de management, l'utilisation de ces ressources par la société de gestion doit respecter les règles malikites, que le régime applicable en droit étatique soit celui du dirigeant ou qu'il soit celui du salarié.

2. Statut sur mesure des dirigeants. Au même titre que la fiscalité de l'entreprise que nous avons examinée en première partie, les règles étatiques applicables aux dirigeants et, notamment, à leur rémunération constituent, un axe important de la compétition des lois en Europe, justifiant les études comparatives dans ce domaine³¹⁷². Dans ce cadre et bien que notre Holis soit luxembourgeoise, la réglementation française demeure pertinente pour les dirigeants des filiales françaises de cette luxco. Comme ces filiales gagneraient à prendre la forme SAS pour dupliquer plus facilement le mode de gouvernance de la Holis quand ceci est opportun³¹⁷³, il serait utile d'examiner plus en profondeur le statut du dirigeant de la SAS en France. Un statut non autonome caractérisé, d'une part, par l'absence d'homogénéité et, d'autre part, par certaines flexibilités dans la nomination et la rémunération du dirigeant cumulée avec celle de son statut de salarié³¹⁷⁴. Par exemple, quand le président de la SAS filiale est une personne morale, celle-ci pourra changer son représentant par simple notification en France alors qu'au Luxembourg, notre Holis doit réunir son assemblée générale à moins que ses statuts donnent cette prérogative

³¹⁷⁰ Notre étude de ces flux en chapitre 1 peut être complétée par l'étude de l'ouvrage de Kruger, notamment en ce qui concerne les titres de participation (p. 65-70), la cession de titres (81-87), la perception de dividendes (121-125), les prestations de services (143-151), la gestion de créances (abandon 165-175, provisionnement 175-178, cession 178-184) et les opérations internationales (régime commun des dividendes 276 et 285, régime mère-fille 294-297, exonération des intérêts et imposition de redevances 297-300) : voir KRUGER, *op. cit.* (note 2761), avec au besoin un renvoi à l'ouvrage de Tirard comme en page 285 ; Jean-Marc TIRARD et Algirdas SEMETA, *La fiscalité des sociétés dans l'UE*, Paris : Groupe "Revue fiduciaire", 2010.

³¹⁷¹ Dont nous avons examiné l'activité fonctionnelle au premier chapitre du dernier titre de la thèse.

³¹⁷² Christoph van der ELST (dir.), *Executive directors' remuneration in comparative corporate perspective*, Alphen aan den Rijn, The Netherlands : Kluwer Law International, 2015 (European company law series, volume 11), 373 p. K1328.5 .E94 2015.

³¹⁷³ Voir thèse § 173, 370, 411 et surtout 421.

³¹⁷⁴ CASIMIR et al., *op. cit.* (note 1891), p. 33-43, 83-86, 90-93, 100-110, 125-126, 183.

également à son conseil de surveillance. Quant à la fiscalité et par similarité aux régimes des dirigeants de la SA, les revenus des dirigeants exécutifs³¹⁷⁵ d'une filiale SAS sont considérés comme des traitements et salaires, contrairement aux revenus des dirigeants non exécutifs³¹⁷⁶ qui sont assimilés à des jetons de présence. Quand le président est une personne morale, sa rémunération par la SAS est considérée comme un revenu soumis au régime de la personne morale en question, notamment en termes de TVA. Un tel régime devrait s'appliquer, à notre avis, aux revenus de la société de gestion au titre de sa convention de management en tant que gestionnaire externe de cette filiale française de la Holis. En revanche, la rémunération reçue par le représentant permanent, d'une personne morale présidente de la SAS, suivra le régime salarié, si ce représentant est salarié ou dirigeant de ladite personne morale, ou le régime d'un travailleur indépendant s'il en est autrement. Enfin et en cas d'absence de rémunération, aucune obligation de charges sociales ne pèse sur la SAS filiale³¹⁷⁷. Par ailleurs et en ce qui concerne les dirigeants étrangers de la SAS, aucune obligation ne sera requise s'ils ne sont pas résidents ; en revanche, pour résider en France, les dirigeants auront besoin des titres de séjour ou de résidence selon les dispositions en vigueur en la matière³¹⁷⁸. Comme la France, les autres pays où la Holis serait implantée prévoient des procédures similaires, avec plus au moins de facilité de l'obtention d'un tel titre de séjour et, d'une façon générale, plus au moins d'attractivité des statuts des dirigeants. Cependant et dans tous les cas, l'accommodation de la conformité ne devrait pas poser trop de difficulté en ce qui concerne les sujets soulevés pour la contractualisation de la gouvernance de la Holis Wakala³¹⁷⁹, notamment en matière de responsabilité des dirigeants de filiales. En revanche, cette question mérite d'être examinée pour les autres Loueurs de services aux filiales qui ne sont pas des dirigeants, surtout lorsqu'ils sont des salariés.

3. Conformité de la responsabilité des Loueurs de services aux filiales. Nous avons vu que le principe législatif islamique disant « ne causez pas de préjudice et ne subissez pas de préjudice » permet d'encadrer certaines clauses contractuelles³¹⁸⁰. Dans le domaine de la Vente et par association à d'autres sources de droit, ce principe limite l'extension de la responsabilité contractuelle au-delà de la négligence sur les biens d'autrui à certaines ventes

³¹⁷⁵ À l'instar du président ou du directeur général.

³¹⁷⁶ Comme le seraient les membres du conseil de surveillance d'une filiale SAS, dupliquant les mêmes fonctions des organes de sa société mère Holis.

³¹⁷⁷ CGI, art. 1655 quinquies : voir GERMAIN et PÉRIN, *op. cit.* (note 306), p. 425-427, § 578-580.

³¹⁷⁸ CESEDA, L. 313-10 2° : voir *Ibid.*, p. 393, § 563.

³¹⁷⁹ Chapitre 2 du titre I de la seconde partie de thèse.

³¹⁸⁰ Voir thèse § 530.

pour lesquelles le vendeur demeure garant jusqu'à l'identification de la chose vendue, ce qui en pratique correspond au moment de la délivrance de la chose. Quant au domaine de la responsabilité délictuelle et comme nous l'avons vu également³¹⁸¹, les malikites sont des adeptes de l'extension de l'effet de cette responsabilité au lien indirecte de causalité. La Holis ou ses filiales seront donc dans leur droit conforme en réclamant l'indemnisation de tout préjudice qu'elles subissent directement ou indirectement par le fait d'autrui que ce soit par violence intentionnelle ou par négligence non intentionnelle. Cette approche malikite étendue se retrouve également, sous réserve du respect de certaines conditions, au niveau de la responsabilité contractuelle en cas de détérioration des biens mis à la disposition d'autrui si ce transfert de possession est qualifié de non cautionné par le propriétaire³¹⁸². En effet et comme on l'a vu³¹⁸³, le prestataire non dédié qui exerce sa prestation à l'extérieur des sites du donneur d'ordre est garant des biens que ce dernier met à sa disposition pour réaliser cette prestation. Ce régime de responsabilité de l'entrepreneur recevant sur son site de travail une matière à transformer s'applique également au transporteur de denrées alimentaires consommables en l'état. En revanche et à l'instar de ce que nous avons vu pour la commandite et la Wakala, cette garantie ne joue pas contre les locataires, les tuteurs et les juges qui sont assimilés à des possesseurs cautionnés³¹⁸⁴. Dans ces conditions, la Holis ou ses filiales respecteront la conformité en intégrant des clauses de responsabilité large, allant au-delà de la négligence, dans les contrats avec leurs transporteurs de denrées alimentaires consommables en l'état. Plus important encore serait l'intégration de ces clauses dans les contrats avec leurs sous-traitants afin de protéger les matières premières ou équipements et outillages qu'elles livrent aux sites de ces sous-traitants. Ceci ne sera pas le cas quand les prestations demandées par la Holis ou ses filiales sont réalisées sous leur surveillance ; que leur prestataire soit un sous-traitant travaillant à la tâche ou un salarié travaillant à la tâche ou, plus couramment, à l'unité de temps³¹⁸⁵. Dans ces dernières situations, cette règle s'intègre effectivement dans la jurisprudence malikite tenant compte du déséquilibre du rapport de force entre les contractants, en protégeant la partie faible.

4. Conformité dérogatoire protectrice de la partie faible du contrat de travail.

En tant qu'entreprise de tendance confessionnelle, la filiale de la Holis bénéficie, comme sa société mère, de certaines règles vis-à-vis de ses cocontractants de Louage de

³¹⁸¹ Voir thèse § 290.

³¹⁸² Voir thèse § 230.

³¹⁸³ Voir thèse § 200.

³¹⁸⁴ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 357 et s, 1146 et s, § 39 et 217.

³¹⁸⁵ Voir thèse § 434, 442, 448, 452 et surtout 441.

services. L'accommodation de ces règles de la conformité islamique a déjà été actée essentiellement pour le cocontractant mandataire³¹⁸⁶. Dans la situation de la Holis et de ses filiales et sauf pour certaines fonctions porteuses de tendance, cette accommodation ne fait pas obstacle à l'embauche de salariés non-musulmans par un musulman ou par une société contrôlée par un musulman, comme la Holis ou ses filiales³¹⁸⁷. Dans ce cas, les mandataires et salariés non musulmans³¹⁸⁸ devraient bénéficier de leurs jours fériés religieux usuels³¹⁸⁹ que la Nécessité du milieu européen du groupe Holis étend aux jours fériés officiels des États où ce groupe opère. Les autres protections étatiques ou collectives en faveur du salarié, considéré comme partie faible du contrat de travail, sont considérés comme des usages ayant valeur de conditions contractuelles qui vont dans le sens des Motifs de conformité. Ceux-ci, rappelés en première partie³¹⁹⁰, ont pour objectif de renforcer cette protection du travailleur, notamment contre l'exploitation, tout en agréant certaines flexibilités contractuelles dérogatoires dans le rite malikite. Parmi ces flexibilités figurent le desserrement, voire l'inversion, de la Condition de validité relative à l'Incertitude³¹⁹¹. Toutefois la rémunération du salarié doit être déterminée aussi bien dans le cadre d'un Louage de services, en fonction du temps ou de la quantité produite, que dans le cadre d'une Pollicitation forfaitaire, en fonction de la réalisation d'une prestation de résultat³¹⁹². En particulier, toutes les rémunérations variables fonction d'objectifs collectifs ou individuels ne peuvent avoir qu'un fondement unilatéral de la part de l'employeur et non pas un fondement contractuel synallagmatique, découlant par exemple du contrat du travail du salarié³¹⁹³. Bien évidemment, cette variabilité de la rémunération visée par cette règle de conformité n'est absolument pas celle liée à la tâche, aussi élémentaire soit-elle, mais celle qui fait assumer le risque d'entreprise au salarié rémunéré en fonction du temps, en transformant son obligation de moyen pendant le temps de travail en une obligation de résultat. Autrement dit, la conformité acceptera de rémunérer le Loueur de services à l'unité de production qu'il réalise, même si certains peuvent qualifier une telle rémunération de variable, mais Interdit de le rémunérer en pourcentage du chiffre d'affaires ou du résultat de la vente d'une telle production. Ce dernier type de rémunération ne peut alors relever dans le malikisme que d'un

³¹⁸⁶ Voir supra § 403, 423, 430.

³¹⁸⁷ SHAMELA FATAWAS, *op. cit.* (note 2020), Fatwa n° 287 de la Maison de financement du Koweït.

³¹⁸⁸ Inversement, les salariés musulmans pourront travailler dans des entreprises pratiquant l'Usure si leurs tâches ne les impliquent pas dans les opérations Interdites : voir *Ibid.*, Fatwa n° 276 de la Maison de financement du Koweït.

³¹⁸⁹ *Ibid.*, Fatwa n° 275 de la Maison de financement du Koweït.

³¹⁹⁰ Voir thèse § 239.

³¹⁹¹ Voir thèse § 198.

³¹⁹² Voir thèse § 434, 436-437, 441, 446.

³¹⁹³ Voir thèse § 452.

engagement unilatéral de l'employeur, que la portée d'une telle rémunération soit individuelle ou collective. La question se pose alors pour savoir dans quelle mesure ces règles de conformité seraient compatibles avec l'environnement du droit étatique européen qui, en termes de rémunération, se caractérise par des dualités multiples. D'une part, la dualité macroéconomique cherche le bon équilibre entre l'aspect social et l'aspect économique et, d'autre part, la dualité microéconomique essaie d'éclairer la frontière entre la rémunération salariale et celle non salariale pour permettre, notamment, à l'incitation fiscale de fonctionner comme dans le cas français.

5. Dualité sociale et économique de la rémunération au sein de l'UE. Allant au-delà de son incompétence apparente dans ce domaine (article 153 § 5 du TFUE), l'UE intervient dans le droit de la rémunération par la dualité formée par le droit social et le droit économique. L'article 119 du traité de 1957 de la Communauté instaure l'interdiction de la discrimination, basée sur le sexe, de la rémunération. Cette dernière a été ultérieurement définie par le TFUE (art. 157) comme toute rémunération payée « par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier », consacrant ainsi la jurisprudence de la CJUE. Cette dernière confirme en 2007 et 2008, que l'incompétence de l'UE en matière de rémunération n'empêche pas l'intervention du droit européen au regard de la politique sociale³¹⁹⁴ dans des domaines comme la discrimination (directives 2000/78 et 2000/43), le temps partiel (directive 97/81), le travail à durée déterminée (directive 99/81), l'insolvabilité de l'employeur (directive 2008/94), l'indemnité du congé de maternité (directive 92/85) ou le temps de travail (directive 2003/88). De plus et sur certains sujets comme la rémunération, l'UE intervient non seulement au titre de la politique sociale mais également au regard du droit économique dans le domaine de la discrimination en raison de la nationalité qui constitue un obstacle au marché commun. Sur cette base et par sa directive (96/71) relative au détachement, elle élargit la portée du salaire minimal national pour l'appliquer aux salariés en détachement³¹⁹⁵. Toutefois et qu'elle soit sociale ou économique, cette dualité de la politique n'est pas la seule dualité affectant la rémunération.

6. Dualité salariale et non salariale de la rémunération. Tous les types de rémunération des travailleurs expriment la récompense comme contrepartie de la prestation du

³¹⁹⁴ Cohérente avec la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, donnant droit à tous les travailleurs à une « rémunération équitable leur assurant, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie satisfaisant » : p. 69. Toutefois, cet objectif de rémunération équitable n'est pas obligatoire dans le droit de l'UE en raison d'une logique économique : p. 79

³¹⁹⁵ Contribution de Mélanie Schmitt dans Fleur LARONZE et MAISON INTERUNIVERSITAIRE DES SCIENCES DE L'HOMME - ALSACE (dirs.), *Les dualités de la rémunération*, Bruxelles : Bruylant, 2018, p. 66, 67-76.

travail. C'est pour cela que la rémunération est inscrite « dans la logique du droit des obligations ». Toutefois une dualité apparaît selon que le travail est un travail salarié ou un travail indépendant, la rémunération serait alors une contrepartie de la subordination dans le premier cas et un fruit de la liberté d'entreprendre dans le deuxième cas. Qualifié de louage de services, le travail subordonné est dans le droit romain une location de la personne, assimilé à une variété du louage des choses. Dans cette logique, le salaire représentait le prix de cette location. En l'absence d'une telle subordination, la qualification de la rémunération rentre dans la nébuleuse de la liberté d'entreprendre. En pratique cependant et aussi bien en droit de l'UE qu'en droit français, les deux statuts peuvent se cumuler selon les objectifs recherchés à l'instar d'un mandataire social d'une société anonyme, même s'il est majoritaire, ou du gérant minoritaire d'une SARL. La CJUE va dans ce sens en considérant le contrôle d'un autre organe de la société comme suffisant pour caractériser la subordination ; ainsi, un gérant que l'assemblée générale peut révoquer sans son accord peut être salarié. Dans cette logique, le fruit de la participation au capital d'un dirigeant soumis au contrôle de ses actionnaires³¹⁹⁶, intègre la rémunération salariale ce qui effacerait considérablement la frontière de cette dualité. Ce brouillage de la frontière va également dans l'autre sens avec une extension de la rémunération relevant du statut d'indépendant dans le cas de l'économie collaborative dont l'un des acteurs est la multinationale Uber, promoteur de la mutualisation de services autour d'une plateforme numérique. Bien que les défenseurs de cette économie insistent sur le modèle de la rémunération à la tâche d'une activité d'indépendants, la CJUE a déjà identifié les contrôles exercés par Uber sur les chauffeurs mais n'a pas franchi le pas pour considérer ces derniers comme salariés. Les réflexions s'orientent plus vers la création d'un statut intermédiaire entre le salarié et l'indépendant avec un socle minimal de la rémunération du travail dans tous les statuts y compris celui de l'indépendant. On pourrait alors instaurer « un prix minimal horaire d'une prestation d'entreprise³¹⁹⁷ » afin de tenir compte de l'objectif de l'équité pertinent dans des sujets comme le dumping social, la mobilité internationale ou la distorsion de la concurrence. En outre, les plateformes de l'économie collaborative doivent mettre en place une couverture des accidents de travail. Cependant ce socle minimal devrait se concilier avec le développement de nouvelles formes de la liberté d'entreprendre, il s'agirait surtout de limiter « les effets pervers d'une trop grande liberté dans la variété des rémunérations³¹⁹⁸ ». En effet,

³¹⁹⁶ Qualifié usuellement de rémunération non-salariale, surtout sur le plan des charges sociales.

³¹⁹⁷ Contribution Sylvie Hennion dans LARONZE et MAISON INTERUNIVERSITAIRE DES SCIENCES DE L'HOMME - ALSACE (dirs.), *op. cit.* (note 3195), p. 300.

³¹⁹⁸ Contribution Sylvie Hennion dans *Ibid.*, p. 302.

une course à l'excellence peut causer des risques psycho-sociaux intolérables dont l'une des manifestations est l'augmentation des suicides. Ceci devrait inciter le droit à mettre des garde-fous afin que la prestation de tout travailleur demeure une obligation de moyens et ne devienne pas une obligation de résultats. Le dialogue social, comprenant la sphère des indépendants, devrait alors prendre le relai pour la mise en œuvre de ces garde-fous sans nuire à un développement harmonieux de nouveaux modèles économiques³¹⁹⁹. Sans disparaître totalement, cette hésitation juridique peut parfois laisser place à une meilleure clarté au niveau des EM, notamment en matière fiscale ; l'exemple français illustre le leadership de la France dans ce domaine.

7. Régime français de la rémunération non salariale. Restreinte à la politique sociale ou économique, comme l'interdiction de la discrimination que nous venons de voir, l'intervention du droit européen dans le domaine de la rémunération du travail ne peut être que périphérique. Ce domaine relève effectivement de la compétence exclusive de l'EM, ce qui permet à ce dernier d'ajuster l'évolution de la rémunération à l'évolution de sa productivité nationale. C'est ainsi que l'EM peut aller dans le sens de la recommandation de l'UE plaidant pour la modération salariale tout en encourageant la promotion de la participation du salarié au bénéfice de l'entreprise, notamment par l'actionnariat salarié. C'est par rapport à cette politique européenne que la France se distingue comme l'un des pays leaders. En effet et par l'incitation fiscale, ce pays œuvre en faveur d'un projet de société qui réconcilie le capital et le travail par la promotion de dispositifs collectifs de rémunération encourageant l'épargne salariale. Ces dispositifs, ouvrant la porte à l'avantage fiscal, regroupent l'intéressement, la participation, le plan d'épargne entreprise et l'actionnariat salarié. Toutefois et afin d'éviter l'insécurité de la restitution de cet avantage fiscal par suite de requalification, certaines conditions doivent être respectées. Autrement, le fisc refuse l'application de ce régime incitatif non salarial en considérant les rémunérations accordées par ces dispositifs comme des « compléments salariaux à l'instar de la prime de performance collective ». Ainsi, la rémunération non salariale doit être une libéralité décidée unilatéralement à la discrétion de l'employeur. Ceci exclut les formules de calcul fixées à l'avance car la rémunération contractuelle, fixe ou variable, est qualifiée fiscalement et socialement de salaire. Cependant la frontière entre les deux régimes, salarial et non salarial, n'est pas toujours claire notamment en cas de délai court entre le renoncement à un élément du salaire et l'introduction d'un intéressement par exemple. Ainsi, la validité de l'intéressement dépend de sa déconnexion de la prestation individuelle de travail

³¹⁹⁹ Contribution Sylvie Hennion dans *Ibid.*, p. 287-293, 296-303.

du salarié. Sans cette déconnexion, ce dernier devient comme l'actionnaire, associé au risque de l'entreprise, en contradiction avec le principe interdisant justement que le salarié supporte un tel risque. La levée de cette contradiction plaiderait alors pour une autre vision du salaire, caractérisée par une définition plus large, englobant toute rémunération dont la source originelle est le contrat du travail³²⁰⁰. Toutefois, cette recommandation faite par Laronze est non seulement contraire au droit français, dans l'état actuel des choses, mais également loin des préoccupations de conformité de la Holis.

8. Contractualisation des modèles de la Holis pour la rémunération du travail.

Quelle que soit la définition du salaire, le droit étatique libéral au sein de l'Europe devrait permettre l'accommodation de la conformité malikite qui n'admet aucune rémunération indéterminée comme contrepartie du contrat de travail, indépendamment de la qualification fiscale étatique d'une telle rémunération. Bien évidemment, la conformité malikite ne peut qu'encourager la rémunération qualifiée de non salariale, mais en tant que libéralité décidée unilatéralement à la discrétion de l'employeur comme l'exige le droit fiscal français. Le caractère « intéressée » d'une telle libéralité, de nature à attirer et à motiver les salariés, ne fait pas obstacle à son encouragement malikite pour aider encore plus la partie faible dans les contrat de Louage de services. De même, cette vision malikite ne peut qu'accueillir favorablement toute protection supplémentaire bénéficiant au Loueur de service. En droit étatique, une telle protection peut être obligatoire, comme le SMIG³²⁰¹ par unité de temps bénéficiant même au salarié à la tâche, ou simplement recommandée, comme le prix minimal horaire proposé par Sylvie Hennion pour la prestation fournie par certains indépendants. Bien évidemment, le groupe Holis cherche également son intérêt en développant les modèles de rémunération les plus incitatifs à la réussite de son entreprise par l'introduction, en faveur de ses salariés, aussi bien des protections non obligatoires rattachées au contrat de travail que des rémunérations non salariales relevant de l'acte de libéralité. De même et au-delà des minimums obligatoires, ce groupe peut développer la Pollicitation forfaitaire élémentaire qui ne rémunère à la tâche les producteurs que pour la production vendable, à l'exclusion de celle mise au rebus. Quant aux vendeurs, ils ne seront rémunérés par Pollicitation que pour la vente encaissée, à l'exclusion de celle encore impayée. Toutefois et dans les deux cas, le forfait de la Pollicitation est un montant déterminé en valeur absolue et non pas un pourcentage du chiffres d'affaires ou du résultat. Sur

³²⁰⁰ Fleur LARONZE, *De la rémunération salariale à la rémunération non salariale*, Bruxelles : Bruylant, 2017, p. 13-14, 20-22, 50-51, 70, 77-79.

³²⁰¹ « Salaire Minimum Interprofessionnel Garanti » ; remplacé en France par le SMIC « Salaire Minimum Interprofessionnel de Croissance ».

cette base, la charte du métier de la Holis devrait contractualiser des modèles type de rémunération en respectant notamment la jurisprudence malikite qui ne tolère pas le manque de clarté et l'ignorance de la rémunération. Ainsi, sera évitée l'insécurité du travailleur au groupe Holis, l'abus dommageable à l'image de l'entreprise ainsi que l'éventuel contentieux entre employeur et employé.

Annexe 3, chapitre 7 : Pragmatisme de la conformité du SPA

1. **Régime étatique de la forme de la cession de titres sociaux.** Au niveau du principe, la conformité doit adresser les exigences de forme et de fond du droit étatique applicables à la cession de titres sociaux, notamment quand il s'agit d'un transfert de contrôle. Sur le plan de la forme, ces exigences de principe concernent l'éventuel caractère obligatoire de l'écrit et, au cas où cette forme est adoptée, la structure de cette documentation contractuelle. Quant aux exigences de principe relatives au fond, elles concernent les conditions qui affectent l'effet d'un tel contrat, notamment par suspension ou incertitude. C'est l'examen de la conformité de toutes ces exigences étatiques de principe qui constitue un test du pragmatisme malikite. Un tel pragmatisme doit d'abord apparaître dans la règle de conformité relative à la forme du SPA dans l'environnement européen, notamment de droit continental. Dans ce domaine et contrairement aux actes civils, le contrat commercial est comme le fait juridique car il se prouve par tous moyens. Cette vision française apparaît effectivement dans la dérogation introduite par l'article L. 110-3 du Code de commerce par rapport à l'article 1359 du Code civil qui exige l'écrit dès que la valeur en jeu dépasse un certain montant. Toutefois et sauf en matière de présomptions irréfragables d'aveux ou de serments, les parties peuvent codifier les règles relatives aux procédés de la preuve. Ces derniers sont effectivement hiérarchisés avec, comme sommet de la pyramide, la preuve écrite qui demeure supérieure aux autres moyens et qui ne peut être contredite, pour inexactitude ou omission, par les témoignages et les présomptions³²⁰². Le droit Luxembourgeois s'insère dans cette logique continentale validant les contrats consensuels mais exigeant l'écrit comme preuve dans les actes civils³²⁰³. Sur cette base, on peut examiner la qualification du contrat de cession de titres sociaux. Acte de nature civil, se limitant à la preuve écrite ou au moins à un commencement de preuve écrite associé nécessairement à un témoignage ou une présomption, la cession de titres sociaux se transforme en acte de nature commerciale quand il s'agit de cession de contrôle³²⁰⁴. C'est cette dernière qualification qui s'applique donc à l'acquisition, caractérisées par le contrôle, d'une entreprise cible par la Holis ; de ce fait, la preuve de cette acquisition est libre et peut être apportée par tout moyen. En pratique et bien que le droit belge partage cette vision civiliste, Leclercq rappelle la supplétivité de ces règles et retient que la supériorité de l'écrit fait de lui la preuve préférée, voire imposée,

³²⁰² FAGES, *op. cit.* (note 133), p. 125-128, § 126-131.

³²⁰³ CABRILLAC, *op. cit.* (note 115), p. 76.

³²⁰⁴ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 235-236.

par le juge même en matière commerciale³²⁰⁵. Ce conseil sage est d'autant plus opportun que les contrats de cession de titres sociaux sont, presque toujours, des SPA d'inspiration anglo-saxonne.

2. Effet de l'importation des clauses de Common Law. Quand la loi applicable au SPA est continentale, française par exemple, l'incorporation de notions de droit étranger, essentiellement anglo-saxon, est une opération délicate. En effet, des difficultés d'interprétation peuvent apparaître ce qui nécessitera alors plus de précisions dans le SPA pour éviter une telle incertitude juridique³²⁰⁶. C'est pour cela que la doctrine conseille d'inclure des clauses interprétatives pour faciliter la prévisibilité de la qualification par le juge en cas de contentieux. Ce sont ces clauses, adaptant le contrat de cession aux spécificités de chaque opération, qui limitent la marge de manœuvre d'interprétation et, par conséquent, les différends³²⁰⁷. Afin de clarifier l'interprétation de la sorte, il est alors utile de comprendre le droit anglais qui constitue souvent la source d'inspiration du SPA continental. Qualitativement, ce droit considère l'acte écrit tellement sacré qu'il paraît avoir une réticence viscérale à s'en éloigner. Autrement dit et en l'absence de termes contractuels, le principe est qu'il s'agit d'achat en l'état aux risques de l'acheteur. Bien qu'un effet léger soit accordé pour quelques rares vices de consentement³²⁰⁸, ce principe de *caveat emptor* met toute la charge de la vérification de la chose sur l'acheteur. Seule la violation contractuelle, notamment par la fausse déclaration de *misrepresentation*, conduit efficacement à un effet matériel d'inexécution³²⁰⁹. Dans ces conditions, la forme écrite du SPA non seulement doit s'imposer mais doit également être de bonne qualité ; c'est ce que confirme naturellement la règle de conformité malikite.

3. Conformité de la forme du SPA. La Qualification de la cession de contrôle comme une Vente au sens malikite³²¹⁰ devrait en principe plaider pour le consensualisme qui n'impose pas la forme écrite. En effet, la Vente malikite se fait par tout moyen signifiant le consentement³²¹¹ ; souvent, le simple échange des contreparties, comme expression de la volonté libre des contractants, suffit pour conclure le contrat sans qu'il soit nécessaire de procéder à un acte écrit ou même d'échanger des paroles. Cependant, il convient d'examiner la jurisprudence dérogatoire des opérations comportant de la dette que nous avons développée

³²⁰⁵ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 115.

³²⁰⁶ *Ibid.*, p. 107.

³²⁰⁷ LACROIX - DE SOUSA, *op. cit.* (note 2245), p. 318-319.

³²⁰⁸ Voir thèse § 372.

³²⁰⁹ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 141.

³²¹⁰ Voir thèse § 481.

³²¹¹ Voir thèse § 234, 341, 347, 502.

pour déterminer la conformité du formalisme de la convention de management³²¹². En l'occurrence, une opération de cession de contrôle n'est pas une Vente courante simple qui donne rarement lieu à un ajustement de prix ou à une restitution partielle ou totale du prix. Au contraire, c'est une Vente d'un bien complexe absent³²¹³ pour laquelle l'ajustement ou la restitution ultérieures du prix est plutôt le règle et non pas l'exception. Sur cette base, on peut conclure au caractère Obligatoire de la forme écrite d'une telle Vente ; d'autant plus qu'elle se fait sur un descriptif détaillé³²¹⁴ qu'il est difficile de prouver sans un écrit. Si en plus on considère que, dans l'environnement européen, l'absence d'écrit équivaut à une mauvaise protection du patrimoine en cas de contentieux, une telle forme écrite du SPA devient une Nécessité en conformité malikite. Une Nécessité d'autant plus évidente que la construction d'un tel contrat de Vente est tellement élaborée qu'on passe souvent par l'étape préparatoire de la lettre d'intention.

4. Structure de la *Letter of Intent* dans l'usage européen. Comme nous l'avons indiqué³²¹⁵, quand la négociation de la cession de contrôle prend une bonne tournure, il est fréquent que les parties signent un accord préparatoire au SPA qui prend soit la forme d'un tableau, le Term Sheet, soit la forme d'un acte rédigé, la lettre d'intention. À l'origine, cette dernière est dans la pratique française un outil contractuel très flexible, qui peut être engageant ou pas et qui peut couvrir, tout ou partie, des éléments déterminants du contrat définitif auquel cette lettre prépare. Cependant, dans le domaine M&A ce contenu initialement peu précis de la lettre d'intention à la française est devenu de plus en plus focalisé pour couvrir exactement le contenu ou le *Scope* du Term Sheet anglo-saxon qui définit avec précision la majorité, voire, la totalité des éléments déterminants du SPA. Ainsi et avec une forme mieux rédigée que le tableau Term Sheet, « les principaux éléments constitutifs de la lettre d'intention sont les suivants :

- l'objet du rachat et la date de reprise envisagée (le Closing³²¹⁶) ;
- le prix qui doit être soit mentionné, soit déterminable à peine de nullité de l'acte (dans la plupart des droits européens³²¹⁷) ;
- les clauses éventuelles d'ajustement du prix et les modalités de son règlement ;

³²¹² Voir thèse § 360, 391-392.

³²¹³ Voir thèse § 386, 503, 510 et 520.

³²¹⁴ Voir thèse § 508-510.

³²¹⁵ Voir thèse § 497.

³²¹⁶ Les précisions entre parenthèses sont rajoutées par nos soins.

³²¹⁷ Contrairement aux règles de conformité que nous avons examinées dans la thèse § 511-517.

- les conditions d'accompagnement demandées au(x) cédant(s) ;
- les principales conditions de la garantie d'actif et de passif ;
- les modalités en matière de non-concurrence et de non débauchage ;
- les conditions suspensives qui seront reprises dans le protocole de cession, dont les principales sont l'obtention des financements et la possibilité de réaliser un audit de la société ;
- le calendrier de l'opération ;
- la durée de validité de la lettre qui doit être précise quant aux dates de démarrage et de fin ;
- l'agrément des autres actionnaires en cas de rachat partiel³²¹⁸ ».

5. Structure du SPA. La lettre d'intention que nous venons de décrire est la base de la construction du contrat définitif d'acquisition, le SPA. En effet, tout en rajoutant les précisions nécessaires et en procédant au perfectionnement de la rédaction, le SPA reprend sur le fond les éléments déterminants contractuels déjà fixés dans le Term Sheet ou la lettre d'intention. Typiquement et après l'identification des parties et l'introduction du contrat par un exposé et une série de définitions, les clauses du SPA traitent de l'objet de la cession, du prix, du Closing, de l'audit postérieur ou « Post Closing Audit », des conditions suspensives et des garanties. Quant aux annexes, elles concernent notamment l'objet³²¹⁹, les informations communiquées³²²⁰, les déclarations du cédant de la clause « Representations and Warranties » dont les « Disclosures » annexées constituent les données de référence pour la garantie, les engagements postérieurs TSA, les contrats avec les sociétés liées au cédant et la documentation relative aux conditions suspensives³²²¹. L'enjeu économique d'un tel SPA ajouté à l'influence anglo-saxonne sur sa forme font des avocats, conseillant les parties, les véritables négociateurs³²²². Ces avocats ont depuis longtemps dépassé l'ancienne pratique française, influencée par les impératifs fiscaux, qui donnait au SPA la forme d'un échange de deux promesses, l'une d'achat bénéficiant au cessionnaire et l'autre de vente bénéficiant au cédant³²²³. De nos jours, c'est le protocole synallagmatique qui s'impose avec un contenu

³²¹⁸ TARIANT, *op. cit.* (note 2339), p. Chapitre 3, §7.2.

³²¹⁹ Statuts, RC, registre des actionnaires, etc.

³²²⁰ Via la *data-room* ou en réponse à des questions et dont une copie physique ou électronique est déposée chez un séquestre.

³²²¹ Telles que la modification des statuts.

³²²² Avec quelques ajouts sur le descriptif de THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 110-114, 129.

³²²³ PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 332-337.

influencé par la pratique anglo-saxonne³²²⁴. Le contenu des clauses du SPA est presque toujours invariable même si les cabinets d'avocats peuvent différer dans l'ordonnancement des clauses ou dans leur découpage et présentation selon que la source d'inspiration est américaine ou anglaise³²²⁵. Outre les stipulations relatives aux contreparties et aux sanctions de la violation du contrat de cession³²²⁶ ainsi que celles suspensives de la réalisation, le reste des clauses standards du SPA, listées par Leclercq, couvrent des aspects d'importance inégale dans la négociation. Dans ces clauses standards, on trouve celles relatives aux définitions, aux obligations postérieures à la réalisation et aux dispositions générales. Celles-ci comprennent notamment le choix de la loi applicable et de la juridiction compétente, judiciaire ou arbitrale³²²⁷.

6. Suspension comparative des obligations du SPA. La structure, que nous venons de détailler pour le SPA, comprend toujours des stipulations conditionnant la réalisation du Closing. Dans le système civiliste, ce genre de conditions suspensives vise la réalisation préalable de certains actes ou l'intervention, voire l'absence d'intervention, de certains événements avant une certaine date afin que l'une ou l'autre, et parfois les deux, parties soient tenues à exécuter les obligations du Closing³²²⁸. Malgré qu'elles correspondent à une notion plus large comprenant les conditions purement potestatives³²²⁹, les *Conditions Precedent* anglo-saxonnes « *CPs*³²³⁰ » ont le même effet que les conditions suspensives. Elles agissent sur l'exigibilité de l'obligation ou sa caducité et non pas sur la validité de ladite obligation ou, encore moins, du SPA en entier. Ces conditions doivent donc être extérieures à l'obligation, ce qui exclut de cette qualification les conditions de validité qui sont considérés comme des éléments constitutifs de l'obligation³²³¹. C'est pour cela que les Covenants ou les obligations du Closing ne peuvent généralement pas devenir des conditions suspensives. L'exemple typique d'une condition suspensive est celui relatif au droit de préemption ou d'agrément d'un associé ou au droit d'une banque à provoquer la déchéance du terme en cas de changement de contrôle³²³². En revanche et bien que ce ne soit pas une « véritable » condition suspensive, on

³²²⁴ CEDDAHA, *op. cit.* (note 112), p. 205 et s.

³²²⁵ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 130-131, 135-136, 462.

³²²⁶ Voir thèse § 500-530.

³²²⁷ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 130-1316. , ces clauses sont détaillées en deuxième partie de cet excellent ouvrage en pages 279-316 (Définitions et interprétation), 357-375 (Covenants of Buyer), 509-525 (Obligations postérieures au Transfert) et 539-570 (Dispositions générales).

³²²⁸ Notamment en termes de paiement du prix et de transfert de la propriété des titres de la cible : voir *Ibid.*, p. 131.

³²²⁹ Dont la qualification en droit civiliste de conditions suspensives entraîne la nullité des obligations auxquelles elles se rattachent, voire la totalité du SPA quand de telles obligations sont déterminantes.

³²³⁰ THOMAS, *op. cit.* (note 105), p. 261-273, glossaire.

³²³¹ Comme le consentement, le transfert de la propriété de la chose ou le paiement du prix.

³²³² LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 369, 384-385.

peut quand même reconnaître ce caractère à la clause « sous réserve de l'accord du conseil d'administration ou de l'AG » pour un contractant qui a besoin que de tels organes, décideurs légaux pour la personne morale propriétaire de la cible, lui donne le pouvoir adéquat. Tant que de tels organes n'ont pas donné leur accord, ni le cocontractant engagé par un *best effort* ni la personne morale propriétaire de la cible ne sont tenus par le SPA alors que les autres parties le sont jusqu'à l'épuisement du délai imparti à l'obtention de l'accord entraînant la caducité du SPA. D'où l'importance de la fixation d'un tel délai aussi bien pour cette condition suspensive particulière, relative à l'accord du conseil ou de l'AG, que pour les véritables conditions suspensives³²³³. Bien que possible en droit civil, la rétroactivité de la réalisation de la condition suspensive est toujours écartée afin de retarder le transfert de propriété jusqu'au Closing. Quant à sa non réalisation, le principe est qu'elle n'enlève rien à la force obligatoire des autres obligations du SPA non liées à cette condition. C'est pour cela qu'il convient de prévoir expressément la dérogation à ce principe en faisant de cette non réalisation, d'une ou de plusieurs conditions suspensives, une condition résolutoire du SPA, sauf évidemment pour certaines clauses qui doivent survivre, comme celle relative à l'arbitrage³²³⁴.

7. Conformité des conditions suspensives. Outre les Conditions d'ordre public malikite, se rapportant notamment à la validité et à l'exigibilité³²³⁵, les contractants peuvent consentir à ajouter d'autres conditions qui, pour être valables, doivent respecter le Motif de la vente donnant à chaque contractant le droit de profiter de la contrepartie qu'il reçoit³²³⁶. Ainsi, la condition de l'incessibilité de la chose achetée est strictement encadrée et il en est de même des limitations des usages légitimement attendus ou des conditions portant atteinte au prix menant, par exemple, à l'Incertitude entre prêt et prix. Toutefois, dans ce dernier cas, les contrats autonomes de vente et de prêt peuvent être groupés par un paiement unique totalisant les montants connus des deux contrats dont la conclusion de l'un n'est pas conditionnée par la conclusion de l'autre. En respectant ces limites, les conditions contractuelles sont licites, à l'instar de celles relatives au gage, à la caution ou aux termes de paiement³²³⁷. Toutes ces conditions contractuelles licites ne sont évidemment pas des conditions de validité et, par conséquent, peuvent être réalisées après la conclusion de la Vente dans un certain délai,

³²³³ *Ibid.*, p. 342-348.

³²³⁴ *Ibid.*, p. 347-348, la totalité du sujet étant couverte en pages 339-355 ; voir également PAILLUSSEAU (dir.), *op. cit.* (note 92), p. 332-337.

³²³⁵ Voir thèse § 480, 499-500.

³²³⁶ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1023 ; KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 14.

³²³⁷ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 65-67.

contractuel ou d'usage. Ces conditions sont alors suspensives de l'exécution du contrat et donc de l'échange des contreparties. Parmi ces conditions suspensives, certaines peuvent être potestatives, comme en Common Law. Ainsi et à titre d'exemple, l'option de conclure ou de ne pas conclure un contrat de Vente peut être une condition contractuelle qui s'exerce pendant un délai déterminé. Une telle option peut également être une Condition de droit comme l'option accordée à l'acheteur en cas de vice caché de la chose. Autrement et en l'absence de condition contractuelle, l'option de ne pas conclure n'est valide que pendant la négociation précédant le consentement ; après ce dernier, le contrat dispose sans tarder de la force obligatoire d'exécution et n'est plus optionnel. Cette règle malikite, similaire à celle des hanafites, n'est pas retenue par les hanbalites et chafiites³²³⁸. Ces derniers accordent, en effet, un droit d'option aux contractants tant qu'ils sont encore ensemble à l'endroit de la négociation même si le consentement a eu lieu, notion similaire à la rétractation en droit étatique. Avec plus de dix arguments, Qarafi réfute l'interprétation retenue par les chafiites et hanbalites pour expliquer le texte de la Sunna relatif à cette question. Il considère notamment que le consensus de Médine permet de fixer le moment de la levée de la séance³²³⁹ de négociation entre les contractants par l'expression du consentement, sans avoir besoin d'une séparation physique des deux parties à l'issue de ce consentement. En plus, dit-il, cette règle permet d'aller dans le sens du principe de la force obligatoire des contrats en évitant la tergiversation après le consentement³²⁴⁰. Toutefois, ce souci malikite³²⁴¹ de la sécurité juridique de la Vente n'exclut pas la flexibilité pour accommoder certaines Ventes relevant de la Nécessité. Une flexibilité qui éviterait à ces Ventes Nécessaires de devenir très couteuses, voire impossibles à réaliser, notamment pour supprimer toute Incertitude relative à la chose vendue.

8. Qualification pragmatique de l'Incertitude invalidante de la Vente. Qarafi classe la Vente des choses en trois types. À part le premier type, relatif à la Vente ordinaire d'une chose présente, les deux autres types concernent la Vente sur descriptif, que la chose appartient au patrimoine existant du vendeur ou qu'elle relève de son Passif Décrit³²⁴². Bien que nous ayons déjà une idée sur le pragmatisme malikite pour accepter la dose strictement justifiée d'Incertitude dans certaines formes de ces Ventes, il peut être instructif de compléter notre appréciation par deux autres formes, avec ou sans descriptif. La première de ces deux

³²³⁸ L'analyse de cette question ici complète son étude dans le corps de la thèse en § 234, 341, 347.

³²³⁹ Qui peut se faire par rencontre physique ou par échange d'offres et contre-offres jusqu'à acceptation.

³²⁴⁰ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1059, § 196 ; JUGE ALI et MAKHDŪM مصطفى مخدوم, *op. cit.* (note 1096), p. 215.

³²⁴¹ Considéré également en soft law : voir AAOIFI AUTHORS, *op. cit.* (note 128), p. 3221 et s, 3547-3700.

³²⁴² QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1036.

formes concerne la jurisprudence de la Vente en bloc d'une chose fongible présente alors que la seconde est relative à la jurisprudence de Vente d'un volume non construit.

9. Jurisprudence de la Vente en bloc sans mesure d'une chose fongible. La Vente en bloc est la vente forfaitaire d'un bien Fongible présent qu'on peut évaluer sans mesurer sa quantité exacte en nombre, poids ou volume³²⁴³. Bien qu'il y ait ignorance de la quantité exacte, la Vente forfaitaire est valide par dérogation moyennant sept conditions. Ainsi, il faut (i) que l'objet de cette Vente soit vu, (ii) que sa quantité soit grande sans être excessive, (iii) que les deux parties ignorent sa mesure³²⁴⁴, (iv) que les contractants procèdent à son appréciation par eux même ou à dire d'experts et (v) que l'appréciation se fait alors que l'objet est sur une surface plane jugée adéquate par les contractants. En outre, deux conditions supplémentaires sont nécessaires pour la Vente en bloc de ce qui est quantifié par comptage ; en effet, il faut en plus (vi) que ce comptage soit pénible et (vii) que chaque valeur unitaire soit négligeable devant le prix de l'ensemble ou, alternativement, que les valeurs unitaires soient comparables. Hors les matières Usuraires³²⁴⁵, le troc en bloc dans la même espèce d'un lot forfaitaire contre un autre lot forfaitaire ou, même, contre une quantité mesurée requiert, en plus des conditions précitées, que l'une des deux contreparties soit manifestement plus abondante que l'autre³²⁴⁶. Ainsi, la différence qualitative des deux contreparties sera clairement affirmée comme la condition déterminante du consentement évitant de vicier cette Vente par un Aléa d'espèce favorisant la partie qui aura gagné le pari d'obtenir la contrepartie avec la plus grande quantité. Outre ce troc entre deux lots forfaitaires, l'Aléa d'espèce correspond à tout troc dans la même espèce fongible dont l'une des contreparties n'est pas quantifiée. Sachant que ces deux contreparties sont qualifiées de même espèce quand elles sont destinées au même usage en procurant le même avantage, une telle Vente revient alors à faire un pari sur laquelle des deux contreparties est en plus grande quantité. C'est ce pari sur la quantité qui caractérise l'Aléa d'espèce Interdit. Autrement, quand la qualité des deux contreparties est différente ou la quantité de chacune des contreparties est connue, un tel troc n'est pas Qualifié d'Aléa d'espèce

³²⁴³ Ce type de vente est donc réservé aux choses fongibles qui sont appréciées par leurs natures et leurs quantités et non pas en considération de leurs qualités individuelles intrinsèques comme un vêtement particulier : voir *Ibid.*, p. 1029, § 186.

³²⁴⁴ Une partie pourra se rétracter si elle apprend que l'autre était au courant de la quantité lors de la conclusion de la Vente : voir DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1991-1995 ; En revanche, si lors de la conclusion de la Vente l'une des parties est au courant que l'autre connaît la quantité de la chose, cette Vente sera invalide : voir KHALÏL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 5.

³²⁴⁵ Voir thèse § 536-537.

³²⁴⁶ KHALÏL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 13.

et devient licite, à moins que l'espèce en question soit Usuraire³²⁴⁷. La pragmatisme malikite vis-à-vis de la Condition de validité de la Vente relative à l'Incertitude, qui apparaît ici dans la règle de la Vente en bloc, s'illustre également dans la Vente sur descriptif du volume non construit.

10. Maîtrise de l'Incertitude dans la Vente d'un volume non construit. La jurisprudence précitée de la Vente en bloc nous pousse à supposer qu'en réalité le malikisme n'interdit pas l'Incertitude mais exige que les parties la maîtrisent quand elle est justifiée ; un principe qui semble apparaître dans d'autres jurisprudences. Parmi celles-ci, on peut citer la Vente des produits qui n'existent pas encore mais dont l'usage leur confère le caractère de l'existant à cause de la certitude de leur extraction des matières premières identifiées à la conclusion du contrat. C'est le cas, par exemple, de la Vente de l'huile à extraire d'olives ou de la farine à extraire du blé sachant que les matières premières des olives et du blé sont présentes lors d'une telle Vente. Toutefois, l'extraction du produit objet de cette Vente doit avoir lieu dans les quinze jours car un délai trop long introduit un aléa supplémentaire qui ne peut être encadré que par les dispositions de la Vente à terme Salam. Or, l'objet de la Vente ici ayant le caractère de chose Désignée présente, celle-ci ne peut profiter des règles de la Vente à terme réservée aux choses Décrites³²⁴⁸. Ainsi et au-delà de quinze jours, le délai est considéré trop long pour imposer, lors de la conclusion du contrat, une matière première Désignée, il faut alors que cette dernière soit Décrite. Outre cette jurisprudence, la Vente du volume non construit constitue une preuve encore plus claire de l'application de ce principe de maîtrise de l'Incertitude, par opposition à son Interdiction. En effet, l'aire correspondant à la base d'un volume de construction en hauteur est considérée, dans le malikisme, comme une chose existante pouvant faire l'objet d'une Vente. Les intérêts des copropriétaires étant divergents³²⁴⁹, la licéité d'une telle Vente exige la description du volume qui sera construit dans l'aire en question et la description du volume de l'aire en dessous (déjà construit ou à construire) qui servira de fondation pour l'aire objet de la Vente³²⁵⁰. Évidemment, cette Condition du descriptif

³²⁴⁷ Notons que les malikites calibrent d'une façon extrême la source du Moyen pour les métaux en or ou en argent dont la différence de qualité ne change pas l'espèce ce qui Interdit tout troc dans le même métal, or ou argent, même avec des qualités différentes des deux contreparties. En revanche et pour les autres métaux utilisés comme billons, la source du Moyen est calibrée à un degré moindre puisque la différence matérielle de qualité rend licite le troc entre un nombre connu de pièces en Flouze, et une matière fabriquée dans le même métal. Néanmoins et quand la quantité de cette dernière est inconnue, une telle licéité exige le respect des Conditions précitées de la Vente en Bloc : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2055-2057.

³²⁴⁸ *Ibid.*, p. 1989-1990.

³²⁴⁹ Notamment pour l'accès de la terrasse de la construction du dessus par le propriétaire de la construction du dessous : voir KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1260), p. 3, note bas de page n° 5.

³²⁵⁰ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1984.

n'est pas exigée en l'absence de l'Incertitude d'ignorance, notamment quand le volume à vendre est déjà construit. Ainsi, il est possible de Vendre, la totalité ou une partie déterminée, d'un objet identifié existant (comme une construction) sur la base d'un prix unitaire (au m² par exemple), quelle que soit l'unité que l'usage adopte pour quantifier un tel objet, comme les unités de distance³²⁵¹, de surface, de volume ou de poids. De telles méthodes de mesure peuvent, également, être pertinentes dans d'autres situations juridiques.

11. Pertinence de la méthode de mesure dans les Ventes groupées de fongibles.

En assimilant l'appréciation approximative de la Vente en bloc aux méthodes exactes de mesure quantitative, le rite malikite admet l'adoption d'un prix unique pour la Vente groupée d'un non Fongible avec un Fongible quantifié par l'une de ces méthodes. De même, un prix global peut grouper les Ventes de plusieurs fongibles quantifiés par la même méthode. Ainsi, un contrat unique pour deux Ventes forfaitaires sera valide même si le prix est global. En revanche, les Ventes de fongibles quantifiés par des méthodes différentes ne pourront être groupées par un prix global que si la méthode adoptée pour chaque fongible Vendu correspond à sa méthode usuelle, non pas à une autre méthode que les parties ont convenu d'appliquer³²⁵². À titre d'exemple, au cas où l'usage dominant adopte la Vente en bloc de la terre agricole, avec une appréciation visuelle de sa surface, et choisit la mesure du volume pour la Vente du grain de céréales, un contrat unique avec un prix global peut regrouper ces deux Ventes en respectant de tels usages dominant de quantification³²⁵³. Les tentatives de traduction de cette règle du précis de Khalil, illustrent la difficulté de compréhension de ce précis, comme nous l'avons indiqué³²⁵⁴ et comme il apparaît des termes de Bousquet, Harkat et Perron :

³²⁵¹ Un exemple d'unité de mesure est le mile charaïque qui est selon l'andalou du H-Ve ibn-Abd al-Barr de 3500 avant-bras ; comme l'avant-bras fait approximativement 46,2 cm, le mile charaïque est d'environ 1617 m pratiquement équivalent au mile anglo-saxon de 1609 m environ et qui est défini comme 5280 pieds où un pied fait 30,48 cm.

³²⁵² Pour cette question, voir les trois annexes 1 et 2 pour la traduction du précis de Khalil selon les termes exacts de, respectivement, Bousquet, Perron et Harkat. Ces annexes illustrent la difficulté de compréhension du précis de Khalil comme nous l'avons étudiée en supra § 363, 366-368.

³²⁵³ DARDÏR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 1995-1996.

³²⁵⁴ Voir thèse § 42.

- Traduction de Bousquet³²⁵⁵ :

d) *Ni n'est licite : la vente en bloc de céréales, normalement vendues à la mesure, en même temps qu'un certain nombre de mesures de celles-ci, ou de terres, etc..., qui se vendent normalement en bloc ;*
 e) *ni la vente, en bloc, de terres avec celle d'un certain nombre de mesures des susdites terres.*

Mais il n'est pas défendu de vendre, en bloc, des terres, en même temps que des mesures de blé ; il est licite de vendre d'un seul coup deux blocs de marchandises, quel que soit l'usage normal relatif à celles-ci ou, de même, deux ensembles de mesures ; ou une marchandise en bloc, en même temps qu'une chose mobilière, qui ne se pèse, ni ne se mesure, comme des animaux ; ou deux choses en bloc, à tant par mesure, si est unique cette mesure — par exemple deux tas de grains, à raison d'un dinâr par ardeb pour chacun des tas, — et, aussi la qualité (2). On ne peut joindre la vente en bloc d'une chose, à la vente par mesure d'une autre chose ; ceci inconditionnellement.

- Traduction de Harkat³²⁵⁶, détaillant une liste de Ventes invalides avec leurs dérogations. Le f) et le g) de cette liste concernent la règle qui nous intéresse :

f- des grains, en bloc, avec des grains mesurés du même genre, ou avec des produits de la terre mesurés⁽³⁾.
 g- des produits de la terre, en bloc, avec les mêmes produits mesurés. Mais il n'est pas interdit de les vendre avec des grains mesurés.
 Mais, il est permis de vendre:
 a- deux marchandises en bloc.
 b- deux marchandises mesurées.
 c- une marchandise en bloc avec un bien en nature ('ard)⁽⁴⁾.
 d- en bloc deux biens en une seule opération, suivant la mesure (al-kayl), et ce, au cas où le prix unitaire de chaque bien mesuré est le même, ainsi que la qualité.

- Traduction de Perron³²⁵⁷ :

³²⁵⁵ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 5.

³²⁵⁶ Al-Jundī KHALİL IBN ISHĀK et Ahmed HARKAT, *Le Précis de Khalīl*, Liban : Dar El Fiker, 1995, p. 270.

³²⁵⁷ KHALİL IBN ISHĀK et PERRON, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 3), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, *op. cit.* (note 1711), p. 192.

On ne doit pas vendre à forfait et en un seul et même marché [deux choses dont la quantité ou l'étendue de l'une est connue et l'autre inconnue, — soit que les deux choses soient de celles qui doivent se vendre à la mesure, telles que deux amas de grains, — soit qu'elles soient de celles qui se vendent à forfait ou à l'aperçu, comme deux terrains dont l'étendue de l'un est connue et dont l'étendue de l'autre ne l'est pas, — soit que ces deux choses soient telles que celle qui est vendue à forfait et en bloc doive l'être à la mesure, par exemple, un tas de grain vendu à forfait, et un terrain vendu à la mesure de superficie, — soit enfin que les deux choses soient telles que celle qui est vendue à la mesure doive l'être à forfait, par exemple, un terrain vendu à forfait et un tas de grain vendu au mesurage; de ces quatre éventualités, les trois premières sont condamnées par la loi; on ne doit donc pas vendre à forfait et en un seul et même marché]: — un tas de grains [par exemple, de blé, qui devra être mesuré] et un autre tas qui a été mesuré; — [ou un tas de grains qui devra être mesuré] et un terrain [qui peut être vendu à forfait; —] ou un terrain cédé à forfait [comme d'ailleurs il peut l'être], et un terrain dont l'étendue est mesurée et connue. [Ces sortes de marchés doubles sont défendus, comme entraînant des causes de fraude.] Mais il est licite de vendre ensemble et à forfait une chose qui est de nature à se vendre ainsi [telle qu'un terrain], et une quantité de grains dont on connaît le nombre de mesures [et qui peut être ainsi vendue à la mesure].

Au-delà de la difficulté de compréhension que ces trois citations illustrent, il est clair que cette règle, faisant intervenir les méthodes usuelles de quantification de fongibles Vendus d'une façon groupée, relève également du principe de la maîtrise de l'Incertitude et non pas de son Interdiction purement et simplement. C'est ce pragmatisme malikite qui rend licite le SPA en exigeant sa forme écrite, en acceptant son caractère descriptif de l'objet de la Vente et en élargissant ses conditions contractuelles, notamment suspensives, que la structure détaillée

d'un tel contrat prévoit avec l'objectif de réduire l'insécurité juridique génératrice de différends.

Annexe 4, chapitre 7 : Droit commun de la garantie civile appliqué à la cession de contrôle

1. Garantie légale spécifique à la vente de bien incorporel. Dans les cas de cession de contrôle, la jurisprudence française se réfère souvent à la vente de bien incorporel, en protégeant la finalité de ce genre de contrat. Cette finalité consiste à permettre à l'acheteur de disposer et de profiter de l'usage normal du bien incorporel et non pas simplement des droits sur ledit bien. Ceci s'illustre dans la cession du fonds de commerce³²⁵⁸ en accordant le statut de garantie légale à l'obligation de non-concurrence protégeant la clientèle dudit fonds. Cette approche, garantissant légalement l'usage normal du bien incorporel, s'étend également à la cession de propriété intellectuelle. Toutefois, ni cette garantie spécifique à la cession du bien incorporel, ni les garanties de droit commun de la vente ne sont efficaces dans le cas de la cession de contrôle de titres sociaux³²⁵⁹.

2. Démonstration de l'insuffisance des garanties légales de la vente. Bien qu'il soit possible de développer cette question en droit civil belge dont le code est plus proche du Code napoléonien³²⁶⁰, nous préférons la traiter en droit français car la réforme majeure de 2016 n'a pas modifié le droit de la vente. Comme l'indique Gisèle Assaf dans sa thèse datée également de 2016, la jurisprudence française est restée dans ce domaine toujours cohérente avec sa position précitée relative à la garantie légale de la vente de bien incorporel. Toutefois cette cohérence ne l'a pas empêché d'aller au-delà de ce qu'elle reconnaît usuellement sur le fondement du droit commun de la vente. Ainsi et grâce aux clauses pratiquées dans les cessions, elle a reconnu un critère spécifique au transfert du contrôle par la cession des droits sociaux. Ce critère, déclenchant la mise en œuvre de la garantie, est l'impossibilité pour le cessionnaire de poursuivre l'activité de la société en réalisant son objet social. Cette spécificité apparaît par comparaison au droit commun de la vente aussi bien en termes de garanties d'éviction qu'en termes de garanties de vices cachés. La garantie d'éviction, fondée sur l'article 1626 du Code civil, découle souvent de l'obligation de délivrance en consistant à assurer à l'acheteur une possession paisible de la chose. Elle est mise en œuvre notamment au cas où l'acheteur est

³²⁵⁸ Par exemple, les arrêts du 11/5/1898-1988 et du 14/4/1992.

³²⁵⁹ Gisèle ASSAF et Eddy LAMAZEROLLES, *Cession de droits sociaux et droit des contrats : apports réciproques*, Poitiers : [Issy-les Moulineaux] : Faculté droit & sciences sociales, Université de Poitiers ; LGDJ, une marque de lextenso, 2017 (Collection de la Faculté de droit et des sciences sociales. Thèse, 89), p. 217, 249. KJV1668 .A96 2017.

³²⁶⁰ LECLERCQ, *op. cit.* (note 2317), p. 81-102.

évincé en tout ou partie. Cette garantie légale du fait personnel est d'ordre public ; elle n'a donc pas besoin d'être mentionnée contractuellement et elle ne peut pas non plus devenir caduque par exemple à l'issue de la période de non-concurrence. Cependant, la mise en œuvre de cette garantie légale met la charge de la preuve sur l'acheteur qui doit démontrer que l'éviction porte bien sur la chose vendue. De plus, une interprétation stricte de cette mise en œuvre en cas de cession de contrôle enlève toute efficacité à cette garantie car, souvent, ce ne sont pas les titres sociaux qui sont entravés³²⁶¹, mais c'est la société émettrice contrôlée par ces titres. C'est pour cette raison que la jurisprudence³²⁶² a spécifié dans ce cas le bon critère donnant à cette garantie l'efficacité qu'elle mérite par exemple en l'absence d'une clause de non-concurrence. Ce critère jurisprudentiel relatif à la garantie légale d'éviction suppose toutefois que cette éviction soit totale et non pas partielle. Quant au vice-caché, la garantie légale de droit commun exige que l'acheteur démontre qu'un tel vice se trouve dans la chose vendue et qu'il la rend impropre à son usage normal. C'est donc uniquement quand le juge du fond apprécie qu'un tel usage est matériellement affecté que l'acheteur accède à la sanction alternative de résoudre la vente (action rédhibitoire) ou d'obtenir une restitution partielle du prix (action estimatoire). Là aussi, une interprétation stricte de cette mise en œuvre en cas de cession de contrôle enlève toute efficacité à cette garantie car, souvent, ce ne sont pas les titres sociaux qui souffrent du vice caché mais c'est la société émettrice contrôlée par ces titres. Cependant, cette fois, la chambre commerciale de la Cour de cassation³²⁶³ n'apporte aucune solution efficace car elle généralise le critère qu'elle a retenu pour la garantie d'éviction. Elle exige effectivement que l'acheteur démontre l'impossibilité pour la société cible de réaliser, lors de la cession de ses titres de contrôle, son objet social. Bien évidemment, une telle mise en œuvre n'offre aucune garantie légale ni pour les actifs et passifs de la cible ni pour la valeur de ses titres même en cas de dépôt de bilan, notamment en termes d'action estimatoire. En revanche et dans pareille situation, la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation donne une chance à l'acheteur³²⁶⁴, en estimant que le vice affectant un immeuble rend les parts sociales de son SCI propriétaire impropres à leur destination. Toutefois, cette position est incohérente avec sa position sur la garantie d'éviction qui ne prend en compte que la qualification en créance du bloc de contrôle de titres sociaux,

³²⁶¹ Au niveau de leur droit de propriété.

³²⁶² Cass. com. 21/1/1997, 9/7/2002, 17/12/2002, 18/2/2004, 20/2/2007 confirmée par Civ. 1^{ère} 24/1/2006 mais refusée par Civ. 3^{ème} 15/3/2006.

³²⁶³ Arrêts du 12/12/1995 et du 16/11/2004.

³²⁶⁴ Arrêt du 12/1/2000.

constituant l'objet de la vente. C'est ainsi, qu'à travers ces jurisprudences, Assaf démontre l'insuffisance des garanties légales pour la cession de contrôle³²⁶⁵.

3. Effet de l'insuffisance des garanties du droit civil de la vente. Pour pallier les insuffisances de la garantie légale du droit de la vente, que nous venons d'expliquer, la pratique a adopté deux catégories de clauses ayant des régimes distincts que le droit commun des contrats permet d'harmoniser et d'uniformiser afin d'atteindre une meilleure efficacité. Les deux catégories sont la garantie de passif par la reconstitution du bilan de la cible et la garantie de valeur par la révision du prix des titres. La distinction de principe entre les deux se situe aussi bien au niveau du bénéficiaire qu'au niveau du montant ou, encore, de la transmission à un acquéreur ultérieur. Bien que ces trois niveaux de distinction soient déjà explicités³²⁶⁶, ajoutons quand même qu'une clause de restitution, totale ou partielle, du prix, qui ne mentionne pas expressément son bénéficiaire, sera interprétée par le juge comme une garantie de valeur en faveur de l'acheteur et non pas bénéficiant à la société cible³²⁶⁷. De tradition contractuelle civile, cette approche palliative garantissant la cession de contrôle a été nettement améliorée par l'incorporation de clauses anglo-saxonnes³²⁶⁸. Avec cet enrichissement, ladite approche conventionnelle est désormais une solution solide à l'insuffisance des garanties légales quand le SPA est gouverné par un droit continental.

³²⁶⁵ ASSAF et LAMAZEROLLES, *op. cit.* (note 3259), p. 217-221, 227-229, 243-244.

³²⁶⁶ Voir thèse § 529.

³²⁶⁷ ASSAF et LAMAZEROLLES, *op. cit.* (note 3259), p. 89, 91-92.

³²⁶⁸ Voir thèse § 530.

Annexe 5, chapitre 8 : Régime malikite des dettes Décrites

1. **Champ d'application du régime des dettes.** Sauf dans certains cas de compensation, le présent régime concerne les dettes du Passif Décrit³²⁶⁹ ; il ne concerne pas les dettes Désignées, comme dans le cas du prêt à usage où la chose prêtée pour un usage temporaire doit être retournée à son possesseur à l'issue du prêt. Ces dettes Décrites se prouvent par divers moyens et notamment la reconnaissance ultérieure. Si cette reconnaissance lie la dette à un contrat antérieur³²⁷⁰, comme une Vente, ce dernier sera supposé valide sans besoin de vérification sauf si la reconnaissance de dette comprend une preuve de nullité de ce contrat³²⁷¹. Les opérations sur ces dettes Décrites, notamment monétaires, sont régulées surtout dans leur rapport avec le droit de l'Usure. À cet égard, le malikite ibn-abi-Zayd al-Qayrawānī indique dans son précis que « l'annulation d'une partie de la dette contre le paiement avancé d'une autre partie ou le report de l'exigibilité de la dette contre son augmentation sont haram³²⁷² ». C'est cette réglementation qui conditionne la conformité des Sukuk, des Obligations relevant du fonctionnement du patrimoine universel de la personnalité juridique, de certaines conditions suspensives contractuelles, des cessions indirectes de dettes des cibles d'acquisition et, même, de la substitution d'un contrat par un autre de nature différente³²⁷³. En occultant la naissance simultanée de dettes réciproques qui n'est possible que dans le cas du Salam³²⁷⁴, ces opérations sur les dettes relèvent essentiellement de la compensation, de la substitution et de la cession³²⁷⁵.

2. **Conformité de la compensation de dettes.** Dans le malikisme, la compensation de dettes réciproques entre deux parties comporte cent trente-cinq³²⁷⁶ cas de figure groupés par

³²⁶⁹ Voir thèse § 546.

³²⁷⁰ Bien évidemment, la reconnaissance sera invalide si elle lie la dette à un contrat qui lui est postérieur.

³²⁷¹ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 1161, § 221.

³²⁷² Le terme « haram » voulant dire 'Interdits au regard de la Charia' : voir IBN ABĪ ZAYD AL-QAYRAWĀNĪ عبد الله بن عبد الرحمن ابن أبي زيد القيرواني et al., *op. cit.* (note 1682), chapitre 34 : ventes et contrats apparentés.

³²⁷³ Voir thèse § 383, 394, 402, 551.

³²⁷⁴ Voir thèse § 552.

³²⁷⁵ En termes de flexibilité sur le décalage de la délivrance de l'une ou l'autre des deux contreparties de Vente, Dardir considère que le moins flexible est le change de monnaies est le plus flexible est le Salam. La flexibilité des régimes des autres opérations apparaît surtout, comme nous le verrons dans cette annexe, au niveau du décalage de délivrance d'un bien Désigné qui est licite dans la cession d'une dette non-échue et illicite dans sa substitution. Pour le reste, c'est le principe de Nécessité qui commande la flexibilité due à l'existence de divergences par rapport à la jurisprudence majoritaire par des jurisprudences isolées dont les auteurs et les arguments demeurent, quand même, d'une bonne qualité : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2204, v. 5 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63, v. 3.

³²⁷⁶ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2302.

nature distinguant les matières non stratégiques de celles qui le sont, comme les denrées alimentaires et les métaux monétaires. Ainsi et outre les denrées non Usuraires (i) objet du droit commun de la compensation, les aliments (ii) ainsi que l'or et l'argent (iii), auxquels nous assimilons toutes monnaies, forment les trois principales natures de dettes. Quand les deux dettes objet de la compensation sont de natures différentes, par exemple l'une est non Usuraire alors que l'autre est monétaire, la compensation est Qualifiée de Vente. Elle est alors libre de toutes les contraintes du droit de l'Usure et ne demeure soumise qu'à la contrainte des dettes alimentaires issues d'un contrat à titre onéreux comme une vente, par opposition aux dettes alimentaires issues d'un prêt qui ne sont pas soumises à cette contrainte. Celle-ci exige la prise de possession préalable du règlement d'une telle dette alimentaire par le créancier avant que le débiteur ne puisse reprendre lesdits aliments en paiement de sa propre créance³²⁷⁷. Ce régime simple, applicable à la compensation de dettes de natures différentes, se complexifie par crainte de l'Usure quand les deux dettes compensées relèvent de la même nature, que celle-ci soit non Usuraire, alimentaire ou monétaire.

3. Droit commun malikite de la compensation de dettes non Usuraires. Pour une nature donnée, la distinction se fait pour les dettes dissemblables par l'espèce³²⁷⁸ (blé ou fève par exemple) et au sein de la même espèce par la qualité (blé dur ou tendre par exemple) alors que pour les semblables en espèce et en qualité, la différence ne se fait que par la quantité. Dans la première nature relative aux denrées non Usuraires (i), les dettes sont considérées semblables ou dissemblables, qu'il s'agisse de biens corporels meubles³²⁷⁹, d'animaux³²⁸⁰, voire de biens immeubles qui, pourtant, ne peuvent appartenir qu'au Passif Désigné. Les dettes semblables se compensent à la seule condition de l'égalité des quantités³²⁸¹, sauf pour la dette de Vente échue

³²⁷⁷ *Ibid.*, p. 2302, v. 5 ; KHALIL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1863), p. 415, v. 5 ; AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 233, v. 5.

³²⁷⁸ La terminologie préférée serait « genre » pour réserver « espèce » aux trois natures qui sont non Usuraires, aliments et monnaies : voir AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 235 du volume 5.

³²⁷⁹ Texte de la traduction de Khalil par Bousquet (corrigé d'erreurs matérielles) :

La compensation est licite quand les créances portent sur des objets mobiliers, en tout état de cause, si elles sont semblables en genre et espèces ; de même, si elles diffèrent en genre, mais concordent quant à l'échéance ; mais, si elles diffèrent à ce dernier point de vue, elle est défendue si les deux, ou une seule, ne sont pas échues. Si le genre est le même et que l'espèce en soit, ou semblable ou différente, elle est licite, si l'échéance est la même ; sinon, ce ne l'est en aucun cas.

³²⁸⁰ AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 229 du volume 3, commentaire Dasuqi.

³²⁸¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2302, commentaire Sawi.

qui peut se compenser par une autre dette échue supérieure³²⁸². En revanche, pour les dettes dissemblables en espèce (une robe contre un manteau par exemple), la compensation sera qualifiée de Vente et ne sera valide que si l'une des deux dettes est échue ou si toutes les deux dettes sont non échues mais ont la même échéance³²⁸³. Quant aux dettes de la même espèce qui diffèrent par la qualité (une robe en coton de bonne qualité contre une de qualité inférieure par exemple) sans avoir des quantités différentes, la compensation ne pourra avoir lieu que si elles sont échues ou ont la même échéance avec toujours la souplesse de pouvoir compenser une dette tardive de prêt par une dette d'échéance plus proche de meilleure qualité³²⁸⁴. Par dérogation, la dette de Vente pourra être compensée par une dette non seulement de meilleure qualité mais également supérieure en quantité ; toutefois, cette dérogation demeure réservée au cas où les deux dettes sont échues ou ont la même échéance. Ce régime de droit commun réservé aux dettes dont l'objet est non Usuraire, devient encore plus réglementé quand un tel objet devient Usuraire.

4. Droit spécial malikite de la compensation de dettes Usuraires. Des règles spéciales s'appliquent à la compensation entre dettes alimentaires ou entre dettes monétaires. La compensation des dettes alimentaires (ii) issues d'un prêt ne diffère du droit commun que par une règle un peu plus stricte pour les dettes dissemblables en espèce qui doivent être échues pour être compensées et pour les dissemblables en qualité qui doivent avoir la même quantité avec une tolérance sur le terme car il suffit que la dette de meilleure qualité soit échue. En revanche, si l'une des dettes alimentaires est issue d'un contrat onéreux tel que la Vente, la validité sera limitée au seul cas des deux dettes semblables échues et, à l'extrême, si les deux dettes alimentaires sont issues de contrats onéreux, la compensation ne sera plus possible³²⁸⁵. Quant à la compensation de dettes monétaires (iii), elle suit la même règle exigeant l'égalité des quantités pour les dettes semblables en or (contre or) ou en argent (contre argent), sauf pour la dette de Vente échue qui peut se compenser par une dette échue supérieure en quantité. À cette exception près, la compensation des semblables, Conditionnée par l'égalité de quantité, ne nécessite pas que les deux dettes soient échues, contrairement à celle des dissemblables par

³²⁸² KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 55, v. 3.

³²⁸³ AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي محمد ابن أحمد et al., *op. cit.* (note 1275), p. 229-230.

³²⁸⁴ KHALĪL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 45 ; AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي محمد ابن أحمد et al., *op. cit.* (note 1275), p. 229 du volume 3 ; AL-KHORACHI محمد الخرشى et al., *op. cit.* (note 1848), p. 235 du volume 5, voir également le commentaire d'Al-Adawi ; KHALĪL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش, *op. cit.* (note 1846), p. 55, v. 3.

³²⁸⁵ AL-DASŪQĪ أحمد عرفة الدسوقي محمد ابن أحمد et al., *op. cit.* (note 1275), p. 228-230 du volume 3 ; DARDĪR أحمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2301-2302.

l'espèce (or contre argent). Enfin et quand la dissemblance porte sur la qualité (pièces en or de différentes qualités), la compensation doit respecter deux Conditions. D'une part, la dette de meilleure qualité doit être échue et, d'autre part, les quantités sont les mêmes³²⁸⁶ avec, en principe, une flexibilité pour la dette de Vente échue qui peut se compenser avec une autre dette échue de meilleure qualité et de quantité supérieure. Cependant et par Analogie à une autre règle, Elich élargit la souplesse du régime des dissemblables en validant la compensation des dettes dont celle qui est échue a une valeur marchande, lors de la compensation, suffisamment élevée pour rendre la présomption de l'Usure improbable. Cette valeur élevée de la dette échue doit alors dépasser, lors de la compensation, au moins 150% de la valeur marchande du principal de l'autre dette non échue, conformément à la jurisprudence majoritaire. Cette dernière ne suit, ni l'avis plus strict d'Achhab exigeant pour la validité que les deux dettes soient échues dans tous les cas, ni l'avis encore plus flexible d'abou-el-Hassan qui n'exige que l'égalité des valeurs, lors de la compensation, entre le principal de la dette échue et le principal de celle non échue³²⁸⁷. À notre avis, une telle jurisprudence relative aux dettes dissemblables par la qualité devrait s'appliquer aux dissemblables par l'espèce car dans les deux cas la présomption d'Usure est matériellement inexistante. Ceci validerait alors le change d'espèces différentes dont la contrepartie au comptant a une valeur marchande, lors de la transaction, supérieure de plus de cinquante pourcent à celle de la contrepartie à terme. C'est ce genre de résonnement, revenant aux Motifs, qui permet d'entrevoir une théorie générale du droit de la compensation.

5. Théorie générale de la conformité de la compensation de dettes. En réalité, les règles précitées de compensation de dettes sont presque toujours des applications de cinq règles générales. Celles-ci sont l'Interdiction de l'Usure de dette ou de Vente, la Réduction du risque ou la garantie rémunérée³²⁸⁸ et la revente d'aliments achetés avant leur prise de possession, voilà pour les trois premières. La quatrième règle générale est la licéité de l'augmentation initiée par le débiteur de sa dette de Vente. Enfin, la cinquième règle générale est l'Interdiction ou la licéité des paiements d'avance initiés par le débiteur selon que sa dette découle d'une Vente ou d'un prêt, avec une souplesse prévue quand la dette est monétaire. Sur cette base, on déduit facilement qu'il est licite de régler par avance une dette par un paiement au comptant égal à son

³²⁸⁶ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 45 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي *et al.*, *op. cit.* (note 1275), p. 227-228 du volume 3.

³²⁸⁷ KHALİL IBN ISHĀK AL-JUNDĪ خليل ابن إسحاق et MOHAMED ELICH محمد عليش *op. cit.* (note 1846), p. 592, v.

2.

³²⁸⁸ En arabe : حطّ الضمان وأزيدك

principal même s'il s'agit d'or ou d'argent. De plus et sans que ce soit exigé contractuellement, la dette peut être remboursée avec une qualité supérieure³²⁸⁹, à titre de remerciement, mais nullement avec une quantité supérieure que ce soit avant ou après l'échéance sauf s'il s'agit d'une dette de Vente³²⁹⁰. De même, il est possible de rembourser la dette échue par une valeur moindre en quantité ou en qualité. En revanche, il est illicite de rembourser la dette avant l'échéance avec une moindre quantité ou une moindre qualité³²⁹¹. Par ailleurs et avec le même effet que la compensation mais sans relever de la même définition, l'échange entre deux parties, débiteurs et créanciers l'un de l'autre, des dettes d'espèce différentes est une Vente (troc ou change). S'agissant d'or ou d'argent, l'extinction est Interdite pour une dette non échue de l'un des deux métaux par une dette de l'autre métal, même échue, car ceci revient à enfreindre la règle du change au comptant³²⁹². En revanche, ce change sera considéré au comptant si les deux dettes sont échues ce qui rend licite le change des dettes échues de monnaies différentes³²⁹³. En outre, il va de soi que le remboursement comptant d'une dette échue en une monnaie en une autre monnaie est un change licite au taux convenu entre les parties. Ainsi et plus généralement, il est possible de dénouer une dette monétaire échue par une contrepartie monétaire, constituée par un paiement comptant ou par une créance échue entre les mêmes parties, que cette contrepartie soit dans une monnaie différente ou semblable avec une quantité identique dans la même monnaie. Ceci représente une flexibilité de la compensation par rapport à la cession de dettes qui Interdit la cession au comptant d'une créance monétaire échue contre un prix monétaire³²⁹⁴. Enfin et en retenant un champ strict de la compensation réservée à deux dettes existantes, le sujet de « l'extinction d'une dette existante par une dette nouvellement créée entre les mêmes parties » devient autonome et doit être traité séparément.

6. Substitution d'une ancienne dette par une nouvelle. D'une façon similaire à théorie générale de la compensation et comme al-Maziri³²⁹⁵, ben Achour explique que les règles générales d'échange de créances se basent sur des Causes communes d'Interdiction qui

³²⁸⁹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2296-2297, texte principal de Dardir et commentaire de Mubarak.

³²⁹⁰ Toutefois, s'il s'agit d'une dette non monétaire et non échue, le remboursement en nature ne peut être que strictement conforme au principal.

³²⁹¹ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2030-2033 ; KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 10.

³²⁹² KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 7.

³²⁹³ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2012-2013, voir également le commentaire de Sawi.

³²⁹⁴ Voir infra § 7 de cette annexe.

³²⁹⁵ QADI ABDUL WAHHAB محمد عبد الوهاب القاضي et AL-MAZIRI المازري, *op. cit.* (note 27), p. 373 du volume n° 4.

caractérisent certaines pratiques³²⁹⁶. D'une part, chaque fois que le flux de fonds revient à un prêt intéressé, les règles de l'Usure s'appliquent. D'autre part, l'Incertitude invalidante de la Vente a évidemment le même effet sur la cession de créances, quand l'une des deux contreparties contractuelles comporte un aléa d'ignorance ou de réalisation. Ainsi, il est Interdit d'éteindre une dette existante par substitution avec une autre nouvellement créée, entre le même créancier et le même débiteur, en jouant sur les montants et les échéances par l'augmentation du montant à rembourser afin de retarder l'échéance ou, au contraire, par la réduction du montant afin de rapprocher l'échéance. En revanche, cette extinction sera évidemment possible quand la contrepartie de la dette existante à effacer est la remise immédiate au créancier d'une chose appartenant au débiteur à Condition que ce dernier, Qualifié de vendeur, ne soit pas contraint de brader ladite chose. En revanche et contrairement à l'avis d'Achhab³²⁹⁷, cette extinction ne peut pas se faire par une remise à terme d'un tel bien, Désigné ou non³²⁹⁸. Elle ne peut se faire, non plus, par la Location ou le Louage d'une prestation de service ; à moins que cette Location ou ce Louage soient échus et qu'ils découlent d'un contrat préalable non conditionné par cette extinction qui devient, alors, librement souscrite par le Loueur par la suite³²⁹⁹. Cet avis d'Achhab favorable à l'extinction par un bien Désigné à terme a, cependant, été considérée plus logique par Averroès (grand-père) car en réalité il s'agissait d'une Vente de ce bien. Mais une telle jurisprudence minoritaire demeure réservée aux cas de Nécessité dans la substitution entre le créancier et son débiteur ; en revanche, elle sera adoptée par la majorité du rite dans la cession de créances faisant intervenir un tiers.

7. Droit commun de la cession de créances existantes. La règle de l'Incertitude applicable à la substitution de dettes entre les mêmes parties, que nous venons de voir, devient encore plus pertinente quand le dénouement des dettes implique une troisième partie. C'est notamment le cas dans les opérations impliquant un changement de débiteurs car ces derniers n'ont pas nécessairement la même solvabilité ou le même respect des échéances³³⁰⁰. C'est l'un des Motifs expliquant l'Interdiction de céder une créance, à terme ou échue et impayée, à un

³²⁹⁶ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1353), p. 397, note bas de page n° 1, Fatwa n° 106.

³²⁹⁷ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, op. cit. (note 1706), p. 13 ; L'avis de Achhab est suivi par certains jurisconsultes mais il est non retenu par Dardir comme jurisprudence prépondérante : voir AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., op. cit. (note 1275), p. 62.

³²⁹⁸ DARDİR أحمد بن محمد الدردير et al., op. cit. (note 1636), p. 2065.

³²⁹⁹ Ibid.

³³⁰⁰ En citant à nouveau al-Maziri : voir BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1351), p. 398-399, Fatwa n° 106.

tiers autre que le débiteur³³⁰¹ en recevant en échange une autre créance, à terme ou échue et impayée³³⁰², voire en recevant une contrepartie monétaire ou non monétaire non payée au comptant³³⁰³. Dans cette dernière situation, il s'agit alors d'une novation par changement de créanciers³³⁰⁴ dont le paiement par le tiers, qui devient le nouveau créancier, se fait à terme. Toutefois, les opinions des disciples de Malik divergent quand ce paiement de la novation est un bien Désigné livré à terme. Délaissant l'opinion d'ibn-al-Qâsim, la majorité³³⁰⁵ des Diligents malikites suivent l'avis d'Achhab qui valide la cession de la créance dans le cadre de cette novation, en considérant le fait que la Qualification de bien Désigné fait échapper cette contrepartie à l'Interdiction réservée aux contreparties substituables du Passif Décrit³³⁰⁶. Ainsi, le droit de l'Usure rend l'extinction de dettes par substitution, entre le créancier et son débiteur, plus restreinte que l'échange de dettes entre un créancier et un tiers autre que son débiteur. La souplesse de ce dernier régime apparaît en assimilant ici le bien Désigné³³⁰⁷ à un paiement comptant, par le tiers, de la novation par changement de créanciers. Toutefois et que ce soit par un bien Désigné ou par un autre moyen, ce paiement comptant de l'achat d'une créance doit respecter certaines Conditions³³⁰⁸. Avec le Motif de diminuer l'aléa en évitant notamment l'ignorance de l'état du débiteur par le tiers cessionnaire³³⁰⁹ et le risque qu'un tel débiteur soit hors d'atteinte de la juridiction compétente, la première Condition exige la présence du débiteur dans le territoire de ladite juridiction lors de la conclusion de l'acte de cession de créance³³¹⁰. De même et sans avoir besoin lors de cette cession du consentement de ce débiteur³³¹¹, celui-ci doit quand même reconnaître sa dette. Il est aussi nécessaire d'éviter, d'une part, la cession de créances alimentaires issues d'un contrat onéreux et, d'autre part, l'Usure. Celle-ci Interdit

³³⁰¹ Il y a donc au moins trois parties, contrairement à l'extinction par substitution qui ne peut impliquer que le créancier et son débiteur : voir AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63, commentaire Dasuqi.

³³⁰² *Ibid.*, p. 62-63, v. 3.

³³⁰³ KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 13.

³³⁰⁴ Dans ce cas il y a trois parties et non pas quatre car il s'agit d'un tiers qui se substitue au créancier contre le paiement au créancier initial d'un prix à terme (égal ou différent du principal de la créance) : voir AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63 ; ce n'est donc pas une novation par changement de débiteur comme l'a traduit Bousquet : voir KHALĪL IBN ISHĀK' et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 13.

³³⁰⁵ C'est Dardir qui confirme cette jurisprudence majoritaire et qui l'étend à la location de l'usage comme contrepartie de la créance achetée : voir AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63.

³³⁰⁶ QARĀFĪ شهاب الدين القرافي, *op. cit.* (note 158), p. 578, § 87 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63, notamment le commentaire de Dasuqi.

³³⁰⁷ Étant précisé que si le prix est l'usage d'une chose Désignée, le commencement de cet usage suffira à confirmer le caractère comptant de ce prix : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2067.

³³⁰⁸ *Ibid.*, p. 2066-2067.

³³⁰⁹ *Ibid.*, p. 2066.

³³¹⁰ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 63, v. 3.

³³¹¹ Qui ne doit pas être hors d'atteinte de la force exécutoire des juridictions : voir *Ibid.*, p. 63.

notamment la cession d'une créance monétaire, à terme ou échue et impayée, contre un prix monétaire, même comptant, car le change et l'échange de monnaies ne peut être que comptant pour les deux contreparties. Cette contrainte s'assouplit quand la créance est non monétaire pour laquelle le droit de l'Usure Interdit évidemment la différence dans la même espèce, de quantités ou de qualités, entre l'objet de la créance cédée et le prix de sa cession. D'une façon dérogatoire, ce régime contraignant relatif à la cession de créance à un tiers devient plus flexible en cas de délégation, permettant à la créance cédée d'effacer une dette semblable due par le créancier cédant audit tiers cessionnaire.

8. Cession de créances existantes avec délégation. Le régime dérogatoire de la cession de créances couvre notamment la délégation parfaite. Celle-ci apparaît alors comme un cas particulier de novation avec le délégataire devenant le créancier du délégué en lieu et place du délégant, initialement créancier du délégué, ce qui permet de libérer le délégant de sa dette envers le délégataire à hauteur du montant de la novation reçue. Il s'agit donc d'un échange de deux dettes dont l'une, celle initialement entre le délégant et le délégataire, faisant l'objet d'un changement de débiteurs et l'autre, celle initialement entre le délégué et le délégant, subissant un changement de créanciers. C'est selon ce dernier angle que cette opération est juridiquement structurée par un contrat entre le délégant et le délégataire. En conséquence, le consentement de ces derniers est évidemment requis alors qu'il n'est exigé du délégué ni son consentement *ni sa présence dans le territoire de la juridiction*. En effet, il suffit que ce délégué reconnaisse, par un moyen fiable, sa dette lors de la conclusion de la délégation³³¹². Outre la Condition que l'une au moins des deux dettes concernées soit échue, lesdites dettes doivent être égales³³¹³ et non conditionnées³³¹⁴, sans être des denrées alimentaires issues d'un contrat à titre onéreux comme une Vente. Enfin et sur le plan de la forme, les deux contractants doivent indiquer clairement qu'il s'agit bien d'un contrat de délégation³³¹⁵. Outre ce cadre où on est en présence de deux dettes, la délégation parfaite, restreinte à une novation par changement de débiteurs, demeure également possible en l'absence de créance du délégant sur le délégué ; ce dernier devant, contrairement au délégataire, donner son consentement. Toutefois, le délégant ne sera libéré de sa dette envers le délégataire qu'à Condition que ce dernier le libère expressément de

³³¹² *Ibid.*, p. 63, v. 3.

³³¹³ En espèce, qualité et quantité ; évidemment pour cette dernière il s'agit de la quotité objet de substitution entre les deux dettes concernées, une telle quotité pouvant être inférieure à la totalité de l'une ou l'autre des deux dettes : voir DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2454, v. 5.

³³¹⁴ Par exemple, par l'accord d'un tuteur si le débiteur est un incapable ou par l'exercice de l'option s'il s'agit de Vente optionnelle.

³³¹⁵ DARDĪR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2451-2454.

son Obligation de débiteur solidaire. Autrement et avec une simple information du délégataire, la délégation devient imparfaite avec un délégant devenant solidaire du délégué qui est considéré, néanmoins, premier débiteur envers le délégataire³³¹⁶. Répondant au Motif de la réduction des dettes, ce régime dérogatoire de la délégation apporte une souplesse permettant, notamment, l'échange non concomitant des deux contreparties dans la même monnaie, y compris quand celle-ci est en or ou en argent³³¹⁷. Cette souplesse rajoutée à l'intervention légère de l'une des trois parties, le délégué dans la délégation parfaite et le délégataire dans la délégation imparfaite, est appréciable au sein des régimes contraignants du dénouement de dettes, que cette annexe a explicités dans les cas aussi bien de compensation que de substitution ou de cession.

³³¹⁶ KHALİL IBN ISHĀK et BOUSQUET, *op. cit.* (note 1706), p. 69 ; AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 326 du volume 3.

³³¹⁷ AL-DASŪQĪ محمد ابن أحمد عرفة الدسوقي et al., *op. cit.* (note 1275), p. 327, v. 3.

Annexe 6, chapitre 8³³¹⁸ : Historique juridico-économique de la monnaie

1. Qualités historiques de l'or et l'argent en tant que monnaies. En tant qu'unités de mesure du prix, l'or et l'argent ont acquis la qualité de monnaie convenable pour l'échange avant même l'écriture de l'Histoire. En effet et sur le plan quantitatif, ils ne sont ni trop abondants comme le plomb ni trop rares comme le diamant ; leur rareté est dans une fourchette optimale pour qu'ils deviennent une monnaie parfaite. Ce n'est donc ni leur nature métallique, qualité partagée par le plomb, ni leur apparence brillante, qualité partagée par le verre, qui ont fait de l'or et de l'argent une bonne monnaie. L'or et l'argent ont également d'autres qualités car, en plus d'avoir une abondance convenable, ils se subdivisent facilement ce qui permet de faire correspondre avec aisance le prix à la valeur de la chose achetée. En plus, ce sont deux métaux qui résistent bien à la détérioration par le temps même en cas de stockage sous terre. Par ailleurs, ces deux métaux ont une qualité constante bien identifiable quand ils sont purs ce qui rend leur falsification facile à déceler. Enfin, si on n'a pas besoin de les utiliser comme monnaie, ils peuvent être utilisés autrement et notamment comme ornement que l'Homme apprécie depuis l'aube de la civilisation³³¹⁹.

2. Historique du changement de parité de la monnaie fiduciaire à parité fixe. Rappelons que les règles retenues par ben Achour, actant la nature des billets de banques comme reconnaissances de dettes en or ou en argent, ont été bâties entre 1920-1932. Une époque où en temps normal il y'avait, selon ben Achour, une confiance du public dans la convertibilité garantie par l'État émetteur qui, en pratique, honore l'échange de ces billets en or ou en argent « sauf dans des cas rares³³²⁰ ». En décrivant ces cas rares de défaut de l'État, ben Achour tient compte non seulement des situations d'inconvertibilité, comme pendant la première guerre, mais également de celles de dévaluation comme après les guerres³³²¹. Ayant à l'esprit, on suppose, la dévaluation de 80% en France de 1928 qui a suivi la période d'inconvertibilité de la guerre, il indique que la parité des billets en or ou en argent correspond au cinquième de sa valeur faciale³³²². Il intègre également dans ses hypothèses que la banque

³³¹⁸ Cette annexe ainsi que la sous-section relative au régime monétaire de la thèse (§ 559-576) forment l'essentiel du papier de recherche présenté en séminaire à l'Université Paris Nanterre le 10 novembre 2017.

³³¹⁹ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, op. cit. (note 1351), p. 260-261, Fatwa n° 52.

³³²⁰ Ibid., p. 264, Fatwa n° 53.

³³²¹ Ibid., p. 269, Fatwa n° 53.

³³²² Ibid., p. 251, Fatwa n° 51.

émettrice ne dispose pas d'un actif en or correspondant à sa monnaie en circulation et que sa trésorerie en or ne couvre que l'équivalent des billets de banque habituellement présentés quotidiennement à l'encaissement en or. Enfin, cet éminent savant malikite est conscient que la banque émettrice peut devenir insolvable soit par sa gestion la menant à la faillite, soit par l'accaparement de ses avoirs en or et en argent par l'État en temps de guerre³³²³. Ces hypothèses de ben Achour correspondent au système monétaire, basé sur des billets de banque à parité fixe avec l'or (ou avec l'argent, lié, à son tour, par une autre parité fixe à l'or). L'Histoire nous enseigne, en effet, que ce système n'est pas à l'abri de décisions de changement de parité ou même de périodes d'inconvertibilité. En France par exemple, entre 1914 et 1928 et à partir de 1971 (date à laquelle les États-Unis ont rompu ce genre de parité pour le dollar), la monnaie est devenue inconvertible en or sur la base d'une parité fixe. Hors ces périodes, la France a connu également au XX^e siècle plusieurs dévaluations de la parité de la monnaie avec l'or (1928, 1936, 1939, 1945, 1949, 1958 et 1969). Dans ce système de parité fixe, malgré ses périodes d'instabilité par inconvertibilité ou par dévaluation, l'analyse de ben Achour aboutit à ce que les billets de banque par leur circulation sont les plus qualifiés des types de créances sécurisées pour se voir appliquer les règles de l'Impôt. Il critique, par conséquent, ceux qui croient que la circulation de ces billets les disqualifie des créances imposables en les rapprochant des morceaux de cuir que certains dirigeant ont émis, par le passé lorsque les caisses de l'État sont vides. L'État avait alors imposé un préjudice ou une lésion à ses citoyens, en les obligeant à utiliser dans les transactions ce vil cuir ou, pire, à l'accepter comme contrepartie de leurs créances en or sur un tel État en faillite³³²⁴. Ben Achour n'a donc pas retenu ces conditions extrêmes pour les billets de banque de son époque qui, malgré leur nature de reconnaissances de dettes en or ou en argent, ne sont pas moins qualifiés de monnaies. C'est sur cette base qu'il a répondu à Jokni qui considérait ces billets de banque comme des biens corporels pouvant prendre le caractère d'une marchandise stockable de commerce, immédiat ou spéculatif, voire d'un bien pour usage personnel au même titre qu'une maison ou un collier.

3. Réponse de ben Achour à Jokni. L'opinion précitée de ben Achour, telle que nous l'avons détaillée, est venue répondre à la polémique du début des années 1920 suscitée notamment par l'opinion de Jokni³³²⁵. En effet, l'analyse de ce dernier a abouti à la considération des billets de banque comme un bien corporel non Usuraire par opposition à la Qualification de ben Achour qui relève de la dette dont le régime est soumis notamment au droit

³³²³ *Ibid.*, p. 263, Fatwa n° 53.

³³²⁴ *Ibid.*, p. 259-260, Fatwa n° 52.

³³²⁵ Voir thèse § 567.

de l'Usure. Notons toutefois, qu'aucun des deux auteurs ne retenait une assimilation totale des billets de banque à l'or³³²⁶. Cela s'est traduit, dans le raisonnement de Jokni, par la sortie de ce type de monnaie du champ d'application de certaines règles importantes de l'Usure et de l'Impôt de solidarité³³²⁷ ce qui représente un effet socioéconomique considérable que Ben Achour dénonce³³²⁸. Pour ce dernier, les billets de banque sont soumis aux règles de l'Impôt comme ils le sont aux règles, applicables aux monnaies, d'échange de même espèce et de change d'espèces différentes. Il établit, d'abord, que ces billets remplissent la condition d'application de l'Impôt relative à la possibilité de croissance de richesse du bien imposable découlant soit du bien lui-même, comme pour les biens agricoles de culture de terres ou d'élevage d'animaux, soit de sa transformation par achat d'autres biens. Outre le champ d'application, cette condition détermine également la règle de réimposition qui n'est pas celle des cultures annuelles dont l'imposition est unique, ce qui exclut leurs stocks de toute réimposition ultérieure. Au contraire, le régime de réimposition des billets de banque est celui de l'or ou de l'argent qui, comme pour les animaux d'élevage, sont réimposés tous les ans tant qu'ils demeurent détenus par le contribuable. Toutefois, cette proximité du régime de la monnaie en or ne contredit pas certaines dérogations découlant justement de la nature de ces billets comme créances. Ainsi, les billets de banques ne peuvent prétendre à l'exonération dérogatoire de l'Impôt pour usage personnel, comme l'or ou l'argent utilisés en tant que bijou, car ils n'ont pas une autre utilité que leur fonction monétaire, vecteur potentiel de la croissance du patrimoine. Une autre différence se situe au niveau de l'échéance annuelle d'imposition des billets de banque, celle-ci pourra connaître un report jusqu'au remboursement desdites créances si celles-ci présentent un risque extrême exceptionnel, relevant plus de l'hypothèse théorique que de la réalité en pratique même en cas de guerre. Hormis un tel cas extrême, cité par Averroès grand-père, les autres cas de créances douteuses maintiennent un rythme d'imposition annuel mais avec une assiette imposable réduite à la valeur de la créance si elle était vendue sans tenir compte du montant facial de son principal. Appliquée aux billets de banque, l'imposition sera reportée exceptionnellement s'il s'avère impossible d'échanger ces billets en or ou en argent par application du régime des prêts commerciaux à cycle long³³²⁹. À mon avis³³³⁰, il faudrait

³³²⁶ Contrairement aux Fatwas modernes : voir thèse § 568 et 572.

³³²⁷ DARDİR أحمد بن محمد الدردير et al., *op. cit.* (note 1636), p. 2003-2009, commentaire Mubarak.

³³²⁸ BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] *فتاوى*, *op. cit.* (note 1351), p. 269-270, Fatwa n° 53.

³³²⁹ *Ibid.*, p. 265, Fatwa n° 53.

³³³⁰ En effet, l'inconvertibilité vécue depuis les années 1960 en Tunisie n'a déclenché aucune opinion de dérogation à l'Impôt annuel de solidarité ni de la part de Ben Achour ni de la part de ses disciples parmi lesquels figurent son fils Fadhel, Mufti de la jeune république. Une telle appréciation est confortée par ce que Ben Achour reconnaît

comprendre que cette dérogation de report, à la suite d'une telle crise d'inconvertibilité déclenchée par l'émetteur, n'est applicable que si la monnaie perd totalement sa valeur en rendant impossible l'achat, par son intermédiaire, de biens réels comme l'or ou l'argent et ce, même auprès des tiers autres que l'émetteur. En revanche s'il ne s'agit pas d'inconvertibilité absolue (auprès de l'émetteur et des tiers) mais, en fait, d'une dévaluation, cette dérogation se traduira par l'imposition des billets de banque sur la base de leur nouvelle valeur marchande en or sans avoir besoin de les convertir réellement car la possibilité de le faire suffit à apprécier la valeur. Ces règles, explicitées par ben Achour au début du XX^e siècle, comprenant le choix de l'or³³³¹ comme unité de valeur dans l'imposition des billets de banques, notamment pour apprécier le seuil d'imposition³³³², ont été reprises par les jurisprudences ultérieures. C'est le cas, à titre d'exemple, d'ibn-Tahir qui précise en outre que ce seuil en or serait de 84 grammes de 22 carats, à convertir donc annuellement en billets de banque possédés par le contribuable³³³³.

4. Qualification historique possible de la Monnaie fiduciaire flottante. Quant à la nature juridique et au régime des monnaies qui ont abandonné le système de convertibilité avec l'or ou l'argent, l'analyse semble encore plus délicate. En effet, le système à parité fixe, avec des dévaluations périodiques et des ruptures de convertibilité uniquement en temps de crise, a été abandonné en Occident depuis 1971 alors que dans d'autres pays, moins développés, il a été abandonné bien avant. Bien que cet abandon du système à parité fixe soit intervenu après ses opinions écrites dans les années 1920 et 1930, ben Achour a bien vécu cette période et a continué à publier des ouvrages de jurisprudence islamique sans actualiser, à notre connaissance, ses opinions antérieures sur la monnaie, ce qui laisse penser qu'il estime que son ancienne analyse demeure valable. D'ailleurs, son approche semble retenue par un auteur plus récent comme ibn-Tahir, disciple de l'école traditionnelle de la Zitouna³³³⁴ dont le leader par excellence est justement ben Achour. Ibn-Tahir considère, en effet, que « de nos jours, la monnaie métallique en circulation a des contreparties déterminées en or, conservées par les États dans leurs banques centrales ; les règles de l'Usure et de l'Impôt de solidarité lui sont donc appliquées. Il en est de même pour les billets de banques. L'estimation de la valeur [réelle]

comme monnaie sans valeur (les monnaies, en morceaux de cuir, distribuées par la force par des États en faillite) : voir *Ibid.*, p. 259-260, Fatwa n° 52.

³³³¹ Et non pas de l'argent qui est l'autre monnaie historique réglementée par la jurisprudence islamique.

³³³² BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى, *op. cit.* (note 1351), p. 251-252, 256-259, 264 et 268-269, Fatwa n° 51, 52 et 53.

³³³³ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 36-37 du volume 2.

³³³⁴ "One of the greatest universities in the history of Islam, Jamiah al-Zaytunah (Olive University) in Tunis, provided intellectual and spiritual oil that lighted Africa for over a thousand years. Taking its name from this venerable tradition, Zaytuna College seeks to revive the tradition of sound Islamic learning": voir YUSUF et ALALUSI, *op. cit.* (note 1061).

de ces pièces et billets monétaires se fait par l'or et non pas par l'argent³³³⁵ ». Il est donc clair que ibn-Tahir retient l'approche de ben Achour en analysant la nature de la monnaie comme des reconnaissances de dettes en or, il étend même cette approche aux pièces métalliques modernes qui ont, en effet, une faible valeur intrinsèque ; quant au régime, il semble opter pour les règles de l'Usure et de l'Impôt applicables à l'or³³³⁶. Toutefois et quels que soient la qualification et le régime, l'histoire du dernier demi-siècle montre que les usagers de cette monnaie flottante subissent continuellement des abus des autorités émettrices.

5. Effet de l'abus du système monétaire contemporain. Par la pratique inflationniste de la création monétaire notamment pour financer des guerres, les États ont abusé de leurs citoyens et les ont énormément lésés en dépréciant leurs patrimoines en monnaies modernes par rapport à l'or. En France par exemple, la monnaie a perdu 99,99% de sa valeur en or sur un siècle³³³⁷ ; de même, les États-Unis sont à loger à la même enseigne avec un dollar qui perd plus de 98% de sa valeur en or sur un demi-siècle depuis 1971³³³⁸. En plus, le système monétaire créé par ces États a donné de plus en plus de pouvoirs à ceux qui contrôlent ledit système, leur permettant d'extraire de plus en plus des frais d'intermédiation. Comme pour les dépréciations par rapport à l'or, ces frais sont évidemment supportés par les usagers qui sont obligés de passer par ce système monétaire afin de réaliser leurs transactions. Ces dépréciations et ces abus de coûts de transaction ont induit un manque de confiance. Ceci a certainement favorisé le relatif succès de la tentative d'introduction de la crypto-monnaie qui fonctionne selon un système verrouillé et fiable avec une création « monétaire » plafonnée et des transactions sans intermédiation. Malheureusement et jusqu'à ce jour, cette crypto-monnaie fondée par des privés n'est pas adossée à un actif réel et comporte toujours le risque de malversation ; toutefois, il faut distinguer une telle crypto-monnaie de sa technologie prometteuse de blockchain. Cette dernière semble être, en pratique, une technologie logicielle fiable de traçabilité des transferts de compte à compte d'un nombre limité de codes³³³⁹ introduits initialement dans la base de données gérée par ce logiciel. Ces codes dont la traçabilité est assurée peuvent être de simples jetons, comme dans un jeu vidéo sur internet, mais ils peuvent également être rattachés à un support monétaire, comme dans une chambre de compensation

³³³⁵ IBN-TAHIR الحبيب بن طاهر, *op. cit.* (note 1424), p. 70 du volume 5.

³³³⁶ Voir thèse § 568, 572.

³³³⁷ La pièce de 20 centimes dont la circulation s'est terminée en 2002 correspond à la dévaluation de la pièce de 20 francs or de 1914 qui vaut à fin 2020 environ 300 euros (l'équivalent de 2000 francs, soit dix mille fois 20 centime) !

³³³⁸ Voir thèse § 573.

³³³⁹ Correspondant aux numéros d'ordre et de série imprimés sur chaque billet de banque pour pouvoir l'identifier et le distinguer des autres billets.

interbancaire, ou à un support d'actifs réels, comme dans un cadastre virtuel gérant le transfert de propriété des immeubles. Le seul risque présent, à des degrés divers, dans ces différentes utilisations du blockchain est la fiabilité de la saisie associant initialement les comptes utilisateurs et les codes de crypto-monnaie qui viennent d'être créés et dont la traçabilité est recherchée. En effet et par la suite, l'enregistrement de chaque « virement » de compte à compte est assuré d'une façon fiable par le système sans avoir besoin d'une confirmation par un tiers de confiance comme le système bancaire. Ce n'est donc pas cette technologie, en elle-même, qui pose un problème mais ses diverses utilisations qui soulèvent des interrogations de toutes sortes y compris sur le plan juridique. Pour rester dans le cadre des utilisations qui ont, au moins en apparence, une consonance monétaire, considérons la Qualification en jurisprudence islamique du Bitcoin et d'une autre crypto-monnaie qui serait introduite par une banque centrale comme c'est le cas du projet canadien³³⁴⁰. Concernant le Bitcoin, il est actuellement à un stade où il ne dispose pas de la confiance générale pour servir de contrepartie aux transactions courantes. Il semble même que les détenteurs du Bitcoin ont un problème de liquidité et ont du mal à faire le change contre les monnaies usuelles comme l'euro ou le dollar. Dans ce cas, l'augmentation du cours en dollars du Bitcoin semble provenir d'un accès limité de la demande à l'offre de tous les détenteurs induisant la satisfaction de la demande en grande partie par la création limitée du Bitcoin³³⁴¹. Bien qu'approximatifs, ces quelques éléments d'incertitude suffisent à exclure, à ce stade, la Qualification monétaire du Bitcoin. Pourtant sans être une monnaie, le Bitcoin a économiquement une certaine valeur et fait l'objet d'une certaine demande ce qui pourrait conduire à sa Qualification en un bien non pas pour être gardé dans le cadre d'une utilisation physique directe car il s'agit d'un objet virtuel mais pour être échangé comme un bien marchand. Or, un bien n'est vendable en jurisprudence islamique que s'il présente un intérêt légitime³³⁴² qui, dans le cas du Bitcoin actuel, est difficile à trouver faute d'être une monnaie d'échange disposant d'une acceptation publique générale. En plus, l'échange du Bitcoin est entouré actuellement d'une Incertitude appréciable. Tous ces éléments contribuent à Qualifier actuellement la Vente du Bitcoin d'invalidé ou, au mieux, de Vente soumise à une nécessité d'information complète de l'acheteur comme la Vente de jetons de jeux non aléatoires³³⁴³. En revanche, il en serait autrement si l'émetteur de la crypto-monnaie était un organisme connu et digne de confiance, ce qui n'est pas tellement le cas du Bitcoin actuel.

³³⁴⁰ <https://www.coindesk.com/project-jasper-white-paper-touts-significant-benefits-in-dlt-payments/>

³³⁴¹ Toutefois cette explication est incertaine compte tenu de l'importance du volume des échanges du Bitcoin.

³³⁴² Supra § 13-14 et 16.

³³⁴³ Comme on en trouve dans les manèges pour enfants.

Il pourrait alors tranquilliser ses utilisateurs qui convertiraient alors une partie de leurs avoirs en monnaies usuelles à cette nouvelle forme numérique avec des paiements sécurisés dans le monde sans frais d'intermédiation. Cette confiance, cruciale à une large circulation de la crypto-monnaie, serait d'autant plus grande si l'émetteur garantissait une parité fixe contre des actifs physiques sous-jacents, comme l'or, qu'il détiendrait en réserves. Cet émetteur pourrait être une banque centrale mais pas nécessairement car les banques centrales jouissent d'une réputation entachée par la création inflationniste de la monnaie qui a lésé beaucoup d'épargnants pendant des décennies. La Qualification monétaire deviendrait alors évidente et en plus, la substitution d'une telle crypto-monnaie à notre monnaie actuelle, déconnectée de l'économie réelle et source de crises répétitives, ferait la promotion du bien-être de l'Humanité. C'est donc en rejoignant les ouvertures proposées en conclusion de notre thèse que se termine cette analyse juridico-économique de l'histoire de la monnaie. Celle-ci a montré à quel point l'éloignement de notre monnaie de toute attache à un actif réel approprié, comme l'or, est Indésirable voire Interdit en hard law islamique. Ainsi et en attendant une évolution bénéfique, seule la Nécessité découlant de la domination des gouvernants du système monétaire actuel peut justifier l'usage d'une telle monnaie.

Bibliographie sélective du droit applicable

1) droit français :

- ANCEL Pascal, *Droit des obligations : en 12 thèmes avec exemples détaillés*, Paris : Dalloz, 2018.
- ANCEL Pascal, « Imprévision », in *Répertoire de droit civil*, [s.l.] : Dalloz, mai 2017.
- ANCEL Pascal, TISSERAND Alice, VENANDET Guy, WIEDERKEHR Georges et HENRY Xavier, *Code civil*, France : Dalloz, 2016, xxxviii+2998.
- CARBONNIER Jean, *Droit civil, volume IV, Les obligations*, France : Presses universitaires de France, 2000, 665 p.
- BARTHE Christophe, *Le droit des sociétés face aux besoins du capital-investissement*, Lille : ANRT, 2006.
- CASS. CIV, 5.12.1910, « Arrêt “American Trading Company” », *Recueil Sirey*, n° 1, 1911, p. 129.
- CASIMIR Jean-Pierre, GERMAIN Michel et GROUPE REVUE FIDUCIAIRE, *Dirigeants de sociétés : juridique, fiscal, social*, Paris : Groupe Revue Fiduciaire, 2017.
- CHARVÉRIAT Anne, MERCIER Jean-Yves et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Mémento expert Francis Lefebvre. Intégration fiscale 2014-2015 : résultat d'ensemble, restructurations, déclarations, conventions*, France : Ed. Francis Lefebvre, 2013.
- COUARD Julien, *L'entreprise congréganiste en droit des affaires*, Paris : Defrénois, 2010 (Doctorat & notariat, collection de thèses, t. 41), 620 p. KJV4244 .C68 2010.
- COZIAN Maurice et DEBOISSY Florence, *Précis de fiscalité des entreprises : 2015-2016*, France : LexisNexis, 2015, xii+974; 16.
- ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Fiscal 2016*, France : Editions Francis Lefebvre, 2016, 1583 p.
- EL SAÏR Robert et COZIAN Maurice, *La taxation des plus-values racontée aux dirigeants et à leurs conseils : fiches pratiques et schémas*, France : Litec, 2008, xii+188.
- FAGES Bertrand, *Droit des obligations*, Issy-les-Moulineaux, France : LGDJ-Lextenso, 2016, 588 p.
- FASQUELLE Daniel, BERTREL Jean-Pierre et DELGA Jacques, *Droit de l'entreprise : l'essentiel pour comprendre le droit*, Paris, France : Lamy, 2004.
- FERREIRA Silvestre Pinheiro, *Principes du droit public, constitutionnel, administratif, et des gens, ou manuel du citoyen sous un gouvernement représentatif*, [s.l.] : Rey et Gravier, 1834, 394 p.
- GERMAIN Michel et ANSAULT Jean-Jacques, « Contrat et société : à propos du pacte extrastatutaire et de la SAS », in Jean-Jacques DAIGRE (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre : autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Issy-les-Moulineaux : Joly éditions, une marque de lextenso, 2017.
- GERMAIN Michel et PÉRIN Pierre-Louis, *SAS, la société par actions simplifiée : études-formules*, France : Joly éditions - Lextenso éditions, 2016, 660 p.
- GOUADAIN Daniel et MONDON Jean-Luc, *Fiscalité des créations, restructurations et liquidations d'entreprises*, France : Litec, 2006, xiii+414.
- JACQUEMIN Zoé, FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, DANNEMANN Gerhard Directeur de thèse, BEHAR-TOUCHAIS Martine, BORGHETTI Jean-Sébastien, SCHULZE Reiner, WITZ Claude, HUMBOLDT-UNIVERSITÄT et ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT INTERNATIONAL droit européen, *Payer, réparer, punir. Etude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, Paris, France : [s.n.], 2015, 554 p.
- KRUGER Hervé, *La gestion fiscale des holdings*, 4^e éd., France : Groupe Revue Fiduciaire, 2018 (Collection Pratiques d'experts).
- LACROIX - DE SOUSA Sandie, *La cession de droits sociaux : à la lumière de la cession de contrat*, Paris : Fondation Varenne, 2010 (Collection des thèses / Fondation Varenne, 37), 472 p.
- LE CANNU Paul et DONDERO Bruno, *Droit des sociétés*, [s.l.] : [s.n.], 2018.

- LE NABASQUE Hervé, « Plaidoyer pour la réduction du champ d'application de la règle de l'unanimité dans les SAS », in Jean-Jacques DAIGRE (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre : autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Issy-les-Moulineaux : Joly éditions, une marque de lextenso, 2017.
- LE TOURNEAU Philippe, BLOCH Cyril, GUETTIER Christophe et GIUDICELLI André, *Droit de la responsabilité et des contrats: régimes d'indemnisation*, 2017.
- MESSNER Francis, PRÉLOT Pierre-Henri, WOEHLING Jean-Marie et RIASSETTO Isabelle, *Traité de droit français des religions*, 2ème, [s.l.] : Litec, LexisNexis, 2013.
- OHL Daniel, « Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 Février 1985 - n° 84-91.581, note D. Ohl », *Recueil Dalloz Sirey*, 1985, p. 478-483.
- PAILLUSSEAU Jean (dir.), *Cession d'entreprise*, 4. éd, Paris : Dalloz, 1999 (Dalloz référence Droit de l'entreprise), 651 p.
- PAILLUSSEAU Jean, *La cession d'entreprise*, Paris, France : Dalloz, 1989, xx+698.
- PÉRIN Pierre-Louis, « Capital investissement : il est temps de passer à la SAS », *Actes Pratiques et Ingénierie Sociétaire*, vol. 64, 7 janvier 2002, p. 3-4.
- PIETRANCOSTA Alain, « Promesses d'achat de droits sociaux et clauses « léonines » : critique d'une sollicitation excessive et hasardeuse de l'article 1844-1 du code civil », *Revue Le Lamy Droit des Affaires*, n° 1, 1 janvier 2006, p. 67.
- RIASSETTO Isabelle, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers in « Les concepts émergents en droit des affaires »*, Paris : LGDJ-Lextenso Éd, 2010 (Droit & économie), 478 p.
- RIASSETTO Isabelle, « Titre 3 de la partie IV "religion et contrat" », in *Traité de droit français des religions*, 2ème, [s.l.] : Litec, LexisNexis, 2013, p. 1117-1170.
- RIASSETTO Isabelle, « Titre 4 de la partie IV "religion et travail" », in *Traité de droit français des religions*, 2ème, [s.l.] : Litec, LexisNexis, 2013, p. 1171-1210.
- SZRAMKIEWICZ Romuald, *Histoire du droit des affaires et des institutions commerciales*, Paris : Les Cours de droit, 1981.
- TCHERKESSOF Pierre, *Droit commun des sociétés*, Levallois-Perret : Studyrama, 2010.
- TESTU François Xavier, *Contrats d'affaires*, France : Dalloz, 2010, xviii+715.
- VILLEMOT Dominique, *Fiscalité des fusions acquisitions*, France : EFE, 2010, x+376.

dont support numérique :

- AMF, *Guide AIFM - Société de gestion*, AMF, 2013. URL : http://www.amf-france.org/Publications/Guides/Professionnels.html?isSearch=true&xtmc=Guide-AIFM-Societe-de-gestion&lastSearchPage=http%3A%2F%2Fwww.amf-france.org%2FmagnoliaPublic%2Famf%2FResultat-de-recherche.html%3FTEXT%3DGuide%26%2343%3BAIFM%26%2343%3BSoci%26%2337%3BC3%26%2337%3BA9t%26%2337%3BC3%26%2337%3BA9%26%2343%3Bde%26%2343%3Bgestion%26LANGUAGE%3Dfr%26valid_recherche%3DValider%26isSearch%3Dtrue%26simpleSearch%3Dtrue&docVersion=1.0&docId=workspace%3A%2F%2FspacesStor%2F87bc82b4-bc90-4dfa-84dd-a3d0259ae479&xtcr=2
- BRISY Stéphane, « Fasc. 17-11 : DISCRIMINATIONS - Lexis 360® », *JurisClasseur Travail Traité*, 19 décembre 2018. URL : <http://www.lexis360.fr>. Consulté le 3 mars 2019.
- DOM Jean-Philippe, « Principales conditions d'existence et de validité d'une convention de direction », *Dalloz.fr | Revue des sociétés*, 2011. URL : <https://www-dalloz-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.
- DONDERO Bruno, « SAS - Le directeur général de SAS : mandataire social ou prestataire de services ? », *Lexis 360® | La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 14 janvier 2016. URL : <http://www.lexis360.fr>. Consulté le 12 mars 2019.

- ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Mémento Groupes de sociétés 2017-2018 », [s.d.]. URL : <https://abonnes-efl-fr.bcuja-ezp.univ-paris1.fr/EFL2/document/?key=MGS&uaId=002U&refId=NMGSFR2001-1128241709>. Consulté le 24 avril 2019.
- ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, « Mémento Transmission d'entreprise 2018-2019 », [s.d.]. URL : <https://abonnes-efl-fr.bcuja-ezp.univ-paris1.fr/EFL2/document/?key=MTE&uaId=0048&refId=NDF99618F4B2ECC2-EFL>. Consulté le 24 avril 2019.
- GODON Laurent, « Direction de SAS : validité d'une convention de management - régime des incompatibilités parlementaires », *Dalloz.fr | Revue des sociétés*, 2016. URL : <https://www-dalloz-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.
- JURISPRUDENCE FRANÇAISE, « Cour de cassation, Chambre commerciale, 24 Novembre 2015 - n° 14-19.685 - Lexis 360® », 24 novembre 2015. URL : <http://www.lexis360.fr>. Consulté le 3 mars 2019.
- JURISPRUDENCE FRANÇAISE, « Cour de cassation, Chambre criminelle, 4 Février 1985 - n° 84-91.581 - Lexis 360® », 4 février 1985. URL : http://www.lexis360.fr/document?docid=JK_KDEC-1521471_0KRH. Consulté le 15 mars 2019.
- LE CANNU Paul, « Convention de gestion et SAS », *Lextenso.fr | Bulletin Joly Sociétés*, 1 mars 2016. URL : <https://www-lextenso-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.
- LE CANNU Paul, « Un cumul sans réglementation spéciale : directeur général et convention de gestion avec une société qu'il contrôle », *Lextenso.fr | Bulletin Joly Sociétés*, 1 avril 2014. URL : <https://www-lextenso-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.
- LE CANNU Paul, « Rémunération du président et conventions réglementées », *Dalloz.fr | RTD Com.SAS.*, 2015. URL : <https://www-dalloz-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 24 mai 2019.
- REYGOBELLET Arnaud, « La fin des conventions de management ? », *Dalloz.fr | Revue des sociétés*, 2013. URL : <https://www-dalloz-fr.ezproxy.univ-paris1.fr>. Consulté le 12 mars 2019.
- ROUSSILLE Myriam, « Commentaire de la loi Macron », *Lexis 360® | Droit des sociétés*, 1 novembre 2015. URL : http://www.lexis360.fr/document?docid=PS_KPRE-488251_0KTN. Consulté le 24 mars 2019.
- MASSART Thibaut, *Le régime juridique de la cession de contrôle*, thèse, Paris 2, [s.l.], 1 janvier 1995. URL : <http://www.theses.fr/1995PA020074>. Consulté le 18 septembre 2019.

2) droit luxembourgeois :

- ANCEL Pascal, PRÜM André et BOLARD Vincent, *Droit du Luxembourg*, France : LGDJ, Lextenso éditions, 2016, 111 p.
- BRAZ Félix, « Introduction », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg).
- CONAC Pierre-Henri, « La fusion transfrontalière en droit luxembourgeois », in CONAC Pierre-Henri (dir.), *Fusions transfrontalières de sociétés : droit luxembourgeois et droit comparé*, Bruxelles : Larcier, 2011.
- CORBISIER Isabelle, « Chapitre V. La réforme de la SCA et comparaison générale du régime des diverses commandites et de la SARL », in *Les commandites en droit luxembourgeois*, Bruxelles : Larcier, 2013.
- CORBISIER Isabelle, FAYOT Franz, HOSS Philippe, JACOBY Steve, LOESCH Jacques, RECKINGER Pit, SCHUMMER Laurent, SPANG Jean-Paul et STEICHEN Alain, *La réforme du droit*

- luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg), 323 p.
- ERNST & YOUNG Editorial committee, BULTOT Janique, CARLEN Emmanuel et GUÉRINEL Jacqueline, *Taxation of non-residents in Luxembourg*, Luxembourg : Editions Promoculture, 2008, 220 p.
- FAYOT Franz, « Une réforme marquée par son époque », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg).
- FAYOT Franz et LATTARD Mathilde, « Les structures “double luxco” et leur effet sur la structuration des garanties financières luxembourgeoises », *BULLETIN DROIT & BANQUE*, n° 49, mai 2012, p. 31-37.
- HARLES Guy et BEISSEL Pierre, « Le contrat de société, rapport luxembourgeois aux journées marocaines de l'association henri Capitant (18-22 septembre 2006) », in Marc THEWES et Dean SPIELMANN (dirs.), *Annales du droit luxembourgeois de l'année 2006*, Bruxelles : Bruylant, 2007 (Pages 167 à 189 v. 16).
- HOSS Philippe, « Les nouveaux droits des actionnaires », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg).
- MASSARD Hélène, « Le transfert international de siège des sociétés en droit luxembourgeois », *Pasicrisie luxembourgeoise : recueil trimestriel de la jurisprudence luxembourgeoise en matière civile, commerciale, criminelle, de droit public, fiscal, administratif et notarial*, Tome 35, n° 4, 2012, p. 769-795.
- PRÜM André, « La transplantation de la SAS dans le droit des sociétés luxembourgeois », in Jean-Jacques DAIGRE (dir.), *Mélanges en l'honneur de Jean-Jacques Daigre : autour du droit bancaire et financier et au-delà*, Issy-les-Moulineaux : Joly éditions, une marque de lextenso, 2017.
- PRÜM André, « Préface », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg).
- SANTER Patrick et GLODEN Léon, *L'irrévocabilité du mandat* in « *Le bicentenaire du Code civil : une contribution luxembourgeoise* », Luxembourg : éd. Portalis, 2004, 312 p. KJV447.7 .B53 2004.
- SCHAFFNER Jean et ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Luxembourg : juridique, fiscal, social, comptable*, Paris, France : F. Lefebvre, 2005, 542 p.
- SCHAFFNER Jean, *Luxembourg (édition 2009) : juridique, fiscal, social, comptable*, Levallois-Perret, France : F. Lefebvre, 2009, 483 p.
- SCHILTZ Jean-Louis, « Les personnes morales désormais pénalement responsables », *Journal des tribunaux Luxembourg (JTL)*, 15 octobre 2010, p. 157-164.
- SCHUMMER Laurent et WEYDERT Stéphanie, « Le nouveau régime des titres ... ou le phénomène de financiarisation », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg).
- SPANG Jean-Paul, « Les organes de gestion », in *La réforme du droit luxembourgeois des sociétés*, Bruxelles : Larcier, 2017 (Collection de la Faculté de droit, d'économie et de finance de l'Université du Luxembourg).
- SPANG Jean-Paul, « La fusion transfrontalière en droit luxembourgeois : regard du praticien », in CONAC Pierre-Henri (dir.), *Fusions transfrontalières de sociétés : droit luxembourgeois et droit comparé*, Bruxelles : Larcier, 2011.
- SPANG Jean-Paul, « Les restructurations d'entreprises », in FACULTÉ DE DROIT D'ÉCONOMIE ET DE FINANCE et André PRÜM (dirs.), *Le nouveau droit luxembourgeois des sociétés : [actes du*

colloque organisé par la faculté de droit, d'économie et de finance le 7 décembre 2007, Bruxelles : Larcier, 2008.

STEICHEN Alain, *Précis de droit fiscal de l'entreprise*, 5^e éd., Luxembourg : Éd. Saint-Paul, prévu en 2019.

STEICHEN Alain, *Précis de droit des sociétés*, Luxembourg : Éd. Saint-Paul, 2017.

STEICHEN Alain, *Manuel de droit fiscal : droit fiscal général*, 5^e édition, Luxembourg : Éditions Saint Paul, 2015, 858 p. KKK354 .S74 2015.

dont support numérique :

CABINET ELVINGER HOSS, « Philippe Hoss », [s.d.]. URL : <https://www.elvingerhoss.lu/our-team/philippe-hoss>. Consulté le 27 mars 2019.

CONAC Pierre-Henri, « Université du Luxembourg », *Université du Luxembourg*, [s.d.]. URL : https://wwwfr.uni.lu/contact/rechercher_une_personne. Consulté le 15 mars 2019.

LOI DU LUXEMBOURG, « Loi du 27 juillet 2003 - portant approbation de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ; - portant nouvelle réglementation des contrats fiduciaires, et - modifiant la loi du 25 septembre 1905 sur la transcription des droits réels immobiliers. - Legilux », [s.d.]. URL : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2003/07/27/n4/jo>. Consulté le 27 mars 2019.

LOI DU LUXEMBOURG, « Règlement grand-ducal du 5 décembre 2017 portant coordination de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. - Legilux », [s.d.]. URL : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/rgd/2017/12/05/a1066/jo>. Consulté le 15 mars 2019.

LUXEMBOURG DOCUMENT PARLEMENTAIRE, « Projet de loi n° 5730 portant modernisation de la loi modifiée du 10 août 1915 concernant les sociétés commerciales. [https://www.chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/CompilationServlet?library=1C6139AD241408CAB3042D3CD5C86290\\$65BE83FE21CDF1EC7D6B4AD4BDBA9110&id=D5653D75F69A89FD4FB94B67CBF2E141\\$FECE7BD2F39EAB2D86A761857294DA3A](https://www.chd.lu/wps/PA_RoleDesAffaires/CompilationServlet?library=1C6139AD241408CAB3042D3CD5C86290$65BE83FE21CDF1EC7D6B4AD4BDBA9110&id=D5653D75F69A89FD4FB94B67CBF2E141$FECE7BD2F39EAB2D86A761857294DA3A) », [s.d.]. URL : <https://www.chd.lu/wps/portal/public/Accueil/TravailALaChambre/Recherche/RoleDesAffaires?action=doDocpaDetails&id=5730>. Consulté le 4 avril 2019.

RÉPERTOIRE DES ENTREPRISES LUXEMBOURGEOISES, *Répertoire 2018*, [s.l.] : [s.n.], 2018. URL : <http://statistiques.public.lu/fr/publications/series/repertoire-entreprises/2018/repertoire-2018/index.html>. Consulté le 17 mars 2019.

RIASSETTO Isabelle, « Fonds Islamiques - Le guide de bonnes pratiques de l'Association luxembourgeoise des fonds d'investissement (ALFI) », *Journal des tribunaux, Luxembourg*, n° 26, avril 2013. URL : <http://orbilu.uni.lu/handle/10993/14567>. Consulté le 17 février 2019.

3) droit suisse, anglais, européen, international et comparé :

ANCEL Marie-Élodie, *Le choix du droit applicable in « Le banquier luxembourgeois et le droit international privé »*, Limal : Anthemis, 2017 (Collection La vie du droit bancaire et financier), 177 p. KKK99.5.A67 A87 2016.

ANCEL Pascal, *Contrats et obligations conventionnelles en droit luxembourgeois : approche comparative*, Belgique : Larcier, 2015, 1108 p.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT DES AMIS DE LA CULTURE JURIDIQUE FRANÇAISE et SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE (dirs.), *Les droits de tradition civiliste en question : à propos des rapports Doing business de la Banque mondiale*, Paris : Société de législation comparée, 2006, 2 p. KJV2199 .D76 2006.

CABRILLAC Rémy, *Droit européen comparé des contrats*, France : LGDJ-Lextenso éditions, 2016, 191 p.

CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, Paris, France : Dalloz, 2013, xi+802.

- CORNELOUP Sabine, JOUBERT Natalie et CENTRE DE RECHERCHE SUR LE DROIT DES MARCHÉS ET DES INVESTISSEMENTS INTERNATIONAUX, *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux : actes du colloque des 9 et 10 septembre 2010, Dijon, France* : Litec, LexisNexis, 2011, xii+487.
- DURAND-BARTHEZ Pascal et LENGART François (dirs.), *Choisir son droit : conséquences économiques du choix du droit applicable dans les contrats internationaux*, France : L'Harmattan, 2012, 260 p.
- EY, *Worldwide Personal Tax and Immigration Guide 2018*, [s.l.] : EYGM Limited, 2018.
- FULLER L. L., WILLIAM A. et PERDUE R., « The Reliance interest in contract damages », *Yale law Journal*, États Unis, édition Vol. 46 n° 1, 3, 1936 1937, p. 52 (Part I), 373 (Part II).
- LE TOURNEAU Philippe, *L'ingénierie, les transferts de technologie et de maîtrise industrielle : contrats internationaux, contrats clés en main, co-traitance, sous-traitance, joint-venture*, France : LexisNexis, 2016, xv+336.
- MARCHAND Sylvain, *Recueil de contrats commerciaux : modèles en français et en anglais commentés selon le droit suisse*, Bâle : Helbing Lichtenhahn, 2013.
- MATTLI Walter et DIETZ Thomas (dirs.), *International arbitration and global governance: contending theories and evidence*, First edition, United Kingdom : Oxford University Press, 2014, 250 p.
- MONTALIVET Pierre DE, « La « marketisation » du droit », *Recueil Dalloz*, n° 44, déc. 2013, titre du fascicule : *Dalloz.fr | Recueil Dalloz*, p. 2923.
- MOORE Christopher P., JEDREY Nathaniel E. et RODGERS Konrad, « Hague Convention on Choice of Court Agreements Enters into Force », *Business law review*, vol. 37, 2016, p. 2.
- MOULIN Jean-Marc, NOWAK Marie et BONNEAU Thierry (dirs.), *Droit de la finance alternative*, Bruxelles : Bruylant, 2017 (Droit et économie sociale et solidaire), 510 p.
- STRENG Etienne von, GOTTRAU Nicolas de et KALBERMATTEN Christophe de, *Suisse : fiscal, bancaire et financier, juridique, social*, France : Francis Lefebvre, 2011, 574 p.
- ZETZSCHE Dirk A, *The Alternative Investment Fund Managers Directive*, Pays-Bas : Kluwer Law International, 2015.

dont support numérique :

- CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, « Principes sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », *HCCH*, 2015. URL : <https://www.hcch.net/fr/instruments/conventions>. Consulté le 4 juillet 2017.
- EUR-LEX - 41998A0126(02) - EN - EUR-LEX, « Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », [s.d.]. URL : [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:41998A0126\(02\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:41998A0126(02)). Consulté le 15 mars 2019.
- GIULIANO Mario et LAGARDE Paul, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, [s.l.] : Journal officiel des Communautés européennes du 31.10.80, 1980. URL : [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:31980Y1031(01)&from=EN).
- LECLERCQ Didier, *Les conventions de cession d'actions : analyse juridique et conseils pratiques de rédaction*, 2e édition, Bruxelles : Éditions Larcier, 2017 (Collection Droit des sociétés), 641 p. URL : <http://bcujas-sfx.univ-paris1.fr>.
- LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Règlement (UE) 2020/852 du Parlement européen et du Conseil du 18 juin 2020 sur l'établissement d'un cadre visant à favoriser les investissements durables et modifiant le règlement (UE) 2019/2088 (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*, 22 juin 2020. URL : <http://data.europa.eu/eli/reg/2020/852/oj/fra>. Consulté le 29 août 2020.
- Nord Nicolas, *Ordre public et lois de police en droit international privé*, Strasbourg 3, [s.l.], 1 janvier 2003. URL : <http://www.theses.fr/2003STR30001>. Consulté le 17 février 2019.

WIKIPÉDIA, « Effondrement du Rana Plaza », in *Wikipédia*, [s.l.] : [s.n.], 24 janvier 2019. URL : https://fr.wikipedia.org/w/index.php?title=Effondrement_du_Rana_Plaza&oldid=156109426. Consulté le 15 mars 2019.

Bibliographie sélective de la jurisprudence islamique

1) en langue arabe non traduite :

- AAOIFI' AUTHORS, [Études des normes de l'AAOIFI] دراسات المعايير الشرعية Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah, al-Manāmah : AAOIFI, H 1437 (vol. 4).
- ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), [Études des normes de l'AAOIFI] 1/4 دراسات المعايير الشرعية Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah: al-naṣṣ al-kāmil lil-buḥūth wa-al-dirāsāt allatī quddimat tamhīdan li-i'dād al-ma'āyir al-shar'īyah 1-45, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 1437 2015 (vol. 1/4), 939 p.
- ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), [Études des normes de l'AAOIFI] 2/4 دراسات المعايير الشرعية Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah: al-naṣṣ al-kāmil lil-buḥūth wa-al-dirāsāt allatī quddimat tamhīdan li-i'dād al-ma'āyir al-shar'īyah 1-45, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 1437 2015 (vol. 2/4), 950 p.
- ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), [Études des normes de l'AAOIFI] 3/4 دراسات المعايير الشرعية Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah: al-naṣṣ al-kāmil lil-buḥūth wa-al-dirāsāt allatī quddimat tamhīdan li-i'dād al-ma'āyir al-shar'īyah 1-45, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 1437 2015 (vol. 3/4), 909 p.
- ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), [Études des normes de l'AAOIFI] 4/4 دراسات المعايير الشرعية Dirāsāt ma'āyir al-shar'īyah: al-naṣṣ al-kāmil lil-buḥūth wa-al-dirāsāt allatī quddimat tamhīdan li-i'dād al-ma'āyir al-shar'īyah 1-45, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 1437 2015 (vol. 4/4), 955 p.
- AFFANA عفانة Hussemeddine, [Interrogations sur les opérations financières contemporaines] يسألونك عن المعاملات المالية المعاصرة 1^{re} éd., Jérusalem, Palestine : Maison Tayeb d'impression et de diffusion, الطيب للطباعة والنشر, 2009, 257 p.
- AL-ABADI العبادي Abdessalam, La propriété dans la Charia Islamique 3ème édition الملكية الملكية Amman, Jordanie : Azhar al-Fikr, 2015.
- AL-DASŪQĪ أحمد بن محمد Muḥammad ibn Aḥmad ibn 'Arafāt, DARDĪR أحمد بن محمد الدردير Al-Jundī, Commentaire de Dasuqi sur la grande explication de Dardir du précis de Khalil خليل المختصر الكبير على شرح الدردير الكبير لمختصر خليل Al-Jundī, Le Caire, Egypte : Al-Maṭba'a al-azhariyya al-miṣriyya, 1309H.
- AL-KHORACHI الخورشي Muhammad, AL-ADAWI علي العدوي Ali et KHALĪL IBN ISHĀK' Al-Jundī, Explication du Précis de Khalil خليل للخرشي Le Caire, Egypte : Grande Imprimerie Impériale, 1317H.
- AL-NADWI علي الندوي Ali, « [Impact of Maqasid Sharia on contemporary Financial Transactions] مقاصد الشريعة وأثرها في المعاملات المالية المعاصرة », in , KAU, 27 mars 2019.
- BAROUDI, MOHAMED AMIN محمد أمين، بارودي، La médiation financière et ses applications contemporaines الوساطة المالية: أبرز التطبيقات المعاصرة [s.l.] : Dar al-Nawader, 2012, 551p.
- BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور Mohamed Taher, [Objectifs de la Charia « Maqāṣid aṣ-ṣarī'a al-islāmīya »] مقاصد الشريعة الإسلامية, Tunisie / Egypte : Maison Souhnoun / Dār as-Salām, 2012 (vol. 1/1), 238 p.
- BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور Mohamed Taher, [Opinions juridiques « Fatawa »] فتاوى Dubai UAE : Juma Al-Majid Center for Culture and Heritage, 2004 (vol. 1/1), 495 p.

- BEN ACHOUR محمد الطاهر بن عاشور Mohamed Taher, [Exégèse du Coran « Ettahrir wa Ettanour »] تفسير التحرير والتنوير, Tunisie : Maison Souhoun, 1997 (vol. 1-12/12).
- BOÛDANI إيجاز القرآن الكريم عند Mahmud, [Inimitabilité du Coran chez l'imam ben-Achour] إيجاز القرآن الكريم عند الإمام بن عاشور, Arabie Saoudite : KSU, H 1435 (vol. 1/1).
- DARDĪR محمد بن ابراهيم مبارك Ahmad et MUBARAK أحمد بن محمد الصاوي Ahmad, SĀWĪ Muhammad, [Explication succincte du précis, Les plus courts chemins « Aqrab Al-Massalik »] الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك, Liban : Ibn Hazim, 2013.
- DARDOUR بيع المراجعة: حقيقته، حجتيه، شروطه، ضوابطه، وتطبيقاته Elyes, [Vente Mourabaha] إلياس دردور, [s.l.] : Librairie Tounes, 2015.
- DAWAJEH بناء الفكر الاجتهادي من خلال [Constructing Intellectual Thoughts in Seeking the Right Answers via Islamic Laws and its Effect on Financial Affairs] محمد بن عوض دجوه Muhamed, « خصائص الشريعة الإسلامية وأثره في المعاملات المالية », in Discussions du mercredi, Djeddah, KAU, 2 janvier 2019.
- GHARIANI Sadok, [Encyclopédie du fiqh malikite et de ses fondements] الصادق بن عبد الرحمن الغرياني دار ابن حزم, Beyrouth, Liban : Dar ibn-Hazm 2015.
- GHARIANI Sadok, [Fatwas des opérations courantes contemporaines] الصادق بن عبد الرحمن الغرياني, Le Caire, Egypte : Dār al-Salām, 2002.
- GOUTAH العلوم و [Sciences, Knowledge, Skills and Experiences needed in studying the contemporary issues of jurisprudence transactions: Jurisprudence vision] عادل بن عبد القادر قوته Adel, « المعارف و المهارات والخبرات المحتاج إليها في دراسة نوازل فقه المعاملات : رؤية فقهية », in , KAU, 28 mars 2018.
- HAMED دار : [s.l.], الفروق في أصول الفقه [Distinctions dans les sources de droit] الحمد عبد اللطيف بن أحمد H 1436, 736 p.
- HIMADI 'al-Tamwīl bi-wāsiṭat buyū' al-'aynah, [Le financement par les ventes Inah « al-Tamwīl bi-wāsiṭat buyū' al-'aynah »] 1^{re} éd., Riadh, KSA : al-Fiqhia Saudi association, http://www.alFiqhia.org.sa/, 2018 (Fiqh studies, 50), 912 p.
- IBN ABĪ ZAYD AL-QAYRAWĀNĪ عبد الله بن عبد الرحمن ابن أبي زيد القيرواني Abd Allāh, ABU AL-HASSAN علي حاشية [Explication annotée de l'Épître « Risālah »] علي العدوي Ali et AL-'ADAWI أبو الحسن الحسني, Maroc : dar al maarifa, 1998 (2).
- IBN-AL-QĀSIM et SAHNOŪN ابن القاسم [La Grande Transcription « al-moudawwana al-koubra »] المدونة الكبرى, Liban : Dar al-Koutoub al-ilmyā, 1994.
- IBN-AL-SALAH Uthmān, [Moralité de l'émetteur et du demandeur de Fatwa « adeb al-Mufti wal-mustafti »] عثمان ابن صلاح, أدب المفتي والمستفتي, Arabie Saoudite : Maktabat al-Ulum wal Hikam, 1986.
- IBN JUZAYY القوانين [Lois de la jurisprudence « al-Qawanin al-Fiqhiyyah »] محمد ابن جزى Mohamed, [Lois de la jurisprudence « al-Qawanin al-Fiqhiyyah »] الفقهية, Liban, Bairūt : Dar al-Qalam, 1977 (1), 301 p.
- IBN TAHIR Habib, [Jurisprudence malikite et ses fondements « Fiqh al-Maliki wa Adalatuhu »] الحبيب بن طاهر, Liban : Maaref, 2009.
- IBN-NAJJAR Riadh, [Explication du « Kawkab »] المرداوي et AL-MIRDAWI ابن النجار KSA : Saudi Ministry of Awqaf-Obeikan Bookstore 1993.
- IBN-'ĀSIM Ali et TUSŪLĪ Muhammad Ibn-Muhammad, TUSŪLĪ Muhammad, [Épanouissement dans l'explication de l'œuvre d'art « al-Bahḡa fī sharḥ at-Tuḡfa »] البهجة في شرح التحفة, Liban, Bairūt : al-Maktaba al-Aṣrīya, 2005 (2).
- IBN-'ĀSIM Fakhreddine AL-MAHSI, [Explication du poème (L'accès supérieur à la science des sources) « murtaka al-wusul ila ilm al-usul »] محمد ابن عاصم Muhammad Ibn-Muhammad et Fakhreddine AL-MAHSI, شرح نظم مرتقى الوصول إلى علم الأصول, Jordanie : Dar al-Athariya, 2007.
- IBN-'ĀSIM Muhammad Ibn-Muhammad, MAYARA AL-FASSI MOHAMED IBN-AHMED, [Explication de l'œuvre d'art « at-Tuḡfa » des juges par Mayara et Maadani] المعداني et AL-MAADANI ميارة الفاسي, Liban, Bairūt : Dar Al Kotob Al Ilmiyah 544 (2/), 2000.

- JUGE ALI ibn al-Qaṣṣār علي ابن القصّار et MAKHDŪM مصطفى مخدوم Muṣṭafá, [Introduction aux sources de droit « Muqaddimah fī uṣūl al-Fiqh »] مقدمة في أصول الفقه, al-Ṭab‘ah 1, al-Riyāḍ : Dār al-Ma‘lamah lil-Nashr wa-al-Tawzī, 1999, 430 p.
- KHALĪL IBN IṢHĀK’ AL-Jundī et AL-HATTAB محمد أبو عبد الله بن محمد الحطاب Muhammad, *Mawahib al-Jalil pour l’explication du précis de Khalil* مواهب الجليل لشرح مختصر خليل, Nouakchott, Mauritanie : Dar Radhwen, 2010.
- KHALĪL IBN IṢHĀK’ AL-JUNDĪ et SALAH ABD-ESSAMĪH AL-OBBI صالح عبد السميع الأبي, [Les Perles du Diadème « jawaher el-Iklīl »] جواهر الإكليل, Egypte : Dar al-Koutoub al-Gharbia, 1929.
- KHALĪL IBN IṢHĀK’ AL-JUNDĪ et MOHAMED ELICH محمد عليش, [L’octroi vénérable « Manh el-Jalil »] جواهر منح الجليل, Liban : Dar el-Fikr, 1984.
- KHALĪL IBN IṢHĀK’ AL-JUNDĪ et MOHAMED ELICH محمد عليش, [L’octroi vénérable « Manh el-Jalil »] جواهر منح الجليل, Egypte : Dar Sader, 1877.
- KHOJA Ezzedine, [Introduction générale aux transactions de la finance islamique] عز الدين Ezzeddine, [Les Services bancaires islamiques « al-Ḥadamāt al-maṣrafiyya al-islāmīya »] الخدمات المصرفية الإسلامية, Tunisie : Imtithal, 2017.
- KHOJA Ezzeddine, [Les Services bancaires islamiques « al-Ḥadamāt al-maṣrafiyya al-islāmīya »] الخدمات المصرفية الإسلامية, Tunisie : al-Imtithal, 2017 (Mausū‘at al-mu‘āmalāt al-māliyya wa-l-islāmīya), 292 p.
- KHOJA Ezzedine, [Opérations de financement islamique] عز الدين Ezzeddine, Tunisie : Imtithal, 2017.
- LAKANI Ibrahim et Ibrahim AL-BAYJURI إبراهيم البيجوري, [Commentaire de la perle du dogme « hachiet jawharet al-tawhid »] حاشية جوهرة التوحيد, Egypte : Dar al-Salam, 2002.
- MATIRI Faïçal, [Les Fatwas économiques de l’imam Chibani et leurs applications dans les opérations financières contemporaines] فيصل غانم المطيري الأراء الاقتصادية للإمام محمد بن الحسن, Université al-Azhar, Le Caire, Egypte, 2017, 840 p.
- MUSLIM IBN AL-HAJJAJ et AL-NAWAWI النووي, [Commentaire du Sahih Muslim] مسلم بن الحجاج, Jordanie : International Ideas Home, 2000.
- QADI ABDUL WAHHAB Abu Muhammad et محمد عبد الوهاب, [Explication de l’apprentissage] شرح التلقين, Liban : Dar Al-Gharb Al-Islami, 1997.
- QARĀFĪ Aḥmad ibn Idrīs, IBN AL-SHATT Qasim ibn ‘Abd Allah et AL-MALIKI Muhammad ‘Ali ibn al-Husayn, [Al-Furūq] الفروق, Dar Ennawader, Koweït : Ministère des affaires islamiques Saoudien 2010 (vol. 1-4/4).
- QARĀFĪ Aḥmad ibn Idrīs, IBN AL-SHATT Qasim ibn ‘Abd Allah, MUHAMMAD ‘ALI IBN AL-HUSAYN AL-MALIKI et MANSUR Khalil, [Al-Furūq fī mabāḥith al-Kitāb wa-al-Sunnah ‘inda al-uṣūlīyīn] الفروق في أنوار البروق في أنواء الفروق, Bayrut : Dar al-Kutub al-‘Ilmiyah, 1998.
- QARĀFĪ Shihāb al-Dīn, [Distinctions « Furuq »] كتاب الفروق, Egypte : Dar al-Salam, 2010 (vol. 1-4/4).
- QURTUBĪ Muhammad, [Exégèse du Coran "Al-Jami li Ahkam al Quran "] محمد بن احمد القرطبي تفسير, 2^e éd., Liban : Dar al-Kitab al-Arabi, 1999 (/20).
- SAĪD Hishām, [Al-Furūq fī mabāḥith al-Kitāb wa-al-Sunnah ‘inda al-uṣūlīyīn] هشام السعيد الفروق في مباحث الكتاب والسنة عند الأصوليين, al-Ṭab‘ah al-ūlā, al-Riyāḍ : Dār al-Maymān lil-Nashr wa-al-Tawzī, 2014, 636 p.
- SELLAMI Mohamed Mokhtar, [Exégèse du Coran « nahj al-bayan fī tafsir al-coran »] محمد مختار السلامي نهج البيان في تفسير القرآن, Tunisie : IRA, 2015.
- SENOUSSI BELAÂME Meftah, [Qurtubī : sa vie, son œuvre et sa méthode d’exégèse] مفتاح السنوسي بلعم القرطبي : حياته وآثاره العلمية ومنهجه في التفسير, Libye : Université Khan Younès Benghazi, 1998 (vol. 1/1).

- SHATIBI [Muwafaqat] ابن حسن آل سلمان Ibrahim et BEN HASAN AL-SALMAN أبو اسحاق ابراهيم الشاطبي, Le Caire, Egypte : Dar Ebn Affan, 1997.
- TAYAR Hussein, [Les quatre imams : leurs principaux professeurs, élèves, fondements et sources de référence] الأئمة الأربعة أبرز شيوخهم وتلامذتهم وقواعد مذاهبيهم وأهم كتب, 1435H 1334, المذهب.
- WALAD ABĀH Muhammad al-Muḥtār et NAIFAR محمد الشاذلي النيفر Muhammad aš-Šādīlī, *Introduction aux fondements de la jurisprudence malikite « Madḥal ilā uṣūl al-Fiqh al-mālikī »*, Liban, Bairūt : Dār Ibn-Ḥazm, 2011, 297 p.
- ZURQANI Muhammad, [Explication du Pilier, Muwatta, de Malik « Sharh al-Muwattā' Malik »] شرح الزرقاني على موطأ مالك, 1^{re} éd., Liban : Dar Ihya al-Turath al-Arabi, 1997 (/4).

dont support numérique :

- ACADÉMIE INTERNATIONALE DU FIQH ISLAMIQUE « [Vente avec arboun] », 1993. URL : <http://www.iifa-aifi.org/1955.html>. Consulté le 7 octobre 2017.
- ACADÉMIE INTERNATIONALE DU FIQH ISLAMIQUE « [Résolution relative à la promesse et à la murabaha pour le donneur d'ordre d'achat] », 1988. URL : <http://www.iifa-aifi.org/1751.html>. Consulté le 6 octobre 2017.
- AL-DAGAITHER, ABDALAZIZ عبدالعزيز بن سعد الدغيث [Les Fatwas collectives des opérations financières selon les chapitres du fiqh] القرارات المجمعية في المعاملات المالية على الأبواب الفقهية [s.l.] : [s.n.], 11:51:00 AM, 203 p. URL : <http://www.alukah.net/library/0/137836/>. Consulté le 24 août 2020.
- AL-NASHMI, YASSER AJEEL ياسر عجيل النشمي [Les distinctions entre les institutions islamiques et conventionnelles avec les distinctions terminologiques correspondantes] الفروق بين المؤسسات الإسلامية والتقليدية والفروق بين مصطلحات الاقتصاد الإسلامي ذات الصلة [s.l.] : Maison Dhia d'impression et de diffusion 1, septembre 2007, 300 p. URL : <https://www.abjjad.com:443/book/2180743368/%D8%A7%D9%84%D9%81%D8%B1%D9%88%D9%82-%D8%A8%D9%8A%D9%86-%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%88%D8%B3%D8%B3%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%AA%D9%82%D9%84%D9%8A%D8%AF%D9%8A%D8%A9-%D9%88%D8%A7%D9%84%D9%81>. Consulté le 23 août 2020.
- AL-WATHEK ATA AL-MANNENE MOHAMED الوائق عطا المنان محمد أحمد [Le contrat Mourabaha : conditions charaïque, sa pratique par les banques avec les erreurs de mise en œuvre] عقد المرابحة ضوابطه الشرعية وصياغته المصرفية وانحرافات التطبيقية [s.l.] : [s.n.], 2011, 42 p. URL : <https://shamela.ws/rep.php/book/3950>. Consulté le 24 août 2020.
- BAHASSIN Abdelwaheb, [Al-Furūq al-Fiqhīyah wa-al-uṣūlīyah: muqawwimātuhā, shurūṭuhā, nash'atuhā, taṭawwuruhā : dirāsah nazarīyah waṣfīyah wa-tārīkhīyah] الفروق الأصولية والفقهية والأصولية: مقوماتها شروطها، نشأتها [s.l.] : Maktabat al-Rushd : Sharikat al-Riyād, 1998. URL : <http://books.google.com/books?id=NAbkAAAAMAAJ>. Consulté le 7 mars 2018.
- BEN ACHOUR Mohamed Fadhel, [Les conférences marocaines] المحاضرات الدار التونسية للنشر, 1974, Tunisie : Société Tunisienne de Diffusion. URL : <http://www.aruc.org/fullbib.aspx?id=383458>. Consulté le 15 juillet 2018.
- CONSEIL DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE AFFILIÉ À LA LIGUE ISLAMIQUE MONDIALE, « [Décision de la 17ème édition : Le tawarruq comme il est pratiqué actuellement par certaines banques islamiques] », 2003. URL : <http://www.themwl.com/Bodies/Decisions/default.aspx?d=1&did=26&l=AR>. Consulté le 7 octobre 2017.
- GHARIANI Sadok, [Les conditions de Diligence chez les malikites dans le droit des relations] ضوابط الاجتهاد عند المالكية في فقه المعاملات [s.l.] : ISLAMIC RESEARCH

AND TRAINING INSTITUTE, A MEMBER OF THE ISLAMIC DEVELOPMENT BANK GROUP, 2015, 78 p. URL : <https://irti.org/ar/product/المالكية-في-فقه-الم-ضوابط-الاجتهاد-عند-المالكية-في-فقه-الم>. Consulté le 25 août 2020.

SAUDI ARABIAN MONETARY AUTHORITY, *Banking-KSA, Cadre de gouvernance charaïque* إطار الحوكمة الشرعية [s.d.]. URL : <http://www.sama.gov.sa/ar-sa/Laws/BankingRules/Banking-KSA.pdf>. Consulté le 22 août 2020.

SHAMELA FATAWAS, « [Fatawas économiques de la Bibliothèque Shamela] الفتاوى الاقتصادية • الموقع », [s.d.]. URL : <http://shamela.ws>. Consulté le 1 octobre 2017.

2) en langues française et anglaise :

AAOIFI et PARIS EUROPLACE, *Finance islamique : les normes de conformité de l'AAOIFI. Volume 1*, traduit par PARIS EUROPLACE, Paris, France : ESKA, 2013, xii+352.

ABD-ALLAH Umar F., *Mālik and Medina: Islamic legal reasoning in the formative period*, Leiden : Brill, 2013 (Islamic history and civilization, 101). KBP320.M35 A63 2013.

ABŪ-ZAHRAÏ Muḥammad, *L'Imam Mālik: sa vie et son époque : ses opinions et son Fiqh*, traduit par Michel GALLOUX, Paris, France : Ed. Al Qalam, 2007, 392 p.

ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Accounting, auditing and governance standards: full text of Accounting, auditing and governance standards for Islamic financial institutions as at Safar 1437 A.H.-December 2015 A.D*, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 2015, 1056 p. KBP940.2 .A33 2015.

ACCOUNTING AND AUDITING ORGANIZATION FOR ISLAMIC FINANCIAL INSTITUTIONS (dir.), *Shari'ah standards : full text of Shari'ah standards for Islamic financial institutions as at Safar 1437 A.H.-December 2015 A.D*, Manama, Kingdom of Bahrain : Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 2015, 1262 p.

CADOZ François, *Droit musulman malékite: examen critique de la traduction officielle qu'a faite M. Perron du livre de Khalil...*, Bar-sur-Aube, France : E. M. Monniot, 1870, viii+207.

CHEHATA Ch, *Le Concept de contrat en droit musulman.*, Paris : Sirey, 1968.

CHEHATA Chafik, *Théorie générale de l'obligation en droit musulman hanéfite : les sujets de l'obligation*, Paris, France : Sirey, 1969, 367 p.

CHEHATA Chafik et FADLALLAH Ibrahim, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, Paris, France : Dalloz, 2005, x+367.

COMAIR-OBEID Nayla et FOUCARD Philippe, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Paris, France : Economica, 1995, vii+228.

DUTTON Yasin, MĀLIK IBN ANAS et RĀ'Ī Muḥammad ibn Muḥammad, *Original Islam: Malik and the madhhab of Madina*, Milton Park, Abingdon, Oxon ; New York, NY : Routledge, 2007, 219 p. KBP320.M353 D88 2007.

HAJJAR Mohyedine (dir.), *Islamic finance in Europe: A cross analysis of 10 European countries*, Cham, Switzerland : Palgrave Macmillan, 2019.

HIMEUR Chihab Mohammed, *Les contrats de la finance islamique : analyse prospective*, Bruxelles : Larcier, 2018 (Cahiers financiers), 250 p.

IQBAL Zamir et MIRAKHOR Abbas, *An introduction to Islamic finance: theory and practice*, Singapore : John Wiley & Sons (Asia), 2007, 332 p. HG187.4 .I65 2007.

KAYED Rasem N., *Islamic entrepreneurship*, London, New York : Routledge, 2011, xvii, 357.

KHALĪL IBN IŠHĀK' Al-Jundī et BOUSQUET Georges-Henri, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imām Mālek. 3, Le patrimoine*, Alger, Algérie : éd. Algérienne En-Nahdha, 1961.

KHALĪL IBN IŠHĀK' Al-Jundī et BOUSQUET Georges-Henri, *Abrégé de la loi musulmane selon le rite de l'Imām Mālek. 1, Le Rituel*, Alger, Algérie : éd. Algérienne En-Nahdha, 1956.

KHALĪL IBN IŠHĀK' Al-Jundī et HARKAT Ahmed, *Le Précis de Khalīl*, Liban : Dar El Fiker, 1995.

- KHALİL IBN ISHĀK' Al-Jundī et PERRON Nicolas, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 0), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (Table, volume 0/7).
- KHALİL IBN ISHĀK' Al-Jundī et PERRON Nicolas, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 1), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 1/7).
- KHALİL IBN ISHĀK' Al-Jundī et PERRON Nicolas, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 2), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 2/7).
- KHALİL IBN ISHĀK' Al-Jundī et PERRON Nicolas, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 3), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 3/7).
- KHALİL IBN ISHĀK' Al-Jundī et PERRON Nicolas, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 4), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 4/7).
- KHALİL IBN ISHĀK' Al-Jundī et PERRON Nicolas, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 5), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 5/7).
- KHALİL IBN ISHĀK' Al-Jundī et PERRON Nicolas, *Précis de jurisprudence musulmane (volume 6), ou, Principes de législation musulmane civile et religieuse selon le rite mâlékite*, Paris, France : Imprimerie nationale, entre 1848 et 1852 (volume 6/7).
- MAITA Aida, « Arbitration of Islamic Financial Disputes », *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. 20, n° 1, 2014, p. 35-71.
- MĀLIK IBN ANAS Abū 'Abd Allāh, *Al-Muwatta' of Imam Malik ibn Anas: the first formulation of Islamic law*, traduit par Aisha Abdurrahman BEWLEY, London ; New York : New York, NY, USA : Kegan Paul International ; Distributed by Routledge, Chapman and Hall, 1989, 465 p. KBP320.M35 A35113 1989.
- MĀLIK IBN ANAS AL-AṢBAḤĪ Abū 'Abd Allāh, *Al-Muwatta' : synthèse pratique de l'enseignement islamique : traité de jurisprudence islamique, rite malikite*, traduit par Muhammad DIAKHO, Beyrouth, France : Albouraq, 2004, 836 p.
- MĀLIK IBN ANAS AL-AṢBAḤĪ Abū 'Abd Allāh, *Le Livre des ventes du Mouwattā' [L'Applani] de Mālik ben Anas. Traduction avec éclaircissements, par Frédéric Peltier*, traduit par Frédéric PELTIER, Alger : A. Jourdan, 1911.
- MASSON Denise, *Essai d'interprétation du Coran inimitable* = [ترجمة معاني القرآن الكريم] « *tarğamaī ma'ānī al-Qur'ān al-karīm* », Beyrouth, Liban : Dar Al-Kitab Allubnani, 1980, lxiv+892.
- MATRI Dorsaf, PARLĒANI Gilbert et ALI Nazim, *Le capital-risque islamique en droit français*, Paris, France : IRJS éditions, 2016, xiv+380.
- MESSNER Francis, PRÉLOT Pierre-Henri, WOEHLING Jean-Marie et RIASSETTO Isabelle, *Traité de droit français des religions*, 2ème, [s.l.] : Litec, LexisNexis, 2013.
- MORRISON Dr Scott, « The Defining Characteristics of Money in Islamic Law », in *Économies du monde musulman II*, Université Paris Nanterre, [s.n.], 5 avril 2019.
- MOUCANNAS-MAZEN Rita, *Le Droit arabo-islamique et les relations économiques internationales : étude théorique du contrat de vente*, Lille 3, France : ANRT, 1989.
- RIASSETTO Isabelle, *Le « faith-based », un concept en droit bancaire et des marchés financiers in « Les concepts émergents en droit des affaires »*, Paris : LGDJ-Lextenso Éd, 2010 (Droit & économie), 478 p.
- SHATIBI Ibrāhīm ibn Mūsā, NYAZEE Imran Ahsan et RAMMUNY Raji M, *The reconciliation of the fundamentals of Islamic law: Al-Muwāfaqāt fī Usūl al-Sharī'a Volume I = Volume I* =, Reading, U.K. : Garnet Pub., 2012.

dont support numérique :

BESSEDIK Abdelkader, *Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman*, Thèse de doctorat, Université Paris-Est, France, 2013. URL : <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00986353>.

CEKICI Ibrahim-zeyyad, *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique*, Thèse de doctorat, Université de Strasbourg, France, 2012. URL : <http://www.theses.fr/2012STRAA036>.

GUNEY N, « Mourabahah financing revisited: The contemporary debate on its use in Islamic banks », *Intellectual Discourse*, vol. 23, 2015, p. 495-506. URL : <https://journals.iium.edu.my/intdiscourse/index.php/id/article/view/698>.

ISLAMIC FINANCIAL SERVICES BOARD, « IFSB-10 Published Standard », 2009. URL : <http://www.ifsb.org/standard/IFSB-10%20Shariah%20Governance.pdf>. Consulté le 3 juillet 2017.

JOUINI Elyès et PASTRÉ Olivier, « Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris », 2008. URL : <https://basepub.dauphine.fr/handle/123456789/4424>. Consulté le 30 juin 2017.

MARTIN-SISTERON Hugues, *L'adaptation des exigences de l'ordre moral islamique aux opérations de financement de projet : perspectives pour le droit français*, thesis, Paris 1, [s.l.], 1 janvier 2011. URL : <http://www.theses.fr/2011PA010281>. Consulté le 8 décembre 2019.

Bibliographie sélective économie, finance et gestion

- AMINE Abdelkerim, *Contribution à la connaissance des méthodes de financement sans taux d'intérêt*, Thèse doctorat, Université Montesquieu-Bordeaux IV, France, 2004, 361 p.
- ASSOCIATION FRANÇAISE DES INVESTISSEURS POUR LA CROISSANCE, *Capital développement, guide du partenariat : pour une collaboration réussie entre un entrepreneur et son partenaire financier*, France : AFIC, 2012, 107 p.
- BENAROUS Mondher, *Le prêt d'argent : intérêt ou participation équilibrée ? : le cas de la banque islamique : thèse de doctorat en sciences économiques*, Thèse, Faculté de droit et de sciences économiques, Limoges, France, 2000, 387 p.
- CHAPELLIÈRE Isabelle, *Islam et rationalité économique : de l'éthique musulmane à la finance islamique : application au cas de la Turquie*, Thèse de doctorat, Centre de recherche sur les dynamiques et politiques économiques et l'économie des ressources, France, 2004, 342 p.
- CEDDAHA Franck, *Fusions, acquisitions, scissions*, Paris, France : Economica, 2013, 467 p.
- JAFFER Sohail (dir.), *Islamic investment banking: emerging markets, developments and opportunities*, London : Euromoney Books, 2010, 438 p.
- LEAVITT Harold J., *Readings in managerial psychology*, 3d ed., Chicago : University of Chicago Press, 1980, xii, 731.
- MEIER Olivier, SCHIER Guillaume, NAVATTE Patrick et DESSAIN Vincent, *Fusions, acquisitions: stratégie, finance, management*, Paris, France : Dunod, impr 2009, x+322.
- ORDODY DE ORDOD Stanislas, *Taux d'intérêt explicite et principe du partage des profits et des pertes le coefficient "q"*, Grenoble : ANRT, 1996.
- PIKETTY Thomas, *Le capital au XXI^e siècle*, Paris : Éditions du Seuil, 2013 (Les livres du nouveau monde), 970 p. HB501 .P436 2013.
- SHARPE William F, *Investments*, Englewood Cliffs, N.J. : Prentice-Hall, 1985.
- THOMAS Philippe, *Fusions-acquisitions*, Paris : RB édition, 2018.
- THOMSON REUTERS COMPANY, *[Situation de l'économie islamique mondiale (actualisation 2018/2019 du rapport 2016)] (تقرير 2016 مَطَوَّر) 19/2018 واقع الاقتصاد الإسلامي العالمي*, [s.l.] : [s.n.], 2016, p. 35.
- VERNIMMEN Pierre, *Finance d'entreprise 2010*, Paris, France : Dalloz, 2009, xvi+1176.

dont support numérique :

- BEN SALAH Khalil, *Gains et motivations des opérations de prise de contrôle : le cas des o.p.a. et des o.p.e. une étude empirique sur le marché parisien : 1977-1991*, [s.n.], [s.l.], [s.d.]. URL : <http://www.theses.fr/1994PA010078#>. Consulté le 18 septembre 2019.
- BANQUE DE FRANCE, « Les investissements directs », *Banque de France*, 27 octobre 2016. URL : <https://www.banque-france.fr/statistiques/balance-des-paiements-et-statistiques-bancaires-internationales/les-investissements-directs>. Consulté le 8 décembre 2019.
- BPIFRANCE, « Fonds souverains Bpifrance | Bpifrance servir l'avenir », [s.d.]. URL : <https://www.bpifrance.fr/Qui-sommes-nous/Nos-metiers/Fonds-propres/Fonds-directs-Bpifrance/Capital-Developpement-Transmission-International/Fonds-souverains-Bpifrance>. Consulté le 8 décembre 2019.
- INSEE, « En 2015 en France, 1,8 million d'emplois dans les entreprises sous contrôle étranger - Insee Focus - 109 », [s.d.]. URL : <https://www.insee.fr/fr/statistiques/3315426#consulter>. Consulté le 8 décembre 2019.
- TARIANT Jean-Marc, *Guide pratique pour reprendre une entreprise*, 5^e éd., [s.l.] : Editions d'Organisation, 2011. URL : <https://proxy.bnl.lu/login?url=https://www.safaribooksonline.com/library/view/temporary-access/9782212151237/?orpg&email=^u>. Consulté le 3 septembre 2019.

WORLD BANK, ISLAMIC DEVELOPMENT BANK et ISLAMIC RESEARCH & TRAINING INSTITUTE,
Leveraging Islamic Finance for Small and Medium Enterprises, octobre 2015. URL :
<http://www.irti.org/English/News/Documents/Islamic%20SMEs%20Finance%20Report%20on%20Leveraging%20Islamic%20Finance%20for%20SMEs.pdf>.

Table des matières

RÉSUMÉ - 1 -	
RÉSUMÉ EN ANGLAIS (ABSTRACT)	- 2 -
RÉSUMÉ EN ARABE (ملخص)	- 3 -
MOTS-CLÉS	- 4 -
MOTS-CLÉS EN ANGLAIS (KEYWORDS)	- 5 -
MOTS-CLÉS EN ARABE (الكلمات المفتاحية)	- 6 -
DÉDICACE	- 7 -
REMERCIEMENTS	- 7 -
AVERTISSEMENT	- 7 -
SOMMAIRE GÉNÉRAL	- 8 -
LISTES DES ABRÉVIATIONS	- 9 -
GLOSSAIRE ET INDEX DES TERMES DU DROIT ÉCONOMIQUE ISLAMIQUE	- 13 -
INDEX DES AUTRES TERMES TECHNIQUES	- 21 -
CHAPITRE INTRODUCTIF.....	- 23 -
Section 1. Contexte de la recherche	- 30 -
A. Cadre général de la finance islamique	- 32 -
B. Finance islamique non bancaire	- 37 -
Section 2. Détermination du sujet	- 42 -
A. Pertinence de l'illustration du sujet par la holding de contrôle	- 44 -
B. Mérite de l'illustration du sujet par la contractualisation de la gestion.....	- 50 -
Section 3. Traitement du sujet	- 60 -
A. Méthode de la recherche	- 61 -
B. Plan de la thèse	- 65 -
PLAN SOMMAIRE	- 70 -
1^{ÈRE} PARTIE. SÉLECTION DES FONDEMENTS DE LA CONTRACTUALISATION	- 71 -
TITRE I. CHOIX DU DROIT APPLICABLE	- 74 -
Chapitre 1. Régime de la holding d'investissement.....	- 80 -
Section 1. Dispositions communes	- 83 -
Sous-section 1. Droit des sociétés - 84 -	
A. Contexte général de la holding	- 85 -
B. Contexte international de la holding	- 92 -
Sous-section 2. Droit fiscal - 100 -	
A. Revenus de la holding	- 105 -
B. Revenus des actionnaires.....	- 112 -
Section 2. Dispositions spécifiques.....	- 119 -
Sous-section 1. Holding institutionnelle - 122 -	
A. Intérêt de l'associé de l'institution	- 122 -
B. Modes de gouvernance de l'institution	- 127 -
Sous-section 2. Holding contractuelle - 132 -	
A. Liberté des actionnaires.....	- 133 -
B. Liberté d'organisation de la gestion	- 143 -
Chapitre 2. Régime du contrat de gestion	- 149 -
Section 1. Droit commun du contrat de gestion	- 150 -

Sous-section 1. Conditions de la force obligatoire du contrat de gestion	- 153 -
A. Licéité de la contractualisation de la conformité	- 155 -
B. Respect de l'ordre public par la contractualisation de la conformité	- 161 -
1°) Ordre public interne	- 162 -
2°) Ordre public du for	- 166 -
Sous-section 2. Effets de la force obligatoire du contrat de gestion	- 172 -
A. Sanctions en nature	- 176 -
B. Sanctions par équivalent	- 181 -
Section 2. Droit spécial du contrat de gestion	- 189 -
Sous-section 1. Régime du mandat social	- 192 -
A. Monopole de la délégation usuelle dans une holding SA	- 194 -
B. Ouverture des modes de délégation dans une holding SAS	- 199 -
Sous-section 2. Régime de la convention de management	- 208 -
A. Gouvernance du contentieux de la convention	- 210 -
B. Mise en œuvre de la convention	- 216 -
TITRE II. CHOIX DU RITE DE LA CONFORMITÉ	- 228 -
Chapitre 1. Proximité malikite des sources originelles	- 232 -
Section 1. Rigueur dans l'usage des sources législatives sacrées	- 234 -
Sous-section 1. Solidité des sources législatives du droit	- 238 -
A. Solidité par l'authenticité	- 239 -
B. Solidité par l'interprétation	- 243 -
Sous-section 2. Précision des bases législatives du droit	- 250 -
A. Fondement du droit	- 250 -
B. Notion du droit	- 256 -
Section 2. Ouverture des sources jurisprudentielles	- 264 -
Sous-section 1. Hiérarchie des normes générales	- 264 -
A. Portée des normes législatives	- 265 -
B. Ordonnancement des normes extra-législatives	- 276 -
Sous-section 2. Caractérisation de la jurisprudence Malikite	- 282 -
A. Méthodes de la jurisprudence malikite	- 283 -
B. Conditions de la jurisprudence malikite	- 293 -
Chapitre 2. Profondeur de la jurisprudence malikite	- 300 -
Section 1. Rapport à la hard law historique des rites	- 301 -
Sous-section 1. Contexte historique du malikisme	- 301 -
A. Naissance semblable aux autres rites	- 301 -
B. Évolution conforme aux autres rites	- 307 -
Sous-section 2. Distinctions des rites	- 311 -
A. Effet des distinctions des rites sur les actes	- 312 -
B. Effet du dogme sur la distinction des rites	- 318 -
Section 2. Rapport à la soft law moderne de l'AAOIFI	- 324 -
Sous-section 1. Choix du rite applicable	- 325 -
A. Restriction du choix dans la hard law	- 325 -
B. Largesse du choix dans l'usage de la soft law	- 333 -
Sous-section 2. Principe de la Nécessité	- 339 -
A. Limitations du régime originel	- 340 -
B. Excès de l'usage moderne	- 346 -
Section 3. Piliers de référence du malikisme	- 353 -
Sous-section 1. Corpus exceptionnel du fondateur du rite	- 353 -
A. Mouwatta Malik	- 354 -
B. Registres des élèves de Malik	- 360 -
Sous-section 2. Complément encyclopédique des disciples	- 364 -
A. Exégèses du Coran	- 365 -
B. Commentaires du précis de Khalil	- 372 -

2^{NDE} PARTIE. DÉTERMINATION DU CONTENU DES CONTRATS DE GESTION DU PRIVATE EQUITY DE CONTRÔLE	- 380 -
TITRE I. CLAUSES SPÉCIFIQUES DE GOUVERNANCE.....	- 384 -
Chapitre 1. Gouvernance de la Holis Moudaraba.....	- 388 -
Section 1. Conformité de la structure de la Holis	- 388 -
Sous-section 1. Personnalité morale de la Holis par Analogie au Waqf	- 390 -
A. Conditions de la personnalité morale du Waqf.....	- 390 -
B. Pertinence de la personnalité morale du Waqf pour la Holis	- 394 -
Sous-section 2. Précautions générales de l'autonomie	- 399 -
A. Conformité des précautions de forme	- 399 -
B. Conformité des précautions de fond	- 403 -
Section 2. Conformité des stipulations spécifiques	- 407 -
Sous-section 1. Obligations des parties	- 410 -
A. Stipulations générales de la Moudaraba	- 411 -
B. Clauses financières	- 416 -
Sous-section 2. Protection des parties	- 422 -
A. Équilibre des mesures	- 422 -
B. Moyens protecteurs de la Holis.....	- 428 -
Chapitre 2. Gouvernance de la Holis Wakala	- 437 -
Section 1. Obligations des parties.....	- 439 -
Sous-section 1. Droit commun malikite de la gestion	- 442 -
A. Contenu des règles de conformité de la Moucharaka	- 443 -
B. Effets généraux sur la Holis	- 447 -
Sous-section 2. Droit malikite de la Wakala	- 451 -
A. Contenu des règles de conformité	- 451 -
B. Effets sur la contractualisation	- 456 -
Section 2. Protection des parties	- 463 -
Sous-section 1. Équilibre des mesures	- 463 -
A. Contenu des règles de conformité	- 464 -
B. Effets sur la convention de management.....	- 468 -
Sous-section 2. Moyens protecteurs de la Holis	- 473 -
A. Contenu des règles de protection	- 474 -
B. Déduction des stipulations de protection.....	- 479 -
TITRE II. CHARTE COMMUNE DU MÉTIER	- 484 -
Chapitre 1. Contractualisation de l'activité de l'entreprise	- 486 -
Section 1. Charte de l'intégration du groupe	- 487 -
Sous-section 1. Fiscalité consolidée de conformité	- 490 -
A. Reporting de la fiscalité islamique par la Holis	- 490 -
B. Paiement de l'Impôt islamique par la Holis.....	- 498 -
Sous-section 2. Intendance préalable aux opérations M&A	- 505 -
A. Prospection des cibles	- 508 -
B. Préparation de la transaction	- 515 -
Section 2. Charte du M&A	- 522 -
Sous-section 1. Stipulations des contreparties dans le SPA	- 527 -
A. Conformité de l'objet de la cession	- 530 -
B. Conformité du prix de la cession.....	- 540 -
Sous-section 2. Stipulations des sanctions dans le SPA	- 550 -
A. Contenu du régime malikite	- 552 -
B. Conformité des garanties du SPA.....	- 561 -
Chapitre 2. Contractualisation de la finance de l'entreprise	- 568 -
Section 1. Régimes malikites de conformité de la finance	- 570 -
Sous-section 1. Régime général	- 571 -
A. Règles fondamentales de conformité.....	- 572 -

B. Conséquences sur le financement de la Holis	- 582 -
1°) Effets globaux.....	- 582 -
2°) Effets particuliers	- 591 -
Sous-section 2. Régime monétaire - 601 -	
A. Règles fondamentales de conformité.....	- 603 -
B. Conséquences sur les actifs monétaires.....	- 613 -
1°) Effets généraux sur la protection de la valeur	- 613 -
2°) Effets particuliers sur le placement de la Holis.....	- 619 -
Section 2. Montages de soft law problématiques en hard law.....	- 625 -
Sous-section 1. Évaluation spécifique de la Mourabaha - 627 -	
A. Descriptif du montage	- 627 -
B. Fondement du montage.....	- 633 -
Sous-section 2. Appréciation globale des financements - 644 -	
A. Généralisation de l'usage par la soft law de la promesse.....	- 645 -
B. Évolution de l'usage par la soft law de la hard law	- 655 -
1°) Usage de forme imposé pour la naissance de la soft law	- 655 -
2°) Usage de fond souhaité pour la maturité de la soft law.....	- 664 -
CONCLUSION	- 674 -
A. Conséquences juridiques de la thèse	- 675 -
B. Conséquences économiques de la thèse	- 679 -
TABLE DES ANNEXES.....	- 685 -
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE DU DROIT APPLICABLE.....	- 736 -
1) droit français :	- 736 -
2) droit luxembourgeois :	- 738 -
3) droit suisse, anglais, européen, international et comparé :	- 740 -
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE DE LA JURISPRUDENCE ISLAMIQUE	- 743 -
1) en langue arabe non traduite :	- 743 -
2) en langues française et anglaise :	- 747 -
BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE ÉCONOMIE, FINANCE ET GESTION.....	- 750 -
TABLE DES MATIÈRES.....	- 752 -