



HAL
open science

Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman

Abdelkader Bessedik

► **To cite this version:**

Abdelkader Bessedik. Les opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman. Droit. Université Paris-Est, 2013. Français. NNT : 2013PEST0046 . tel-00986353

HAL Id: tel-00986353

<https://theses.hal.science/tel-00986353>

Submitted on 2 May 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ PARIS-EST CRÉTEIL

**LES OPERATIONS DE FINANCEMENT ET
D'INVESTISSEMENT DANS LE DROIT MUSULMAN**

**Thèse pour le doctorat en droit de l'Université Paris-Est Créteil
Présentée et soutenue publiquement le 18 octobre 2013 par**

Abdelkader Bessedik

JURY :

Directeur de thèse : Monsieur Antoine Bolze

Maître de Conférences en droit privé HDR UPEC

Membres du Jury : Monsieur Louis-Perreau-Saussine

Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Madame Juliette Morel-Maroger

Maître de Conférences en droit privé à l'Université Paris-Dauphine

L'Université Paris-Est Créteil (UPEC) n'entend donner aucune approbation ni improbations aux opinions émises dans la thèse ; ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur.

REMERCIEMENTS

Je souhaiterais remercier tout d'abord mes parents de m'avoir donné l'opportunité d'être ce que je suis aujourd'hui.

A Emma, Gabriel, Saber et Isaac, qui ont été une source d'inspiration pour moi.

Je remercie aussi mon frère Ahmed de m'avoir apporté son soutien.

A M. Antoine Bolze, qui a assuré la direction de cette thèse, et je le remercie pour la confiance qu'il m'a accordée.

PLAN SOMMAIRE

1 ^{ère} partie : L'ANALYSE JURIDIQUE DE LA FINANCE ISLAMIQUE.....	29
Titre 1 : Les contraintes juridiques nées des interdits de la Chari'a.....	31
Chapitre 1 : le contenu des interdits.....	33
Chapitre 2 : les réponses aux interdits.....	48
Titre 2 : Le cadre institutionnel de la finance islamique.....	82
Chapitre 1 : Le cadre des institutions financières islamiques.....	84
Chapitre 2 : L'organisation de la finance islamique.....	111
2 ^{nde} partie : LE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE DE LA FINANCE ISLAMIQUE...	138
Titre 1 : Les obstacles au développement de la finance islamique.....	140
Chapitre 1 : Panorama actuel de la banque islamique.....	142
Chapitre 2 : Les blocages au développement de la finance islamique.....	164
Titre 2 : Les perspectives de développement de la finance islamique.....	196
Chapitre 1 : La standardisation des instruments juridiques de base de la finance islamique.....	197
Chapitre 2 : L'insertion de la finance islamique dans la finance mondiale.....	227

RÉSUMÉ

L'activité bancaire est le moteur de l'économie. Dans les systèmes juridiques de type occidentaux, les banques utilisent le droit des contrats pour proposer leurs services, que ce soit la banque commerciale ou la banque d'affaires. De même, les banques redoublent d'imagination pour augmenter leurs marges et la rentabilité des placements qu'elles font à partir des fonds qui sont déposés par les épargnants. Enfin, les banques participent au financement de grands projets et permettent ainsi leur réalisation, généralement avec une intervention des autorités publiques. Toutes les activités bancaires font l'objet d'une réglementation stricte et d'ordre public pour garantir la solvabilité des banques et protéger le crédit. La finance islamique s'inscrit dans ce schéma juridique, cependant elle doit intégrer des nombreuses contraintes engendrées par l'application et le respect de la Chari'a. En effet, il semble qu'à première vue l'interdiction de l'intérêt, *riba*, et de l'aléa, *gharar*, constituent des obstacles insurmontables pour pouvoir exercer le métier de banquier. En réalité, la finance islamique peut parfaitement se développer, à des conditions et dans un cadre qu'il faut expliquer.

Une première partie est consacrée à l'analyse juridique de la finance islamique. Il s'agit de montrer par quels montages contractuels l'activité bancaire respecte les prescriptions religieuses. De même, il est exposé comment la finance islamique fonctionne au sein du cadre légal et réglementaire.

Une seconde partie est consacrée aux conditions de développement économique de la finance islamique qui doit relever un certain nombre de défis pour pouvoir s'intégrer dans l'activité bancaire en Occident.

Dans manière générale, la finance islamique ouvre une voie nouvelle dans la finance mondiale, axée sur l'éthique et la responsabilité, toutes les valeurs morales fondamentales qui ont beaucoup fléchies dans les économies occidentales. La crise de 2008 qui dure encore offre une opportunité de développement à la finance islamique, en France où vivent 5 millions de musulmans, mais aussi dans les pays émergents musulmans ou non.

Dès lors, l'étude de la finance islamique permet d'enrichir la réflexion sur les pratiques bancaires contemporaines et futures.

ABRÉVIATIONS PRINCIPALES

Arch. phil. droit	Archives de philosophie du droit
Bull. civ.	Bulletin civil
D.	Recueil Dalloz Sirey
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.C.P.	Jurisclasseur périodique. La semaine juridique
J.D.I	Journal de droit international. Clunet
P.U.F.	Presses universitaires de France
R.C.A.D.I.	Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye
R.D.B.F.	Revue de droit bancaire et financier
R.I.D.C.	Revue internationale de droit comparé
R. R. J.	Revue de recherche juridique
R.T.D.C.	Revue trimestrielle de droit civil
R.T.D.Com.	Revue trimestrielle de droit commercial
R.R.J.	Revue de recherche juridique
T.C.F.D.I.P.	Travaux du comité français de droit international privé

INTRODUCTION

*La ilâha illa' Llâh, Muhammadun rasûlu' Llâh*¹

1. Découverte de l'islam – Comme toute religion, l'islam se propose de donner aux hommes la voie à suivre pour traverser la vie sans se perdre. L'islam s'adresse directement à l'homme pour lui expliquer quelle est exactement sa position dans la création du monde voulue par Dieu. D'emblée, l'islam se veut rétablissement de l'homme et synthèse de la révélation universelle, autrement dit, l'islam est d'essence intemporelle, à la fois ancien et moderne.

En effet, l'islam considère qu'il a intégré les deux grandes religions monothéistes qui l'ont précédé et considèrent Jésus comme un prophète.

Par conséquent, l'islam est la religion de la certitude, certitude inattaquable en ce qui concerne le sens de la condition humaine. Le musulman est à l'opposé de l'homme moderne, agnostique et sécularisé. Le musulman vit dans le souvenir de Dieu, dhikr, et de son prophète. Il a accepté d'être le représentant de Dieu. L'islam postule l'intelligence et la sagesse de l'homme et il est capable de répondre à toutes les situations, à toutes les questions humaines et sociales.

L'islam postule encore la liberté de l'homme qui peut s'engager ou non dans l'islam pour lui apporter la part qui lui est propre. C'est l'homme qui décide de changer en devenant musulman et non l'islam qui lui impose de s'engager. L'homme est né pur, l'islam ne connaissant pas le dogme du péché originel. A chaque instant, l'homme pêcheur peut obtenir son salut par la conversion pleine et entière.

Cette idée de liberté peut apparaître comme paradoxale puisque « islam » signifie « soumission (à Dieu), mais le terme est corrélé à salam, c'est-à-dire paix.

¹ Il n'est de divinité que Dieu, Muhammad est l'envoyé de Dieu.

Cette soumission est en réalité une libération pour l'homme qui doit être responsable de ses actes et de son choix d'obéir une fois pour toute à Dieu.

Il y a dans l'Islam une part d'idéologie, mais c'est une religion qui a une vision très concrète de la vie et le musulman peut trouver non seulement des réponses d'ordre philosophiques que pour répondre à des problèmes de la vie quotidienne.

L'Islam se veut unité et totalité et remplit tous les espaces de la vie de l'Homme. Cette unité est particulière importante car le monde musulman est divers et bigarré et recherche en permanence à (re) trouver son unité.

2. Droit musulman, fiqh ou charia, en général - Pour tout juriste formé au droit occidental, le droit musulman, que l'on intitulera aussi Char'ia ou fiqh², se présente comme un double défi. Le premier défi est celui de la culture. Tout semble séparer le monde vu par un occidental du monde vu par un musulman. Ce primat culturel est un premier obstacle pour une bonne compréhension mutuelle.

Le second défi est celui de la rationalité inhérente à tout système juridique. Le droit musulman se caractérise par son caractère révélé. Il accède ainsi immédiatement à une position centrale dans les rapports économiques, sociaux et familiaux, mais dessine encore toute la superstructure de l'Etat et de ses entités. Dieu est seul législateur sachant qu'il n'existe aucune autorité officielle, comme la papauté pour le droit canonique, pour en imposer un sens particulier.

Autrement dit, c'est un droit constitutionnel intégral dont les solutions ne se discutent pas ou très peu. Le droit musulman est un bloc que personne ne peut tailler. En Occident, le droit est une expression de la lente maturation de l'activité judiciaire et législative. Le droit n'est pas une révélation et sa place est variable suivant sa position dans la hiérarchie des normes. Le droit évolue sans cesse sous la pression des progrès techniques, de l'organisation économique et des changements sociaux.

² Les mots arabes ont été transcrits de façon simplifiée. Les termes arabes ont été francisés. En conséquence, ils seront soumis aux règles grammaticales françaises, notamment pour les accords au pluriel.

Cette opposition de nature entre les deux familles de droit, comme on l'a fait remarquer ³, ne doit cependant pas conduire le chercheur à renoncer à entreprendre leur analyse comparée que tout divise. Il convient cependant préciser que cette recherche se limitera au droit financier.

3. Droit financier musulman en particulier – Le choix du droit financier pour notre thèse se justifie pour deux raisons. La première raison est que le droit financier est dans tous les systèmes juridiques une branche en plein développement et que même dans les pays musulmans, ce droit a été influencé par les droits occidentaux et sa méthode de codification.

La seconde raison est que le droit financier associe à la plusieurs champs juridiques : droit des contrats, droit des sociétés, droit bancaire, régime de l'obligation, droit du crédit, droit immobilier, droit de la consommation...

Outre la richesse de ces matières, le droit financier constitue un sujet privilégié pour le droit comparé car la circulation des richesses favorise le rapprochement pour permettre aux opérations juridiques qui organisent le financement national et international de se dérouler dans une sécurité maximale.

Le besoin de financement dans une économie est aujourd'hui crucial et la globalisation de l'économie au niveau mondial ouvre des perspectives inégalées qui conduisent à encourager son essor.

La finance islamique se développe étonnamment vite. Depuis ses débuts il y a une trentaine d'années, le nombre d'institutions financières islamiques dans le monde est passé d'une seule en 1975 à plus de 300 aujourd'hui dans plus de 75 pays.

Elles sont concentrées dans le Moyen-Orient et l'Asie du Sud-Est (Bahreïn et la Malaisie étant les principaux centres), mais apparaissent aussi en Europe et aux États-Unis. On estime que le total de leurs avoirs dans le monde dépasse 250 milliards de dollars et qu'il augmente de 15 % par an (mais les données internationales restent fragmentaires).

³ L. Gannagé, « *Droit immobile ou droit en mouvement ?* » Mélanges Oppetit, p. 203 éd. LITEC 2009.

Les produits financiers islamiques sont destinés aux investisseurs désireux d'obéir aux lois (la charia) qui régissent la vie quotidienne des musulmans.

Ces lois interdisent de verser ou de percevoir un intérêt, car faire un bénéfice en échangeant de l'argent contre de l'argent est considéré immoral, exigent que toutes les transactions financières se fondent sur une activité économique réelle et prohibent l'investissement dans des secteurs comme le tabac, l'alcool, le jeu et l'armement.

4. La finance islamique : d'hier à aujourd'hui – Le développement du besoin du financement dans les pays de droit musulman s'explique par deux faits géopolitiques majeurs survenus à la fin du siècle dernier. D'une part, la manne pétrolière a engendré des accumulations de capital gigantesque qu'il faut placer et investir sans cesse.

D'autre part, il existe un regain de la ferveur religieuse dans les populations des pays musulmans qui abstraction faite de la dimension politique, exprime un véritable intérêt pour une finance éthique conforme à la charia. Les récents scandales financiers et la crise qui a débuté en 2008 avec la faillite de Lehman Brothers a nourri le sentiment qu'il fallait changer certaines pratiques bancaires ou du moins de les tendre vers des objectifs conformes à la loi divine.

Ces deux facteurs n'ont en réalité fait qu'accélérer un élan qui débute aux alentours des années 60 en Egypte quand Ahmad al Naggar a créé dans la ville de Mit Ghamr une banque d'épargne pour financer des projets agricoles et qui sera plus tard nationalisé pour devenir la Nasser Social Bank.

Les années 70 donnent lieu à la naissance de la *Dubai Islamic Bank (DIB)*, la *Koweit Finance House (KFH)* et la *Bahrein Islamic Bank (BIB)*. En 1982, c'est la création de la *Qatar Islamic Bank (QIB)*.

En 1975, la Banque Islamique de développement avait déjà été mise en place par l'Arabie Saoudite, les Emirats Arabes unis, la Libye et le Koweït sous les auspices de l'organisation de la Conférence Islamique dont le rôle est encore aujourd'hui déterminant.

Dans les années 90, les banques occidentales prennent conscience du phénomène et ouvrent des fenêtres islamiques dans leurs activités réalisées dans les pays musulmans.

Il faut savoir que les pays arabes, pour ne parler que de ces pays musulmans, s'étendent sur deux continents formant un bloc terrestre de 14,2 millions de km² et où habitent plus de 300 millions de personnes. Aujourd'hui, selon les chiffres publiés par Moody's, la finance islamique pèse 750 à 1000 milliards de dollars et pourrait atteindre 2 800 milliards en 2015. Sa croissance serait de plus de 15% par an.

Quelles sont les principales raisons d'un tel essor ?

La première est la forte demande du grand nombre de musulmans, émigrés ou non, qui recherchent des services financiers conformes à la charia.

La deuxième est l'augmentation de la manne pétrolière, qui fait exploser la demande d'investissements acceptables dans la région du Golfe.

La troisième tient au caractère compétitif de beaucoup de ces produits, qui attirent les investisseurs, musulmans ou non. Pourtant, malgré sa croissance rapide, la banque islamique reste une activité limitée dans la plupart des pays et n'occupe qu'une place réduite dans le système financier mondial.

Pour qu'elle décolle et joue un rôle plus important, surtout au Moyen-Orient, il faut que les responsables politiques franchissent des obstacles énormes, surtout dans le domaine réglementaire. La banque islamique a jusqu'à présent échappé aux crises financières graves, à l'exception de quelques cas peu importants, comme ceux de la *Dubai Islamic Bank* en 1998 et de la *Ihlas Finans* en Turquie en 2001.

Néanmoins, pour que la finance islamique se développe, il faut instaurer la confiance auprès des particuliers, des entreprises et des autorités publiques.

5. Droit financier islamique dans les rapports public/ privé – Le droit financier dans son acceptation moderne implique en amont un système bancaire sans lequel il n'est possible de mettre des opérations de fonctionnement.

Dans la plupart des pays, le système bancaire est étroitement contrôlé par les Etats qui imposent une réglementation rigoureuse en vue de protéger l'épargne et le crédit publics.

Dans l'hypothèse d'un financement suivant les préceptes du droit musulman, le rôle de l'Etat doit être complété par des comités composés de membres capables de vérifier et de contrôler sa conformité. On verra que la finance islamique se montre particulièrement dynamique dans le financement des projets élaborés dans le cadre juridique du partenariat public/ privé (PPP).

6. Droit financier islamique dans les rapports personnes, famille, contrat et succession – Le droit financier vise essentiellement à la levée des fonds pour des projets d'investissement ambitieux réalisés par des grandes entreprises ou les compagnies publiques. Aujourd'hui, le développement des fonds d'investissement privés de plus ou moins grande amplitude ont contribué à démocratiser, si l'on peut dire, le recours au fonctionnement islamique.

L'avènement de grandes fortunes privées font de certaines familles des investisseurs incontournables tentés par des placements conformes à la charia.

De même, la transmission du patrimoine d'une génération à l'autre appelle de la part de ces familles des réflexions lourdes de conséquences sur la gestion et l'avenir de leurs biens, corporels ou incorporels, situés en Europe et localement.

Il faut souligner dès à présent l'incidence du statut personnel dans lequel l'application de la charia est beaucoup plus forte. En fait, l'Islam ou soumission à la religion est indissociable de la communauté formée par l'ensemble des croyants ou *oumma*. Autrement dit, la religion musulmane définit à la fois comme un rapport direct à Dieu tout en ayant le sentiment d'appartenir à un tout où chacun a sa place.

Par conséquent, la finance islamique se situe dans un ensemble plus large marqué par une triple unité : unité de la foi, unité du Livre, le Coran, et unité du genre humain. Il en découle 5 obligations essentielles en matière de pratique religieuse, quelle que soit la nature de la question morale qui est posée : témoignage de la foi (*shahâda*), prières rituelles (*salât*), aumône légale (*zakât*), le jeûne (*ramadan* ou *siyâm*) et le pèlerinage aux lieux saints de la Mecque (*hadj*.)

7. Aux confins du public et du privé : Révolutions arabes, mondialisation des échanges financiers et les régimes politiques – L'exacerbation des passions et les révoltes sociales ont provoqué de très fortes secousses, toujours très actuelles, dans le monde arabe ce qui n'a pas manqué de se répercuter sur l'économie.

Aujourd'hui, il est difficile de dire comment évoluera la situation économique et politique dans les pays musulmans secoués par ses troubles.

8. Droit financier et le règlement des contentieux : justice étatique et arbitrage – Le droit musulman ne concerne pas seulement la sphère du juridique, c'est-à-dire des contrats et des lois qui les régissent. Il s'agit aussi de résoudre les conflits quand ils apparaissent et d'examiner les différentes voies qui sont ouvertes aux plaideurs.

De manière générale, l'institution du cadi joue un rôle primordial dans les systèmes juridiques musulmans. Leur compétence juridique et un sens particulièrement inné de l'équité leur assurent un immense prestige auprès des populations. Le Cadi est admiré car il est considéré être parvenu au degré supérieur du raisonnement par une triple qualité gagnée par l'effort et l'expérience.

En effet, le Cadi est savant du Coran et ses hadiths, savant en langue arabe et prudent au sens aristotéliens. Autrement dit, la fonction de Cadi est un véritable sacerdoce, une pratique de dévotion au droit musulman.

Le cadi se sert de standards issus de la coutume dont les deux plus importants sont la nécessité ou *darura* et l'intérêt général ou *maslaha*. Il est assisté d'*adouls*, sorte d'assesseur et aussi greffier qui confère à la décision une certaine collégialité. En outre, la compétence pour juger dans une région donnée et l'existence d'un Cadi suprême permet une unification des solutions.

Comme en droit anglais, la force d'un jugement dépend beaucoup de la notoriété du juge qui l'a rendu. De même, certains jugements considérés comme mythiques jouent un rôle important dans la pensée judiciaire, constituant en quelque sorte une référence absolue, comme le jugement de Salomon dans la pensée occidentale.

Pour s'en rendre compte, on rapportera la fable des 11 chameaux qui résume assez bien le mode de pensée du cadi. Un père décède et laisse trois fils. Selon la loi musulmane, l'aîné a droit à la moitié, le cadet un quart et le benjamin $1/6$. Or le défunt laisse 11 chameaux ce qui rend le partage impossible. Le juge leur propose de leur donner un de ses chameaux. Le partage devient possible car il y a douze chameaux, mais après le partage, il reste un chameau ($6/3/2$). Le juge reprend son chameau !

Cette fable est doublement instructive.

D'une part, elle montre que la qualité première du juge c'est son imagination au service des parties qui se disputent. Dans la pensée musulmane, la recherche d'un équilibre harmonieux qui exclut toute injustice est le degré supérieur de l'acte de juger. Cette imagination, comme le montre la fable, repose sur un calcul mathématique car le procès met en jeu la justice distributive.

D'autre part, le Cadi n'est pas divinisé comme il tend à l'être dans la tradition occidentale. Le juge doit être profondément humain, il connaît ses faiblesses et il doit montrer son humilité face à la complexité des rapports humains.

Ainsi, le Cadi peut commettre des erreurs de raisonnement mais ce péché lui sera remis car il a accompli l'effort⁴.

On relèvera que cet effort est particulièrement difficile dans la mesure où, à la différence du juge en Occident, le Cadi ne peut jamais sortir des sources révélés et il n'a pas le pouvoir de déclasser une situation juridique qui illicite deviendrait licite par une nouvelle interprétation de la loi.

Enfermé dans un champ limité de norme, le Cadi est condamné à puiser dans les ressources de son esprit pour les adapter au mieux au cas concret dont il est saisi.

⁴ A. Yagi, *Droit musulman*, éd. Publisud, 2004, p. 224.

9. Sources : racines et formation du droit financier musulman, caractéristique et nature – « Dans l'acceptation classique du terme, la Chari'a désigne l'ensemble des valeurs et des normes religieuses, morales et juridiques sur lesquelles le croyant doit conformer sa conduite et ordonner tous les actes de sa vie courante »⁵.

Cette définition montre d'emblée la différence avec le droit occidental où la règle juridique est distinguée de la règle morale ou religieuse et c'est cette distinction qui fonde son essence. Pour le musulman, la Chari'a est plus large que le droit qui n'est qu'un pan des obligations qu'elle impose.

Toute la religion musulmane est tissée d'obligations, le mot « Islam » signifiant soumission à la divinité. C'est pourquoi, l'obéissance à une obligation pour un musulman est un comportement qui est compris de façon très différente par rapport à esprit occidental. En effet, pour ce dernier, le respect de la règle de droit est dictée par son caractère obligatoire et sanctionné par les autorités publiques.

L'obéissance à une règle morale ou religieuse ne s'appuie pas sur les mêmes ressorts. Dans ce cas, c'est au nom du respect à une pratique religieuse, ce qui diffèrent. En effet, dans le premier, c'est la crainte de la sanction temporelle, dans l'autre, la sanction est d'ordre spirituel.

10. L'ordre légal musulman, les structures familiales, les influences extérieures, la doctrine – Droit révélé, les sources du droit musulman sont *ipso facto* formellement identifiées. Cependant, si le droit musulman apparaît aujourd'hui comme un droit figé, voire immobile, un bref retour sur la formation de ses sources montre qu'il faut nuancer le jugement.

Le droit musulman s'est stabilisé autour du X^e siècle de l'ère chrétienne. Au cours des six siècles précédents, le droit musulman est plutôt en ébullition.

En effet, les écoles de droit prospères et les premiers grands jurisconsultes de la pensée juridique arabe font leur apparition.

⁵ S. Jahel , *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, éd. Panthéon-Assas p. 7.

Parmi eux, il faut citer Abu Hinifa, Malik Ibn Abas, Ibn Hanbal et Shafi'i qui donneront naissance aux rites de la branche sunnite de l'Islam. Les sources du droit musulman ou fiqh, sont formées du Coran, la sunna, le tafzir, l'idjma, le kiyas, l'orf, l'amal et le quanoun.

Le Coran, ou « révélation », livre en 114 chapitres ou sourates, comprend relativement peu de prescriptions proprement juridiques, à peu près 10%. Pour le droit financier, il comprend la prohibition expresse du riba ou l'intérêt car c'est un enrichissement injustifié.

La sunna ou tradition, signifie « ce qui a été tracé ». Elle recueille les récits du Prophète se rapportant à sa vie et ayant une valeur normative. C'est pendant la première époque, très dynamique au plan de l'interprétation, que la plupart des hadiths ont vu le jour. Il y a existé beaucoup de querelles doctrinales lorsque certains hadiths pouvaient en contradiction entre eux ou avec le Coran.

Le Coran et la sunna sont à leur tout explicités par le tafzir ou explication textuelle. Lorsque qu'elle reçoit un accord unanime des jurisconsultes, ou ijma ; elle devient normative et s'intègre directement à la charia. Le kiyas, ou raisonnement analogique, est particulièrement développé dans la pensée juridique musulmane.

C'est le kiyas qui est susceptible de faire évoluer les solutions juridiques puisqu'il s'agit de déduire d'une règle de droit qu'elle peut s'appliquer à une question qu'elle ne prévoit pourtant pas sous forme syllogistique⁶.

Ce sont d'ailleurs les excès de kiyas au siècle qui va conduire à la décision de fermer la porte de l'interprétation, ou l'istihhan. Cette fermeture vers environ 900 après Jésus Christ va favoriser l'amal, ou jurisprudence, et l'orf, ou la coutume. Enfin, le quanoun, ou règlement, qui est l'expression du pouvoir de l'Etat dont le contenu ne peut être que conforme à la charia.

A ces sources et concernant le droit financier musulman, il faut ajouter les sources privées des organes et comités de contrôle qui jouent un rôle clé dans la régulation de l'activité bancaire et financière.

⁶ *Analogie et méthodologie juridique*, R.R.J. 1995-4.

Il s'agit incontestablement d'un droit savant, beaucoup plus imprégné de la pensée grecque qu'il y paraît de prime abord, notamment pour le raisonnement logique. La pensée arabe en générale est un heureux syncrétisme entre les différentes traditions grecque, juive et chrétienne, les conquêtes victorieuses des omeyyades favorisant ce phénomène de brassage et d'influences réciproques.

11. Les 4 rites de la branche sunnite de l'Islam – C'est sous le règne glorieux des Abbassides, entre 750 et 850 a. JC que s'instaurent les 4 rites orthodoxes de la branche sunnite qui portent le nom de leur fondateur. Le rite hanéfite qui passe pour le plus libéral domine la Turquie, l'Egypte, l'Inde et les anciennes républiques soviétiques, soit un tiers des musulmans. Le rite malékite qui couvre les pays du Maghreb. Le rite chaféite rencontré en Syrie, Indonésie, Afrique orientale.

Enfin, le rite hanbalite, le plus strict, suivi pour l'essentiel dans la péninsule arabique qui a été choisi au Congrès de la Mecque en 1917. Ces doctrines, et c'est bien leur rôle, se sont combattues ce qui a contribué à stimuler les disciples.

12. Le chiisme et les autres écoles – Cette branche de l'Islam remonte aux origines : ce sont les fidèles à Ali, gendre du Prophète qui formèrent une bande séparée (chia) dans l'attente de l'imam caché, seul représentant légitime de Mahomet. 90% de la population chiite vit en Iran. A la différence des sunnites, les chiites ont un clergé Il faut aussi citer le soufisme, le mutazilisme et le kharidjisme.

13. Unité et diversité du monde musulman – Le monde musulman est hétéroclite. Après avoir connu une phase de rayonnement éclatante, la civilisation arabo-musulmane a connu une longue phase de déclin dont elle commence à se relever de nos jours. Il forme un ensemble en 2010 1,6 milliard de fidèles, soit 23,4% de la population mondiale. Seuls 20% des musulmans vivent dans les pays arabes. On évalue à 2,1 millions le nombre de musulmans en France. 80 à 85% des musulmans sont sunnites.

Cette diversité ne doit pas masquer les forces unitaires de l'Islam. Depuis la révolution en Iran en 1979, succédant au nationalisme arabe florissant depuis Nasser, l'Islam n'a cessé de monter en puissance.

Tous les pays musulmans de tradition laïcisante comme l’Egypte, le Maroc, l’Algérie ou l’Irak et maintenant la Syrie, connaissent des difficultés intérieures liées au retour de la foi. L’activisme des pays du Golfe et le conflit israélo-palestinien nourrissent ce mouvement ou émancipation et attachement à la foi traditionnelle se disputent le pouvoir.

En outre, les nouveaux pouvoirs qui tendent à s’installer dans les pays arabes prônent le retour à la chari’a, ce qui impose aux banques traditionnelles de mettre en place des produits financiers qui lui soit conforme. Cependant, certains Etats du Golf comme le sultanat d’Oman, cherchent à limiter la finance islamique pour justement ne pas faire basculer les autres banques dans l’illicite.

14. Analyse juridique de la Chari’a : Droit, morale et éthique – Le droit musulman est un droit théologique. Le droit musulman, parce que ses normes juridiques se dissolvent dans un ensemble plus large de normes, ne se réduit pas dans l’esprit du musulman à un ensemble de règles techniques devant régir les relations économiques et sociales.

La dimension éthique, sa fonction au service d’intérêts plus grands, l’obsession de séparer le bien et le mal (Coran 106), fait du droit musulman un instrument immuable de respect de la foi.

C’est pourquoi, toute irrégularité juridique est, outre la sanction du droit comme la nullité, une faute morale très grave. Inversement, il n’est pas possible de croire qu’une faute contre la foi ne soit pas aussi contraire au droit puisque celui-ci est en principe conforme à la loi divine.

15. Méthodologie islamique – Ces caractéristiques du droit musulman fondent une véritable méthodologie dans les rapports humains en général et économique en particulier. Ainsi, elle invite tous les fidèles à s’organiser autour de ses préceptes, ce qui est différent par rapport aux pays occidentaux dans lesquels le droit exprime les structures sociales de la société. En outre, c’est un droit personnel plus que territorial, ce qui pose de nouvelles difficultés en raison de la mondialisation.

Il reste que le droit musulman, droit doctrinal par excellence, est capable par le rôle de ses jurisconsultes de conserver une cohérence et une efficacité pour régir les relations sociales et économiques.

La place de la doctrine dès les origines, l'importance des méthodes d'interprétation, le caractère écrit du droit musulman, l'importance du formalisme, de la réflexion et des subterfuges juridiques pour contourner les règles immuables, font de l'étude du droit musulman un terrain propice au développement de l'imagination et de l'abstraction.

Cependant, le droit musulman reste un droit tourné vers la vie quotidienne du croyant et il a donné lieu à une casuistique parfois extrêmement complexe.

16. Sources du droit musulman et Fatwa – Cet activisme du raisonnement juridique islamique trouve son expression aujourd'hui dans la pratique des Fatwa ou avis juridique donné par une autorité religieuse à propos d'un cas douteux ou d'une question nouvelle. Cet avis est parfois repris dans un décret ou une décision.

Ainsi, en matière de finance islamique, la fatwa exigeante et qui a fait polémique de Sayed Tantaoui, mufti d'Egypte et Iman al-Azhar énoncée en 2002 : « lorsque la banque fixe à ses clients un niveau de profit, elle le fait sur la base d'études minutieuses des conditions de marché – tant national qu'international – et de la situation socio-économique du secteur et de ses niveaux moyens de profit »⁷.

17. Méthodes de raisonnement – La civilisation arabo-musulmane a donné naissance dans le domaine du droit à des méthodes de raisonnement très élaborées, souvent maladroitement qualifiées de « ruses », ou qyias, pour adapter le Coran aux nécessités de la vie moderne.

Comme toute méthode de raisonnement en droit, le qyias a pour objet d'encadrer le processus de pensée du juriste et du juge en particulier. Le mot « qyias » signifie comparaison, il s'agit donc du raisonnement par analogie pour appliquer à une nouvelle espèce une décision appliquée dans un cas d'origine.

A la différence du juriste occidental, le juriste musulman prendra en considération les aspects religieux et éthiques de la situation avant de considérer licite ou illicite l'acte en cause.

⁷ Mohamed Talbi, « *Le prêt à intérêt est-il interdit par l'Islam ?* » Jeune Afrique, 22 décembre 2002.

L'analogie se marie donc avec la téléologie, l'objectif étant de déterminer la raison commune, la cause de la décision ou illah.

Ainsi, le Coran prohibe l'alcool car c'est intoxication. Rien n'est dit pour les drogues, mais il est facile de repérer l'illah, c'est-à-dire l'intoxication, et d'en conclure à la même interdiction.

18. Juridicité et internationalité de la Chari'a – Pour un positiviste, il sera difficile d'admettre que la Chari'a forme de règles de droit qui de plus n'ont pas de limites territoriales puisqu'elle s'applique à tout musulman où qu'il se trouve. Cependant, la conception moderne des sources du droit retient la différence entre la loi écrite, officielle et codifiée et la règle de droit qui puise ses sources aussi en dehors de la loi : coutume, principes généraux du droit, jurisprudence, *lex mercatoria*⁸.

Selon cette école, la juridicité de la Chari'a ne fait aucun doute, même s'il s'agit d'un droit souple et casuistique et non d'un ensemble normatif général, cohérent et ordonné. De plus l'activité doctrinale et jurisprudentielle des juristes islamique contribue à fixer et préciser le sens des règles du Coran.

En matière de finance islamique, le rôle normatif de l'Académie islamique du fiqh, *l'Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institution* (AAOIFI), et les recommandations des *Chari'a board* est décisif. Cela équivaut à une sorte de *Restatement*.

Il reste que sa juridicité effective dépend de la reconnaissance par le droit du for, il faut donc que la finance islamique soit conforme au droit français. Cette conformité est de trois ordres car il faut prendre en compte, le fait que la matière est contractuelle, l'hypothèse du conflit de lois et du conflit de juridiction.

En fait, si le contrat est international il pourra échapper au droit français et aux tribunaux français par des clauses d'élection de droit, de for ou compromissoire⁹. Il reste cependant, la situation où il faudrait reconnaître en France une situation régie par le droit musulman.

⁸ B. Oppetit, « *L'émergence de la lex mercatoria* », in *Droit et modernité*, P.U.F., p. 53 ; C. Thibierge, « *Le droit souple, réflexions sur les textures du droit* », R.T.D. civ. 2003, 599.

⁹ Sur le choix de la charia, Pillet et Bosovic, Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la chari'a, in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec 2011.

A ce moment, l'ordre public pourra jouer son rôle, soit au titre de l'article 6 du Code civil, soit au titre du contrôle de l'exequatur¹⁰. A ce titre, la finance islamique s'inscrit fondamentalement dans le droit international des affaires.

19. Les enjeux contemporains : investissement éthique, une véritable alternative ? –

C'est l'idée selon laquelle la finance islamique est une finance éthique qui constitue son point d'ancrage fondamental¹¹. En effet, surtout à l'heure de la crise financière qui perdure, la finance islamique se présente devant les investisseurs comme une alternative à l'autre finance qui est réputée ne pas trop se soucier de la morale, ce que les spécialistes appellent « la finance barbare ».

C'est donc une autre conception de l'économie et de son fonctionnement qui est au cœur de la finance islamique, celle-ci étant étroitement corrélée à des fondements religieux puissants qui déterminent comment les hommes doivent répartir les richesses entre eux.

Déjà dans l'*Ethique à Nicomaque*, Aristote soulignait que le but de l'économie est l'accumulation des richesses. Là dessus, tous les économistes seront d'accord. Tout le reste vient ensuite de savoir si cette accumulation doit servir des buts utiles et dans l'affirmative lesquels et qui est appelé à déterminer ces buts ?

Pour la finance islamique, les principes sont clairs : les richesses ne doivent pas être accumulées de façon stérile et déshonorante. A ce titre, la religion musulmane est très proche de la doctrine chrétienne¹² et son interprétation de la fameuse « parabole des talents dans les *Évangiles* ¹³.

¹⁰ Sur ces questions, J. Morel-Maroger, *Les opérations de banque en droit international privé*, Thèse Paris I, dir. Pierre Mayer.

¹¹ G. Brayer, « *La finance islamique, une autre finance* », in *La finance islamique : l'autre finance*, Société de Législation Comparée, 2009, p.9.

¹² H. de Vauplane, *Les origines de la crise financière à la lumière des religions monothéistes*, *Revue Banque* juin 2013 p. 81.

¹³ *Évangile selon Saint Matthieu*, chapitre 25, versets 14 à 30 : « Il en sera comme d'un homme qui, partant pour un voyage, appela ses serviteurs, et leur remit ses biens. Il donna cinq talents à l'un, deux à l'autre, et un au troisième, à chacun selon sa capacité, et il partit. Aussitôt celui qui avait reçu les cinq talents s'en alla, les fit valoir, et il gagna cinq autres talents. De même, celui qui avait reçu les deux talents en gagna deux autres. Celui qui n'en avait reçu qu'un alla faire un creux dans la terre, et cacha l'argent de son maître. Longtemps après, le maître de ces serviteurs revint, et leur fit rendre compte. Celui qui avait reçu les cinq talents s'approcha, en apportant cinq autres talents, et il dit : Seigneur, tu m'as remis cinq talents; voici, j'en ai gagné cinq autres. Son maître lui dit : C'est bien, bon et fidèle serviteur ; tu as été fidèle en peu de chose, je te confierai beaucoup; entre dans la joie de ton

Pour les trois grandes religions monothéistes, la richesse doit servir les buts fixés par Dieu, un Dieu d'amour et de miséricorde.

A ce titre, la finance qui aujourd'hui tend à se détacher de l'économie dont les termes classiques associent production / consommation. Pour l'économie financière, le couple est une association risque / rendement dans une perspective optimum.

Le poids et la force des ressources financière dans l'économie capitaliste moderne renverse bien des schémas et la crise actuelle dont nul ne connaît encore la sortie accentue un sentiment diffus de perte des repères : que faire de mon argent ?

A ce titre, la finance islamique est une réponse loin d'être négligeable, comme l'est aussi le développement des fonds éthiques en général et en matière environnementale, le développement durable. Il est à souligner aussi que la thèse de l'incompatibilité entre Islam et développement économique a été réfutée depuis longtemps par Maxime Robinson dans son ouvrage « Islam et Capitalisme ».

20. Les fins et les moyens de la finance islamique – Morale et économie entretiennent des rapports complexes. Si on part de l'idée que c'est la morale qui conduit l'économie, alors la morale apporte la réponse à la question : que dois-je faire ? Cependant, la morale n'est possible *en fait* que si les conditions de développement sont suffisamment élevées pour permettre des rapports sociaux indispensables à la création de richesses.

maître. Celui qui avait reçu les deux talents s'approcha aussi, et il dit: Seigneur, tu m'as remis deux talents; voici, j'en ai gagné deux autres. Son maître lui dit : C'est bien, bon et fidèle serviteur; tu as été fidèle en peu de chose, je te confierai beaucoup; entre dans la joie de ton maître. Celui qui n'avait reçu qu'un talent s'approcha ensuite, et il dit : Seigneur, je savais que tu es un homme dur, qui moissonnes où tu n'as pas semé, et qui amasses où tu n'as pas vanné ; j'ai eu peur, et je suis allé cacher ton talent dans la terre; voici, prends ce qui est à toi. Son maître lui répondit: Serviteur méchant et paresseux, tu savais que je moissonne où je n'ai pas semé, et que j'amasse où je n'ai pas vanné ; il te fallait donc remettre mon argent aux banquiers, et, à mon retour, j'aurais retiré ce qui est à moi avec un intérêt. Ôtez-lui donc le talent, et donnez-le à celui qui a les dix talents. Car on donnera à celui qui a, et il sera dans l'abondance, mais à celui qui n'a pas on ôtera même ce qu'il a. Et le serviteur inutile, jetez-le dans les ténèbres du dehors, où il y aura des pleurs et des grincements de dents. ». D'après la Bible traduite par Louis Segond.

C'est pourquoi, les philosophes tiennent à distinguer morale et éthique, la seconde étant moins un impératif, soit une norme que l'on subit, qu'une recommandation, laissant plus de liberté à l'être pour se déterminer ¹⁴.

Or, l'objet de la finance étant limité à l'argent, qui est un bien économique très particulier, cette question du sens dans lequel doit aller l'investissement se pose de façon qui dédouble. La première question, la plus simple, est de savoir que l'on obéit à Dieu en servant des causes justes qu'il recommande.

Ainsi, la finance islamique ne peut pas financer des activités interdites par la Chari'a. C'est la distinction entre le haram et le halal, l'illicite et le licite. La seconde question est plus compliquée car il ne s'agit plus des fins mais des moyens.

Or, la finance fonctionne par des moyens tirés des équations mathématiques et la haute technologie. De même, les habillages juridiques utilisés ne sont que des instruments pour formaliser le transfert des fonds qui sont totalement dématérialisés.

Autrement dit, la finance islamique répond à la question du pourquoi mais aussi du comment. Elle offre de cette manière une voie différente entre l'économie libérale et l'économie socialiste ¹⁵.

En outre, le droit musulman ne raisonne pas selon le binôme permis / interdit mais selon une gradation. Il y a d'abord l'obligatoire : qui l'accomplit est récompensé au Ciel, qui s'en abstient est puni sur terre. Sinon, une série de situations intermédiaires peuvent exister.

- Recommandé : on est récompensé au Ciel mais qui s'en abstient n'est pas puni.
- Permis : ni récompense, ni punition ne sanctionne un accomplissement ou une abstention.
- Le blâmable : qui s'en abstient est récompensé, qui l'accomplit n'est pas puni.
- L'interdit : l'abstention appelle la récompense et l'accomplissement la sanction.

¹⁴ A. Comte-Sponville, *La Philosophie*, Paris P.U.F. 2005, p. 9 et s.

¹⁵ G. Brayer, *La finance islamique, une autre finance*, in, *La finance islamique, l'autre finance*, Table ronde du 19 juin 2008, Société de législation comparée, 2009, p. 9.

21. La finance islamique et le système juridique français – Si les pays occidentaux, dont la pensée est fondée sur la logique et la rationalité, l'économie et la finance se semblent pas devoir être dirigés par la morale ou la religion, il n'en demeure pas moins qu'ils sont marqués par certains principes de cette nature.

Parmi ces principes on peut citer le principe de bonne foi, le respect de la parole donnée, l'équilibre dans les contrats, la protection de celui qui s'engage, l'interdiction de l'abus et de la fraude et aujourd'hui la rémunération de certains dirigeants de grandes entreprises...

Tous ces exemples montrent que le droit positif français n'est pas exclusif de fondements moraux. Ripert dans un ouvrage célèbre avait déjà mis en avant cette idée que la morale était « la sève » qui nourrissait le droit des obligations ¹⁶.

Enfin, l'interdiction de l'usure demeure dans la législation française contemporaine et cette interdiction fait même l'objet de sanctions pénales¹⁷, ce qui montre un attachement à la règle fondamentale du Coran qui prohibe l'intérêt, ou *riba*, considéré comme un enrichissement injuste.

Concernant la finance, le développement de fonds dans le secteur du développement durable ou de l'investissement socialement responsable est un phénomène qui atteste de la volonté de plus en plus affichée des investisseurs de placer leurs richesses dans des activités qui ne portent pas atteinte à certaines valeurs et plus encore qui les vivifie en leur apportant un soutien financier.

Cette évolution est de nature à banaliser le modèle islamique qui à sa manière promeut des valeurs humaines supérieures et cela d'autant plus qu'une part non négligeable du public est en attente de ces valeurs qui sont en général encouragées par l'Etat.

Il reste que la finance islamique ne gagnera ses lettres de noblesse qu'à un certain nombre de conditions propres à la normaliser au regard des exigences actuelles du droit bancaire en pleine explosion : transparence des comptes, bonne gouvernance, gestion des risques et normes comptables compatibles.

¹⁶ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J. réimpression 1998.

¹⁷ Voir les articles L. 313-3 et suivants du Code monétaire et financier.

L'enjeu est donc bien de pouvoir noter les banques islamiques dans un marché devenu mondial ¹⁸.

C'est donc aussi en termes d'image et de reconnaissance que la finance islamique est appelée à se situer pour ne pas faire l'objet de soupçons ou d'amalgames avec le financement du terrorisme et l'islam radical en général ¹⁹.

Outre une réputation épurée de préjugés sur la religion musulmane, la finance islamique doit se standardiser techniquement et juridiquement si elle veut conquérir de nouveaux marchés. Il s'agit d'un impératif pour assurer les principes de prévisibilité et de sécurité juridiques.

Il faut compter sur le libéralisme du droit français en matière de contrats et d'investissements internationaux pour permettre à la finance islamique de se développer, sans pour autant faire perdre à cette dernière ces spécificités.

Il faut donc éviter d'acculturer au droit français des institutions étrangères, surtout que l'ordre public est suffisamment efficace pour protéger les traditions françaises. Autrement dit, il faut respecter toutes les identités, autant qu'il est possible.

22. Les différences avec les approches américaine et britannique – La population musulmane dans les pays anglo-saxons se caractérise par un niveau social relativement élevé par rapport aux autres pays occidentaux. C'est pourquoi, ses exigences en matière d'investissement sont les mêmes que le reste de la population, notamment pour le crédit hypothécaire immobilier permettant de devenir propriétaire.

En outre, surtout aux Etats-Unis, les experts religieux, comme *l'Assembly of Muslims Jurists of America* (AMJA) ou le *Fiqh Council of North America* ont une réelle influence pour apponter les produits financiers conformes à la Chari'a ²⁰.

¹⁸ G. Parléani, « *Regards pragmatiques sur la finance islamique* », RDBF, 2012, dossier 12.

¹⁹ On peut citer, par exemple, un point de vue publié dans *Le Monde* du 20 novembre 2009 sous le titre provocateur « La finance islamique menace la laïcité française » auquel Hervé de Charrette, ancien Ministre des affaires étrangères, a répondu par un texte intitulé « Non à une nouvelle diabolisation de l'Islam, oui à la finance islamique dans l'intérêt de notre pays ! » publié sur www.oumma.com le 6 janvier 2010.

Cependant, le droit américain limite et encadre la possibilité pour les banques d'être propriétaire immobilier, ce qui contrarie les mécanismes de la finance islamique.

De même, l'extrême complexité de régulation bancaire entrave l'indispensable synergie entre les différentes autorités qui permettraient à la finance islamique de croître encore plus.

L'Angleterre a suivi une approche beaucoup plus favorable à la finance islamique. En effet, il existe l'*Islamic Bank of Britain* capitalisée par des investissements venant des pays du Golfe. Ce constat n'est pas étonnant, Londres voulant rester la capitale mondiale de la finance.

Il est à noter que les juridictions britanniques ont eu à connaître de la validité juridique d'opérations bancaires islamiques et que leur jurisprudence apporte un éclairage précieux sur les éventuelles solutions qui pourraient être retenues par les tribunaux français²¹.

23. Pratique contractuelle source de droit – La prépondérance anglo-saxonne va surtout se retrouver dans les contrats utilisés par les praticiens pour mettre en place les financements islamiques. Cela n'a d'ailleurs rien d'exceptionnel car cette prépondérance existe également dans la finance en général. C'est donc la technique contractuelle anglaise que l'on va retrouver dans la présentation et l'examen des principaux contrats. Autrement dit, la pratique contractuelle a toute sa place au sein des sources du droit qu'il faut examiner.

24. Intérêt de la recherche au regard du droit comparé – On sait que par la force des choses, chaque société engendre son propre droit, le droit n'étant qu'un reflet de l'ordre social. La comparaison des différents droits entre eux présente l'intérêt de mieux comprendre les mécanismes juridiques.

Les opérations de financement dans le droit musulman dans la perspective de leur développement en France pose la question de l'accueil en droit français d'une pratique juridique qui repose sur des fondements religieux.

²⁰ F. Coste, *La finance islamique aux Etats-Unis et en Angleterre*, in *La finance islamique à la française*, sous la direction de J. P. Laramée éd. Secure Finance 2008, p127.

²¹ Décision Symphony Gems, Court of London, 13 février 2002 ; Décision Beximco, Commercial Court, 1^{er} août 2003. K. Bälz, *A murabaha transaction in a English court*, *Islamic Law and society*, 2004, 11.

En soi, rien n'interdit cette pratique en France, il n'y a pas de problèmes au regard de l'ordre public. En réalité, la question de l'ordre public se pose plutôt à l'envers. En effet, ce n'est pas tant la licéité de la finance islamique qui est en cause mais le système français au regard du droit musulman.

Par exemple, la pratique bancaire de l'anatocisme, c'est à dire la capitalisation des intérêts possible en matière de compte courant²² passe pour une évidence au regard du droit français, sous réserve de taux usuraires, est impossible au regard de la Chari'a.

En général, c'est le droit importé qui s'adapte au droit qui importe, mais ici, c'est le droit qui importe qui devra s'adapter. Cette adaptation ne soulevant aucune difficulté sur le terrain de l'ordre public, rien n'empêche d'imaginer des montages juridiques à la fois conformes au droit français et au droit musulman.

25. Islam et modernité – Les derniers événements dans le monde arabo-musulman ont réveillé les consciences et posent à l'Islam la question de sa modernité dans un monde en profonde mutation. La modernité en Islam se caractérise par le vaste mouvement qui pousse les sociétés musulmanes à acquérir la liberté et la capacité d'être les vecteurs essentiels de leur propre histoire.

« Allah ne change rien d'un peuple tant que chacun des individus qui le composent le change rien de ce qui est en lui-même ». Cette citation du Recteur de la Mosquée de Paris, Dalil Boubakeur, montre que l'Islam n'est pas une religion figée et fermée.

L'Islah, ou réforme, est un concept présent dans le Coran : « je n'ai nullement l'intention de faire ce que je vous déconseille. Je ne veux que la Réforme (Islah) autant que je le puis. Et ma réussite ne dépend que d'Allah »²³. En réalité, l'Histoire du monde musulman montre que la religion n'est pas la cause de l'absence de son développement.

En effet, le monde islamique était au départ en avance sur les autres civilisations et son déclin a eu lieu sans que les pratiques et la croyance religieuse ne changent beaucoup.

²² S. Piédelièvre et E. Putman, *Droit bancaire*, Economica 2011 n°405 et suivants.

²³ sourate 11, verset 88.

26. Problème d'image de la finance islamique – Les termes Islam et islamique suscitent en France des associations parfois négatives. De nombreux glissements sémantiques, lapsus et confusions entendus ici et là entre les adjectifs « islamique » et « islamiste », sur les associations inévitablement faites entre Islam et terrorisme. Il existe incontestablement une islamophobie en France.

Pourtant, personne n'objectera que la place de l'Islam et des musulmans dans la société française est un sujet brûlant. La finance islamique parfois comprise comme un outil de l'islamisme, du terrorisme, le blanchiment d'argent. Ce déficit d'image doit être pris en considération.

27. Intérêt de la recherche dans les perspectives contemporaines – Les chiffres parlent d'eux-mêmes : la finance islamique connaît depuis une trentaine d'année une croissance à deux chiffres. Au cours de ces dix dernières années, les actifs islamiques ont augmenté de 11% en moyenne annuelle dans le Golfe persique pour atteindre une masse aux alentours des 500 milliards de dollars selon les estimations. La généralisation du marché des sukuk, outil de titrisation bancaire, atteste aussi de la vitalité de la finance islamique.

C'est dans une perspective générale qu'il faut mesurer l'intérêt de la finance islamique. D'abord, la concurrence bancaire s'intensifie dans tous les pays. Ensuite, le marché se régionalise de plus en plus. Enfin, le mouvement de concentration se poursuit et tend à faire disparaître les banques de petite taille.

Il faut encore ajouter le fait que les liquidités étant actuellement très abondantes sur les marchés, la finance islamique dispose de vastes gisement de dépôts qui permet de lui assurer un coût de refinancement très bas.

Les rendements sont donc potentiellement très élevés, même si, on le verra, l'impossibilité de gérer les liquidités par des instruments de taux constitue un frein non négligeable. Enfin, il faut signaler l'incidence de la réglementation fiscale et comptable, elle aussi source d'empêchement au développement de la finance islamique.

28. Annonce de plan – L'étude des opérations de financement et d'investissement dans le droit musulman doit se faire en deux étapes. Dans une première étape, il s'agit d'approfondir les mécanismes du droit musulman pour comprendre le sens des interdits de la Chari'a qui se présentent comme une contrainte au regard du droit français.

De même, l'activité bancaire étant une activité extrêmement encadrée par les pouvoirs publics²⁴, il faut aussi analyser le cadre juridique posé par la réglementation et la régulation en matière bancaire et financière.

Une fois cette étape franchie, il faudra examiner le fonctionnement des mécanismes juridiques qui permettent la réalisation des opérations de financement et d'investissement, leur formation et leur exécution.

Autrement dit, il faut d'abord comprendre juridiquement la finance islamique avant de vérifier si le droit musulman et français interdisent ou non son développement économique. Ainsi, dans une première partie sera abordée l'analyse juridique des opérations de financement et d'investissement en droit musulman et, dans une seconde partie, leurs perspectives de développement économique.

Plan :

Première partie : ANALYSE JURIDIQUE DE LA FINANCE ISLAMIQUE

Seconde partie : DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE DE LA FINANCE ISLAMIQUE

²⁴ Les crises financières successives de ces dernières années ont encore renforcé l'encadrement des activités bancaires et financières au plan international, européen et national comme le montre en dernier lieu la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation bancaire. Sur les aspects européens et internationaux, T. Bonneau, Régulation bancaire et financière européenne et internationale, Bruylant 2012.

Première partie

ANALYSE JURIDIQUE DE LA FINANCE ISLAMIQUE

29. Plan – Le fait que les lois islamiques interdisent de verser ou de toucher un intérêt n’implique pas qu’elles défendent de gagner de l’argent ou encouragent le retour à une économie fondée uniquement sur les espèces ou le troc. Elles incitent toutes les parties à une transaction à partager le risque et le bénéfice ou la perte.

On peut comparer les déposants des banques islamiques à des investisseurs ou actionnaires, qui reçoivent des dividendes quand la banque fait un bénéfice ou qui perdent une partie de leurs économies quand elle subit une perte. Le principe consiste à lier le rendement du contrat islamique à la productivité et à la qualité du projet, pour assurer une répartition plus équitable de la richesse.

C’est pourquoi, l’analyse du droit financier musulman passe tout d’abord par un approfondissement des interdits issus de la Chari’a (titre 1^{er}) qui marquent les obstacles à franchir pour valider les opérations de financement et d’investissement (titre 2).

PLAN :

Titre 1 Les contraintes juridiques nées des interdits de la Chari’a

Titre 2 Le cadre institutionnel de la finance islamique

TITRE 1

LES CONTRAINTES JURIDIQUES NEES DES INTERDITS DE LA CHARI'A

30. Problématique – La finance islamique met en évidence un mouvement du droit musulman qui fait un aller-retour permanent de l'illicite au licite.

De fait, comme toute religion monothéiste, l'Islam partage avec le droit laïc la caractéristique de poser des normes positives et des normes négatives. La loi, divine ou laïc, prescrit ou interdit. La différence entre un droit religieux et un droit laïc n'est donc pas d'ordre technique au sens de la compréhension, de l'interprétation ou de l'application de la norme. La différence se situe au niveau de ce qu'il est convenu d'appeler le méta droit, c'est-à-dire le but de la norme.

Dans les pays occidentaux, ces buts sont résumés dans la protection des droits fondamentaux dont le développement contemporain fixe pour ces sociétés le socle non négociable du *ce pour quoi juridique*.

Dans les sociétés et les pays musulmans, ce socle est déjà constitué et cela depuis fort longtemps par les règles de la Chari'a. Cette homothétie entre la croyance au Coran ou celle des droits fondamentaux place la réflexion sur la finance islamique au cœur de la difficulté tout en permettant peut être de la résoudre.

En effet, il faut considérer la Chari'a comme jouant un rôle équivalent aux droits fondamentaux comme législation sanctuarisée et intouchable. Dès lors, la question sera de d'étudier, partant des interdits de l'Islam (**chapitre 1**) comment la banque islamique peut apporter des réponses à ces interdits (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1 - LE CONTENU DES INTERDITS

31. Problématique et plan – Les interdits fondés sur la Chari'a constituent un obstacle à la fois puissant et évident. Il est normal que religion et argent fassent mauvais ménage. Cependant, la réalité est beaucoup plus subtile car il faut prendre en compte les moyens et les fins, c'est-à-dire la façon et les raisons qui dictent l'utilisation des richesses.

De façon classique et connue, la Chari'a instaure un certain nombre d'interdits que l'on peut regrouper en trois groupes : prohibition de l'intérêt, prohibition de l'aléa et conformité de l'utilisation des fonds qui seront étudiés successivement, partant de l'idée essentielle que ces interdits sont cumulatifs.

Plan :

Section 1 : La prohibition de l'intérêt

Section 2 : La prohibition de l'incertitude ou gharar

Section 3 : La conformité de l'utilisation des fonds

Section 1 : La prohibition de l'intérêt

32. Plan – L'intérêt est le commerce de l'argent. Il constitue la rémunération du prêteur. En France, le prêt à intérêt a été admis avec réserves au 18^e siècle, à l'époque où la méfiance religieuse à son égard est encore très forte, notamment à cause de l'influence de Domat et du jansénisme ²⁵. Le refus des banques islamiques de pratiquer l'intérêt est assurément leur caractéristique principale.

Cette interdiction dans un monde financier soucieux de rendement et d'efficacité semble enlever au banquier le pilier de son métier et de dresser un mur infranchissable pour développer une activité bancaire traditionnelle ²⁶. On examinera tour à tour la définition du riba (**paragraphe 1**) et son expression dans les différentes sources et écoles coraniques (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Définition du Riba

33. Difficultés de définition – Le terme riba peut se traduire par « accroissement », c'est-à-dire ce qui en plus. Lorsqu'il s'agit de biens matériels, toute augmentation est jugée inéquitable. On raconte qu'About Hanifa refusait de s'asseoir à l'ombre du mur de son débiteur afin de ne pas forcer celui-ci à lui en donner la permission ce qui reviendrait à un accroissement en plus du remboursement de la même somme ! Le riba prohibe l'enrichissement sans travail, donc sans effort.

La prohibition du riba dans sa définition montre qu'il n'est pas seulement une règle à suivre car le simple fait de prétendre qu'il serait licite constitue un apostat. La violence de cette condamnation s'explique historiquement par une pratique débridée de l'usure avant la révélation coranique.

²⁵ Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle, puf 2007, p. 254.

²⁶ Hamid Algabid, *Les banques islamiques*, préf. Ch. Gavalda, Economica 1990 ; J. Lasserre Capdeville, « *Les principes de la finance islamique : présentation et illustration* », RDBF 2001, Etude 13.

A cette époque, la Mecque est un carrefour commercial de première importance et le départ de lignes régulières de caravanes. Dans ces conditions de rapide développement économique, les banquiers prêtaient couramment à 100%.

34. Religion chrétienne et prohibition de l'intérêt – Dans sa version occidentale, la prohibition de l'intérêt se retrouve dans l'ancien et le Nouveau testament ²⁷. Dans le code d'Hammourabi (environ 1800 avant Jésus-Christ), on trouve une prohibition d'un intérêt supérieur à 33%. Aristote récusait la fructification de l'argent.

Les romains à travers la voix de Cicéron exécraient les usuriers. La législation de Justinien réduisait l'intérêt à un taux légal. Seul Démosthène a défendu l'intérêt en insistant sur le fait que l'emprunteur recevait une somme au comptant en échange d'un morceau de papier portant promesse de rembourser.

La pensée occidentale, mêlée de tradition gréco-romaine et chrétienne, a donné lieu à un droit positif qui sans interdire l'intérêt l'a toujours étroitement limité, comme en témoigne la loi du 28 décembre 1966 relatives à la prohibition de l'usure²⁸. Pendant le moyen-âge, l'Eglise catholique parviendra à l'interdire complètement, lors du Concile de Vienne de 1311.

De même, l'apport de la pensée calviniste ne doit pas être négligé en France malgré la domination catholique. En effet, pour Jean Calvin, l'intérêt est dû car le capital versé est immédiatement productif. Il subsiste des vestiges dans cette hostilité à l'intérêt dans la législation française. Ainsi, si un arrêté du 8 mars 2005 a levé l'interdiction de rémunérer les comptes à vue²⁹, la majorité de ces comptes demeurent aujourd'hui non rémunérés.

Il reste que la notion de riba est plus large que la prohibition de l'intérêt stricto sensu, il s'agit d'interdire le gain sans effort et sans responsabilité. Tous ceux qui s'y livrent, y compris les non musulmans, sont promis à la damnation. Cependant, son expression très générale est appelée à varier selon les sources et les écoles coraniques afin d'en préciser le sens.

²⁷ Deutéronome XXIII, 20.d

²⁸ Articles L. 313-3 et suivants du code de la consommation.

²⁹ Cette interdiction fait suite à la condamnation de la France par la Cour de justice des communautés européennes, CJCE Caixa Bank, 5 octobre 2004, S. Piedelièvre, Feu vert de la CJCE pour les comptes rémunérés, D. 2004 p. 2770.

Paragraphe 2. L'expression du riba dans les sources du droit musulman

35. Coran et riba - Dans le Coran, le riba est mentionné dans quatre sourates sans jamais être précisément défini : la sourate 30 Ar Roum (les romains) verset 39, la sourate IV An Nisa (les femmes), versets 162 à 196 ; la sourate III Ali Amran (la famille de Amran), versets 130 à 132 et la sourate II Al Baqarah (la vache) versets 275 à 280 : « ceux qui mangent {pratiquent} de l'intérêt usuraire ne se tiennent au jour du Jugement dernier que comme se tient celui que le toucher de Satan a bouleversé. Cela, parce qu'ils disent : le commerce est tout à fait comme l'intérêt, alors qu'Allah a rendu licite le commerce et illicite l'intérêt »³⁰.

Sans reprendre l'exégèse de ces textes, on soulignera les expressions les plus importantes et la philosophie juridique générale qui s'en dégage.

Dans la sourate XXX, il est suggéré que l'accroissement doit aller vers l'aumône. Dans la sourate 4, l'interdiction est énoncée sous forme d'une condamnation sans appel de Dieu et du rappel de ce qui est advenu au peuple juif qui s'est cru autorisé à s'en libérer.

Dans ces textes, il est aussi souvent rappelé qu'il est toujours possible pour le croyant pratiquant l'usure de se repentir et de revenir dans le chemin tracé par la volonté de Dieu.

Il s'agit donc d'une direction, d'une orientation dans la voie droite. Le Coran est aussi précis sur le montant de l'intérêt car le terme « doublé », définissant aussi l'usure, est souvent utilisé. Or, à un moment donné, l'intérêt finit par aboutir à un doublement de la somme, mais la longue durée n'enlève rien à la nature de l'acte.

Dans la summa, ou la tradition du prophète, les règles sont de trois ordres : celles qui renforcent la parole du prophète, celles qui complètent la parole du Prophète et celles qui l'expliquent. Sur le terrain de l'usure, les hadiths sont très clairs : le riba est assimilé à la fornication et elle est plus grave que la consommation du vin.

La notion d'usure repose ici sur la notion d'avantage résultant d'un échange, avantage qui serait pas juste car il n'existe pas de contrepartie : « blé pour blé, orge pour orge, sel pour sel,

³⁰ Rappelons que la numérotation des sourates n'est pas chronologique mais en fonction de leur longueur.

le pareil pour le pareil ». C'est dire que dans la philosophie économique de l'Islam, le contrat de base est l'échange, modèle de transaction puisqu'il se passe du recours à l'argent. L'interdiction permet aussi d'assurer une certaine égalité entre les agents économiques.

Toute la difficulté vient de l'absence « du pareil pour le pareil » qui impose la vente, mais la vente au comptant (« tiens tiens »). Or, la vente au comptant est une entrave au développement économique et à l'accroissement des richesses qui n'est pas interdit, bien au contraire. En outre, l'échange suppose des biens d'une qualité équivalente, ce qui pour les métaux ne pose pas de problème mais en pose beaucoup s'il s'agit de denrées (dattes, blé...).

On voit encore sociologiquement l'importance de cette donnée dans les marchés où il est très important de pouvoir à la fois voir et toucher les biens vendus.

La jurisprudence et les quatre écoles orthodoxes islamiques ont parfaitement relayé la force de l'interdiction du riba avec des nuances cependant assez sensibles. Ainsi, le rite hanéfite autorise l'échange de biens en quantités inégales pourvu qu'ils soient en espèces différentes. De même, la lettre de change est seulement déconseillé et non interdite (haram).

Les malékites ont des positions parfois plus strictes. Ainsi, ils autorisent l'inégalité arithmétique pour les animaux de la même espèce à condition que leur utilisation soit différente (trait ou monte). Pour les denrées alimentaires, le riba est prohibé uniquement pour les biens indispensables *et* pouvant se conserver.

Par exemple, il n'est pas prohibé pour les légumes, les fruits et les confiseries, parce qu'ils ne sont pas indispensables. Ce qui compte le plus dans ce rite, c'est la simultanéité pour échapper au risque. L'écoulement du temps créant en lui même une richesse est une richesse entachée de riba.

On trouve chez les autres rites shafi'ites et hanbalites les mêmes exigences de quantité et de simultanéité.

36. Contenu concret de la prohibition du riba - L'interprétation des cadis a apporté un certain nombre de précisions sur le contenu et la portée du riba.

En particulier, c'est la notion d'abus qui a été utilisée, qui se réfère aussi à un excès, notamment lorsque le contrat met aux prises une partie forte avec une partie faible.

En fait, la jurisprudence qui est confrontée aux réalités concrètes, a dû répondre à des situations qui, du point de vue de la technique des échanges commerciaux, sont inédites pour les textes Saints.

Ainsi, la vente à livrer ou la vente de chose future qui exclut toute simultanéité a donné lieu à d'importantes discussions entre les juges qui ont pu s'accorder sur une tradition attribuée à Hizam ³¹. Cette tradition veut que tant que deux contractants d'une vente sont liés par une option pour adapter leur contrat, si un déséquilibre est apparu par la suite.

On a essayé de montrer que la prohibition du riba a une assise qui dépasse largement le monde musulman. On trouve un fondement équivalent en droit français, celui de l'enrichissement sans cause, qui est un mécanisme de pure équité ³².

En outre, il ne faut pas perdre de vue un facteur historique décisif dans l'évolution de la prohibition de l'intérêt.

En effet, à l'époque des grandes conquêtes arabes, les systèmes économiques dans le monde musulman et en Europe sont assez homogènes. Ce n'est qu'à partir du 18^e siècle que l'activité bancaire se développe en Europe avec la mise en place incontournable de l'intérêt. En revanche, sans système bancaire, le monde musulman devenu l'empire Ottoman va s'endormir économiquement.

Paradoxalement, l'Occident qui dominera le monde arabe à partir de la fin du 19^e siècle imposera le système bancaire classique fondé sur l'intérêt, en Egypte, au Liban-Syrie et en Iran notamment, sans parler de la Turquie. Autrement dit, le respect de la loi du Prophète était devenu ineffective, ce qui ne manqua pas de préoccuper la Communauté musulmane.

³¹ El Bokhari, *Les traditions islamiques*, traduites de l'arabe par O. Houdas et Marchal, Lib. D'Amérique et d'Orient, éd. Maisonneuve, Paris 1906.

³² Ch. Albiges, *De l'équité en droit privé*, L.G.D.J. 2000.

Selon un auteur célèbre, Maxime Robinson, la thèse de Max Weber sur l'éthique protestante et l'esprit du capitalisme n'est pas incompatible avec l'Islam³³.

En fait, le Prophète pousse le musulman à s'enrichir, mais il doit le faire de façon licite : « celui qui gagne sa vie est le préféré de Dieu »³⁴.

Par rapport à la religion catholique qui préconise le dépouillement et la pauvreté, l'Islam est beaucoup plus favorable au commerce et le musulman est décomplexé par rapport à l'argent. En revanche, l'Islam se revendique comme une économie sociale dans la mesure où l'individu passe toujours après l'intérêt de la communauté.

La finance islamique se présente ainsi comme une tentative de retour aux sources et répond au cœur des musulmans qui n'ont pas oublié l'interdiction du riba. De fait, on peut considérer qu'il existe un point commun à toutes les doctrines coraniques s'agissant de l'argent qui est en lui-même improductif. L'interdiction est enfin une incitation à l'entrepreneuriat au travail en stigmatisant le rentier.

37. Riba et TEG - La structuration d'opérations de financement conformes à la Chari'a et régie par le droit français se heurte à la problématique de la mention du taux effectif global (TEG). En effet, tout contrat qualifié, en droit français, d'opération de crédit est soumis aux dispositions impératives sur le TEG, l'une d'entre elles étant de mentionner par écrit ce dernier.

Or, la finance islamique interdit la stipulation de l'intérêt. Par conséquent, la mention du TEG risquerait de rendre l'opération non conforme aux préceptes de l'Islam. En effet, aux termes de l'article L. 313-2 du Code de la consommation, le taux effectif global (TEG) doit être mentionné dans tout écrit constatant un contrat de prêt.

En outre, toute infraction aux dispositions de l'article L. 313-2 du Code de la consommation est punie d'une amende de 4.500 euros³⁵. Contrairement aux dispositions relatives à l'usure,

³³ Maxime Robinson, *Islam et Capitalisme*, Ed. du Seuil 1966

³⁴ Cité par Patrick Haenni, *L'Islam de marché, L'autre révolution conservatrice*, Seuil éd. p. 66.

³⁵ Le projet de loi Hamon sur la consommation prévoit une importante aggravation des sanctions, l'amende serait portée à 150.000 euros et éventuellement assortie d'interdiction d'exercer certaines activités professionnelles.

celles ayant trait au TEG s'appliquent indistinctement aux professionnels et aux non-professionnels.

Selon l'article L. 313-1 du Code de la consommation, le TEG doit être calculé de façon à représenter le coût réel total du crédit. Ce calcul doit également permettre à l'emprunteur de comparer les différentes offres de prêt proposées par des établissements de crédit et de favoriser la concurrence. En outre, le TEG permet de contrôler si le taux proposé n'est pas usuraire au sens de l'article L. 313-3 du Code de la consommation.

Le TEG a donc à la fois un objectif de protection des non-professionnels contre l'usure, mais également une finalité informative et de transparence ³⁶.

La doctrine a cependant montré comment il était possible d'aménager l'exigence du TEG et la finance islamique ³⁷. En effet, par exemple, dans le cadre d'une opération de mourabaha (achat-revente), les juristes de l'Islam acceptent que le profit soit calculé sur la base d'un indice de référence de taux d'intérêts, par exemple le Libor ou l'Euribor ³⁸.

Un éminent juriste, président du comité Charia de l'AAOIFI, considère que « dans une mourabaha, le profit déterminé sur la base d'un benchmark de taux d'intérêts ne rend pas l'opération haram dans la mesure où le contrat se conforme aux principes de l'Islam et respecte les conditions imposées par la Charia ».

Section 2 : La prohibition de l'incertitude ou gharar

38. Plan – Il s'agit de la deuxième interdiction fondamentale, qui, on va le voir se combine largement avec celle du riba. Comme ce dernier, on examinera successivement sa définition (**paragraphe 1**), puis sa portée dans les relations juridiques (**paragraphe 2**).

³⁶ J. Huet, C. Grimaldi, H. Lécuyer, G. Decocq et J. Morel-Maroger, *Traité de droit civil, « Les Principaux contrats spéciaux »*, L.G.D.J., 3^{ème} éd. 2012 p. 1005.

³⁷ C. J. Serhal, « *L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique, Banque et droit* », 2009, 11.

³⁸ Rustum Shah, *Islamic Finance, a practical Guide*, Consulting editor Rahail Ali.

Paragraphe 1. La définition du gharar

39. A la différence du riba, la notion de gharar est malaisée à définir³⁹. On peut traduire ce terme comme un aléa ouvrant une incertitude, un risque, un hasard, voire une tromperie. Son origine est rattachée à la « vente au caillou » décrite dans un hadith. En quoi consistait exactement cette vente qui était pratiquée à l'époque de l'Ignorance (*al djâhiliyah*) ? Les avis divergent quelque peu à ce sujet.

Selon certains, il s'agissait d'une transaction où l'un des deux contractants disait à l'autre : « Dès que j'aurai jeté le caillou que je tiens, la vente sera conclue. » Le nécessaire échange de consentements était ainsi remplacé par le simple jet du caillou d'où l'interdiction énoncée.

Selon d'autres, il s'agissait d'une transaction où l'acheteur jetait un caillou sur plusieurs choses proposées à la vente : c'était l'élément qui était touché par le projectile qui constituait l'objet de l'échange, sans que le vendeur ou l'acheteur n'aient la possibilité de revenir sur cette sélection. Suivant cette interprétation, la vente au caillou comportait une part importante de hasard et d'incertitude : elle constituait donc une sorte de « bay' oul gharar ».

Plus largement, le gharar va couvrir les obligations d'information qui doivent limiter autant qu'il est possible la spéculation comprise comme une ignorance (*jahl*) à partir de laquelle il est interdit de s'enrichir. Ainsi, les contrats aléatoires sont prohibés, ce qui pose un grave problème pour tout le secteur de l'assurance. Il en est de même pour les contrats portant sur une chose future, les ventes liées, les ventes à terme ou encore la vente avec réserve.

Comme le riba, le gharar va constituer un obstacle au commerce juridique et d'autant plus qu'il semble compromettre les opérations juridiques complexes. Outre la dimension technique, le gharar couvre une dimension morale : ne pas favoriser l'exploitation du moins instruit par le plus instruit. En d'autres termes, cette prohibition va jouer un rôle déterminant en droit de la consommation et notamment dans le rapport entre banquier et particulier utilisateur de services bancaires.

³⁹ G. Causse-Broquet, *La finance islamique* Banque édition 2^e éd. p. 35.

On l'a dit, la définition du gharar est difficile et elle est souvent complétée par la notion de maysir ou spéculation. Il s'agit de tirer toutes les conséquences du caractère aléatoire du contrat qui le rapproche du jeu, du casino ou de la loterie.

On retrouve dans le droit positif une expression très proche à l'article 1965 du Code civil sur les contrats de jeux. Il est évident que la religion musulmane qui condamne le jeu en général, ne peut admettre le contrat qui permettrait un enrichissement injustifié.

On voit cependant qu'il s'agit d'un processus qui petit à petit corrompt l'opération. Si au départ l'aléa est interdit c'est qu'il peut être perverti. Perversi par celui qui détient l'information et qui, comme en matière de réticence dolosive, la retient pour tromper son contractant.

Le droit musulman examine les actes humains pour apprécier leur validité en se fondant sur leur nature et sur leur situation. Les deux doivent être conformes

Paragraphe 2. Portée juridique de la prohibition de l'aléa

La spéculation, comme l'intérêt, sont les moteurs de l'activité bancaire. La banque finance un risque rémunéré par un intérêt qui est le prix accordé au risque pris. La diversification des instruments financiers, notamment les swaps, qui sont des contrats par lesquels deux parties s'échangent des actifs ou des passifs ou les futures, qui permettent de se garantir le prix d'un sous-jacent (un actif) pour une quantité déterminée à une date future, qui ne sont pas adossés à l'économie réelle et ses actifs tangibles, ne peut trouver grâce auprès de la finance islamique.

Cependant, on peut qu'à la suite des crises financières de ces dernières années, certaines activités hautement spéculatives ont aussi été interdites ou mieux encadrées en France notamment dans la loi du 26 juillet 2013 sur la séparation et la régulation bancaire.

Cependant, les écoles divergent sur le degré de l'ignorance, laquelle conduit au hasard, lequel conduit au jeu et donc au pêché. Ainsi, « la cause de la divergence est la question de savoir si le degré de connaissance que donne la description, par rapport à la connaissance fournie par le sens, constitue une incertitude qui influe sur la chose vendue au point qu'il y a un aléa

considérable ou bien qu'elle n'influe pas sur cette chose et y a alors un aléa toléré parce que d'importance minime »⁴⁰.

C'est le cas notamment lorsqu'un restaurant propose à ses clients un repas en buffet : selon Moufti Taqui Outhmâni, ce contrat est licite, et ce, même si la quantité précise de nourriture qui sera consommée par chacun n'est pas clairement définie⁴¹.

Ainsi, les juristes musulmans écrivent qu'une vente est considérée comme un *gharar* dans les cas suivants notamment lorsque la marchandise qui fait l'objet de la transaction n'est pas clairement déterminée, que ce soit au niveau de sa nature même, ou de sa catégorie, de son type, de sa qualité ou de sa quantité⁴².

Exemple : Une personne dit à une autre : « Je te vends un des véhicules qui se trouvent dans ce parc pour 5000 € », et il ne détermine pas de façon précise la voiture qui fait l'objet de la transaction et ne donne pas non plus à l'acheteur la possibilité de choisir le véhicule. Lorsque la contrepartie n'est pas clairement définie, que ce soit au niveau de sa nature même, ou de sa catégorie, de son type, de sa qualité ou de sa quantité.

De même, lorsque, dans une vente à crédit, l'échéance du paiement n'est pas précisée. Exemple : Une personne conclut la vente d'un de ses biens sans en fixer le prix. Lorsque l'objet du contrat n'existe pas au moment de la transaction commerciale. Exemple : Une personne vend à autrui le fœtus qui se trouve encore dans le ventre d'une de ses vaches.

Lorsque le vendeur n'est pas en mesure de livrer la marchandise à l'acheteur au moment de l'exécution du contrat.

Exemple : Une personne vend un produit dont il n'a pas encore pris possession ou dont il n'est pas encore propriétaire. Lorsque le transfert de propriété de la marchandise (ou de la contrepartie) est conditionné à un événement aléatoire et hasardeux.

⁴⁰ Comard-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica 1995, p. 63.

⁴¹ « *Takmilah Fath il Moulhim* » – Volume 1 / Page 32

⁴² « *Al Mawsoûat oul Fiqhiyah* » – Volume 31 / Page 155

Exemple : Un vendeur conclut la vente de l'un de ses biens en disant : « *Règle-moi immédiatement le prix de la marchandise; pour ma part, je te livrerai celle-ci si tel évènement se produit...* ».

En ce qui concerne l'assurance et certains produits dérivés qui reposent sur le risque, l'interdiction sera très prégnante. Ces divergences sont de nature à nourrir des controverses pour admettre ou non des techniques bancaires modernes dont le caractère plus ou moins aléatoire des résultats reste difficile à mesurer. Le lien avec le riba est l'idée d'enrichissement sans cause.

Section 3 : La conformité de l'utilisation des fonds

40. Plan – Ce troisième et dernier interdit est, contrairement aux deux précédents, tourné non pas contre les instruments juridiques permettant de rémunérer l'activité bancaire, mais vers l'utilisation des fonds collectés et affectés grâce aux banques. Généralement, le banquier prêteur affecte les sommes en fonction du projet, achat d'un bien immobilier, achat d'un fonds de commerce...

Mais il existe en droit français un principe de non immixtion ou de non ingérence de la banque à l'égard de son client qui fait que le banquier n'a pas à intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte et qu'il n'a donc pas à vérifier l'affectation des fonds sauf si le contrat le prévoit expressément⁴³.

De même, les banques se refinancent sur le marché interbancaire composé de liquidités dématérialisées et placées sur des comptes d'attente qui sont pour la plupart rémunérés. La conformité de l'utilisation des fonds va donc elle aussi poser un certain nombre de problèmes à la finance islamique par rapport à la finance classique.

On exposera tout d'abord le contenu général de cette prohibition (**paragraphe 1**), avant d'en mesurer la portée en matière bancaire et financière (**paragraphe 2**).

⁴³ S. Piédelièvre et E. Putman, *Droit bancaire* Economica 2011 n°191.

Paragraphe 1. Le contenu général de l'interdit

41. Dans la religion islamique, il est interdit de boire de l'alcool et de manger de la viande de porc. L'industrie du tabac, les armes, les jeux de hasard, la pornographie ou encore les activités portant atteinte à l'environnement sont aussi interdites. Par extension, toute activité criminelle, la corruption, le monopole et en général toute activité nuisible à la société et contraire au Coran.

Pris dans leur ensemble, ces interdits sont très stricts et contraignant. Ainsi, il est en principe interdit de financer l'achat d'appareils par une compagnie aérienne qui a un service de vente d'alcool *duty free* à bord...

En outre, le contrat doit être conforme à l'éthique et les bonnes mœurs de la religion musulmane. De façon directement gênante pour les banques, la spéculation est interdite. Concrètement, la portée de l'interdit est très forte. Ainsi, il sera interdit d'investir dans une chaîne de distribution dont les magasins vendent de la viande de porc ou de l'alcool.

Paragraphe 2. La portée de l'interdit en matière bancaire et financière

42. Le dépôt de fonds sur un compte bancaire s'opère par tradition réelle ou par tradition dématérialisée. Dans les deux cas, elle se traduit par un simple jeu d'écriture transformant l'opération en un article de compte et la somme d'argent perd toute individualité, elle est fondue dans le compte et le déposant perd tout contrôle sur l'affectation des fonds, la banque ayant en outre acquis la propriété des fonds.

Cette liberté de la banque est consacrée à l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier : « sont considérés comme fonds remboursables du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer ».

Il est donc impératif dans la perspective d'un financement islamique que les actifs de la banque restent halal par opposition à haram. Autrement, dit, cette condition ne peut être

remplie que s'il existe un organe de contrôle afin d'assurer une utilisation et une gestion des fonds conformes à la Chari'a.

Dès lors, la liberté du banquier est amoindrie, mais non supprimée, ce qui à première vue ne heurte pas le principe fixé par l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier⁴⁴.

Reste encore un problème : dans la mesure où il existe un contrôle de l'affectation des fonds par un organe composé d'experts en droit musulman, le secret bancaire protégé par l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier est-il remis en cause ?

En réalité, on peut analyser la nature de l'intervention de ces experts comme entrant dans le champ de l'article L. 511-33 alinéa 3 6°) du Code monétaire et financier permettant aux banques de communiquer des informations de nature confidentielle aux personnes avec lesquelles elles négocient, concluent ou exécutent un certain nombre d'opérations, et notamment des prestations de services en vue de fonctions opérationnelles importantes.

Bien entendu, une information au client doit être délivrée et les missions du comité de contrôle doivent être précisément définies.

Pour terminer sur les interdits, on doit signaler deux obligations positives qui s'y agrègent : celle de ne pas thésauriser et le partage des bénéfices, après le versement du zakat, ou aumône, qui est l'un des cinq piliers de la foi.

L'ensemble de ces interdits et leur portée sont clairs et indiscutables. Pour l'activité bancaire traditionnelle, ils représentent un défi à relever.

D'un point de vue épistémologique, il a été montré que la typologie principale de la finance islamique se caractérise davantage par le poids du coefficient de pondération affecté à chacun des principes que la présence de principes négatifs (prohibitions) et positifs (commandements).

⁴⁴ J. Capdeville et S. Hazoug, Le compte de dépôt et la finance islamique, RD bancaire et fin. 2011, étude 33.

Les pondérations principales relatives aux traits distinctifs de la finance islamique traduisent des configurations dynamiques et variées. Ceci révèle que la finance islamique, loin d'être contraignante et figée, est une finance ouverte et plurielle offrant une variété de sentiers. D'où la nécessité d'aborder ses principes, en milieu conventionnel, avec sérénité et apaisement, à travers la dynamique pendulaire de l'échange et de l'enrichissement mutuel ⁴⁵

⁴⁵ Abderrazak BELABES, Épistémologie des principes de la finance islamique, Cahiers de la finance islamique, n°2, p. 5.

CHAPITRE 2 : LES REPONSES AUX INTERDITS

43. Problématique et plan - Additionnés les uns aux autres, les interdits de la religion musulmane semblent condamner la finance islamique à se développer de manière parallèle, avec ses propres ressources très limitées par l'impossibilité de rémunérer un risque ou encore d'identifier suffisamment l'utilisation des fonds pour ne pas financer des activités illicites.

En réalité, la finance islamique utilise des instruments juridiques souples et adaptés lui permettant de se développer tout en respectant les impératifs de la Char'ia. On examinera ces instruments que l'on peut regrouper en quatre catégories : les contrats, la banque commerciale, la banque d'affaires et l'assurance. Ils seront examinés successivement.

Plan :

Section 1. Les contrats de la finance islamique

Section 2. La banque commerciale

Section 3. La banque d'affaires

Section 4. L'assurance

Section 1 : les contrats de la finance islamique

44. Plan – Les contrats utilisés par la finance islamique sont nombreux et diversifiés. Avant d'examiner les principaux contrats nécessaires à l'activité bancaire (**paragraphe 2**), on exposera les principaux généraux applicables à tous les contrats (**paragraphe 1**).

Paragraphe 1. Les principes généraux

45. Droit comparé – Le droit français des contrats est issu d'une double tradition : celle du droit romain et celle du droit canon ⁴⁶. Concernant la finance islamique, sans faire un exposé général du droit des contrats islamiques, la tradition est très différente, y compris de la tradition anglo-saxonne. Le droit des contrats en droit musulman n'a pas la même cohérence et force théorique que le droit des contrats français.

46. Dix principes essentiels – Néanmoins, la doctrine musulmane a pu systématiser un socle minimum de règles dont l'objet est d'assurer en toutes circonstances le respect de la Chari'a. Parmi les nombreux travaux doctrinaux en la matière, on peut se reposer sur les 10 principes énoncés par Iqbal qui permettent de respecter 90% des commandements religieux ⁴⁷ :

1. Liberté de détermination des conditions du contrat
2. Accord conscient se situant dans les limites de la Chari'a
3. Interdiction de prendre la propriété d'autrui sans compensation
4. Bénéfice mutuel ou équité dans les engagements réciproques
5. Interdiction du *riba* et *gharar*
6. Attribution du profit en fonction de la prise de risque
7. Fourniture du maximum d'informations
8. Evitement d'externalités négative pour les trois parties (y compris la communauté)
9. Interdiction de l'échange inégal et des clauses léonines
10. Respect à la fois de la lettre et de l'esprit du contrat

⁴⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoeffel-Munck, *Les obligations*, Defrénois 5^e éd. 2011, n. 403.

⁴⁷ M. Iqbal, *A guide to islamic finance*, Risk Books 2007.

Concernant les parties, elles doivent être majeures, saines d'esprit au moment de la formation et de l'exécution du contrat. L'objet du contrat doit être hallal et la chose vendue propriété du vendeur. L'objet de la vente doit être clairement identifié et les parties doivent s'accorder sur la chose et le prix. La négociation joue un rôle important car elle permet aux parties par les échanges de prix de se connaître et se comprendre mutuellement. L'inspection physique du bien est très importante.

On retrouve aussi en droit musulman les classifications classiques en matière de contrat. Ainsi, les engagements unilatéraux, comme la promesse, le don, le prêt à titre gratuit et les contrats bilatéraux : échange (mourwadat), vente (bai), transfert d'usufruit (manfa), partenariat (shirkat), garantie (damanat) et la promesse d'achat et de vente.

Par rapport au droit français des contrats, le droit musulman semble compatible. On retrouve les mêmes structures (consentement, objet, cause) et les mêmes fondements moraux dont les équivalents sont le principe de bonne foi, loyauté, et interdiction de l'abus.

On peut faire la même remarque pour le droit anglais des contrats avec la notion de *consideration*, *duress* ou de *misrepresentation*⁴⁸. En somme, un esprit commun semble unir toutes les traditions juridiques pour préconiser l'équilibre et l'honnêteté dont les fondements moraux se passent de commentaires.

Il reste que des différences existent et qu'elles doivent être identifiées. On peut dire que le droit musulman des contrats n'est pas autonome et se dissout dans l'ensemble des relations sociales et des obligations religieuses.

De même, la notion d'obligation repose sur le grand principe de l'équivalence⁴⁹. L'esprit général du contrat est son caractère commutatif en vue de maintenir une égalité parfaite entre les parties. Ce souci d'équilibre peut se résumer en deux dictons : pas de rémunération sans risque et pas de profit sans risque de perte. C'est pourquoi aussi l'objet du contrat se confond avec l'obligation en vue d'assurer sa licéité.

⁴⁸ E. Boyé, *L'anglais des contrats internationaux*, 2^e éd. Litec 2007.

⁴⁹ Ch. Chéhata, *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, p. IX.

Le contrat repose sur la déclaration des parties, qawl, la théorie de la volonté implicite n'existe pas. Le contrat ne se forme pas par un échange de consentement mais par un échange de déclaration, ce qui est proche du système du droit allemand.

Paragraphe 2. Les principaux contrats nécessaires à l'activité bancaire

47. Problématique – Pris dans une optique économique et financière, l'activité bancaire se présente comme univoque : recueillir les liquidités des particuliers et des entreprises et leur prêter de l'argent contre une rémunération. Du point de vue juridique, l'activité bancaire implique l'agrégat de nombreux contrats qui s'enchaînent les uns les autres tout en conservant une autonomie. La difficulté pour respecter la Chari'a en est donc décuplée⁵⁰.

48. Distinction – Par souci de comparaison, on présentera la structure contractuelle de la banque classique et celle de la banque islamique, partant du triptyque ressources, emplois, services, commun aux deux systèmes. A cela, il faut ajouter une présentation des contrats d'accompagnement.

49. Contrats généraux – Concernant les ressources, on aura les dépôts : compte de dépôt, compte d'épargne et compte participatif. L'équivalent en droit bancaire islamique est Mudaraba/ Wadiah. Pour les emplois, on présentera le financement d'investissement, le financement commercial et les opérations bancaires.

Pour les financements d'investissement, on trouve le financement immobilier, mobilier, le matériel d'exploitation, le financement de haut de bilan, la facilité de caisse, crédit-bail, prêt personnel, mise en gage. L'équivalent musulman sera : Bai bithaman ajil, Ijara thumman al-bai, Murabaha, Bai bithaman ajil/ Mudaraba/Musharaka, Bai bithaman ajil/ Murabaha, Ijara, Bai bithaman ajil/ Bai al-einah/ Murabaha ; Rahn, Bai bithaman ajil.

Pour le financement commercial, c'est-à-dire la lettre de crédit ; la traite acceptée, garantie bancaire et crédit-export. Les équivalents musulmans sont : Wakala/ Murabaha/ Musharaka, Murabaha, Kafalah et Murabaha. Pour les opérations monétaires, la banque classique utilise le

⁵⁰ N. Mathey, La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire, RDBF , 2012, dossier 13.

papier commercial, les obligations, les bons de trésorerie et certificat de dépôt, soit en droit musulman Murabaha, Bai al-einah, Bai bithaman ajil et Mudaraba/ Bai al-dayn.

Pour les services bancaires on aura pour la banque classique : carte de débit, carte de crédit, ordre de bourse, transferts d fonds, traveller's, distributeur. Les équivalents musulmans seront : Qard hasan, Bai el-einah, et Ujr pour les trois derniers.

On voit que le nombre de contrats est plus important dans la banque classique que dans la banque islamique. En effet, pour cette dernière, il existe en fait seulement trois catégories de contrats de base qui suffisent presque à réaliser toutes les opérations juridiques.

Il y a les contrats d'échange qui incluent la vente, les contrats accessoires qui mettent un travail ou un capital à la disposition d'une personne, qui incluent les contrats de service et les libéralités, qui incluent le prêt, le dépôt et les garanties.

50. Contrats d'accompagnement – Il faut encore faire une place particulière au contrat wakala qui est soit un contrat d'agence, soit un mandat. Connaissant l'importance du mécanisme juridique de la représentation en droit des contrats, le contrat wakala ⁵¹ est incontournable.

De même, le wa'd, qui est l'équivalent de la promesse unilatérale joue un rôle important en matière bancaire, notamment pour les offres de crédit ou les contrats à terme.

Enfin, on doit signaler l'arboun, ou contrat de dépôt de garantie qui joue le rôle de l'option, laquelle est très utile dans les montages contractuels des opérations de financement.

51. Appréciation générale – Il faut cependant se méfier des nuances qui apparaissent entre les différentes traditions de pensée et selon les pays. En effet, une même opération peut recevoir différentes qualifications. Ces divergences sont source d'insécurité juridique dans les opérations de finance islamique. Le soin apporté à la rédaction des contrats pour les assortir de toutes les précautions est une caractéristique de la finance islamique.

⁵¹ V. annexe n°

De même, il faut se méfier des équivalents en droit comparé et ne pas chercher à tout prix à trouver des qualifications qui sont identiques. En droit comparé, il est préférable de parler en termes de similarité.

Enfin, on peut résumer la philosophie des contrats en droit musulman en trois principes : équilibre, liberté et sécurité.

Dans ces conditions, on peut considérer que toute opération de banque et d'investissement pourra trouver un instrument juridique adapté émanant du droit musulman le rendant parfaitement conforme à la Charia.

Section 2. La banque commerciale

52. Plan – Après avoir vu les caractéristiques générales du droit des contrats islamiques, il convient de s'intéresser aux opérations juridiques réalisées par les banques commerciales ou les banques d'affaires.

Dans la philosophie de la finance islamique, l'activité bancaire est une activité d'intermédiation d'un partenariat économique entre les déposants, apporteurs de capitaux, et les entrepreneurs, demandeurs de capitaux. Pour le droit français, la difficulté va être de pouvoir encadrer toutes ces opérations ⁵².

On présentera successivement les relations avec les déposants (**paragraphe 1**) et les relations avec les entrepreneurs (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les relations avec les déposants

53. Distinction – Les relations avec les déposants prennent la forme de services gratuits, de services payants et de partenariat pour un investissement.

⁵² I. Zeyyad Cekiki, Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique, RDBF, 2011, Etude 15.

54. Services gratuits – Les services gratuits sont le compte de dépôt ou Wadiah et le crédit gratuit, ou Qard hasan. Lorsque le déposant remet des fonds à la banque qui les conserve, cette dernière ne prend aucun risque et donc aucune rémunération n'est possible.

En revanche, la banque qui va utiliser ces fonds pour les investir ou les prêter prend un risque qui constituera un profit licite si l'opération réussie. Le compte est garanti et ne peut jamais être débiteur. Il fait souvent l'objet de services supplémentaires comme les chèquiers, cartes de crédit et retrait d'espèces.

Le prêt est gratuit car il doit être la manifestation du rôle social de la banque. Que ce soit un prêt de biens fongibles comme l'argent ou non fongible, prêt à usage, il doit constituer une aide au prochain. La somme ou la chose prêtée sera restituée dans son intégralité à la date convenue sans intérêt ni rémunération.

Le prêteur peut réclamer la restitution de manière anticipée. Il a le droit de facturer des frais administratifs et peut exiger la remise d'un bien en gage.

55. Services payants – Les services payants permettent aux banques de gagner de l'argent sans utiliser les fonds qu'elle détient. Ces services n'apparaissent pas présenter de spécificités particulières avec les pratiques des banques classiques.

56. Lettre de crédit – Pour mémoire, on rappellera les deux services payants les plus courants : la lettre de crédit qui utilise la technique de la wakala. La banque est l'agent (waki) de son client. Ainsi, le client demande à sa banque une lettre de crédit et la désigne comme son agent pour une opération X. la banque réclame à son client un dépôt – wadiah – dont le montant est strictement celui de la transaction.

La banque établit la lettre de crédit et paie la contrepartie de la transaction qui sera transférée au client. Ce dernier doit alors régler une commission – ujr – selon un calendrier fixé à l'avance.

57. Lettre de garantie – La lettre de garantie est une variante utilisée pour faciliter une transaction avec un opérateur qui ne connaît pas le client de la banque. Pour instaurer la confiance, c'est la banque qui garantit l'opérateur en cas de défaillance du client et la garantie

se transforme alors en prêt. C'est encore en utilisant la technique du dépôt et en facturant une commission que cette opération est organisée.

Cette commission est justifiée non pas par le service rendu à proprement dit, car cela revient à pratiquer un intérêt, mais par une « nécessité » – durura – qui légitime ce versement. En effet, la lettre de garantie est nécessaire pour mettre en rapport des opérateurs qui ne se connaissent pas donc l'intervention de la banque est nécessaire et peut justifier la perception d'une somme d'argent à ce titre.

La Chaabi banque, filiale de la banque populaire du Maroc a lancé en 2011 en France le premier compte de dépôt en banque compatible avec la Chari'a. Une étude de ce service bancaire a montré que l'exclusion de l'intérêt ne posait pas de problèmes particuliers. En revanche, le contrôle de l'utilisation des fonds déposées soulevait beaucoup plus de difficultés juridiques⁵³.

Seule l'intervention d'un comité Chari'a peut assurer la licéité de l'affectation des fonds. Cependant, cette intervention n'a pas pour effet de priver le banquier de la liberté d'utiliser les fonds, cette liberté étant seulement limitée. En outre, le contrôle du comité Chari'a ne remet pas en cause le secret bancaire.

En effet, la combinaison de l'article L. 511-33 al. 3, 6° du Code monétaire et financier et des conditions générales de la Banque Chaabi autorise le banquier à utiliser des informations confidentielles de leurs clients avec les personnes avec qui il négocie, conclue et exécute un certain nombre d'opérations de prestations de services.

Paragraphe 2. Les relations avec les entrepreneurs

58. Distinction – En ce qui concerne les entrepreneurs, la nature des rapports avec la banque est différente de ceux qu'elle peut avoir avec un simple particulier.

⁵³ J. Lasserre Capdeville, S. Hazoug, « *Le compte de dépôt et la finance islamique* », RDBF, 2011, Etude 33.

Mis à part des opérations d'investissement particulières, le déposant n'a besoin que de services bancaires pour pouvoir utiliser au mieux son argent. Avec les entreprises, il s'agit de nouer des relations beaucoup plus ambitieuses et risquées, elles se définissent d'abord par la nature des relations qui lient les protagonistes qui se sont réunis en entreprise.

59. Les trois types de partenariat – En effet, l'entreprise n'est pas un concept juridique mais économique. En droit musulman, le partenariat en vue de réaliser un projet économique se manifeste de trois façons. La première est le partenariat de travail où plusieurs personnes réalisent un travail pour le compte d'autrui.

Il existe ensuite le partenariat personnel où deux ou plusieurs partenaires achètent des biens à crédit dont ils répartissent la charge selon une clé de répartition définie entre eux et qui répartit aussi les profits.

Enfin, il y a le partenariat en capital dans lequel les partenaires apportent chacun une contribution pour constituer un capital social destiné à investir dans un projet. Si la répartition du profit se fait aussi selon une clé, les statuts peuvent prévoir une différence entre le capital investi et la part de profit ainsi que pour les pertes.

60. Choix de la structure juridique et intervention de la banque – Quel que soit le mode de répartition des profits et des pertes, qui n'intéresse pas la banque, il s'agit généralement d'investissements lourds et qui s'étalent sur une longue période. Tout projet de financement de cette importance reposé sur le schéma suivant : les protagonistes déterminent la nature et la quantité des apports en capital, industrie ou nature.

Le rôle de chacun dans l'entreprise est ensuite défini, ainsi que la clé de répartition des bénéfices et des pertes, la durée du partenariat, les causes de rupture anticipée. Encore une fois, même s'ils sont importants, ces choix ne regardent pas la banque.

En revanche, la banque islamique est vigilante sur son intervention pour vérifier la conformité aux principes du droit musulman et utilise deux instruments juridiques : la mudaraba ou la musharaka.

61. La mudaraba – La mudaraba répond à une situation des plus classiques qui associe un entrepreneur ambitieux mais sans argent et un investisseur riche qui n'a qu'une idée en tête : un rendement financier. La mudaraba correspond ainsi à la société en commandite où l'associé commanditaire prend une participation dans la société mais ne gère pas tandis que l'associé commandité gère tout en étant intéressé au résultat.

On pense aussi au mécanisme de la fiducie dont lequel l'entrepreneur détient les fonds et en fait un usage conforme à la Chari'a.

Pour la banque, le schéma est idéal : elle apporte les fonds et en reste propriétaire. Même si elle n'est pas associée à la gestion de l'entreprise, la banque a accès aux informations réservés aux associés pour vérifier que les fonds sont bien affectés au projet. De plus, la banque pourra aussi se faire consentir des sûretés pour la garantie de sa dette.

A la fin de l'opération, la banque récupère son bien, à savoir la somme d'argent qui a permis sa réalisation et cela avant toute répartition des profits et des pertes qui aura été définie préalablement sur la base d'un pourcentage.

62. La musharaka – La musharaka est un montage juridique qui permet à la banque si elle le souhaite d'entrer comme un partenaire à part entière dans le projet. Son droit de regard est alors total sur la conduite des opérations qu'elle supervise et qu'elle peut aider en apportant son savoir-faire financier. La banque est aussi assurée de recevoir un retour sur investissement régulier.

En revanche, la banque est étroitement associée aux pertes sur la base du pourcentage défini préalablement entre les parties.

Par rapport aux concepts juridiques occidentaux, la musharaka est très proche d'un joint venture ou co-entreprises⁵⁴. En pratique, la banque aura intérêt à prévoir un retrait progressif de sa participation dans l'entreprise, au fur et à mesure de la réalisation du projet, par un transfert des titres de partenariat.

⁵⁴ V. Pironon, *Les joint ventures - Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, préf. Ph. Fouchard, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz 2004.

La banque corrèle ainsi la croissance du capital avec la diminution du risque de perte. Il est même possible de prévoir une participation temporaire. La musharaka dégressive ou temporaire est ainsi utilisée dans le financement immobilier.

63. Le financement par la dette – Concernant la banque d'affaires, il reste encore à présenter les mécanismes de financement par la dette. Il existe ainsi le bail bitahaman ajil (BBA) - murabaha ou crédit acheteur, le salam ou avance de trésorerie et l'ijara, ou crédit-bail.

64. Le bail bitahaman ajil (BBA) - murabaha – La vente, bai, avec paiement différé est la base des relations économiques simples. Pour être conforme à la loi islamique, la banque achète au nom et pour le compte de son client bien choisi par ce dernier. Le plus souvent, cette opération fait intervenir un tiers ou agent qui sera la banque et qui sert ici uniquement d'intermédiaire⁵⁵.

Dans ce cas, il y aura un contrat entre la banque et son client et le vendeur avec la banque. Au départ de l'opération, la banque s'engage à acheter un bien (*promise to buy*) avec le client. A ce stade, seule la banque court un risque. Ensuite, la vente a lieu et le vendeur adresse la facture à la banque qui en règle le montant. Enfin, par un contrat murabaha, le client achète le bien à la banque et le contrat prévoit les conditions de paiement.

Concrètement, le vendeur va livrer le bien directement à l'acheteur qui agit en qualité de mandataire de la banque. C'est l'acheteur qui informe la banque de la bonne réception du bien. La rémunération de la banque va dépendre de la rentabilité de la marchandise. Ainsi, s'agissant de produits de première nécessité, la marge de la banque sera faible.

Dans la pratique, lorsque la banque et son client sont en fort courant d'affaire, les parties concluront un *master agreement murabaha*. Dans ce cas, la banque et le client signent un accord par lequel la banque s'engage à acheter un bien identifié et dont le prix est convenu.

⁵⁵ F. Durand, S. Hazoug, *La murabaha*, RDBF 2011, étude 16.

La banque mandate ensuite son client pour acheter le bien qui informera celle-ci sur le bon déroulement des opérations, notamment la banque peut vérifier la livraison et payer le vendeur si tout va bien. Enfin, la banque vend le bien à son client qui paiera de manière échelonnée.

On voit clairement que grâce à ces mécanismes, la banque est en position de pouvoir vérifier la licéité de l'opération au regard des principes de la Chari'a. En outre, ce schéma juridique permet de limiter au maximum les incertitudes.

Enfin, en cas de difficulté entre le client et le vendeur, la banque pourra se prévaloir de pénalités de retard qui seront versées dans un compte séparé, sachant que la banque aura aussi pris soin de se faire consentir un gage sur le bien.

65. Salam – La transaction salam correspond à une situation très banale : un besoin de trésorerie pour régler immédiatement un créancier. De manière générale, les entreprises négocient avec leur banque leurs besoins en termes de fond de roulement. Or, la finance islamique qui récuse toute financement d'un bien ou d'un besoin futur doit néanmoins proposer une solution pour faire face à des règlements immédiats mais imprévus.

Pour y parvenir, la banque va s'engager dans un contrat cadre à acheter un certain nombre de biens dont la nature et la quantité sont déterminés contre une facture pro-forma détaillée. Ensuite, au cas par cas et selon les besoins, dans des contrats d'application, la banque achète les biens et mandate son client pour qu'il puisse déterminer les conditions de réalisation de la vente, comme le lieu de livraison.

66. Ijara – Les entreprises ont parfois besoin de mettre en place des investissements très lourds dont le financement ne peut que s'étaler sur de nombreuses années. Dans ce cas, seule la location simple ou la location avec option d'achat peut permettre de réaliser l'opération. Les juristes occidentaux ont ainsi développé le crédit-bail qui prend le nom d'ijara dans la finance islamique.

L'opération fait intervenir trois acteurs : un fournisseur de biens, la banque – ajir – qui achète l'équipement et devient bailleur et le client qui devient locataire en payant un loyer.

Au terme du contrat, selon les stipulations convenues, le client rend le bien ou l'acquiert. Il peut encore proroger la location.

En réalité, tout dépend de la valeur vénale du bien à la fin de la période de location. Généralement, la banque mandate son client comme agent pour agir en son nom et pour son compte.

67. Contrat d'entreprise ou istisna – Le droit islamique connaît une variante de salam qui permet de réaliser une opération immobilière sur un bien futur. Il s'agit de financer les travaux des grandes infrastructures ou tout simplement la construction d'une maison.

Dans le droit français, on connaît le mécanisme de la VEFA. Une personne demande à un entrepreneur de réaliser une construction et une fois que tous les éléments sont définis et le bien livré à la banque, celle-ci intervient pour en transférer la propriété au client. Il est important que les engagements des parties soient irrévocables.

Pour résumer l'essentiel, il faut retenir que la finance islamique cherche à associer chaque mouvement monétaire à un actif tangible qui est soit fabriqué, soit acheté. Le financement est toujours la conséquence d'une transaction matérielle. Cette donnée est beaucoup plus problématique dans l'activité de la banque d'affaires, comme nous allons le voir à présent.

Section 3. La banque d'affaires

68. Plan – La banque d'affaires est une activité différente de la banque commerciale. La banque commerciale consiste à rapprocher celui qui a besoin de fonds de celui qui en possède. La banque assure ici une activité d'intermédiation et se rémunère en rendant ce service et tous les services qui sont associés.

La banque d'affaires est une activité beaucoup plus complexe. Il s'agit d'aider les entreprises, qui sont généralement de grande envergure, à lever des fonds afin de développer leurs activités et réaliser des investissements ambitieux.

La banque apporte son savoir-faire en matière d'ingénierie financière et les fonds récoltés viennent moins de la banque que des marchés financiers, mais pas toujours.

C'est pourquoi, on distingue le *private equity*, qui s'occupe de capital risque ne faisant pas appel public à l'épargne, de la *brokerage* qui traite des introductions en bourse et la tenue de marché.

Le tout, comme pour la banque commerciale, est encore de respecter les principes de la finance islamique. On examinera les trois principales activités de la banque d'affaires, à savoir l'émission de titre (**paragraphe 1**), les opérations sur dérivés (**paragraphe 2**), et les financement de projets (**paragraphe 3**).

Paragraphe 1. Les émissions de titre

69. Problématique – Il est difficile pour les entreprises de recourir aux émissions de titres tout en respectant intégralement la loi islamique. D'ailleurs, toutes les entreprises dont l'activité n'est pas licite sont exclues de toute participation à la finance islamique. En outre, tout titre doit reposer sur un sous-jacent réel et évidemment aucun intérêt ne peut être versé pour rémunérer la mise en place d'un appel public à l'épargne.

En tant que conseil, la banque d'affaires va donc jouer un rôle essentiel pour mettre en place une émission de titres conforme à la Chari'a. De même, dans le cadre de son devoir de conseil et de mise en garde, le banquier va être en mesure de limiter le risque d'ignorance (*jahl*) et d'incertitude (*gharar*)⁵⁶.

Enfin, la finance islamique cherche à éviter toute manipulation, comme faire monter artificiellement le cours d'un titre ou acheter les titres sans dévoiler ses véritables intentions, ces manœuvres, ou *najash*, étant prohibées en droit musulman.

⁵⁶ M. Storck, I. Zeyade Cekici, « *Les sukuk : aspects de droit français et de droit musulman* », RDBF ; 2011, étude 17.

Malgré ces interdits, la finance islamique a réussi à mettre en place des techniques de financement faisant appel au marché qui l'on regroupe sous l'appellation générique de « sukuk ». Le succès des sukuk tient pour une bonne part à leur certification en 1988 par la *Fiqh Academy* de l'organisation de la Conférence islamique.

Dès lors, la doctrine s'accorde à dire que des OPCVM peuvent être créés en France en respectant les prescriptions de la Chari'a⁵⁷.

70. Mécanisme du sukuk – Le schéma est le suivant : sur les conseils d'une banque d'affaires, un entrepreneur crée une société *ad hoc* (SPV : *special purpose vehicle*) dont la banque et/ou l'entrepreneur seront les gestionnaires. Les fonds sont levés par une émission de titres et le SPV investi dans l'opération prévue par l'entrepreneur, généralement par l'acquisition d'un sous-jacent comme contrepartie d'un actif réel.

La durée du SPV est égale à celle du projet et le profit revient à l'entrepreneur après rémunération des porteurs de titre et du gestionnaire. A l'échéance, les actifs sont transférés à l'entreprise.

Bien entendu, un comité Chari'a aura préalablement émis un avis favorable sur la conformité du SPV et du sukuk. L'impact juridique de l'utilisation du mécanisme du droit de propriété rapproche le sukuk du trust anglo-saxon ou de la fiducie en droit français⁵⁸.

Bien entendu, il s'agit d'un schéma puisque les variantes sont nombreuses, l'Organisation pour la comptabilité et l'audit des institutions de finance islamique (AAOIFI) en reconnaît 14. Cette diversification se concrétise par l'association d'un sukuk à un contrat dont l'objet est d'assurer le transfert de l'actif du fournisseur au SPV (achat du bien) et du SPV à l'entreprise de l'investisseur.

On aura ainsi un sukuk murarbaha, un sukuk salam ou encore un sukuk ijara ou istisna. Ces techniques sont utilisées en fonction du projet à financer : murabaha pour le commerce, istisna pour les infrastructures, salam pour les biens fongibles et ijara pour les équipements.

⁵⁷ I. Riassetto, « *Les fonds islamiques* », RDBF, 2011, étude 18.

⁵⁸ F. Barrière, « *Propriété, fiducie et sukuk* », JCP éd. affaires, 2011, 1203.

Le plus important pour la finance islamique est que les actifs précèdent les titres qui vont être créés pour réaliser l'opération. Les actifs possédés par une société et qui sont la cible du projet d'investissement vont être identifiés dans leur nature et évalués dans leur montant. Les actifs sont transférés au profit du SPV qui émettra ensuite des obligations.

Au cours des trente dernières années, les banques islamiques ont élaboré à partir des principes de base et des structures d'investissement classiques que le monde islamique a connus depuis le VII^{ème} siècle, des structures d'investissement de plus en plus sophistiquées, afin d'offrir à des investisseurs d'abord au Moyen-Orient et en Asie du Sud-Est et désormais, de manière plus marquée, dans d'autres places financières, des investissements compétitifs par rapport aux investissements conventionnels.

C'est ainsi que l'on peut parler de l'émergence d'un marché international de capitaux islamiques avec un nombre croissant d'émissions de sukuk, d'abord dans quelques juridictions isolées (Malaisie) mais de plus en plus désormais sur les grandes places financières européennes, y compris en France et asiatiques. Le volume des émissions de sukuk est passé de 2 milliards de dollars US en 2002 à un volume estimé actuellement à 70 milliards de dollars américains.

L'agence de notation Standard & Poor's a également récemment estimé que le volume des émissions de sukuk devrait franchir la barre des 1200 milliards de dollars US d'ici 2014.

Bien qu'il soit parfois fait référence aux sukuk par terme d'«obligation islamique», cet instrument consiste plutôt en un certificat d'investissement à moyen ou long terme qui donne à l'investisseur une fraction indivise d'un actif sous-jacent tangible, proportionnelle à son investissement.

Les sukuk matérialisent le droit patrimonial de l'investisseur. Les sommes souscrites au terme de l'émission des sukuk sont alors employées à l'acquisition d'un actif sous-jacent, qui sera détenu à titre fiduciaire au profit de l'investisseur/porteur de sukuk à hauteur de la fraction détenue. Le rendement servi par l'émetteur de sukuk aux porteurs de ces titres est lié à la performance (et au risque) de l'actif sous-jacent.

Les sukuk se combinent fréquemment avec une structure d'ijara. Il existe d'autres structures de sukuk combinant notamment sukuk et mousharaka. L'*Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions* (AAOIFI) a identifié quatorze différentes structures de sukuk.

La sophistication accrue et la globalisation des acteurs intervenant dans la structuration, la documentation, la distribution et la notation des investissements islamiques ont contribué de manière significative à assurer d'abord une visibilité renforcée et ensuite une plus grande acceptation des investissements islamiques⁵⁹.

Ce processus a ainsi permis à des catégories d'investisseurs jusqu'alors cantonnés aux techniques des investissements «conventionnels», d'accéder à des instruments d'investissements offrant un risque et un rendement compétitifs par rapport à l'offre «conventionnelle»⁶⁰.

Enfin, une commission fixe permet de rémunérer les services bancaires, *brokerage*, qui incluent aussi aux frais engagés par la banque pour tenir les comptes.

Paragraphe 2. Les opérations sur dérivés

71. Problématique – Les opérations sur dérivés constituent une activité essentielle de la banque d'affaires⁶¹. Il existe trois grandes catégories de valeurs mobilières négociables sur les marchés financiers :

Les actions (titres de propriété), les obligations (titres de créance) et les produits dérivés (instruments financiers).

⁵⁹ Jacques Charlin, « *Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara, à propos de la finance islamique* », JCP Entreprise et Affaires n° 41, 8 octobre 2009

⁶⁰ Mohamed HAMRA-KROUHA, Bulletin Joly Bourse, 1^{er} avril 2009 n° 2, p. 153

⁶¹ J.B. Mojuyé, *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures...)* en France et aux Etats Unis, LGDJ 2005.

Les produits dérivés sont des instruments financiers dont la valeur varie en fonction du prix/niveau d'un actif appelé sous-jacent ⁶². Le sous-jacent peut être de différentes natures. □ Il peut s'agir d'une action, d'un indice, d'une monnaie, d'un taux...

Le produit dérivé va permettre de pouvoir profiter des fluctuations de l'actif sans avoir à l'acheter ou le vendre lui-même. Ces produits reproduisent à la hausse et/ou à la baisse les variations du sous-jacent. □ □

Ces instruments financiers ont été créés à l'origine pour se protéger des risques financiers, telles que les évolutions des prix des matières premières, ou les évolutions des taux de change des monnaies.

Exemple : □ Un produit dérivé X qui verrait sa valeur s'accroître lorsque l'euro s'apprécie par rapport au dollar serait un instrument financier capable de protéger une société exportatrice européenne de compenser sa perte de change dans le cas d'une vente en dollars.

□ Les produits dérivés possèdent l'avantage de pouvoir exécuter une transaction sur un actif qu'il serait difficile de réaliser directement sur le sous-jacent lui-même pour des raisons de fiscalité, réglementaire, ou simplement pratiques comme le stockage matières premières.

Exemple : □ De nombreux produits dérivés cotés à Paris permettent d'investir sur les métaux (fer, nickel...) alors qu'ils ne sont pas cotés sur Euronext Paris. Ces produits reproduisent les fluctuations de ces métaux sur les places étrangères.

Exemple : □ Vous êtes convaincu de la hausse du CAC 40. Au lieu d'acheter les 40 valeurs phares de la place parisienne, qui n'ont pas la même pondération dans l'indice, vous avez la possibilité d'acheter un produit nommé *tracker* qui va reproduire les variations du CAC 40. □ □

Proches du mécanisme de l'assurance, ces produits ont connu une forte expansion depuis les années 80 et représentent une part importante de l'activité sur les places financières. □ □

⁶² A. Gaudemet, *Les dérivés*, Economica 2010.

Les objectifs des produits dérivés sont nombreux :

Ils permettent de se protéger contre un risque financier, soit une politique de couverture.

Ils permettent d'investir dans produits avec un fort effet levier qui permettent d'espérer un gros gain (ou une grosse perte) en un temps réduit. Il s'agit alors de spéculation.

En somme, les dérivés permettent de limiter les risques en les lissant par le jeu d'une option qui permet d'échanger les risques, *swaps*, ou de les affecter plus tard, *forwards* et *futures*.

Ce traitement du risque en vue de le réduire est propice à son utilisation par la finance islamique. Cependant, il n'existe pas de licéité générale et ces produits sont tellement complexes et différenciés qu'il convient de les considérer isolément.

En outre, et c'est un peu paradoxal, les dérivés sont réservés aux professionnels de haut vol de la finance et ils peuvent provoquer des pertes très importantes. C'est en fait un produit risqué et l'amplitude des pertes pour une partie étant celle des gains pour l'autre partie, l'harmonie sociale serait brisée, ce que cherche justement à éviter le Coran. Pour le musulman, les interdits du Coran sont pacificateurs

72. Futures – Pour les futures qui consistent à convenir aujourd'hui du prix et de la quantité d'un sous-jacent dont le règlement et la livraison seront effectués à une date ultérieure. A première vue, la finance islamique est contre ces produits qui fonctionnent à partir d'une opération qui en réalité n'a jamais lieu, notamment si le sous-jacent n'est pas un produit matériel.

La vente n'ayant pas lieu, le bien n'étant détenu par le vendeur qui doit être payé immédiatement, ces contrats sont illicites.

Pour autant, la finance islamique se montre capable d'acclimater ces produits pour les rendre licites. En droit musulman, la vente au comptant est un modèle idéal qui semble exclure les *futures*. Pourtant, pour l'Ecole Hanefite, il est possible de mettre en place un contrat de salam pour recevoir une contrepartie censée garantir la valeur d'une éventuelle dépréciation.

Prenons l'exemple d'un importateur qui doit payer en devise une somme d'argent à un exportateur à une certaine date. Il obtient que sa banque emprunte le même montant libellé dans sa monnaie et pour la même durée que le paiement différé à un investisseur local. Ce montage se réalise par plusieurs contrats de murabaha à trois personnes.

73. Moucharaka de financement à l'importation – La Moucharaka est souvent utilisée pour le financement des importations.

Prenons l'exemple nigérien d'Umm Abdul Rahman qui est dans l'industrie automobile. Elle possède un atelier à Kano et achète des pièces détachées pour des pickup de modèle Toyota Hilux populaires dans la région.

Chaque mois elle a besoin d'importer pour une valeur de 3.135.000 Naira de pièces détachées (environ 25.000 USD \$). Elle dispose généralement de 800.000 Naira pour s'approvisionner et a besoin d'un crédit pour le reste.

Umm s'adresse à sa banque islamique locale et conclut un contrat de Moucharaka. La banque apporte à l'entreprise des liquidités et des services pour une valeur de 3.135.000 Naira (les services peuvent inclure une lettre de crédit et des devises étrangères à un coût fixe incorporé dans la valeur des unités du partenariat) et Umm apporte 800.000 Naira en espèces ainsi que ses compétences.

Bien qu'Umm soit partenaire chargée de la gestion et de la commande des pièces, la banque apporte pour sa part les services nécessaires à l'achat de la marchandise, y compris des yens japonais et les lettres de crédit qui pourraient être nécessaires. Lorsque la marchandise arrive à Kano, Umm peut choisir celle dont il aura effectivement besoin.

74. Option – le mécanisme de l'option permet à l'une des parties moyennement le paiement d'une prime de réaliser une opération à telle date et à tel prix. Or, le droit islamique estime qu'une promesse ne peut faire l'objet d'une transaction car ce serait exploiter un bien qui appartient à autrui.

En revanche, le droit musulman accepte la vente avec arrhes, le contrat bai al arboon : l'acheteur verse une somme qui est perdue s'il ne poursuit pas l'achat et déduite de son montant si l'achat a lieu.

75. Bai al Arboon – Le Bai al Arboon est un dépôt de garantie non remboursable versé par un acheteur en règlement partiel d'un bien qu'il a l'intention d'acheter et qui porte généralement sur des marchandises qui seront livrées à une date ultérieure.

Le dépôt de garantie représente une partie du prix global convenu entre l'acheteur et le vendeur mais il n'est pas remboursable si, par la suite, l'acheteur ne prend pas livraison de la marchandise.

Pour simplifier, elle se présente comme suit : Acheteur et vendeur se mettent d'accord sur un prix et l'acheteur verse le dépôt de garantie (20% du prix d'achat, par exemple). Le bien visé est défini et la date de livraison fixée.

Le jour de la livraison, le vendeur livre le bien à l'acheteur, ou l'acheteur en prend possession auprès du vendeur. Le jour de la livraison, une fois le bien contrôlé, l'acheteur verse le solde du prix d'achat (80% du prix d'achat initial, par exemple).

Exemple de Bai al Arboon – Mon frère accepte d'acheter une moto à Biker's Best, un spécialiste des motos, au prix de 4.995 €. La moto n'est pas neuve et est en exposition au garage depuis plusieurs semaines. Le vendeur doit la contrôler avant que l'acheteur en prenne possession, et s'assurer qu'elle est techniquement apte à prendre la route.

Bien que la transaction soit conclue, le vendeur veut une garantie, et ne souhaite pas, une fois sa part du contrat remplie, se retrouver face à un acheteur qui a changé d'avis.

Le vendeur demande donc un dépôt de garantie fixé, d'un commun accord, à 995 €. Lorsque mon frère va récupérer la moto, il acquitte les 4.000 € restant.

S'il avait renoncé à l'achat, le vendeur aurait conservé les 995 € déposés par l'acheteur pour couvrir le coût du travail lié à la préparation de la moto en vue de sa vente.

Ainsi, les *call* peuvent être créés en utilisant cette technique. L'idée est de pouvoir prendre en considération que le prix de l'option rémunère une absence d'information suffisante sur un produit et de neutraliser les effets de la dissimulation par le vendeur d'éléments propres à éclairer le choix final de l'acheteur.

On utilisera aussi les contrats khiyar al-shart, option de stipulation qui permet à chaque partie de confirmer le contrat. Le khiyar al-tayeen, ou option de choix qui permet aux deux parties d'acquiescer ou de vendre un article particulier choisi parmi plusieurs variétés.

76. Swaps – Pour les swaps, on utilise le contrat al-muragha qui consiste en un échange de devises suivi d'un autre échange dans le même temps et pour le même montant. Dans l'intervalle, les parties ont pu placer sur le marché correspondant les ressources échangées et éventuellement en tirer un bénéfice.

Selon la doctrine, la licéité en droit islamique de ce contrat est controversée⁶³. En effet, on peut y voir une cession de dette croisée et l'aléa est trop fort pour rester respectueux du Coran.

Paragraphe 3. Le financement de projets

78. Problématique – Le financement de projets suppose qu'une entreprise de grande envergure souhaite mettre en place des infrastructures nécessaires au développement économique d'un pays : centrales électriques, centrales nucléaires, stations d'épuration, autoroutes, viaducs, barrage...

Le financement de projets appelle la réunion de fonds tellement importants et l'agrégats de nombreuses opérations de sorte que plusieurs banques doivent intervenir⁶⁴, dans toutes ne peuvent pas être islamiques.

⁶³ F. Guéranger, *Finance islamique*, Dunod 2009, p. 170.

⁶⁴ C'est de toute façon le cas des grandes opérations financières en général, voir Y. Zein, *Les pools bancaires*, Economica 1988.

79. Montage – Dans la mesure où ses projets sont souvent publics, une structure de gestion associant tous les partenaires est nécessaire. Or, ces partenaires sont extrêmement nombreux.

Premièrement, interviennent les apporteurs de capitaux qui sont les promoteurs disposant de capitaux propres, les banques et les agences internationales comme le FMI ou la Banque islamique de Développement.

Deuxièmement, interviennent les constructeurs, les fournisseurs de matériaux et les prestataires de service. Là encore, on retrouve une logique de consortium qui rend encore plus complexe les choses, notamment avec l'incidence des conflits de lois et de juridictions.

Enfin, on a les utilisateurs directs et indirects du projet qui concluent un contrat de commercialisation, de concession ou directement par une collectivité publique. Il faut aussi ajouter les partenaires à qui sera confiée la maintenance du projet.

Pour pouvoir assurer la cohérence de l'ensemble, la structure de gestion va concentrer le pouvoir de commandement et de direction, tel un chef d'orchestre. Il s'agit aussi de gérer la masse de contrats, les transferts de garantie et les assurances.

Pour la construction, on utilisera des contrats de type istinaa, pour les apports de fonds, les contrats de type moucharaka ou l'émission de sukuk pour le financement futur. Enfin, pour l'exploitation, on utilisera les contrats ijara et salam.

80. Les partenariats publics-privés – Les partenariats publics privés qui se trouvent aujourd'hui en manque de sources de financement peuvent se tourner vers les fonds islamiques.

En outre, depuis les instructions fiscales du 24 août 2010 qui neutralisent les frottement fiscaux liés aux transferts successifs de propriété, la finance islamique est appelée à jouer un rôle non négligeable ⁶⁵.

⁶⁵ S. Braconnier & J. F. Vaissier, « *Le recours à un financement de projets incluant une tranche islamique dans le cadre de partenariats public-privé français : mythe ou future réalité ?* » Contrats et marchés publics, Mars 2013 Pratique professionnelle.

Pour autant, En Europe, aucun financement PPP Charia-compatible n'a à ce jour été réalisé.

La question a été posée de savoir si les partenariats publics privés avec un financement Charia-compatible pouvaient être un moyen adéquat pour favoriser l'essor de la finance islamique.

Des réserves ont été émises sur cette éventualité. En effet, les PPP font l'objet d'appels d'offres, et un PPP Charia-compatible doit répondre au cahier des charges d'un appel d'offres tout en représentant une alternative compétitive par rapport à la concurrence. En effet, le droit des marchés publics implique un appel d'offre.

Or, les projets Charia-compatibles nécessitent la création de nombreuses entités juridiques et une structuration financière plus complexe et moins flexible en cas de refinancement. Dans ces conditions, le prix de sortie d'un PPP Charia-compatible tend à être plus cher, donc moins compétitif, sans représenter nécessairement un avantage concurrentiel évident du point de vue des pouvoirs publics.

Par ailleurs, une structuration financière Charia-compatible requiert l'approbation d'un Conseil de conformité éthique dans le respect des délais relativement courts imposés par le cahier des charges de réponse à appel d'offres d'un PPP. Ces délais pourraient être raccourcis si les structurations étaient standardisées mais, précisément, rares sont les PPP standards.

Ils impliquent souvent des montages juridiques complexes, or, les membres des Conseil de conformité éthique doivent avoir le temps de les analyser avant de rendre leur avis. De manière, générale, on peut donc indiquer que la finance islamique est une alternative intéressante pour le financement de grands projets ⁶⁶.

Section 4. L'assurance

⁶⁶ H. Martin-Sisteron, « *OPCVM islamique, Un mode de financement innovant pour les infrastructures ?* » Revue Banque, 2013, p. 69.

81. Définition – Le concept même d’assurance pose beaucoup de problèmes pour le droit islamique ⁶⁷.

De manière générale, l’assurance est un système qui permet de prémunir un individu, une association ou une entreprise contre les conséquences financières et économiques liées à la survenance d’un risque qui est un événement aléatoire particulier et imprévisible ⁶⁸.

L’assurance pose un problème de principe au droit musulman qui sera rappelé (**Paragraphe 1**), avant de voir comment il est partiellement résolu avec le recours à l’instrument juridique du takaful (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le problème de l’assurance en droit musulman

82. Le moyen mis en œuvre par les organismes d’assurance pour les prémunir contre ce risque est de les associer à une communauté de personnes, les assurés, qui cotisent pour être en mesure d’indemniser ceux parmi ses membres qui subiraient des dommages matériels ou corporels en cas de réalisation du risque.

Ainsi, dans la mesure où c’est l’ensemble de la communauté des assurés qui prend matériellement en charge les dommages subis par ses membres frappés par la réalisation du risque, l’assurance est un système de gestion des risques basé sur la notion de solidarité.

83. Assurance et droit musulman – Pour le droit musulman, l’assurance est en principe haram, péché car toutes les questions qui touchent l’avenir sont hors de la volonté humaine. En outre, le destin de l’homme étant entre les mains de Dieu, cette dépendance doit être acceptée et l’assurance est donc inutile, voire néfaste. Enfin, l’assurance repose sur l’aléa et se rapproche dangereusement à ce titre au jeu, or le maysir, ou l’interdiction de s’enrichir au détriment d’autrui, s’y oppose.

⁶⁷ F. Guéranger, *Finance islamique*, Dunod 2009, p. 187.

⁶⁸ Y. Lambert-Faivre & L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz 12^e éd. n. 2.

Pour autant, de nombreux juristes musulmans estiment que prendre des précautions ne signifie pas de défier de Dieu et la dépendance pure de l'homme à Allah n'est pas remise en cause.

En outre, la couverture d'un risque financier se justifie par des raisons d'efficacité et d'équité économique. En effet, à partir du moment où un opérateur économique refuse d'assumer un risque, notamment en raison de son coût, il doit pouvoir en transférer la charge sur un tiers assureur qui acceptera de supporter ce risque en contrepartie d'une prime.

Autrement dit, il s'agit d'échanger une incertitude dont la réalisation est faible mais qui peut être très coûteuse en cas de survenance contre une certitude qui est le versement d'une prime dont le montant reste modeste.

84. Exemple en droit libanais de l'assurance-vie - La présence d'une obligation aléatoire dans le contrat d'assurance vie touche son équilibre contractuel. Ce déséquilibre sera nécessairement au profit de l'une des parties et au détriment de l'autre. L'une affectée, par le fait même, d'un gain non calculé à l'avance, réalisé donc sans effort et justifié uniquement par l'aléa⁶⁹. L'obligation aléatoire introduit donc dans le contrat d'assurance-vie un déséquilibre initial des prestations ainsi qu'une incertitude sur le solde définitif des prestations.

85. L'absence d'équilibre initial des prestations - La présence d'une obligation aléatoire dans un contrat soumet la réalisation ou la durée de la prestation à un événement incertain. Le contrat aléatoire en combinant une obligation aléatoire et une obligation non aléatoire, réalise un décalage qui provoque un déséquilibre dans l'économie du contrat au moment de l'échange des consentements.

Il existe alors un défaut objectif d'équivalence des prestations dès la formation du contrat, l'une pouvant être dérisoire, voire inexistante⁷⁰. Ainsi, lors de la conclusion du contrat d'assurance, le souscripteur est tenu au paiement de la prime du contrat et l'assureur ne paie le capital assuré qu'à la survenance du risque.

⁶⁹ N. COMAIR OBEID, *Les contrats en droit musulman des affaires*, thèse paris II, 1995

⁷⁰ A. MORIN, *contribution à l'étude des contrats aléatoires*, collection des thèses de l'école doctorale de Clermont-Ferrand, 1998, p.48.

La présence d'une obligation aléatoire provoque également une incertitude sur le résultat final de la convention, vecteur d'un risque de gain ou de perte pour chacune des parties.

86. Incertitude sur le solde définitif des prestations - Au sens de l'art.171 du C.O.C libanais la valeur d'une certaine obligation dépend d'un événement incertain en sa survenance, c'est-à-dire l'aléa tenant en suspens la formation définitive d'une des obligations au moins, aboutit au moment de la formation du contrat, à créer une incertitude sur l'équilibre final des prestations.

En effet, aucun des contractants ne peut calculer ses chances de gain ou de perte au moment de la conclusion du contrat, car l'exacte étendue des prestations réciproques et l'existence même de l'obligation dépend d'un événement imprévisible.

Alors, un contrat dans lequel l'une des parties aurait, dès la conclusion de l'accord, la certitude de ne pas être perdante quoi qu'il arrive, ne serait pas un contrat aléatoire. Cet espoir doit être distingué de toute évaluation économique des prestations respectives des contractants.

Puisque les parties ignorent ce que l'une et l'autre percevront de manière effective, elles ne peuvent pas à ce stade du contrat comparer et vérifier que la prestation de l'une est égale, même de manière globale, à l'autre. Il leur est donc impossible de mesurer l'équivalence pécuniaire de leurs prestations⁷¹.

Cette question présente un intérêt particulièrement aigu dans au regard de certaines formes d'assurances-vie dans lesquelles les stipulations contractuelles conduisent à gommer l'incertitude relative au solde des prestations.

Si lors de la conclusion d'un contrat d'assurance-vie les parties ignorent la teneur des prestations qu'elles se fourniront, cette ignorance ne va pas durer. L'évaluation, la détermination du gain ou de la perte pourront être effectués au terme du contrat.

⁷¹ Cass. Civ. 1^{re}, 2 mai 1989, *Bull. civil.* I, n°177, p.118.

Lors de la conclusion d'un contrat aléatoire les parties ignorent quel sera son résultat. Mais elles savent qu'un déséquilibre des prestations qu'elles auront accomplies est très probable⁷².

L'ignorance de l'une ou de l'autre de l'obligation souscrite constitue le fondement de la prohibition des contrats aléatoire en droit musulman.

Cette ignorance qui est constitutive de l'aléa prohibé trouve son fondement dans les textes coraniques qui défendent les jeux de hasard et dans les paroles (hadith) du prophète Mahomet qui interdisent à un citadin de vendre un objet à un bédouin, alors que celui-ci ignore le prix du marché : S .II, V.219 : « *ils s'interrogent sur le vin et le jeu de hasard, dis : dans les deux, il y a un grand péché et quelques avantages pour les gens ; mais dans les deux cas, le péché est plus grand que l'utilité* ».

Abû hurayra aurait dit : « le prophète a défendu d'aller devant des caravanes et il a interdit au citadin de vendre au Bédouin ». Selon Abdallah ben Omar, l'envoyé de dieu a dit : « *que l'un de vous ne vende pas pour supplanter son frère qui se trouve déjà sur le marché. N'allez pas au devant des marchandises, mais attendez qu'on les ait déchargées sur les marchés.* ». « *Nous allons, ajoute Omar, au devant des caravanes pour y acheter des denrées. Le prophète nous interdit de les revendre avant que la caravane eut atteint le marché aux grains* »⁷³.

En ce qui concerne la légitimité de l'assurance en droit musulman ; il y'a une divergence entre les jurisconsultes musulmans ; certains juristes (*mufti*) le prohibèrent, d'autres l'autorisèrent.

Parmi ces *fatwa*, celle de l'imam *Mohamad Abdo* à propos de l'assurance-vie : un directeur d'une société d'assurance américaine l'a consulté sur la légitimité du cas d'un homme qui avait compromis un accord avec une compagnie de leur donner, par échéance, une somme déterminée pour une durée déterminée afin de les investir dans la mesure de l'opportunité rentable; et puis, s'il survie à l'échéance, il récupérera son argent avec les bénéfices résultant

⁷² V.NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, L.G.D.J., 1996, p.45.

⁷³ EL-BOKHARI, *Les traditions islamiques*, Paris, 1903, p.35.

de l'investissement.

Par contre, s'il décède pendant cette période, les sommes dues seront transmises à ses héritiers ou à quiconque autorisé à les percevoir durant sa vie. Le juriste *Abdo* (mufti) jugea le fait comme licite tout en qualifiant cet accord comme contrat d'association (*moudarabah*).

Aussi, le professeur *Mustafa Ezzarka* qui invoque le principe de la licéité des contrats et souligne que la Chari'a n'a pas déterminé les contrats licites, et que la loi a autorisé tout contrat né par les besoins circonstanciels à moins qu'il ne soit incompatible avec le régime contractuel légitime et ses conditions générales⁷⁴.

Par contre, parmi les auteurs qui prohibent l'assurance vie, on cite : le professeur *Ahmad Ibrahim* pour lui : « l'assurance-vie est illicite d'abord parce qu'il ne présente pas un contrat d'association (*moudarabah*); ensuite, si l'on le qualifie en contrat prêt, dès lors ce prêt donne un bénéfice : c'est le cas du *riba* (intérêt).

Or, le *riba* est haram en islam. Par ailleurs, supposons qu'un assuré décède après le paiement d'une seule prime, et que l'assureur ait acquitté la capitale assurée, cela constitue un pari (*mouqamarah*) d'autant plus que la vie humaine ne devrait être objet de commerce. ».

Aussi le professeur *Mohamad Abouzahra* considère que « l'assurance mutuelle et sociale est halal (licite) tandis que l'assurance non mutuelle représente de pari et comporte tant d'aléa qu'un intérêt. D'ailleurs, il n'y a pas une nécessité économique qui l'impose »⁷⁵.

Selon *mudgtahid Ibn Abdinn* le contrat d'assurance ne correspondant à aucun des contrats connus en droit musulman, est jugé haram. puisqu'il n'est pas considéré comme un contrat de dépôt rémunéré.

⁷⁴ M. EZZARKA, *le contrat d'assurance et l'attitude du droit musulman*, la revue « civilisation de l'Islam », Damas, 1961, p.45 à 434.

⁷⁵ La revue « *civilisation de l'islam* », Damas, 1961, p.524.

Ainsi, la cour suprême Chari'a a jugé invalide l'action de revendication intenté par un héritier, afin de récupérer sa part du capital payé par la société d'assurance ⁷⁶.

87. Assurance et financement – Depuis plusieurs années, les activités assurantielles et bancaires convergent et fusionnent de plus en plus ⁷⁷. Ainsi, il a été récemment proposé par le gouvernement de permettre aux compagnies d'assurance de prêter 5% de leurs fonds propres aux PME. De même, les produits d'assurance, comme l'assurance-vie, ne se contentent plus de prévenir une perte mais permettent aussi de réaliser des gains importants.

Il s'agit donc d'une activité en pleine expansion et consubstantielle au développement économique.

88. Distinction – Tous ces éléments plaident pour une reconnaissance de l'assurance par le droit islamique à condition de respecter une ligne stricte de séparation entre l'assurance pure qui est licite et l'assurance spéculative qui est interdite. Cette distinction essentielle a fait l'objet de nombreuses controverses longues et difficiles qui ont abouti en 1976 à un consensus lors de la première conférence internationale d'économie islamique qui s'est tenue à Mascot (Sultanat d'Oman).

En outre, le conseil des juristes de la Ligue musulmane mondiale est allée plus loin et a déclaré licite l'assurance coopérative.

Paragraphe 2. La pratique du takaful

89. Le Takaful – Le Takaful, ou assurance coopérative, équivaut à l'assurance islamique. Le Takaful s'entend d'un dispositif d'assurance coopérative qui tire son origine du mot arabe « kafalah » qui signifie garantie réciproque ou conjointe. Chaque participant verse des fonds qui sont mis en commun et utilisés pour soutenir le groupe en cas de, notamment en cas de décès, de perte des récoltes ou d'accident.

⁷⁶ La cour suprême, 27 décembre 1926, La revue Almuhamat 7, p.937.

⁷⁷ Gavalda et Stoufflet, *Droit bancaire*, Lexisnexis 8^{ème} édition 2010.

Les primes versées sont investies dans le respect de la charia pour éviter l'intérêt. Le takaful est donc une garantie mutuelle basée sur les notions d'entraide et de solidarité entre un groupe de Participants pour faire face à divers risques. Cette forme d'assurance se concrétise à travers la constitution d'un fonds takaful regroupant les contributions versées par les participants au titre de « Mouwasset » ou consolation.

Ce fonds servira à compenser les pertes et dommages subis par les participants conformément aux conditions stipulées dans le contrat d'assurance takaful.

Reconnu comme étant une alternative à l'assurance traditionnelle, le concept takaful est en pleine expansion. Il est pratiqué aujourd'hui dans une trentaine de pays de par le monde.

Techniquement, cette assurance se rapproche des compagnies mutualistes relevant du Code de la mutualité qui ne partagent pas de bénéfices, qui font des investissements ciblés, qui insistent sur le rôle de tous les membres. En outre, l'assurance islamique acquittera le zakat, l'impôt religieux.

De même, l'assurance fait intervenir le contrat d'agence, ou wakala, qui présente l'avantage pour les assurés d'avoir une meilleure transparence sur la rémunération de l'agent. Ce dernier peut aussi exercer son rôle à travers un contrat mudaraba qui offre plus de liberté dans la gestion et donc un revenu plus important pour le gestionnaire.

Le takaful sera beaucoup utilisé pour la gestion de patrimoine en matière familiale dont les membres qui composent ce groupe fonctionnent aussi sur un fondement de solidarité. Ainsi, le *Family Takaful* est un produit islamique en plein essor ⁷⁸.

Cependant, force est de constater qu'en France nombreux sont les consommateurs de confession musulmane qui ignorent encore que leur contrat d'assurance habitation ou que leur contrat d'assurance automobile n'est pas licite au regard du droit islamique.

⁷⁸ F. Sommi, *Takaful et Wealth management*, Mémoire Université Paris-Dauphine, 2010-2011.

90. Exemple d'un produit takaful – Le modèle proposé par la banque tunisienne Zitouna Takafu permet de retracer les principales étapes de ce modèle et mettre en évidence les avantages supérieurs qu'il procure par rapport à l'assurance conventionnelle :

- Les participants payent leurs contributions qui seront versées dans le Fonds des Participants ;
- Les actionnaires ou opérateurs takaful assument le rôle de Wakil (mandataire) des participants. Ils libèrent leur capital dans un Fonds des Actionnaires qui est distinct du fonds des participants ;
- L'opérateur takaful place le Fonds des participants dans des instruments conformes aux principes de la Finance Islamique en tant que Wakil et les revenus générés sont crédités au Fonds des participants ;
- L'opérateur takaful reçoit une somme appelée « wakala » sous forme d'un un pourcentage de la contribution.
- Les prestations takaful sont payées aux bénéficiaires ayant subi des pertes ou des dommages ;
- Après arrêt des comptes et en cas de constatation d'un surplus du Fonds celui-ci est affecté au remboursement du Qard Hassan (un prêt sans intérêt) et à la constitution des provisions pour risques.

Dans le cas où ces provisions dépassent 100% des contributions relatives à l'année comptable, l'Assemblée Générale examine, sur proposition du Conseil d'Administration, soit la possibilité de réduire le montant de la contribution takaful ou la distribution du restant du surplus en espèces.

Selon M. Ahmed Hadroug, directeur général au Comité général des assurances (CGA), l'exercice de ce type d'assurance, basé sur la loi islamique, la solidarité et le partage des risques, sera prohibé pour les assureurs classiques en Tunisie en vertu d'un projet de loi en cours d'examen par la commission des finances à l'ANC.

En vertu de ce projet de loi amendement et complétant le Code des assurances dans le chapitre consacré à l'assurance takaful, seule la compagnie d'assurance takaful est habilitée à exercer

ce type d'assurance qui respecte les lois islamiques pour toutes les transactions d'assurance ou d'investissement.

M. Hadroug a encore indiqué que le Comité général des assurances a renoncé à l'idée de créer, au sein des sociétés d'assurance classiques, des guichets spécialisés dans l'assurance takaful, après avoir constaté l'échec de cette expérience dans certains pays, et ce, à travers les études de *benchmarking* et des consultations avec les professionnels, notamment, de la Fédération nationale des compagnies d'assurance (FNCA).

Ceci dit, il ne suffit pas d'expliquer que les assurances indispensables à la vie quotidienne ne sont pas conformes au droit musulman, encore faut-il trouver des alternatives. Et même si les compagnies d'assurance conventionnelle n'ignorent pas les attentes de la clientèle musulmane, le marché français de l'assurance alternative dite takaful reste encore en phase de balbutiement.

En d'autres termes, tout se joue maintenant et cela dépend en grande partie des concessions qui seront faites entre le référentiel réglementaire français des assurances et la conformité par rapport aux principes du droit islamique.

Bien que l'éthique financière inhérente au droit islamique soit très claire, l'implantation de ses principes dans le référentiel réglementaire français n'est pas aisée et la qualité de celle-ci se mesurera au caractère non ambigu de la viabilité des solutions trouvées.

91. Conclusion du titre 1^{er} – Ces interdits, loin d’être un obstacle infranchissable, ont stimulé l’imagination des juristes pour concevoir des instruments juridiques souples, adaptés et efficace. La religion musulmane profondément holiste réclame l’égalité entre les individus, une économie tournée vers le social et dans laquelle l’intérêt de l’individu est subordonné à celui de la communauté.

Le Coran reporte sur le droit les valeurs essentielles qui doivent conduire chacun et la société au bonheur et à la paix sociale. L’intérêt est interdit, comme le risque et l’aléa ce qui interdirait à première vue l’activité bancaire.

La réalité est plus nuancée et les jurisconsultes musulmans ont œuvré pour permettre à certaines conditions et dans un cadre juridique précis, l’activité des banques commerciales et d’affaires.

Du point de vue juridique, il est essentiel de relever que l’application du principe de co-participation aux résultats et aux pertes, quel que soit l’outil contractuel, est de nature à remédier aux inconvénients de la prohibition de l’intérêt.

En outre, on doit souligner que le fonctionnement de la finance islamique implique la création de nombreux contrats et de nombreux transferts de propriété. Sur ce dernier point, la portée fiscale est loin d’être négligeable.

La finance islamique se présente comme une double découverte. D’abord pour le croyant qui ignore le plus souvent qu’il peut avoir accès à la finance islamique et vivre mieux sa foi en respectant les préceptes du Coran. Ensuite pour le juriste occidental qui doit adapter son cadre et ses concepts juridiques pour accueillir les activités de banque conformes au Coran.

Après avoir examiné les contraintes de la finance islamique et la façon dont elles pouvaient être dépassées, nous devons aborder l’environnement institutionnel de la banque islamique.

TITRE 2

L'ENVIRONNEMENT INSTITUTIONNEL DE LA FINANCE ISLAMIQUE

Plan – Après avoir étudié comment les contrats doivent se conformer aux interdits de la Chari'a, il faut expliquer comment du point de vue institutionnel les banque islamiques fonctionnent par rapport aux banques conventionnelles. Pour ces dernières, la finance islamique qui constituait jusqu'alors une activité de niche ne posait pas de problèmes particuliers en termes de concurrence mais aussi de réglementation.

Son intégration dans le vaste système bancaire international constitue un véritable défi du point de vue de la transparence, du respect des normes fiscales et comptables ou encore au regard des institutions bancaires internationales à l'heure où la régulation bancaire et financière ne cesse d'être renforcée à la suite des crises bancaires et financières qui se sont succédées depuis 2008.

Cette question est d'autant plus prégnante que la finance islamique ne peut pas se développer en dehors de l'organisation actuelle des marchés financiers car il n'existe pas – encore peut être – un marché financier qui lui serait exclusivement dédié.

Dès lors, parce qu'elle est devenue une véritable industrie qui ne cesse de se développer, la banque islamique a été confrontée aux législations internes et internationales qui se montrent toujours plus exigeantes en matière de régulation (**chapitre 1**) et en matière d'organisation (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1 LE CADRE DES INSTITUTIONS FINANCIERES ISLAMIQUES

92. Particularismes de la banque islamique au XXI^e siècle – Le siècle actuel réunit deux évolutions sociales et politiques majeures. D'une part, notamment dans le monde musulman, le retour au spirituel et à la religion restaure les principes moraux d'égalité, de partage, de bonne conduite, sous le regard de Dieu. D'autre part, l'enrichissement économique bat son plein, notamment encore pour les pays musulmans exportateurs d'hydrocarbures, de sorte que l'utilisation de l'argent est une question aigue pour ceux qui possède des fortunes considérables.

En somme, les conditions sont réunies pour affecter ou non des richesses vers des investissements dont le but et les moyens sont en parfaite conformité avec la Chari'a, mais cela ne peut se faire sans respecter un cadre juridique et réglementaire établi abstraction faite des lois divines.

Plan :

Section 1 : La régulation des activités bancaires islamiques

Section 2 : La normalisation du système comptable

Section 3 : L'homogénéisation des instruments de la finance islamique

Section 1 : La régulation des activités bancaires islamiques

93. Plan – Les activités financières font l’objet d’une surveillance étroite de la part des pouvoirs publics compte tenu de leur importance dans l’économie⁷⁹. En effet, et les crises récentes l’ont bien démontré, le défaut des banques et leur faillite sont susceptibles d’entraîner dans tout un pays et par répercussion dans le monde entier, un effondrement total de l’économie.

C’est pourquoi, la nécessité d’une réglementation de plus en plus stricte s’est imposée au système bancaire (**Paragraphe 1**). Le problème est que cette réglementation n’a évidemment pas tenu compte des contraintes que s’impose la banque islamique (**Paragraphe 2**).

La question se pose alors de savoir dans quelle mesure les normes internationales applicables aux institutions bancaires classiques sont applicables à la finance islamique (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. La nécessité d’une régulation

94. Panorama des banques islamiques – La finance islamique est une activité qui se développe soit de manière propre, dans des banques qui n’ont que cette activité, soit dans des départements spécialisés au sein des banques conventionnelles.

Selon un rapport du Sénat du 14 mai 2008 sur la finance islamique, 40% des actifs à caractère islamiques sont gérés par des banques classiques⁸⁰. Les foyers principaux de la banque islamique en Europe se trouvent à Londres, première place financière mondiale, en Suisse et en France.

⁷⁹ Sur la régulation européenne et internationale, voir T. Bonneau, *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant 2012.

⁸⁰ Rapport d’information du Sénat, 14 mai 2008.

Cette activité continue de s'intensifier aux Etats-Unis et aujourd'hui, toutes les grandes banques mondiales, HSBC, Deutsche Bank, BNP Paribas, Société Générale s'y intéressent de près⁸¹.

Cet intérêt des banques classiques est bilatéral puisque l'offre de finance islamique se développe aussi bien dans les pays occidentaux, où si la majorité de la population est chrétienne, une forte minorité musulmane est présente, que dans les pays musulmans⁸².

Pour les banques purement islamiques, leur nombre avoisine le chiffre de 300 dont les plus en pointe se trouvent dans le Golfe et en Malaisie. Autrement dit, c'est une niche qui est devenue une industrie.

Quelle que soit l'origine de l'établissement bancaire, son activité doit toujours être conforme à la réglementation locale qui peut être très exigeante. En France, les activités de crédit sont étroitement contrôlées et surveillées. Outre les textes et les décrets, il faut aussi respecter les règles émises par les autorités administratives indépendantes, comme l'Autorité des Marchés Financiers ou l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution⁸³.

C'est donc la question de l'intégration d'une activité juridique complexe et particulière au sein d'un océan normatif qui est posée. Partant du principe du Coran que l'intérêt est prohibé car c'est un enrichissement indigne, l'activité bancaire ne s'est jamais véritablement installée dans les pays musulmans.

⁸¹ Finance Ethique et finance islamique : quelle convergence ? Actes du séminaire « *Finance éthique et finance islamique* », Ecole de Management Strasbourg, 11 février 2009.

⁸² L'écart important des estimations de la population musulmane de France s'explique, d'une part, par le fait que les statistiques publiques sur la religion ou les origines ethniques sont interdites en France et, d'autre part, par la signification donnée à la catégorie « musulman ». En 2003, la démographe, Michèle Tribalat, de l'Institut National d'Etudes Démographiques (INED) estimait la population musulmane de France à 3,7 millions ; en revanche, en octobre 2009, l'Institut Central des Archives sur l'Islam en Allemagne l'estimait à 5,5 millions. A titre de comparaison, l'*Office for National Statistics* du Royaume-Uni, sur son site www.statistics.gov.uk, estime la population musulmane au Royaume-Uni à 1,6 million.

⁸³ Qui a succédé à l'Autorité de contrôle prudentiel depuis la loi du 26 juillet 2013, J. Lasserre Capdeville, « *Séparation et régulation des activités bancaires, Une avancée du droit* », JCP G 2013,925, B. Bréhier et F. Mékoui, « *Réflexions sur la loi de séparation et de régulation des activités bancaires : quelles conséquences pour la structure des banques, l'organisation des marchés et la supervision* », BJB 2013 p. 422.

C'est la renaissance de l'Islam et la mondialisation qui ont été les principaux moteurs du développement de la finance islamique et sa jeunesse, même si elle repose sur des règles très anciennes, est un atout pour cette intégration.

De plus, l'orientation de la réglementation et de la gouvernance bancaires vers plus d'éthique et de responsabilité sociale favorise la finance islamique qui s'affirme délibérément comme une pratique conforme à la parole du Prophète.

Ces exigences en termes de régulation s'ajoute à celles qui existent déjà, en dehors de toute dimension religieuse.

Paragraphe 2. Le système de régulation

95. Ratios de solvabilité. Dans la plupart des pays occidentaux et notamment en France, la réglementation prudentielle a évolué vers une centralisation des autorités de contrôle et vers un cadre législatif global. La forte concurrence internationale entre les banques qui se livrent une guerre commerciale sans merci est ainsi accentuée.

En Europe, la législation du droit communautaire est un autre facteur d'intégration et dans un système centralisé. De plus, le Comité de Bâle créé en 1974 par les gouverneurs des banques centrales des pays du G 10, joue un rôle important qui appuie cette tendance.

En effet, la mission de ce Comité est de renforcer la fiabilité et la sécurité du système financier. Il remplit cette mission en établissant des standards fixant des limites en matière prudentielle. Ainsi, le Comité de Bâle diffuse et encourage les bonnes pratiques en matière bancaire et émet des recommandations sur leur contrôle. Au fil des ans, ce Comité est devenu une référence mondialement respectée.

Ainsi, le Comité de Bâle a créé le ratio *Cooke* et plus récemment le ratio *Mac Donough*, portant le nom de ses deux présidents au moment où ils ont été adoptés.

Le ratio *Cooke* est un ratio de solvabilité bancaire. Il fixe la limite de l'encours pondéré des prêts accordés par un établissement financier en fonction des capitaux propres de la banque.

Les banques sont tenues de garder un volant de liquidité, de ne pas prêter à long terme, l'équivalent de 8 % de leurs fonds propres afin de faire face aux impondérables : retournement de la conjoncture et augmentation des impayés de la part de ménages moins solvables, retraits soudains aux guichets de la banque.

Pour le calcul de ce ratio, on retient les fonds propres répartis selon trois grandes masses : le noyau dur ou TIER 1, les fonds propres complémentaires ou TIER 2, les fonds propres surcomplémentaires ou TIER 3.

A cela s'ajoute les encours de crédit, les engagements bilantiels et hors bilan pondérés selon leur nature. Le rapport des fonds propres sur les encours pondérés doit être égal ou supérieur à 8 % avec un minimum de 4 % sur le TIER 1.

Le ratio *Mac Donough*, ou ratio de solvabilité bancaire, fixe une limite à l'encours pondéré des prêts et des autres actifs accordés par un établissement financier en fonction de ses capitaux propres. Inversement, il peut aussi fixer la politique de haut de bilan d'une banque en fonction de ses activités. Ainsi, une stratégie d'acquisition de portefeuille sera considérée plus risquée que l'activité simple de prestation de services.

En outre, le ratio *Mac Donough* est plus sensible que le ratio *Cooke* auquel il succède car il prend en compte le risque plus ou moins élevé des différents prêts accordés. La formule du ratio *Mac Donough* est : Fonds propres de la banque > 8 % des (risques de crédits (85 %) + de marché (5 %) + opérationnels (10 %))

Les principaux domaines de la régulation sur le secteur bancaire sont la suffisance du capital, les processus de prêt et des investissements, l'identification des risque et l'évaluation de la qualité des actifs. L'ensemble de ces domaines peut faire l'objet de contrôles – *stress test* – de la part des autorités de contrôle prudentielles afin de vérifier la solidité financière des établissements. Ces *stress test* sont menés au plan européen par l'Autorité bancaire européenne et au plan français par l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

Les engagements bancaires sont fixés selon quatre catégories de risques : 0% qui ne nécessite donc aucune couverture. Il s'agit essentiellement des créances sur les gouvernements de l'OCDE ou des créances garanties par les banques centrales.

Les engagements sont pondérés à 20% pour les créances sur les collectivités territoriales des pays de l'OCDE. Il est à 50% pour le crédit hypothécaire et à 100% pour le crédit-bail et le prêt aux particuliers. Le rapport minimal à respecter entre les fonds propres et les risques pondérés est de 8%. Le capital de base doit représenter 50% du total des fonds propres exigés au titre des risques de crédit.

Les derniers accords de Bâle, dits Bâle III qui datent de 2010 ont renforcé la régulation financière après la grave crise de 2008. Ils sont en cours d'application dans la plupart des pays, même si leur mise en œuvre est réservée aux Etats. Au plan européen, c'est ce que l'on appelle le « paquet CRD IV » composé d'un règlement CRR, règlement (UE) n° 575/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 et de la directive 2013/36/UE qui reprend les règles relatives à l'accès à l'activité bancaire et à l'exercice de l'activité bancaire qui figuraient auparavant dans la directive 2006/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2006 qui doit principalement mettre en œuvre ces règles.

Le niveau d'engagement des banques est ainsi limité par leur propre solidité financière.

Ce sont les contrôleurs financiers, dont la formation est essentielle, qui assurent la surveillance du respect de la réglementation.

96. Application des ratios de solvabilité en matière de finance islamique. Pour la finance islamique, ce dispositif est largement applicable, mais son application se pose en termes particuliers en raison du principe essentiel selon lequel le commerce du risque est interdit.

Ces particularités sont, par exemple, l'impossibilité de faire appel à la banque centrale en dernier ressort parce qu'elle pratique l'intérêt. Il est également interdit de faire circuler les dettes en recourant à la titrisation, c'est à dire à transformer des crédits, généralement à moyen ou long terme en produits de marché. Cela ne veut pas dire qu'en prohibant le risque, la banque islamique n'y est pas confrontée.

Ainsi, la vente est en principe une opération qui n'est pas risquée mais les montages qui font intervenir plusieurs contrats de vente peuvent rendre l'opération inextricable en cas de contestation. De même, les déposants courent toujours le risque d'assister à la faillite de leur banque, que celle-ci soit islamique ou non.

Autrement dit, entre la banque classique et la banque islamique, certains risques sont identiques, d'autres sont différents et d'autres encore ne se rencontrent que dans l'un ou dans l'autre.

Selon une étude de l'IIRF (Institut Islamique de Recherches et de formation), la réglementation applicable à la banque classique doit être respectée par la finance islamique pour trois raisons.

La première raison est que la régulation est un facteur de stabilité du système mondial. La deuxième raison que la régulation constitue un facteur d'acceptation de la banque islamique par la banque classique. Enfin, troisième raison, la régulation est un facteur essentiel de confiance et de protection des titulaires de compte.

Paragraphe 3. les problèmes liés à la réglementation internationale et française

97. Recherche d'un équilibre. La régulation internationale met sur un même pied quant à l'évaluation des risques les dépôts à vue et les dépôts d'investissement. Or, ces derniers partagent les risques avec la banque. En fait, c'est tout l'équilibre entre les participants aux profits et aux pertes qui est différent. Or, ce qui est important aux yeux de la finance islamique, c'est justement cet équilibre et sa façon si particulière d'intégrer le risque.

Ainsi, pour les comptes d'investissement, les titulaires ne participent pas au capital de la banque, ils n'ont pas la qualité d'associé. Comment juridiquement doit-on intégrer ces actifs ? sont-ils des fonds propres ? Ou bien doit-on les considérer comme hors bilan ?

Selon une étude de Charpa et Khan de 2000 : « *en prenant en compte la nature spéciale des dépôts d'investissements et les risques encourus par les actifs des banques islamiques,*

l'application des normes internationales de suffisance du capital est devenu un tâche difficile »⁸⁴.

De même, le risque doit être apprécié du point de vue de la banque. En effet, la banque court un risque fiduciaire en cas de mauvaise gestion de ses actifs qui ferait fuir la confiance. Elle court aussi le risque commercial si elle ne réussit pas à faire face à la concurrence qui est très rude entre les établissements financiers.

Pour tenter de répondre à ces difficultés, l'AAOIFI et l'IFSB⁸⁵ ont proposé les solutions suivantes : *« Les normes des l'AAOIFI proposent des schémas pour le partage des risques entre les titulaires de dépôts d'investissements et les actionnaires de la banque. En l'occurrence 50% des risques des actifs financés par les dépôts d'investissements doivent (...) être assignés aux déposants de placement dans le but de déterminer le capital et les 50% restants aux actionnaires. (...) le risque des actifs financés par les dépôts d'investissements va être assigné d'une pondération de 50% dans le but de déterminer les exigences en capital »⁸⁶.*

Ce transfert au profit des déposants est appelé « risque commercial translaté » par les professionnels. Cette évaluation du risque est encore pondérée par la maturité des contrats, ce qui permet d'affiner les calculs.

98. Risques et finance islamique. Pour la banque islamique, la difficulté va résider dans sa taille qui est certes croissante mais qui est loin de rivaliser avec la banque conventionnelle. En outre, c'est la confiance qui apporte les dépôts et cette confiance repose à son tour sur le montant des capitaux possédés par la banque.

Sans être entravée par cette réglementation internationale exigeante, la banque islamique doit faire des efforts pour s'y conformer à tout prix si elle veut espérer franchir un nouveau cap dans son développement.

⁸⁴ Etude de Charpa et Khan de 2000

⁸⁵ *Capital Adequacy Standards for institutions offering only Islamique Services*, décembre 2005.

⁸⁶ Etude de Charpa et Khan de 2000

En outre, la banque islamique cherche à capter la clientèle qui souhaite respecter les principes religieux, et le respect de ses principes doit donc pouvoir s'afficher sous peine de perdre cette spécificité aux yeux du croyant.

Pour répondre concrètement à cette préoccupation, la Conférence sur le contrôle du système bancaire islamique qui s'est déroulée à Bahreïn en 2000 a pris l'initiative de créer le Conseil de Services financiers Islamiques. Le but est de former des auditeurs externes et internes pour vérifier le *Chari'a compliance*.

Quelles en sont les incidences en droit français de la régulation ?

La présence en France de Conseils de conformité éthique pose des questions en matière de responsabilité de cette institution face aux instances de régulation ainsi qu'en matière de droit civil et de droit pénal.

99. Les régulateurs face à la question de la responsabilité des Conseils de conformité éthique - L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution, en délivrant l'agrément aux établissements de crédit, vérifie la compétence et l'honorabilité des dirigeants, c'est à dire des présidents et directeurs généraux des banques. Dans le cas d'une banque islamique, les régulateurs français sont confrontés à une institution nouvelle, les Conseils de conformité éthique.

Leur place dans l'organigramme des banques n'est pas sans poser des problèmes aux régulateurs. En effet, si les avis des Conseils de conformité éthique sont considéré comme déterminants d'un point de vue opérationnel, alors ces derniers devront obtenir de la Banque de France le même agrément que celui accordé aux dirigeants.

La Banque de France ne pourra, cependant, pas accorder d'agrément à une instance religieuse.

Pour contourner la difficulté, la solution pourrait être de démontrer l'absence de rôle opérationnel décisif des Conseils de conformité éthique, réduisant leur action à un rôle consultatif, mais il n'est pas certain qu'une réduction des pouvoirs des Conseils à un organe de « consulting » soit acceptable pour leurs membres.

Le système est-il perfectible ?

Quelle que soit la nature du lien des Conseils de conformité éthique avec la direction générale des banques, en statuant sur la conformité aux règles de la Charia, les membres des Conseils de conformité éthique s'engagent collectivement et engagent donc leur responsabilité.

Dès lors, comment qualifier cette responsabilité sur le plan juridique et quelles en sont les conséquences ? Est-il possible que le client d'une banque à qui a été vendu un produit islamique intente un procès au Conseil de conformité éthique pour non-conformité aux règles de la Charia ? Si oui, qu'advierait-il ?

Les banques faisant appel aux services de Conseils de conformité éthique pourraient-elles se retourner contre leurs « prestataires » pour non-respect des engagements ou mauvaises évaluations de la conformité islamique d'un produit suite, par exemple, à une requalification de ce dernier par un nouveau prestataire ?

Quelques éléments de réponse peuvent être d'ores et déjà être apportés. Tout d'abord, l'avis d'un Conseil de conformité éthique, qu'il émane d'une institution étatique, nationale ou indépendante, n'engage sur le plan juridique que celui qui l'émet. Un Conseil de conformité éthique est, sur ce point, comparable à une agence de notation.

Du point de vue de l'Islam, ceci est également vrai, dans la mesure où, dans cette tradition religieuse, il est considéré qu'aucune instance, aucun jurisconsulte ne détient la vérité, et, à ce titre, il en revient aux croyants d'adhérer ou non aux avis émis par les experts du droit musulman.

Ainsi, dans les pays du Golfe, un client ne peut pas assigner en justice un jurisconsulte à raison de l'avis qu'il a rendu. Par ailleurs, la relation entre un Conseil de conformité éthique et sa banque fait l'objet d'un contrat.

En conséquence, si le Conseil faillit à ses obligations contractuelles, la banque pourra, le cas échéant, se retourner contre lui.

Une personne pourrait également, en théorie, demander à un Tribunal de statuer sur le préjudice financier et/ou moral subi après avoir acheté un produit vendu comme étant conforme aux règles de l'Islam alors que ce produit s'avérerait ne pas l'être.

En pratique, cela signifie que le Tribunal aurait à faire appel à des experts religieux pour statuer sur la conformité à la Charia. Il y a de fortes chances que le Président du Tribunal saisi s'y refuse et se déclare incompétent en la matière, se bornant à la revue des seules clauses contractuelles.

C'est la solution qui a été retenue en Angleterre dans l'arrêt rendu par la Court of Appeal le 28 janvier 2004 dans le contentieux Shamil Bank of Bahrain EC vs Beximco Pharmaceuticals Ltd⁸⁷.

La Cour d'appel a ainsi précisé que la loi nationale applicable à un contrat ne peut être subordonnée aux principes de la Charia. Il est vraisemblable que la justice française adopterait une position similaire si elle devait être saisie d'une question similaire.

Il ressort de toutes ces considérations qu'il est important de clarifier le rôle et le statut des Conseils de conformité éthique en posant deux questions :

- Quels sont ses liens avec le Conseil d'administration de l'institution financière ?
- Peut-il avoir une influence sur la conduite opérationnelle des affaires, notamment sur le plan commercial et stratégique ?

De même, quand il fait appel à un Comité d'audit pour l'assister dans sa mission de conformité, comment ce dernier peut opérer un travail d'analyse, de reporting et de validation selon les règles de la Charia en vigueur ?

100. Bilan. Pour synthétiser, on indiquera qu'il existe trois situations en matière de réglementation bancaire. La première est celle où tout le système juridique est islamisé

⁸⁷ Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others., Commentaire de L.J. Potter [2004] EWCA Civ 19, [2004] 4 All ER 1072.

comme en Iran ou en Arabie Saoudite. Dans ces pays, le respect de la Chari'a est totalement intégré dans la réglementation bancaire. La deuxième situation est celle des pays où cohabitent les deux : Liban, Malaisie, Bahreïn, Qatar.

Dans ces pays, les normes internationales sont adoptées et les banques islamiques sont supervisées par la banque centrale. Généralement, les banques islamiques relèvent du contrôle des banques commerciales. A Bahreïn, il existe une autorité, l'Agence Monétaire du Bahreïn, qui joue le rôle équivalent d'une banque centrale. Toutes les banques islamiques doivent avoir un comité Chari'a.

Enfin, dans la troisième catégorie de pays, à savoir à peu près tous les autres où, mis à part quelques aménagements, tout reste à construire.

La spécificité des dépôts et des techniques de financement *Shariah Compliant* expose la banque islamique à des risques de nature unique. Bien que l'accord de Bâle II, qui sera à terme remplacé par l'accord Bâle III soit la pratique standard internationale des banques conventionnelles en matière des fonds propres bancaires, les instruments financiers *Shariah Compliant* et le profil de risque associé, notamment le risque commercial translaté, ne sont pas reconnus dans cet accord.

Le risque commercial translaté expose la banque à des pertes et requiert une charge de capital additionnelle.

L'*Islamic Financial Services Board* reconnaît la particularité des banques islamiques et procède à des ajustements de l'accord de Bâle II dans le but de développer une approche plus sensible aux caractéristiques spécifiques de ces institutions financières. L'une des propositions de l'IFSB de 2005 est la prise en compte du risque commercial déplacé pour le calcul du capital réglementaire⁸⁸.

⁸⁸ Kaouther TOUMI, « *L'impact des comptes d'investissement participatifs sur le ratio prudentiel des banques islamiques* », Les Cahiers de la finance islamique n°2, p. 39.

La norme de l'IFSB de 2005 relative à la prise en compte de ce risque présente des limites. La globalisation de la finance et l'intégration rapide de la finance islamique dans la finance globale soulèvent un grand nombre de défis pour les régulateurs.

La croissance de la finance islamique enregistrée ces dernières années met le point sur l'importance d'adopter des politiques pour favoriser son intégration dans les systèmes financiers nationaux et internationaux. L'applicabilité des modèles conventionnels de réglementation prudentielle et de gestion des risques aux banques islamiques sont au centre des préoccupations des régulateurs.

Bien que l'accord de Bâle II soit la pratique standard internationale des banques conventionnelles en matière de fonds propres bancaires, les instruments financiers *Shariah Compliant* et les risques spécifiques associés ne sont pas reconnus dans cet accord. En effet, Les principes qui régissent le fonctionnement d'un système financier islamique sont différents de l'esprit de la finance conventionnelle et exigent le respect de l'ensemble des principes éthiques de la Chari'a, ce qui change le schéma de l'intermédiation bancaire classique.

L'intermédiation bancaire islamique présente des aspects spécifiques quant à la mobilisation et l'affectation des fonds et dispose ainsi de nouvelles techniques de financement et d'investissement. A la différence d'une banque conventionnelle, une Banque Islamique possède une structure de capital essentiellement basée sur des fonds propres et les fonds provenant des comptes d'investissement participatifs.

Ces derniers sont placés avec la connaissance parfaite de leurs titulaires que leurs fonds sont investis dans des projets à risque. Ni le dépôt ni le taux de rendement ne sont garantis. Les fonds d'investissement sont rémunérés sur la base d'un taux de rendement variable généré par les actifs financés par ces fonds et non pas sur la base d'un taux d'intérêt prédéterminé.

La banque islamique mobilise les fonds d'investissement à la base d'un contrat mudaraba à double détente. La banque collecte les fonds auprès des investisseurs (déposants en comptes d'investissement/ *Rab-al-mal*), elle assume le rôle d'un entrepreneur ou Mudarib. Ces fonds d'investissement sont mis à la disposition des entrepreneurs, la banque assume ainsi un second rôle d'un investisseur ou *Rab-al-mal*.

Le plus souvent, la banque investit également ses fonds propres. En pratique, la banque islamique collecte également des fonds sous forme de comptes courants. Ces fonds sont garantis contrairement aux comptes d'investissement.

L'actif bancaire présente un portefeuille plus diversifié. Les modes de financements islamiques se structurent généralement selon deux catégories : des techniques de prise de participation basées sur le principe de partage des pertes et des profits (Musharaka et Mudharaba) et des techniques de financement d'opérations commerciales (Murabaha, Istisna'a, Assalam et Ijara).

Ces produits bancaires spécifiques exposent la banque islamique à des risques similaires à leurs contreparties conventionnelles. En outre, l'activité bancaire *Shariah Compliant* présente des risques spécifiques en conséquence de la structure spécifique de l'actif et du passif bancaire ⁸⁹.

L'exclusion apparente de la finance islamique de l'accord de Bâle II fait naître un dispositif de réglementation prudentielle pour les institutions financières islamiques. Ce rôle est dévolu à l'*Islamic Financial Services Board* (IFSB).

L'identification des techniques bancaires islamiques et le profil de risque associé sont au cœur des réajustements de son dispositif réglementaire.

Les normes de l'IFSB de 2005 sont inspirées en grande partie de l'accord de Bâle II. Bien que cet accord représente une étape importante dans l'évolution de la réglementation prudentielle des banques islamiques et semble être mieux adapté à la diversité et à la complexité de l'activité bancaire islamique, le dispositif présente des faiblesses.

De rares études mettent en avant les faiblesses que présente ce dispositif quant au calcul du ratio prudentiel. L'objectif principal de ce papier est de mettre l'accent sur une des limites que présente la norme de l'IFSB de 2005 relative à la prise en compte des risques des actifs financés par les fonds d'investissement dans le calcul du ratio d'adéquation en capital.

⁸⁹ Khan & Ahmed, 2001 ; Sundararajan & Errico, 2002 ; Grais & Kulthunga, 2007.

En conclusion, un certain flou juridique entoure encore la mise en place de cette nouvelle politique juridique en matière de régulation bancaire et financière. Cependant, ces difficultés sont communes à la banque classique et islamique.

En outre, par la nature des investissements qu'elle est autorisée à faire, la banque islamique n'est pas forcément la plus placée pour se conformer aux règles de régulation.

Section 2 : La normalisation du système comptable islamique

101. IFRS et finance islamique – En matière d'activité financière, les informations comptables constituent un élément capital pour toutes les parties prenantes : les institutions financières, les dirigeants, les clients, les autorités de régulation, les salariés, les analystes financiers...

Concernant la finance islamique, celle-ci a dû s'adapter pour assurer les règles relatives à la transparence financière et pour pouvoir commercialiser des produits techniquement de plus en plus sophistiqués.

Ici encore, la mondialisation a accru l'homogénéisation et l'AAOIFI a été l'instigateur principal des efforts de convergence pour élaborer des règles compatibles avec les contraintes comptables internationales (**Paragraphe 1**). Cette action a permis de fonder les concepts comptables de la finance islamique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. l'AAOIFI

102. Origine – L'*Accounting and Auditing Organisation for Islamic Institutions*, l'AAOIFI, est une institution internationale née le 26 février 1990 en Algérie et elle est implantée à Barheïn. Elle comprend actuellement 200 membres institutionnels venant de 40 pays. Elle est financée par les cotisations qui sont versées par ses membres.

103. Composition – Son organisation est la suivante : une assemblée générale qui est l'organe décisionnel. Un conseil d'administration dont les membres se réunissent au moins

une fois par an. Un secrétaire général et deux organes : *l'Accounting Auditing Board* et le *Chari'a Board* qui se réunissent plusieurs fois par an.

Son objectif est de promulguer plusieurs types de standards comptables et financiers destinés à aider les banques islamiques à mettre en place leurs produits financiers conformes à la Chari'a. Son intervention a été décisive pour le développement de la finance islamique en proposant aussi des programmes de formation à la comptabilité et l'audit qui doivent respecter les règles et principes du Coran.

Ses membres sont recrutés dans des cercles très variés, assurant ainsi une expertise à la fois large et approfondie. Outre les membres fondateurs, on trouve les membres associés qui sont les principales institutions financières islamique membres aussi de l'Académie du Fiqh.

On trouve encore des représentants des banques centrales, des membres des autorités de régulation, les représentants des grands cabinets d'audit, les représentants de différentes organisations professionnelles.

Cette diversité dans la qualité assure à cet organisme une grande indépendance qui crédibilise d'autant son action qui fait l'objet de publications régulières⁹⁰.

Au départ, il est évident que les normes comptables internationales étaient inadaptées aux exigences de la Chari'a.

En effet, les produits islamiques sont spécifiques et doivent faire l'objet de dispositions comptables spécifiques. Ainsi, pour la zakat dont il sera question plus loin⁹¹, il faut prévoir un système sur mesure.

Il y a aussi une exigence d'harmonisation spatiale, selon les différents pays musulmans qui ne forment pas un ensemble économique homogène. Enfin, les banques centrales ne jouent pas toutes le même rôle et ne disposent pas des mêmes pouvoirs.

Les responsables de l'AAOIFI ont cherché à se rapprocher des IFRS.

⁹⁰ Finance islamique, *Les normes de conformité de l'AAOIFI*, vol. 1 et 2 ; éd. Eska 2013 ; ouvrage coordonné par Paris Europlace.

⁹¹ Voir infra n°148 et s.

104. Normes comptables. Les normes IFRS (*International Financial Reporting Standards*, dénommées jusqu'en 2001 normes IAS pour *International Accounting Standards*) existent depuis 1973. Elles sont destinées à toutes les entreprises faisant appel public à l'épargne.

L'adoption et l'application des normes comptables internationales au sein de l'Union européenne sont régies par le règlement CE 1606/2002 du 19 juillet 2002 qui définit notamment les critères d'application d'une norme.

Le règlement européen du 19 juillet 2002, en imposant aux entreprises faisant appel public à l'épargne de présenter leurs comptes consolidés selon les normes IFRS, vise principalement à garantir une meilleure transparence comptable. En effet, la présentation des comptes de ces entreprises selon des normes harmonisées en facilitera la compréhension et surtout la comparaison à l'échelon européen.

Ces nouvelles règles vont nécessiter de profonds aménagements informatiques, aussi bien dans les grands groupes que dans les PME-PMI. Le changement de référentiel comptable que vont connaître toutes les entreprises va transformer le fonctionnement des marchés financiers, des entreprises et des économies, d'une part, et l'élaboration des comptes, d'autre part.

Moins médiatisé dans le grand public que le passage à l'euro, ce changement aux normes internationales IAS/IFRS aura pourtant beaucoup d'impact.

L'objectif est en effet de rétablir la clarté des comptes des entreprises, la confiance des investisseurs sur les marchés boursiers, mise à mal ces cinq dernières années par des scandales à répétition et par l'explosion de la dette des entreprises. Le travail des veilleurs va devenir plus simple, plus rapide et accessible au néophyte.

Bien consciente de ces exigences, l'AAOIFI a rencontré beaucoup de difficultés pour rapprocher les deux systèmes, c'est parfois même impossible. Ainsi, la prise en compte d'un bénéfice future est interdit par la Chari'a.

105. Normes comptables islamiques. Les premières normes comptables islamiques élaborées par l'AAOIFI datent de 1993 et elles se divisent en quatre groupes.

- Premier groupe : la comptabilité. Il s'agit de se pencher sur les objectifs et les concepts pour formaliser les FAS ou *Financial Accounting Standards* actuellement au nombre de 26 et qui portent sur : les états financiers des banques et des institutions islamiques, les produits financiers, les comptes d'investissement, les provisions et réserves, les opérations sur devises.
- Deuxième groupe : l'audit composé des cinq *Auditing Standards for Islamic Financial Institution* (ASIFI).
- Troisième groupe : la gouvernance avec sept *Governance Standards for Islamic Financial Institution* (GSIFI).
- Quatrième groupe : l'éthique qui comporte deux standards et cinquième groupe, Charia, qui comporte 43 standards.

Dans leur présentation, ces standards comportent plusieurs parties. D'abord, le texte de la norme, son champ d'application, les définitions, l'entrée en vigueur avec la promulgation précédée par sa ratification. Le texte est suivi d'annexes en trois parties : l'historique et le processus de son élaboration, les fondements et les définitions des concepts.

Ainsi, pour la compensation on peut lire : « *la compensation est fondée sur la renonciation à l'avantage attachée à la créance de meilleure qualité et la Chari'a ne s'oppose pas à un tel acte. Un hadith du prophète dit : « les musulmans sont liés par leur engagement contractuels, à l'exception des clauses qui rendent licite ce qui est illicite et illicite ce qui est licite »*⁹².

⁹² Finance islamique, Les normes de conformité de l'AAOIFI, vol. 1, p. 52.

Là encore, on voit comment le droit musulman apporte une réponse claire à une situation concrète, laissant cependant entier la question de savoir ce qui est licite ou non en se référant aux opinions des juristes ou des comités Chari'a.

Paragraphe 2. Les concepts comptables de la finance islamique

106. Droit comptable et économie. Cette action de l'AAOIFI a permis de dégager un certain nombre de concepts fondamentaux. Très lié à la fois au droit et à l'économie, la comptabilité est révélatrice des directions spirituelles dans un système juridique donné.

Or, dans le domaine de la comptabilité, force est de constater la domination sans partage du droit occidental, soit le droit anglo-saxon, soit le droit continental. Mais cette domination n'est pas gênante pour élaborer les hypothèses de base à partir desquelles fonctionne la comptabilité. Fondé sur le bon sens économique, ces hypothèses de base sont largement universelles.

107. Principes de base. Première hypothèse : l'autonomie de l'entité, il s'agit d'une comptabilité par patrimoine propre à chacun. Deuxième hypothèse : la continuité d'exploitation. C'est la conséquence de ce qui précède, à savoir que la vie de l'entité est indépendante de celle de ses propriétaires.

La vie comptable a donc son propre calendrier divisé en exercices afin de donner régulièrement les informations aux intéressés et de procéder au partage des richesses acquises ou des pertes endurées. Cette continuité d'exploitation est aussi indispensable pour procéder aux amortissements.

Troisième hypothèse : la stabilité du pouvoir d'achat et de l'unité monétaire. Il s'agit de raisonner sur les mêmes bases de valeur. Cette hypothèse est particulièrement importante en droit musulman en raison de la prohibition de la spéculation, gharar. Ainsi, jouer contre une monnaie ou profiter d'une dévaluation peut fausser tous les comptes.

108. Rappel des principes comptables en droit français – Le droit français connaît 9 principes comptables :

1. le principe de régularité ;
2. le principe de sincérité ;
3. le principe de permanence des méthodes ;
4. le principe de non-compensation ;
5. le principe d'intangibilité du bilan d'ouverture ;
6. le principe de prudence ;
7. le principe des coûts historiques ;
8. le principe de continuité d'exploitation ;
9. le principe d'indépendance des exercices.

Confrontés aux normes de l'AAOIFI, on peut synthétiser en énonçant 4 principes communs. Le premier principe est la pertinence de l'information. Elle doit avoir une valeur prédictive, vérifiable et disponible. Le deuxième principe est la régularité, c'est-à-dire un processus qui impose une représentation de la réalité, son objectivité et sa neutralité.

Enfin, le principe d'intelligibilité qui sous-entend l'utilisation de documents compréhensibles, avec des énoncés significatifs, des tableaux et des annexes pour pouvoir effectuer des vérifications facilement. En effet, ces documents ont vocation à être plus par tous.

Dans ces conditions, les documents comptables et financiers de synthèse à produire par les banques sont de trois ordres. D'abord, les états relatifs à l'activité bancaire. Ces documents comprennent le bilan, le compte de résultat, le tableau des flux de trésorerie et un tableau des variations des capitaux propres et la répartition des profits.

Ensuite, il faut publier les états financiers reflétant la variation des comptes d'investissement et, enfin, il faut publier un état relatif à la mission sociale de la banque, notamment pour la zakat et les prêts sans contrepartie, qard hassan.

De même, l'AAOIFI et l'IFRS convergent sur le choix d'une comptabilité d'engagement et non une comptabilité de caisse⁹³. De même, les deux systèmes de normes sont d'accord pour considérer un produit au sens comptable qu'à trois conditions : le processus d'obtention du produit est arrivé à son terme, l'obligation de remettre le produit est exigible et son règlement est quasi certain. Pour les charges, le principe est celui de la réalisation ou le rattachement aux produits réalisés ou le rattachement à une période s'agissant des amortissements.

Pour conclure sur ce point, on rappellera l'opposition de principe entre le modèle anglo-saxon qui fait primer l'économique, la substance, sur le juridique, la forme, et le modèle français qui va faire prévaloir le droit.

Ainsi, sauf si la société est cotée en bourse, on valorise un actif selon sa valeur faciale ou contractuelle et non en fonction de sa valeur réelle. De même, on ne valorise que les actifs dont on est propriétaire. Entre les deux, la finance islamique penche indiscutablement vers le système français.

Enfin, l'AAOIFI a prévu qu'en cas de discordance entre les normes qu'elle a élaboré et la réglementation locale, la banque du lieu d'implantation devait s'en expliquer. Autrement dit, l'AAOIFI prend acte qu'une dose importante de pratiques comptables hétérogène demeure.

Section 3 : L'homogénéisation des instruments de la finance islamique

109. Plan – On a pu voir précédemment combien les pratiques comptables constituaient un ensemble hétéroclite et que lorsque finance islamique pouvait souffrir d'un manque d'unité. Cependant, un processus d'harmonisation a été enclenché par la création de différents organismes comme la BID (**Paragraphe 1**), le CSFI (**Paragraphe 2**) ou encore d'autres organismes (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. la BID

⁹³ Dans la première, la comptabilité enregistre le flux au moment de la réalité de sa survenance qui en est la cause. Dans la seconde, le flux est comptabilisé au moment où il entre et au moment où il sort.

110. Présentation de la BID. La Banque Islamique de Développement, BID, a été fondée en octobre 1974 et son objectif est de « *réaliser un développement harmonieux et équilibré social des Etats membres et des communautés musulmanes, conjointement ainsi qu'individuellement, conformément aux principes de la Chari'a* ».

111. Pays membres de la BID. Les pays membres de la Banque Islamique de Développement sont : Comores, Syrie, Albanie, Bangladesh, Somalie, Burkina Faso, Tchad, Cameroun, Kazakhstan, Egypte, Togo, Turquie, Ouganda, Yémen, Tadjikistan, Djibouti, Tunisie, Ouzbékistan, Afghanistan, Gabon, Indonésie, Gambie, Jordanie, Guinée, Iran, Irak, Kyrgyz, Liban, Maldives, Mali, Mauritanie, Maroc, Pakistan, Mozambique, Niger, Palestine, Qatar, Koweït, Sierra Leone, Cote d'Ivoire, Brunei, Guinée Bissau, Libye, Malaisie, Nigeria, Oman, Bahreïn, Algérie, Azerbaïdjan, Bénin, Turkménistan, Emirats Arabes Unis, Arabie Saoudite, Soudan, Surinam, Sénégal.

112. Fonction de la BID. La BID agit essentiellement dans les pays musulmans en devant ou émergents. Elle finance des grands projets d'infrastructure. En vue de respecter les principes de la Chari'a, la BIB recommande des pratiques bancaires dont certaines seront admises à titre expérimental. La BID a aussi la charge de gérer une monnaie, le Dinar islamique, équivalente au DTS (droit de tirage spécial)⁹⁴.

113. Composition. Sa structure est composée d'un Conseil des Gouverneurs qui l'organe décisionnel. Ce Conseil désigne le président les membres du Conseil des directeurs exécutifs pour 3 ans renouvelables.

Chaque pays membre est représenté au Conseil des Gouverneurs qui se réunit une fois par an pour examiner les résultats de l'activité de la période précédente et se décider sur les objectifs de la période suivante. La BID a trois antennes. La première est à Rabat (Maroc), la deuxième à Kuala Lumpur (Malaisie) et à Almaty (Kazakhstan).

La BID a créé de nombreuses filiales pour déployer son action, notamment l'Institut Islamique de Recherches et de Formation (IIRF) qui joue un rôle important en matière de formation.

⁹⁴ H. Algabid, *Les banques islamiques*, préf. Ch. Gavalda, Economica 1990, p. 126.

114. Actions de la BID. La Banque Islamique de Développement utilise plusieurs instruments de financement pour promouvoir les projets de développement dans ses pays membres. Les instruments de financements proposés sont les suivants :

- Prêts alloués principalement aux gouvernements ou aux institutions publiques pour fournir des financements à long terme des projets de développement ;
- Ijarah d'actifs loués au bénéficiaire qui en devient propriétaire au bout d'une période déterminée qui peut aller jusqu'à 20 ans ;
- Vente d'acompte, en acquérant et livrant des actifs et les revendant immédiatement au bénéficiaire ajoutant une surcote mutuellement acceptée par la Banque et le bénéficiaire. Ce dernier paye le prix sur une base semi-annuelle pendant une période qui peut s'étendre jusqu'à 20 ans ;
- Istina'a de la production d'un équipement ou la construction d'un ouvrage en respectant des spécificités demandées par le bénéficiaire à un prix déterminé. Celui-ci est payé sur une période déterminée ;
- Mise à disposition des lignes de financement à des institutions nationales de financement du développement ou des banques islamiques pour promouvoir la croissance de PME, notamment dans le secteur industriel ;
- Prise de participation dans des projets productifs industriels ou agroindustriels qui sont économiquement et financièrement viables. Le financement de la BID est limité à un tiers du capital ;
- Murabaha pour le financement du commerce (importations et exportations). La Banque achète les matières premières nécessaires et les revend au bénéficiaire. Dans le cas de financement d'importations, la période de financement peut aller jusqu'à 30 mois, elle est étendue jusqu'à 120 mois pour les exportations ;

- Profit Sharing dans des projets avec un fort taux de retour. C'est une forme de partenariat entre la BID et une autre partie pour financer un projet. Chaque partenaire obtient une part du profit net (ou des pertes) proportionnellement à sa participation.

La BID collabore avec le Conseil des Services Financiers Islamiques (CSFI) et assure la publication de beaucoup de travaux en matière de finance islamique, notamment en vue de répondre à des questions sur les bonnes pratiques qui sont posées.

Paragraphe 2 ; Le CSFI

115. Présentation du CSFI. Le Conseil des Services Financiers Islamiques (CSFI) a été créé en 2000 lors d'une Conférence qui s'est tenue à Bahreïn sur le contrôle du système bancaire islamique et qui réunissait la BID, le FMI, l'AAIOIFI et divers organismes.

Implantée à Kuala Lumpur en 2002, il comporte plus de 170 membres. La particularité de cet organisme est de regrouper, outre les institutions spécialisées, les observateurs les plus autorisés dans ce domaine. Le CSFI est considéré comme un leader dans la création et le financement de la finance islamique. Les règles qu'il a établies en matière de prudence et de supervision sont très suivies par les banques et les assureurs.

De même, les normes élaborées par le CSFI vont pouvoir compléter celles du Comité de Bâle. Le CSFI a aussi la confiance des banques centrales, de l'Association Internationale des Contrôleurs d'Assurance (AJCA). Des notes techniques et des standards sont régulièrement publiés pour enrichir ou actualiser les bonnes pratiques en matière de gouvernance, de supervision et de critères de conformité.

Cet organisme assure encore la diffusion de son travail par l'organisation de colloques et de tables rondes dans différents pays et permet ainsi de faire prendre conscience aux acteurs de la finance islamique de la nécessité d'harmoniser leurs pratiques.

Paragraphe 3. les autres organismes

116. Présentation et rôle des autres organismes. D'autres organismes participent à l'homogénéisation des pratiques financière islamiques, parmi eux, on peut citer l'AIBI, Association International des Banques Islamiques créée en 1977 et dont le siège est à Djeddah. Sa mission est de renforcer les liens entre les institutions islamiques et de promouvoir la coopération entre elles. En outre, elle est chargée d'assurer le respect du caractère islamique des opérations bancaires et des idéaux du Coran.

117. Association International des Banques Islamiques. L'AIBI offre aussi des services techniques pour aider les banques, notamment du personnel spécialisé. Elle tient à jour des données en matière d'activité bancaire islamique. Elle représente les banques islamiques au niveau national et international et sert éventuellement de médiateur en cas de litige entre banques.

118. Agence Islamique Internationale de Notation. L'AIIN, l'Agence Islamique Internationale de Notation, ou plus couramment l'IIRA, Islamic International Rating Agency, a été créé à Bahreïn en 2000 à l'initiative de la BID et des agences du Golfe, notamment la Bahreïne Monetary Agency, la banque centrale de Bahreïn, afin d'évaluer les banques islamiques. Le but est rassurer les investisseurs et de renforcer l'homogénéisation des pratiques bancaires.

119. L'International Islamic Financial Market. L'International Islamic Financial Market (IIFM) a été créé à l'initiative de plusieurs banques centrales des pays du Golfe et de l'Asie du Sud-Est et de la BID. SA mission est de contribuer au développement et à la régulation des marchés. Elle assure la mise en place des nouveaux instruments financiers et favorise les échanges d'expérience entre les acteurs des marchés financiers.

120. Les comités Chari'a, leur rôle en France ? Les comités Chari'a jouent un rôle institutionnel indirect mais réel. Si l'image des Conseils de conformité éthique est tributaire de sa qualité, de sa probité intellectuelle et de la renommée des juristes qui les composent, la question se pose quant à la création en France de tels Conseils.

Plusieurs difficultés sont à surmonter.

D'une part, les investisseurs et banquiers peu familiers de la finance islamique s'interrogent sur le recrutement de ces juristes : comment être certain de leurs compétences ? La création de groupes indépendants comme l'ACERFI ou le COFFIS permet précisément d'apporter des réponses à leurs interrogations ⁹⁵.

D'autre part, la méconnaissance de la langue française peut agir comme une barrière, dans la mesure où les juristes doivent faire preuve d'une certaine familiarité avec le contexte français, et notamment son système juridique de tradition civiliste. Les juristes du Golfe pourraient ainsi avoir des hésitations à siéger dans des Conseils de conformité éthique en France. L'offre universitaire française de formation en finance islamique devrait pallier en partie cette difficulté, mais pas à court terme.

Enfin, pour l'opinion, dans le cadre du développement de la banque islamique de détail, la notoriété des grands juristes internationaux demeure limitée à un cercle restreint de spécialistes.

En conséquence, la caution morale des juristes des Conseils de conformité éthique a aujourd'hui peu d'impact. Cette difficulté relève ni plus ni moins d'un enjeu de lisibilité sur le marché et d'une politique marketing bien comprise : en effet, il s'agit de sortir ces juristes de l'anonymat à l'aide de relais locaux qui, même s'ils sont connus des institutions bancaires islamiques officielles auxquelles ils appartiennent le plus souvent.

Au regard de la régulation en droit bancaire français, l'Autorité des marchés financiers (AMF) supervise les activités financières et l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution supervise les activités bancaires. Selon les spécialistes, la finance islamique peut être parfaitement contrôlée en France et rien ne s'oppose en droit français à son implantation en France ⁹⁶.

⁹⁵ L'ACERFI (Audit, Conformité Éthique, Recherche en Finance Islamique) est un comité francophone de conformité éthique, association à but non lucratif, composé de juristes en sciences religieuses islamiques, secondé par des juristes, fiscalistes et experts en finance et gestion d'actifs, membres de l'association AIDIMM. Le COFFIS (Conseil Français de la Finance islamique) est son équivalent avec une démarche plus axée sur la certification et la labellisation commerciale vis-à-vis de la clientèle privée.

⁹⁶ G. Tabourin, « *Le point de vue du superviseur* », in *La finance islamique, l'autre finance*, Société de législation comparée, 2009, p. 111.

C'est donc la thèse de la banalisation de la finance islamique par rapport à la finance conventionnelle qui prédomine en France.

121. Indices boursiers. Pour répondre à la demande des investisseurs musulmans de plus en plus nombreux, des indices boursiers ont été mis en place. En 2011, a été créé le SEII, *Sokk Europe Islamic Index*. En 1988 avait déjà été créé le *Dow Jones Islamic Index (DJIMI)*. Ces indices vérifie la conformité à la Chari'a, à savoir la licéité des activités financées et les contraintes en termes de ratio.

Ainsi, pour le DJIMI : dettes/ capitalisation boursière 33%. Trésorerie + titres portant intérêt 33%. Créances/ capitalisation boursière 33%.

Aujourd'hui, tous les indices principaux sont doublés par un indice islamique : FTSE SGX *Asia Sharia*, le S&P GCC *Investable Sahria*. Ces indices permettent aux investisseurs d'identifier les firmes dont les activités sont conformes à la Chari'a et de pouvoir faire des comparaisons utiles.

122. Conclusion. Ces organismes sont nombreux mais on peut observer une cohérence de leur action. Cette cohérence s'explique par le fait que ce sont souvent les mêmes personnes qui siègent dans ces organismes et que leur autorité morale et technique est indiscutable. Le rattachement de ces institutions à l'Organisation de la Conférence Islamique assure aussi leur parfaite intégration dans le réseau institutionnel mondial des musulmans.

CHAPITRE 2 : L'ORGANISATION DE LA FINANCE ISLAMIQUE

123. Problématique - La finance islamique met en évidence que l'activité bancaire ne saurait se réduire à engranger les profits, mais qu'il existe un environnement, une enveloppe, intangible liée à la religion musulmane et qui se répercute dans les mentalités et les comportements.

Dans le cadre de la banque conventionnelle, il s'agit de s'assurer d'une bonne information, de posséder de bons indicateurs, de vérifier la conformité, mais l'activité en soi n'a qu'un but : accumuler les rendements. Or, pour la finance islamique, il va valoir intégrer d'autres données qui sont parfois en contradiction avec le mode de financement de la banque classique. Ce sont ces éléments qu'il convient à présent d'examiner.

Plan

Section 1 : La gouvernance de la finance islamique

Section 2 : L'information comptable et financière

Section 3 : La gestion des risques

Section 4 : Le règlement du zakat

Section 1 : La gouvernance de la finance islamique

124. Notion de gouvernance. Le droit musulman ignore la notion de personne morale. Les sociétés fonctionnent sur la base d'un contrat mutuel de mandat entre les associés. Le contenu de ce mandat varie selon la forme et la nature de la société. Comme un droit occidental, on retrouve la distinction entre société de capitaux, Sharikat al'inan, et société de personne, sharikat al-wujûh ou al-addân.

Toute société, y compris en droit musulman, fonctionne si trois conditions sont réunies : une volonté des associés de s'engager ensemble, par la mise en commun de moyens et en partageant les profits et les pertes. La réunion de ces éléments et l'esprit sociétaire forment ce que l'on appelle l'*affectio societatis*.

Les banques islamiques sont en général des sociétés commerciales et on exposera la façon dont la gouvernance est organisée dans sa structure (**Paragraphe 1**), dans sa gestion (**Paragraphe 1**) et dans son contrôle (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1. La structure de l'organisation

125. Notion de société. Dans toute organisation sociétaire, on distingue les centres de responsabilité, les centres opérationnels, les centres de support et les centres de structure. Les centres opérationnels sont chargés de la production et pour une banque il s'agit des activités dites courantes (dépôt, moyens de paiement) ou de guichet et les activités financières : achat/vente de titres, placement.

Il y a aussi les activités de conseil et de gestion administrative des comptes. Dans la banque islamique, on va retrouver ces activités, mais surtout les activités courantes par type de clientèle, particulier ou entreprise, ou par type de contrats, mourabaha, ijara...

L'Association Internationale des Banques Islamiques a proposé un organigramme type d'une banque islamique. Au sommet, on trouve l'assemblée générale des actionnaires qui désigne son conseil d'administration.

Ce conseil d'administration désigne à son tour l'exécutif ou direction générale. Mais, parallèlement au conseil d'administration, seront créés l'audit interne et l'inspection supervisés, ce qui est le propre de la banque islamique, un comité Chari'a.

Toujours selon l'AIBI, la direction générale se divise en trois branches : direction administration et moyens, direction dépôts et investissements et direction bancaire.

Dans la direction administration et moyens, on a essentiellement le comptable, le juridique et l'informatique. Pour la direction dépôts et investissements on aura les participations directes ou indirectes et l'épargne. La direction bancaire, on aura tous les services bancaires et notamment les services sociaux et la zakat. Il faut rappeler l'importance de l'activité caritative développée par les banques islamiques.

Ces organigrammes peuvent évoluer selon le volume de l'activité de chaque branche. Les banques ont à cœur de mettre en avant les activités qui prennent de l'importance. Pour les banques islamiques, il s'agit essentiellement des produits « phares » purement musulmans et destinés aux particuliers ou aux entreprises. Pour ces dernières, il existe essentiellement trois sortes de financement : le financement immobilier, le financement des équipements et le financement d'investissement.

Paragraphe 2. Les organes de gestion

126. Démocratie sociétair. L'assemblée générale est souveraine pour désigner les organes de gestion, mais pour être dirigeant d'une banque islamique, il faut remplir un certain nombre de conditions. La première est d'être musulman. Il faut ensuite posséder un certain nombre d'actions. La durée du mandat est fixée en général pour trois ans.

Si on regarde du côté des principales banques islamiques, on remarque que le nombre des administrateurs est compris entre 8 et 11. Le président est souvent assisté par un vice-président et un secrétaire général. Le président du conseil d'administration assume les fonctions de direction.

Les banques islamiques sont souvent des structures familiales très anciennes comme le groupe Dar Al Maal Al Islami Trust ou la Blom Bank.

Pour les banques à forte activité internationale, les membres font partie du conseil d'administration de plusieurs banques et institutions. Les banques ont leur comités afin d'assurer une bonne gouvernance : comité des risques, comité des rémunération et comité Chari'a.

L'AIBI a défini les conditions pour être gouverneur : « *Le gouverneur doit être musulman, acquis au principe de la finance islamique, capable d'élever ce principe au niveau d'un acte de foi et lutter pour sa réalisation (...) Il doit être un homme politique avant d'être un homme d'action. Point n'est besoin pour lui d'être un spécialiste dans le domaine bancaire* »⁹⁷.

Les dirigeants managers exercent leurs fonctions sous le contrôle du conseil d'administration. Leur rôle est rendu délicat par le fait qu'ils doivent concilier les impératifs de la rentabilité économique, qui est d'ordre rationnelle, avec les contraintes de l'Islam, qui est d'ordre spirituel.

Les auteurs musulmans ont bien conscience de la difficulté et mettent en évidence la contradiction entre la logique d'efficacité économique et la logique visant à protéger les valeurs éthiques et religieuses. Seul un système de double gouvernance est capable de concilier cette opposition.

Cependant, des contradictions et des tensions sont inéluctables devant un tel conflit de logique, la réflexion est donc intense pour parvenir à une conciliation.

127. Recommandations. Ainsi, il est recommandé de mettre en œuvre au de la banque une culture éthique, dénommée souloukiat, et une culture organisationnelle, par des formations adaptées. Cette culture permet de réduire la pression des exigences de la foi islamique.

Il est aussi recommandé de sensibiliser les membres du comité Chari'a à la culture économique et financière pour faire face à la concurrence des banques classiques et des autres

⁹⁷ Al Naggar, 1983.

banques islamiques. Il faut encore faire en sorte que les membres du comité Chari'a soient impliquées dans la stratégie à long terme et la fixation des objectifs de la banque.

On voit comment des règles de comportement fortement recommandées du côté de la gestion classique et de la gestion islamique permettent de rapprocher les deux logiques et qu'il s'agit toujours de tenter de rapprocher, de converger, de s'adapter à la finance classique sans abandonner la parole du Prophète⁹⁸.

En outre, cette variation et ces allers-retours entre la logique économique et la logique spirituelle dépendent d'un certain nombre d'éléments internes et externes à la banque.

En effet, le monde musulman n'est pas un monde homogène. Par exemple, le rôle que peut jouer ou non dans certains pays les autorités islamiques va peser sur le comportement des dirigeants. De même, la clientèle sera plus ou moins soumise à cette pression. Il en est de même s'il existe ou non d'autres banques islamiques ou des banques étrangères.

Selon le rite musulman applicable dans tel ou tel pays, les règles islamiques peuvent varier et la licéité de telle ou telle opération sera admise ou non selon le degré d'orthodoxie de la norme musulmane retenue par le rite.

Enfin, tout dépend encore des métiers exercés par la banque, à savoir la banque commerciale ou la banque d'affaires. Dans ces deux activités, le degré d'autonomie des managers peut fortement varier.

Paragraphe 3. Les organes de contrôle

128. Audit interne. Dans toute banque, on trouve le contrôle interne et externe et l'inspection. Ces audits ont pour objet de prévenir les risques et de détecter les défaillances susceptibles on le sait depuis la crise des *subprimes* de déclencher des crises financières d'une extrême gravité. Le Comité de Bâle a d'ailleurs renforcé la réglementation sur ce point en proposant de nouveaux ratios de solvabilité dits Bâle III.

⁹⁸ Zied et Pluchart, 2006.

C'est dire combien ces audits sont importants car ils garantissent la stabilité et la sécurité. Pour la finance islamique, ces contrôles prennent une importance encore plus grande.

En effet, la transparence est indispensable pour le client et l'investisseur qui doivent pouvoir vérifier que l'activité est hallal. Ainsi, l'accent va être mis sur la qualité du capital, la capacité d'absorption des pertes, l'exposition au risque, le respect des ratios de liquidité, la vérification de l'allocation des fonds par des rapports de révision...

L'audit strictement musulman revêt une importance capitale. Il faut examiner la conformité du système de partage des profits et des pertes, la vérification des nouveaux produits financiers, la prévention des conflits d'intérêts.

129. Audit externe. Concernant les auditeurs extérieurs, ils sont soumis à une déontologie musulmane renforcée car ils travaillent pour un public plus large. La question reste posée de savoir si les comités Chari'a sont des organes internes ou externes à la banque. Sachant qu'ils ne siègent pas de façon permanente, on devrait les considérer comme des auditeurs externes⁹⁹.

En réalité, tout dépend des rapports établis entre ces comités et les grands cabinets d'audit externes. Ainsi, la *Dubai Islamic Bank* est auditée par Ernst & Young. Selon la capacité de l'auditeur à créditer son travail au regard des règles de *Chari'a compliance*, l'audit sera plus ou moins placé sous le contrôle du *Chari'a board*.

130. Le comité Chari'a. Le comité Charia peut être défini comme une entité obligatoire, indépendante, spécialisée dans la jurisprudence islamique et chargée de passer en revue et de superviser les activités de la banque islamique pour assurer leur conformité avec les principes de la Chari'a¹⁰⁰.

La tâche de ce comité est ardue. D'une part, il faut vérifier si les activités sont licites, c'est un contrôle d'ordre public, un passage obligatoire. D'autre part, il faut étudier les pratiques

⁹⁹ G. Causse-Broquet, *op. cit.* p. 124.

¹⁰⁰ Charpa et Khan, *op. cit.*

bancaires au regard de la théorie islamique de l'économie et que la banque a travaillé pour enrichir la communauté des croyants.

Il faut insister sur le fait que les personnes qualifiées pour accomplir cette mission sont très peu nombreuses, ce qui est un frein au développement de la finance islamique. En revanche, la Malaisie a mis en place un système d'accréditation plus souple.

Le statut des membres du comité est proche de celui d'administrateur. En principe, ils sont nommés par l'assemblée générale des actionnaires. Leur nombre varie entre 6 et 7, mais peut tomber jusqu'à 3. La question de leur rémunération est peu évoquée. Elle est sans doute importante, au niveau de celle d'un administrateur, ce qui pose le problème de leur indépendance à l'égard de la banque.

La composition du comité Chari'a est lui-même une gageure. C'est en tout cas une décision stratégique de premier ordre et elle ne peut être confiée qu'à une autorité connue et reconnue, généralement un juriconsulte appartenant déjà au conseil d'administration d'une banque prestigieuse ou d'un organisme de normalisation comme l'AAOIFI.

Ainsi, c'est la notoriété du juriconsulte qui donne à la désignation des membres du comité Chari'a la crédibilité indispensable à l'accomplissement de la mission pour laquelle ils ont été choisis.

Cette notoriété se base sur une liste de publications qui est généralement annexée au curriculum vitae du juriconsulte qui est inséré dans les rapports financiers et de gestion. On y ajoute des consultations qui ont été données en matière religieuse.

Compte tenu de la rareté de ces profils, le risque est de voir les mêmes juriconsultes cumuler plusieurs mandats, parfois jusqu'à 50, alors même que les banques concernées sont en concurrence.

Les difficultés pour constituer des comités Chari'a ont amené les banques islamiques à réfléchir sur la possibilité de créer un Chari'a board central. La Malaisie, pays très en pointe dans ce domaine, a suivi cette voie en 1997.

De plus, les grandes universités musulmanes, comme l'Université Al Azhar du Caire, l'Université de la Zeitouna en Tunisie, délivrent des diplômes spécialisées : Master Hadith Science, Master Charia and Law.

Allant plus loin encore, le Koweït a créé une école spécialisée, *The Charia College*. Ces actions de formation sont décisives pour répondre à la demande de juristes spécialisés en droit bancaire et fins connaisseurs de la religion musulmane.

Dans son fonctionnement, le *Chari'a board* travaille en étroite collaboration avec le conseil d'administration. Pour les décisions importantes, comme le lancement d'un nouveau produit, le comité se réunit et peut interroger le conseil d'administration. Souvent, le comité éprouve des difficultés pour répondre aux exigences religieuses car la jurisprudence est pauvre.

L'activité bancaire telle que nous la connaissons aujourd'hui pose des questions pour la plupart inédites aux juristes. La variété des pratiques d'un pays à l'autre et les divergences d'interprétation accroissent la complexité de la mission du comité.

En cas de divergence entre le conseil d'administration et le comité, une autre difficulté surgit. En effet, la logique du conseil est économique tandis que la logique du comité Chari'a est spirituelle, ce qui ne manque pas de créer des conflits. Il est évident qu'une banque islamique ne peut transgresser un avis négatif du comité et lancer un produit financier considéré comme illicite.

En effet, le comité Chari' a à sa disposition une arme redoutable : la fatwa qui compromettrait de façon irrémédiable les intérêts de la banque. En revanche, le conseil d'administration peut agir pour révoquer les membres du comité Chari'a. Mais là encore le barrage moral est très important compte tenu du prestige auprès du public et du monde de la banque islamique dont jouissent les juristes en matière de Chari'a.

131. Rapport annuel. Chaque année, le *Chari'a board* remet son rapport d'audit religieux. Ce rapport dont l'élaboration a été standardisée par l'AAOIFI, comprend le rappel des obligations des administrateurs en matière religieuse, la description du processus d'audit, les tests effectués.

Le rapport indique sur quelles bases les profits ont été partagés et les causes charitables qui ont été aidées. Le rapport vérifie l'état des sources et le versement de la zakat.

Le contenu et l'application des contrats sont vérifiés afin de contrôler le caractère licite des opérations. Enfin, dans la partie « opinion », le comité relève la violation des principes de la Chari'a. Il peut dans ce cas vérifier que des profits illicites ont été versés à des œuvres de charité.

Le comité émet des recommandations dont le respect sera examiné pour la période suivante. Ces rapports qui sont publiés au sein des documents de référence sont parfois très courts et peu explicites. Dès lors, face à la pauvreté et la rareté des sources, il est difficile d'entreprendre une systématisation des données délivrées par les comités Chari'a. Il faut donc recommander une plus grande motivation et une plus grande diffusion à travers des publications des travaux de ces comités.

On peut conclure que la présence d'un comité Charia est à la fois une spécificité de la banque islamique, qu'il est complexe à mettre en place et qu'il constitue au fond une nouvelle contrainte qu'il faut prendre en considération.

Section 2 : L'information comptable et financière

132. Particularismes de la finance islamique en matière d'information comptable et financière. Le mode de financement des banques islamiques est particulier et sur le terrain de l'information comptable et financière qu'il faut délivrer aux parties prenantes, ce particularisme est frappant.

L'objet de cette information est d'évaluer les actifs et le passif, d'identifier les différents comptes, leurs revenus, leurs charges. Il faut aussi intégrer ou non certains investissements dans les fonds propres ou les quasi fonds propres.

Bref, l'ensemble de ces informations doit être recueilli dans un document stable, fiable et intelligible. En outre, la traque des avoirs illicites a renforcé le système de contrôle de ces informations. Les règles relatives à la publication des documents financiers doivent être

examinées (**Paragraphe 1**) pour comprendre la gestion de la banque islamique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La publication des documents financiers

133. Etendue de la publication – La réglementation concernant les documents financiers dépend de la législation locale où se trouve l'établissement bancaire. Outre cette réglementation, il faut respecter les normes internationales, ce qui est une difficulté supplémentaire.

Selon l'AAOIFI, les banques islamiques doivent publier un bilan, un compte de résultat, un tableau des flux de trésorerie et un tableau de variation des capitaux propres et de répartition du profit.

Schématiquement, on va exposer comment se présentent les documents financiers dans une banque islamique.

134. Actif du bilan. Ainsi, on voit qu'à l'actif du bilan apparaissent les créances par liquidité croissante mais sans regroupement en sous-catégories. Les créances représentent 60% de l'actif, ce qui est élevé. Ces créances sont évaluées en valeur nette en fin de période après éventuellement une constitution de provision pour créance douteuse.

Aucun stock n'apparaît, ce qui est normal pour une banque. Cependant, la banque islamique utilise le contrat de vente dans ses montages financiers, murabaha. Dès lors, elle propriétaire de biens dans l'intervalle de temps entre la livraison du fournisseur et le transfert de propriété au client. Dans ce cas, ces stocks devront apparaître dans une rubrique spéciale.

Les investissements pour le compte des clients apparaissent selon leur objet : immobilier, locatif, placement. Dans les annexes figurent l'identité des détenteurs des actifs : les actionnaires de la banque, les déposants, les investisseurs ou les deux à la fois.

L'examen du bilan montre encore que les banques islamiques disposent de beaucoup plus de trésorerie par rapport à la banque classique, 1 à 1,5% supplémentaires. Cette trésorerie est

placée auprès des banques centrales, comme pour la banque conventionnelle, mais à la différence de celle-ci, elle n'est pas rémunérée.

135. Passif du bilan. Au passif du bilan, apparaissent les dettes par ordre d'exigibilité décroissante, selon la méthode habituelle. Les dettes ne sont pas très détaillées et représentent 79% du passif, ce qui est beaucoup plus faible que dans les banques conventionnelles où elles avoisinent les 96%.

Il existe une rubrique « réserve de juste valeur » pour respecter une norme préconisée par l'IFRS. Les actifs cotés sont évalués à la valeur du marché. Les valeurs sur bien futur sont évaluées sur la base d'une transaction récente portant sur un objet comparable.

Les comptes de dépôt représentent 77% des dettes sont d'un montant plus élevé que ce qui existe dans les banques conventionnelles.

136 Compte de résultat. Le compte de résultat fait apparaître les revenus, les charges et le résultat, ce qui est conforme aux pratiques traditionnelles. Evidemment, aucune charge d'intérêt n'apparaît. Le partage des profits est indiqué selon la qualité de son bénéficiaire : administrateur, actionnaire, déposant, investisseur, autre banque.

La participation à la zakat et aux œuvres charitables fait l'objet d'une rubrique spéciale. Selon le droit comptable, ce versement est une opération de financement et non une charge d'exploitation.

On trouve aussi une rubrique importante concernant les impayés, à cause de l'interdiction de pratiquer l'intérêt de retard. Les charges liées aux rémunérations et commissions figurent sur un compte séparé.

Le tableau des flux de trésorerie fait apparaître les opérations d'exploitation, les opérations d'investissement et les opérations de financement. Selon les préconisations de l'AAOIFI, les flux nets apparaissent pour faciliter la lecture du compte de résultat, y compris les flux de trésorerie.

Concernant le hors bilan, seuls les comptes d'investissement qui émanent d'un mandat donné par un client apparaissent. Il est aussi exposé la stratégie de la banque en matière *d'islamic banking*.

Paragraphe 2. La compréhension de la gestion

137. Analyse des actifs. La mise en place d'un système efficace d'information sur la gestion de la banque islamique permet de comprendre sa spécificité par rapport à la banque traditionnelle. Pour cette dernière, cette activité est destinée à lui fournir tous les éléments afin d'obtenir le plus haut rendement. Pour la banque islamique, les choses sont différentes.

Dans la banque conventionnelle, le principe de base est d'exploiter le différentiel entre le coût de la collecte de fonds et leur taux de placement. La banque raisonne en pool unique où l'on puise pour financer tous les emplois ou en pools diversifiés. La banque agira de la sorte quand la classification de ces actifs est différenciée en raison de la durée de leur affectation. La banque distingue les fonds volatiles et les fonds plus stables.

Cette méthode permet de calculer le rendement de chaque pool. En effet, il suffit de comparer le taux de placement avec le taux de financement. On obtient ainsi la rentabilité globale.

En raison de la prohibition des intérêts, il n'est pas possible pour les banques islamiques de fonctionner ainsi.

En outre, il est impossible de considérer que les ressources ont un coût direct, la charge des intérêts versés. C'est pourquoi, on fait apparaître la rémunération des dépôts comme une charge d'exploitation.

De même, les ressources sont classées par ordre de volatilité : volatilité forte (dépôts à vue) ; volatilité moyenne (sukuk, investissement à moyen terme) ; volatilité faible (mourabaha, dépôt d'investissement à long terme). La corrélation est ensuite réalisée en fonction du degré de liquidité : emploi à forte liquidité (opération mourabaha de quelques mois ; liquidité intermédiaire (moucharaka dégressive) ; faible liquidité (istinaa).

Avec ces informations, la banque peut calculer la rentabilité de son activité et cette information sera tout aussi pertinente que celle de la banque classique. En revanche, les éléments de ce calcul sont plus compliqués car les taux de placement et de financement ne sont pas déterminés préalablement mais reconstitués par des opérations intermédiaires.

138. Notion de rentabilité. Pour la banque islamique, la rentabilité d'un dépôt va dépendre de son objet affecté par le contrat entre la banque et son client. La banque islamique distingue les dépôts limités, dépôts affecté et les dépôts illimité, non affecté, comme les dépôts à vue où la banque dispose librement de ces ressources.

La rentabilité sera donc différente selon la nature du compte et de l'opération, ce qui engendre un grand pointillisme dans la gestion et le calcul de la rémunération. Le taux du partage est fixé à l'avance, mais son assiette peut beaucoup varier. Certains résultats ne pas immédiatement partageables et le calcul des différentes charges de rémunération doit aussi être effectué.

Si le dépôt est affecté, il y aura un compte de liquidation pour calculer le résultat, si le compte n'est pas affecté, le partage se fera sur la base du résultat net comptable de la banque.

Cette méthode permet de connaître le rendement selon les activités financées par la banque et assure juridiquement la conformité à la Chari'a. La nécessité de faire apparaître les activités financées met aussi en évidence les rentabilités des différents secteurs stratégiques autorisés par le Coran.

Enfin, elle fait le lien entre les contraintes et met en évidence le respect des textes. Ainsi, la banque islamique aura toujours un compte de trésorerie important qu'elle ne pourra pas affecter, ce qui pèse sur sa rentabilité.

De même, les méthodes de calcul trouvent leurs limites dans le fait que les banques islamiques ne peuvent pas utiliser l'intérêt débiteur ou créateur, ce qui complexifie son financement. Enfin, tout dépend des choix de la banque en termes de structuration sociétaire. Ainsi, les produits des filiales n'est pas le même que celui des agences et le calcul comptable général peut s'en trouver faussé.

Enfin, il est d'usage de créer pour les gros clients un compte de résultat de banque en le considérant comme unique client. La rentabilité de ce type de compte étant en général beaucoup plus élevée que pour les autres clients, là encore les calculs peuvent s'en trouver faussés.

Section 3 : La gestion des risques

139. Plan. La gestion des risques est au cœur de la réglementation bancaire. Pour la finance islamique, il convient de suivre les règles préconisées par le comité de Bâle et sa méthode qui consiste à prendre en considération le problème des conflits d'intérêts en matière de rémunération (**Paragraphe 1**) et d'identifier les différents risques des marchés pour mettre en place les bons moyens de couverture (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le problème des conflits d'intérêts

140. Notion de risque. La notion de risque s'explique différemment dans le sens commun et dans des approches techniques ou entrepreneuriales. Le risque peut être « avéré », « potentiel », « émergent » ou « futur ».

Dans son acception entrepreneuriale, le *risque* est la coexistence d'un aléa et d'un enjeu. Lorsqu'une personne prend un risque, elle entreprend une action avec un espoir de gain et/ou une possibilité de perte ¹⁰¹.

En économie et en finance (placements, investissement, crédit, assurances) le risque porte sur les actifs financiers : une possibilité de perte monétaire due à une incertitude que l'on peut quantifier. La théorie veut (par exemple le ratio de Sortino), qu'il y aurait corrélation entre le risque pris et l'espérance de gain.

¹⁰¹ *L'Intelligence des risques, Sécurité, Sûreté, Environnement*, Management IFIE 2006. Bernard Besson et Jean Claude Possin
Prévenir les risques. Agir en organisation responsable. Andrée Charles, Farid Baddache. Éditions AFNOR

Notons qu'en finance la mesure du risque est lié à sa volatilité et son écart-type, pour cette raison le risque n'est pas un élément "purement négatif" comme au sens littéraire, un actif risqué présente des chances de fluctuer grandement à la hausse comme à la baisse.

La finance est devenue largement de nos jours une industrie de transformation des anticipations de revenus et de risques en instruments dont le prix peut être négocié sur des marchés ou auprès d'institutions ad hoc.

Cela permet le transfert des risques à ceux disposés à les prendre (contre des revenus espérés), la compensation des risques inverses (exemple le risque de change d'un importateur est inverse de celui d'un exportateur, le risque de taux d'un prêteur est inverse de celui d'un emprunteur...), la diversification des risques, etc.

Le risque pays, dans le langage des assureurs, désigne les dangers spécifiques à un pays avec lequel traite une entreprise et qui peut poser un danger pour la continuité de ses opérations ou de celle de ses fournisseurs ou clients : révolution, coup d'État, etc. Au sens strict, le risque pays est la probabilité qu'un pays n'assurera pas le service de sa dette extérieure.

Le risque de crédit est le risque que l'emprunteur ne rembourse pas sa dette à l'échéance fixée. Préoccupation majeure pour les organismes bancaires, il concerne aussi les entreprises via les créances qu'elles accordent à leurs clients sous la forme d'encours.

Pour éviter les impacts des crises monétaires et financières qui ébranlent de façon quasi-systémique les économies dans lesquels elles vivent, les sociétés occidentales peuvent se couvrir contre le risque de taux sur les variations des taux d'intérêt, contre le risque de change

¹⁰²

Le risque de marché est le risque de perte qui peut résulter des fluctuations des prix des instruments financiers qui composent un portefeuille.

¹⁰² *Traité de riscologie - La science du risque*, Georges Jousse, Imestra Éditions, 2009, *Gestion des risques*, Michel Lesbats, Dunod, 2012

Le risque de liquidité concerne les placements financiers qui sont très difficile à liquidifier, c'est-à-dire à vendre rapidement en cas de besoin de liquidité. Les banques reçoivent des dépôts à court terme de leurs clients et font des prêts à moyen et long terme.

141. Risque bancaire et banque islamique. L'activité bancaire crée spontanément un conflit d'intérêt entre déposants et banque islamique et banque islamique et les entreprises. En effet, d'un côté les clients déposants investissent leur argent en le remettant à leur banque. Ils paient à ce titre des frais de gestion mais reçoivent en contrepartie un profit, selon le placement qui a été contractuellement conclu.

De son côté, la banque qui est en principe libre d'affecter les fonds qui lui ont été remis, peut engranger des gains ou des pertes. Dès lors, le risque est supporté par les déposants. Cependant, ces derniers sont attentifs à l'évolution de leur épargne et pourront éventuellement rapidement réagir en retirant leurs fonds en cas de mauvaise gestion de la part de la banque.

Ainsi, dans le premier cas, c'est le client qui supporte le risque et dans le second cas, c'est la banque supporte le risque. Dans ce cas, la situation de la banque islamique n'est guère différente de celle de la banque classique.

Vis-à-vis des entreprises, la banque islamique intervient souvent forme de partenariat par des contrats moudharaba ou moucharaka. La banque n'est pas actionnaire, elle ne dispose d'aucun droit politique dans l'entreprise et si celle-ci n'est pas rentable, la banque perdra de l'argent.

Certes, certains contrats peuvent aménager des droits plus forts en faveur de la banque qui peut éventuellement se voir conférer des prérogatives sur les décisions stratégiques de l'entreprise, mais elle reste tributaire de la gestion des dirigeants.

Cette situation risquée pour la banque est de nature à la décourager à investir dans les entreprises car la base de la finance islamique est le partage déterminé à l'avance.

Paragraphe 2. Les différents risques des marchés

142. Quadruple risque pour les banques et finance islamique. L'analyse des trois principaux risques permet de mettre en évidence les caractères propres de la finance islamique, à savoir le risque de crédit, le risque de marché, le risque de liquidité et le risque opérationnel.

143. Risque de crédit. Concernant le risque de crédit, la banque est exposée à la volatilité des flux de trésorerie causé par un défaut de paiement important ou un retard important dans le règlement de la créance.

La banque islamique est particulièrement exposée lorsqu'elle pratique le financement privé – public (PPP) et les opérations achat/ vente quand elle ne possède pas d'un système d'information élaboré. De même, sa contrepartie n'est pas facilement immédiatement déterminable.

En outre, en ne pratiquant pas les intérêts de retard, la banque islamique s'expose à des défaillances plus nombreuses de ses débiteurs. En ne pratiquant pas l'intérêt, même au niveau de son refinancement par le dépôt de ses avoirs dans une banque centrale, elle se prive d'une ressource simple et facile. Enfin, certains instruments de couverture comme l'assurance sont fermés aux banques islamiques.

En revanche, la banque islamique qui finance essentiellement des crédits à court terme pour financer l'achat de biens réels prend moins de risque que si elle privilégiait les placements à long terme. Il reste que la banque islamique, comme toute banque, fait l'avance de fonds et doit ensuite attendre le dénouement de la transaction commerciale pour obtenir son retour sur investissement.

Le fait que la banque islamique ait recours à plusieurs contrats pour exercer son activité de crédit est de nature à accroître le risque de défaillance de l'un des prestataires brisant l'ensemble de la chaîne contractuelle. De même, le fait que la banque islamique assure beaucoup d'œuvres charitables et la zakat la prive d'une ressource qui peut s'avérer utile en cas de défaillance passagère.

Enfin, la banque islamique a tendance à concentrer ses investissements dans des zones géographiquement limitées ou dans certaines activités. Or, la diversification des actifs est l'un des moyens les plus sûrs de prévenir les risques de crédit.

Dans la banque classique, les risques sont gérés par des comités spécialisés qui utilisent des modèles de *rating*, *benchmark* et *reporting* réguliers pour vérifier la situation et mesurer le degré d'exposition de la banque aux risques.

Pour la banque islamique, cette mission est confiée au comité Chari'a car le risque est l'un des interdits de l'Islam. Pour couvrir le risque, la banque va privilégier les sûretés : gage et hypothèque ou cautionnement d'un tiers.

144. Risque de marché. Le risque de marché tient aux variations des devises et des valeurs mobilières. Il tient encore au niveau d'inflation, au prix de l'argent. Pour une banque, il est vital de se couvrir contre le risque de taux. Afin d'organiser l'offre de crédit, les banques se réfèrent à des taux officiels comme le LIBOR (*London Interbank Offered Rate*) qui est devenu une référence pour toutes les banques.

Pour la banque islamique à qui il est interdit d'utiliser le taux d'intérêt, il va falloir recourir à des mécanismes de réajustement de la valeur de l'argent qui a été prêté. Ainsi, dans le contrat de bail ijara, les banques stipulent des clauses de *repricing* qui permet d'indexer les loyers.

Ces clauses d'indexation sont généralement validées par les comités Chari'a qui les analyse comme conforme à la justice contractuelle définie par les préceptes religieux de l'Islam. Pour le contrat moudharaba, la banque va constituer une réserve pour ajuster sa rémunération en fonction de l'évolution de la valeur du bien.

En revanche, pour les contrats salam et mourabaha, le taux de profit ne peut être augmenté car la marge est toujours fixée au moment de la conclusion du contrat. Quels que soient la nature de ces risques, la banque islamique pourra utiliser l'option arboun qui permet de se dégager d'une transaction en perdant les arrhes.

145. Risque de liquidité. Le risque de liquidité est le plus grave pour la banque car c'est celui où elle ne peut plus faire face à ses engagements. La faillite d'une banque peut avoir des

effets dévastateurs sur l'économie en général, comme le montre l'actuelle crise financière. Ce risque est qualifié de « stress » pour la banque.

En fait, la banque dispose d'un niveau de ressources égal à celui des emplois. Cependant, le degré d'exigibilité des ressources ne correspond pas au degré de liquidité des emplois. Le risque pour la banque est alors de ne pas pouvoir faire face à une demande massive de retraits.

De même, en cas de forte variation entre le financement des actifs à court et le financement des actifs à long terme, ce que l'on appelle le risque de transformation, la banque peut se trouver à court de liquidités.

Ce risque pèse encore plus pour les banques islamiques qui ne peuvent se refinancer rapidement sur les marchés en empruntant avec intérêt. En plus, il n'existe pas de système interbancaire monétaire islamique permettant aux banques de se réapprovisionner d'urgence.

De même, la plupart des crédits étant à court terme, la banque ne dispose pas forcément de la possibilité de réaffecter ses crédits à long terme.

En revanche, les banques islamiques possèdent un atout : leur haut niveau de trésorerie. D'ailleurs, c'est le département trésorerie qui gère le risque de liquidité. Il s'assure entre autres de la diversification des actifs et les ratios indicateurs de risque. Ainsi, il existe le ratio cash + actifs/ dettes qui est ajusté sur le calendrier : 3 mois, 6 mois, un an, deux à cinq ans et plus de cinq ans.

146. Risque opérationnel. On appelle risque opérationnel le risque encouru par une mauvaise gestion de la banque en interne ou la survenance d'événements extérieurs : crise politique, escroquerie, abus de biens sociaux.

Pour la finance islamique, s'ajoutent les risques induits par un manque de standardisation des instruments contractuels, leur validité qui peut varier d'une interprétation juridique à l'autre. L'enchaînement des contrats accroît le risque contentieux.

La complexité de la gestion des actifs basés sur un partage de profits, l'image parfois sulfureuse de la finance islamique en raison du terrorisme, le risque commercial translaté, les banques islamiques ne sont pas forcément les plus rentables ¹⁰³.

Les Institutions de la banque islamique, comme le CSFI, sont parfaitement consciente de cette situation et tente d'y remédier en développant une culture du risque et en proposant des instruments de couverture conformes à la Chari'a.

Ainsi, les grandes banques islamiques mettent en place des comités spécialisés chargés d'élaborer des politiques de gestion des risques et de surveiller l'application des mesures recommandées. Cependant, pour les établissements de petite taille, il est difficile de mettre en place ces structures appropriées.

En outre, le taux de suffisance fixé par le Comité de Bâle est au moins de 8%, alors que la Banque de Bahreïn l'a fixé à 12%. De même, les banques centrales ont mise en place des modèles de surveillance appelé CAMELS : *Capital Adequacy Assets Quality Management Earnings Liquidity Sensivity to Market Risk*. Ces termes méritent d'être explicités :

Capital Adequacy : c'est le ratio Mac Donough.

Assets Quality : c'est l'existence de provision ou de réserves.

Management : c'est la compétence vérifiée par l'aptitude de la banque à respecter la réglementation et à appliquer la politique interne décidée par les dirigeants.

Earnings : ce sont les profits non exceptionnels qui permettent de vérifier la bonne gestion des services bancaires et l'augmentation des marges.

Liquidity Sensivity to Market Risk : ce sont les mesures prises pour limiter les risques de taux, de change ou de prix.

Les banques centrales établissent aussi une notation pour chaque banque allant de 1 (excellent) à 5 (mauvais).

Section 4. Le règlement du zakat

¹⁰³ A. Hassoun, *Livre blanc sur la finance islamique*, 2010.

147. Plan. La zakat que l'on peut traduire par « purification » est le troisième pilier de l'Islam. Son importance dans les pays islamiques a des répercussions sur l'activité bancaire. On présentera la notion de zakat (**paragraphe 1**), avant d'exposer ses règles de calcul (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La notion de zakat

148. Importance du zakat. Le but de la zakat est de purifier le croyant de son éventuelle attirance malsaine pour les biens, limiter l'avarice et la convoitise. De même, cela favorise l'investissement des biens, car les investissements sont exemptés d'impôts.

Les autres buts sont de permettre aux plus pauvres de subvenir à leurs besoins, ce qui était un droit dans le cadre de la responsabilité collective prônée par l'islam, de rallier le cœur des hommes à Dieu et de permettre la création de bâtiments publics utiles : écoles, hôpitaux...

La zakat est le troisième pilier de l'islam et son essence même révèle l'importance de la participation sociale dans l'univers musulman. La zakat est clairement un impôt sur l'avoir et la propriété qu'il faut comprendre, d'abord, comme une obligation devant Dieu. Ce prélèvement purifie sur le plan religieux, sacré et moral le bien de celui qui le possède.

La *zakat al mâl* (aumône légale) est imposée annuellement sur les ressources financières supérieures à 85 grammes d'or (2,5 % d'acquittement), le bétail, les marchandises, les ressources extraites du sol, les fruits, légumes, céréales. Le Coran contient plus de 80 versets concernant la zakat et l'obligation de s'en acquitter. Cette aumône est considérée comme un droit des pauvres de prélever dans le surplus des plus riches.

« Soyez assidus à la prière, faites l'aumône, vous retrouverez auprès d'Allah le bien que vous aurez acquis à l'avance, pour vous-même. » *Coran* (II, 110).

« Prélève une aumône sur leurs biens pour les purifier et les rendre sans tache. » *Coran* (IX, 103).

Il y a aussi une *zakât* particulière obligatoire que l'on verse avant la fin du mois de ramadan, c'est la *zakât al-Fitr* ou aumône de la rupture du jeûne. Elle est équivalente à un *saa* (quatre portions remplissant totalement les deux mains) d'une denrée alimentaire consommée couramment dans le pays où l'on vit. Étant destinée aux plus démunis, elle a pour but de purifier le jeûneur de ses péchés commis pendant le mois de ramadan.

Sa quantité est évaluée à un « Saa' », mesuré par quatre fois la contenance des deux mains (environ 2,10 livres) de la nourriture la plus généralement en usage dans la région, telle que blé, orge, dattes, riz, raisin sec, fromage, etc. Cette zakat est réservée aux mêmes catégories de gens que pour la zakat Al Maal.

Par exemple, en France durant le ramadan 2009, cette zakat a été fixée par des savants musulmans à 5 euros par personne quel que soit son âge.

Dans les pays totalement islamisés, la zakat est perçue par l'Etat. Dans les autres Etats, les musulmans doivent prendre l'initiative de l'acquitter. Dès lors, la question de savoir où la payer se pose et la banque islamique peut rendre ce service qui est précieux pour un croyant.

Juridiquement, la zakat n'est pas un don car elle est obligatoire. Sa fonction spirituelle de purification est aussi une redistribution des richesses pour ne pas creuser l'écart entre les musulmans riches et les musulmans pauvres.

Si la banque islamique est obligée par la réglementation locale de collecter la zakat, ou bien en raison de ses statuts ou d'une décision de ses dirigeants, les montants inscrits sur ses comptes apparaîtront comme un compte de charge d'exploitation.

Dans l'hypothèse où la banque n'est pas obligée de collecter la zakat, mais que ses actionnaires le lui demande, elle agira comme agent et la banque calculera et retiendra la zakat sur les profits distribués. S'il n'existe pas de profit, la banque règle alors le zakat et notifie aux actionnaires ce qu'ils auront à payer.

Paragraphe 2. les règles de calcul du zakat

149. Assiette de la zakat. Si la richesse d'une personne constitue plus de 85 grammes d'or, elle est soumise à la zakat. La zakat constitue 2,5 % du chiffre annuel épargné + Métaux précieux (sauf bijoux personnels pour les femmes Chafiites). Sont soumis à la zakat la liste des biens suivants :

Avoirs/biens et fortune (espèces, métaux précieux, carnets d'épargne, ou dépôts en banque), titres bancaires, les récoltes et le bétail, revenus divers (location de biens immobiliers par exemple), honoraires, salaires, primes, gratifications et bonifications, héritages.

Ne sont pas soumis à la zakat les biens suivants : terrain, immeuble, bâtiment (non soumis à la vente), maison privée principale ou secondaire, mobiliers, vêtements, voitures, etc. hypothèque, les bijoux personnels (pour les femmes suivant l'école Chafiite leurs parures en or sont exemptés de zakat, dans les trois autres écoles, tous les bijoux sont exemptés de zakat sauf l'or et l'argent).

La zakat est obligatoire sur l'argent économisé et qui a été immobilisé un an durant après avoir atteint le seuil d'imposition. Quant à l'argent qui a été épargné pendant moins d'un an, c'est-à-dire que la personne l'a dépensé avant ce délai, il n'y a pas de zakat à payer dans ce cas.

Le seuil de la zakat sur l'argent est de 200 dirhams, soit 56 riyals saoudiens en pièces d'argent ou l'équivalent de leur valeur en billets de banque. Le seuil de la zakat de l'or est de 20 mithqals, c'est-à-dire le poids de 11 pièces d'or saoudiennes et trois septièmes, ou l'équivalent de leur valeur en billets de banque qui ont la même appréciation que l'or. Le seuil d'imposition de la zakat est de 85 g pour l'or, 595 g pour l'argent.

Tous les ans les musulmans doivent se renseigner sur le prix du gramme d'or du pays où ils résident et le multiplier par 85 pour connaître le seuil d'imposition de la zakat sur leur argent personnel. Le minimum imposable est estimé en dollars et en d'autres billets de banque à l'équivalent de 20 mithqal d'or ou 140 mithqal d'argent selon leur prix du moment où vous devez acquitter la zakat en dollar ou en d'autres monnaies.

En ce qui concerne les entreprises, le taux est différent selon l'activité et il est calculé sur l'actif net. Le taux courant est de 2,5% pour les années lunaires et de 2,5775 en année solaire. Il peut aller jusqu'à 20% pour les richesses minières.

Pour la banque islamique, il est primordial de pouvoir évaluer les actifs pour déterminer leur « zakabilité ». Cette évaluation dépend de la valeur des biens selon le marché et leur amortissement.

L'AAOIFI a proposé un standard relatif à la détermination de la base de la zakat. La banque est tenue d'évaluer au moment du calcul et de publier l'information sur le fait si elle a ou non l'obligation de collecter la zakat.

Enfin, elle doit redistribuer la zakat sur la base des parts des actionnaires et les détenteurs de compte d'investissement. La tâche est particulièrement complexe si la banque islamique a des clients non musulmans dont les richesses sont exclues de l'assiette de la zakat.

Chaque banque islamique est encore tenue d'ouvrir un fonds spécial, le compte de la zakat qui est géré indépendamment des autres comptes sous le contrôle du Conseil religieux de surveillance de la banque.

Tout musulman qui n'est pas client de la banque peut normalement lui demander de percevoir la zakat, notamment s'il a perçus des revenus venant d'activités illicites.

L'affectation de la zakat est fixée par le Coran : les besogneux, les pauvres, les endettés, le sentier de Dieu (dépenses militaires) et l'hospitalité, notamment celle des enfants. Lorsque les recettes sont élevées, la zakat peut servir à financer la création d'entreprise et des projets économiques.

Beaucoup de discrétion entoure le financement de la zakat et il est difficile de connaître en détail la façon dont les banques islamiques gèrent cette obligation qui est très complexe à remplir.

150. Conclusion du titre 2nd. L'examen de l'environnement institutionnel de la finance islamique a mis en relief ses particularismes. En effet, l'activité de la banque contrôlée par les lois de la Chari'a trouvent une traduction comptable particulière qui retentit sur la régulation internationale.

L'analyse des actifs et du risque par rapport à la banque classique met en évidence une plus grande sécurité dans la destination des fonds. Cependant, un manque d'information ou bien l'impossibilité, qui reste rare, d'interpréter par la comptabilité classique certains classements d'actifs peut susciter des réserves de la part des investisseurs.

La voie à suivre et de coordonner l'action des organes de régulation de la banque traditionnelle avec celle des institutions financières islamiques. Ce mouvement s'inscrit dans une mondialisation des normes comptables et financières dans laquelle la finance islamique doit prendre toute sa place.

Enfin, entre la conception de droit continental des normes comptables et celle du droit anglo-saxon, la comptabilité islamique offre une autre vision de la finance, moins orientée vers le maximum de rentabilité.

151. Conclusion de la première partie. Le développement de la finance islamique passe par les marchés financiers et le travail des institutions islamiques a permis de dégager un minimum de quatre conditions, partant que tout investissement doit être stable et à long terme. Premièrement, la souscription des titres doit être réelle. Deuxièmement, le paiement doit être complet. Troisièmement, l'intention lors de l'achat de garder les titres. Enfin, la conformité « technique » des titres et la licéité de l'activité financée.

Quelles en sont les incidences en droit français marqué par le principe de laïcité ?

Les investisseurs s'interrogent sur la capacité de la France à clarifier et à se dégager des débats sur la possible incompatibilité entre la finance islamique et la laïcité, principe fondateur du modèle démocratique français.

Certes, il a été rappelé au cours des ateliers que sur le plan théorique, il n'y a pas de contradiction entre la finance islamique et le principe de laïcité. En effet, le principe de laïcité consiste à exclure du pouvoir politique ou administratif toute considération religieuses, la religion étant renvoyée au domaine de la sphère privée.

Or, la finance islamique structure d'une manière singulière les transactions entre parties privées et, par conséquent, renvoie à la sphère privée. Il n'y a donc là rien qui puisse contredire le principe de laïcité.

Toutefois, les discours entendus ici et là par les investisseurs sont loin d'être en phase avec cette interprétation. Ces derniers ne peuvent que constater combien la finance islamique se retrouve associée dans le débat public à la question de la laïcité et combien la finance islamique est fréquemment accusée de constituer une menace pour la laïcité.

Au regard de ces attaques, les investisseurs islamiques ne peuvent que constater et déplorer des discours contraires qui leur donnent l'impression d'une France « schizophrène », tiraillée entre une envie d'accueillir de nouveaux investisseurs et sa difficulté à penser la place de la religion dans la société.

Face à ces discours et ces signaux manifestement antinomiques, les investisseurs ne peuvent que prendre acte d'un manque de cohérence discursif et d'une absence de consensus, les conduisant logiquement à considérer le marché français avec une grande prudence.

* *
*

Seconde partie

**DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE DE LA FINANCE
ISLAMIQUE**

152. **Plan** – Partant de l’analyse juridique de la finance islamique qui était destinée à mettre en évidence ses atouts et ses handicaps, nous devons à présent nous interroger sur sa capacité à s’intégrer dans l’économie financière mondiale. En effet, dans la mesure où la finance islamique postule l’unité de l’économie et de la morale, elle va devoir faire face à un environnement concurrentiel qui, en ce qui le concerne, sépare notamment ces deux dimensions. Toutefois, avec le développement de l’économie socialement responsable, le fossé qui sépare la finance éthique et la finance islamique pourrait se combler, du moins partiellement.

En outre, la finance islamique est relativement récente et s’est développée à partir de petites structures familiales s’adressant exclusivement aux musulmans. Remettant à l’honneur les préceptes du Coran dans un contexte international du « réveil islamique », la finance islamique a vocation à se développer considérablement dans les années à venir. Autrement dit, la finance islamique est à la croisée des chemins et elle doit relever de nombreux défis pour espérer occuper une place importante dans la façon de pratiquer le métier de banquier.

C’est pourquoi, le développement économique de la finance islamique passe par sa capacité à franchir les obstacles qui lui font face (titre 1^{er}) et à mettre en avant ses atouts (titre 2).

PLAN :

Titre 1 : Les obstacles au développement de la finance islamique

Titre 2 : Les perspectives de développement de la finance islamique

TITRE 1

LES OBSTACLES AU DEVELOPPEMENT DE LA FINANCE ISLAMIQUE

153. Problématique et plan – Les rapports entre le droit et l'économie montrent que deux positions doctrinales sont envisageables ¹. Dans son approche par le droit français, l'économie apparaît comme subordonnée au droit ce qui tend à établir un rapport hiérarchique. Dans son approche anglo-saxonne, les rapports entre le droit et l'économie sont plus égalitaires et combinés entre eux ².

Dans l'optique du développement économique de la finance islamique, l'analyse juridique doit servir à présent de façon prospective pour savoir comment elle pourrait évoluer pour s'installer durablement dans le paysage bancaire international.

Cette démarche passe d'abord par l'établissement d'un bilan à la fois historique et actuel du droit musulman qui est son cadre juridique. En effet, la finance islamique est encore peu connue, l'accès à ses sources pratiques est difficile, sans parler de l'obstacle de la langue. C'est pourquoi, il est nécessaire d'établir ce bilan à travers un panorama général qui permettra (**chapitre 1**) de mettre en évidence les freins juridiques au développement ³économique de la finance islamique (**chapitre 2**).

¹ Droit et Economie, Arch. phil. droit t. 37, Sirey 1992, spéc. B. Oppetit, p. 17.

² R. Sève, « *L'avenir libéral du droit* », Mélanges F. Terré, Dalloz 1999, p. 53.

CHAPITRE 1 - PANORAMA ACTUEL DE LA BANQUE ISLAMIQUE

154. Problématique et plan – Pour être complet, ce panorama exposera les trois versants de la finance islamique. Premièrement, la finance islamique fonctionne dans un cadre juridique très particulier dont elle dépend totalement. Il n'est pas possible de comprendre les contraintes actuelles de la finance islamique sans la placer dans un cadre plus général de l'évolution et de la situation actuelle du droit musulman.

Deuxièmement, le développement du système financier musulman au cours de ces 20 dernières années coïncide avec deux phénomènes majeurs : d'une part la manne des hydrocarbures dans les pays du Golfe, mais aussi en Indonésie, Malaisie et Iran. D'autre part, le regain de la religion musulmane dans certains pays musulman, mais aussi de la part de la population musulmane qui est très nombreuses dans les pays occidentaux.

Troisièmement, la crise financière qui a débuté en 2008, et qui n'est pas encore terminée, a mis en évidence la nécessité de mettre en place de nouvelles pratiques. Rappelons que la crise de 2008 a démarré par la faillite du crédit hypothécaire américain, les fameuses *subprimes* qui fonctionnaient sur les taux d'intérêts et la spéculation et s'est poursuivie par une crise des dettes souveraines alors que la plupart des pays du Golfe ont eue une économie excédentaire grâce à leurs réserves de pétrole.

Ce sont ces trois dimensions qui seront examinées successivement.

Plan :

Section 1 : Bilan historique

Section 2 : Bilan quantitatif

Section 3 : Bilan qualitatif

Section 1 – Bilan historique

155. Plan – Le bilan historique vise à reconstituer l'évolution du droit musulman pour en comprendre les ressorts fondamentaux et les particularismes, ce qui n'est pas une tâche aisée puisque le droit occidental est très différent (**paragraphe 1**).

C'est donc dans ce cadre que seront présentés l'historique et l'évolution de la finance islamique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Les caractères fondamentaux du droit musulman

156. Problématique de l'étude du droit musulman – On ne peut pas aborder le droit musulman sans certaines précautions fondées par la méthode comparative. Ainsi, Jacques Austruy soulignait que : « (...) rien n'est en général moins serein qu'une étude sur l'Islam d'aujourd'hui ou de demain. Le malaise que produit un tel examen n'est pas dû seulement à des causes accidentelles, prudences politiques ou intérêts passionnés, mais aussi à des raisons profondes qui rendent l'Islam ambigu pour l'observateur étranger comme pour le musulman »⁴.

L'auteur explique la difficulté pour la culture occidentale et la culture islamique pour se comprendre et la difficulté pour les musulmans vivant dans des pays occidentaux de vivre leur religion sans restrictions. Si l'Islam et les religions juives et chrétiennes puisent leurs racines dans le terreau commun du monothéisme abrahamique, la place de ces religions dans la réglementation diffère fortement.

Dans l'approche occidentale, le religieux est séparé du reste de la vie sociale qui est marquée par la laïcité, concept totalement incompréhensible pour un musulman. En réalité, l'occident et le monde musulman semblent former deux blocs hétérogènes qui s'affrontent, chacun voulant imposer sa culture.

⁴ Jacques Austruy, « *Islam et développement économique* », L'Harmattan 2006.

On est donc en présence d'un conflit de cultures dont il faut exposer les éléments les plus importants ⁵.

157. Définition de la culture – Par culture, le droit vise les valeurs, les normes et les institutions qui caractérisent un système juridique ⁶. Ainsi, le droit occidental est aujourd'hui gouverné par la défense des droits fondamentaux qui promeut le bonheur individuel et la liberté. Il est évident que ce modèle est très éloigné de celui défendu par les pays musulmans.

Cependant, la culture peut être abordée non comme des blocs qui s'opposent, mais comme des interactions de plus en plus favorisées par le développement des nouvelles technologies de l'information. Il reste que le droit musulman se caractérise par le caractère religieux de ses règles ce qui lui imprime une identité propre.

158. Définition du droit – Le droit, ou Fiqh, pour les musulmans n'est pas un ensemble de règles contraignantes qui régulent la vie en société. En effet, Fiqh signifie « connaissance » ⁷, mais une connaissance de la parole de Dieu. Autrement dit, le respect de la règle de droit est le respect de la volonté de Dieu et la transgression de la règle par un musulman entraîne à la fois une condamnation temporelle, mais aussi spirituelle par la damnation éternelle.

Le droit musulman a connu à sa première époque une lutte entre les traditionalistes pour qui la parole du Prophète est fondée sur l'autorité qui la rend immuable et les modernistes pour qui la révélation repose sur la raison humaine.

⁵ L. Gannagé, « *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures* », RCADI 2013, vol. 357 ; Droit et Culture, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2008, t. LVIII, éd. Bruylant.

⁶ Voir la définition de la culture retenue par la Déclaration de Fribourg du 20 juin 2012 sur les droits culturels : Article 2 : Aux fins de la présente déclaration,

a. le terme «culture» recouvre les valeurs, les croyances, les convictions, les langues, les savoirs et les arts, les traditions, institutions et modes de vie par lesquels une personne ou un groupe exprime son humanité et les significations qu'il donne à son existence et à son développement ;

b. l'expression «identité culturelle» est comprise comme l'ensemble des références culturelles par lequel une personne, seule ou en commun, se définit, se constitue, communique et entend être reconnue dans sa dignité;

c. par «communauté culturelle», on entend un groupe de personnes qui partagent des références constitutives d'une identité culturelle commune, qu'elles entendent préserver et développer.

⁷ Shafi, *in* Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, sous la direction de O. Cayla et de J. L. Halperin, Dalloz 2008, pp. 534 ss.

Ces deux écoles vont dominer chacune leur tour la pensée musulmane avant la grande synthèse du IX^{ème} siècle, ou ijma'a, qui en réalité voit le triomphe de la tradition et la fermeture de l'isti'an, ou porte de l'interprétation. En droit musulman, la raison est soumise au texte et non l'inverse comme le font les droits occidentaux ⁸.

159. Nature de la règle de droit musulman – Dès lors, la loi religieuse est indiscutable, on croit à la règle comme on croit en Dieu et toute désobéissance à la loi est une désobéissance à Dieu. Pour la même raison, toutes les règles du droit musulman sont impératives. Ce caractère d'ordre public s'imposera à tout tribunal musulman qui ne peut appliquer une autre loi que la sounna.

D'ailleurs, le juge musulman est à la fois juriste et théologien, les deux connaissances, bien séparées en Occident, forment un tout unique.

De même encore, toute violation de la loi est immédiatement sanctionnée, l'exécution de la condamnation, notamment d'ordre spirituelle, pourra cependant être différé.

Le droit musulman n'a pas de territorialité, c'est un droit personnel qui s'applique à tous musulman, quelle que sa nationalité. Pour un musulman vivant en Occident, la difficulté sera donc de respecter cumulativement deux ordres juridiques.

160. Méthodes d'interprétation du droit musulman – Tout système juridique engendre son propre système d'interprétation de ses normes ⁹. Le droit musulman n'échappe pas à la règle. Cependant, les postulats de départ sont différents. En droit français, les normes sont rédigées de façon abstraite et générale afin de laisser le juge le soin de préciser au cas par cas le régime juridique de son application ¹⁰.

Cette méthode se caractérise par la grande liberté d'interprétation de la règle de droit comprise comme vivante et donc évolutive.

⁸ Y. Ben Achour, *Le rôle des civilisations dans l'ordre international*, éd. Bruylant 2003, p. 289.

⁹ F. Terré, *Introduction générale au droit*, 9^e éd. Dalloz 2012, n. 461.

¹⁰ L'interprétation dans le droit, *Arch. phil. du droit*, t. XVII 1972.

En droit musulman, une telle liberté n'est pas de mise. En effet, le droit musulman est un sous-ensemble de la Char'ia. Le droit n'est pas autonome, il n'est qu'une application dans le domaine des relations juridiques des préceptes du Coran.

Par conséquent, l'interprète de la règle de droit est avant tout saisi de questions morales et religieuses. Ainsi, la distinction fondamentale en droit musulman est celle des actes haram ou hallal, c'est-à-dire illicite, licite.

Or, le contenu de l'illicite et du licite n'est pas une affaire de juristes, ce sont des questions qui relèvent de la souveraineté des autorités religieuses. C'est pourquoi, le droit musulman est fondé sur le principe d'autorité et non le principe de rationalité.

Dès lors, ce sont les analyses juridiques déjà réalisées par les plus grands docteurs de la foi qui conduiront l'interprète dans la résolution des questions qu'il a à trancher. C'est le prestige et la notoriété de cette autorité qui pèsera plus que toute autre considération.

C'est donc à partir d'un cadre très contraignant que le juriste de droit musulman peut interpréter les normes. En réalité, il ne les interprète pas, il doit les lire et cette lecture doit être conforme à la sunna.

Autrement dit, les méthodes d'interprétation sont justement conçues pour éviter toute interprétation qui modifierait l'état du droit existant et qui a été validé par les sources et les autorités coraniques.

161. Technique du *qiyas* – Concrètement, la dextérité du juriste de droit musulman s'exprime à travers la technique du *qiyas*, ou analogie. Il s'agit d'appliquer par comparaison à une nouvelle espèce, *far*, la décision déjà prise dans une décision similaire, *asl*.

Cette méthode est proche du précédent en droit de *common law* qui fixe une bonne fois pour toute la solution lorsque les faits nouveaux correspondent aux faits anciens. Comme la *common law*, la décision repose sur l'opinion émise par un grand juge.

La technique du *qiyas* interdit tout ajout au droit existant.

La méthode consiste à partir de l'idée que la Chari'a poursuit certains objectifs, *maqasid*, qui sont en harmonie avec la raison. Devant des circonstances nouvelles, le *qiyas* permet une démarche rationnelle, *hikmah*, fondé sur la cause effective, *illah*, du cas à résoudre, sachant qu'il faut tenir compte du bénéfice escompté pour la communauté des musulmans, *maslaha*.

Cette méthode revient à partir de l'espèce pour aller vers la règle et une fois celle-ci atteinte, de revenir aux faits pour vérifier que tout est validé par le Coran. Le *qiyas* n'ajoute rien, mais il est supérieur ou inférieur, selon l'intensité de l'analogie.

Pour le juriste musulman, le droit coranique est un tout complet et immuable, seulement il faut beaucoup de science et d'expérience pour trouver la solution au cas d'espèce.

Cette complétude du droit musulman se traduit par l'existence de présomptions chargées de guider l'interprète.

Ainsi, la présomption d'absence selon laquelle un fait qui n'existait pas dans le passé n'existe pas aujourd'hui. Ensuite, la présomption de présence à l'origine qui prévoit que quelque chose qui a été accordé dans le passé a autorité aujourd'hui. La présomption de continuité qui veut que ce qui a toujours existé existe toujours, car telle est la volonté du Prophète.

Cette dernière présomption peut toutefois être renversée quand la continuité n'est plus de qualité, ce qui permet certaines adaptations du droit musulman aux évolutions sociales et économiques.

Le droit musulman permet aussi de faire varier la distinction du licite et de l'illicite. Sans revenir sur ce qui est illicite, le Coran admet que si un acte haram a été commis par nécessité et que cette nécessité a créé un comportement approprié, la loi peut se trouver suspendue et la personne n'est pas condamnée.

162. L'importance du principe de nécessité – Le principe de nécessité est complété par le principe de l'intérêt général, *maslaha mursalah*, qui contient 5 domaines : la famille, la vie, l'intelligence, la famille et la propriété. En droit musulman, cet intérêt général est hiérarchisé dans le temps. Ainsi, un acte à court terme peut être haram mais il devient hallal si on l'examine sur le long terme.

Le principe de nécessité sert de soupape dans l'interprétation du Coran et joue à ce titre un rôle qui n'est pas éloigné.

163. Problème du *hiyal* – Le droit musulman se caractérise encore par le recours à des procédés de raisonnement typiques, le *hiyal* ou ruse par l'utilisation d'une fiction juridique. Cette technique permet d'assouplir la rigidité d'une règle.

Elles ont été définies par l'éminent Professeur Chéhata de la manière suivante : « *ces fictions s'intègrent d'ailleurs parfaitement dans le droit dont elles ne méconnaissent pas les principes. Elles consistent en actes simulés auxquels ne s'appliquent pas les règles applicables aux actes réels. Ces moyens sont facilités grâce à la conception spéciale de la notion de simulation et à la théorie générale de la preuve en droit musulman* »¹¹.

Autrement dit, la ruse dans le droit musulman ne doit pas être prise dans sa connotation péjorative, c'est-à-dire celle de tromperie. Le terme ruse doit être pris dans son sens positif, à savoir l'habileté, la finesse, l'imagination, c'est-à-dire des qualités intellectuelles.

Ce procédé est d'autant plus efficace que le droit musulman des contrats repose sur la volonté déclarée. Dès lors, le *cadi* n'a pas à rechercher les véritables intentions des auteurs de l'acte. Le juge peut donc examiner le contrat sous la seule apparence que la *Chari'a* a bien été respectée par les parties¹².

En tout état de cause, tout *hiyal* doit être validées par les comités *Chari'a*, ce qui empêche toute dérive dans l'utilisation de ce procédé.

164. Développement de la codification – Ces bases communes à tous les pays musulmans doivent cependant être nuancée dans la mesure où le droit s'est codifié dans de nombreux

¹¹ Chéhata, *op. cit.* p. 56.

¹² Mohamed Ibn Jamal Eddine Makki al-Amili, *Précis de droit musulman*, éd. Al-Maalim fi al-Usul 1964.

pays musulmans, Algérie, Maroc, Tunisie, Egypte, Liban, Syrie, Jordanie... ce qui a conduit à son étatisation et la reconnaissance d'un caractère territorial plus marqué¹³.

En outre, les solutions juridiques retenues par ces différentes codifications ne sont pas les mêmes, ce qui introduit un facteur de diversité parmi les différents droits musulmans.

En revanche, ces codifications ont d'une certaine manière rapproché le droit musulman des droits occidentaux dont elles sont largement inspirées avant l'époque de la décolonisation. De même, l'empire Ottoman a adopté des codifications, notamment un code des obligations qui est très proche du Code suisse des obligations.

En outre, la Turquie d'Atatürk a poursuivi dans cette voie en procédant à la laïcisation de la société turque.

Au Liban, le code des contrats et des obligations est très proche du droit français. L'Egypte s'est dotée d'un Code civil en 1949, suivie par la Syrie. Ces codifications ont inspiré d'autres pays musulmans dans la région comme la Jordanie, le Koweït, les Etats Arabes Unis et le Yémen¹⁴.

En revanche, l'Arabie Saoudite et Oman n'ont pas adopté de code civil ou commercial.

165. Superpositions juridiques – Cette situation des sources du droit musulman est complexe car elle implique la coexistence d'un droit national qui peut être laïc avec le droit religieux auxquels sont soumis plus d'un milliard d'être humain.

Dans les Etats musulmans, la Chari'a fonctionne comme une Constitution¹⁵. La société est donc une théocratie¹⁶. Par conséquent, l'Etat musulman n'a pas besoin de légiférer, sa tâche est de faire en sorte que la Chari'a soit respectée.

¹³ Ch. Cherata, « *Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien* », RID comp., p.839.

¹⁴ S. Jahel, *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, op. cit. p. 21.

¹⁵ S. Jahel, op. cit. p. 105.

¹⁶ C. Jauffret-Spinosi, *Grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz 11^e éd. 2002, n. 377 et s.

Par exemple, en Iran, le Conseil de la Révolutions islamique est chargé de cette tâche. Cette tendance à une réislamisation de la société est perceptible au Pakistan et elle a été stimulée par le printemps arabe.

Cela ne signifie pas que les pays musulmans n'ont pas accompli des réformes sociales et économiques pour s'intégrer dans la mondialisation.

On peut comparer cette situation de diversité des pays musulmans avec la situation en Europe où règne une communauté de valeurs, essentiellement chrétiennes, avec des traditions juridiques différentes ¹⁷.

Il faut à présent se demander quel est l'impact de ces caractéristiques du droit musulman en général avec la finance islamique en particulier.

Paragraphe 2. Historique et évolution de la finance islamique

166. Droit et économie – Il est évident que le choc culturel entre les différentes civilisations sera moins brutal lorsque les questions qui se posent sont d'ordre économiques et financières. Les échanges économiques posent moins de problèmes que la façon dont la vie familiale doit être organisée.

L'Islam recommande le profit et c'est là un principe quasi-universel des religions qui proposent à l'individu de trouver le bonheur en suivant les prescriptions de la loi divine. En fait, pour les religions, ce qui compte c'est la manière de s'enrichir et non l'idée qu'il faut s'enrichir.

Le juriste musulman doit donc accommoder l'activité économique qui est réputée peu morale avec la doctrine islamique. En effet, l'Islam est une religion qui à ce titre suit et se soumet au spirituel. Or, l'économie, la création de richesse relève du temporel. Il faut donc intégrer l'idée que l'on peut concilier les deux.

¹⁷ L. Gannagé, cours préc. P. 310.

Partant de ces prémisses, on peut distinguer deux périodes dans le développement de la finance islamique.

167. 1940-2000 – La première période se déroule des années 40 à l’an 2000. Au cours de cette période, on voit apparaître les pays fondateurs qui ont été les premiers à proposer une activité bancaire conforme au Coran : la Malaisie, le Pakistan et l’Egypte.

Dans ce pays, en 1963, un égyptien qui se nommait Ahmad Al Naggar, a créé dans la petite ville de Mit Ghamr une banque d’épargne dont les fonds récoltés étaient destinés à financer des projets agricoles. Cette banque connu un certain succès avant d’être nationalisée en 1972¹⁸.

Avec l’abondance des pétrodollars au cours des années 70, la finance islamique va prendre son premier essor. Le premier établissement est la *Dubai Islamic Bank* fondée en 1975, puis la Koweït Finance House (KFH) en 1977. La *Bahreïn Islamic Bank* est créée en 1979, la Qatar Islamic Bank en 1982.

En 1981 est créé à Genève du Groupe Dar al Mal al Islami (DMI) par le prince Mohamed Ben Fayçal. Le DMI est implanté aux Bahamas et gère plusieurs milliards de dollars.

La DMI a institué le recours à un Conseil Chari’a. Rapidement, d’autres groupes sont installées : le Groupe Al Rajhi et le Groupe Al Baraka créés en Arabie Saoudite. Le premier s’est d’abord spécialisé dans les activités de change avant de devenir une banque à part entière en 1984. Le second a tout de suite poursuivi une stratégie internationale pour s’implanter dans les pays musulmans de l’ex-URSS, au Moyen-Orient et au Magreb.

Autre événement marquant : la création de la Banque Islamique de Développement (BID) en 1975. Parallèlement, certains pays vont islamiser leur système financier : le Pakistan en 1979, le Soudan et l’Iran en 1983.

¹⁸ *Les capitaux de l’Islam*, coord. G. Beaugé, éd. CNRS 2001.

Dans les années 90, on assiste à la mise en place progressive dans les banques classiques de départements dédiés à la finance islamique. Il s'agit de la *Arab Banking Corporation* (ABC) et de la *Gulf International Bank* (GIG), toutes les deux implantées à Dubaï.

Il s'agit pour ces banques d'attirer à elles la clientèle musulmane soucieuse de revenir aux sources religieuses.

En occident, la banque AMRO est la première à s'intéresser à la banque islamique, ce qui ouvre la période récente qui commence en 2000.

168. Le tournant du 11 septembre 2001 – Jusqu'alors, la finance islamique était considérée comme une activité de niche, réservée à de rares spécialistes. Les années 2000 ouvrent une nouvelle ère. D'une part, après la première guerre du Golfe, beaucoup d'épargnants ont commencé à rapatrier leurs capitaux, ce mouvement étant corrélé à une hausse significative des cours du pétrole.

Les attentats du 11 septembre n'ont fait que précipiter ce mouvement et les meilleurs experts estiment que la finance islamique représente aujourd'hui un marché de 1.000 milliards de dollars US. Le nombre d'établissements financiers véritablement islamiques avoisine le chiffre de 450 et leur croissance est d'environ 12 à 15%.

La finance islamique est présente dans plus de 60 pays et son industrie permet de proposer aujourd'hui de nouveaux produits aux particuliers et aux entreprises. Notamment les sukuk ont connu une forte croissance d'environ 20%.

A Bahreïn, le « Wall Street du Moyen-Orient », le nombre d'établissements bancaire est passé de 8 à 27 entre 1990 et 2010.

169. 2001-aujourd'hui – L'Allemagne a été le premier pays occidental à lancer une émission de Sukuk en 2004 et l'*Islamic Bank of Britain* créée au Royaume-Uni en 2004 est totalement dédiée à la finance islamique. D'ailleurs, Londres a réussi à s'imposer comme le pôle central de la finance islamique dans le monde occidental.

Dans un forum à Paris Europlace, Madame Christine Lagarde, alors ministre de l'économie et des finance avait déclaré : « *Nous allons développer sur le plan réglementaire et fiscal tout ce qui est nécessaire pour rendre les activités de finance islamique aussi bienvenues ici à Paris qu'à Londres ou sur d'autres places* ».

Le Maghreb qui est très en retard et qui constitue un marché considérable a commencé à développer des activités de finance islamique.

Autre facteur important à relever : les agences de notations commencent à s'intéresser à la finance islamique, sachant que de manière général rien n'est fait, ni dans les pays musulmans, ni dans les pays occidentaux pour entraver sur le plan législatif et réglementaire le développement des opérations bancaires islamiques.

Enfin, les universités européennes ont créé des cycles de formation en matière de finance islamique, notamment le DU « *Master Principes et Pratiques de la finance islamique* » à l'Université Paris-Dauphine où à l'Ecole supérieure des affaires à Beyrouth (ESA).

Le Comité français de la finance islamique (COFFIS) assure des programmes et délivre des diplômes, ces études étant souvent parrainées par les banques centrales de pays musulmans. Enfin, il existe depuis 2002 une chaire « *Ethique et Normes de la finance* » à Harvard, en partenariat avec l'Université Panthéon-Sorbonne et l'Université du roi Abdulazziz de Djeddah.

Section 2 – Bilan quantitatif des banques islamiques

170. Plan – Le bilan quantitatif des banques islamiques vise à connaître le poids économique et financier de la finance islamique et mesurer ainsi son importance par rapport à la banque traditionnelle. Cette radiographie doit être dressé selon les pays (**paragraphe 1**) et selon les banques (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Bilan par pays

171. Données chiffrées – Selon un rapport récent du Sénat, 40% des actifs à caractère islamique sont confiés aux banques traditionnelles. L'intégration de la finance islamique dans la finance mondiale s'accélère. La HSBC ou la Lloyds TSB ont ouvert le premier compte islamique pour les étudiants en 2006.

Concernant les banques françaises, BNP Paribas a ouvert une agence à Bahreïn en 2003, le Crédit Agricole en 2004 et la SOFINCO en 2007 se sont implantées dans le Golfe. La Société Générale a créé une filiale spécialisée dans la finance islamique, la SGAM AI qui émet des produits financiers indexés sur des actifs structurés. BNP Paribas a récemment lancé une émission de 650 millions de dollars US de sukuk en Arabie Saoudite.

Voici un tableau des pays les plus actifs en matière de finance islamique ¹⁹:

1. Iran : 154.616 millions USD
2. Arabie Saoudite : 69.379 millions USD
3. Malaisie : 65.083 millions USD
4. Koweït : 37.684 millions USD
5. Emirats Arabes Unis : 35.354 millions USD
6. Brunei : 31.535 millions USD
7. Bahreïn : 26.252 millions USD
8. Pakistan : 15.918 millions USD
9. Liban : 14.316 millions USD
10. Royaume-Uni : 10.420 millions USD
11. Turquie : 10.066 millions USD
12. Qatar : 9.460 millions USD

Ces chiffres montrent une avance de l'Iran qui s'explique par l'importance de la population et l'islamisation de l'économie à partir de la Révolution de 1979. La Malaisie est aussi en avance, grâce notamment à la qualité de ses juristes. En effet, ces juristes sont à l'origine des innovations les plus marquantes en matière de produits financiers islamiques.

¹⁹ Revue *The Banker* 2007.

Au Liban, la loi du 11 février 2004 relative à la constitution de la banque islamique permet désormais aux banques d'effectuer toutes les opérations et services bancaires, commerciales et d'investissement à condition que la rémunération ne soit pas en rapport direct avec le dépôt des fonds ²⁰.

La zone du Golfe est très dynamique et la concurrence est très forte entre les différents pays. Il est vrai que toute la région est totalement islamisée.

On relèvera la place significative du Royaume-Uni.

Paragraphe 2. Bilan par banque islamique

172. Données chiffrées – Voici un panorama des banques islamiques les plus actives :²¹.

1. Bank Melli – Iran – actifs : 21.860 millions USD – dépôts : 16.066 millions USD
2. Aj Rahji Bank – Arabie Saoudite – actifs : 17.247 millions USD – dépôts : 12.632 millions USD
3. Bank Saderat – Iran – actifs : 16.094 millions USD – dépôts : 16.066 millions USD
4. Bank Mellat – Iran – actifs : 12.981 millions USD – dépôts : 8.920 millions USD
5. Bank Tejarat – Iran – actifs : 11.038 millions USD – dépôts : 7.665 millions USD
6. Koweït Finance House – Koweït – actifs : 10.319 millions USD – dépôts : 16.066 millions USD
7. Bank Sepah – Iran – actifs : 7.833 millions USD – dépôts : 5.942 millions USD
8. Dubaï Islamic Bank – Emirats Arabes Unis – actifs : 6.201 millions USD – dépôts : 5.413 millions USD
9. Bank Islam Malaysia – Malaisie – actifs : 3.310 millions USD – dépôts : 3.254 millions USD

Un classement de leur rentabilité est le suivant, selon le montant des actifs qui ont été déclarés conformes à la Chari'a :

²⁰ G. Abi Rizk, *La gouvernance des banques islamiques*, RDBF 2008, Etude 5.

²¹ Revue The Banker 12 janvier 2008.

1. Aj Rahji Bank – Arabie Saoudite : 28.093 millions USD
2. Qatar Islamic Bank – Qatar : 4.090 millions USD
3. Investment Dar – Koweït : 3.978 millions USD
4. ABC Islamic Bank – Bahreïn : 3.484 millions USD
5. Ithmaar Bank BSC – Bahreïn : 3.180 millions USD

En Europe, le développement de la banque islamique dépendra des aménagements juridiques et fiscaux. Encore une fois, le Royaume-Uni est en avance avec la *Bank of London and the Middle East* créée en 2007 ou l'*European Islamic Investment Bank* en 2005. D'ailleurs, c'est à Londres et à Bahreïn que la croissance des actifs islamiques est la plus forte.

Selon les données de *Bankscope*, dans les pays du Golfe et en Asie, sur un total de 284 établissements financiers, 58 sont reconnus comme banque islamique, soit 20%.

La part des banques purement islamiques est de :

1. 86% en Iran
2. 86% à Bahreïn
3. 71% au Qatar
4. 47% au Koweït
5. 41% aux Emirats
6. 30% en Malaisie
7. 29% au Pakistan
8. 22% en Arabie Saoudite
9. 2% en Indonésie

On remarquera un certain retard dans les pays pourtant très islamisés, ce qui augure de leur développement futur. Seul Oman reste à l'écart de ce mouvement, les autorités publiques n'autorisant pas encore pour le moment ce type de finance.

Tableau Bankscope 2008

Section 3 – Bilan qualitatif de la banque islamique

173. Problématique – L’approche qualitative consiste à se placer du côté de la clientèle (**Paragraphe 1**) qui peut être tentée de placer ses économies dans une banque islamique partant d’une qualité de services suffisamment concurrentielle par rapport à la banque classique (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. La notion de clientèle en matière de finance islamique

174. Définition du client musulman – La force de la banque islamique est de proposer aux musulmans de se conformer à la Chari’a. La rareté des études accessibles sur les motivations de la clientèle rend difficile son profilage. Cependant, on peut faire état d’un travail de recherche significatif sur l’impact de la religion musulmane sur le secteur bancaire libanais paru en 2007 ²².

Cette étude permet de saisir les différents facteurs susceptibles d’influencer un musulman pour qu’il se décide à placer son argent dans une banque islamique. Il existe d’abord une dimension socio-culturelle. Sur ce point, l’étude met en avant la césure du monde musulman entre les sunnites et les chiïtes mais montre qu’elle n’a pas d’impact significatif sur le choix en faveur d’une banque islamique.

En revanche, le niveau culturel est important. La banque islamique est fondée sur des pratiques qui doivent validées par le comité Chari’a composée d’éminents juristes. La faveur pour les banques islamiques se justifie alors par un intérêt spirituel qui suppose un niveau assez avancé en matière de connaissance du Coran.

Concernant les variables sociales, il faut rappeler que le monde musulman est très hétérogène. Ainsi, en Europe où vivent plus de 14 millions de musulmans, l’organisation sociale varie d’un pays à l’autre. En France, la création d’un Conseil français du culte musulman n’a pas empêché la création d’autres collectifs.

²² El Nahas, *Impact de la religion musulmane sur le secteur bancaire libanais – Cas des banques islamiques*, 2007.

175. Mentalité du client musulman – Ce point est important car le musulman est avant tout le membre d'une communauté et ce sentiment d'appartenance collective marié à l'attachement à la tradition dépend fortement de la présence ou non de référent : imman, cadi, comité Chari'a, moufti ²³ ... bref tout ce qui peut conduire à diriger la masse du peuple musulman.

Dès lors, c'est la réputation des membres du comité Chari'a qui est de nature à influencer le plus le musulman, c'est là que réside la confiance et le crédit, éléments indispensables de la relation entre le banquier et son client.

En revanche, le statut social du musulman, qu'il soit cheik ou simple citoyen n'a pas d'impact car il existe un fort sentiment d'égalité au sein de la communauté, tous, qu'il soit riche ou pauvre, doit œuvrer pour la gloire de Dieu ²⁴.

Il existe ensuite les variables personnelles et psychologiques qui sont de loin les plus difficiles à saisir. En effet, quelle idée a chaque musulman de sa position par rapport à la religion ? En outre, la pratique religieuse peut être plus ou moins suivie et il y a beaucoup de degré de respect de la religion dans la religion musulmane.

Pour la banque islamique, il est clair qu'elle s'adresse aux musulmans les plus fervents. Il ne s'agit pas seulement de profiter de services bancaires nécessaires dans la vie quotidienne,

²³ Un mufti est un religieux musulman sunnite qui est un interprète de la loi musulmane ; il a l'autorité d'émettre des avis juridiques, appelés fatwas. Il est connaisseur de la religion musulmane et peut être consulté par des particuliers comme par les organes officiels des oulémas afin de connaître la position exacte à adopter sur des questions d'ordre culturel, juridique ou politique afin d'être en conformité avec la religion musulmane.

Dans chaque État issu de l'ancien Empire ottoman, le pouvoir nomme un Grand Mufti qui est la plus haute autorité religieuse du pays.

Le mufti doit en général passer devant un comité d'oulémas afin que ceux-ci puissent déterminer si celui-ci remplit les conditions suivantes :

1. maîtriser les principes de la jurisprudence (fiqh) ;
2. maîtriser la science du hadith ;
3. maîtriser les objectifs de la charia (Maqasid ach-Chari'a) ;
4. maîtriser les maximes légales ;
5. maîtriser l'étude des religions comparatives ;
6. maîtriser les fondements des sciences sociales ;
7. maîtriser la langue arabe ;
8. avoir une connaissance suffisante des réalités sociales.

Pour les chiites, les muftis sont des mollahs.

²⁴ Un Cheik est une personne respectée en raison de ses connaissances religieuses et scientifiques. C'est un titre d'honneur que l'on décerne quand la personne atteinte un certain âge.

mais de témoigner de sa foi et de montrer que l'on peut être un musulman qui respecte la religion dans son intégralité.

Autrement dit, la banque islamique n'offre pas seulement la satisfaction d'un besoin social et économique, c'est un acte de foi.

176. Le respect de la Char'ia : un facteur de confiance – A ce titre, la finance islamique profite d'un autre facteur de confiance. En effet, les membres du comité Chari'a faisant l'objet du plus grand respect et leur honnêteté ne peut être suspectée. Pour un musulman pratiquant, cette dimension de probité et de pureté est décisive.

En outre, les membres du comité Chari'a peuvent à tout moment démissionner pour dénoncer un manque d'islamité de la part de la banque. Le musulman est ainsi assuré de la permanence de la conformité à la Chari'a.

Enfin, il faut faire le lien entre argent et Islam. Sur ce terrain, la banque islamique est une réponse concrète aux réflexions complexes entre Islam et économie.

Dans l'islam chiite, des érudits comme Mahmoud Taleghani et Mohammad Baqir al-Sadr ont développé une économie islamique qui recherche l'augmentation du niveau de vie des populations démunies. Cela passe par une intervention de l'État dans les domaines de l'équitable accès aux soins et dans la garantie que les intervenants du marché soient rémunérés en juste proportion de leur exposition au risque et/ou de leur fiabilité.

Les mouvements islamistes et les auteurs décrivent généralement le système économique islamique comme n'étant ni socialiste, ni capitaliste, mais plutôt comme une troisième voie qui évite les inconvénients des deux autres systèmes.

Dès lors, la rentabilité peut être comprise comme un acte de foi et la rentabilité des banques islamiques le prouve. Selon Anthony Trevis : « *Le placement par conviction est une réalité pour une grande partie de la clientèle. Toutefois, il est clair que si les banques n'étaient pas rentables, elles ne réussiraient pas à attirer les clients* »²⁵.

²⁵ A. Travis, *swissinfo.org*

Respect du Coran et profit ne sont pas incompatibles. La différence va alors résider selon les pays qui sont plus ou moins islamisés, couplée à la culture locale. Ainsi, pour les musulmans d'Asie, la dimension rendement va plus peser sur la dimension morale beaucoup plus présente dans les pays du Golfe.

Ces facteurs n'ont pas la même force selon qu'il s'agisse d'un particulier, où la dimension personnelle pèse beaucoup, et les entreprises. De même, la pratique de la banque islamique n'est pas la même selon qu'il s'agit d'une banque commerciale ou une banque d'affaire.

Paragraphe 2. Les perspectives et enjeux du marché français

177. Politique des pouvoirs publics en France – Concernant le marché français, les enjeux sont loin d'être négligeables. Le rapport Jouini-Pastré²⁶ évalue le marché potentiel de la finance islamique en France à partir de trois voies de développement, en fonction de la politique plus ou moins active menée par le gouvernement français.

Les deux auteurs considèrent que dans l'hypothèse d'une « ouverture soutenue » des pouvoirs publics en matière de finance islamique, le marché pourrait représenter un montant total de 120 milliards d'actifs. Ce montant est conditionné selon eux par la mise en place de dix mesures structurantes pour, d'une part, attirer les investisseurs islamiques et, d'autre part, développer le marché de détail en France.

Ces deux économistes font une estimation du potentiel du marché de la finance islamique en France par regroupement des types d'actifs avec, d'une part, les investissements directs de l'étranger (IDE) comprenant les différentes classes d'actifs comme les actions, obligations, immobilier, *private equity*, etc... et, d'autre part, les marchés de l'épargne islamique et la banque de détail.

Plusieurs remarques doivent être formulées ici. Tout d'abord, les estimations proposées sous-tendent l'existence d'un marché de la banque de détail islamique, ce qui n'est pas

²⁶ Rapport E. Jouini et O. Pastré remis à Paris Europlace le 8 décembre 2008, Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris.

nécessairement une évidence, mais là encore la rareté des informations rend les vérifications difficiles.

Par ailleurs, la question du périmètre de la finance islamique se pose. Faut-il limiter l'offre aux seuls musulmans, particuliers ou institutionnels ? Rien ne permet de montrer que des non musulmans ne soient pas intéressés par ces produits alternatifs dont les valeurs éthiques peuvent être partagées avec une sécurité renforcée des investissements.

Enfin, sur l'aspect quantitatif, on peut s'interroger sur la pertinence de l'hypothèse qui tend à considérer que la clientèle cible de la finance islamique ne se distingue en rien de toute autre clientèle en matière d'allocation d'actifs ou de consommation de produits financiers.

178. Les scénarii possibles – En réalité, le marché potentiel de la finance islamique dépend à la fois du degré d'ouverture de la France mais aussi des objectifs que les pouvoirs publics cherchent à atteindre en adaptant, le cas échéant, le cadre normatif du droit français. Il faut donc se placer terrain risqué des prévisions et envisager différentes hypothèses.

Dans cette optique, on peut s'appuyer sur le livre blanc publié par le Cabinet Norton Rose qui a conçu trois scénarii possibles ²⁷.

Scénario n°1 : un marché pour investisseurs étrangers

On peut envisager que le marché français de la finance islamique ne vise que les investisseurs étrangers souhaitant investir en France dans le cadre de structurations conformes aux principes de la Charia.

On a alors tendance à considérer que les premiers investisseurs répondant à ce critère sont ceux du Moyen-Orient, dont les liquidités proviennent des pétrodollars.

Ce raccourci n'est pas complètement absurde au regard de l'histoire : l'augmentation du prix du pétrole a clairement favorisé l'envol de la finance islamique dans les pays producteurs de

²⁷ www.nortonrosefulbright.com

pétrole mais, à l'exception notable de la Malaisie, l'essentiel des encours islamiques sont situés dans les pays producteurs de pétrole du Moyen-Orient.

Ainsi, la taille potentielle du marché français de la finance islamique dépendrait de la capacité de la France à capter une partie de ces capitaux islamiques.

Scénario n°2 : un marché pour tous les musulmans de France

On peut aussi songer à un deuxième scénario, où l'objectif visé est le développement d'un marché de la finance islamique à destination des entreprises et des particuliers vivant en France, marché qui s'appuierait sur des produits bancaires islamiques commercialisés par des banques conventionnelles et/ou islamiques.

Dans cette hypothèse, la « cible naturelle » pour la commercialisation de ces produits est, bien évidemment, la population musulmane de France. Celle-ci est difficile à estimer, les chiffres avancés par différents chercheurs, instituts ou responsables politiques vont de 3,7 à 7 millions de personnes.

Ainsi, la taille du marché dépendrait alors de la capacité des institutions bancaires à capter les avoirs de cette clientèle.

Scénario n°3 : un marché pour tous

Si les produits islamiques sont compétitifs, s'ils intègrent des critères qualitatifs appréciés par les non musulmans, il est alors possible de concevoir que ces derniers puissent en devenir consommateurs, autrement dit, que la préférence islamique ne soit plus pour les consommateurs le critère déterminant.

Si l'on considère cette hypothèse comme faisant partie du champ des possibles en France, alors le marché potentiel de la finance islamique est bien évidemment décuplé et aurait pour seule limite l'épargne des ménages vivant en France. Rappelons à titre d'exemple que dans

certaines banques islamiques de Malaisie, la clientèle chinoise, non-musulmane, est l'une des mieux représentée.

179. Bilan sur la question de la présence de banques islamiques de détail en France –

La problématique sur la taille potentielle du marché français de la finance islamique cache, en réalité, une question bien plus fondamentale à laquelle les investisseurs islamiques attendent une réponse claire : quel scénario est aujourd'hui favorisé en France ?

Il semblerait que la France ait opté pour le scénario n°1, à l'instar du Luxembourg qui s'est mobilisé pour attirer les capitaux islamiques, notamment au niveau de la création et de la gestion de fonds, mais contrairement au Royaume-Uni, qui a permis le développement de banques islamiques sur son territoire (scénario n°2), d'ailleurs bien souvent utilisées par la seule population musulmane.

Cette différence entre la France et la Grande-Bretagne s'explique en partie pour des raisons sociologiques. En France, le principe de laïcité constitue un frein à la constitution de communautés qui tendent à s'appliquer entre eux un droit et un comportement que n'accepte pas forcément l'Etat français. L'exemple du voile intégral illustre cette idée. En Angleterre, le port de ce vêtement ne pose aucun problème alors qu'en France la loi du 11 octobre 2010 l'interdit dans l'espace public.

Enfin, il ne faut pas négliger le fait que le droit bancaire et financier est actuellement entré dans une phase de réformes importantes au plan international, européen et français et dont les effets ne manqueront de se faire sentir sur les pratiques bancaires²⁸.

²⁸ www.economie.gouv.fr/100-mesures-reforme-bancaire. Voir la loi du 26 juillet 2013 de régulation et de séparation bancaire, J. Lasserre Capdeville, « *Séparation et régulation des activités bancaires, Une avancée du droit* », JCP G 2013,925, B. Bréhier et F. Mékouï, « *Réflexions sur la loi de séparation et de régulation des activités bancaires : quelles conséquences pour la structure des banques, l'organisation des marchés et la supervision* », BJB 2013 p. 422.

CHAPITRE 2 - LES FREINS AU DEVELOPPEMENT DE LA FINANCE ISLAMIQUE

180. Problématique et plan – La finance islamique est un carrefour où se rejoignent le droit bancaire et financier, le droit musulman et le droit comparé. La réflexion qui doit être engagée ne peut pas se limiter à des résultats économiques, au profit que réalisent les banques. En effet, il n’y a de développement de la finance islamique que si les produits financiers qu’elle propose sont conformes à la Chari’a.

Compte tenu de la marge très étroite de l’interprétation du Coran, les financiers islamiques doivent accomplir des efforts considérables en termes de *compliance* islamico-bancaire.

Ces efforts sont de deux ordres. D’une part, il faut lever les préjugés et lutter contre l’image plutôt négative de la finance islamique, soit s’attaquer aux freins politiques. D’autre part, il faut acclimater les deux systèmes juridiques, celui du droit musulman et de celui des du droit Occidental pour assurer un fonctionnement sécurisé de la finance islamique

Ce sont ces deux défis qui seront présentés tour à tour.

Plan :

Section 1 : Les freins politiques

Section 2 : Les freins juridiques

Section 1 : Les freins politiques

181. Plan – Pendant des années, la banque islamique a fonctionné de manière presque confidentielle. Au départ, les banques islamiques sont de toutes petites structures familiales qui ont pris l’habitude d’agir de manière isolée et discrète

En outre, la finance islamique vit dans un environnement musulman qui est très agité depuis la révolution égyptienne de 1956 et le conflit israélo-palestinien.

C’est pourquoi, la finance islamique doit être prise dans ce contexte qui crée pour deux difficultés. La première est un problème d’image et de transparence, notamment à cause du terrorisme islamique (**paragraphe 1**).

Outre un problème d’image, la finance islamique manque cruellement de cadres et de juristes formés à la *Chari’a compliance*. C’est donc un problème de formation que doit aussi affronter la finance islamique (**paragraphe 2**).

Paragraphe 1. Le problème de l’image et de la transparence de la finance islamique

182. Islamophobie – Il ne faut pas se cacher que la finance islamique véhicule une mauvaise image. La première raison tient à la religion et qui ne se limite pas à la religion musulmane. En effet, religion et argent ne font pas bon ménage et l’opinion commune aura toujours du mal à admettre que l’on peut allier piété et rendement.

En outre, la finance islamique tend à se vendre un peu trop à bon compte. La publicité qu’en font les banques montrent un intérêt un peu trop visiblement commercial, alors que justement la finance islamique se veut intégralement éthique. En d’autres termes, on a tendance à y voir des opérations marketing destinées à faire vendre des produits financiers sous couvert d’un acte de foi.

Certains spécialistes vont même jusqu'à dire que les produits financiers Chari'a ne sont qu'un simple habillement et que techniquement, il s'agit de la même finance. Il pourrait ainsi s'agir d'une « admirable tartufferie »²⁹

D'autres spécialistes en tirent des conclusions inverses. Partant de l'idée que la religion est le monde du don et la banque celui du commerce, ils pensent que la finance islamique est en réalité l'organisation plus ou moins complexe d'opérations en réalité caritatives.

Comme toute association caritative qui peut être très riche, la banque islamique gère et rémunère les œuvres charitables qui ne sont pas forcément des œuvres non rentables. En outre, cette notion de rentabilité peut avoir plusieurs réalités.

Pour les œuvres de charité, l'enrichissement peut être indirect et diffus mais réel. L'impact psychologique tend de plus en plus à être pris en considération dans le calcul du PIB. Ainsi, Le bonheur national brut (BNB) est une tentative de définition du niveau de vie en des termes plus psychologiques et holistiques que le produit national brut.

Cet indice a été préconisé par le roi du Bhoutan, Jigme Singye Wangchuck, en 1972. Son but est de bâtir une économie qui serve la culture du Bhoutan reposant sur des valeurs spirituelles bouddhistes. Entre autres objectifs, il sert à guider l'établissement de plans économiques et de développement pour le pays.

Enfin, la banque islamique est suspectée de non transparence et de regrouper une communauté très fermées aux non musulmans. De plus, il est très facile de faire le lien entre finance islamique et terrorisme.

Selon M. Taqi Usmani, la finance islamique serait une forme de « Jihad financier »³⁰. Cette déclaration a pu des répercussions et jeté le trouble dans la communauté financière islamique. Ainsi, M. Taqi Usmani a démissionné du comité de supervision islamique du *Dow Jones Islamic Market Indexes*³¹.

²⁹ S. Jahel, *Op cit.* p. 359.

³⁰ www.fahmedeen.org/books/islamandmodernism.pdf

³¹ Éminent jurisconsulte musulman, conseiller Sharia à la Cour Suprême du Pakistan pendant vingt ans, ancien membre du comité de supervision islamique du *Dow Jones Islamic Market Index*.

Ces débats nourrissent la polémique et un imaginaire collectif qui amalgame Islam et violence, et qui entend le terme Jihad comme une traduction de l'état d'esprit du monde islamique.

Or, MM. Jouini et Pastré tente de combattre ces préjugés en indiquant dans leur rapport que « *la méconnaissance du sujet – de la finance islamique – permet certaines confusions autrement plus troublantes que la précédente. Ainsi est-on parfois confronté à un amalgame entre, d'une part, la Finance Islamique et, d'autre part, l'intégrisme religieux et le financement du terrorisme. Or, rien, ni dans la théorie, ni dans la pratique, ne permet d'établir un lien quelconque lien entre ces deux phénomènes* »³².

183. Le problème de la *hawala* – Le système de la *hawala* qui signifie confiance ou échange se recoupe avec la route de l'or, celle de l'Asie du Sud et du Moyen-Orient. Les experts ont du mal à pénétrer ce secteur.

Or, en matière de blanchiment et de terrorisme, le rapport du GAFI cite, comme instruments de blanchiment, le trust, les prête-noms et les sociétés écran et la *hawala*³³.

Le système de la *hawala* est présenté comme un système de blanchiment de l'argent. On peut lire par exemple que « *les moyens d'échange, les valeurs refuges, l'anonymat, la possibilité d'empilage sont des éléments qui attirent les blanchisseurs* »³⁴.

Effectivement, la *hawala* est un instrument puissant de transfert informel de fonds qui s'apparente au « *fei'chein* » pratiquée en Chine, que l'on traduit par l'argent volant, ou bien à l'« *hundi* » indien. Ce genre de système fondé sur la confiance fonctionne sans discontinuité.

184. Exemple – Un pakistanais travaillant à Londres qui veut envoyer de l'argent à sa famille restée au Pakistan sollicitera un *hawala dar* basé à Londres.

³² <http://www.djindexes.com/islamic/index.cfm?go=overview>.

³³ Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, Rapport 1999-2000, 3 février 2001, p. 6 et 7.

³⁴ L'empilage a pour objet de brouiller les pistes en multipliant les transactions financières, notamment entre plusieurs pays, ce qui permet d'éloigner les capitaux de leur origine géographique et d'entraver les éventuelles poursuites judiciaires.

Ce dernier donnera l'ordre à son correspondant basé au Pakistan de remettre les fonds à la famille. Or, les fonds seront remis en Roupie et non en Livres Sterling.

Dans cet exemple simple, ledit système peut faire appel à de nombreux intermédiaires ayant le statut de *hawala dars*. Ils peuvent être des négociants, voire des dirigeants de PME baignés dans le commerce international.

Ce schéma peut devenir très complexe dans le cas du financement du terrorisme. En effet, il peut être démultiplié par la présence d'un nombre considérable de courtiers. Chacun ayant des positions soit ouvertes, soit fermées, chez leur contrepartie en fonction du sens des transferts des fonds. Le *hawala dar* en fin de chaîne dénouera l'opération en remettant les fonds aux destinataires et soldera ainsi son compte.

Toutefois, un trafic peut être organisé pour les changes de monnaies : si l'on souhaite échanger des monnaies non convertibles comme la roupie ou le yuan contre des dollars, un mécanisme de double swap, appelé aussi triangle *hawala*, permettra de satisfaire les parties

Interpol distingue la *hawala* blanche de la *hawala* noire : blanche pour les transferts légaux de fonds et noirs pour les transferts illégaux, et donc logiquement non islamiques.

Dans le cas de la *hawala* noire, les capitaux seront dissouts dans des montages qui ont recours à des structures opaques.

Depuis les événements du 11 septembre 2001, les législations de nombreux pays ont été durcies pour marquer la provenance et la destination des fonds. Cette idée est bien évidemment soutenue par les institutions qui promeuvent la finance islamique comme la Banque Islamique de Développement.

Toujours dans le rapport de MM. Jouini et Pastré, ceux-ci indiquent que « *le développement d'institutions financières réglementées, capables de capter cette épargne informelle, pourrait, au contraire, aider à réduire le détournement de fonds à des fins terroristes* ».

Dubaï est généralement citée comme étant la chambre de compensation des transferts informels de sociétés telles que Western Union.

La tentation d'accuser l'Islam comme le terreau fertile de la violence et du terrorisme est forte. Judiciairement, la Cour de cassation a rendu un arrêt en faveur d'une banque islamique accusée par un journal français notoirement polémique d'appartenir à un réseau terroriste.

La Haute Juridiction a jugé qu'« *est diffamatoire, en ce qu'elle est une atteinte à sa considération, l'imputation faite à une banque d'être un circuit commun de financement des activités terroristes, parce que les faits relevés ne sont pas suffisamment précis pour l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire* »³⁵.

C'est donc un véritable problème de transparence et d'image que doit affronter la banque islamique, surtout dans un contexte où se développe une certaine islamophobie.

184. Problème des pratiques et des interprétations des comités Chari'a – Autre problème de taille : la pluralité interprétative et consensus des Conseils de conformité éthique.

Les Conseils de conformité éthique ont pour rôle de statuer sur la compatibilité Charia d'une opération via l'émission d'un avis ou *fatwa*. La pluralité interprétative des Conseils de conformité éthique a été soulevée et identifiée comme un obstacle important à son développement.

Certains participants se sont inquiétés du fait que la diversité des écoles, des rites et des doctrines de la tradition musulmane conduisent à un pluralisme interprétatif jugé négatif et handicapant pour le développement de la finance islamique en France.

En effet, est-il possible qu'un Conseil de conformité éthique consulté par telle banque vienne infirmer un avis émis par un Conseil précédent, obligeant la banque à requalifier un produit déjà commercialisé ?

³⁵ Cass. 1^{ère} Civ., 3 mai 2007, D. 2007, n° 21, p. 1431.

Si les divergences interprétatives existent, comment mettre en place des standards en matière de conformité islamique qui, à l'évidence, favoriseraient le développement des produits et des financements conformes aux règles de l'Islam ?

Quelle est la réalité de ces divergences interprétatives ?

Pour favoriser la convergence interprétative, il faut renforcer l'indépendance des Conseils de conformité éthique. Les experts participant à la discussion de la conformité ou non à la loi de la Charia doivent être libres et disposés à renoncer à l'une de leurs opinions devant un argument mieux établi, plus construit.

Plus les juristes sont attachés à telle tradition et à telle école, avec leurs doctrines et leurs positionnements théologiques et interprétatifs spécifiques, moins les interprétations des uns et des autres pourront converger.

Il en est de même si les juristes sont soumis à une pression extérieure, quelle qu'elle soit, les empêchant d'exprimer un point de vue pouvant être jugé hétérodoxe. L'indépendance intellectuelle des experts est, par conséquent, une condition préalable à la convergence des vues.

L'indépendance des Conseils de conformité éthique est une garantie que leurs avis ne seront pas suspectés de servir les seuls intérêts de l'institution qui les consulte. Les experts ont pleinement conscience qu'un produit qualifié de « Charia-compatible » sera commercialisé comme tel auprès du public, et de ce point de vue, les experts sont un instrument, un rouage, un gage de confiance, dans le processus de commercialisation.

Dans cette situation, les juristes doivent être d'autant plus vigilants que leur image ne soit utilisée contre leur gré. En effet, la pensée et les écrits d'un auteur peuvent toujours être déformés par l'interprète, plus ou moins volontairement.

Pour prévenir ce problème, il convient d'assurer et d'assumer leur indépendance, de contrôler la gestion régulière des produits sur lesquels ils s'engagent par l'intermédiaire des agents de conformité (*Shariah advisors*).

L'existence d'un cadre institutionnel, un forum, pour débattre des questions à la fois économiques et religieuses est aussi une initiative à recommander. Il est vrai que l'on trouve aujourd'hui beaucoup de réseaux sociaux qui débattent de la finance islamique.

En somme, s'il existe un déficit d'image, c'est parce que la finance islamique est assimilée aux aspects négatifs de l'Islam, comme le terrorisme qui nourrit l'islamophobie³⁶. C'est pourquoi, il faut éviter une attitude trop complaisante à l'égard de la finance islamique et conserver un regard objectif.

La finance islamique ne doit pas être présentée comme une panacée qui pourrait résoudre tous les problèmes et qui ne serait composée que de gens honnêtes. Cette image trop complaisante nuit en réalité aux intérêts de la finance islamique qui passe d'abord par la compréhension de son fonctionnement et ensuite de la possibilité de la faire fonctionner aux côtés de la banque classique.

Sur ce point, ce n'est pas seulement en termes de concurrence qui doivent s'établir les rapports entre la banque islamique et la banque classique. Il faut aussi que ces deux types de finance puissent cohabiter bien qu'elles reposent sur des valeurs très différentes. Il ne faut donc pas redouter le débat entre le laïc et le religieux dans un but d'enrichissement réciproque, d'échange des savoirs et de respect de l'humain.

Paragraphe 2. Le problème de la formation des juristes en droit islamique

185. L'importance de la formation – De manière générale, on connaît l'importance de la formation des juristes pour assurer les besoins des acteurs du droit. En matière de finance islamique, la formation des juristes est un problème particulièrement difficile. En effet, selon les spécialistes, le besoin de personnels dans la banque islamique serait de 30.000 à 40.000 par an³⁷.

³⁶ Jilali Maazouz, « *La réception de la finance islamique en France, entre résistance idéologique et défaut méthodologique* », *Revue Banque*, 2013, p. 72.

³⁷ Abdel Maoula Chaar et Roger Ourset, *Formation et conceptualisation de la finance islamique*, in *La finance islamique à la française*, sous la direction de J. P. Laramée, éd. secure finance 2008, p. 273.

186. L'offre de formation en matière de finance islamique – On a déjà signalé que les universités occidentales et dans les pays musulmans proposaient des formations en matière de finance islamique. Il faut signaler en particulier l'École de Management de Strasbourg.

Forte d'une double appartenance à la Conférence des Grandes Écoles et à l'association nationale du réseau des IAE, l'École propose près d'une quarantaine de formations dans tous les grands domaines de la gestion : Achat, Audit, Commerce, Comptabilité-Contrôle, Entrepreneuriat, Finance, Marketing, Management, Ressources Humaines et un Programme Grande École en management avec une spécificité internationale accrédité EPAS.

Ces formations proposent ainsi un grade de Bachelor.

La mission de l'EM Strasbourg est de former des managers responsables et ouverts sur le monde capables de s'adapter aux nouveaux défis du management de la mondialisation de l'économie.

Elle s'appuie sur trois valeurs fondatrices : le développement durable, l'éthique et la diversité à la fois déployées dans les enseignements et en actions et engagements concrets au sein de l'École, afin de former les futurs managers à l'exercice de leurs responsabilités sociales, sociétales et environnementales.

Cette formation comprend un volet économique et juridique. Il s'agit de maîtriser aussi le droit de la régulation des marchés financiers, les règles de gouvernance et de gestion des ressources humaines et surtout un apprentissage approfondi du fiqh.

Autre exemple, la Finance Islamique au Maroc a connu plusieurs développements, notamment l'ouverture de Dar Assafaa – première société de financements « alternatifs »,

On doit signaler le discours du gouverneur de Bank Al-Maghrib annonçant un encours de 900 millions de dirhams pour les produits « alternatifs » et faisant état d'une concertation avec le groupement professionnel des banques du Maroc (GPBM) en vue d'instaurer un cadre réglementaire pour l'émission de Sukuk.

Né d'une collaboration internationale entre les cabinets Al Maali Islamic Finance (Dubai), Optima Finance Consulting (Casablanca) et la London Business Academy, le miniMBA en Finance Islamique est venu combler un vide dans le domaine de la formation en Finance Islamique au Maroc.

Ce diplôme a pour vocation de former les compétences nécessaires au développement des services et produits financiers islamiques au Maroc.

En Mars 2011, la première promotion du mini MBA en Finance Islamique a vu le jour. Cette promotion a été marquée par la participation de professionnels et d'experts de haut niveau dans les domaines bancaire et financier.

Cinq modules, comprenant les principes de la finance islamique vus sous les aspects, charia, comptabilité, pratiques sur les marchés des capitaux et contractualisation, ont constitué le programme accéléré de cette formation dispensée en 3 mois. Le Mini-MBA a été animé par des intervenants de haut niveau, spécialistes de la finance islamique, venant de Malaisie, de Dubaï et d'Europe.

Il faut aussi citer l'Ecole Supérieure des Affaires de Beyrouth. En dix ans d'existence, l'ESA est devenue un centre d'excellence du Moyen-Orient en matière d'enseignement du management et dispense un enseignement de qualité au sein d'un pays reconnu pour ses multiplicités économiques, culturelles et linguistiques.

L'ESA possède tous les attributs d'un établissement de premier ordre, avec notamment des formations et des parcours de dimension internationale, tous validés par deux diplômes, l'un de l'ESA et l'autre d'une Grande Ecole ou d'une Université française partenaire. L'ESA est un pôle associé de l'ESCP-EAP European School of Management.

L'ESA intègre notamment un Institut Monétaire et Financier unique dans la région qui propose des programmes de formation permanente dans les domaines de la Finance conventionnelle ou de la finance islamique et mobilise un réseau d'experts et de professeurs reconnus sur les places financières internationales.

Fidèle à sa mission d'éducation et de développement économique, l'ESA est attentive aux besoins de la finance en terme de formation et de recherche. C'est ainsi que l'ESA a créé AL MULTAQA, Fondation internationale pour la recherche sur la Finance Islamique pour répondre à de nombreuses attentes ressenties dans ce domaine en pleine expansion.

Ainsi, le principal objectif de AL MULTAQA est de devenir un centre de dialogue et d'interaction entre professeurs-chercheurs et professionnels afin de mener à bien des activités de recherches théoriques et appliquées. En travaillant avec les régulateurs et les institutions internationales, la Fondation attire les meilleurs chercheurs, universitaires et professionnels internationaux.

A partir de ces trois exemples, on constate que la formation à la finance islamique est pluridisciplinaire. Il importe de réunir des compétences en matière économique, juridique et comptable.

En outre, les offres de formation ont tendance à se multiplier pour accompagner le développement de la finance islamique, soit par fenêtre au sein de la banque conventionnelle, soit par la création d'un établissement bancaire islamique.

On voit aussi qu'il s'agit soit de formations globales entièrement dédiées à la finance islamique ou bien il s'agit de cursus de finance islamique au sein d'une formation plus large. On constate aussi que les formations privées proposées par les grands cabinets d'avocats ou les grandes banques ont tendance à se multiplier.

L'important pour celui qui cherche une formation en finance islamique est de s'assurer qu'elle est efficace au regard de la connaissance du droit musulman. En effet, sans formation en matière théologique, il est impossible de valider les produits financiers et les activités bancaires.

Il ne s'agit donc pas seulement d'acquérir des connaissances mais d'être capable de conceptualiser ces connaissances pour vérifier qu'elles sont légitimes par rapport à l'Islam.

Ce point est particulièrement important car c'est de la notoriété du comité Chari'a que la banque attire ses clients.

En outre, la pensée islamique est divisée en plusieurs écoles d'interprétation à laquelle doit se rattacher le juriste musulman pour que l'on puisse savoir à quelle école il appartient.

Cette dimension religieuse est décisive car elle détermine « l'acceptabilité » d'une norme ou d'une pratique. En outre, les Etats islamiques favoriseront telle ou telle école créant une vive concurrence intellectuelle et économique entre les différents centres du droit musulman

C'est pourquoi, ces offres de formation universitaires au sens large doivent être avalisées par les autorités religieuses locales pour espérer attirer les étudiants.

Il faut relever une autre spécificité de la finance islamique, à savoir le mode de présentation d'une recherche comme un article. Selon les canons de la pensée occidentale, la recherche universitaire doit être objective, rationnelle et scientifique.

Or, toute étude en droit financier islamique commence par une validation théologique. En effet, l'auteur commencera par des commentaires sur des citations tirées du Coran ou de la sunna. Cette façon de procéder rend difficile que ce type d'études puisse s'imposer hors de son cercle d'origine.

Pour pallier ces difficultés, l'*Islamic Finance Qualification* (IFQ) a mis en place une certification de type anglo-saxon. Ce type de qualification permet de structurer la profession de financier islamique et de légitimer ses activités. De même, l'exemple de l'AAOIFI en matière d'audit comptable qui a permis de standardiser les pratiques comptables islamiques pourrait être suivi par les formations juridiques.

187. Critères de qualité de la formation des juristes en finance islamique – On peut résumer en disant que la formation d'un juriste en finance islamique passe par trois degrés de légitimation. Une légitimation institutionnelle qui passe par une formation dispensée par une banque. Une légitimation professionnelle qui passe par une formation dispensée par un auditeur ou un régulateur et une légitimation académique théologique qui passe par une formation théorique dispensée par une université.

Jeune, la finance islamique a encore peu produit en matière scientifique. Les ouvrages ont cependant tendance à se multiplier pour venir nourrir un corpus de connaissance en cours de formation. De même, la finance islamique qui souffre d'un problème d'image doit être reconnue dans le monde universitaire et académique.

Pour aller dans cette direction, la finance islamique doit aussi pourvoir des formations de niveau doctorat. Or, force est de constater que l'offre de formation en matière de finance islamique est déficitaire en France par rapport à d'autres pays. Cette situation est préoccupante dans la mesure où les pays anglo-saxons sont en avance, or il est important de pouvoir mettre en place une finance islamique « à la française ».

Enfin, la finance islamique doit être enseignée en articulation étroite avec la finance conventionnelle pour en évidence leurs convergences ou leurs divergences. Le développement de la finance éthique ou socialement responsable favorise un rapprochement. Il y a donc dans le domaine des cursus en matière de finance islamique encore beaucoup à faire.

Par ailleurs, il ne peut y avoir de finance islamique en France sans ressources humaines compétentes pour gérer les spécificités des produits de cette finance. La pénurie de spécialistes constituerait une limite sérieuse au développement du marché.

Conscientes de cette limite et conscientes aussi de l'expansion de ce marché au niveau mondial, les universités françaises forment depuis peu quelques dizaines de spécialistes en finance islamique par an avec les programmes universitaires de Strasbourg, de Paris-Dauphine, et des modules dédiés à l'ESC Reims et à l'ESC Lille.

Il est à noter que ces formations ne permettent pas de former des juristes mais plutôt de familiariser des financiers et des juristes aux spécificités techniques de la finance islamique. Il est vrai que pour former un juriste Chari'a banque, il faut cumuler une formation juridique, une formation comptable et financière et une formation en droit coranique, ce qui n'est pas simple et requiert de hautes qualités intellectuelles³⁸

³⁸ Jilali Maazouz, « *La réception de la finance islamique en France, entre résistance idéologique et défaut méthodologique* », préc. p. 73.

188. Formation des comités Chari'a – Cette question des ressources humaines s'applique aussi aux juristes participant aux Conseils de conformité éthique, en anglais Shariah Scholars.

Les produits Charia-compatibles devront être validés par des juristes dont la compétence doit couvrir, à la fois, le droit islamique et le droit français. Aujourd'hui, les juristes compétents et reconnus, capables de siéger dans un Conseil de conformité éthique pour statuer sur des produits commercialisés en France, sont peu nombreux.

En effet, la différence d'environnements juridiques entre la France, pays de tradition civiliste, et les pays du Moyen-Orient, familiarisés au système juridique dit de *common law*, limite le champ d'intervention des experts de ces pays dans le cadre d'une application de leur savoir-faire en France. Pour autant, la finance islamique profite d'une ouverture médiatique qui assure sa promotion : colloques, revues, diplômes et formations se multiplient.

Par conséquent, il est stratégique pour la France de garantir l'émergence d'une classe d'experts français qui vont apporter leur savoir-faire et leurs nouvelles idées, permettant un développement professionnel ordonné de la finance islamique et ce, notamment, grâce à la grande diversité de l'offre universitaire française.

Il est souhaitable de faire émerger une classe d'experts français par la mise en place de certifications professionnelles et des formations spécialisées en finance islamique reconnues sur le marché français et par les organismes islamiques internationaux.

Section 2 : Les freins juridiques

189. Sécurité juridique et finance islamique – Les auteurs occidentaux en matière de finance islamique relèvent une situation d'insécurité juridique. En effet, l'accumulation des toutes les contraintes et obstacles au développement de la juridique n'est pas propice à sécurité contractuelle. Cependant, l'essor économique de la finance islamique montre que les investisseurs ne sont pas découragés.

Pour autant, cette insécurité existe bel et bien et elle est à la fois d'ordre juridique (**Paragraphe 1**) et en termes de coût (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1. L'insécurité juridique

190. Complexité du droit musulman – La première insécurité juridique tient à l'existence de controverses doctrinales importantes au sein de la communauté musulmane. Il existe 4 écoles sunnites et le chiisme, sans parler des autres écoles. L'absence d'autorité mondiale de référence et la multiplicité des conseils Chari'a accentue cette dispersion.

A partir de trois exemples, on illustrera cette situation complexe.

191. Autonomie de la volonté – Le premier exemple est le concept d'autonomie de la volonté. La théorie de l'autonomie de la volonté trouve sa justification dans l'existence de droits naturels de l'Homme, selon lesquels l'Homme à l'état de nature est libre.

L'idée de liberté primordiale a été avancée par divers auteurs, au premier rang desquels on trouve Grotius (notion *de jus gentium*), Locke (notion de loi naturelle) et finalement Rousseau qui l'a popularisée.

Selon ce courant de pensée, les hommes naissent libres et ne sont, à l'origine, soumis à aucun d'entre eux. Raisonnable, ils tombent en accord pour constituer une société qui leur profitera à tous.

Les idées de liberté et de constitution de la Société par un accord librement donné de ses membres trouvent un écho dans la théorie de l'autonomie de la volonté : chaque contractant est libre de contracter, comme de ne pas contracter, donc de conserver sa liberté, et ne s'oblige que par son consentement éclairé aux termes de la convention.

En revanche, une convention passée valablement devra être exécutée, conformément à la maxime *pacta sunt servanda*, la volonté des contractants devant être d'autant plus respectée qu'elle a été donnée librement.

Partant de ces points communs, la portée de l'autonomie de la volonté diverge selon les différentes écoles du droit musulman³⁹.

Pour les hanéfites, la volonté n'est pas source en elle-même de droits et d'obligations. Le contrat suppose non pas deux volontés réelle, libres et éclairées mais la réunion de deux éléments.

192. *Rida et qasd* – Le premier est le rida, que l'on peut traduire par la capacité psychologique de contracter, une sorte d'esprit favorable au contrat. Le second élément est le qasd ou intention qui va déclencher le processus du contrat.

Difficile à saisir, le contenu du rida est indispensable à la validité du contrat et en son absence chacune des parties est fondée à demander la nullité. Pour l'école malikite, l'analyse est différente.

En effet, selon cette école, la volonté des parties est fondamentale. On insiste beaucoup sur le motif qui a conduit les parties à conclure le contrat. Le point particulier de cette école est de considérer la volonté des parties comme devant être sans vices. Dans le cas où un vice existe, le contrat n'a pas besoin d'être annulé, il est nul et de nul effet.

Pour les Hanbalites, ils partent du principe que les volontés sont souveraines et les parties peuvent insérer dans leurs contrats tout type de clauses à condition qu'elle soit conformes à la Chari'a. A la différence de l'école précédente, tout est conforme à la Chari'a sauf ce qui est expressément interdit. Le système est donc plus libéral et l'autonomie de la volonté est vue comme un pilier moral.

193. Exemple de l'avenant ou clause adjointe – En droit musulman, les écoles ne sont pas d'accord sur portée et l'interprétation de clauses fréquentes dans les contrats. Il s'agit, par exemple, de l'avenant, ou clause adjointe, qui n'a pas le même sens selon les écoles de droit musulman.

³⁹ Comard-Obeid, Les contrats en droit musulman des affaires ; Ch. Chéhata, Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman, p. 105.

Dans le domaine juridique et des contrats, un avenant est un acte juridique qui se traduit par la rédaction d'une clause additionnelle, ou d'une convention additionnelle permettant d'apporter une ou plusieurs modifications - dans certaines conditions, et avec accord des parties liées par un contrat - à ce contrat antérieurement conclu et toujours en cours.

Un avenant peut être conditionnel, lié à une circonstance particulière. Un avenant convenablement formulé, pour éviter d'éventuelles difficultés d'interprétation doit :

1. préciser les points sur lesquels l'accord initial est modifié (exemple : personnes ou lieux concernés, prix, durée, objectif, etc...) ;
2. préciser ou rappeler les éléments du contrat initial restant inchangés, c'est-à-dire non explicitement visés ou modifiés par l'avenant ;
3. ne pas être ambigu et ne pas affecter la cohérence des dispositions des deux documents

Il est fréquent qu'un contrat stipule qu'un avenant à ce dernier ne pourra produire effet qu'une fois que l'accord écrit sera signé par les parties.

De manière générale, le droit musulman est hostile à une modification du contrat qu'il considère comme une unité intangible. Le droit musulman accepte difficilement un contrat dans le contrat. Pourtant, il faut être réaliste et les écoles de droit musulman accueille plus ou moins l'avenant qui est *sahih*, valide, ou *fasid*, nul.

Ainsi, pour les chaféites et les malékites, l'avenant est possible mais il n'est que toléré pour les hanbalites. Pour l'école minoritaire zahirite, l'avenant est tout simplement exclu : « il n'est pas permis à la volonté humaine de façonner à sa guise les actes juridiques et d'en fixer le contenu »⁴⁰. Il faut préciser que même lorsqu'ils sont acceptés, les avenants sont très restreints.

⁴⁰ Sanhoury, *Traité de droit civil égyptien* en 10 volumes, t. III, p. 166 ; Al-Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Préface Édouard Lambert 1925.

En effet, l'avenant doit d'une certaine manière confirmer les premières stipulations du contrat et s'accorder avec son but. Les clauses modificatives seront d'autant plus validées que les modifications sont minimales et qu'elles ne touchent pas aux obligations essentielles telles qu'elles ont été stipulées au contrat.

En somme, le droit musulman est assez rigide au regard de la liberté contractuelle ce qui soulève deux problèmes importants. Le premier est l'insécurité juridique, insécurité au regard de la validité et de l'interprétation du contrat. Le contrat est toujours contrôlé du point de vue de la morale religieuse mais celle-ci n'est pas précise et dépend du prestige du juriste qui l'examine.

Le second problème est de ne pas profiter du concept d'autonomie de la volonté pour fonder des règles d'interprétations claires et justifier des évolutions de la force obligatoire selon les circonstances. En réalité, il faut éviter de transposer le concept de l'autonomie de la volonté si présent dans le droit français en droit musulman.

En fait, le droit musulman est un droit légal et le rôle de la volonté réside uniquement à mettre en œuvre les prescriptions de la loi divine. Très encadrée, la volonté vise seulement à déclencher le processus du contrat qui est entièrement réglementé par la *sounna* qui s'applique directement et automatiquement.

194. Exemple de la vente salam – Autre exemple : la vente salam dont l'utilisation est cruciale en finance islamique. Ainsi, pour les hanéfites, il faut être très exigeant quant à la réalité de la chose au moment de la conclusion du contrat.

Pour l'école chaféite, il suffit que la chose soit déterminée, elle n'a pas à exister de façon tangible au moment de la vente. Pour les malikites, il est possible d'aller plus loin puisque la chose doit pouvoir être référencée en poids et mesure et son paiement peut être différé jusqu'à la livraison.

Autrement dit, la validité d'une convention dépend de la tradition islamique locale et le développement de la finance islamique est tributaire de sa localisation géographique.

De même, pour le contrat mourabaha, ou crédit acheteur, contrat fondamental en finance islamique, les écoles diffèrent sensiblement sur les conditions de sa validité. De manière générale, ce contrat est critiqué car il permet la vente d'un bien qui n'a pas été vu et que le vendeur ne possède pas encore.

En outre, ce contrat prévoit des pénalités de retard, ce qui est encore problématique pour la Chari'a. Enfin, le prix différé étant plus élevé que le prix au comptant, le contournement du riba devient trop ostensible pour ne pas être relevé par la plupart des écoles.

Finalement, le procédé a pu être avalisé lors d'une conférence qui s'est tenue à Dubaï en 1979. Il est évident que le contrat murabaha permet *économiquement parlant* de réaliser une double opération de vente au comptant suivie d'un crédit rémunéré.

195. Esprit du contrat en droit musulman – Le contrat en droit musulman repose fondamentalement sur l'équivalence et d'équité. La justice commutative doit prévaloir et elle est prise en considération contrat par contrat, individu par individu. Tout cela doit pouvoir se vérifier la déclaration de volonté ou *qawl*⁴¹.

L'objet du contrat tend à se confondre avec l'objet de l'obligation, ce qui a des incidences sur l'exécution du contrat. Sur ce point, la force obligatoire en droit musulman est différente du droit français. En droit français le contrat est en principe irrévocable. En droit musulman, l'Islam recommande de revoir le contrat ou bien de le révoquer à la requête d'une des parties.

Cette révocation agit comme une résiliation et crée une convention nouvelle à l'égard des tiers. La résiliation existe aussi pour inexécution, comme en droit français. En effet, l'objet du contrat doit être licite, tangible et réel. Les contrats en droit musulman sont classés en trois grandes catégories : échange, libéralités et contrats accessoires.

Face à ces difficultés, la détermination politique de voir se développer en France un marché de la finance islamique capable de rivaliser avec la place londonienne est forte.

⁴¹ Ch. Chehat, « *Le concept de contrat en droit musulman* », Archives de la philosophie du droit, t. XIII, Sirey 1968, p. 131.

En effet, la Ministre de l'économie, Madame Christine Lagarde, a appelé de ses vœux à maintes reprises, lors de différents séminaires privés lors du Forum de la Finance Islamique, Euromoney ou encore lors des rencontres annuelles d'Eurolace, au développement d'une telle finance sur le territoire.

Cette volonté s'est accompagnée par une démarche volontaire d'analyse des blocages juridiques et fiscaux, dans le cadre de la Commission Finance Islamique créée au sein de Paris-Eurolace et des consultations de place conduites par le Ministère de l'économie et des finances en vue de l'élaboration de nouvelles instructions fiscales en matière de finance islamique.

Cette Commission et ces consultations se poursuivent encore aujourd'hui et constituent des lieux de réflexion importants sur les modalités pratiques de développement de la finance islamique en France. Preuve de cette implication continue des pouvoirs publics sur le sujet, Monsieur Thierry Dissaux a été nommé à l'automne 2009 par le Ministère en qualité d'interlocuteur privilégié – et unique – de Bercy sur les questions relatives à la finance islamique.

Par ailleurs les autorités françaises, et en particulier l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), ont été amenées à se positionner au sujet de la finance islamique à la suite de questions formulées par des investisseurs ou gestionnaires de fonds d'investissement au sujet des OPCVM et des Sukuk.

196. Note de l'AMF du 17 juillet 2007 – L'expansion très forte du marché de la finance islamique ces dernières années a conduit l'AMF à préciser les règles applicables pour deux types de produits : les OPCVM se déclarant conformes à la loi islamique et les *sukuk*⁴².

Ces produits financiers doivent être conformes aux cinq principes fondamentaux de la finance islamique : pas de *riba* (intérêt, usure) ; pas de *gharar* ni de *maysir* (incertitude, spéculation) ; pas de *haram* (secteurs illicites) ; obligation de partage des profits et des pertes ; principe d'adossment à un actif tangible.

⁴² M. Storck, RTCom. 2008, 808.

L'AMF constate que ces produits peuvent être développés en France sans modification de la réglementation de droit commun, mais avec un suivi particulier des critères présentés au titre de la conformité à la loi islamique⁴³.

Concernant les OPCVM constitués en France en étant présentés comme conformes à la loi islamique, l'AMF a précisé dans une note du 17 juillet 2007 que par application des règles de droit commun, un OPCVM peut utiliser des critères autres que financiers pour sélectionner les titres dans lesquels il investit.

Un OPCVM peut également prévoir des règles spécifiques en matière de distribution de revenus. En pareil cas, l'AMF examine les OPCVM soumis à son agrément au regard d'un certain nombre de conditions qu'elle a déjà eu l'occasion de mettre en œuvre, notamment pour des OPCVM dont les stratégies d'investissement intégraient des critères extra-financiers.

Ces critères sont, entre autres, l'investissement socialement responsable (ISR) ou le développement durable, ainsi que pour les fonds dits « de partage » distribuant une partie de leurs revenus à des entités tierces.

Ces mêmes éléments d'appréciation sont retenus pour l'agrément d'OPCVM se prévalant de la conformité à la loi islamique, encore appelés fonds islamiques. Dans l'examen des critères extra-financiers retenus pour sélectionner les titres dans lesquels investit l'OPCVM, les éléments suivants font à cet égard l'objet d'une vigilance particulière de l'AMF :

- la préservation de l'autonomie de la société de gestion :

Ce principe exclut que la sélection des titres soit réalisée par une entité distincte de la société de gestion en charge de la gestion financière de l'OPCVM. Toutefois une entité distincte peut émettre un avis sur des titres sélectionnés par la société de gestion pour l'application des critères extra-financiers aux titres présélectionnés par cette dernière.

⁴³ E. Brack, Banque et finance islamique en France, in La finance islamique, l'autre finance, op. cit. p. 119.

Tel est notamment le rôle du *charia board*, qui ne doit pas interférer avec l'indépendance de la société de gestion du fonds ;

- l'intervention éventuelle d'une entité tierce

Cette intervention ne doit pas se substituer à la mise en place, au sein de la société de gestion, des moyens nécessaires à l'exercice de son activité.

- les critères extra-financiers retenus

Ces critères doivent respecter l'ensemble des dispositions législatives et réglementaires en vigueur : ainsi, des critères qui seraient fondés sur la considération de la race ou de la religion des dirigeants des entreprises sont prohibés car contraires à des principes d'ordre public ;

- stratégie de l'OPCVM

Elle doit être présentée comme indicielle ou à référence indicielle et que l'OPCVM fait usage des règles de dispersion des risques allégées prévues pour ce type d'OPCVM, l'indice doit respecter les exigences de diversification, de représentativité et de sécurité posées par l'article R. 214-28, II, du code monétaire et financier.

Un OPCVM peut distribuer tout ou partie de son revenu distribuable à des entités distinctes de ses porteurs ou actionnaires (*zakat*) sous réserve que les conditions suivantes soient réunies :

- cette possibilité doit être mentionnée dans le prospectus de l'OPCVM ;
- l'entité bénéficiaire doit être désignée dans le prospectus complet et doit être un organisme reconnu d'utilité publique.

Pour les porteurs personnes physiques résidents français, de tels abandons de revenus peuvent constituer des dons ouvrant droit à réduction d'impôt. Un agrément a été délivré par l'AMF en juillet 2007 pour un OPCVM islamique investissant dans un portefeuille de sociétés

considérées comme *Shariah compliant* et en février 2008 l'AMF a délivré deux agréments pour l'ouverture de deux fonds *Shariah compliant* commercialisés à la Réunion.

Les sukuk sont des titres obligataires qui doivent nécessairement respecter les cinq principes fondamentaux de la finance islamique. Il est possible en droit français, de structurer et d'émettre des titres pouvant être qualifiés de sukuk⁴⁴.

Il est en effet possible d'émettre tous types d'obligations, y compris des titres subordonnées, prévues par l'article L. 228-97 du Code de commerce⁴⁵ ou des titres participatifs tels qu'ils sont réglementés par l'article L. 228-37 du Code de commerce⁴⁶.

En outre, les articles L. 112-2 et L. 112-3 du code monétaire et financier permettent l'indexation de l'intérêt versé aux porteurs d'obligations sur les performances économiques de l'émetteur.

Certains émetteurs ayant demandé la cotation d'obligations de type sukuk sur la place de Paris, l'AMF a mis en place un groupe de travail chargé de fixer les caractéristiques spécifiques de ces titres à la lumière de la directive Prospectus, et permettre aux acteurs du marché d'avoir une vue précise des conditions juridiques et de transparence dans lesquelles ces obligations pourront être admises à la cotation en France. Le 27 octobre 2010, l'AMF a publié un guide pratique sur l'élaboration des prospectus sukuk et les modalités pratiques d'obtention d'un visa en vue de l'admission sur un marché réglementé⁴⁷.

Il reste que le Conseil constitutionnel a annulé une disposition de la loi accès au crédit des PME destinée à acclimater le régime de la fiducie à l'émission de sukuk⁴⁸.

⁴⁴ I. Riassetto, « *Les fonds islamiques* », RDBF 2011, Etude 18.

⁴⁵ Il s'agit d'obligations assorties d'une clause de subordination, remboursables à la liquidation de la société après remboursement des autres créanciers, voir T. Bonneau et F. Drummond, *Droit des marchés financiers*, 3^{ème} édition 2010, Economica n°115

⁴⁶ A. Couret, H. Le Nabasque, M.L. Coquelet, T. Granier, D. Poracchia, A. Raynouard, A. Reygrobellet, D. Robine, *Droit financier*, Dalloz 2^{ème} édition 2013 n°12.

⁴⁷ Disponible sur le site de l'AMF, www.amf-France.org.

⁴⁸ Dans sa décision n°2009-589 du 14 octobre 2009, le Conseil constitutionnel a censuré l'article 16 de la proposition de loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers. Le Conseil constitutionnel a considéré que cet article, relatif à la fiducie, et visant à adapter le régime de la fiducie pour permettre l'émission en France de sukuk, constituait un cavalier législatif, c'est-à-dire une disposition dépourvue de tout lien avec l'objet initial de la proposition de loi.

Les débats sur les éventuels aménagements de la fiducie qui s'en sont suivis ont eu pour objet de préciser son régime au regard des contraintes imposées par la structuration de sukuk et pour effet de confronter la robustesse des outils juridiques français aux pratiques internationales, notamment britanniques.

197. La tentation du modèle britannique - Le Royaume-Uni est souvent pris en exemple dans la mesure où la place londonienne est la première place européenne en matière de finance islamique. Faut-il considérer que le Royaume-Uni est le modèle à suivre ?

Il est à noter que le développement de la finance islamique au Royaume-Uni s'est fait à partir des concepts de *common law* et de l'expression d'une forte demande émanant de la population musulmane immigrée pour gérer sur place son épargne, auparavant déposée sur des comptes bancaires localisés dans ses différents pays d'origine ⁴⁹.

La situation française est toute autre : le Code civil prévaut depuis sa promulgation par Napoléon Bonaparte le 2 mars 1804 et sa force doctrinale reste intacte tandis que les flux monétaires vers les pays du Maghreb proviennent de l'épargne des ménages musulmans.

Par conséquent, le calquage du modèle britannique n'est pas nécessairement la solution pertinente. En outre, le marché français ne pourra se développer que si les conditions sont réunies pour qu'il y ait une adéquation entre l'offre et la demande. La demande française pour des produits bancaires conformes à la Charia est difficilement perceptible, ce qui rend les établissements bancaires français timides. Il faut aussi signaler la nature très différente de l'immigration des musulmans en France et en

Cependant, plusieurs rapports et sondages tendent à prouver l'existence d'un marché réel et en fort devenir. Parmi les rares chiffres disponibles qui nous permettraient d'avoir une indication quant à la taille de ce marché, outre les travaux d'estimation générale développés dans le rapport Jouini-Pastré pour Europlace, on peut citer une enquête de l'IFOP conduite en 2008 auprès de 530 personnes vivant en France et se déclarant de confession musulmane.

⁴⁹ F. Coste, « *L'émergence de la finance islamique aux Etats-Unis et en Angleterre* », in *La finance islamique à la française*, *op. cit.* p. 127.

Cette enquête, réalisée pour le compte de l'Association d'Innovation pour le Développement Economique et Immobilier (AIDIMM) et l'*Islamic Finance Advisory & Assurance Services* (IFAAS), conclut que « 47% des musulmans vivant en France seraient intéressés par un contrat d'épargne et 55% par des emprunts qui respectent l'éthique islamique ».

Le sondage révèle également que ces derniers seraient « certainement ou probablement prêts à accepter un surcoût par rapport à un crédit classique ».

198. Des freins institutionnels – Force est de reconnaître que les résultats obtenus sont pour l'instant en deçà des espérances nourries par les pouvoirs publics.

Pour le seul secteur de l'immobilier commercial, on ne compte qu'une vingtaine d'opérations Charia-compatibles réalisées en France depuis six ans, pour un montant total d'environ 3 milliards d'euros.

Si ces transactions témoignent de l'existence en France d'un savoir-faire et de secteurs compatibles avec les principes de la finance islamique, le développement du marché demeure faible comparé à celui du marché britannique, premier marché européen en matière de finance islamique avec environ 10 milliards d'actifs islamiques.

Est-ce un problème d'offre, de demande, de structuration d'un marché embryonnaire, ou est-ce là de freins institutionnels ? Sur ce dernier point, il a été souligné combien le volontarisme du Ministère de l'économie et des finances n'avait pas toujours été suivi de manière homogène par l'ensemble des institutions de la République.

Alors que certains sénateurs se sont intéressés de près à la finance islamique, notamment au travers des travaux de la Commission des Finances et de son Président, Jean Arthuis, les députés à l'Assemblée Nationale ont, dans l'ensemble, des idées bien moins précises sur le sujet.

Une explication possible de la difficulté qu'ont les députés à s'emparer d'un tel dossier et à se positionner par rapport à celui-ci pourrait être la différence de mode de scrutin de l'élection de ces représentants : alors que les députés sont élus au suffrage électoral direct, les sénateurs

le sont au suffrage universel indirect, et sans doute est-il plus aisé de prendre position en faveur de la finance islamique lorsque l'on est moins en prise direct avec les électeurs.

Deux remarques s'imposent ici : d'une part, une posture ambivalente et attentiste risque fort d'être préjudiciable au développement de ce marché en France. Or, notre pays est en concurrence directe avec la place londonienne et doit également faire face à la concurrence grandissante de pays voisins comme l'Allemagne, l'Espagne et le Luxembourg. D'autre part, pour sortir quelque peu de ce blocage institutionnel et accompagner dans un climat apaisé le développement de la finance islamique, les députés doivent être en mesure de comprendre les bénéfices que la France pourrait retirer d'un marché français de la finance islamique mature.

Par conséquent, les participants aux ateliers ont été unanimes pour considérer que la finance islamique doit faire l'objet d'un travail pédagogique à destination des parlementaires. Certes, elle a déjà fait l'objet d'un certain nombre de travaux, mentionnés pour certains ici, mais sans doute les approches retenues étaient-elles inadaptées pour les députés, eu égard à leurs contraintes électorales.

Ainsi, pour mieux sensibiliser les députés à la finance islamique et à ses modalités participatives, peut-être faudrait-il songer à explorer la question des incidences positives de la finance islamique sur les économies régionales.

Ce pourrait être l'objet d'un rapport commandé par un député ou par la Commission des finances de l'Assemblée nationale. L'attrait pour ces modes alternatifs de financement pourrait être d'autant plus fort que la crise internationale et ses conséquences sur les déficits publics ne manqueront pas d'inciter les élus locaux à chercher de nouvelles sources de financement.

Paragraphe 2. Le coût juridique et fiscal

199. Impact du droit fiscal et des frais juridiques – Des investisseurs confrontés à un environnement juridique moins familier. Si le marché français apparaît, aux yeux des investisseurs islamiques, moins facile d'accès que le marché britannique, c'est que le système

juridique français est d'origine civiliste, contrairement aux systèmes en vigueur dans les pays du Golfe et en Malaisie qui sont fortement inspirés par les principes de la *common law*.

Cette absence de familiarité des investisseurs avec le système juridique français nécessite de la part de ces derniers de fournir un travail d'immersion et de compréhension bien plus important que lorsqu'il s'agit de s'imposer sur le marché anglais.

Cette remarque s'applique également aux juristes des Conseils de conformité éthique, bien souvent formés dans des universités anglo-saxonnes. Il est à noter que certains pays du Maghreb et d'Afrique, tels que l'Algérie, le Maroc, la Tunisie ou bien encore le Sénégal, ont des systèmes juridiques de tradition civiliste.

Les spécialistes estiment que le développement du marché de la finance islamique dans ces pays de tradition civiliste bénéficierait des outils développés pour l'organisation du marché de la finance islamique en France.

200. Des investisseurs confrontés à des facteurs « coûts » - Les investisseurs islamiques sont confrontés à un ensemble de surcoûts, qui pénalisent leurs activités et freinent le développement d'un marché de la finance islamique en France. Les surcoûts ont des origines diverses.

201. Un surcoût lié à la structuration juridique et fiscale – La finance islamique est très consommatrice de structures juridiques du fait de l'interposition de véhicules ad hoc respectant à la fois les contraintes réglementaires nationales et la Charia. Or, la multiplication des structures génèrent des frais de mise en place et de gestion entraînant des surcoûts par rapport aux montages conventionnels.

202. Un surcoût lié aux aléas fiscaux – De plus, la multiplication de ces structures peut engendrer des aléas ou « frottements » fiscaux. Le Ministère de l'économie et des finances réfléchit actuellement à des aménagements possibles afin de réduire ces frottements fiscaux de sorte qu'à finalité équivalente les financements islamiques ne soient pas fiscalement pénalisés par rapport aux financements conventionnels.

Là encore les réformes en cours ne permettent pas de savoir avec certitude si la législation à venir sera plus favorable aux produits financiers de la banque islamique.

203. Exemple du régime fiscal applicable à l'opération de murabaha - L'instruction n°4 FE/S1/10 précise le régime fiscal applicable à un des principaux outils de la finance islamique : l'opération de murabaha avec ordre d'achat, à laquelle s'ajoutent les opérations de tawarruq.

Il s'agit d'opérations de financement classiques et assez bien rôdés et qui sont réalisées au travers d'une opération de murabaha et de dépôt rémunéré par une opération de murabaha.⁵⁰

La murabaha avec ordre d'achat est ici un contrat de financement aux termes duquel un client demande explicitement à un établissement de financer l'achat d'un actif déterminé ou d'un portefeuille d'actifs déterminés, en réalisant en particulier deux transferts successifs de propriété : un vendeur vend l'actif à un financier qui le revend à un client moyennant un prix payable à tempérament, supérieur au prix d'acquisition à hauteur d'un Profit.

204. Un surcoût lié au transfert de risques - Dans certains contrats de finance islamique s'opère un partage des pertes et des profits entre le créancier et le débiteur. Ceci implique un transfert de risque du débiteur vers le créancier. Cette prise de risque accrue du créancier, qui est généralement un établissement de crédit, se répercute nécessairement sur le débiteur. Celui-ci paiera donc un surcoût par rapport à une opération structurée par l'intermédiaire d'un financement conventionnel.

205. Un surcoût lié au contrôle de conformité - La constitution au sein d'un établissement bancaire d'un Conseil de conformité éthique permanent ou le recours ponctuel à un Conseil de conformité éthique indépendant sur les opérations de financement islamique entraînent également des surcoûts par rapport aux montages conventionnels.

Il est, en effet, fréquent que les membres de Conseils de conformité éthique permanent perçoivent une rémunération mensuelle ainsi qu'une rémunération au cas par cas sur les opérations importantes, sachant que les Conseil de conformité éthique indépendants se font

⁵⁰ Instr. 23 juill. 2010 : BOI 4 FE/S1/10, 24 août 20, JCP Affaires n° 35, 2 Septembre 2010, act. 467, 10

rémunérer pour chacune des opérations sur lesquelles ils sont consultés, à des tarifs qui ont parfois été décriés.

De surcroît, il est courant que les établissements bancaires fassent appel à des auditeurs spécialisés en finance islamique afin d'auditer les transactions une fois celles-ci réalisées et ce, pour s'assurer qu'elles demeurent conformes aux principes de la Charia.

La rémunération de ces auditeurs, qui n'interviendrait pas dans le cadre d'un montage conventionnel, doit également être intégrée au coût global de l'opération de financement islamique.

206. Le risque en termes de coût d'image dégradée ? - Autre coût à prendre en considération, les conséquences éventuelles d'une dégradation de la réputation suite à un positionnement sur ce segment de marché : si une banque conventionnelle opérant en France décidait d'élargir son offre aux produits Charia-compatibles, celle-ci courrait-elle un risque pour sa réputation ?

L'hésitation des banques conventionnelles à s'engager sur ce marché de niche pourrait s'expliquer par l'évaluation qu'elles font du risque de réputation. Concrètement, les banques pourraient perdre des clients acquis ou potentiels par un positionnement sur le marché des produits financiers islamiques. Cette hypothèse est, néanmoins, difficilement vérifiable : les banques implantées en France ne s'expriment pas sur le sujet et aucune étude n'a été publiée en la matière.

Pour les banques, la difficulté est très clairement de considérer ce risque potentiel de dégradation de leur réputation à la lumière d'une position de premier entrant, qui leur donnerait un avantage comparatif certain. Autrement dit, être premier sur un marché naissant permet d'acquérir une clientèle fidèle et une réputation, avec un volume d'activité additionnel qui devrait compenser les éventuelles pertes de clientèle.

Un surcoût lié à la nouveauté des produits de finance islamique ? - Comme pour tout produit nouveau, la conception et la distribution de produits de finance islamique entraîneront inévitablement des surcoûts liés à l'absence d'économie d'échelle.

De surcroît, dans le cas spécifique de la finance islamique, le lancement de tels produits impose de disposer d'experts capables de les analyser et de valider leur caractère Charia-compatible ; or, ceux-ci, sont à ce jour peu nombreux et restent à former, notamment, au regard des spécificités du droit civiliste par rapport à celles de la *common law*.

207. La problématique des coûts : quelle est l'élasticité-prix de la finance islamique ? -

Il est difficile d'avoir un chiffrage de ces différents surcoûts. Les intervenants ont insisté sur le fait que chaque opération Charia-compatible est différente et qu'il ne serait pas pertinent d'avancer un chiffre moyen de surcoût d'un financement islamique par rapport à un financement conventionnel.

De plus par quelle direction de la banque ou de l'europpéen ce coût doit-il être imputé ? La proximité entre différents services de l'entité rend compliqué son chiffrage exact.

Le faible volume de transactions du fait de la jeunesse du marché de la finance islamique ne permet pas aujourd'hui d'obtenir une masse critique suffisante qui donnerait des indications pertinentes sur ces surcoûts.

La question des surcoûts cache, cependant, une question plus fondamentale encore, celle de l'élasticité-prix de la finance islamique. Si la finance islamique coûte en définitive plus cher que la finance conventionnelle, il faut alors se poser la question de savoir si les consommateurs finaux sont prêts à payer ce surcoût.

La sensibilité des consommateurs au prix est ce qui définit l'élasticité-prix. Bien entendu, l'élasticité-prix n'est pas constante de tout temps et dans tous les pays. Il faut considérer les contextes spécifiques.

Tous ces éléments conduisent à penser que la finance islamique suppose une acculturation pour pouvoir fonctionner fiscalement⁵¹. Il s'agit de ménager le principe d'égalité tout en accordant une certaine autonomie à la finance islamique. Pour pouvoir encore fonctionner fiscalement, la finance islamique doit être analysée par l'administration fiscale en termes plus économiques au juridiques.

⁵¹ T. Massart, « *L'acculturation de la finance islamique en droit fiscal français* », Revue de fiscalité de l'entreprise, n°1, 2012.

En d'autres termes, le régime fiscal français est compatible, sous réserve de certains aménagements, au développement de la finance islamique.

208. Conclusion du titre 1^{er} – On a essayé de montrer par un panorama général que le respect des prescriptions religieuses engendre des complications juridiques importantes. Cependant, ces complications ne sont pas dirimantes, ni dissuasives. En fait, la finance islamique nécessite la mise en place de montages juridiques et fiscaux sophistiqués.

Dès lors, la finance islamique a un coût économique plus lourd que la finance classique, ce qui est de nature à contrecarrer son développement.

Pour autant, le musulman qui entend placer son argent dans une banque islamique est conscient que la logique de la rentabilité n'est pas la priorité et que le surcoût par rapport à une banque classique est largement compensé par la satisfaction de remplir ses devoirs religieux. On peut donc dire que le problème de la demande ne se pose pas et que le potentiel de développement de la finance islamique est immense compte tenu du nombre de musulmans dans le monde.

En revanche, la finance islamique souffre actuellement d'un déficit d'image et d'un manque de juristes qualifiés, ce qui est un problème d'offre de services. Ce problème est lié aussi à un éventail de services actuellement trop étroit et mal connus. Là encore, la promotion de la finance islamique reste à faire.

Ayant analysé les éléments juridiques de la finance islamique, il s'agit à présent d'examiner si elle peut se développer économiquement.

TITRE 2

LES PERSPECTIVES DE DEVELOPPEMENT DE LA FINANCE ISLAMIQUE

209. Problématique et plan – Les perspectives de développement de la finance islamique dépendent de deux conditions. D'une part, les outils juridiques utilisés par la finance islamique ne constituent pas en tant que tels des obstacles qui empêchent son développement.

En fait, son handicap le plus important réside dans la diversité des interprétations et le manque d'unité du droit musulman. C'est pourquoi, il est impératif pour la finance islamique de pouvoir standardiser et élargir les instruments juridiques de manière suffisante pour garantir un niveau acceptable de sécurité juridique (**chapitre 1**).

Par-delà le droit, le développement de la finance islamique passe par son intégration dans un contexte qui est actuellement la mondialisation de la finance (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LA STANDARDISATION ET L'ELARGISSEMENT DES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE BASE

210. Plan – On prendra deux exemples déjà évoqués dans la première partie pour éprouver la capacité de la finance islamique à se fondre dans le cadre juridique du droit français : le contrat ijara et le contrat muharaba.

Plan :

Section 1 : la transposition de l'ijara en droit français

Section 2 : la transposition du muharaba en droit français

Section 1 : Transposition de l'ijara en droit français

211. Rappel de la définition de l'ijara – L'ijara peut se définir comme un contrat par lequel un établissement de crédit met, à titre locatif, un bien meuble corporel ou immeuble déterminé, identifié et propriété de cet établissement, à la disposition d'un client. Du point de vue de la Charia, l'ijara est une vente de l'Intifah qui est assimilable à l'usufruit en droit français.

On examinera les éléments généraux du droit musulman (**Paragraphe 1**), avant d'envisager leurs incidences en droit français (**Paragraphe 2**), notamment en droit fiscal (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1.- Problèmes de droit musulman

212. Utilisations multiples de l'ijara – Le contrat d'ijara est l'un des plus « purs » en droit musulman et est aussi l'un des produits islamiques les plus utilisés du fait de sa souplesse et de sa flexibilité. Cette structure est particulièrement adaptée aux financements de projets ainsi qu'aux financements sur le long terme, c'est-à-dire qui durent de 10 à 15 années.

L'ijara implique une forte responsabilité juridique du bailleur puisqu'il reste propriétaire de l'actif jusqu'à l'exercice éventuel de la promesse de vente. Mais ce droit de propriété sur l'actif lui permet, de ne pas avoir à récupérer le bien loué dans le patrimoine de l'emprunteur, si celui-ci est défaillant car il bénéficie de la reine des sûretés : la propriété. Le droit musulman exploite ainsi les possibilités offertes par la dissociation de la propriété économique et juridique qui s'est aussi très largement développée dans les pays anglo-saxons puis en France⁵².

On retrouve le même schéma du droit français qui a vu se développer la clause de réserve de propriété. La réserve de propriété est une disposition contractuelle destinées à assurer au vendeur qui a consenti à l'acheteur un crédit, qu'il sera payé du prix de la chose vendue, sans avoir à courir le risque d'avoir à subir le concours d'éventuels créanciers de l'acquéreur.

⁵² G. Blanluet, *Essai sur la notion de propriété économique en droit français. Recherches aux confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ 1999.

Pour parvenir à un tel résultat acheteur et vendeur conviennent que la chose vendue restera la propriété de ce dernier jusqu'à complet paiement et ce, nonobstant les acomptes versés. La clause qui contient une telle convention porte le nom de clause de réserve de propriété.

213. Déroulement de l'ijara – Ce type de vente s'analyse comme une vente sous condition suspensive, laquelle n'est réalisée qu'au règlement de la dernière échéance du prix convenu.

Lorsque, s'agissant de marchandises, celles-ci sont remises à l'acquéreur et que la convention lui donne le droit de les vendre, le vendeur impayé à l'échéance, peut d'une part, exercer une action en revendication sur les marchandises restées entre les mains de l'acquéreur, et pour celles qui ont été vendues, il peut d'autre part, exercer une action sur le prix entre les mains des sous-acquéreurs.

Les utilisations de l'ijara sont nombreuses et complexes : mise à disposition opérationnelle (location simple), financement (crédit-bail), refinancement sous forme de vente suivie d'une reprise en location par le vendeur plus connue sous le nom de « *sale and lease-back* ».

On trouve encore la cession de droits immobiliers à un véhicule juridique *ad hoc* dans le cadre de l'émission d'un sukuk, le sukuk al ijara étant la forme la plus courante de sukuk⁵³.

Le produit ijara peut être structuré de différentes manières et combiné avec d'autres types de contrats. Les formes d'ijara les plus utilisées sont :

- l'ijara (également connue sous la dénomination d'ijara Tachghilia), qui est assimilée à une location simple (opérationnelle) ;
- l'ijara avec option d'achat, qui peut prendre la forme de l'ijara Muntahia Bittamleek (location avec le droit d'acquérir le bien loué à terme) ou de l'ijara Wa Iktina (location avec le droit d'acquérir le bien loué au fur et à mesure).

214. Présentation de l'ijara Muntahia Bittamlik – Nous nous intéresserons, tout d'abord, plus particulièrement à l'ijara Muntahia Bittamlik (IMB) est une variante de contrat ijara

⁵³ AAOIFI Shari'a Standards n°9, ijarah and ijarah Muntahia Bittamleek.

comportant une option pour le client d'acquérir la propriété ⁵⁴. Le client promet à l'investisseur financier de louer un bien spécifié si ce dernier l'achète.

Après l'achat du bien par l'investisseur financier, le client et l'investisseur financier signent le contrat d'IMB. Le client signe également une promesse d'achat du bien en faveur de l'investisseur financier, de même que l'investisseur financier signe une promesse de vente du bien en faveur de son client.

Les promesses d'achat et de vente sont des promesses unilatérales qui doivent être actées dans des documents séparés et distincts du contrat d'IMB.

A titre d'illustration, soulignons que dans la mesure où il est inenvisageable, du point de vue de la Charia, que le loyer mensuel soit indexé sur un taux d'intérêt qui fluctue dans le temps, tel que l'EURIBOR ou l'indice de la construction, ce qui serait assimilé à un loyer mensuel inconnu, la période de location est généralement divisée en intervalles réguliers.

A la fin de chaque période, l'investisseur financier doit

- informer le client du montant du loyer de la nouvelle période, loyer qui sera calculé par référence à l'index retenu ;
- demander au client de confirmer son acceptation. Si le client refuse le nouveau loyer, l'investisseur financier est alors en droit de forcer le client à acquérir le bien en exerçant sa promesse d'achat.

Généralement, un mandat de gérance est également conclu entre le client et l'investisseur financier en vertu duquel le client est nommé mandataire de l'investisseur financier aux fins de gérer le bien et d'en assurer les grosses réparations.

⁵⁴ AAOIFI Shari'a Standards No. 9, ijarah and ijarah Muntahia Bittamleek.

215. Principales conditions de validité de l'ijara Muntahia Bittamlik au regard de la Charia – Les principales conditions de validité de l'ijara Muntahia Bittamlik (IMB) au regard de la Charia doivent être examinées.

Au départ, l'investisseur financier doit acquérir la propriété du bien avant qu'il ne signe le contrat d'ijara. L'investisseur financier et le client peuvent, cependant, signer un contrat-cadre dont les termes seront applicables à l'opération d'ijara.

Il n'est pas nécessaire que l'investisseur financier enregistre le bien à son nom pour pouvoir le donner en location. Toutefois, si la propriété du bien n'est pas enregistrée au nom de l'investisseur financier, ce dernier doit avoir en main un acte ou un document confirmant le paiement du prix au vendeur avant de conclure le contrat d'IMB.

Le contrat d'IMB et la promesse de vente doivent être actés dans deux documents séparés et distincts. Le bien, objet du contrat d'IMB, doit être utilisé de manière conforme à la Charia.

Le client doit être en mesure de connaître le montant du loyer qu'il devra payer pendant la durée du contrat d'IMB. Si le loyer n'est pas fixe, il est nécessaire qu'à tout le moins, le loyer de la première période soit déterminé au moment de la signature du contrat.

Les montants des périodes subséquentes doivent pouvoir être calculés à partir d'une formule claire. En cas de loyer variable, un loyer minimum et un loyer maximum doivent être mentionnés dans le contrat.

Il n'est pas permis d'augmenter le montant du loyer qui est dû si le client n'a pas payé à échéance, de même qu'il est interdit de raccourcir la durée du bail. Le contrat d'IMB ne peut prévoir que le locataire a l'obligation de continuer à payer les loyers même si le bien est intégralement détruit.

En cas de destruction partielle, le locataire doit être en droit de résilier le bail ou de demander la révision à la baisse des loyers. Or, il est impossible du point de vue de la Charia, que le loyer mensuel soit indexé sur un taux d'intérêt qui fluctue dans le temps, tel que l'EURIBOR ou l'indice de la construction.

En effet, cela serait assimilé à un loyer mensuel inconnu, la période de location est généralement divisée en intervalles réguliers.

Les grosses réparations, à savoir les réparations nécessaires pour que le client puisse utiliser le bien, incombent à l'investisseur financier en tant que propriétaire du bien immobilier.

Deux types de dépôt peuvent être perçus par l'investisseur financier :

- L'Hamish Jiddiyah : L'investisseur financier est en droit de demander à son client de verser une somme d'argent en dépôt pour garantir la bonne exécution par l'investisseur financier de ses obligations aux termes du contrat d'IMB.
- L'Urboun : De même, l'investisseur financier peut demander à son client de verser une somme d'argent en dépôt pour garantir l'exécution par ce dernier du contrat : c'est l'Urboun.

Cette somme forme, cependant, partie intégrale des loyers et, par conséquent, pourra venir en déduction du montant des loyers dus. L'investisseur financier sera, toutefois, en droit de confisquer l'Urboun dans l'hypothèse où le client n'exécuterait pas ses obligations aux termes du contrat d'IMB. L'investisseur financier peut, par ailleurs, demander au client d'assurer le bien loué.

A défaut pour le client d'être en mesure d'obtenir une assurance Charia-compatible, le client pourra assurer le bien en ayant recours à une police d'assurance conventionnelle.

Paragraphe 2.- Transposition de l'ijara Muntahia Bittamlik en droit français

216. Position du problème – Au regard du droit français, l'ijara Muntahia Bittamlik sur actif immobilier est assimilable à un schéma de crédit-bail immobilier. Toutefois, certaines caractéristiques propres au régime particulier du crédit-bail immobilier devront être

aménagées afin de pouvoir réaliser des opérations d'IMB Charia-compatibles sur actifs immobiliers situés en France⁵⁵.

217. Régime juridique du crédit-bail immobilier – Le crédit-bail immobilier est une technique de financement d'un bien immobilier par laquelle une banque, une société financière ou une société réalisant une opération isolée (le « crédit-bailleur ») acquiert un bien immobilier à usage professionnel pour le louer à une personne physique ou morale.

Cette personne physique ou morale relève de différentes régimes d'imposition : bénéfices industriels et commerciaux, de l'impôt sur les sociétés ou du régime d'imposition des bénéfices non commerciaux. Le crédit-preneur cette ayant la possibilité de devenir propriétaire de l'immeuble loué pour une valeur résiduelle, généralement faible, en fin de bail par le jeu d'une promesse unilatérale de vente consentie par le crédit-bailleur à son bénéfice.

D'un point de vue juridique, le contrat de crédit-bail immobilier consiste donc en un contrat de location d'un bien immobilier à usage professionnel conclu entre le crédit-bailleur et le crédit-preneur auquel est assortie une promesse unilatérale de vente de l'immeuble loué consentie par le crédit-bailleur au bénéfice du crédit-preneur.

218. Nature de l'immeuble, objet d'une opération de crédit-bail – L'article L. 313-7, 2^o alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier prévoit que le bien immobilier loué, objet du crédit-bail, doit être à « *usage professionnel* ».

La définition de l'immeuble à usage professionnel est très large ; elle englobe non seulement les immeubles affectés à une activité industrielle ou commerciale mais s'étend également aux immeubles pris en crédit-bail par des membres de professions libérales ou bien encore aux

⁵⁵ G. Saint-Marc, « *Finance islamique et droit français* », tables rondes organisées par la Commission des Finances du Sénat du 14 mai 2008 ; M. El Khoury, « *Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France* », Banque et Droit, 2003, n° 92, p. 17 ; P. Grangereau et M. Haroun, « *Financements de projets et financements islamiques ; Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », Banque et Droit, 2004, n° 97, p. 52 ; J. Charlin, Fiducie, « *sukuk et autres murabaha ou ijara - A propos de la finance islamique* », JCP Entreprise et Affaires, n°41, 8 octobre 2009, 1946 ; F. Bourabiat et A. Patel, « *La finance islamique : convergences éthiques et pratiques pour l'accession à la propriété et les investissements responsables* », extrait du livre La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique, Secure Finance, 2008, p. 231.

immeubles pris en crédit-bail par des investisseurs occasionnels ou institutionnels pourvus que ces immeubles soient sous-loués à des tiers à titre onéreux.

219. Caractéristiques principales du contrat de crédit-bail immobilier – Le contrat de crédit-bail est un contrat sui generis qui comporte, notamment, des dispositions relatives à la location d'un bien immobilier, à l'acquisition de ce bien immobilier et au financement de l'acquisition de ce bien.

Le contrat de crédit-bail immobilier s'apparente au louage d'immeuble mais il ne peut être entièrement assimilé à la location dans la mesure où il est assorti d'une option d'achat de l'immeuble, objet du contrat, à une valeur résiduelle en fin de contrat.

Aux dispositions relatives à la location d'un immeuble et au financement de l'acquisition de cet immeuble par le crédit-preneur s'ajoute, ainsi, une promesse unilatérale de vente du crédit-bailleur au bénéfice du crédit-preneur.

Cette promesse unilatérale de vente a été reconnue par huit arrêts de principe de la Cour de cassation en date du 10 juin 1980, non démentis à ce jour, comme jouant un rôle essentiel dans un contrat de crédit-bail ⁵⁶.

La Cour de cassation a, en outre, jugé que la convention de crédit-bail immobilier est une institution juridique particulière tendant essentiellement à l'acquisition de la propriété des murs.

Aussi, les dispositions propres au statut des baux commerciaux organisé par le décret n°53-960 du 30 septembre 1953 codifiées dans le Code de commerce ne sauraient s'appliquer aux contrats de crédit-bail dès lors que les sommes versées par le crédit-preneur ne s'analysent pas en un simple loyer lui garantissant l'usage du bien loué mais constituent plutôt la contrepartie financière permettant au crédit-preneur d'acquérir la propriété des murs pour une valeur résiduelle.

⁵⁶ Cass. 3^e civ., 10 juin 1980, n°78-11032, Sté Union de crédit-bail immobilier Unibail c/ Sté Groupement foncier français ; Cass. 3^e civ., 10 juin 1980, n°79-13330, SARL Epipress c/ SA Bail-Investissement : Bull. civ. III n° 114.

Aux termes de l'article L. 313-9 alinéa 2 du Code monétaire et financier, « Ces contrats prévoient, à peine de nullité, les conditions dans lesquelles leur résiliation pourra, le cas échéant, intervenir à la demande du preneur »⁵⁷.

En pratique, à l'issue du crédit-bail, le crédit-preneur a les alternatives suivantes :

- soit restituer au crédit-bailleur le bien immobilier loué ;
- soit demeurer locataire du bien immobilier et conclure un nouveau bail avec le crédit-bailleur ;
- soit acquérir l'immeuble pour sa valeur résiduelle fixée au départ dans le contrat de crédit-bail en levant l'option d'achat qui lui est conférée.

En règle générale, dans cette dernière hypothèse, la levée de l'option d'achat par le crédit-preneur emporte l'achat du bien immobilier pour le montant initialement prévu dans le contrat de crédit-bail, déduction faite des amortissements déjà versés dans le cadre du paiement des loyers.

Enfin, rappelons que, conformément aux dispositions de l'article L. 313-9 alinéa 2 du Code monétaire et financier, le crédit-preneur dispose de la faculté de résilier unilatéralement le crédit-bail.

En pratique, cette faculté est généralement assortie de l'obligation donnée au crédit-preneur de verser une indemnité de résiliation au crédit-bailleur lorsqu'il exerce cette faculté de résiliation unilatérale.

220. Principales problématiques rencontrées au regard du droit français sur un ijara Muntahia Bittamlik sur actifs immobiliers – L'opération de crédit-bail est considérée aux termes du Code monétaire et financier comme une opération de crédit. Cela implique que si

⁵⁷ Aux termes de l'article L. 313-9 alinéa 2 du Code monétaire et financier, « Ces contrats prévoient, à peine de nullité, les conditions dans lesquelles leur résiliation pourra, le cas échéant, intervenir à la demande du preneur ».

elles devaient être réalisées à titre habituel, les opérations d'IMB sur actifs immobiliers reposant sur le régime du crédit-bail immobilier seraient réservées aux seuls établissements de crédit. En France, c'est en pratique les banques qui mettent en place de telles opérations.

221. Limitations en matière de promesses croisées – Le crédit-bail immobilier de droit français est caractérisé par l'existence d'une seule promesse de vente consentie par l'établissement financier à son crédit-preneur, de sorte qu'il suffit à ce dernier d'exercer son option d'achat pour acquérir l'actif immobilier.

Le recours à des promesses d'achat et de vente croisées, s'il se pratique parfois, soulève des questions juridiques complexes en droit français et doit être utilisé avec précaution, la vente au profit du crédit-preneur devant rester une faculté pour ce dernier, et non une obligation.

Les règles de la finance islamique en matière d'IMB prévoyant la mise en place de promesses croisées aux termes de documents séparés, il conviendra donc de garder à l'esprit ces contraintes du droit français dans le cadre de la structuration d'opérations de crédit-bail Charia-compatibles afin d'éviter tout risque de requalification à venir du contrat en cas de litige entre les parties.

222. Au regard de la Chari'a : le problème de l'interdiction des « blocs contractuels »

- En droit français, pour relever du régime du crédit-bail, le contrat de location doit comporter une promesse unilatérale de vente de la part du crédit-bailleur donnant au crédit-preneur la possibilité d'acquérir tout ou partie des biens loués⁵⁸. On trouve une difficulté, celle du choix de la méthode synthétique ou de la méthode analytique pour interpréter la validité des contrats qui vient de donner lieu à un arrêt de la Cour de cassation⁵⁹.

Selon la Chari'a, l'IMB s'analyse avant tout en un contrat de location. Aussi, d'un point de vue purement formel, le contrat de location ne doit pas contenir de dispositions relatives à l'achat du bien immobilier loué au risque de dénaturer le contrat de location.

⁵⁸ Cass. Com. 30 mai 1989, n°88-11445, Bull. civ. IV, n°167.

⁵⁹ CM. 17 mai 2013, n°11-22927.

C'est pourquoi la majorité des juristes considère que la structuration de l'IMB est possible dans la mesure où il est clairement conclu entre le preneur et le bailleur deux contrats distinctement séparés : une promesse de vente d'un côté et un contrat de location de l'autre.

Afin de permettre la réalisation d'opérations de sukuk adossées à des actifs immobiliers français, il serait souhaitable d'entamer une réflexion sur un régime inspiré des dispositions britanniques récentes et du régime de la fiducie permettant le transfert provisoire d'actifs immobiliers en franchise d'impôt.

S'il est certes concevable d'un point de vue pratique de prévoir dans le cadre d'une même opération de crédit-bail immobilier, deux documents distincts : un contrat de location et une promesse unilatérale de vente, le risque juridique est fort au regard de la jurisprudence qui prévaut actuellement que le régime juridique du crédit-bail soit écarté en cas de litige entre les parties.

223. Rééchelonnement des paiements – Dans un contrat de crédit-bail, le rééchelonnement des paiements est possible. Cela n'est, cependant, pas envisageable au regard de la Chari'a, sauf si le rééchelonnement ne se traduit pas par une augmentation du montant des loyers qui sont dus. Une attention toute particulière devra donc être portée à la rédaction de ce type de clause dans les contrats de crédit-bail immobilier qui se voudront Charia-compatibles. Autrement dit, l'intervention d'un juriste Chari'a est indispensable.

224. Pénalités en cas de retard de paiement – Dans un crédit-bail immobilier, le contrat prévoit souvent des pénalités en cas de retard de paiement des loyers. Ces pénalités sont payées par le crédit-preneur au crédit-bailleur. Dans un contrat d'IMB, cela n'est pas possible. La pénalité fixe est, en effet, assimilable à un taux d'intérêt. De plus, la philosophie musulmane réprouve toute stipulation dans un contrat financier qui pénalise un débiteur de bonne foi déjà en difficulté.

Cependant, les juristes peuvent envisager d'admettre la possibilité qu'un contrat d'IMB prévoit une clause pénale qui peut être fixe ou variable pour autant que les pénalités perçues soient versées à des œuvres caritatives.

225. Grosses réparations – Dans un contrat de crédit-bail immobilier, il est souvent prévu que le crédit-preneur prendra à sa charge les grosses réparations visées à l'article 606 du Code civil sur l'immeuble, objet du crédit-bail. Cette disposition rejoint celle du bail en droit français.

Cependant, cette prise en charge par le crédit-preneur est impossible au regard de la Chari'a puisque l'IMB s'analyse avant tout en un contrat de location et, à ce titre, les grosses réparations, telles que définies à l'article 606 du Code civil, ne peuvent être prises en charge que par le crédit-bailleur.

Des aménagements contractuels doivent donc être envisagés pour supprimer ces oppositions sous réserve de l'intervention d'un Conseil de conformité éthique compétent pour valider l'opération.

Ainsi, il pourrait, par exemple, être envisagé, de transférer à la charge du crédit-preneur les frais liés aux grosses réparations de l'article 606 du Code civil.

De manière plus précise, il s'agit de prévoir contractuellement de conditionner l'exercice de l'option d'achat par le crédit-preneur au paiement, lors de la levée de l'option, de l'intégralité des charges portant sur le bien immobilier, objet du crédit-bail, y compris les charges liées à l'article 606 du Code civil.

226. Accélération du paiement des loyers – Dans un crédit-bail immobilier conventionnel, le contrat prévoit souvent des clauses qui permettent au crédit-bailleur de demander au crédit-preneur de payer le solde des loyers avant leurs échéances respectives si certains événements se produisent.

Au regard de la Chari'a, cette accélération n'est pas justifiée si le preneur n'est pas fautif. C'est le cas, par exemple, dans l'hypothèse de la survenance d'un événement imprévisible et irrésistible relevant de la force majeure. Là encore, cependant, en fonction des prises de position adoptées par le Conseil de conformité éthique appelé à se prononcer sur l'opération d'IMB, des aménagements contractuels peuvent être envisagés.

227. Clauses d'indexation – La validité des clauses d'indexation est en général complexe. Dans tous les systèmes juridiques, cette question fait l'objet de discussions parmi les juristes. Il est donc préférable d'anticiper les difficultés et de prévoir un taux d'augmentation fixe, et cela dès la conclusion du contrat d'IMB.

S'il n'est pas possible de se mettre d'accord avec le client sur une telle clause, une alternative à explorer entre les parties sera alors de prévoir que le montant des loyers puisse être modifié, le cas échéant, dans la limite d'un plancher et d'un plafond prédéterminés - à des échéances convenues dès la signature du contrat.

Paragraphe 3.- Régime de droit fiscal

228. Fiscalité neutre ? – Le régime du crédit-bail immobilier est bien stabilisé d'un point de vue fiscal et ne pose que peu de difficultés. Cette situation de stabilité fiscale est favorable au développement de cet instrument juridique.

229. Enregistrement - Le contrat de crédit-bail immobilier d'une durée supérieure à douze ans est soumis à la taxe de publicité foncière assise sur le montant cumulé des loyers, hors pré-loyers correspondant aux frais financiers. Avant d'être porté à la connaissance des tiers, il est publié.

A défaut de réalisation de ces formalités d'enregistrement, l'acquisition de l'immeuble par le crédit-preneur au titre de l'exercice de l'option d'achat serait passible des droits de mutation sur la valeur réelle de l'immeuble plutôt que sur le prix exprimé dans l'option, ce qui priverait l'opération de l'un des principaux intérêts du régime du crédit-bail.

Le crédit-bailleur supporte ainsi des droits de mutation classiques lors de l'acquisition de l'immeuble (en pratique, toutefois, le crédit-bail porte souvent sur un immeuble neuf pour lequel la TVA est applicable et récupérée par le bailleur s'il exerce l'option pour assujettir les loyers à la TVA, ne laissant subsister que la taxe de publicité foncière) tandis que le crédit-preneur ne supportera que des droits résiduels lors de la levée de l'option.

Si, enfin, le crédit-preneur devait vouloir exercer l'option d'achat alors qu'elle a encore une valeur significative, ce qui est susceptible de se produire quand le crédit-preneur souhaite céder son immeuble avant l'expiration du contrat, il choisirait alors de céder ses droits au titre du crédit-bail plutôt que de lever l'option et de céder l'immeuble, cette dernière solution étant moins optimisée fiscalement.

230. Impôts directs - Le régime fiscal des impôts directs du contrat de crédit-bail immobilier a été réformé afin de privilégier le caractère financier de l'opération.

Les loyers constituent un produit d'exploitation imposable au fur et à mesure de la prestation pour le crédit-bailleur. L'immeuble est amorti entre les mains du crédit-bailleur, soit selon les conditions de droit commun, soit sur option selon le mode financier sur la durée du contrat.

Ainsi, les dotations aux amortissements annuelles s'élèvent, dans ce cas, à la fraction de loyer acquise au titre de l'exercice qui correspond à l'amortissement du capital engagé pour acquérir l'immeuble. A défaut d'option pour le mode financier, le crédit-bailleur peut déduire une provision destinée à anticiper la perte comptable subie lors de la levée d'option pour un prix inférieur à la valeur nette comptable ; en cas d'option pour l'amortissement financier, cette provision n'est constituée que si le prix de l'option est inférieur à la valeur du terrain.

Lorsque l'option n'est pas levée, la provision est rapportée sur la durée résiduelle d'amortissement. La plus ou moins-value résultant de la levée d'option est comprise dans le résultat imposable du crédit-bailleur. Chez le crédit-preneur, les loyers sont, en principe, intégralement déductibles.

Toutefois, lorsque le prix de levée de l'option est inférieur au coût d'acquisition du terrain par le bailleur, la fraction des loyers égale à la différence constatée entre ces deux sommes est exclue des charges déductibles en fin de contrat.

Des règles spéciales existent pour les immeubles achevés après le 31 décembre 1995 et affectés à titre principal à usage de bureaux en région Ile-de-France : la déduction de la quote-part des loyers correspondant à l'amortissement financier du coût de l'investissement est alors limitée au montant des frais d'acquisition de l'immeuble et de l'amortissement technique que le crédit-preneur aurait pu pratiquer s'il avait été propriétaire de l'immeuble.

Si l'immeuble n'est pas acquis à l'issue du contrat, les quotes-parts de loyers éventuellement non déduites durant la période de location sont déduites du résultat imposable.

En cas de levée de l'option, une réintégration extra comptable doit être pratiquée lors de la détermination du résultat fiscal du crédit-preneur au titre de l'exercice d'option, afin de le placer dans une situation identique à celle qui aurait été la sienne s'il avait acquis l'immeuble dès l'origine.

Ainsi, il est procédé à une réintégration égale à la différence entre la valeur de l'immeuble lors de la signature du contrat diminuée du prix de l'option et les amortissements techniques que le preneur aurait pu déduire s'il avait été propriétaire. La réintégration est, le cas échéant, réduite des réintégrations de loyers effectuées avant l'échéance.

L'immeuble est inscrit à l'actif du crédit-preneur, pour la valeur d'acquisition majorée des réintégrations pratiquées, ventilée entre le prix du terrain et le prix de l'immeuble, et peut être amorti dans les conditions de droit commun, hors terrain.

231. Difficultés fiscales résiduelles dans des schémas respectant les principes de la Chari'a - Plusieurs problématiques classiques devraient être résolues grâce à la prochaine instruction fiscale à paraître sur l'ijara :

D'une part, il est problématique, selon les règles de la Chari'a que l'option d'achat existant en complément d'un ijara figure dans le même contrat que l'ijara. Il s'agit de la règle dite de l'interdiction des blocs contractuels.

Une instruction fiscale devrait, sur ce point, prévoir que même si l'option d'achat au profit du client figure dans un contrat séparé du contrat de location, cela ne fait pas obstacle à la qualification de crédit-bail ou d'opération de location assortie d'une option d'achat d'un point de vue fiscal.

Toutefois, il faut que les deux contrats, étant signés concomitamment, font partie d'un même ensemble contractuel, ceci sous réserve une fois encore de la qualité du bailleur qui est une

établissement de crédit ou une entreprise bénéficiant de l'une des rares exceptions au monopole bancaire prévu par le Code monétaire et financier.

D'autre part, des doutes pourraient naître sur la possibilité pour l'opération d'ijara de bénéficier du droit d'enregistrement assis sur le prix de l'option et non sur la valeur vénale de l'immeuble en présence d'un contrat de crédit-bail singulier.

En effet, il faut tenir compte de l'existence d'une option d'achat séparée, ou encore de la possibilité d'ajustement ultérieur du prix. Là encore, l'instruction confirmera la bonne application de ce régime de faveur, sous réserve du respect du monopole bancaire.

La loi de finances rectificative pour 2009 du 20 avril 2009 prévoyait un régime d'étalement de l'imposition des plus-values constatées lors d'opérations de cession-bail ou lease-back d'immeubles réalisées avant le 1^{er} janvier 2011 ⁶⁰.

Ainsi, lorsqu'une entreprise cède à une société de crédit-bail un immeuble affecté à une exploitation industrielle, commerciale ou agricole, dont elle retrouve immédiatement la jouissance en vertu d'un contrat de crédit-bail, le montant de la plus-value de cession peut être réparti par parts égales sur les exercices clos pendant la durée du contrat de crédit-bail sans excéder quinze ans en lieu et place d'une taxation immédiate au taux plein qui rendrait l'opération anti-économique.

En outre, au regard des droits d'enregistrement, ces opérations sont soumises à une taxe de publicité foncière ou d'un droit d'enregistrement au taux réduit de 0,715% ⁶¹.

Par ailleurs, les cessions ou apports d'actifs immobiliers, immeubles, contrats de crédit-bail immobilier ou de parts et actions détenues dans des sociétés à prépondérance immobilière, à une SIIC ou à une SPPICAV, ou à leurs filiales, suivis ou non d'une reprise en location de ces actifs par leurs cédants ou apporteurs, situation très fréquente en pratique, bénéficient également d'un régime de taxation à taux réduit de 19% dit SIIC 2.

⁶⁰ Loi n° 2009-431 du 20 avril 2009 de finances rectificative pour 2009.

⁶¹ Article 1594 F quinquies H du Code général des impôts.

Cependant, il faut respecter une condition, à savoir que la SPPICAV ou sa filiale s'engage à conserver les actifs ainsi cédés ou apportés pendant cinq ans (même régime fiscal que pour les SIIC ⁶²).

L'engagement de conservation doit être pris dans l'acte d'acquisition ou d'apport et être joint par les sociétés cessionnaires et cédantes à leurs déclarations de résultats.

Le non-respect de l'engagement de conservation est sanctionné par une amende égale à 25% de la valeur d'acquisition du bien. La même amende est applicable si la société cessionnaire est une filiale de SPPICAV qui ne demeure pas dans le régime d'exonération pendant au moins cinq ans.

Ce régime d'externalisation à taux réduit s'applique aux transactions réalisées jusqu'au décembre 2011, sauf à ce qu'il y ait d'ici là reconduction jusqu'à une date ultérieure.

Section 2 : Transposition de la murabaha en droit français

232. Plan – La transposition de la murabaha en droit français doit être examiné en partant des difficultés de sa définition juridique qui mène à sa qualification (**Paragraphe 1**). Ensuite, il faudra confronter ce contrat au droit bancaire pour vérifier sa capacité à pouvoir se développer (**Paragraphe 2**). Enfin, on exposera le régime fiscal de la murabaha en droit français (**Paragraphe 3**).

Paragraphe 1.- Problèmes de définition et de qualification juridiques

233. Qualification juridique – Le murabaha est juridiquement analysé comme une double promesse de vente. L'Organisation pour la Comptabilité et l'Audit des Institutions Financières Islamiques, AAOIFI, définit la murabaha dans l'annexe D au Standard Charia n°8 comme étant : « ...la vente d'un bien pour un prix égal au prix d'achat avec une marge

⁶² Majoré éventuellement de la contribution sociale de 3,3%, soit un taux global de 19,67%

définie et approuvée par les parties. Cette marge de profit peut être un pourcentage du prix de vente ou un montant fixe ».

Concrètement, la murabaha prend la forme d'une structure tripartite où le propriétaire d'un bien, mobilier ou immobilier (le Vendeur), vend ce bien à un intermédiaire financier (le Financier) à un prix déterminé, qui le revend à son tour à l'acheteur final (le Client) pour un prix égal au prix d'acquisition majoré d'une marge⁶³.

Le prix payable par l'acquéreur final du bien est généralement réglé avec un différé de paiement. C'est cette structure, lorsqu'elle porte sur un actif immobilier, qui retiendra ici notre attention dans la mesure où la murabaha sans différé de paiement, qui n'est autre qu'une vente au comptant classique avec marge, ne pose que peu de problématiques juridiques et fiscales.

Les conditions de validité de ce contrat sont donc assez bien assurées. Le contrat de murabaha est un instrument flexible et adaptable. C'est la raison pour laquelle il est le plus fréquemment utilisé par les établissements financiers islamiques même s'il suscite parfois des réserves, en particulier sur le mécanisme d'indexation du prix de revente.

Cela implique que la vente ne peut pas porter sur des biens immobiliers à destination ou à usage non conforme aux règles de la Charia tels que les casinos, les magasins où l'on vend de la l'alcool, du porc, des produits dérivés du porc ou des objets à usage pornographique, des lieux de prostitution, etc..

234. Condition de validité – Les principales conditions de validité de la murabaha au regard de la Chari'a sont les suivantes :

- le bien mobilier ou immobilier, objet de la vente, doit être défini et conforme à la Chari'a ;
- le prix d'acquisition ainsi que la marge doivent être connus du Client ;

⁶³ F. Durand, S. Hazouz, La murabaha, RDBF 2011, étude n°5.

- la marge doit être connue au moment de la conclusion du contrat de murabaha.

Cette marge peut être :

- une somme fixe ;
- un pourcentage du prix d'acquisition ;
- une formule indexée qui permet de calculer la marge au moment de la conclusion du contrat de murabaha ;
- le Vendeur et le Client ne doivent pas être la même personne ou entité juridique ;
- le bien, mobilier ou immobilier, doit exister au moment de la conclusion du contrat de murabaha ;
- deux transferts successifs de propriété du bien doivent se produire, le premier transfert devant
- intervenir entre le Vendeur et le Financier et le second devant se produire entre le Financier et le Client ;
- le Financier doit avoir acquis la propriété du bien avant de le vendre au Client ;

Enfin, il est possible pour le Financier d'exiger du Client de lui fournir une caution, garantie ou toute autre sûreté à l'occasion de la seconde opération de revente afin de garantir le paiement du prix à tempérament.

Au final, la possibilité de conclure un contrat-cadre de murabaha est très large. Pour financer l'achat de plusieurs biens mobiliers ou immobiliers, il est possible pour un Financier et son Client de conclure un contrat-cadre de murabaha ayant vocation à régir plusieurs opérations et dont la marge diffère d'une opération à une autre.

La formule « prix de revente = prix d'achat + marge » est considérée comme suffisante

Au regard du droit civil français, la murabaha s'analyse en deux contrats successifs, à savoir un contrat de vente au comptant conclu entre le Vendeur et le Financier suivi d'un contrat de vente à tempérament conclu entre le Financier et son Client.

La vente est une convention par laquelle un vendeur s'oblige à livrer une chose, et un acquéreur à la payer. Les effets juridiques de la vente se produisent par le seul échange des consentements, dès que les parties sont d'accord sur la chose et le prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée ni le prix payé ⁶⁴.

Lorsque la vente intervient au comptant, l'acheteur acquiert immédiatement la propriété et s'acquitte également tout de suite du prix d'acquisition. Lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament, l'acheteur acquiert immédiatement la propriété du bien vendu mais n'en paie le prix que par versements échelonnés ou in fine.

En matière immobilière, ces deux ventes successives sont généralement réalisées le même jour, devant notaire c'est-à-dire par acte authentique. La différence entre le prix de revente payé par le client et le prix d'achat payé par le Financier se décompose en une marge éventuellement réalisée par le Financier à raison de son intermédiation (Commission) ainsi qu'en une rémunération au titre du différé de paiement auquel l'intermédiaire financier a consenti dans le cadre de la revente à l'acheteur final (Revenu).

C'est la perception de ce Revenu par l'intermédiaire financier qui permet, d'une part, de justifier la revente immédiate du bien au client à un prix bien supérieur au prix d'acquisition payé par le Financier un instant de raison auparavant et, d'autre part, de distinguer la murabaha d'un contrat de prêt classique.

Le montant ou le mode de calcul du Revenu du Financier est fixé dans le contrat de revente à tempérament et ne varie pas pendant la durée du différé de paiement accordé.

⁶⁴ Article 1583 du Code civil.

Paragraphe 2.- Problèmes de droit bancaire

235. Opération de banque et monopole bancaire – Lorsque la murabaha comporte une revente avec une commission et un différé de paiement et ne consiste donc pas en une simple opération d'achat/revente au comptant avec marge, elle est, intrinsèquement, assimilable à une opération de crédit consentie par la banque à son client.

A ce titre, il y a peu de doutes qu'elle s'inscrive dans le champ du monopole bancaire français, qui réserve les opérations de banque aux établissements de crédit, sous réserve de certaines exceptions légales⁶⁵.

Cette position a été confirmée par le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI), devenue l'Autorité de Contrôle Prudentiel (ACP) depuis la fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance, et enfin l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution de puis la loi du 26 juillet 2013.

Entre temps, l'instruction fiscale du 12 septembre 2012 relative au régime fiscal des opérations de murabaha s'est également prononcée dans ce sens, estimant qu'elles étaient réservées aux établissements de crédit et entreprises d'investissements sous réserve des exceptions légales au monopole bancaire⁶⁶.

Si elles sont réalisées à titre habituel, les opérations de murabaha sont donc réservées aux établissements de crédit. Toutefois, il est possible de constituer un véhicule d'investissement avec pour principal objectif de ne réaliser qu'une seule opération de banque, voire plusieurs mais avec un seul client car il semble que le critère de l'habitude utilisé pour apprécier la conformité au monopole bancaire suppose la pluralité de clients⁶⁷.

En pratique, c'est grâce à ces véhicules d'investissement dédiés que des opérations de Murabaha sur actifs immobiliers ont jusqu'à présent été réalisées en France.

⁶⁵ Article L. 511-5 et articles L. 511-6 et L. 511-7 du Code monétaire et financier. Pour une présentation de ces exceptions au monopole bancaire, voir G. Decocq, Y. Gérard et J. Morel-Maroger, *Droit bancaire*, RB édition 2010, n° 91 et s.

⁶⁶ Instruction fiscale du 12 septembre 2012, BOI-DJC-FIN-10-20120912.

⁶⁷ Crim. 17 octobre 2007, pourvoi n°07-81038.

Ce type de structuration présente, néanmoins, un certain nombre d'inconvénients qui, s'ils ne sont pas insurmontables pour les praticiens de la matière, rendent les opérations de murabaha plus complexes, plus longues à mettre en place et plus onéreuses à gérer sur la durée.

Ainsi, une des problématiques rencontrées tient à l'actionnariat et à la direction de la société d'investissement à mettre en place, le ou les actionnaires éventuels de cette entité juridique ne souhaitant pas être recherchés en cas de procédure collective de la société d'investissement et insistant pour qu'elle n'ait pas d'autre activité que celle de revendre le bien immobilier à l'acheteur final afin de limiter les risques de recours éventuels d'autres créanciers tiers.

237. Problématique de l'actionnariat et de la gestion des sociétés d'investissement *ad hoc* – Les établissements de crédit prêteurs, qu'ils soient français ou étrangers installés en France, n'ont pas pour l'instant manifesté le souhait de détenir le capital de ces sociétés d'investissement ni d'en assurer la direction.

Compte tenu de l'interdiction qui est faite au regard de la Charia pour l'acheteur final ou des sociétés de son groupe d'être actionnaires de ces structures, un certain nombre de difficultés se posent.

Pour y remédier, les praticiens ont souvent eu recours à des sociétés orphelines de droit étranger comme actionnaires de ces sociétés d'investissement et aux arrangeurs de ces opérations pour les diriger. Cette pratique, si elle a certes permis de réaliser un certain nombre d'opérations en France depuis le début des années 2000, s'avère, cependant, difficilement envisageable dans le cadre d'un développement d'envergure de la finance islamique dans le secteur de l'immobilier d'investissement en France.

D'une part, elle génère des surcoûts liés à la création et à la gestion de ces structures orphelines et des sociétés d'investissement constituées afin d'éviter de tomber sous le coup du monopole bancaire français. D'autre part, elle ne permet pas de rationaliser les investissements réalisés entre les mains d'une même entité juridique.

Se pose aujourd'hui la question d'autoriser une société, qui n'a pas le statut d'établissement de crédit, à détenir des participations majoritaires dans de multiples sociétés d'investissement

n'ayant chacune réalisé qu'une seule opération d'achat/revente répondant aux exigences de la murabaha.

Dans la mesure où une telle détention pourrait, le cas échéant, être considérée comme abusive au regard du monopole bancaire français, cette analyse, si elle devait être confirmée par la Banque de France par l'intermédiaire de l'ACP, fermerait *de facto* la porte au développement de professionnels de l'immobilier d'investissement de type « *asset managers* » ou « capitaux-risqueurs », qui auraient pu souhaiter prendre une part active dans l'essor de la finance islamique en France.

Deux principales observations motivent pourtant une telle ouverture. D'une part, ces opérations de murabaha sont, en tout état de cause, toujours adossées à des établissements bancaires pourvoyeurs du crédit nécessaire à la réalisation de la première acquisition du bien immobilier auprès de son propriétaire initial.

D'autre part, ces professionnels de l'immobilier d'investissement islamique sont prêts à agir en tant qu'arrangeurs de ces opérations de murabaha pour le compte d'acheteurs finaux désireux de respecter les principes de la Charia ainsi qu'à assumer des risques spécifiques, que les établissements de crédit ne semblent pas prêts à prendre pour l'instant, liés à la création, à la détention et à la gestion de ces sociétés d'investissement ad hoc.

A défaut d'une telle ouverture, il serait alors souhaitable d'envisager le développement d'un régime juridique spécifique pour ce type de professionnels de l'immobilier d'investissement islamique si on veut en permettre l'expansion en France.

Les opportunités de développement de l'ijara en matière immobilière en France sont donc nombreuses, eu égard aux multiples grands projets récemment annoncés, comme, par exemple, le Grand Paris, Plan Campus. La récente augmentation d'opérations de « *sale and lease-back* » laisse à penser qu'il y a, là encore des opportunités de financements Charia-compatibles à destination des entreprises françaises, qui ont fortement besoin de liquidité en cette période de crise.

Enfin, le parc immobilier français à redévelopper est conséquent et une opération d'ijara sur actifs immobiliers pourrait être une bonne occasion de développer les émissions de sukuk sur le marché français.

D'ailleurs, les premières émissions de sukuk français ont récemment vu le jour. Ainsi, en juillet 2012, la société Legendre Patrimoine a lancé un sukuk intitulé sukuk-orasis, destiné à réaliser un investissement dans le cadre de centrales photovoltaïques qui produiront de l'énergie solaire à EDF. Le comité indépendant de la Finance Islamique en Europe a délivré un label sharia à ce sukuk.

Paragraphe 3.- Régime fiscal de la murabaha

238. Reconnaissance fiscale de la murabaha – Si des opérations de murabaha sur actifs immobiliers ont été réalisées par des investisseurs dès 2003, en se fondant sur les principes généraux de la fiscalité, le souhait de développer ces opérations à grande échelle et de les sécuriser a conduit l'administration fiscale à accéder aux demandes des professionnels quant à une confirmation officielle du régime des opérations de murabaha. On retrouve sur le terrain fiscal le soutien des pouvoirs publics français au développement de la finance islamique.

Une première instruction a été publiée le 25 février 2009 mais les travaux ultérieurs sur le sujet de la finance islamique ont amené l'administration à adopter une seconde instruction le 12 septembre 2012, et qui, sans remettre en cause les principes arrêtés, marque une appréhension plus fine par l'administration fiscale des problématiques rencontrées.

Les principales difficultés rencontrées en matière fiscale à l'égard d'une murabaha sur actifs immobiliers sont les suivantes :

239. Droits de mutation - D'un point de vue fiscal, la murabaha est caractérisée par une double mutation de propriété. Sur des actifs meubles, l'existence d'une telle double mutation peut entraîner des difficultés de gestion supplémentaires ou des coûts de trésorerie, la TVA notamment, mais cela ne rend pas forcément l'opération antiéconomique.

En revanche, sur un immeuble situé en France ou sur les parts ou actions d'une société à prépondérance immobilière détenant majoritairement des actifs immobiliers français, le frottement fiscal des droits d'enregistrement (5.09 % du prix de cession sur un immeuble, 5 % sur des parts ou actions de sociétés à prépondérance immobilière) généré par cette double mutation devient prohibitif.

C'est la raison pour laquelle les opérations de murabaha réalisées sur des actifs immobiliers français depuis 2003 se sont appuyées sur le régime juridique réservé aux marchands de biens permettant d'exonérer la première des deux mutations des droits d'enregistrement de la publicité foncière.

Là où le Royaume-Uni a dû modifier sa législation fiscale spécifiquement pour rendre possible les opérations de murabaha sur immeubles, la France disposait d'ores et déjà, pour sa part, dans son arsenal juridique et fiscal d'un instrument pour permettre la réalisation d'opérations de ce type. Pour une fois, le droit français l'emporte sur le droit anglais.

Néanmoins, le statut de marchand de biens s'accompagne d'un formalisme strict ainsi que du nécessaire respect des conditions posées par la jurisprudence, c'est-à-dire le caractère habituel et spéculatif des opérations. Ce sont des contraintes qu'il faut prendre en compte.

A contrario, la vente d'un tel immeuble par un non assujetti tel qu'un particulier échappe à la TVA, sauf dans l'hypothèse de cession d'un immeuble acquis en l'état futur d'achèvement (VEFA) ou en vente à terme.

Ainsi, l'instruction du 25 février 2009 puis celle du 12 septembre 2012 ont simplifié les choses en prévoyant, sous réserve du respect de certains conditions visant à s'assurer que le dispositif n'est pas détourné par le fait que les conditions d'habitude et de spéculation ne sont pas respectées.

Heureusement, une réforme est venue pour aider les professionnels. En effet, le régime de marchands de biens a été fortement amendé par la loi de finances rectificative du 9 mars 2010.

Ce statut a été remplacé par un régime plus simple d'acheteur-revendeur professionnel, qui bénéficie d'une exonération de droits d'enregistrement - hors taxe de publicité foncière en cas de cession d'immeuble- sur la première mutation, sous la simple condition de prendre un engagement de revente de l'actif immobilier dans un délai de 5 ans.

Cette modification législative a pour conséquence de rendre sans objet la jurisprudence antérieure sur les marchands de biens qui retenait cette qualification quand les deux conditions de spéculation et d'habitude sont réunies.

Les opérations réalisées par l'intermédiaire financier deviennent donc de simples opérations immobilières soumises au régime de droit commun, lequel a lui-même évolué compte tenu de la réforme de la TVA immobilière intervenue. Cette réforme permet de dissocier le traitement des opérations immobilières du point de vue de la TVA et des droits d'enregistrement et de permettre des économies fiscales.

Ainsi, on peut désormais identifier les différentes situations suivantes :

- opération de murabaha portant sur un immeuble achevé ou reconstruit totalement depuis moins de 5 ans

Quel que soit le nombre de cessions intervenues depuis l'achèvement ou la reconstruction, la TVA est applicable de plein droit sur le prix de cession de chaque mutation lorsque la vente est faite par un assujetti, c'est-à-dire un opérateur économique. Les droits de mutation sont dus au taux réduit, taxe de publicité foncière de 0,715 % par l'acquéreur sur chaque acquisition, d'où l'inutilité du recours au régime d'acheteur-revendeur pour le Financier.

- opération de murabaha portant sur un immeuble achevé ou reconstruit depuis plus de 5 ans

Dans ce cas, l'opération est exonérée de la TVA mais chaque cédant peut décider d'opter à la TVA, sous réserve d'être un assujetti à la TVA, c'est-à-dire un opérateur économique. L'option entraînera la liquidation de la TVA, qui s'appliquera soit sur le prix total de cession, soit sur la marge.

En cas d'option par un cédant qui n'a pas déduit la TVA grevant l'acquisition, les droits de mutation sont applicables en sus, c'est-à-dire 5,09% en cas d'acquisition d'immeuble ou 5% sur titres de sociétés à prépondérance immobilière.

Dans ces conditions, l'intermédiaire financier a intérêt à opter pour le régime d'achat-revente pour exonérer de droit d'enregistrement la première transaction (hors taxe de publicité foncière en cas de cession d'immeuble), moyennant l'engagement de revente dans les 5 ans ;

- opération de murabaha portant sur des titres de société à prépondérance immobilière non transparente

Dans ce cas, la TVA n'est jamais applicable ; les droits de mutation pourront être évités par le recours au régime de l'acheteur-revendeur, moyennant l'engagement de revente dans les 5 ans.

Par conséquent, compte tenu de l'absence de taxe de publicité foncière sur mutations de sociétés à prépondérance immobilière, l'opération est juridiquement fluidifiée. L'immeuble ou les titres de la société à prépondérance immobilière constituera un stock chez l'intermédiaire financier, entraînant les conséquences suivantes en matière de contribution économique territoriale :

- le chiffre d'affaires de référence ainsi que la valeur ajoutée seront calculés suivant le statut du Financier, établissement de crédit, filiale à 95 % d'un établissement de crédit, autre, conformément aux règles de l'article 1586 *sexies* du Code général des impôts ;
- pour la détermination de la cotisation foncière des entreprises, les immeubles étant acquis par le Financier en vue de leur revente, ne constituent pas, en principe, des immobilisations et, par conséquent, ne sont pas pris en compte dans sa base d'imposition.

240. Traitement du revenu et de la commission - l'existence d'un prix de revente mêlant commission éventuelle de l'établissement de crédit et revenu constituant la contrepartie du différé de paiement était de nature à générer des difficultés en termes d'assiette des droits d'enregistrement ainsi que de traitement de l'opération du point de vue de l'impôt sur les sociétés.

Ainsi, la question se pose de savoir si le différé de paiement pouvait-il bien être assimilé à de l'intérêt, et traité comme tel, chez le Financier comme chez le Client. De même, quel devait être le prix de revient de l'immeuble dans les comptes du Client et comment appréhender l'amortissement puis la plus ou moins-value de revente de l'immeuble au regard de la finance islamique ?

Les solutions prévues par l'instruction du 12 septembre 2012 dans la lignée de celles de l'instruction du 25 février 2009 précisent le régime de la murabaha permettent de dégager les lignes directrices suivantes :

L'opération de murabaha doit réunir les cinq conditions suivantes :

1. les documents contractuels devront clairement faire ressortir que le Financier acquiert l'actif pour le revendre, un instant de raison après ou dans un délai qui ne peut excéder six mois, à son Client, lequel est son donneur d'ordre ;
2. ces mêmes documents devront permettre d'identifier le prix total d'acquisition de l'actif par le Client incluant le prix d'acquisition de l'actif par le Financier, le Revenu du Financier comme seule contrepartie du différé de paiement accordé au Client et la Commission du Financier ;
3. le Revenu devra être connu et accepté par les deux parties au contrat au moyen d'un échéancier annexé à ce même contrat, distinguant le remboursement du prix d'acquisition, le paiement du Revenu et le paiement de la Commission ;
4. le Revenu devra être expressément désigné comme étant la contrepartie du service rendu en continu par le Financier au Client jusqu'au terme de l'opération et résultant dans le différé de paiement consenti à celui-ci. Il pourra, par exemple, s'agir d'une

clause présentant le Revenu du Financier comme « la contrepartie du différé de paiement accordé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le Revenu du Financier jusqu'à la date de paiement effectif de l'intégralité du prix » ;

5. le contrat entre le Financier et le Client devra mentionner explicitement que l'opération considérée s'inscrit dans le cadre juridique et fiscal défini par l'instruction.

241. Conclusion – Il existe encore beaucoup à faire pour acclimater en toute sécurité juridique les deux instruments contractuels que sont l'ijara et la murabaha. Cependant, la voie est désormais ouverte dans la mesure où les pouvoirs publics et l'administration fiscale prennent conscience de l'essor de la banque islamique et mettent en place les outils indispensables à son financement. Le droit fiscal tente avec un succès certain de neutraliser le coût des montages contractuels de la finance islamique dans le but évident de les favoriser.

De plus, rappelons en effet qu'au regard de l'ordre public du droit français en général, rien dans la finance islamique ne semble à première vue interdit.

CHAPITRE 2 : L'INSERTION DE LA FINANCE ISLAMIQUE DANS LA FINANCE MONDIALE

242. Problématique et plan – Pour pouvoir espérer se développer suffisamment et constituer une alternative crédible à la finance classique, la banque islamique doit relever deux défis.

D'une part, il lui faut au niveau mondial se hisser à la hauteur des banques conventionnelles. Or, la crise de 2008 qui n'est pas terminée a largement épargné les banques islamiques qui n'ont pas rencontrées les mêmes difficultés que les grands établissements de crédit dans le monde.

C'est pourquoi, c'est dans ce contexte de crise inédite et très sérieuse que la finance islamique doit être placée pour montrer comment elle est de nature à éviter ce qui est arrivé, à savoir de graves dérèglements dans la finance mondiale qui mettent en péril la solvabilité des banques et plus largement l'économie mondiale.

D'autre part, à un niveau qui est totalement différente, à savoir celui du micro crédit très en vogue actuellement, la finance islamique peut aussi espérer trouver une place de choix lui permettant un développement pérenne et sûr.

Plan :

Section 1 : L'insertion de la finance islamique dans la grande finance

Section 2 : L'insertion de la finance islamique dans la micro finance

Section 1 : L'insertion dans la grande finance

243. Plan – L'insertion de la finance islamique dans la grande finance suppose qu'elle offre une véritable alternative à la finance conventionnelle et qu'elle pèse d'un poids suffisant.

Ce sont les deux éléments que nous allons examiner en plaçant la finance islamique dans la perspective de la crise financière actuelle (**Paragraphe 1**) et en évaluant son poids au regard de la finance mondiale (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1.- Finance islamique et déséquilibres macroéconomiques

244. Situation économique actuelle – La finance islamique a aussi bénéficié dans son développement de déséquilibres macro-économiques entre certains pays émergents et certains pays industrialisés. La crise financière et économique qui a débuté en 2007 a accéléré le processus.

Pour schématiser, tandis que certains pays émergents, notamment la Chine et les pays producteurs de pétrole, ont accumulé des réserves de change considérables pendant des années grâce à une rente pétrolière de plus en plus importante et des taux d'épargne élevés, certains pays industrialisés, les Etats-Unis en tête, ont eu tendance à financer leur croissance grâce aux capitaux étrangers.

La crise économique a contraint les gouvernements des pays industrialisés à engager des politiques de redéploiement économique, bien que, face aux inquiétudes des marchés quant à la viabilité de la dette souveraine, de nombreux Etats européens aient mis en œuvre des politiques budgétaires restrictives.

Afin de faire face aux besoins importants des pays européens en capitaux, il est naturel de se diriger vers des financements provenant de pays dont la balance des paiements est excédentaire.

Or, il s'avère que ces capitaux sont, pour partie, soumis à une préférence religieuse. Compte tenu des volumes atteints par les capitaux islamiques, les gouvernants des pays industrialisés sont contraints de faire preuve de pragmatisme.

Dans ces conditions, la question se pose de savoir si la finance islamique est plus résistante que la finance classique.

Par ailleurs, la crise financière a mis à jour les dysfonctionnements du système financier et les dérives de certaines activités de marché. Une réflexion est à présent engagée sur les modifications à apporter à l'organisation du système financier international.

Les bouleversements engendrés par la crise ont eu pour effet de remettre en question des pratiques qui prévalaient jusque là et de susciter un nouvel intérêt pour les finances alternatives, dont fait partie la finance islamique. Ce regain d'intérêt est d'autant plus vif que les produits Charia-compatibles ont eu tendance à mieux résister à l'effondrement des marchés.

Si on compare l'indice S&P 500 à l'indice S&P 500 Shariah, on constate une évidente corrélation entre l'évolution des deux indices mais aussi une meilleure résistance de l'indice Charia depuis la crise financière.

L'obligation d'adosser les investissements à des actifs tangibles et l'interdiction de spéculer ont évité aux investisseurs une exposition aux actifs dits toxiques, qui ont été au cœur de la crise financière.

La finance islamique ne demeure, cependant, pas hors marché, si bien que la corrélation entre les deux indices ne s'est pas démentie en période de crise, l'indice S&P 500 Shariah ayant fortement chuté à partir de la fin 2007.

L'impact de la crise financière a été d'autant plus important sur le marché de la finance islamique que les actifs sous-jacents ont été exposés aux dépréciations, en tête desquels figuraient les actifs immobiliers. Ainsi, le taux de rendement moyen des fonds immobiliers Charia-compatibles est passé de 28% en 2007 à 13% en 2008.

L'annonce faite début décembre 2009 à propos des difficultés de *Dubai World* à assurer le paiement de sa dette, dont une partie a été structurée par l'émission de Sukuk, rappelle que la finance islamique connaît également les aléas du marché et ne garantit pas contre l'absence de prise de risque et l'instabilité.

Pour autant, penser que « la crise dans l'émirat ébranle la crédibilité de la finance islamique, c'est avoir une représentation erronée de ce qu'est la finance islamique »⁶⁸.

245. Des opportunités et des solutions mutuellement bénéfiques – En effet, tant au niveau macro-économique que micro-économique, la finance islamique est porteuse d'opportunités et de solutions qui méritent d'être creusées.

Sur le plan macro-économique, il y a d'un côté des investisseurs moyens orientaux qui, faute d'avoir des économies locales en mesure d'absorber intégralement leur colossal surplus d'épargne de manière satisfaisante, cherchent à le sécuriser dans les économies européennes et nord-américaines. La crise politique actuelle qui sévit au proche Orient, ainsi que la guerre en Syrie favorise le mouvement.

De l'autre, il y a des pays industrialisés dont les besoins en financement sont très importants et une industrie financière avide de capitaux supplémentaires à placer.

L'accès à une part de cette manne financière est conditionné à une contrainte : satisfaire un ensemble de règles contraignantes, celles de la finance islamique. Le réalisme des gouvernants des pays d'Europe occidentale facilite aujourd'hui l'intégration de la finance islamique au sein de leurs économies. Le climat général est donc propice au développement de la finance islamique.

Sur le plan micro-économique, la finance islamique a démontré sa pertinence en matière de rendement, infirmant du même coup l'idée selon laquelle l'imposition de critères éthiques en matière d'investissement briderait les rendements obtenus.

⁶⁸ M. Roche, « *La crise dans l'émirat ébranle la crédibilité de la finance islamique* », article publié dans *Le Monde* daté du 1^{er} décembre 2009.

Ce constat rend la finance islamique attractive auprès des investisseurs guidés par des préférences personnelles religieuses mais aussi auprès d'investisseurs plus classiques, motivés par l'optimisation du couple risque-rendement.

Dans la perspective de la crise mondiale, la question se pose alors de savoir si la finance islamique est plus résistante que la banque conventionnelle. Une étude récente a montré que la finance islamique s'est effectivement montrée plus résilientes que la finance classique ⁶⁹.

Les raisons de cette résilience tiennent d'abord au fait que la finance islamique s'appuie par principe sur des actifs tangibles. Ainsi, les produits dérivés à haut risque et qui sont à l'origine de la crise financière n'ont pas leur place dans la banque islamique.

les chiffres suivants donnent le vertige : le PIB mondial en 2012 a été estimé à 60.000 milliards \$ US. Dans le même temps, le marché des dérivés pèse plus de 700.000 milliards \$ US, soit un rapport de presque de 1 à 11.

Ensuite, la finance islamique prohibe les ventes à découvert qui sont la principale source de la volatilité des marchés. Il en est de même avec les montages juridiques permettant d'utiliser l'effet de levier par la titrisation de la dette.

En somme, c'est la spéculation, *maysir*, l'aléa, *gharar*, qui est dans toutes ses composantes évitée par la finance islamique. Toute opération bancaire, tout investissement, est analysé en amont par le comité *Chari'a* qui en examine le bien fondé économique à long terme pour la communauté des musulmans.

Il ne faut pas oublier que la finalité de la finance islamique est le partage équitable des risques et des profits, ce qui implique que les opérations qui sont financées par la banque.

Un dernier chiffre prouve encore la capacité de résistance des banques islamiques : le ratio de liquidités est de 25%, alors qu'il est de 5% dans les banques classiques.

⁶⁹ Abdel Harzi, « *Les banques islamiques plus résilientes que les banques conventionnelles ?* » Revue Banque, 2013, p. 76.

Cela veut-il dire que les banques islamiques sont immunisées contre les risques liées à la grave crise financière qui frappe tous les pays depuis 2008 ? En réalité, les économies, y compris celles des pays musulmans, ont été impactées par la crise qui est accrue par les troubles politiques du printemps arabe.

Toujours est-il que la finance islamique a relancé le débat des relations complexes entre la morale et le capitalisme ⁷⁰.

De plus, la crise financière a montré que le métier de banquier sur les marchés financiers a évolué d'une activité d'intermédiation où intervient son conseil et le simple courtage, comme le trading à haute fréquence.

La finance islamique exprime à ce titre l'expression profonde du métier de banquier d'assurer un rendement avec le moins de risque. Loin de se montrer régressive, la finance islamique est un retour vers des valeurs morales essentielles qui sont le travail, la redistribution des richesses, l'esprit de solidarité et le principe de bonne gestion des biens.

Ces valeurs peuvent apparaître utopiques et naïves, cependant elles ont comme atout de finalement développer un certain bon sens économique, un esprit de modération et le sentiment de satisfaction de remplir ses devoirs religieux ⁷¹.

Ces atouts sont ceux de toute religion qui interpelle le pouvoir économique pour lui rappeler que tout n'est pas matériel sur terre et que l'homme a soif de spiritualité. Dans une époque où le retour du religieux est certain, celui-ci ne doit plus être exclu de l'économie et de la finance ⁷².

En effet, il n'est pas impossible de lier le spirituel au temporel pour suivre une conception moins matérialiste des activités financières.

⁷⁰ G. Causse, « *Remèdes aux crises financières ou retour au « vrai » capitalisme ?* », Revue Banque, 2013, p. 78.

⁷¹ Omar Rochdahou, « *La réception de la finance islamique en France, Face à la crise, une réponse éthique* », Revue Banque, 2013, p. 71.

⁷² B. du Marais, « *La contribution des grandes religions et éthiques à la résolution de la crise financière* », Revue Banque, 2013, p. 74.

Au fond, quelle différence sur le fond entre religion et éthique qui aujourd'hui fait partie de la bonne gouvernance des entreprises ? Pour autant, si ce lien doit s'établir, il faut créer des « clés de passage » entre le droit islamique et le droit classique en créant des « équivalents fonctionnels »⁷³.

En privilégiant le modèle du partenariat, ou commandite, au lieu du prêt à intérêt, la banque islamique se montre en réalité très innovante au regard d'une nouvelle organisation de l'économie mondiale plus respectueuse d'un partage des risques et des profits.

Enfin, on peut mettre en avant un dernier argument en faveur de l'idée que la finance islamique est propice à un rééquilibrage nécessaire à la finance mondiale. En effet, le caractère religieux d'un droit instaure en soi un système d'autorégulation qui permet de contrôler l'activité bancaire et d'interdire toute opération spéculative.

Paragraphe 2.- Poids et géographie de la finance islamique

246. Données chiffrées – De nombreux chiffres circulent sur l'importance du marché de la finance islamique. Le Rapport Jouini et Pastré estime, par exemple, qu'il représente aujourd'hui environ 700 milliards d'euros et devrait peser quelques 1 300 milliards de dollars à l'horizon 2020.

L'agence de notation Standard & Poor's a, quant à elle, publié en 2006 des estimations sur le potentiel du marché bancaire islamique, avançant le chiffre de près de 4 200 milliards de dollars.

Ce chiffre repose sur deux hypothèses : d'une part, que les pays en développement, émergents et développés, atteignent des taux de bancarisation de 50%, 75% et 100% respectivement ; d'autre part, que la totalité des dépôts des musulmans soit l'objet de placements Charia-compatibles.

⁷³ *Ibid.*

Par conséquent, ce chiffre se veut la limite théorique absolue, sans intégrer toutefois l'hypothèse que des non-musulmans puissent s'intéresser à la finance islamique.

Quelle que soit l'exactitude des chiffres avancés, le développement du marché de la finance islamique a été particulièrement important au cours des dernières années, avec un taux de croissance annuel moyen des actifs islamiques situé entre 10 et 15% depuis 2000 et sa taille est aujourd'hui suffisamment significative pour ne plus être ignorée.

Géographiquement, le marché de la finance islamique se répartit en deux zones majeures, le Moyen-Orient, d'une part, et l'Asie du Sud-Est, d'autre part, avec la Malaisie.

En 2007, selon les estimations de l'*International Financial Services London (IFSL)*, l'Iran représentait 38% des encours islamiques mondiaux, avec 235 milliards de dollars, suivi de l'Arabie Saoudite (14% de part de marché pour 92 milliards de dollars) et de la Malaisie (un peu plus de 10% de part de marché).

Avec 18 milliards d'encours islamiques, soit 3% des encours mondiaux, le Royaume-Uni est la première place financière européenne en matière de finance islamique. En Europe, le Royaume-Uni fait figure de pays pionnier sur ce marché : il s'y est ouvert, dès 2004, la première banque islamique, l'*Islamic Bank of Britain*.

De son côté, l'Allemagne a pris des initiatives sur le marché des obligations islamiques (sukuk), des produits d'assurance et de réassurance islamiques (takaful) et un agrément pour une banque de dépôt islamique a été accordé à *Kuveyt Türk Participation Bank*.

Dans ces conditions, quel pourrait être le futur de la finance islamique ? Le prix du pétrole suit depuis plus de trente ans une tendance haussière et il est vraisemblable que, face à la demande des pays émergents en énergies fossiles et au tarissement des réserves pétrolifères, le prix du pétrole se maintienne à un niveau élevé.

Les pays exportateurs de pétrole du Moyen-Orient sont donc assurés de bénéficier d'une rente pétrolière confortable. Par conséquent, ces liquidités viendront alimenter le marché de la finance islamique tant que leurs propriétaires considéreront la préférence religieuse islamique comme un élément structurant leurs choix.

Face à la concurrence britannique, la France peut se prévaloir d'au moins deux atouts importants. Tout d'abord, la France se situe en zone Euro. Les investisseurs du Moyen-Orient peuvent plus aisément se prémunir contre les risques de dépréciation des actifs du fait des fluctuations des taux de change, bien que la zone euro connaisse aujourd'hui des difficultés liées à l'endettement de certains de ses Etats membres et au manque de coordination des politiques budgétaires et fiscales nationales.

Les acteurs du marché de la finance islamique peuvent donc être les mêmes que ceux de la finance conventionnelle. Et les acteurs de la finance islamique peuvent s'intéresser à des actifs appartenant traditionnellement au marché de la finance conventionnelle, comme en 2004, où, dans le cadre d'une opération de LBO Charia-compatible, le fabricant français de cuisines intégrées et de meubles de salle de bains Vogica est passé sous le contrôle d'un fonds d'investissement issu de la *First Islamic Investment Bank*.

De même, l'emblématique constructeur britannique Aston Martin a été racheté en 2007 par un consortium mené par deux institutions financières islamiques (*Investment Dar Company* (TID) et *Al-Deem Investments*) pour 479 millions de livres sterling. Autrement dit, les deux systèmes ne sont pas imperméables l'un à l'autre. En France, l'achat de grands hôtels a été réalisé en partie par des montages de finance islamique.

Il reste que ces grands projets à forte visibilité n'obéissent pas toujours à une logique économique, ce qui explique que ces opérations aient pu connaître quelques difficultés de gestion en période de retournement du marché.

Cette plasticité entre les deux systèmes devrait très vraisemblablement se confirmer en France à l'avenir, et ce, à mesure que les organismes publics et privés chercheront à structurer des financements pour des projets d'envergure, notamment dans le cadre des grands projets annoncés par le gouvernement français (Grand Paris, Grand Emprunt, Plan Campus).

C'est sur le terrain immobilier que la finance islamique est la plus prometteuse en France. En France, le marché de l'immobilier Charia-compatible est encore dans sa phase de structuration.

Les premières transactions immobilières Charia-compatibles n'ont été réalisées qu'en 2003. Aucune statistique exhaustive ne permet aujourd'hui de quantifier précisément le volume de ces opérations immobilières en France mais on peut raisonnablement estimer que le volume cumulé des investissements immobiliers Charia-compatibles réalisés de 2003 à 2008 représente un peu moins de 3 milliards d'euros, pour une cinquantaine de transactions (des actifs unitaires).

Parmi les transactions significatives, l'acquisition conclue en 2007 du luxueux « Centre de conférences de Paris » par le fonds Qatari, Barwa Real Estate, pour près de 450 millions d'euros est sans aucun doute la transaction la plus importante. Cette acquisition s'inscrivait dans un projet de reconversion de l'immeuble en centre hôtelier et d'affaires haut de gamme, en partenariat avec la marque Peninsula.

Au-delà même de la question de savoir si ces opérations sont réalisées selon les principes de la Charia, ces acquisitions ne se font pas toujours sans heurts comme l'illustre d'acquisition récente par un fonds qatari du Printemps. Si cette acquisition a été validée par le TGI de Paris le 8 août 2013, elle a néanmoins donné lieu à l'ouverture d'une enquête préliminaire à la suite d'une plainte des représentants du personnel pour abus de confiance, blanchiment, corruption privée et entrave.

247. Des investisseurs moyen-orientaux à l'affût – Le développement d'opérations immobilières Charia-compatibles a été concomitant à l'augmentation des volumes investis dans l'immobilier par les investisseurs du Moyen-Orient.

En effet, entre 2000 et 2007, les investissements réalisés par les investisseurs du Moyen-Orient dans l'immobilier d'entreprise en Europe ont été multipliés par six, passant d'un demi-milliard d'euros en 2000 à plus de trois milliards d'euros en 2007, dont 1,4 milliard au Royaume-Uni et 800 millions en France.

L'augmentation des volumes investis dans l'immobilier sur le territoire français par les investisseurs du Moyen-Orient, qu'ils s'agissent d'opérations Charia-compatibles ou non, devrait se poursuivre dans les années à venir.

En effet, le marché immobilier français dispose d'atouts certains pour attirer ces investisseurs.

Sa profondeur, sa liquidité, la diversité des produits proposés et le professionnalisme des intervenants sont autant de qualités recherchées par les investisseurs qui ont déjà investi près de 3 milliards d'euros en immobilier tertiaire, avec plus d'une quarantaine d'opérations à leur actif même si les structures islamiques ont souvent tendance à faire des transactions entre elles.

Enfin, les pays musulmans peuvent, de façon un peu contradictoire, entraver la finance islamique. Ainsi, l'interdiction de la banque centrale du Qatar en 2011 pour les banques classiques de pratiquer la finance islamique en raison d'un mélange des actifs. Il est en effet difficile d'admettre que l'on peut gérer les mêmes fonds selon des principes de gestion différents. C'est pourquoi, les opérations partiellement financées par la finance islamique sont encore plus complexes.

248. Soutien de Bercy à la finance islamique – Au cours d'un colloque organisé le 3 novembre 2009 à Bercy sur la finance islamique, la ministre de l'économie, Madame Christine Lagarde, a précisé une nouvelle fois combien la France, dans son positionnement en faveur de la finance islamique, n'agissait pas par opportunisme mais était mue par une compréhension de l'intérêt intrinsèque d'une telle finance.

Si cette précision a été faite, c'est parce que la Ministre a bien conscience que certains investisseurs pourraient éprouver de la suspicion face à une prise de position tardive de la part de la France, alors même que la finance islamique existe depuis plus de deux décennies.

Quelles que puissent être les véritables motivations des pouvoirs publics, des arguments ont été avancés ici et là pour affirmer que la récente crise économique et financière pourrait être un facteur positif pour le développement du marché de la finance islamique en France. Quatre remarques peuvent être faites dans ce sens.

Premièrement, les produits compatibles avec les principes de l'Islam ont dans l'ensemble mieux résisté à la débâcle observée sur les marchés financiers. Les investisseurs, qu'ils soient musulmans ou non, ont donc intérêt, du strict point de vue de la performance économique des produits et des risques qui y sont associés, à considérer ceux-ci dans leur stratégie d'investissement.

Deuxièmement, la finance islamique est parfois présentée comme une alternative à la finance conventionnelle, tant du point de vue des produits que du mode de gouvernance. Ainsi, si l'on considère la crise actuelle comme étant le résultat logique des dysfonctionnements structurels de la finance conventionnelle, alors la crise apporte une légitimité nouvelle à la finance islamique.

Cela peut favoriser l'émergence de nouveaux principes structurants qui ont été mis en avant par Madame Christine Lagarde, Ministre de l'économie, lors de sa déclaration pour une nouvelle régulation mondiale.

Troisièmement, la contraction du marché de la dette depuis 2007 et les plans de relance économique des Etats ont accru l'écart entre l'offre et la demande en matière de financement.

Dans ces conditions, les personnes en charge du financement de projets doivent gérer cette pénurie, à laquelle ils peuvent être tentés de répondre en cherchant des types de financements jusque là délaissés. Le financement islamique peut alors apparaître comme une alternative possible au financement classique, surtout par le biais des fonds souverains des pays musulmans.

Pour autant, il faut garder à l'esprit que les investisseurs islamiques du Moyen-Orient n'ont pas été exemptés des conséquences négatives de la crise sur leurs actifs. En effet, malgré l'absence d'actifs toxiques dans leurs bilans, ces investisseurs ont été exposés aux dépréciations de l'ensemble du marché immobilier.

Par ailleurs, si le prix du pétrole demeure élevé, il est bien en-deçà des niveaux atteints au cours de l'été 2008 ; de surcroît, dans la mesure où le pétrole se négocie en dollars et que le dollar s'est fortement déprécié au cours de ces dernières années, notamment face à l'euro, les capacités d'investissement des fonds souverains du Moyen-Orient en zone euro ont été réduites.

Enfin, la crise financière a eu pour conséquence un effondrement du marché de l'immobilier, tant résidentiel que commercial. Aux Etats-Unis et en Europe, les valeurs locatives ont

fortement baissé, et la diminution de la demande des entreprises a contraint les propriétaires à revoir à la baisse leurs attentes en matière de prix de cession.

Or, pour redynamiser le marché français de l'immobilier, résidentiel notamment, la création d'un nouveau produit financier conforme aux règles de la Charia pourrait peut-être permettre d'attirer de nouveaux investisseurs – des musulmans sensibles au critère de Charia- et ainsi créer une demande qui n'existait pas jusque là, faute de produits adaptés.

Section 2 : L'insertion de la finance islamique dans la micro finance

249. Importance et problématiques de la micro finance – L'impression dominante est que, si les deux concepts de micro finance et de finance islamique soulèvent l'un et l'autre de nombreuses interrogations, ils sont fondamentalement différents.

La mondialisation est un phénomène international par nature, puisqu'elle concerne des relations entre les Etats ou plutôt entre des agents appartenant à des Etats différents, alors que la micro finance est un phénomène local qui s'épanouit dans un espace beaucoup plus limité et dont les acteurs sont des personnes qui le plus souvent se connaissent.

La mondialisation est de ce fait un phénomène global, qui s'étend à tous les domaines de l'économie, et pas seulement à ceux-là. La micro finance concerne la finance, et si celle-ci peut s'étendre au-delà de l'épargne et du crédit, son domaine reste néanmoins limité et bien circonscrit. La mondialisation se nourrit de la concurrence, étendue au niveau international, alors que la micro finance n'interdit pas la concurrence entre les institutions, mais elle suscite plutôt une certaine complémentarité entre ces institutions et les institutions financières traditionnelles. De fait, les rapports économiques qui en découlent sont très différents.

Alors que la mondialisation vise à améliorer la rentabilité de l'activité économique, la micro finance repose davantage sur la solidarité, et introduit une dimension sociale. Autrement dit, la macro finance est abstraite alors que la micro finance est concrète. En outre, la mondialisation s'accompagne d'une déréglementation juridique qui facilite le développement des échanges et les flux de capitaux, alors que localement on observe un renforcement de la réglementation.

Enfin la mondialisation et la micro finance concernent chacune tous les pays, mais la première est plutôt l'affaire des pays du Nord, la seconde concerne davantage les pays du Sud. Sur le terrain des doctrines économiques, cela se ressent particulièrement. La première a néanmoins des conséquences pour les pays du Sud, la seconde s'étend maintenant aux pays du Nord.

L'opposition entre les deux concepts peut dans ces conditions apparaître nette et tranchée, il n'en demeure pas moins que leur rapprochement est nécessaire.

C'est cette dimension commune qui a été mise en avant par la doctrine et qu'il faut ici reprendre au prisme de la finance islamique.

C'est pourquoi, la micro finance se présente comme une alternative à la mondialisation dont elle pourrait corriger les excès (**Paragraphe 1**). Elle peut être prise aussi comme un nouvel outil de développement qui mérite d'être pris en compte dans la politique des Etats (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1.- Les convergences entre mondialisation et micro finance

250. Problématique générale – On a vu que ces deux concepts semblent éloignés l'un de l'autre, que de nombreux aspects les opposent. Cependant des convergences existent, voire une communauté d'intérêt. C'est pourquoi on rappellera ce que représente la microfinance, dans le temps et dans l'espace.

L'origine de la mondialisation n'est pas évidente. Comme il s'agit d'un processus, et qui plus est d'un processus somme toute naturel, il n'est pas facile d'en déterminer le début. On peut la faire remonter aux premiers exploits des navigateurs qui vont rendre possibles les échanges ou, 300 ans plus tard, à l'industrialisation qui va rendre nécessaire leur développement.

251. Essor mondial de la micro finance – Si elle n'est pas un phénomène fondamentalement nouveau, c'est à une date beaucoup plus récente que la mondialisation a pris toute son ampleur avec la liberté des échanges, avec l'apparition des groupes

multinationaux, avec la globalisation financière, avec le flux des migrations, avec le développement du tourisme, ou les progrès incroyables des NTIC.

Ces différents événements ont fait de la mondialisation un phénomène complexe qu'il n'est pas facile de définir, Au moins peut-on dire qu'il n'a pris l'importance que nous lui connaissons aujourd'hui que depuis quelques dizaines d'années.

L'histoire de la micro finance n'est pas tellement différente. Son origine est également difficile à déterminer. On pourrait la faire remonter à l'institution des premières coopératives de crédit à la fin du XIX^{ème} ⁷⁴.

On pourrait même remonter au début du siècle précédent avec la création des « banques des pauvres ». Et pourquoi ne pas remonter, dans les pays du Sud à l'arrivée de la monnaie.

Car depuis longtemps l'argent se prête et s'emprunte au sein d'un groupe, entre des individus qui tous se connaissent et qui sont à tour de rôle débiteurs puis créanciers, et vice-versa. Les tontines sont pratiquées un peu partout et dans certains pays africains les tontiniers ont remplacé les gardes monnaie.

On a appelé ces pratiques financières, qui reposent sur des relations personnelles étroites, la finance informelle. C'est une finance de proximité, c'est surtout de la finance directe dans laquelle les débiteurs et les créanciers sont en contact directement.

C'est sur ce terreau que la micro finance a émergé, il y a une dizaine d'années. Mais cette fois un changement radical s'est opéré. Le passage d'un concept à l'autre prend effectivement tout son sens.

La micro finance est toujours une affaire de dettes et de créances, mais cette fois les débiteurs et les créanciers ne sont plus face à face, ils s'adressent à une institution, l'institution de micro finance qui fait office d'écran nécessaire en réalisant une médiation. La micro finance est donc de la finance indirecte et de proximité.

⁷⁴ Desjardins au Canada, Raiffessen en Allemagne.

De plus, alors que dans la finance informelle l'épargne est essentielle, dans la micro finance c'est le crédit qui l'est et il est associé à d'autres services que les institutions peuvent offrir en même temps : l'épargne bien sûr, mais aussi l'assurance, le transfert d'argent, ainsi que d'autres services dits « d'accompagnement » pour aider et conseiller l'emprunteur. C'est un service global et intégré qui est proposé.

Il y a toujours, comme dans la mondialisation, une certaine continuité, d'autant plus que certaines institutions de micro finance (IMF) existaient déjà quand on ne parlait que de finance informelle.

Il en était ainsi des mutuelles ou des coopératives d'épargne et de crédit ont été implantées, en Afrique par exemple, dès les lendemains de la dernière guerre mondiale. Les programmes d'appui en faveur de certains secteurs, de certains métiers, de certaines populations existent depuis longtemps, tout comme les ONG qui s'intéressent souvent au crédit.

Mais il y a cette fois une véritable rupture, que l'on peut situer autour de 1995, quand le concept de micro finance est apparu dans la littérature. Les raisons en sont bien connues : c'est surtout l'échec des politiques de développement, la prise de conscience de la pauvreté et le succès confirmé de l'innovation proposée par M. Yunus ⁷⁵.

A partir de cette date la micro finance a vraiment explosé. Un peu partout de nouvelles institutions sont créées, le nombre de leurs clients augmente, le volume de leurs opérations, en particulier les crédits qu'elles accordent, s'accroît rapidement. Et pourtant c'est qualitativement plus que quantitativement que la micro finance se développe et qu'elle fait parler d'elle. Elle fait surtout parler d'elle, et de plus en plus, parce qu'elle s'internationalise.

252. Internationalisation de la micro finance – Contrairement à la mondialisation, la micro finance n'est pas un phénomène international de par sa nature. Mais elle l'est devenue, car elle a acquis une véritable « dimension planétaire » ⁷⁶. Cela s'est fait de plusieurs façons.

⁷⁵ Muhamad Yunus, né le 28 juin 1940 à Chittagong au Bangladesh, est un économiste et entrepreneur bangladais connu pour avoir fondé la première institution de microcrédit, la *Grameen Bank*, ce qui lui valut le prix Nobel de la paix en 2006. Il est surnommé le « banquier des pauvres ».

⁷⁶ Rapport Exclusion et liens financiers de Gentil et Servet, 2002

La micro finance concerne d'abord les pays où il existe un besoin de petit crédit, et d'un crédit accompagné par des conseils ou complété par une assistance juridique. Elle permet à des personnes qui ne peuvent accéder aux banques d'utiliser des services financiers qui soient adaptés à leurs besoins.

On trouve des institutions de micro finance dans les pays du Sud, mais également en Europe de l'Est depuis que ces pays se sont ouverts à l'économie de marché, et dans les pays du Nord qui connaissent aussi la pauvreté, le chômage, l'exclusion.

Le modèle de la *Grameen Bank* inventé par M. Yunus a été adopté et adapté par 85 pays dont la France avec notamment l'ADIE de Maria Nowak⁷⁷. En France, le développement de la micro finance a été facilité par l'article L. 511- 6 du Code monétaire et financier qui permet, par dérogation au monopole bancaire, à des associations sans but lucratif de consentir des prêts pour la création ou le développement d'entreprises par des chômeurs ou des titulaires des minimas sociaux.

Le droit des sociétés français a aussi créé les fondations d'entreprise qui pourraient jouer un rôle en matière de micro crédit.

De même, de nombreuses institutions ont vu le jour grâce à des initiatives personnelles. La micro finance s'est ainsi progressivement organisée et structurée. Des associations professionnelles se sont créées au niveau national, comme au Bénin ou à Madagascar. Dans la plupart des pays une réglementation a été adoptée, ce qui donne une meilleure visibilité au « secteur de la micro finance ».

Ce secteur entretient nécessairement des relations avec le secteur bancaire. Ces deux secteurs nouent souvent par ailleurs des partenariats qui peuvent entraîner une réelle coopération et collaboration. Des banques, y compris de grandes banques internationales, se lancent aujourd'hui dans le microcrédit parce que la mondialisation a intensifié la concurrence dans le secteur bancaire⁷⁸.

⁷⁷ Maria Nowak, née en 1935, est une économiste, spécialiste du microcrédit, présidente-fondatrice de l'Association pour le droit à l'initiative économique.

⁷⁸ Littlefield et Rosenberg, 2004 : <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2004/06/pdf/littlefi.pdf>

Organisés de cette façon dans chaque pays, les secteurs de la micro finance entretiennent des relations au-delà de leurs frontières et deviennent régionales. Il existe désormais des associations régionales de micro finance en Afrique de l'Ouest, au Maghreb, dans le monde arabe, pour toute l'Afrique, pour l'Europe de l'Ouest...

Il existe même une Association internationale des principales institutions de micro finance. Tout cela permet la publication de statistiques globales et facilite les échanges d'informations, comme les actions en commun. La micro finance ne connaît plus de frontières.

Et elle est soutenue par des institutions internationales. Ce sont par exemple des ONG ou des agences nationales de coopération qui interviennent dans plusieurs pays.

Ce sont encore des fonds d'investissement internationaux comme Oixocrédit, ACCION, Triades, Calmeadow, la SIDI...

Ce sont aussi les banques régionales de développement, ainsi que la Banque mondiale qui héberge le CGAP (*Consultative Group to Assist the Poor*), lequel a joué un rôle essentiel dans le développement et la formalisation de ces secteurs⁷⁹. Ce sont également les Etats eux-mêmes qui s'engagent à soutenir des programmes de microcrédit dans les pays du Sud.

Dans le cadre de l'Union européenne et de sa politique de développement, le soutien au développement du micro crédit existe. Enfin, des agences de notation émettent des avis sur la solvabilité des institutions et sur les risques qu'elles représentent.

Ces agences internationales peuvent intervenir partout dans le monde, et le coût de l'évaluation sollicitée par une institution est habituellement pris en charge, au moins partiellement, par les bailleurs de fonds qui sont généralement étrangers.

Enfin, la micro finance est devenue une préoccupation de la Communauté internationale. Le premier Sommet mondial du microcrédit organisé à New York en 1997 a permis de lancer une campagne contre la pauvreté. D'autres sommets ont suivi, entrecoupés de sommets régionaux.

⁷⁹ S. Boyé, *Guide de la micro finance*, éd. Organisation, 2006, p. 258.

Les échanges ont pris en compte peu à peu la diversité des situations et la complexité des problèmes. La dimension qu'ont donnée les médias à ces réunions a suscité un intérêt grandissant. Les Etats membres du G 8 ont de leur côté entériné les onze principes essentiels de la micro finance établis par le CGAP à l'occasion du Sommet de *Gleaneagle* en juin 2004.

L'ONU a décidé de faire de 2005 l'année internationale du microcrédit. Cette année-là le Président Chirac a organisé à Paris le 22 juin une journée internationale qui a réuni 600 spécialistes.

Un nouveau Sommet du microcrédit s'est réuni à Halifax en 2006. Et à la fin de cette même année, Muhammad Yunus et la Grameen Bank se sont partagés le Prix Nobel... non pas d'économie, bien qu'il s'agisse de crédit et de finance, mais de la paix.

C'est ainsi que la micro finance est devenue en quelques années un phénomène mondial. Elle s'inscrit donc d'une façon naturelle dans le processus de mondialisation. On peut même dire qu'elle en fait partie, du moins peut-on la considérer comme une réponse à la mondialisation.

Tout ces éléments sont connus, il reste à faire le lien avec la finance islamique qui semble s'intégrer particulièrement bien dans la micro finance, étant elle-même en quelque sorte une micro finance dans les Etats musulmans qui n'ont pas de système bancaire intégré.

Paragraphe 2.- Les relations entre la micro finance et la mondialisation

253. Objectifs commun de la finance islamique et de la micro finance – La micro finance peut être considérée comme une réponse à la mondialisation. D'une part, en considérant le passé, elle peut contribuer à en atténuer certaines conséquences douloureuses pour les populations les plus fragiles.

D'autre part, en considérant l'avenir, elle apparaît comme un nouvel outil de développement qui peut susciter une nouvelle politique de la part des Etats : elle peut ainsi venir tout à la fois au secours de la mondialisation, ou lui venir en appui.

254. La micro finance comme alternative à la mondialisation sauvage – La mondialisation suscite des jugements très opposés. Les uns voient en elle un facteur de croissance qui oblige les pays en voie de développement ou en transition à s'intégrer dans l'économie mondiale et permet à certains d'entre eux de réduire peu à peu l'écart qui les sépare des pays industrialisés.

Les autres la jugent au contraire responsable d'une accentuation de cet écart et d'une marginalisation croissante de certains pays qui sont à l'écart de la mondialisation. Les premiers voient surtout les avantages de ce phénomène, les seconds voient plutôt ses inconvénients. Mais au-delà de ces divergences qui sont aussi idéologiques, la mondialisation n'a pas les mêmes conséquences pour le Vietnam ou la Bulgarie que pour le Niger ou la Colombie.

Et si elle est favorable à la croissance, elle ne l'est pas partout autant ni de la même façon. Les inégalités ont tendance à se creuser entre les pays riches et les pays pauvres, comme entre les riches et les pauvres dans chaque pays. C'est ainsi qu'en renforçant les inégalités, la mondialisation tend à rendre les pauvres plus pauvres, même si ces millions de personnes ont pu sortir de la pauvreté⁸⁰. C'est pourquoi, le rappel de quelques chiffres est nécessaire.

Ainsi, certaines projections de la Banque mondiale font apparaître une diminution sensible de la pauvreté dans le monde d'ici 2015, en même temps qu'une augmentation également sensible en Afrique sub-saharienne. La population vivant avec moins de un dollar par jour devrait respectivement diminuer de 35% et augmenter de 15%⁸¹.

Alors que 50% de la population mondiale vit aujourd'hui avec moins de 2 dollars par jour, et que un milliard de personnes vivent avec moins de un dollar, la réduction de la pauvreté est devenue, presque naturellement, « un devoir international majeur »⁸².

Elle est devenue le premier des objectifs de développement pour le millénaire et elle est prise en compte par les institutions internationales. Le FMI et la Banque mondiale ont décidé dès 1996 de réduire la dette des pays pauvres très endettés.

⁸⁰ Rapport Hugon, 2000 et Nicolas, 2002.

⁸⁰ Rapport Cling 2003, p. 31.

⁸¹ Rapport Camdessus 2001

⁸² S. Vielajus, « *La société civile mondiale à l'épreuve du réel* » ECML 2009.

Ils ont ensuite posé comme condition que le pays élabore un Document Stratégique de Réduction de la Pauvreté (DSRR) qui l'oblige à affecter les fonds libérés par le non-remboursement de sa dette à des dépenses publiques susceptibles de réduire la pauvreté, principalement dans le domaine de l'éducation et de la santé.

Cette condition s'est ensuite imposée aux pays qui souhaitent utiliser la nouvelle Facilité pour la Réduction de la Pauvreté et la Croissance (FRPC).

Mais comment réduire la pauvreté ? Plusieurs politiques sont possibles. On peut donner de l'argent aux pauvres qui n'en ont pas. On peut aussi les aider à faire quelque chose et à entreprendre « une activité génératrice de revenus ». C'est là qu'intervient la micro finance.

Les DSRP qui mettent l'accent principalement sur l'éducation et la santé prévoient assez souvent des mesures en faveur de la micro finance. Ce peut être l'instauration d'un cadre légal, le renforcement de la capacité des institutions, l'amélioration de la gouvernance, la mise en place d'un fonds de soutien ou de garantie...

Cette politique se trouve facilitée par l'intervention des ONG qui sont sollicitées pour participer activement à l'élaboration des DSRP, alors qu'elles jouent souvent et très concrètement un rôle important dans l'octroi de microcrédit aux personnes défavorisées. On peut dire que, du fait de la mondialisation, elles peuvent désormais influencer les politiques publiques en matière de développement⁸³.

Les gouvernements concernés utilisent aussi cette politique d'eux-mêmes. Au Bénin par exemple, un programme de microcrédit aux plus pauvres (MCP) a été lancé en février 2007.

Doté de 6 milliards de francs CFA (9 millions d'euros), il permettra à des institutions de micro finance d'accorder des crédits de 30.000 F CFA (45 euros) à 200.000 familles pauvres pour les aider à développer « des activités génératrices de revenus » (Lelart, 2007).

⁸³ M. Lelart, « *Le micro crédit, un contrat social ? le micro crédit entre la richesse et l'endettement* », Economie et management, n°140, 35-38.

Si on ajoute les activités des agences nationales de coopération et des organismes spécialisés, la micro finance est maintenant au cœur de la lutte pour réduire la pauvreté dans le monde.

Elle l'est d'autant plus que les institutions de micro finance accordent aussi des services d'assurance, en permettant de couvrir certains des risques courus par leurs usagers, et ce sont les plus pauvres qui sont les plus vulnérables et qui ont le plus besoin de tels services. Et elle l'est enfin parce que la pauvreté engendre souvent l'exclusion financière mais aussi sociale.

On peut même dire à cet égard que la micro finance se trouve investie, par les autorités publiques, du devoir de répondre à des situations d'exclusion qui peuvent être provoquées par la mondialisation.

Mais ce n'est pas parce que la micro finance est de plus en plus utilisée à cette fin que la pauvreté diminue effectivement. C'est pourquoi son impact reste très controversé. Il n'est pas facile de mesurer la pauvreté, car elle apparaît de plus en plus comme un concept qualitatif.

Il n'est pas facile non plus de mesurer son évolution et d'isoler d'une façon précise l'impact du crédit accordé. De plus il semble acquis aujourd'hui que la micro finance ne sert pas les plus pauvres des pauvres, il faut donc pour eux une autre politique.

L'impression dominante reste cependant que, si son impact ne peut être mesuré exactement et s'il n'est positif que pour une fraction des bénéficiaires, la micro finance contribue à réduire la pauvreté. Les institutions ne sont pas toutes aussi efficaces que la *Grameen Bank*, mais globalement le bilan est positif, même si d'aucuns souhaiteraient qu'il le soit davantage.

Il l'est aussi parce que le microcrédit n'a pas qu'une vocation sociale. Quand il est accordé à des femmes pauvres, il doit leur permettre d'exercer « une activité génératrice de revenus ». Il a donc en même temps une vocation économique, qui devient prépondérante lorsque le bénéficiaire est une entreprise.

On peut alors considérer qu'il est plutôt un appui à la mondialisation.

255. La micro finance en appui à la mondialisation – Certaines institutions de micro finance ont plutôt une vocation sociale. Ce sont les plus nombreuses, en même temps que les

plus petites. D'autres ont plutôt une vocation financière. Elles sont moins nombreuses, mais leur activité est nettement plus importante.

Quelques-unes se rapprochent même des banques, à la fois par le volume de leurs opérations et par les relations qu'elles entretiennent avec l'une d'elles ⁸⁴.

Il suffit de citer les PADME et PAPME au Bénin, l'ACEP au Sénégal ou à Madagascar. Ce sont ces institutions qui assurent le financement des petites et moyennes entreprises auxquelles les banques hésitent beaucoup à prêter.

Ces entreprises ont naturellement vocation à grandir et c'est pour cela qu'elles doivent emprunter et diversifier leur production, à chercher des partenariats, à développer peu à peu leurs échanges, à solliciter de plus en plus de capitaux.

C'est de cette façon qu'elles vont s'insérer progressivement dans le mouvement général de la mondialisation.

Car celle-ci est d'abord le fait des entreprises, qui en sont les premiers agents. On peut également évoquer les micro-entreprises, qui caractérisent habituellement le secteur informel. Elles ne peuvent guère emprunter au secteur bancaire, elles sont donc les clientes les plus assidues de la micro finance.

Elles ont vocation non seulement à grandir, mais plus encore à se transformer et à intégrer peu à peu le secteur moderne de l'économie. Il est difficile de mesurer l'impact de la micro finance sur l'activité économique dans un pays, mais il est de toute évidence positif. C'est ainsi qu'en facilitant l'émergence et le développement d'entreprises compétitives, la micro finance favorise à long terme l'insertion du pays dans la mondialisation.

Elle a un autre impact, sans doute plus important. La mondialisation est souvent critiquée, parfois avec véhémence, parce qu'elle suscite beaucoup d'inquiétudes. C'est notamment la

⁸⁴ M. Lelart, *op. cit.*

peur d'une certaine uniformisation culturelle qui pourrait en résulter, c'est la crainte que des cultures nationales ou mêmes locales ne puissent être préservées.

Il y a là effectivement un risque, que le FMI souligne bien quand il réclame « d'accorder davantage d'attention à la dimension sociale de la mondialisation ».

N'est-ce pas précisément l'avantage de la micro finance de préserver cette dimension ? Et cette caractéristique n'est-elle pas aussi celle de la finance islamique ? Les institutions cherchent de plus en plus la rentabilité, et la pérennité qui l'accompagne. Mais elles s'efforcent le plus souvent de promouvoir une finance de proximité. Les usagers participent souvent à la vie de l'institution, ils se connaissent, ils se groupent parfois pour emprunter. C'est encore le cas de la finance islamique.

Les services offerts sont toujours adaptés aux besoins des uns et des autres. La micro finance s'efforce de rester une finance personnalisée, dans laquelle les usagers se retrouvent aisément.

C'est en ce sens qu'elle crée de l'intégration sociale ⁸⁵. C'est pourquoi elle s'impose, dans les pays qui ont toujours connu cette façon de se prêter et de s'emprunter de l'argent entre personnes qui se connaissent, pour accompagner la mondialisation. Tous ces éléments sont favorables à la finance islamique.

Dans la mesure où elle permet en même temps de lutter contre la pauvreté, elle fait naturellement partie du « volet social » qui est rendu nécessaire par l'adaptation des pays aux différentes étapes de la mondialisation et qui est très largement confié aux ONG. On sait justement le rôle que celles-ci jouent en soutenant les initiatives dans le domaine de la micro finance, voire en s'impliquant plus directement dans ces opérations.

Cette vocation sociale de la micro finance se manifeste également par sa capacité naturelle à faire vivre les relations entre les personnes, on dit aujourd'hui à renforcer le capital social, dont on sait qu'il est un facteur important de la croissance comme du bien-être et que son absence est un facteur déterminant de la pauvreté, comme l'absence de capital physique ou monétaire.

⁸⁵ <http://philpapers.org/r>

Mais la mondialisation ne concerne pas seulement des flux de marchandises ou de capitaux, elle concerne aussi les flux migratoires. Les déplacements de personnes ont souvent une raison économique, ils sont liés à la recherche d'une activité plus rentable au sein d'un pays, mais plus encore entre deux pays, notamment du Nord et du Sud.

Et on sait l'importance grandissante de ce phénomène depuis quelques années. Il entraîne la nécessité d'envoyer de l'argent. Dans les pays du Nord les banques assurent ce service, efficacement et gratuitement.

Dans les pays du Sud faiblement bancarisés, et entre ces pays et ceux du Nord, il faut organiser ces transferts. Quelques sociétés de transfert assurent ce service, dont la plus connue est Western Union, présente dans toutes les villes de la planète. Mais d'autres institutions spécialisées le font aussi, ainsi que certaines institutions de micro finance, lorsqu'elles sont autorisées à le faire. Là encore la *hawala* est une réponse pratique au fonctionnement de la micro finance.

Elles ne peuvent pas le faire directement entre elles, car elles ne sont pas reliées à une chambre de compensation, mais quand elles ont un compte dans une banque commerciale, la compensation peut se faire à travers cette banque. Toutes les institutions de micro finance n'offrent pas de tels services. Mais parce que ces transferts ont un caractère financier et sont assurés au Nord par les banques.

C'est pour toutes ces raisons, parce que la micro finance favorise le développement des petites entreprises, parce qu'elle facilite l'intégration sociale, parce qu'elle répond à certains besoins des migrants, qu'elle accompagne le processus de mondialisation.

C'est pourquoi une politique nationale de micro finance a désormais sa place dans les politiques nationales de développement qui tiennent compte en priorité de la spécificité de chaque pays.

Partant de ce constant que peut espérer la finance islamique en matière de micro financement ?

256. Le développement de la micro finance islamique - Il ressort que les problèmes de croissance économique, de développement, de lutte contre la pauvreté, de créations d'emplois, représentent des enjeux majeurs pour nos pays. Dans ce cadre bien précis, l'accès aux services financiers, notamment le crédit doit être considéré comme un des besoins importants à satisfaire ⁸⁶.

C'est pour cette raison que la promotion d'activités engendrant revenus et emplois productifs durant toutes ces décennies s'est appuyée en grande partie sur un élargissement de l'accès aux services financiers en faveur des populations à faibles revenus.

Dans cette perspective, le système financier doit jouer un rôle important, non seulement en impulsant la croissance économique, mais aussi, de façon concomitante, en facilitant l'accès des populations les plus vulnérables aux services financiers.

Ainsi, de nouvelles approches ont de plus en plus cours, à l'image de celles expérimentées par des pionniers comme ceux de la *Grameen Bank* au Bangladesh, et les banques villageoises de *Rakyat Bank* en Indonésie et en Malaisie.

Ces institutions ont fourni des produits financiers adaptés aux catégories de populations exclues des modes de financement classique, en appliquant un système de suivi collectif des risques permettant d'optimiser le remboursement des crédits alloués.

Toutefois, en dépit des nombreux efforts du système bancaire classique pour atteindre cet objectif, une bonne partie des populations pauvres reste encore en marge des financements bancaires du fait des contraintes suivantes : absence de ressources adéquates, coût élevé du crédit et absence des garanties requises.

Il est apparu dès lors la nécessité d'explorer d'autres sources de financement plus aptes à influencer sur le phénomène de pauvreté.

⁸⁶ AK M., *On ne prête (pas) qu'aux riches – La révolution du microcrédit*, éd. J.C. Lattès, Paris, 2005 ; SERVET J.M., *Banquiers aux pieds nus – La microfinance*, Odile Jacob, Paris, 2006 ; VALASKAKIS K., *Mondialisation et gouvernance – Le défi de la régulation publique planétaire*, éd. Futuribles, avril 1998, pp. 5-28. ; VIELAJUS J.L., *Les ONG de développement, acteurs d'une mondialisation moins inégalitaire et plus solidaire*, éd. Techniques Financières et Développement, n° 86, mars 2007, pp. 14-23 ; WEBSTER L. et FIDLER P., *Le secteur informel et les institutions de micro financement en Afrique de l'Ouest*, Banque mondiale, 1995.

Aujourd'hui, il est généralement admis que si la micro finance parvient à concilier les objectifs sociaux et économiques, et à bénéficier d'un cadre législatif approprié. Elle peut constituer un moyen efficace de réduction de la pauvreté, ses principes fondamentaux étant basés sur la confiance, la solidarité et l'entraide mutuelle.

La micro finance fournit en effet des opportunités nouvelles pour les micro-entrepreneurs désireux de développer leurs activités, et pour les porteurs de projets, un accès régulier au crédit, avec des montants plus importants en cas de non défaillance, dans un cadre plus formel, auquel peut être associée une formation professionnelle ou un conseil aux micro entrepreneurs.

Il convient d'ores et déjà de noter que les institutions de micro finance (IMF) ont joué un rôle important dans le cadre de la lutte contre la pauvreté.

Ce rôle pourrait être accru pour aller au-delà, et contribuer ainsi au financement des PME/PMI qui demeurent un moteur de la croissance pour nos économies.

En tout état de cause, qu'il s'agisse spécifiquement de faciliter l'accès des pauvres au crédit ou de contribuer au financement de micro projets voire des PME, la micro finance reste au cœur des stratégies de lutte contre la pauvreté.

A ce sujet, la micro finance islamique est considérée comme étant un levier de réduction de la pauvreté. Aussi, importe t-il de souligner que l'exclusion des pauvres du système financier classique contribue à les rendre plus inaptes à participer au processus de développement. La nécessité de discuter d'un tel sujet s'est fait sentir à la suite du constat du nombre élevé de pauvres dans les pays musulmans.

En Algérie, l'adaptation de ces nouvelles approches s'est traduite par la diversification du paysage bancaire et financier, avec la mise en place d'institutions de micro finance (IMF), plus aptes à assurer l'intégration au processus de développement des couches les plus pauvres, et à leur procurer des opportunités de production de biens et services, sources de revenus et d'un minimum de bien être.

Cette problématique du financement des activités des catégories défavorisées, et plus généralement du secteur informel, a ainsi propulsé le secteur de la micro finance en bonne place dans l'analyse des composantes de la croissance et du développement économique et social.

Pour ce faire, il s'agit de cerner les mesures de réduction de la pauvreté et de procéder à une analyse de l'articulation entre le développement des structures de micro finance et la réduction de la pauvreté.

256. Plan d'action en matière de micro finance par la finance islamique – Par rapport à toutes ces considérations, la micro finance est de plus en plus reconnue comme étant un des meilleurs moyens de lutte contre la pauvreté. Les gouvernements des pays musulmans l'ont si bien compris, à l'image de l'Algérie qui lui a offert une place de choix dans un Document Stratégique de Réduction de la Pauvreté (DSRP), qui constitue le cadre de référence et de coordination des interventions en matière de politique économique en Algérie.

Aujourd'hui en Algérie où les musulmans représentent plus de 99 % de la population, c'est plus de 1.200.000 ménages qui devront bénéficier en milieu urbain comme en milieu rural de l'appui de la micro finance. Ces bénéficiaires sont des groupements, des associations villageoises, des organisations paysannes, ou simplement des personnes physiques.

Les pouvoirs publics, avec le concours des bailleurs de fonds et autres partenaires au développement, devront déployer des moyens qui portent entre autres sur :

- l'élaboration d'un dispositif juridique spécifique à la micro finance et d'un cadre comptable pour les IMF ;
- la mobilisation de ressources financières extérieures, sous forme de lignes de crédit à des taux d'intérêt concessionnels ;
- le renforcement des capacités d'intervention de l'Ansej et de la Cellule d'Assistance Technique du microcrédit ;
- une Politique Nationale de micro finance déjà mise en place mais non encore efficace ;

- la création d'un Fonds d'Impulsion à la micro finance.

Il importe de souligner, du reste, que la Banque Islamique de Développement est déjà présente dans le secteur de la micro finance dans beaucoup de pays islamiques où elle a apporté son concours financier à différentes structures à travers une ligne de crédit logée au Fonds de Promotion Economique (FPE).

Il y a aussi une ligne de crédit logée dans des institutions de micro finance pour le programme de soutien aux micro et petites entreprises. Il y a enfin le soutien financier apporté par la Banque Islamique de Développement pour le renforcement des capacités d'intervention de la Cellule chargée au sein du Ministère de l'Economie et des Finances et des institutions de micro finance.

Ces efforts déployés par le Gouvernement et les partenaires, ont eu un impact positif sur la croissance rapide du secteur.

Les financements des populations par des institutions de micro finance (IMF) ont touché à la fois de nombreux secteurs d'activités des micro-entreprises, et de plus en plus les PME. En effet, des PME qui étaient en difficulté, et qui étaient menacées de faillite, ont bénéficié de concours financiers d'IMF qui leur ont permis de se restructurer et de se consolider, sauvant ainsi des emplois.

A tout ceci, s'ajoute le fait nouveau que les IMF en partenariat avec les banques commerciales, s'investissent de plus en plus dans les transferts d'argent des émigrés en procédant au niveau de leurs guichets, à des paiements de ces transferts d'argent dans des localités éloignées, et souvent enclavées.

En effet, il est observé qu'à l'heure actuelle que dans certains pays islamiques (Sénégal Maroc, Tunisie, Egypte), en sus du financement d'infrastructures sociales (constructions d'écoles, de centres de santé, de mosquées), les transferts de fonds des émigrés à travers les institutions de micro finance, s'orientent de plus en plus vers le financement d'activités

conformes à la Chari'a et qui impliquent un investissement moral en faveur de la communauté des croyants.

Il s'agit de l'habitat social, l'hydraulique rurale et pastorale (forages de puits), l'éclairage à l'énergie solaire, les créations de micro projets ou de micro entreprises dans l'agriculture, l'élevage, la pêche, le transport, d'ateliers de mécanique auto, la vente de pièces détachées d'automobiles, l'artisanat, la restauration, les salons de couture et de coiffure, les télé centres et cyber cafés, le petit commerce, et même actuellement le commerce import export, ainsi que le financement des frais d'études d'élèves et d'étudiants.

Ces financements ont eu un impact certain sur l'emploi et les revenus, la consommation des ménages, et le produit intérieur brut (PIB). Ce faisant, les IMF qui se sont révélées comme étant un instrument efficace de lutte contre la pauvreté, ont su aider les collectivités locales à fixer les populations dans leurs territoires autour d'activités génératrices de revenus, réduisant ainsi l'exode rural et même le phénomène de l'émigration.

Toutefois, il reste un domaine pour lequel les experts en Algérie ont déjà entamé la réflexion sur une large diffusion du système financier islamique au niveau national.

Au demeurant, l'on retiendra qu'à la différence de la finance classique, le système financier islamique interdit le taux d'intérêt sur les prêts et sur les placements d'argent considéré comme un *riba*, c'est-à-dire un gain illicite ⁸⁷.

Le principe de base est le partage du bénéfice commercial et des pertes éventuelles. Ce qui a entraîné l'expansion de certains « produits » tels que :

- la Mourabaha ou vente avec une marge de bénéfice ;
- l'ijara/Taajir ou leasing/crédit-bail ;
- la Bai'Moujjal ou vente à paiement différé ;

⁸⁷ voir la Sourate 2 : Al. Baqara versets 275 et 278

- la Bai' Assalam ou vente à livraison différée ;
- la Moucharaka ou prise de participation ;
- la Moudaraba ou contribution au fonds de roulement ;
- le Khard Hassan ou prêt gratuit.

En Algérie, les autorités sont tenues de réfléchir sur l'adaptabilité de ces principes islamiques à travers le pays, notamment sur l'identification des pratiques actuelles de certains musulmans en Algérie qui, craignant d'empocher du riba, n'acceptent pas de prendre les intérêts produits par leurs épargnes au niveau des banques et des IMF ;

Il s'agit aussi de l'identification des produits de la finance islamique les plus aptes à répondre aux besoins des clients de la micro finance, cas de la mourabaha et de la bai'moujjaal en Syrie, au Yémen et au Bangladesh.

De tout ce qui précède, il en résulte que la micro finance et le financement islamique ont beaucoup de points communs. En effet, l'islam s'appuie sur les facteurs éthiques, moraux, sociaux et religieux pour défendre l'égalité et l'équité pour le bien de toute la société.

Les principes incitant à la répartition des risques, les droits et devoirs de chacun, les droits de propriété, et l'inviolabilité des contrats sont tous inclus dans le code islamique qui est le principe fondamental du système financier.

Au moment où il est envisagé d'entreprendre dans l'Union du Maghreb Arabe (UMA), un certain nombre de réformes relatives à l'amélioration du cadre juridique des institutions de micro finance, il est temps d'engager la réflexion autour de l'élargissement de ces réformes en vue de l'élaboration d'une réglementation propice au développement de la micro finance islamique dans les pays de l'UMA.

Il a été rapporté que c'est le Prophète Mohamed qui a été le premier pionnier du microcrédit, en donnant un jour deux dirhams à un fidèle : un dirham pour se nourrir, et un autre dirham

pour acheter un outil de travail afin d'exercer une activité génératrice de revenus permettant à ce dernier de se prendre en charge durablement.

Luttant également contre la pauvreté, la micro finance islamique, mal connue au Magheb, présente un manque réel d'offre de services financiers islamiques. En effet, les constats généraux qui ont été dressés au cours des différentes recherches sont les suivants :

- un fort taux de pauvreté dans les pays membres de la BID ;
- les services financiers en usage sont considérés comme impertinents par rapport aux besoins des populations pauvres ;
- le cadre juridique et réglementaire, et les procédures de financement se révèlent inappropriés ;
- les services de micro crédit se révèlent pertinents pour les populations.

Ainsi, les propositions et recommandations portent sur :

- l'intégration de la micro finance islamique dans les initiatives des gouvernements comme un outil de lutte contre la pauvreté ;
- le rôle des gouvernements qui doivent se concentrer sur l'environnement avec entre les autres objectifs une stabilité macroéconomique dans une croissance soutenue, pour réduire à terme la pauvreté ;
- l'efficacité des institutions de micro finance étant influençable par les politiques gouvernementales, il y a nécessité de rationaliser les relations entre banques et différents ministères pour éviter que les actions ne soient contradictoires ;
- la nécessité de prendre en compte le volet femmes dans la lutte contre la pauvreté ;

- la mise en place d'un cadre juridique et réglementaire approprié pour développer la micro finance islamique dans les pays membres de la BID : pour ce faire, revoir la réglementation actuelle ;
- la mise en place des institutions de financement islamique ;
- la mise en réseau des institutions de financement islamique compatibles avec la charia;
- la nécessité d'apporter des réponses aux besoins de financement des institutions de micro finance notamment en ressources longues ;
- la définition d'une nouvelle approche d'ingénierie financière islamique, avec les produits de la finance islamique ;
- la nécessité d'examiner le rôle de la zakat considéré comme étant un outil de réduction de la pauvreté (la zakat finance) ;
- la nécessité d'utiliser le *waqf* pour financer des micro centres industriels d'affaires, tel que le financement d'équipements, et de fonds de roulement ;
- renforcer le partenariat, et diversifier les services financiers ;
- la nécessité d'établir des passerelles entre le secteur de l'éducation et de la formation avec le secteur privé.

Sur la base de toutes ces considérations, la plupart des pays musulmans se sont accordés sur la nécessité de mettre en place des instruments qui prennent en compte les préoccupations des populations musulmanes qui, tout en voulant rester en conformité avec les principes de leurs croyances religieuses, souhaitent cependant investir dans des produit d'épargne et de crédit sans taux d'intérêt.

Pour ce faire, des actions immédiates doivent être engagées et porteront sur :

- l'information et la sensibilisation des populations sur les produits de la finance islamique ;
- l'intervention souhaitée des banques et des assurances et la coordination de leurs actions dans ce secteur ;
- la stratégie que pourrait déployer la finance islamique dans le cadre de la lutte contre la pauvreté en utilisant les *zakat* et le *waqf*.

A ce sujet, il est suggéré que la *zakat* peut être utilisée comme un fonds de garantie aux prêts. En cas de non remboursement on considère simplement une perte sèche, sans harceler le pauvre. Par-contre, pour le *waqf*, son capital doit rester intact.

Au total, il ressort que la micro finance islamique soulève un certain nombre de défis tels que : Comment pourrait-on introduire ce système de micro finance islamique dans nos textes réglementaires ? Les produits de la finance islamique sont-ils adaptés aux micro-projets ? Quelle organisation envisager pour la mise en place des produits financiers islamiques ?

Par ailleurs, les besoins des micro-projets ont été recensés et se résument sur le financement à court et moyen terme ; l'assistance technique et la sécurité juridique.

Par rapport à ces besoins, il a été posé la question de savoir quelles sont les institutions qui pourraient intervenir dans ce programme de financement. Les Banques notamment la Banque Islamique de Développement (BID), et les ONG peuvent être mises à contribution.

Ainsi, il est recommandé que la *zakat* soit utilisée dans les créations de fonds de garantie ou de financement de fonds de solidarité, et que le *waqf* soit utilisé pour les créations de fonds d'assistance technique.

En guise de conclusion, la Banque Islamique de Développement est déterminée à faire des propositions pour éradiquer l'ensemble des aspects négatifs en promouvant les principes de la finance islamique, tout en renforçant les capacités financières des pauvres, en développant la

coopération entre les pays musulmans pour la mise en place de mécanismes d'accès au crédit respectant la Chari'a.

208. Conclusion du titre 2nd – L’insertion de la finance islamique dans la finance mondiale est un fait aujourd’hui avéré. Cependant, les freins à un développement qui lui permettrait de rivaliser avec la finance conventionnelle sont encore importants. Ainsi, un an après la publication par l’Etat français d’instructions fiscales sur les deux produits phares de la finance islamique, l’ijara et la murabaha, n’ont pas connu l’envolée espérée.

Par rapport à l’Angleterre et le Luxembourg, la France reste en retard⁸⁸. Par exemple, la BPCE et la Société Générale ont tenté un partenariat avec la *Qatar Islamic Bank* qui n’a pu déboucher sur un projet concret. Il est vrai que, surtout dans le financement immobilier, le droit français et sa fiscalité particulière du meublé professionnel, freine toute tentative de proposer des crédits alternatifs.

En revanche, concernant les produits financiers, la concurrence est plus ouverte et il en est de même pour les services bancaires. On peut donc parier que la finance islamique se développe en France mais de manière lente et progressive.

En portant la réflexion sur la micro finance, la finance islamique offre en revanche une alternative beaucoup plus sérieuse. En effet, l’esprit et les modalités de la micro finance concordent assez bien avec ceux de la micro finance. Il en est ainsi pour la nature des projets financés qui sont souvent d’intérêt général, ce qui est important pour le Coran. En outre, ces projets sont financés de telle sorte à permettre à la fois l’enrichissement de l’emprunteur et du prêteur, ce qui est là encore le ressort fondamental de la finance islamique : le partage équitable du profit. Pour s’en convaincre, il suffit d’observer les très nombreuses actions de la Banque Islamique de Développement dans le micro crédit.

⁸⁸ « Paris n’est pas devenu le hub de la finance islamique », Les Echos, 6 septembre 2011.

CONCLUSION GENERALE

209. Droit musulman, droit religieux – Pour un juriste occidental, le droit musulman est un droit entouré de mystères. Son empire millénaire sur aujourd'hui plus d'un milliard d'êtres humains ne peut que susciter l'intérêt du juriste amené à comprendre un droit à l'image de la société musulmane. Or, le monde musulman, est protéiforme, et peu centralisée. Il s'ensuit une diversité de pratiques et d'opinions.

La positivité d'une règle dépend beaucoup du prestige de son auteur. Certaines voix résonnent plus haut et plus loin que d'autres. Ce qui est frappant, c'est que les concepts essentiels qui composent la finance islamique reposent sur des fondements moraux et religieux qui interrogent les trois socles du droit bancaire et financier :

Qu'est-ce que la richesse ? Qu'est-ce que la propriété ? Qu'est-ce que la monnaie ?

A ces questions, c'est le Coran qui répond et surtout, c'est lui qui fixe le passage entre activité licite et activité illicite, c'est lui qui détermine si l'opération d'investissement est équitable.

210. La finance islamique : un pont entre le monde musulman et le monde occidental ? – On a essayé de montrer dans quelle mesure le capitalisme et la finance islamique n'étaient pas incompatibles. On peut même aller plus loin et soutenir l'idée que le succès de la finance islamique, sa rentabilité et la dignité de ses activités sont de nature à défendre une image positive de l'Islam. En effet, il est plus facile pour les civilisations de s'accorder sur des matières financières plus universelles que les questions personnelles et familiales.

Si la finance occidentale semble fonctionner sans avoir besoin d'un ressort moral et religieux pour donner un sens concret à des valeurs sacrées, la tendance actuelle due à la crise de 2008 a ouvert un débat sur la nécessité d'un comportement plus respectueux de l'éthique et de l'environnement. Là encore, on peut y voir un facteur favorable à l'émergence d'une finance mondiale alternative qui inclut la finance islamique.

211. La ou les finances islamiques ? – Pour la finance islamique, comme pour toute activité pour un musulman, l'important est de manifester sa foi. On sait cependant que les pratiques religieuses sont plus ou moins intenses ou possibles selon les pays ; que ces pays soient musulmans ou non. Cette diversité se retrouve dans les différentes écoles coraniques.

L'essentiel est donc de parvenir à une plus grande unité et de cohérence pour faire en sorte que la finance islamique offre des produits standards connus pour inspirer la confiance des entreprises et des particuliers.

212. Actions des pouvoirs publics et propositions – Il nous paraît important que des personnalités françaises reconnues puissent s'engager sur le sujet de la finance islamique en fédérant les différentes initiatives visant à sa plus grande compréhension par l'opinion publique, sans préjuger des problématiques de laïcité.

On peut résumer notre travail en présentant un certain nombre de propositions en ce sens, propositions qui font l'objet d'un assez large consensus au sein des spécialistes de la finance islamique.

Promouvoir la finance islamique au moyen d'un rapport parlementaire sur les bénéfices potentiels pour la France et ses régions d'un marché français de la finance islamique mature et innovant pour comprendre les attentes des acteurs mais aussi leur volonté de participer concrètement au développement économique, notamment dans les régions de France.

Mettre en place une structure qui rassemble les initiatives privées autour de la promotion de l'industrie de la finance islamique en France et dégager une vision commune quant au devenir de la finance islamique en France ainsi qu'aux relations à développer avec les grands pôles de compétences ou de capitaux islamiques.

Démontrer la profondeur du marché national et régional ainsi que la capacité de l'offre française à y répondre de façon ambitieuse avec un plan de communication à destination des investisseurs internationaux. Il faut aussi développer une stratégie de communication adaptée et coordonnée mettant en avant l'approche collective des acteurs français.

Faire émerger une classe d'experts français par le développement de certifications professionnelles et de formations spécialisées en finance islamique reconnues sur le marché français et par les organismes islamiques internationaux.

Il est nécessaire de développer un pôle d'excellence de la finance islamique à la française, accessible à tous selon les divers profils académiques et expériences professionnelles en mettant en place, en partenariat avec les grands instituts de finance islamique mondialement reconnus, des cursus de formation professionnelle adaptés au marché français et permettant d'obtenir des diplômes reconnus tant au niveau national qu'international.

Il appartient aux organismes de formation et des établissements d'enseignement supérieur (universités, grandes écoles) de développer un programme de formation pour les futurs experts français en finance islamique et plus généralement en éthique des affaires (investissement socialement responsable (ISR) et responsabilité sociale des entreprises (RSE).

Développer un référentiel de place pour la conformité des produits islamiques sur le plan de la comptabilité, de la réglementation, de l'éthique et de la gouvernance, dans la continuité des standards internationaux.

Il faut une adaptation française des standards au niveau des institutions financières Islamiques avec une charte de règles comptables, financières et éthiques applicable aux produits et services qui seront commercialisés en France.

Instituer un modèle de gouvernance français des Conseils de conformité éthique avec des règles déontologiques conformes aux standards internationaux et aux pratiques de transparence de marché afin d'établir un socle de bonnes pratiques et de recommandations à la lumière des expériences internationales en matière du développement de la finance islamique et prenant en considération le contexte français.

Dans le prolongement des pratiques de marché de la place de Paris en matière de gouvernance, de séparation des tâches et des fonctions, de conflit d'intérêts, et en tenant compte de toutes les parties prenantes de ce nouveau marché, instituer un modèle de gouvernance français des Conseils de conformité éthique avec des de personnalités reconnues dans le monde islamique français au-delà des écoles coraniques si diverses.

Afin d'établir un socle de bonnes pratiques et de recommandations à la lumière des expériences internationales en matière du développement de la finance islamique et prenant en considération le contexte français, il faut développer des règles déontologiques conformes aux standards internationaux et aux pratiques de transparence de marché.

Il faudrait encore intéresser les collectivités territoriales qui ont des besoins en infrastructures ou en investissements de proximité en faveur des PME. Il est possible de fiabiliser le modèle opérationnel et de mutualiser les efforts de développement des différents acteurs bénéficiant des montages innovants type PPP.

Favoriser le développement de la murabaha en France en permettant à une entité juridique, autre qu'un établissement de crédit français ou étranger établi en France, de détenir des participations majoritaires dans plusieurs sociétés d'investissement ad hoc ayant réalisé ou étant sur le point de réaliser une opération d'achat/revente à tempérament d'un bien immobilier financé majoritairement par un établissement de crédit.

Favoriser le développement de l'ijara en France en permettant la conclusion d'opérations de crédit-bail par voie de signature concomitante d'un contrat de location et d'une promesse unilatérale de vente, pour autant que ces deux documents se fassent mutuellement référence et indiquent expressément entendre se placer sous le régime du crédit-bail immobilier

Afin de permettre la réalisation d'opérations de sukuk adossées à des actifs immobiliers français, il serait souhaitable d'entamer une réflexion sur un régime inspiré des dispositions britanniques récentes et du régime de la fiducie permettant le transfert provisoire d'actifs immobiliers en franchise d'impôt.

Favoriser le développement de la mudaraba en France en demandant à l'AMF de préciser que ses prises de position en date du 17 juillet 2007 en matière d'OPCVM s'appliquent également aux OPCI⁸⁹.

⁸⁹ F. Barrière, « *Propriété, fiducie et sukuk* », RDBF 2011, 1203.

L'enjeu serait d'avoir une voix représentative de cette industrie naissante, qui a besoin d'un environnement positif pour pouvoir se développer et apporter les bénéfices réels qu'on attend d'elle.

C'est donc à une accélération de la finance islamique à laquelle il faut s'attendre grâce à l'action de la place de Paris et Paris Eurofinance soutenu le MOU (*Memorandum of understanding*) conclu avec l'AAOIFI. Cet accord permet une meilleure connaissance et une meilleure expertise en matière de finance islamique en France⁹⁰.

Enfin, la finance islamique pose une question dont les banques sont saisies, à savoir s'il faut demain privilégier l'économie réelle ou l'économie financière qui est abstraite. En reposant sur les actifs existants et tangibles, la finance islamique qui a été largement épargnée par la crise de 2008. Ainsi, l'expérience de la finance islamique prouve qu'il est possible d'intégrer les activités bancaires modernes dans la religion musulmane.

⁹⁰ A. de Bresson, C. d'Armaillé, « *Finance islamique, les objectifs de la Place financière de Paris* », *Revue Banque*, 2013, p. 72.

LES OPERATIONS DE FINANCEMENT ET D'INVESTISSEMENT DANS LE DROIT MUSULMAN

PLAN GENERAL

1^{ère} partie

ANAYSE JURIDIQUE DE LA FINANCE ISLAMIQUE

Titre 1^{er} les contraintes juridiques nées des interdits de la chari'a

Chapitre 1 le contenu des interdits

Section 1 prohibition de l'intérêt

§1 définition du riba

§2 expression du riba dans les sources du droit musulman

Section 2 prohibition de l'aléa

§1 définition du gharar

§2 portée juridique de l'interdiction du gharar

Section 3 conformité de l'utilisation des fonds

§1 le contenu général de l'interdit

§2 portée de l'interdit en matière bancaire et financière

Chapitre 2 les réponses aux interdits

Section 1 les contrats de la finance islamique

§1 les principes généraux

§2 les principaux contrats nécessaires à l'activité bancaire

Section 2. La banque commerciale

§1 les relations avec les déposants

§2 les relations avec les entrepreneurs

Section 3. La banque d'affaires

§1 les émissions de titres

§2 les opérations sur dérivés

§3 le financement de projets

Section 1 L'assurance

§1 problème de l'assurance en droit musulman

§2 la pratique du takaful

Titre 2 Le cadre institutionnel de la finance islamique

Chapitre 1 Le cadre des institutions financières islamiques

Section 1 : La régulation des activités bancaires islamiques

§1 la nécessité d'une régulation

§2 le système de régulation

§3 les problèmes liés à la réglementation internationale

Section 2 : la normalisation du système comptable islamique

§1 l'AAOIFI

§2 les concepts comptables de la finance islamique

Section 3 : l'homogénéisation des instruments de la finance islamique

§1 la BID

§2 la CSFI

§3 les autres organismes

Chapitre 2 l'organisation de la finance islamique

Section 1 : La gouvernance de la finance islamique

§1 la structure de l'organisation

§2 les organes de gestion

§3 les organes de contrôle

Section 2 : l'information comptable et financière

§1 la publication des documents financiers

§2 la compréhension de la gestion

Section 3 : la gestion des risques

§1 le problème des conflits d'intérêts

§2 les différents risques des marchés

Section 4 le règlement du zakat

§1 la notion de zakat

§2 les règles de calcul de la zakat

Conclusion

2nde partie

LE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE DE LA FINANCE ISLAMIQUE

Titre 1 Les obstacles au développement de la finance islamique

Chapitre 1 Panorama actuel de la banque islamique

Section 1 : bilan historique

§1 les caractères fondamentaux du droit musulman

§2 historique et évolution de la finance islamique

Section 2 : bilan quantitatif des banques islamiques

§1 bilan par pays

§2 bilan par banques

Section 3 : bilan qualitatif de la banque islamique

§1 la notion de clientèle en finance islamique

§2 les perspectives et enjeux du marché français

Chapitre 2 Les obstacles au développement de la finance islamique

Section 1 les freins politiques

§1 le problème de l'image et de la transparence en finance islamique

§2 le problème de la formation des juristes en droit islamique

Section 2 les freins juridiques

§1 l'insécurité juridique

§2 le coût juridique et fiscal

Titre 2 Les perspectives de développement de la finance islamique

Chapitre 1 La standardisation des instruments juridiques de base de la finance islamique

Section 1 La transposition de l'ijara en droit français

§1 problèmes de droit musulman

§2 transposition de l'ijara Muntahia Bittamlik en droit français

§3 régime de droit fiscal

Section 2 La transposition de la murabaha en droit français

§1 problème de définition et de qualification juridiques

§2 problèmes de droit bancaire

§3 régime fiscal de la murabaha

Chapitre 2 L'insertion de la finance islamique dans la finance mondiale

Section 1 l'insertion de la finance islamique dans la grande finance

§1 finance islamique et déséquilibres macroéconomiques

§2 poids de la finance islamique dans la finance mondiale

Section 2 l'insertion de la finance islamique dans la micro finance

§1 Les convergences entre mondialisation et micro finance

§2 Les relations entre la micro finance et la mondialisation

Conclusion générale

GLOSSAIRE

Al Ajr : commission, frais ou rémunération facturés pour des services.

Amana/Amanah : littéralement : fiabilité, loyauté, honnêteté. Techniquement : une valeur importante de la société islamique dans les relations mutuelles. Le terme renvoie également aux dépôts fiduciaires. Une personne peut détenir des biens pour le compte d'autrui, parfois en application d'un contrat.

Al Rahn Al : accord aux termes duquel un actif est affecté en garantie d'une dette. La garantie peut être utilisée en cas de défaillance.

Al Wadia : revente de marchandises avec une remise sur le prix initialement indiqué.

Bai/Bay' : Terme qui signifie vente et qui est utilisé comme préfixe lorsqu'on se réfère aux différents modes de financement islamiques.

Bai Al-Arboon/'Arbun : contrat de vente en vertu duquel un dépôt de garantie est effectué d'avance en règlement partiel du prix de la matière première achetée. Ce dépôt est conservé si l'acheteur ne respecte pas ses obligations. Ce contrat proche d'une option d'achat classique (*Call Option*).

Bai al Dayn : financement de dette : fourniture des ressources financières nécessaires à la production, au commerce et aux services sous forme de vente/achat de documents commerciaux. Bai al-Dayn est une facilité à court terme dont l'échéance ne dépasse pas un an. Seuls les documents représentant des dettes découlant de transactions commerciales de bonne foi peuvent être négociés.

Bai Bithaman Ajil : contrat de vente de biens à paiement différé. La banque achète les biens d'équipement ou les marchandises demandés par le client et les lui revend ensuite à un prix convenu, majoré de sa marge bénéficiaire. Le client peut régler en plusieurs fois sur une période prédéfinie, ou en un seul versement. Ce contrat s'apparente au contrat Murabaha mais avec paiement différé.

Bai Muajjal (contrat à paiement différé) : contrat prévoyant la vente de marchandises avec paiement différé. La banque ou le bailleur de capitaux achète les marchandises (actifs) pour le compte de l'entreprise. La banque vend ensuite les marchandises au client à un prix convenu, majoré d'une marge bénéficiaire. L'entreprise peut régler le solde total à une date ultérieure convenue ou effectuer des versements échelonnés sur une période prédéfinie. Ce contrat est similaire au contrat Murabaha dans le sens où il s'agit également d'une vente à crédit.

Baitul Mal : trésorerie.

Comité de conformité avec la Charia (Sharia Board) : comité de spécialistes de l'Islam fournissant des conseils à une institution financière islamique pour le développement de produits conformes à la Charia.

Dirham : unité monétaire, généralement une pièce d'argent, utilisée autrefois dans plusieurs pays musulmans et ayant toujours cours légal dans certains de ces pays, tels que le Maroc et les Emirats Arabes Unis.

Fatwa : décret religieux.

Fiqh : jurisprudence islamique. Science de la Charia. C'est une source importante de l'économie islamique.

Gharar : incertitude. L'une des trois interdictions fondamentales en finance islamique (avec le Riba et le Maysir). Le Gharar est issue incertaine causée par des conditions ambiguës liées aux contrats à échange différés.

Haram : illégal.

Hawala : littéralement : lettre de change, billet à ordre, chèque ou traite. Techniquement : le débiteur transmet la responsabilité du paiement de sa dette à un tiers qui est lui-même son débiteur. La responsabilité du paiement incombe ainsi en dernier ressort à un tiers. L'Hawala est un mécanisme qui permet le règlement de comptes internationaux par transferts comptables. Il supprime dans une large mesure la nécessité d'un transfert physique de liquidités.

Ijara : contrat de crédit-bail aux termes duquel la banque achète un bien pour un client puis le loue en crédit-bail pour une période déterminée.

Ijara-wa-Iqtina : Similaire à l'Ijara, à cette différence près que le client a la possibilité d'acheter le bien à la fin du contrat.

Istisna : contrat auquel le manufacturier accepte de produire et délivrer une marchandise ou construction à un prix donnée à une date de date future donnée.

Ju'alal : littéralement : prix stipulé pour la fourniture d'un service. Terme parfois utilisé dans un sens technique dans le modèle de la banque islamique.

Kafala : Contrat de garantie par lequel un tiers garantit la dette d'un agent endetté. La responsabilité de la dette vis-à-vis du créancier revient ainsi aux deux contreparties du contrat. Comme pour le contrat de Hawala, la Kafala ne génère pas de frais au-delà des frais administratifs.

Maysir : jeu de hasard. L'une des trois interdictions fondamentales en finance islamique (avec la Riba et le Gharar). L'interdiction du Maysir sert souvent de fondement aux critiques des pratiques financières classiques telles que la spéculation, l'assurance traditionnelle et les produits dérivés.

Mudaraba : partenariat d'investissement. Technique de financement utilisée par les banques islamiques dans laquelle le capital est intégralement fourni par la banque tandis que l'autre partie assure la gestion du projet. Les bénéfices sont partagés selon une clé de répartition fixée au préalable et les pertes éventuelles sont supportées par l'investisseur.

Mudarib : dans un contrat mudaraba, la personne ou partie qui intervient en qualité d'entrepreneur.

Muqayada : Contrat d'échange d'une quantité x d'une matière première contre une quantité y d'une autre matière première n'incluant aucun échange d'argent. Les quantités sont fixées sur la base des prix de marché des matières premières échangées.

Murabaha : forme de crédit qui permet au client d'effectuer un achat sans avoir à contracter un emprunt portant intérêt. La banque achète un bien puis le vend au client en différé.

Musawama : Contrat de vente classique dans lequel l'acheteur ne connaît pas la marge bénéficiaire appliquée par le vendeur.

Musharaka : partenariat d'investissement dans lequel les conditions de partage des profits sont prédéfinies et les pertes sont proportionnelles au montant investi ; C'est une forme de capital-investissement.

Qard Hasan : Prêt sans intérêt ni profit. Il s'apparente plus à une aide qu'à un crédit commercial. Cette technique est rarement utilisée par des établissements commerciaux. En revanche elle peut être utilisée dans des situations spécifiques (en cas de difficultés d'un individu ou une entreprise, ou lorsqu'on souhaite favoriser le développement de secteurs naissants).

Rab-al-maal : dans un contrat mudaraba, la personne qui investit les capitaux.

Rahn : Contrat par lequel un agent assure une dette via un collatéral (nantissement). Ce type de contrats vise à atténuer le risque de contrepartie supporté par le créancier. L'avantage de ce contrat est qu'il permet à l'agent de présenter un bien en sa possession en tant que collatéral tout en conservant son utilisation et sa propriété.

Riba : l'une des trois interdictions fondamentales en finance islamique (avec le Gharar et le Maysir). Littéralement, augmentation ou ajout. Techniquement, toute augmentation ou tout avantage obtenu par le prêteur et constituant une condition du prêt. Tout taux de rendement sans risque ou « garanti » sur un prêt ou un investissement relève de la Riba.

Salam : contrat prévoyant le pré-paiement de marchandises livrées ultérieurement. Aucune vente n'est possible si les marchandises n'existent pas au moment du contrat mais ce type de vente, qui fait figure d'exception, est autorisé à condition que les marchandises soient définies et la date de livraison fixée. Ce type de vente porte généralement sur des biens physiques, à l'exclusion de l'or et de l'argent, qui sont considérés comme des valeurs monétaires.

Sharia/Charia' : loi islamique révélée au prophète Mahomet et inscrite dans le Coran et Sounna. Un produit conforme à la Sharia répond aux exigences de la loi islamique.

Sukuk : similaire à une obligation adossée à un actif, le Sukuk est un billet de trésorerie qui confère à l'investisseur une part de propriété dans un actif sous-jacent et lui assurant un revenu à ce titre. L'entité émettrice doit identifier les actifs existants à vendre aux investisseurs Sukuk, par transfert à une entité ad hoc. Les investisseurs jouissent alors de l'usufruit de ces actifs, au prorata de leur investissement. Ils supportent généralement le risque de crédit de l'émetteur plutôt que le risque réel lié aux actifs détenus par l'entité ad hoc. Les Sukuk peuvent être cotés et notés en fonction du marché cible mais ce n'est pas obligatoire. Les Sukuk sont généralement émis par des entreprises, certaines institutions financières et des Etats souverains.

Takaful (Takafoul) : assurance islamique. Prend la forme d'une assurance coopérative avec mise en commun des fonds, selon le principe de l'assistance mutuelle. Dans le système Takaful, les membres sont à la fois assureurs et assurés. L'assurance traditionnelle est interdite dans l'Islam car elle contient plusieurs éléments Haram tels que le Gharar et la Riba.

Tawarruq : Mourabaha inversé, il s'agit d'une technique financière qui permet d'obtenir le financement d'un emprunt en achetant par tranches un bien détenu par la banque. Les demandeurs autorisent alors la banque à vendre, en leur nom, leur part dans le bien à une tierce partie dans une vente au comptant et ensuite déposent le produit de la vente sur leur compte.

Wadiah : dispositif islamique contractuel de gestion de compte de dépôt à vue ou d'épargne.

Wakala : Agence - désignation d'une autre personne pour faire le travail au nom du mandant principal contre paiement d'une commission.

* *
*

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES, REVUES ET RAPPORTS

« Al Mawsoûat oul Fiqhiyah » – Volume 31

« *Takmilah Fath il Moulhim* » – Volume 1

AAOIFI Shari'a Standards n°9, ijarah and ijarah Muntahia Bittamleek.

AK M., *On ne prête (pas) qu'aux riches – La révolution du microcrédit*, éd. J.C. Lattès, Paris, 2005.

Al Naggar, 1983.

Al-Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise. Contribution à l'étude comparative de la règle de droit et du standard juridique*, Préface Édouard Lambert 1925.

Albiges Ch., *De l'équité en droit privé*, L.G.D.J. 2000.

Algabid H., *Les banques islamiques*, préf. Ch. Gavalda, Economica 1990.

Austruy J., *Islam et développement économique*, L'Harmattan 2006.

Ben Achour Y., *Le rôle des civilisations dans l'ordre international*, éd. Bruylant 2003.

Besson B., Possin J. Cl., *L'Intelligence des risques, Sécurité, Sûreté, Environnement, Management IFIE* 2006.

Blanluet G., *Essai sur la notion de propriété économique en droit français. Recherches aux confluent du droit fiscal et du droit civil*, LGDJ 1999.

Bonneau T. et Drummond F., *Droit des marchés financiers*, 3^{ème} édition 2010, Economica.

Bonneau T., *Régulation bancaire et financière européenne et internationale*, Bruylant 2012.

Bourabiat F. et Patel A., « *La finance islamique : convergences éthiques et pratiques pour l'accession à la propriété et les investissements responsables* », extrait du livre *La finance islamique à la française, un moteur pour l'économie, une alternative éthique*, Secure Finance, 2008, p. 231.

Boyé E., *L'anglais des contrats internationaux*, 2^e éd. Litec 2007.

Boyé S., *Guide de la micro finance*, éd. Organisation, 2006.

Brack E., *Banque et finance islamique en France*, in *La finance islamique, l'autre finance*.

Causse-Broquet G., *La finance islamique* Banque édition 2^e éd.

Charles A., Farid Baddache. *Prévenir les risques. Agir en organisation responsable*. Éditions AFNOR

Cehat Ch., « *Le concept de contrat en droit musulman* », Archives de la philosophie du droit, t. XIII, Sirey 1968, p. 131.

Chéhata Ch., *Essai d'une théorie générale de l'obligation en droit musulman*, p. IX.

Comair Obeid N., *Les contrats en droit musulman des affaires*, thèse paris II, 1995

Comard-Obeid, *Les contrats en droit musulman des affaires*, Economica 1995, p. 63.

Comte-Sponville A., *La Philosophie*, Paris P.U.F. 2005.

Couret A., Le Nabasque H., Coquelet M.L., Granier T., Poracchia D., Raynouard A., Reygrobellet A., Robine D., *Droit financier*, Dalloz 2^{ème} édition 2013.

Decocq G., Gérard Y. et Morel-Maroger J., *Droit bancaire*, RB édition 2010.

Dictionnaire des grandes œuvres juridiques, sous la direction de O. Cayla et de J. L. Halperin, Dalloz 2008.

Dictionnaire historique des juristes français XII^e-XX^e siècle, PUF 2007.

Droit et Culture, Travaux de l'Association Henri Capitant, 2008, t. LVIII, éd. Bruylant.

Droit et Economie, Arch. phil. droit t. 37, Sirey 1992.

El Bokhari, *Les traditions islamiques*, traduites de l'arabe par O. Houdas et Marchal, Lib. D'Amérique et d'Orient, éd. Maisonneuve, Paris 1906.

El Nahas, *Impact de la religion musulmane sur le secteur bancaire libanais – Cas des banques islamiques*, 2007.

Etude de Charpa et Khan de 2000

Finance islamique, *Les normes de conformité de l'AAOIFI*, vol. 1 et 2 ; éd. Eska 2013, ouvrage coordonné par Paris Europlace.

Finance islamique, *Les normes de conformité de l'AAOIFI*, vol. 1.

Gaudemet A., *Les dérivés*, Economica 2010.

Gavalda Ch. et Stoufflet J., *Droit bancaire*, Lexisnexis 8^{ème} édition 2010.

Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux, Rapport 1999-2000, 3 février 2001.

Guéranger F., *Finance islamique*, Dunod 2009,

Haenni P., *L'Islam de marché, L'autre révolution conservatrice*, Seuil éd.

Hassoun A., *Livre blanc sur la finance islamique*, 2010.

Huet J., Grimaldi C., Lécuyer H., Decocq G. et Morel-Maroger J., *Traité de droit civil*, « *Les Principaux contrats spéciaux* », L.G.D.J., 3^{ème} éd. 2012 p. 1005.

Iqbal M., *A guide to islamic finance*, Risk Books 2007.

Jahel S., *La place de la Chari'a dans les systèmes juridiques des pays arabes*, éd. Panthéon-Assas p. 7.

Jauffret-Spinosi C., *Grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz 11^e éd. 2002, n. 377 et s.
L'interprétation dans le droit, Arch. phil. du droit, t. XVII 1972.
Lambert-Faivre Y. et Leveneur L., *Droit des assurances*, Dalloz 12^e éd.
Les capitaux de l'Islam, coord. G. Beaugé, éd. CNRS 2001.
Littlefield et Rosenberg, 2004 :
Maurie Ph., Aynès L., Stoeffel-Munck Ph., *Les obligations*, Defrénois 5^e éd. 2011.
Maoula Char Abdel et Ourset R., *Formation et conceptualisation de la finance islamique*, in *La finance islamique à la française*, sous la direction de J. P. Laramée, éd. Secure finance 2008, p. 273.
Martin-Sisteron H., *Finance islamique et financement de projets en France*, IRJS Editions, 2012
Mohamed Ibn Jamal Eddine Makki al-Amili, *Précis de droit musulman*, éd. Al-Maalim fi al-Usul 1964.
Mojuyé J.B., *Le droit des produits dérivés financiers (swaps, options, futures...) en France et aux Etats Unis*, LGDJ 2005.
Morel-Maroger J., *Les opérations de banque en droit international privé*, Thèse Paris I, dir. Pierre Mayer.
Morin A., *contribution à l'étude des contrats aléatoires*, collection des thèses de l'école doctorale de Clermont-Ferrand, 1998, p.48.
Nicolas V., *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, L.G.D.J., 1996.
Parléani G., « *Regards pragmatiques sur la finance islamique* », RDBF, 2012, dossier 12.
Piédelièvre S. et Putman E., *Droit bancaire*, Economica 2011.
Pillet G. et Boscovic A., Rome I, choix de la loi et compatibilité avec la chari'a, in *Le règlement communautaire « Rome I » et le choix de loi dans les contrats internationaux*, Litec 2011.
Pironon V., *Les joint ventures - Contribution à l'étude juridique d'un instrument de coopération internationale*, préf. Ph. Fouchard, Nouvelle bibliothèque des thèses, Dalloz 2004.
Rapport Camdessus 2001.
Rapport Cling 2003.
Rapport d'information du Sénat, 14 mai 2008.
Rapport E. Jouini et O. Pastré remis à Paris Europlace le 8 décembre 2008, Enjeux et opportunités du développement de la finance islamique pour la place de Paris.
Rapport Exclusion et liens financiers de Gentil et Servet, 2002

Rapport Hugon, 2000 et Nicolas, 2002.

Revue « *civilisation de l'islam* », Damas, 1961.

Revue *The Banker* 2007.

Ripert G., *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J. réimpression 1998.

Robinson M., *Islam et Capitalisme*, Ed. du Seuil 1966

Rustum Shah, *Islamic Finance, a practical Guide*, Consulting editor Rahail Ali.

Saint-Marc G., « *Finance islamique et droit français* », tables rondes organisées par la Commission des Finances du Sénat du 14 mai 2008.

Sanhoury, *Traité de droit civil égyptien* en 10 volumes, t. III.

Servet J.M., *Banquiers aux pieds nus – La microfinance*, Odile Jacob, Paris, 2006.

VALASKAKIS K., *Mondialisation et gouvernance – Le défi de la régulation publique planétaire*, éd. Futuribles, avril 1998

Sève R., « *L'avenir libéral du droit* », Mélanges F. Terré, Dalloz 1999.

Sommi F., *Takaful et Wealth management*, Mémoire Université Paris-Dauphine, 2010-2011.

Talbi M., « *Le prêt à intérêt est-il interdit par l'Islam ?* » Jeune Afrique, 22 décembre 2002.

Terré F., Introduction générale au droit, 9^e éd. Dalloz 2012.

Traité de riscologie - La science du risque, Georges Jousse, Imestra Éditions, 2009, *Gestion des risques*, Michel Lesbats, Dunod, 2012

Vielajus S., *La société civile mondiale à l'épreuve du réel*, 2007.

Webster L., Fidler P., *Le secteur informel et les institutions de micro financement en Afrique de l'Ouest*, Banque mondiale, 1995.

Yagi A., *Droit musulman*, éd. Publisud, 2004, p. 224.

Zein Y., *Les pools bancaires*, Economica 1988.

Zied et Pluchart, 2006.

II. ARTICLES

« Paris n'est pas devenu le hub de la finance islamique », Les Echos, 6 septembre 2011.

Abi Rizk G., *La gouvernance des banques islamiques*, RDBF 2008, Etude 5.

Algabid Hamid, *Les banques islamiques*, préf. Ch. Gavalda, Economica 1990 ; J. Lasserre Capdeville, « *Les principes de la finance islamique : présentation et illustration* », RDBF 2001, Etude 13.

Analogie et méthodologie juridique, R.R.J. 1995-4.

Bälz K., *A murabaha transaction in a English court*, Islamic Law and society, 2004, 11.

Barrière F., « *Propriété, fiducie et sukuk* », JCP éd. affaires, 2011, 1203.

Barrière F., « *Propriété, fiducie et sukuk* », RDBF 2011, 1203.

Belabes Abderrazak, *Épistémologie des principes de la finance islamique*, Cahiers de la finance islamique, n°2, p. 5.

Brayer G., « *La finance islamique, une autre finance* », in *La finance islamique : l'autre finance*, Société de Législation Comparée, 2009, p.9.

Bréhier B. et Mékouï F., « *Réflexions sur la loi de séparation et de régulation des activités bancaires : quelles conséquences pour la structure des banques, l'organisation des marchés et la supervision* », BJB 2013 p. 422.

Bresson A. de, Armaillé C. d', « *Finance islamique, les objectifs de la Place financière de Paris* », Revue Banque, 2013, p. 72.

Capdeville J. et Hazoug S., « *Le compte de dépôt et la finance islamique* », RD bancaire et fin. 2011, étude 33.

Capital Adequacy Standards for institutions offering only Islamique Services, décembre 2005.

Causse G., « *Remèdes aux crises financières ou retour au « vrai » capitalisme ?* », Revue Banque, 2013, p. 78.

Charlin J., « *Fiducie, sukuk et autres murabaha ou ijara, à propos de la finance islamique* », JCP Entreprise et Affaires n° 41, 8 Octobre 2009

Charlin J., Fiducie, « *sukuk et autres murabaha ou ijara - A propos de la finance islamique* », JCP Entreprise et Affaires, n°41, 8 octobre 2009, 1946 ;

Cherata Ch., « *Les survivances musulmanes dans la codification du droit civil égyptien* », RID comp., p.839.

Coste F., *La finance islamique aux Etats-Unis et en Angleterre*, in *La finance islamique à la française*, sous la direction de J. P. Laramée éd. Secure Finance 2008, p127.

Durand F., Hazoug S., *La murabaha*, RDBF 2011, étude 16.

Ezzarka M., *le contrat d'assurance et l'attitude du droit musulman*, la revue « civilisation de l'Islam », Damas, 1961, p.45 à 434.

Gannagé L., « *Droit immobile ou droit en mouvement ?* » Mélanges Oppetit, p. 203 éd. LITEC 2009.

Gannagé L., « *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures* »,

Grangereau P. et Haroun M., « *Financements de projets et financements islamiques ; Quelques réflexions prospectives pour des financements en pays de droit civil* », Banque et Droit, 2004, n° 97, p. 52 ;

Harzi Abdel, Les banques islamiques plus résilientes que les banques conventionnelles ?
Revue Banque, 2013, p. 76.

Khan & Ahmed, 2001.

Lasserre Capdeville J., Séparation et régulation des activités bancaires, Une avancée du droit,
JCP G 2013,925,

Lelart M., « *Le micro crédit, un contrat social ? le micro-crédit entre la richesse et l'endettement* », Economie et Management, n°140, 35-38.

M. El Khoury, « *Techniques de financement islamique, une discipline peu connue en France* », Banque et Droit, 2003, n° 92, p. 17 ;

Maazouz Jilali, « *La réception de la finance islamique en France, entre résistance idéologique et défaut méthodologique* », Revue Banque, 2013, p. 72.

Marais B. du, « *La contribution des grandes religions et éthiques à la résolution de la crise financière* », Revue Banque, 2013, p. 74.

Martin-Sisteron H., « *OPCVM islamique, Un mode de financement innovant pour les infrastructures ?* » Revue Banque, 2013, p. 69.

Massart T., L'acculturation de la finance islamique en droit fiscal français, Revue de fiscalité de l'entreprise, n°1, 2012.

Mathey N., La prise en compte des déterminants religieux dans la relation bancaire, RDBF, 2012, dossier 13.

Mohamed HAMRA-KROUHA, Bulletin Joly Bourse, 1^{er} avril 2009 n° 2, p. 153

Oppetit B., « *L'émergence de la lex mercatoria* », in Droit et modernité, P.U.F., p. 53 ;

Riassetto I., « *Les fonds islamiques* », RDBF 2011, Etude 18.

Rochdahou Omar, « *La réception de la finance islamique en France, Face à la crise, une réponse éthique* », Revue Banque, 2013, p. 71.

Roche M., « *La crise dans l'émirat ébranle la crédibilité de la finance islamique* », article publié dans Le Monde daté du 1^{er} décembre 2009.

Serhal C. J., « *L'application du taux effectif global aux contrats de financement islamique, Banque et droit* », 2009, 11.

Shamil Bank of Bahrain EC v Beximco Pharmaceuticals Ltd and others, Commentaire de L.J. Potter [2004] EWCA Civ 19, [2004] 4 All ER 1072.

Storck M., RTCom. 2008, 808.

Storck M., Zeyade I. Cekici, « *Les sukuk : aspects de droit français et de droit musulman* », RDBF ; 2011, étude 17.

Sundararajan & Errico, 2002 ; Grais & Kulthunga, 2007.

Tabourin G., « *Le point de vue du superviseur* », in *La finance islamique, l'autre finance*, Société de législation comparée, 2009, p. 111.

Thibierge C., « *Le droit souple, réflexions sur les textures du droit* », R.T.D. civ. 2003, 599.

Toumi Kaouther, « *L'impact des comptes d'investissement participatifs sur le ratio prudentiel des banques islamiques* », *Les Cahiers de la finance islamique* n°2, p. 39.

Vauplane H. de, *Les origines de la crise financière à la lumière des religions monothéistes*, *Revue Banque* juin 2013 p. 81.

Vieljalus J.L., *Les ONG de développement, acteurs d'une mondialisation moins inégalitaire et plus solidaire*, éd. Techniques Financières et Développement, n° 86, mars 2007, pp. 14-23

Zeyyad Cekiki I., « *Le cadre juridique français des opérations de crédit islamique* », RDBF, 2011, Etude 15.

III. JURISPRUDENCE

Cour suprême d'Egypte, 27 décembre 1926, *La revue Almuhamat* 7, p. 937.

Cass. 3^e civ., 10 juin 1980, n°78-11032, Sté Union de crédit-bail immobilier Unibail c/ Sté Groupement foncier français ;

Cass. 3^e civ., 10 juin 1980, n°79-13330, SARL Epipress c/ SA Bail-Investissement : Bull. civ. III n° 114.

Cass. Civil 1^{re}, 2 mai 1989, *Bull. civil*. I, n°177.

Cass. Com. 30 mai 1989, n°88-11445, Bull. civ. IV, n°167.

Décision Symphony Gems, Court of London, 13 février 2002 ; <http://indiankanoon.org/doc/1614732/>

Beximco, Commercial Court, 1^{er} août 2003, <http://www.nadr.co.uk/articles/published/ArbitLawReports/Beximco%20v%20Shamil%202004.pdf>.

CJCE Caixa Bank, 5 octobre 2004, S. Piedelièvre, Feu vert de la CJCE pour les comptes rémunérés, D. 2004 p. 2770.

Cass. 1^{ère} Civ., 3 mai 2007, D. 2007, n° 21, p. 1431.

Crim. 17 octobre 2007, pourvoi n°07-81038.

CM. 17 mai 2013, n°11-22927.

IV. SITES INTERNET

swissinfo.org

www.amf-France.org.

www.economie.gouv.fr/100-mesures-reforme-bancaire

www.fahmedeen.org/books/islamandmodernism.pdf

www.nortonrosefulbright.com

www.oumma.com.

http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2004/06/pdf/littlefi.pdf

http://philpapers.org/r

http://www.djindexes.com/islamic/index.cfm?go=overview.

TABLE DES MATIÈRES

1^{ère} partie

ANALYSE JURIDIQUE DE LA FINANCE ISLAMIQUE.....	29
Titre 1 les contraintes juridiques nées des interdits de la chari'a.....	31
Chapitre 1 le contenu des interdits.....	33
Section 1 prohibition de l'intérêt.....	34
§1 définition du riba.....	34
§2 expression du riba dans les sources du droit musulman.....	36
Section 2 prohibition de l'incertitude ou gharar.....	40
§1 définition du gharar.....	41
§2 portée juridique de l'interdiction du gharar.....	42
Section 3 conformité de l'utilisation des fonds.....	42
§1 le contenu général de l'interdit.....	44
§2 portée de l'interdit en matière bancaire et financière.....	45
Chapitre 2 les réponses aux interdits.....	48
Section 1 les contrats de la finance islamique.....	49
§1 les principes généraux.....	49
§2 les principaux contrats nécessaires à l'activité bancaire.....	51
Section 2. La banque commerciale.....	53
§1 les relations avec les déposants.....	53
§2 les relations avec les entrepreneurs.....	55

Section 3. La banque d'affaires.....	60
§1 les émissions de titres.....	61
§2 les opérations sur dérivés.....	64
§3 le financement de projets.....	69
 Section 4 L'assurance.....	 72
§1 problème de l'assurance en droit musulman.....	72
§2 la pratique du takaful.....	77
 Titre 2 Le cadre institutionnel de la finance islamique.....	 82
 Chapitre 1 Le cadre des institutions financières islamiques.....	 84
Section 1 : La régulation des activités bancaires islamiques.....	85
§1 la nécessité d'une régulation.....	85
§2 le système de régulation.....	87
§3 les problèmes liés à la réglementation internationale.....	90
 Section 2 : la normalisation du système comptable islamique.....	 98
§1 l'AAOIFI.....	98
§2 les concepts comptables de la finance islamique.....	102
 Section 3 : l'homogénéisation des instruments de la finance islamique.....	 104
§1 la BID.....	104
§2 la CSFI.....	107
§3 les autres organismes.....	107
 Chapitre 2 l'organisation de la finance islamique.....	 111
Section 1 : la gouvernance de la finance islamique.....	112
§1 la structure de l'organisation.....	112

§2 les organes de gestion.....	113
§3 les organes de contrôle.....	115
Section 2 : l'information comptable et financière.....	119
§1 la publication des documents financiers.....	120
§2 la compréhension de la gestion.....	122
Section 3 : la gestion des risques.....	124
§1 le problème des conflits d'intérêts.....	124
§2 les différents risques des marchés.....	126
Section 4 le règlement du zakat.....	130
§1 la notion de zakat.....	131
§2 les règles de calcul de la zakat.....	132
Conclusion.....	135
2 nd e partie	
LE DEVELOPPEMENT ECONOMIQUE DE LA FINANCE ISLAMIQUE.....	138
Titre 1 Les obstacles au développement de la finance islamique.....	140
Chapitre 1 Panorama actuel de la banque islamique.....	142
Section 1 : bilan historique.....	143
§1 les caractères fondamentaux du droit musulman.....	143
§2 historique et évolution de la finance islamique.....	150
Section 2 : bilan quantitatif des banques islamiques.....	153
§1 bilan par pays.....	153
§2 bilan par banque islamique.....	155

Section 3 : bilan qualitatif de la banque islamique.....	156
§1 la notion de clientèle en finance islamique.....	157
§2 les perspectives et enjeux du marché français.....	160
Chapitre 2 Les blocages au développement de la finance islamique.....	164
Section 1 les freins politiques.....	165
§1 le problème de l’image et de la transparence en finance islamique.....	165
§2 le problème de la formation des juristes en droit islamique.....	171
Section 2 les freins juridiques.	177
§1 l’insécurité juridique.....	178
§2 le coût juridique et fiscal.....	189
Titre 2 Les perspectives de développement de la finance islamique.....	196
Chapitre 1 La standardisation des instruments juridiques de base de la finance islamique...	197
Section 1 La transposition de l’ijara en droit français.....	199
§1 problèmes de droit musulman.....	199
§2 transposition de l’ijara Muntahia Bittamlik en droit français.....	203
§3 régime de droit fiscal.....	210
Section 2 La transposition de la murabaha en droit français.....	214
§1 problèmes de définition juridique.....	214
§2 problèmes de droit bancaire.....	217
§3 régime fiscal de la murabaha.....	221
Chapitre 2 L’insertion de la finance islamique dans la finance mondiale.....	227
Section 1 l’insertion dans la grande finance.....	228

§1 finance islamique et déséquilibres macroéconomiques.....	228
§2 poids de la finance islamique dans la finance islamique.....	233
Section 2 l'insertion dans la micro finance.....	239
§1 Les convergences entre mondialisation et microfinance.....	240
§2 Les relations entre la microfinance et la mondialisation.....	245
Conclusion générale.....	262

SUMMARY

The banking activity is the driving force of the economy. In Western-type of juridical systems, banks use contracts right to offer their services, whatever it is the commercial bank or the business bank. Similarly, banks are stepping up their imagination when it comes to increase their margins and investments profitability they make from funds deposited by the savers. Finally, banks participate to the financing of large projects and thus allow their completion, generally with a public authority intervention. All banking activities are subject to a strict public regulation to guarantee banks solvency and credit protection. The Islamic finance fits into this juridical scheme, though it has to take into account several constraints from the application and respect of the Chari'a. In fact, it seems at first glance the prohibition of the interest, *riba*, and the hazard, *gharar*, constitutes overwhelming obstacles in order to work as a banker. In reality, the Islamic finance can perfectly be developed, under certain conditions that need to be explained.

A first part is dedicated to the juridical analysis of the Islamic finance. It is to show with which contractual arrangements banking activity respects religious requirements. Also, it is displayed how the Islamic finance operates within the legal and regulatory framework.

A second part is devoted to the conditions of economic development of the Islamic finance, which faces certain challenges to integrate itself in the Western banking activity.

Globally speaking, the Islamic finance opens a new path in world finance, focusing on ethics and responsibilities, all the fundamental moral values that were much bent in Western economies. This crisis in 2008, which still exists, gives opportunity to develop the Islamic finance, in France where 5 million Muslims live, but also in Muslim or non-Muslim emerging countries.

Therefore, the study of Islamic finance enables to enrich thinking on contemporary and future banking practices.

ANNEXES

1. Bulletin officiel des impôts 25 février 2009
2. Bulletin officiel des impôts 23 juillet 2010
3. Bulletin officiel des impôts 12 septembre 2012
4. Wakala agreement
5. Contrat Ijara wa iqtina immobilier
6. Contrat Mourabaha immobilière
7. Normes comptables Mourabaha avec ordre d'achat
8. Normes comptables Ijara

BULLETIN OFFICIEL DES IMPÔTS

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

4 FE / 09

N° 22 DU 25 FEVRIER 2009

IMPOT SUR LE REVENU (IR). IMPOT SUR LES SOCIETES (IS). TAXE SUR LA VALEUR AJOUTEE (TVA). DROITS D'ENREGISTREMENT. TAXE PROFESSIONNELLE (TP). RÉGIME APPLICABLE AUX OPERATIONS DE MURABAHA ET AUX SUKUK

NOR : ECE L 09 00001 J

Bureaux A, B1, B2, C2, D1 et D2

P R E S E N T A T I O N

La finance islamique se rapporte aux instruments financiers utilisés par les investisseurs qui souhaitent investir dans le respect des principes du Coran et notamment du principe de prohibition de l'intérêt.

La présente instruction a pour objet de préciser le régime fiscal applicable, tant en matière d'impôt sur les bénéfices et de prélèvement obligatoire sur les produits financiers de source française versés à des non-résidents de France (« retenue à la source ») que de taxe professionnelle, de cotisation minimale sur la valeur ajoutée, de taxe sur la valeur ajoutée ou de droits d'enregistrement, à deux des principaux outils de la finance islamique : le contrat de murabaha d'une part ainsi que les sukuk et les produits financiers assimilés d'autre part.

La murabaha est un contrat de vente aux termes duquel un vendeur vend un actif à un financier islamique qui les revend à un investisseur moyennant un prix payable à terme (vente à tempérament).

Les sukuk, ainsi que les produits financiers assimilés, sont des titres représentant pour leur titulaire un titre de créances ou un prêt dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur. Ces actifs sont affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des sukuk ou des produits assimilés.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

TITRE 1 : REGIME FISCAL DES OPERATIONS DE MURABAHA

Section 1 : Caractéristiques des opérations faisant appel à un contrat de murabaha

- I. Présentation générale des opérations
- II. Caractéristiques du contrat de murabaha

Section 2 : Modalités d'imposition du profit financier rémunérant le différé de paiement consenti à l'acquéreur

- I. Modalités d'imposition du profit financier en matière de bénéfices industriels et commerciaux
- II. Modalités d'imposition du profit financier lorsque le financier est une personne non résidente de France

Section 3 : Cas particulier des ventes d'immeubles

- I. Conditions d'application du régime d'imposition des plus-values immobilières
- II. Prise en compte des spécificités propres aux opérations réalisées dans le cadre d'un contrat de murabaha

Section 4 : Modalités d'imposition à la taxe professionnelle et à la cotisation minimale sur la valeur ajoutée

- I. Détermination de la base d'imposition du financier
- II. Détermination de la valeur ajoutée pour l'établissement de la cotisation minimale sur la valeur ajoutée

Section 5 : Modalités d'imposition en matière de fiscalité des transactions

- I. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des immeubles

A. Droits d'enregistrement

B. Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

- II. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des titres

A. Droits d'enregistrement

B. Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

III. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des machines-outils ou des stocks

IV. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des matières premières

TITRE 2 : REGIME FISCAL DES SUKUK ET PRODUITS ASSIMILES

Section 1 : Caractéristiques des sukuk et produits financiers assimilés

I. Les obligations islamiques dites sukuk

II. Les titres de dette et prêts indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs

III. Les caractéristiques communes des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés

A. Droits et obligations des prêteurs d'un prêt indexé ou des titulaires des obligations dites sukuk ou d'un titre de dette indexé

B. Conditions de rémunération et de remboursement

Section 2 : Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés et régime fiscal applicable aux non-résidents de France

I. Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés

II. Régime fiscal applicable aux titulaires non résidents de France de sukuk et produits financiers assimilés

A. Rappel de la législation en vigueur

B. Conditions d'application de l'exonération de prélèvement obligatoire pour ces produits financiers

Section 3 : Modalités d'imposition à la taxe professionnelle et à la cotisation minimale sur la valeur ajoutée

I. Particularités de la fiducie

A. Imposition au nom du fiduciaire

B. Base d'imposition de la fiducie

II. Détermination de la valeur ajoutée pour l'établissement de la cotisation minimale sur la valeur ajoutée

Section 4 : Modalités d'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

INTRODUCTION

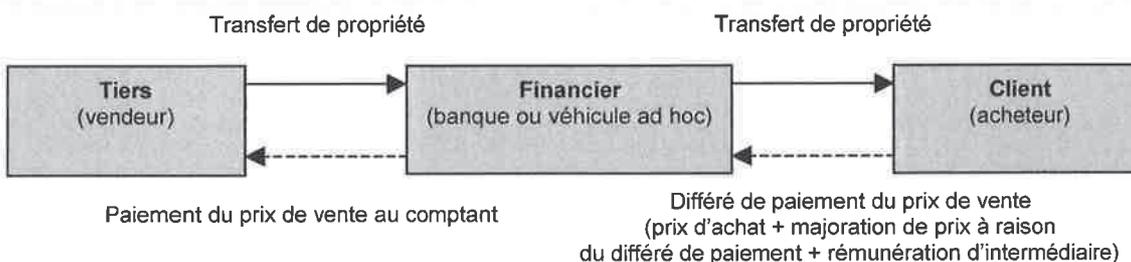
1. La finance islamique représente environ 400 à 500 Md€ d'investissement à travers le monde. Elle concerne les investisseurs qui souhaitent investir dans des instruments financiers respectueux des principes du Coran et notamment la prohibition de l'intérêt. Le développement de la finance islamique en France, destiné à faire bénéficier ces investisseurs des services de la place financière française, permettra d'attirer sur notre territoire une part de ces investissements. Cela suppose de mettre en place un cadre juridique et fiscal de nature à procurer la sécurité et la prévisibilité nécessaires aux investisseurs.
2. Les développements qui suivent traitent des questions fiscales relatives principalement à deux outils de la finance islamique : les contrats de murabaha et les sukuk et produits financiers assimilés.
3. L'enjeu est de déterminer les conditions dans lesquelles, compte tenu de leurs caractéristiques propres, ces outils de la finance islamique peuvent être assimilés sur le plan fiscal à des produits de dette ainsi que de préciser le régime fiscal qui leur est applicable au regard des différents impôts concernés (impôt sur les bénéfices, prélèvement obligatoire sur les produits financiers de source française versés à des non-résidents de France - « retenue à la source » -, taxe professionnelle, cotisation minimale sur la valeur ajoutée, taxe sur la valeur ajoutée, droits d'enregistrement).
4. A défaut de précision contraire, les articles mentionnés dans cette instruction sont ceux du code général des impôts.

TITRE 1 : REGIME FISCAL DES OPERATIONS DE MURABAHA

Section 1 : Caractéristiques des opérations faisant appel à un contrat de murabaha

I. Présentation générale des opérations

5. La murabaha est un contrat de vente aux termes duquel un vendeur vend un actif à un financier islamique (une banque islamique ou une filiale *ad hoc* créée par elle ou par un tiers à l'investisseur) qui les revend à un investisseur (économiquement l'emprunteur) moyennant un prix (qui comprend une marge couvrant notamment la charge financière de l'intermédiaire financier) payable à terme (vente à tempérament).
6. La murabaha consiste en un schéma de financement portant sur n'importe quel type d'actif, mais le plus souvent des immeubles (ce peut être également des titres, des matières premières ou des machines), visant à respecter l'interdiction par le Coran du *riba* ou prêt à intérêt.
7. Schématiquement, une banque crée une structure *ad hoc* qui emprunte (le financier) ; le financier achète un immeuble et, pour ce faire, emprunte ; il revend, en principe immédiatement (ce peut être le jour même de l'acquisition), ce bien à son client (intérêts compris).
8. L'intermédiation du financier se traduit ainsi par deux transferts successifs de propriété du bien que l'on peut résumer par le schéma ci-dessous.



9. Le financier recourt lui-même à un financement pour acquérir le bien au comptant et supporte ainsi des charges financières sur la durée du financement calée sur la durée de convention de murabaha.

II. Caractéristiques du contrat de murabaha

10. Le contrat de murabaha est une technique de financement d'actifs (immobiliers, mobiliers, titres ou stocks) au moyen d'une opération d'achat-revente.

11. Le financier procède à l'achat initial du bien sur ordre et pour le compte du client, le mandant, lequel connaît et accepte le prix d'acquisition. A cet égard, le contrat peut prévoir la constitution d'un dépôt de garantie du client en faveur du financier. La revente du bien par le financier au client est concomitante, voire intervient dans un délai de trois à six mois, à compter de l'acquisition de ce bien auprès du tiers.

12. Le contrat contient toutes les spécifications de la vente et notamment la nature des biens, le prix d'acquisition, les frais, la marge bénéficiaire, le prix de vente ainsi que le(s) délai(s) de paiement et de livraison.

13. La marge bénéficiaire du financier est ainsi clairement explicitée, connue et acceptée par les deux parties au contrat. En particulier, elle est préalablement déterminée.

14. Cette marge du financier¹ correspond essentiellement au coût de financement du différé de paiement accordé au client, s'agissant d'un bien par ailleurs acquis au comptant. Cette marge est payée par le client au fur et à mesure des échéances de paiement du prix d'achat du bien.

Section 2 : Modalités d'imposition du profit financier rémunérant le différé de paiement consenti à l'acquéreur

I. Modalités d'imposition du profit financier en matière de bénéfices industriels et commerciaux

15. Le contrat entre le financier et le client est juridiquement un contrat de vente. Dès lors, en principe, le gain réalisé sur cette vente est acquis au financier dès la signature du contrat et la totalité du produit de la vente est immédiatement imposable, y compris la marge du financier, autrement dit son profit.

16. Toutefois, dans la mesure où, sur un plan économique, le profit du financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'un financement conventionnel, ce profit peut bénéficier, sous certaines conditions, des dispositions du 2 bis de l'article 38 qui prévoient un étalement du produit pour les prestations continues², rémunérées notamment par des loyers ou des intérêts. Autrement dit, le profit est fiscalisé de façon linéaire sur la durée du différé de paiement quels que soient les remboursements effectués.

17. Pour que le profit soit fiscalement assimilé à des intérêts, la convention de murabaha doit réunir les conditions suivantes :

- le contrat entre les parties doit clairement faire ressortir que le financier acquiert le bien pour le revendre, concomitamment ou dans un délai qui ne peut excéder six mois, à son client, lequel est son mandant ;

- le contrat doit faire apparaître distinctement la rémunération propre du financier à raison de son intermédiation, le profit du financier constituant la contrepartie d'un différé de paiement, le prix d'acquisition par le client et le prix d'acquisition du bien par le financier ;

- le profit du financier doit être clairement explicité, connu et accepté par les deux parties au contrat ;

- le profit du financier doit être expressément désigné comme étant la contrepartie du service rendu par le financier au client et qui résulte du différé effectif de paiement consenti à l'investisseur. Il pourra par exemple s'agir d'une clause présentant le profit comme étant « la contrepartie du différé de paiement octroyé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le profit jusqu'à la date de remboursement final » ;

- comptablement et fiscalement, le profit doit être étalé par le financier de façon linéaire sur la durée du différé de paiement quels que soient les remboursements effectués.

18. L'étalement est réservé au seul profit constituant la contrepartie d'un différé de paiement, à l'exclusion notamment de la marge correspondant à la rémunération propre du financier à raison de son intermédiation.

¹ Si l'on excepte la quote-part correspondant à la rémunération propre du financier.

² ou discontinues à échéance successives.

II. Modalités d'imposition du profit financier lorsque le financier est une personne non résidente de France

19. Les sommes versées par le client, personne morale, au financier sont, lorsque ce dernier est établi à l'étranger, exonérées du prélèvement obligatoire prévu au III de l'article 125 A, en application des dispositions de l'article 131 quater, et cela à hauteur du profit constituant la contrepartie d'un différé de paiement et déterminé dans les conditions mentionnées ci-dessus au I.

Section 3 : Cas particulier des ventes d'immeubles

I. Conditions d'application du régime d'imposition des plus-values immobilières

20. Le contrat entre le financier et le client est un contrat de vente. Dès lors qu'il porte sur un immeuble, cet acte fait l'objet d'un enregistrement dans les conditions prévues à l'article 635.

21. Les plus-values réalisées, lors de la cession à titre onéreux de biens immobiliers bâtis ou non bâtis ou de droits relatifs à ces biens, sont passibles :

- de l'impôt sur le revenu dans les conditions prévues aux articles 150 V à 150 VH, lorsque le cédant est une personne physique résidente de France ou une société ou un groupement dont le siège est situé en France et qui relève des articles 8 à 8 ter (« société de personnes ») ;

- ou du prélèvement prévu à l'article 244 bis A, lorsque le cédant est une personne physique qui réside hors de France, une personne morale ou un organisme, quelle qu'en soit la forme, dont le siège social est situé hors de France ou, pour leurs associés qui résident hors de France, une société ou un groupement dont le siège social est situé en France et qui relève des articles 8 à 8 ter.

22. Le prix de cession à retenir est le prix réel tel qu'il est stipulé dans l'acte (cf. article 150 VA-I) indépendamment de ses modalités de paiement. Lorsque le prix de vente est payable à terme ou par annuités échelonnées, le prix de cession est égal au montant cumulé des versements afférents aux diverses échéances stipulées au contrat. Toutefois, si ces versements comprennent un profit, traité fiscalement comme des intérêts, le montant de celui-ci vient en déduction du prix de cession (cf. BOI 8 M-1-04, fiche n°3 § 9).

23. Si le prix de cession net du profit est supérieur au prix d'acquisition du bien par le financier, l'excédent constitue une plus-value imposable.

II. Prise en compte des spécificités propres aux opérations réalisées dans le cadre d'un contrat de murabaha

24. Sur le plan économique, le profit du financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable aux intérêts qui auraient été payés durant cette période dans le cadre d'un financement conventionnel. Par suite, il est admis que la part de la somme versée par le client lors de l'acquisition du bien dans le cadre d'une convention de murabaha qui correspond au profit du financier ne soit pas retenue pour l'application du régime d'imposition des plus-values immobilières, sous réserve que ladite convention respecte les mêmes conditions que celles qui sont requises pour l'assimilation du profit du financier à des intérêts (cf. conditions mentionnées au I de la section 2 du présent titre).

25. La distinction des différents éléments composant la somme versée par le client lors de l'acquisition du bien dans le cadre d'une convention de murabaha est indispensable pour :

- éviter que le profit du financier, à l'exclusion notamment de la marge correspondant à la rémunération propre du financier à raison de son intermédiation, ne soit soumis au régime d'imposition des plus-values des particuliers s'il s'agit d'une personne physique résidente de France ou d'une société de personnes dont le siège est situé en France ou au prélèvement prévu à l'article 244 bis A, s'il s'agit d'une personne étrangère ;

- que la plus-value réalisée lors de la cession ultérieure du bien par le client soit calculée à partir du prix d'acquisition réel et qu'elle ne soit donc pas minorée du montant des frais financiers qu'il a acquittés. En effet, en l'absence d'un tel retraitement, l'acquéreur qui agirait dans le cadre d'une convention de murabaha bénéficierait lors de la revente d'un traitement plus favorable que s'il avait eu recours à un financement conventionnel.

Section 4 : Modalités d'imposition à la taxe professionnelle et à la cotisation minimale sur la valeur ajoutée

26. La question porte sur les modalités d'imposition à la taxe professionnelle du financier qui acquiert, en vue de les revendre à tempérament au(x) tiers intéressé(s), soit un ou plusieurs immeubles soit des titres soit encore des stocks, ainsi que le traitement de ses produits (sa marge sur le prix de cession des biens) et de ses charges (les intérêts d'emprunt) au regard de la valeur ajoutée.

I. Détermination de la base d'imposition du financier

27. En ce qui concerne la base d'imposition du financier, ce dernier est imposable sur la valeur locative des immobilisations corporelles dont il dispose au cours de la période de référence définie aux articles 1467 A et 1478.

28. Le ou les immeubles et les titres acquis, le cas échéant par le financier, ne constituent pas, en principe, des immobilisations mais sont comptabilisés dans les comptes de stocks. Par conséquent, ils ne peuvent pas, en principe, être pris en compte dans sa base d'imposition.

29. Il est, de plus, rappelé que les immobilisations financières et les comptes de stocks ne sont jamais compris dans la base d'imposition à la taxe professionnelle.

II. Détermination de la valeur ajoutée pour l'établissement de la cotisation minimale sur la valeur ajoutée

30. Dans l'hypothèse où le financier n'est ni un établissement de crédit ni une entreprise ayant pour activité exclusive la gestion de valeurs mobilières, sa valeur ajoutée doit être déterminée conformément aux règles de droit commun mentionnées aux 1 et 2 du II de l'article 1647 B sexies.

31. La valeur ajoutée de droit commun se définit comme l'excédent hors taxes de la production sur les consommations de biens et services en provenance de tiers.

32. En d'autres termes et s'agissant de la valeur ajoutée du financier, les charges financières ne sont pas déduites et les produits financiers ne sont pas comptabilisés. La valeur ajoutée est égale au prix de vente du ou des biens, objets du contrat de murabaha, diminué du prix d'acquisition et des charges externes (« produit net de cession »).

Section 5 : Modalités d'imposition en matière de fiscalité des transactions

I. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des immeubles

A. Droits d'enregistrement

33. Les acquisitions d'immeubles effectuées par le financier qui a pris dans l'acte l'engagement de revendre à l'investisseur bénéficiaire du régime des achats-reventes des marchands de biens prévu à l'article 1115, les conditions d'habitude et d'intention spéculative étant réputées remplies. Elles sont par suite soumises à la taxe de publicité foncière au taux de 0,60 % à laquelle s'ajoutent une taxe additionnelle de 0,1 % perçue au profit de l'Etat (cf. article 678 bis) et des frais d'assiette et de recouvrement (cf. article 1647), soit un taux global de 0,715 %.

34. Il est rappelé que, sous réserve des dispositions du 7° de l'article 257, la revente du bien immobilier est soumise à la TVA sur le profit brut qui correspond à la différence entre le prix exprimé et les charges qui s'y ajoutent (ou la valeur vénale du bien si elle est supérieure) et les sommes que le cédant a versées, à quelque titre que ce soit, pour l'acquisition du bien (cf. article 268).

35. Il est par ailleurs précisé que le profit du financier (ou rémunération du différé de paiement) est exclu de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux (DMTO) perçus dans les conditions de droit commun à l'occasion de la revente du bien immobilier à l'acquéreur final³.

³ La doctrine administrative de base (DB) 7 C 1222 n° 3 précise que lorsque le prix est payable à terme avec stipulation d'intérêts, ces derniers ne sont pas taxables. Il en va ainsi en l'espèce dès lors que la rémunération du financier est « fiscalement qualifiée d'intérêt » en matière d'impôt sur les bénéfices.

B. Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

36. Il résulte de la jurisprudence communautaire⁴, telle que commentée par l'instruction administrative du 29 mai 1998 publiée au bulletin officiel des impôts 3 B-1-98, que lorsqu'un fournisseur de biens ou de prestations de services autorise son client à surseoir au paiement du prix, moyennant le paiement d'intérêts, il octroie en principe un crédit exonéré de TVA. Toutefois, si le sursis de paiement concerne une période antérieure au fait générateur, les intérêts sont un élément de la base d'imposition de la livraison du bien ou de la prestation.

37. Au cas particulier, si les parties ne se sont pas expressément accordées dans l'acte de vente sur l'existence d'une opération de crédit, elles ont néanmoins prévu la facturation distincte du profit ainsi que son paiement étalé dans le temps selon un échéancier. Il est dès lors possible de considérer que les conditions posées par la jurisprudence communautaire sont remplies et que le paiement étalé dans le temps du « profit facial » de l'intermédiaire financier correspond à la facturation d'intérêts exonérés de TVA.

II. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des titres

A. Droits d'enregistrement

38. Les acquisitions de participations dans des personnes morales à prépondérance immobilière effectuées par le financier bénéficiaire du régime des achats-reventes des marchands de biens, les conditions d'habitude et d'intention spéculative étant réputées remplies. Elles ne sont par suite soumises à aucun droit proportionnel d'enregistrement lors de la présentation de l'acte d'acquisition à la formalité (cf. DB 7 C 148 n° 3).

39. En revanche, la revente de ces mêmes titres ainsi que les opérations d'achat-revente de titres non immobiliers demeurent taxées dans les conditions de droit commun (cf. article 726).

B. Taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

40. Les opérations d'achat de titres suivi de leur revente constituent des opérations situées en dehors du champ d'application de la TVA, conformément à la jurisprudence communautaire⁵. La simple acquisition et la simple revente de parts sociales ne constituent pas une exploitation d'un bien visant à produire des recettes ayant un caractère de permanence, de sorte qu'elles ne doivent pas être considérées comme des activités économiques au sens de la directive 2006/112/CE de nature à conférer à leur auteur la qualité d'assujetti.

III. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des machines-outils ou des stocks

41. S'agissant de la détermination de la base d'imposition de l'intermédiaire financier, les règles indiquées ci-dessus au B du I s'appliquent.

IV. Régime applicable aux contrats de murabaha portant sur des matières premières

42. Les opérations d'achat et de revente de matières premières ne constituent pas en elles-mêmes des opérations financières exonérées de TVA au sens des dispositions de l'article 261 C qui transpose l'article 135, paragraphe 1, points a) à g) de la directive n°2006/112/CE. Elles sont donc en principe taxables de plein droit à la TVA.

43. Cela étant, seules les livraisons de biens meubles corporels réalisées en France sont soumises à la TVA française. Ce faisant, si les opérations d'achats/reventes successives sont effectuées sur le marché London Metal Exchange (LME) et qu'elles concernent des matières situées hors de France, ces opérations ne sont pas soumises à la TVA en France et ouvrent droit à déduction.

44. Pour ce qui concerne le régime du différé de paiement, la solution dégagée ci-dessus est transposable. Il peut donc, le cas échéant, bénéficier de l'exonération mentionnée au a du 1° de l'article 261 C.

⁴ Arrêt « *Muy's en De Winter's Bouw* » rendu par la CJCE le 27 octobre 1993.

⁵ Arrêt « *EDM* » de la CJCE du 29 avril 2004.

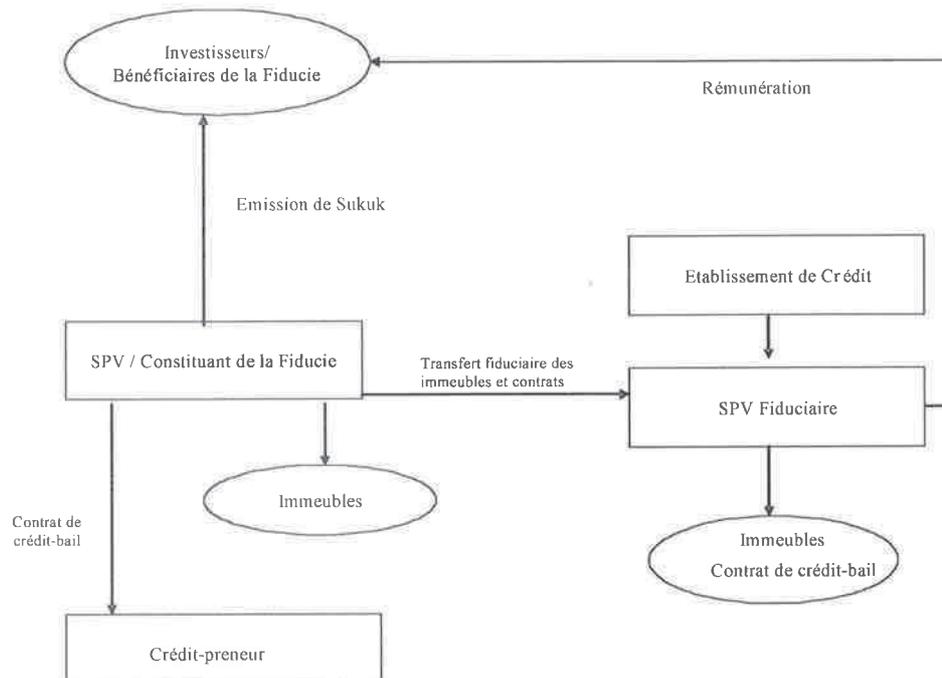
TITRE 2 : REGIME FISCAL DES SUKUK ET PRODUITS ASSIMILES

Section 1 : Caractéristiques des sukuk et produits financiers assimilés

I. Les obligations islamiques dites sukuk

45. Les obligations islamiques dites sukuk sont des titres représentant pour leur titulaire un titre de créances ou un titre participatif dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des sukuk. Leur porteur bénéficie d'un droit de copropriété indirect sur ce ou ces actifs qu'il peut exercer en cas de défaillance de l'émetteur. Le ou les actifs concernés sont des actifs tangibles ou l'usufruit de ces actifs tangibles.

46. Exemple de financement par émission de sukuk avec la mise en place d'une fiducie:



- un groupe crée une société de droit français *ad hoc* (le SPV) pour financer l'acquisition d'un immeuble. Le SPV émet des obligations pour financer cette acquisition, les sukuk, qui sont souscrites par des investisseurs et la société mère du SPV ;

- le SPV conclut un contrat de crédit-bail avec une société opérationnelle. Le SPV bénéficie d'une option de vente de l'actif immobilier consentie par sa société mère, qu'il pourra exercer dans l'hypothèse où la société opérationnelle n'exercerait pas l'option d'achat au terme du contrat de crédit-bail ;

- le SPV transfère la totalité de son patrimoine (immeuble, contrat de crédit-bail, option de vente, dette obligataire) à une fiducie qu'il constitue auprès d'une entité dûment habilitée à être fiduciaire (le fiduciaire) ;

- le fiduciaire assure la gestion du patrimoine transféré par le SPV et verse la rémunération des obligations à leurs porteurs. En outre, le fiduciaire verse au SPV un montant égal aux frais de gestion engagés par celui-ci (honoraires des commissaires aux comptes, impôt sur les sociétés...), ces frais pouvant éventuellement comprendre des frais de gestion supportés par le SPV pour le compte du fiduciaire ;

- les obligations sont remboursées, soit en cours d'opération selon un échéancier préétabli, soit lors du dénouement de l'opération au moyen d'un refinancement des obligations par émission d'une nouvelle tranche par le SPV ou (variante) le versement d'une partie du produit de revente de l'actif immobilier ;

- les bénéficiaires de la fiducie sont les porteurs des obligations.

II. Les titres de dette et prêts indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs

47. Les titres de dette, ci-après dénommés titres de dette « indexés », et prêts, ci-après dénommés prêts « indexés », sont respectivement des titres de créance ou des prêts dont la rémunération est indexée sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur ou l'emprunteur, ou sur les résultats de ce dernier. S'agissant des titres de dette et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le remboursement du capital est indexé sur la valeur de ce ou ces actifs.

III. Les caractéristiques communes des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés

A. Droits et obligations des prêteurs d'un prêt indexé ou des titulaires des obligations dites sukuk ou d'un titre de dette indexé

48. Ils seraient désintéressés avant les associés de l'émetteur ou de l'emprunteur, quelle que soit la nature des titres de capital émis par ce dernier.

49. Ils ne bénéficieraient pas des droits reconnus aux associés et notamment d'aucun droit de vote dans la structure émettrice ou emprunteuse ni d'aucun droit au *boni* de liquidation lors de la liquidation de celle-ci.

B. Conditions de rémunération et de remboursement

50. La rémunération est fonction de la performance des actifs mais plafonnée. La rémunération des obligations islamiques, des titres de dette et prêts indexés serait variable et fonction des bénéfices dégagés sur ces actifs ou sur les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. A cet égard, elle pourrait être nulle en cas de perte.

51. Toutefois, cette rémunération serait plafonnée à un taux de marché reconnu (par exemple : Euribor, Libor), augmenté d'une marge.

52. Le remboursement du capital peut être partiel. Le remboursement des obligations ou titres de dette et prêts indexés serait soit progressif, soit réalisé au terme prédéfini dans le contrat.

53. Pour les titres et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le remboursement serait fonction de la valeur de cession des actifs à la date d'échéance des titres ou du prêt, ainsi que des remboursements du capital inclus dans les loyers, notamment en cas de crédit-bail.

54. Lorsque la valeur du ou des actifs financés ne permet pas de rembourser la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, le droit à remboursement du capital serait réduit à due concurrence de l'insuffisance constatée. En revanche, lorsque la valeur du ou des actifs financés excède la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, seul le capital serait effectivement remboursé.

Section 2 : Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés et régime fiscal applicable aux non-résidents de France

I. Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés

55. La question qui se pose est de savoir si les rémunérations servies aux porteurs des obligations sont déductibles chez l'émetteur totalement ou partiellement.

56. La déduction de la rémunération versée au titre des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés suppose en premier lieu que ces instruments financiers aient la qualification de dettes et donc qu'ils présentent les caractéristiques des instruments de dette.

57. Au regard de leurs caractéristiques (cf. III de la section 1 du présent titre), les obligations dites sukuk ou les titres de dette et prêts indexés peuvent être considérés comme des instruments de dette, les rémunérations servies aux porteurs des obligations ou des titres indexés s'analysant sur le plan fiscal comme des intérêts.

58. Les rémunérations versées au titre des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés pouvant être qualifiés d'intérêts, ces intérêts seront déductibles, dès lors qu'il est manifeste qu'ils sont engagés dans l'intérêt de l'entreprise, sous les limites prévues au 3° du 1 de l'article 39 et à l'article 212.

59. Il est toutefois rappelé que ces dernières dispositions ne trouveront à s'appliquer que si les titulaires des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés sont soit associés minoritaires de la société émettrice ou emprunteuse s'agissant des dispositions du 3° du 1 de l'article 39 précité, soit une société liée au sens du 12 de l'article 39 de la société émettrice ou emprunteuse pour l'application des dispositions de l'article 212 précité.

60. Ainsi, lorsque les titulaires des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés sont des associés minoritaires de la société émettrice ou emprunteuse et non liés au sens du 12 de l'article 39 à cette dernière, les intérêts seront déductibles dans la limite de ceux calculés d'après le taux prévu au 3° du 1 de l'article 39.

61. Lorsque les titulaires des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés sont liés au sens du 12 de l'article 39 à la société émettrice ou emprunteuse, les intérêts seront déductibles dans limite de ceux calculés d'après le taux de référence prévu au 3° du 1 de l'article 39. Toutefois, si le taux pratiqué excède ce taux de référence, ce taux ne sera pas considéré comme excessif en application du I de l'article 212, dès lors que la société émettrice ou emprunteuse apporte la preuve que le taux pratiqué correspond à celui qu'elle aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues.

62. Par ailleurs, il est rappelé que les obligations dites sukuk ou les titres de dette et prêts indexés détenus ou accordés par des sociétés liées au sens du 12 de l'article 39 à la société émettrice ou emprunteuse devront être pris en compte pour l'application des dispositions du II de l'article 212 précité, sauf si ces obligations ou titres ont servi à financer l'acquisition de biens donnés en location dans les conditions prévues aux 1 et 2 de l'article L. 313-7 du code monétaire et financier.

II. Régime fiscal applicable aux titulaires non résidents de France de sukuk et produits financiers assimilés

63. La question est de savoir si les rémunérations de ces produits financiers versées aux personnes physiques ou morales non résidentes de France bénéficient de l'exonération du prélèvement libératoire prévu au III de l'article 125 A en application des dispositions de l'article 131 quater.

A. Rappel de la législation en vigueur

64. Le prélèvement libératoire prévu à l'article 125 A est, aux termes du III de cet article, obligatoirement applicable aux produits de placement à revenu fixe dont le débiteur est établi ou domicilié en France qui sont encaissés par des personnes n'ayant pas en France leur domicile fiscal ou leur siège social.

65. L'article 131 quater exonère toutefois de ce prélèvement les produits des emprunts contractés hors de France par des personnes morales françaises.

66. Sont également concernées par cette exonération les émissions obligataires, les émissions de titres de créances négociables ou de tous autres titres d'emprunt ou titres de créances négociables, de droit français ou étranger, et fiscalement assimilés à des obligations ou des titres de créances négociables.

B. Conditions d'application de l'exonération de prélèvement obligatoire pour ces produits financiers

67. Pour que les dispositions de l'article 131 quater s'appliquent aux sukuk et aux titres de dette et prêts indexés, présentés à la section 1 du présent titre, ces produits financiers, qu'ils soient émis sur le fondement du droit français ou d'un droit étranger, doivent présenter les caractéristiques des instruments de dette.

68. Sous réserve de présenter les caractéristiques décrites au III de la section 1 du présent titre, les obligations dites sukuk ou les titres et prêts indexés peuvent être considérés comme des instruments de dette, les rémunérations servies aux titulaires financiers s'analysant dès lors sur le plan fiscal comme des intérêts.

Section 3 : Modalités d'imposition à la taxe professionnelle et à la cotisation minimale sur la valeur ajoutée

69. La question porte sur les modalités d'imposition à la taxe professionnelle de l'activité exercée en fiducie.

70. Le SPV, quant à lui, n'est, en principe, pas imposable à la taxe professionnelle, sous réserve de ne pas exercer d'autre activité que celle décrite dans le schéma décrit au n° 46. En effet, il n'exerce plus l'activité de crédit-bail, celle-ci étant, à la suite du transfert de son patrimoine à la fiducie, réalisée par cette dernière.

I. Particularités de la fiducie

A. Imposition au nom du fiduciaire

71. En application du dernier alinéa de l'article 1476, lorsqu'une activité imposable à la taxe professionnelle est exercée en vertu d'un contrat de fiducie, elle est imposée au nom du fiduciaire.

72. En pratique, la filiale bancaire fiduciaire fait l'objet de deux impositions distinctes à la taxe professionnelle : l'une au titre de son activité propre et l'autre au titre de l'activité exercée par la fiducie⁶.

B. Base d'imposition de la fiducie

73. La base d'imposition de la fiducie est constituée par la valeur locative des immobilisations corporelles dont elle dispose au cours de la période de référence définie aux articles 1467 A et 1478.

II. Détermination de la valeur ajoutée pour l'établissement de la cotisation minimale sur la valeur ajoutée

74. Bien que l'activité de la fiducie s'apparente, d'un point de vue économique, à une activité financière, elle ne relève pas, en principe, de la « valeur ajoutée bancaire » au sens des dispositions du 3 du II de l'article 1647 B sexies⁷, laquelle permet de déduire les charges financières. En effet, cette activité, d'une part, n'est pas, par hypothèse, exercée par un établissement de crédit et, d'autre part, ne consiste pas en de la gestion exclusive de valeurs mobilières.

75. Par conséquent, les intérêts liés aux obligations ne sont pas, en application stricte de la loi, déductibles dès lors qu'il s'agit de charges financières.

76. Cependant, dans l'hypothèse où le fiduciaire est une société détenue à 95 % au moins par un établissement de crédit et réalisant à titre exclusif une ou plusieurs opérations de financement, il est admis qu'il détermine sa valeur ajoutée selon les modalités prévues pour les établissements précités.

77. Dans cette hypothèse, la valeur ajoutée issue de l'activité exercée en fiducie (et imposée au nom du fiduciaire, cf. n° 71) est diminuée des intérêts liés aux obligations.

78. La prise en compte des produits et autres charges dans la valeur ajoutée suit les règles de droit commun : les loyers de crédit-bail sont déjà pris en compte dans la valeur ajoutée de droit commun.

Section 4 : Modalités d'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

79. Dans ce type d'opérations, une société *ad hoc* (le SPV) est créée pour réaliser l'acquisition d'un immeuble. Le SPV finance cette acquisition par l'émission d'obligations souscrites par des investisseurs.

80. Le SPV donne en crédit-bail l'immeuble à un acteur économique (le bénéficiaire de ce mode de financement). Les loyers du crédit-bail sont soumis à la TVA sur option par le SPV crédit-bailleur, en application des dispositions du 2° de l'article 260. Le SPV transfère ensuite la totalité de son patrimoine à une fiducie constituée auprès d'une entité dûment habilitée à être fiduciaire (le « fiduciaire »). Cependant, les investisseurs, souscripteurs des obligations émises par le SPV, sont les bénéficiaires désignés du contrat de fiducie.

⁶ En effet, la fiducie, contrairement au constituant, ne disposant pas de la personnalité juridique, ne peut pas être imposée en son nom au titre des activités imposables qu'elle exercerait.

⁷ Le 3 du II de l'article 1647 B sexies prévoit que, pour le calcul de la valeur ajoutée servant à la détermination de la cotisation minimale, « la production des établissements de crédit, des entreprises ayant pour activité exclusive la gestion des valeurs mobilières est égale à la différence entre d'une part, les produits d'exploitation bancaire et produits accessoires et, d'autre part, les charges d'exploitation bancaire. »

- 81.** C'est ainsi que le fiduciaire perçoit les loyers de crédit-bail et, parallèlement, rémunère les obligations. Cette rémunération correspond à une partie des loyers perçus, nette des charges de propriété du patrimoine fiduciaire et de gestion de la fiducie.
- 82.** La Commission européenne estime que le transfert du patrimoine du SPV vers le patrimoine fiduciaire doit pouvoir bénéficier des dispositions de l'article 257 bis selon lesquelles les livraisons de biens et les prestations de services qui interviennent entre deux redevables de la taxe à l'occasion d'une transmission d'une universalité totale ou partielle de biens sont dispensées de la TVA.
- 83.** Les règles de droit commun s'appliquent au transfert au fiduciaire des biens, droits et sûretés composant le patrimoine de la fiducie.
- 84.** Ainsi, le transfert à titre gratuit de l'immeuble du patrimoine du constituant vers le patrimoine d'affectation de la fiducie entraîne en principe, le cas échéant, l'exigibilité des reversements de TVA fondés sur les dispositions du 1° du 1 du III de l'article 207 de l'annexe II (régularisation de la TVA antérieurement déduite). Toutefois, lorsque la constitution de la fiducie porte sur une universalité totale ou partielle de biens, et que ce transfert est réalisé entre redevables de la TVA (le fiduciaire et le constituant), l'opération peut bénéficier d'une dispense des opérations de régularisation. A cet égard, lorsque le bien transféré à la fiducie est un immeuble affecté par le constituant à une activité locative soumise à la TVA, l'application de la dispense implique que le fiduciaire ait l'intention de poursuivre cette activité locative.
- 85.** Au cas particulier, l'immeuble transféré fait l'objet d'une affectation par le constituant à une activité locative soumise à la TVA dans la mesure où le SPV a conclu le contrat de crédit-bail immobilier antérieurement au transfert. D'autre part, le fiduciaire entend poursuivre l'affectation de l'immeuble transmis à cette même activité locative dès lors qu'il doit poursuivre l'exploitation de l'immeuble en application du contrat de crédit-bail.
- 86.** La dispense de régularisation prévue par les dispositions de l'article 257 bis est donc applicable au transfert des biens du SPV au fiduciaire.

La Directrice de la législation fiscale

Marie-Christine LEPETIT

BULLETIN OFFICIEL DES IMPÔTS

N° 78 DU 24 AOÛT 2010

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

4 FE/S1/10

INSTRUCTION DU 23 JUILLET 2010

IMPOT SUR LE REVENU (IR), IMPOT SUR LES SOCIÉTÉS (IS), TAXE SUR LA VALEUR AJOUTÉE (TVA), DROITS D'ENREGISTREMENT, CONTRIBUTION ÉCONOMIQUE TERRITORIALE (CET), RÉGIME APPLICABLE AUX OPÉRATIONS DE MURABAHA

NOR : ECE L 10 00001 J

Bureaux A, B1, B2, C2, D1 et D2

PRESENTATION

La présente instruction a pour objet de préciser le régime fiscal applicable à un des principaux outils de la finance islamique : l'opération de murabaha avec ordre d'achat, à laquelle s'ajoutent les opérations de tawarruq (opérations de financement réalisées au travers d'une opération de murabaha) et de dépôt rémunéré par une opération de murabaha.

La murabaha avec ordre d'achat est ici un contrat de financement aux termes duquel un client demande explicitement à un Financier de financer l'achat d'un actif déterminé ou d'un portefeuille d'actifs déterminés, en réalisant en particulier deux transferts successifs de propriété se présentant de la manière suivante : un vendeur vend l'actif à un Financier qui le revend à un Client moyennant un prix payable à tempérament, supérieur au prix d'acquisition à hauteur d'un Profit.

SOMMAIRE

REGIME FISCAL DES OPERATIONS DE MURABAHA

INTRODUCTION

Section 1 : Caractéristiques des opérations de murabaha avec ordre d'achat

I. Présentation générale des opérations

II. Caractéristiques de l'opération de murabaha avec ordre d'achat

Section 2 : Principes de prise en compte des caractéristiques de ces opérations dans la détermination de l'imposition applicable

Section 3 : Traitement fiscal des opérations de murabaha avec ordre d'achat

Section 4 : Régime applicable aux opérations de tawarruq (opérations de financement réalisées au travers d'une opération de murabaha)

I. Caractéristiques des opérations de tawarruq

II. Régime applicable aux opérations de tawarruq

Section 5 : Régime applicable aux opérations de dépôt rémunéré par une opération de murabaha (murabaha inversée)

I. Caractéristiques des opérations de dépôt rémunéré par une opération de murabaha

II. Régime applicable aux opérations de dépôt rémunéré par une opération de murabaha

Section 6 : Entrée en vigueur

REGIME FISCAL DES OPERATIONS DE MURABAHA

INTRODUCTION

1. Les développements qui suivent traitent des questions fiscales relatives principalement à un outil de la finance islamique : les opérations de murabaha avec ordre d'achat, auxquelles s'ajoutent les opérations de tawarruq (opérations de financement au travers d'une opération de murabaha) et de dépôt rémunéré par une opération de murabaha (murabaha inversée).
2. Il s'agit de déterminer les conditions dans lesquelles, compte tenu de leurs caractéristiques propres, ces opérations peuvent être assimilées sur le plan fiscal à des produits de dette ainsi que de préciser le régime fiscal qui leur est applicable.
3. A défaut de précision contraire, les articles mentionnés dans cette instruction sont ceux du code général des impôts.

Section 1 : Caractéristiques des opérations de murabaha avec ordre d'achat

I. Présentation générale des opérations

4. La murabaha avec ordre d'achat telle que regardée ici est un contrat de financement aux termes duquel un Client demande à un Financier de financer l'achat d'un actif déterminé ou d'un portefeuille d'actifs déterminés, en réalisant en particulier deux transferts successifs de propriété se présentant de la manière suivante : un vendeur vend l'actif à un Financier qui le revend à un Client moyennant un prix payable à tempérament, supérieur au prix d'acquisition à hauteur d'un Profit. Ce Profit comprend comptablement et fiscalement un Revenu couvrant notamment les coûts de financement ainsi qu'éventuellement une Commission couvrant notamment les coûts de gestion et de mise en place du Financier ; prix, Commission et Revenu sont déterminés ou déterminables et connus des deux contractants le jour de la conclusion du contrat.
5. L'opération de murabaha est une technique de financement portant sur des actifs spécifiques, notamment immobiliers, mobiliers, titres (valeurs mobilières et droits sociaux), matières premières ou machines.
6. L'intermédiation du Financier se traduit par deux transferts successifs de propriété de l'actif que l'on peut, à titre illustratif, résumer par le schéma ci-dessous :



II. Caractéristiques de l'opération de murabaha avec ordre d'achat

7. Le Financier procède à l'achat initial de l'actif sur ordre du Client, le donneur d'ordre, lequel connaît et accepte le prix d'acquisition. La revente de l'actif par le Financier au Client intervient dans un délai qui ne peut excéder six mois à compter de l'acquisition dudit actif. Le Client doit être clairement informé du surplus qui lui est réclamé par le Financier par rapport au prix initial que ce dernier a effectivement réglé pour l'acquisition de l'actif concerné. En cas de réduction du prix d'acquisition négociée par le Financier auprès du vendeur, les conditions du partage de cette réduction entre le Financier et le Client sont déterminées dans l'opération et la part qui échoit au Financier, s'il y en a une, est intégrée dans sa Commission.
8. La revente de l'actif au Client est consentie avec un différé de paiement dans des conditions clairement explicitées dans le contrat liant le Financier et le Client.
9. Le coût du différé de paiement, dénommé pour les besoins de la présente instruction le Revenu du Financier, est égal à la différence entre le montant total des flux financiers prévus au contrat relatifs au paiement de l'actif, à l'exception de ceux afférents à la Commission éventuelle du Financier (cf. n°10 ci-dessous), et le prix d'acquisition de cet actif par le Financier.

10. La Commission du Financier correspond à ce que perçoit le Financier au titre de sa seule intermédiation, à l'exclusion de toute autre prestation ou profit (notamment la plus-value réalisée sur la cession de l'actif). Elle doit être conforme aux pratiques usuelles en la matière.

11. Pour le bénéfice des dispositions qui suivent, l'opération de murabaha doit réunir également les conditions suivantes :

- les documents contractuels doivent clairement faire ressortir que le Financier acquiert l'actif pour le revendre, un instant de raison après ou dans un délai qui ne peut excéder six mois, à son Client, lequel est son donneur d'ordre ;

- ces mêmes documents doivent stipuler le Prix total d'acquisition de l'actif par le Client. Ils doivent également, comptablement et fiscalement, permettre de faire ressortir distinctement dans la facturation :

- le prix d'acquisition de l'actif par le Financier

- la Commission du Financier

- le Revenu du Financier constituant la seule contrepartie du différé de paiement accordé au Client ;

- le paiement du Revenu du Financier est étalé dans le temps. Ce Revenu doit être connu et accepté par les deux parties au contrat au moyen d'un échéancier annexé au contrat, distinguant le remboursement du prix d'acquisition, le paiement du Revenu et le paiement de la Commission ;

- le Revenu du Financier doit être expressément désigné comme étant la contrepartie du service rendu continuellement par le Financier au Client jusqu'au terme de l'opération et qui résulte du différé de paiement consenti à celui-ci. Il pourra, par exemple, s'agir d'une clause présentant le Revenu du Financier comme « la contrepartie du différé de paiement accordé à l'acquéreur par le vendeur, l'acquéreur s'obligeant à payer au vendeur le Revenu du Financier jusqu'à la date de paiement effectif de l'intégralité du prix » ;

- le contrat entre le Financier et le Client doit mentionner explicitement que l'opération considérée s'inscrit dans le cadre juridique et fiscal défini par la présente instruction.

12. Pour que les opérations considérées bénéficient des dispositions de la présente instruction :

- le Financier doit disposer du statut d'établissement de crédit aux termes notamment des articles L. 511-5 et L. 511-10 du code monétaire et financier et/ou d'entreprise d'investissement (lorsque l'opération de murabaha avec ordre d'achat est réalisée dans le cadre de l'article L. 321-2 2° du code monétaire et financier) aux termes notamment des articles L. 531-1 et L. 531-10 du même code, régulièrement habilité à exercer en France ;

- ou les opérations considérées sont en dehors du champ d'application de l'article L. 511-5 du code monétaire et financier ;

- ou le Financier doit entrer dans les exceptions prévues à l'article L. 511-6 du code monétaire et financier pour les établissements de crédit ;

- ou les opérations concernées doivent entrer dans le champ de l'article L. 511-7 du code monétaire et financier.

Section 2 : Principes de prise en compte des caractéristiques de ces opérations dans la détermination de l'imposition applicable

13. 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 conventionnel.

Par conséquent, les règles fiscales doivent être appliquées, pour le Financier, en regardant le Revenu comme un flux d'intérêts que produirait un financement conventionnel équivalent, et pour le Client, comme un flux d'intérêts qu'il acquitterait dans le cadre d'un financement conventionnel équivalent. Les autres éléments du prix (plus-value, Commission, etc.) demeurent quant à eux taxables selon les règles de droit commun applicables au Financier et au Client considérés.

14. Ainsi, et en particulier :

- le prix de vente vu du côté du Financier, et le prix d'acquisition pour le client, s'entendent du montant de la vente net du Revenu du Financier et de la Commission lorsque ces prix sont utilisés pour l'application des règles fiscales ;

- au regard des conditions relatives au Revenu posées au paragraphe 11, 2^e et 3^e grands tirets, il est possible de considérer que les conditions posées par la jurisprudence communautaire (Arrêt *Muy's en De Winter's Bouw* rendu par la CJCE le 27 octobre 1993 et commenté par l'instruction administrative du 29 mai 1998 publiée au BOI 3 B-1-98) sont remplies, et le Revenu du Financier se trouve exonéré de TVA ;

- de même, au regard de la définition du paragraphe n° 10, la fraction de la Commission perçue au titre de la seule intermédiation financière se trouve exonérée de TVA dans la mesure où elle ressort distinctement de la facturation.

Section 3 : Traitement fiscal des opérations de murabaha avec ordre d'achat

15. Par conséquent, et à titre illustratif, pour le Financier :

- en matière de bénéficiaires industriels et commerciaux, le Revenu bénéficie des dispositions du 2 bis de l'article 38 qui prévoient l'étalement du produit pour les prestations continues¹, rémunérées notamment par des loyers ou des intérêts ;

- le Revenu est étalé par le Financier sur la durée du différé de paiement, quels que soient les paiements effectués, selon un rythme strictement identique à celui retenu pour l'enregistrement comptable de l'opération et conforme à l'échéancier annexé au contrat. Il viendra, pour la détermination de la plus-value imposable du Financier, en déduction du prix de cession de l'actif au Client ;

- lorsque le Financier est établi à l'étranger, les sommes qui lui sont versées par le Client sont traitées sur le plan fiscal, à hauteur du Revenu du Financier, comme des intérêts et sont exonérées du prélèvement prévu au III de l'article 125 A, sauf quand ces sommes sont payées dans un Etat ou territoire non coopératif au sens de l'article 238-0 A ;

- pour l'application du régime des plus-values immobilières et des prélèvements prévus à l'article 244 bis A, le Revenu du Financier et la Commission viennent en diminution du prix de cession de l'immeuble au Client (égal au Prix total d'acquisition) ;

- en matière de cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises, le chiffre d'affaires de référence ainsi que la valeur ajoutée sont calculés suivant le régime dont relève le Financier (à titre d'exemple : lorsque le Financier est un établissement de crédit, il relève du régime des établissements de crédit prévu au III de l'article 1586 sexies) ;

- pour la détermination de la cotisation foncière des entreprises, les immeubles, étant acquis par le Financier en vue de leur revente, ne constituent pas, en principe, des biens dont il dispose au sens du 1^o de l'article 1467 et, par conséquent, ne sont pas pris en compte dans sa base d'imposition.

16. Pour le Client :

- le Revenu du Financier et la Commission, le cas échéant, sont exclus de la base d'amortissement de l'actif acquis par le Client si cet actif est amorti ;

- fiscalement, le Revenu du Financier doit être déduit du résultat imposable par le Client sur la durée du différé de paiement, quels que soient les paiements effectués, selon un rythme strictement identique à celui retenu pour l'enregistrement comptable de l'opération et conforme à l'échéancier annexé au contrat ;

- la plus-value réalisée lors de la cession ultérieure de l'actif par le Client est calculée à partir du Prix d'acquisition payé par le Client et défini au paragraphe n°14, augmenté de la Commission considérée comme des frais d'acquisition, sauf pour les entreprises qui ont compris la Commission dans les charges immédiatement déductibles de leurs résultats imposables ;

- le Revenu du Financier et la Commission sont exclus de l'assiette des droits de mutation à titre onéreux (DMTO) perçus dans les conditions de droit commun à l'occasion de la revente de l'actif immobilier au Client².

¹ Ou discontinues à échéances successives.

² La doctrine administrative de base (DB) 7 C 1222 n° 3 précise que lorsque le prix est payable à terme avec stipulation d'intérêts, ces derniers ne sont pas taxables. Il en va ainsi en l'espèce dès lors que la rémunération du financier est « fiscalement qualifiée d'intérêt » en matière d'impôt sur les bénéfices.

Section 4 : Régime applicable aux opérations de tawarruq (opérations de financement réalisées au travers d'une opération de murabaha)

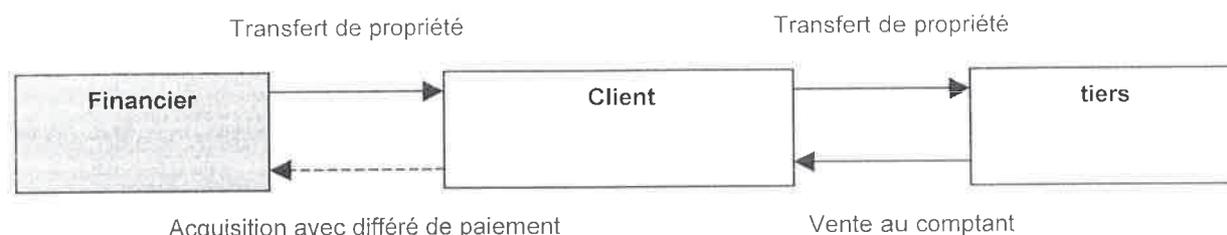
I. Caractéristiques des opérations de tawarruq

17. Dans certains cas, une opération de murabaha, ici dénommée tawarruq, peut-être conclue entre un Financier et son Client pour permettre à ce dernier d'assurer son financement. Par distinction avec une opération de murabaha avec ordre d'achat, le tawarruq ne finance pas l'acquisition d'un actif : le Client achète ici un actif avec l'intention de le revendre et utilise un décalage de paiement entre les deux opérations pour se constituer des liquidités.

18. Le tawarruq tel que regardé ici est une opération de financement aux termes de laquelle le Client achète un actif qui n'est ni un immeuble ni une société à prépondérance immobilière non cotée au sens du 2° du I de l'article 726 CGI, auprès d'un Financier avec différé de paiement et donc moyennant rémunération pour ce Financier, et le revend ensuite au comptant à un tiers.

19. L'opération est généralement assise sur des titres ou des matières premières (ou éventuellement tout autre actif liquide). Elle comprend plusieurs transferts successifs de propriété. L'acquisition comprend un prix payable à terme, qui, de même que pour la murabaha simple, comprend une Commission couvrant notamment les coûts de gestion et de mise en oeuvre du Financier ainsi qu'un Revenu couvrant notamment les coûts de financement ; prix, Commission et Revenu sont déterminés ou déterminables et connus des deux contractants le jour de la conclusion de l'opération de tawarruq.

Le tawarruq se présente donc sous la forme suivante :



II. Régime applicable aux opérations de tawarruq

20. Les dispositions de la présente section sont applicables aux opérations de tawarruq qui remplissent les conditions prévues au paragraphe n°11 ci-dessus, à l'exception de la condition visée au premier tiret dudit paragraphe, et les conditions définies au paragraphe n°12 de la présente instruction.

21. La définition de la Commission prévue au paragraphe n°10 ci-dessus est applicable aux opérations de tawarruq.

22. La définition du Revenu prévue au paragraphe n° 9 ci-dessus est applicable aux opérations de tawarruq. Ceci suppose néanmoins que le Financier achète l'actif un instant de raison avant sa revente au Client.

Il est toutefois admis que le Financier puisse réaliser des opérations de tawarruq sur des actifs qu'il a pu acquérir antérieurement sans intention au moment de l'acquisition de réaliser une telle opération. Ces actifs peuvent, en conséquence, avoir été détenus sur des périodes longues et avoir un prix d'acquisition chez le Financier très éloigné du prix de revente par le Client au tiers. Dans cette hypothèse, et aux seules fins de déterminer le Revenu du Financier, le prix d'acquisition de l'actif par le Financier visé au troisième tiret du paragraphe n° 11 ci-dessus sera réputé être égal à la valeur de marché de l'actif revendu, ladite valeur étant fixée dans le contrat entre le Financier et le Client. Cette valeur de marché devra être égale ou très proche de celle à laquelle le Client revendra l'actif au tiers.

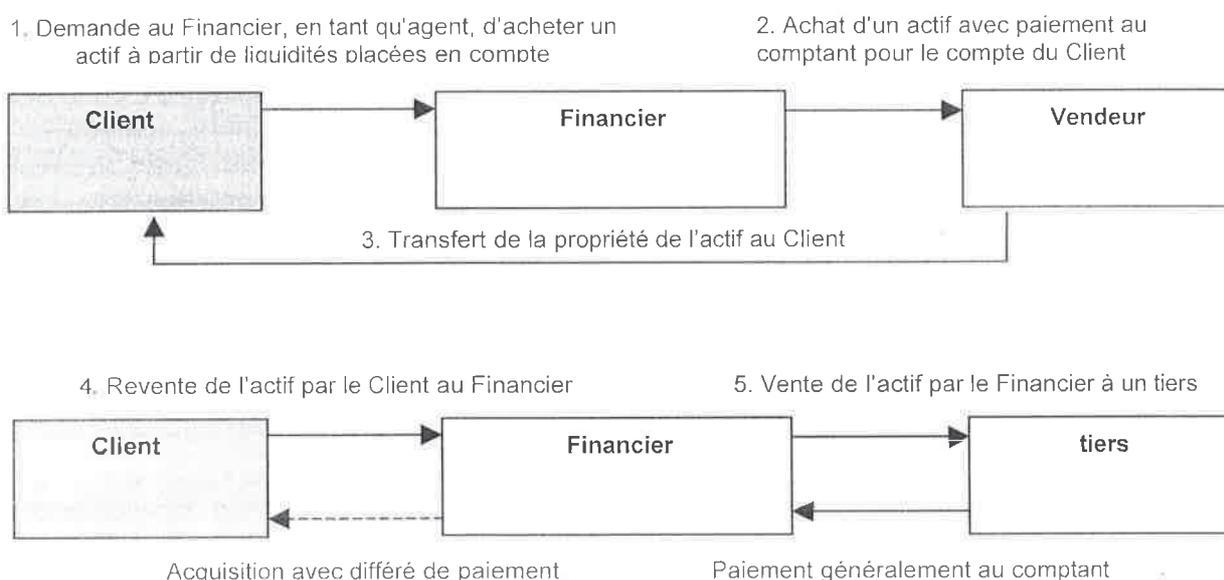
23. Les dispositions des sections 2 et 3 de la présente instruction, sauf celles relatives aux actifs immobiliers, sont applicables aux opérations de tawarruq, le Revenu du Financier étant imposé de manière étalée.

Section 5 : Régime applicable aux opérations de dépôt rémunéré par une opération de murabaha (murabaha inversée)

I. Caractéristiques des opérations de dépôt rémunéré par une opération de murabaha

24. Une opération de dépôt rémunéré par une opération de murabaha est une opération de rémunération de liquidités généralement à court terme (moins d'un an) aux termes de laquelle un Client achète au comptant, directement ou indirectement (par l'intermédiaire de ce Financier ou d'un autre intervenant), au moyen des liquidités dont il dispose, placées préalablement sur un compte ouvert à son nom auprès dudit Financier, un actif (matières premières, titres ou tout autre actif liquide, à l'exclusion des immeubles et sociétés à prépondérance immobilière non cotées au sens du 2° du I de l'article 726 du CGI), qu'il revend à brève échéance à ce dernier avec un différé de paiement moyennant rémunération, qui constitue, à l'identique du Revenu du Financier défini au paragraphe n° 11, le Revenu du Client.

Par rapport à une opération de tawarruq (opération de financement réalisée au travers d'une murabaha), les positions respectives du Financier et du Client se trouvent ici inversées. A titre illustratif, le dépôt rémunéré par une opération de murabaha peut se présenter sous la forme suivante :



25. Pour que les opérations considérées bénéficient des dispositions de la présente instruction :

- le Financier doit disposer du statut d'établissement de crédit aux termes notamment des articles L. 511-5 et L. 511-10 du code monétaire et financier, régulièrement habilité à exercer en France (dans cette hypothèse, les liquidités considérées constituent des fonds reçus du public au sens de l'article L. 312-2 du code monétaire et financier) ;

- ou les opérations considérées sont en dehors du champ d'application de l'article L. 511-5 du code monétaire et financier ;

- ou bien les opérations concernées entrent dans le champ de l'article L. 511-7 ou du 1 ou du 2 de l'article L. 312-2 du code monétaire et financier.

II. Régime applicable aux opérations de dépôt rémunéré par une opération de murabaha

26. Sur le plan économique, le Revenu du Client constitue la rémunération d'un différé de paiement, assimilable sur le plan fiscal aux intérêts dus durant cette période dans le cadre d'une opération de dépôt conventionnelle.

Section 6 : Entrée en vigueur

27. La présente instruction annule et remplace le titre I des instructions administratives du 25 février 2009 publiées notamment au bulletin officiel des impôts (BOI) sous la référence 4 FE/09. Elle s'applique aux contrats conclus à compter de sa date de publication.

La Directrice de la législation fiscale

Marie-Christine LEPETIT

Extrait du Bulletin Officiel des Finances Publiques-Impôts

DIRECTION GÉNÉRALE DES FINANCES PUBLIQUES

Identifiant juridique : BOI-DJC-FIN-20-20120912

Date de publication : 12/09/2012

DGFIP

Dispositions Juridiques communes - Finance islamique – Régime fiscal des sukuk d'investissement

Positionnement du document dans le plan :

DJC - Dispositions juridiques communes

Finance islamique

Titre 2 : Régime fiscal des sukuk d'investissement

Sommaire :

I. Régime applicable aux sukuk d'investissement et produits assimilés

A. Caractéristiques des sukuk d'investissement et autres instruments financiers assimilés

1. Sukuk d'investissement

2. Titres de créance et prêts indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs

3. Caractéristiques communes aux sukuk d'investissement et aux autres instruments financiers assimilés

a. Droits et obligations des titulaires de sukuk d'investissement ou de titres de créance ou prêts indexés

b. Conditions de rémunération et de remboursement

B. Modalités d'imposition applicables

II. Titres émis ou prêts conclus avant le 24 août 2010

A. Caractéristiques des sukuk et produits financiers assimilés

1. Les obligations islamiques dites sukuk

2. Les titres de dette et prêts indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs

3. Les caractéristiques communes des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés

a. Droits et obligations des prêteurs d'un prêt indexé ou des titulaires des obligations dites sukuk ou d'un titre de dette indexé

b. Conditions de rémunération et de remboursement

B. Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés et régime fiscal applicable aux non-résidents de France

1. Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés

2. Régime fiscal applicable aux titulaires non résidents de France de sukuk et produits financiers assimilés

C. Modalités d'imposition à la contribution économique territoriale

1. Particularités de la fiducie

a. Imposition au nom du fiduciaire

- b. Base d'imposition de la fiducie
- 2. Cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises
- D. Modalités d'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

1

Les développements qui suivent traitent des questions fiscales relatives à l'un des principaux outils de la finance islamique : les sukuk d'investissement et autres instruments financiers assimilés.

10

Il s'agit de déterminer les conditions dans lesquelles, compte tenu de leurs caractéristiques propres, ces instruments émis sur le fondement du droit français ou d'un droit étranger peuvent être assimilés sur le plan fiscal à des prêts, des titres de créance le cas échéant négociables ou des obligations, ainsi que de préciser le régime fiscal qui leur est applicable.

Remarque : L'administration a modifié en 2010 le régime applicable aux sukuk et produits assimilés. Les titres émis ou prêts conclus avant le 24 août 2010 demeurent régis par les règles définies au II, issues de l'instruction 4 FE 09 du 25 février 2009.

I. Régime applicable aux sukuk d'investissement et produits assimilés

A. Caractéristiques des sukuk d'investissement et autres instruments financiers assimilés

1. Sukuk d'investissement

20

Les sukuk d'investissement sont ici des titres financiers hybrides négociables dont la rémunération et, le cas échéant, le principal sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs sous-jacents détenus directement ou indirectement par l'émetteur. Leur porteur bénéficie d'un droit assimilé à un droit de copropriété direct ou indirect sur ce ou ces actifs. Le ou les actifs concernés sont des services, biens ou droits ou l'usufruit de ces biens ou droits.

2. Titres de créance et prêts indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs

30

De manière générale, il peut exister d'autres instruments dont la rémunération et, le cas échéant, le principal sont indexés sur la performance d'un actif. Les titres de créance, ci-après dénommés titres de créance indexés, et prêts, ci-après dénommés prêts indexés, sont ainsi des instruments dont la rémunération est indexée sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur ou l'emprunteur, ou sur les résultats de ce dernier. S'agissant des titres de créance et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le montant du principal remboursé est indexé sur la valeur de ce ou ces actifs.

3. Caractéristiques communes aux sukuk d'investissement et aux autres instruments financiers assimilés

40

Sont exposées ci-après les caractéristiques que doivent présenter les sukuk d'investissement, titres de créance et prêts indexés pour bénéficier du régime fiscal décrit en I-B.

a. Droits et obligations des titulaires de sukuk d'investissement ou de titres de créance ou prêts indexés

50

Ils sont désintéressés avant les associés de l'émetteur ou de l'emprunteur, quelle que soit la nature des titres de capital émis par ce dernier (comme par exemple, s'agissant des titres émis sur le fondement du droit français, des actions définies aux articles L228-7 à L228-29-7 du code de commerce ou des parts sociales).

60

Ils ne bénéficient pas des droits reconnus aux associés, notamment ni du droit de vote dans la structure émettrice ou emprunteuse ni du droit au boni de liquidation lors de la liquidation de celle-ci, sauf le cas échéant après conversion de leurs titres ou de leurs prêts en titres de capital.

Ces conditions posées sont réputées remplies dans le cas de titres de créance émis par un organisme de titrisation ou de parts de fonds commun de titrisation bénéficiant du régime fiscal antérieurement applicable aux parts de fonds communs de créances.

Remarque : Sont par suite exclus les fonds supportant des risques d'assurance mentionnés aux articles L214-49-11 à L214-49-13 du code monétaire et financier.

b. Conditions de rémunération et de remboursement

70

La rémunération est fonction de la performance des actifs (indexation). La rémunération des sukuk d'investissement, des titres de créance et des prêts indexés est variable et fonction des bénéfices dégagés sur ces actifs ou sur les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. A cet égard, elle peut être nulle en cas de perte.

Toutefois, une cible de rémunération (« taux de profit espéré ») est indiquée aux porteurs de sukuk d'investissement, de titres de créance et de prêts indexés ; celle-ci est plafonnée à un taux de marché reconnu (par exemple : Euribor, Libor), augmenté d'une marge conforme aux pratiques observées sur le marché des titres de créance.

Pour parvenir à servir le « taux de profit espéré », le contrat peut prévoir un lissage dans le temps de la rémunération des porteurs au travers de l'activation d'un « compte de réserve » mis en place par l'émetteur. Ce compte est abondé lorsque la performance du ou des actifs est supérieure au « taux de profit espéré », et utilisé lorsqu'elle est inférieure à ce taux. Ainsi, seule la rémunération correspondant au « taux de profit espéré » est exigible aux échéances de paiement prévues par le contrat (mensuelles, trimestrielles...).

Le détenteur de titre, personne physique dans le cadre de son activité professionnelle commerciale ou personne morale, est en mesure d'enregistrer à chaque échéance de paiement prévue par le contrat (mensuelles, trimestrielles, ...), la rémunération correspondant au « taux de profit espéré », diminuée le cas échéant, d'une provision déductible sur le plan fiscal dans les conditions de droit commun, notamment si le porteur démontre la probable incapacité de l'émetteur à verser le montant exigible d'ici à l'échéance du titre.

Le compte de réserve est clôturé à l'échéance du titre. L'éventuel excédent est alloué selon les modalités propres au contrat, incluant les porteurs de titres au titre de l'indexation retenue dans le contrat, voire un tiers. Il peut également être utilisé pour compenser pour les porteurs de titres tout ou partie d'une éventuelle perte en capital lors de la revente des actifs (cf. **I-A-3-b § 90**).

Le remboursement du principal peut être partiel du fait de l'indexation retenue dans le contrat. Le remboursement des sukuk d'investissement, titres de créance et prêts indexés est soit progressif, soit réalisé au terme prédéfini dans le contrat.

80

Pour les sukuk, les titres et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le remboursement est fonction de la valeur de cession des actifs à la date d'échéance des titres ou du prêt, ainsi que des

remboursements du principal inclus dans les loyers, notamment dans l'hypothèse où l'actif financé est donné en crédit-bail par l'émetteur ou emprunteur.

90

Lorsque la valeur du ou des actifs financés ne permet pas de rembourser la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, le droit à remboursement du principal, du fait de l'indexation retenue dans le contrat, est réduit à due concurrence de l'insuffisance constatée. Lorsque la valeur du ou des actifs financés excède la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, le remboursement peut excéder le montant du principal conformément à la règle d'indexation retenue dans le contrat.

Pour limiter le risque de perte en capital à l'échéance du titre, le contrat peut également prévoir la constitution d'un second compte de réserve, ci-après dénommé « compte de réserve sur risque d'investissement », abondé en cours de vie du produit par prélèvement sur les bénéfices dégagés par les actifs ou les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. Ce compte est clôturé à l'échéance du titre. Son solde lors de la clôture, éventuellement ajouté à celui du compte de réserve visé au **I-A-3-b § 70**, est alloué selon les modalités du contrat et peut à ce titre revenir notamment aux porteurs de titres au titre de l'indexation retenue dans le contrat, voire à un tiers.

B. Modalités d'imposition applicables

100

Au regard de leurs caractéristiques (cf. **I-A-3**) et jusqu'à leur éventuelle conversion en titres de capital, les sukuk d'investissement ou les titres de créance et prêts indexés peuvent être considérés fiscalement, pour l'application des dispositions du code général des impôts (CGI), comme des titres de créance, le cas échéant négociables, ou des prêts et s'agissant des sukuk, comme des obligations ou des titres de créance négociables selon leur forme juridique et leur maturité. Dès lors également, les rémunérations servies aux porteurs des sukuk d'investissement ou des titres de créance et prêts indexés sont traitées sur le plan fiscal comme des intérêts dans les conditions de droit commun, avec notamment application de la règle du couru (article 38-2 bis du CGI) au titre du « taux de profit espéré » en matière d'imposition des bénéfices industriels et commerciaux.

110

Ces dispositions (**I-B § 100**) sont applicables aux émetteurs comme aux porteurs de titres résidents ou non résidents, et visent notamment les impôts et taxes suivants : impôt sur les sociétés, impôt sur le revenu (notamment régime du prélèvement forfaitaire obligatoire sur les produits financiers à revenu fixe de source française), contribution économique territoriale, taxe sur la valeur ajoutée, droits d'enregistrement.

120

Dans ce cadre, la charge déductible pour l'émetteur de sukuk d'investissement ou de titres de créance indexés, ou pour l'emprunteur recourant à un prêt indexé, correspond à la rémunération exigible en vertu du contrat d'émission, soit le « taux de profit espéré ». En d'autres termes, l'abondement de la réserve visée au **I-A-3-b**, pendant les périodes de paiement de la rémunération, pourra faire l'objet d'une provision non déductible sur le plan fiscal. Symétriquement, le prélèvement sur la réserve générera une reprise de provision non imposable.

La charge déductible correspondra à la rémunération calculée sur la base du « taux de profit espéré ». Si celui-ci n'est pas servi intégralement après utilisation de la réserve, à l'échéance du titre ou du prêt, l'émetteur, dans la mesure où il sera alors délié de toute obligation de servir la rémunération correspondant au « taux de profit espéré », devra constater un produit imposable dans les conditions de droit commun (abandon de créance) égal à la différence entre le « taux de profit espéré » et la rémunération effectivement servie.

130

Lorsqu'un « compte de réserve sur risque d'investissement » est prévu au contrat, les montants affectés à cette réserve sont sans incidence sur le résultat imposable de l'émetteur. L'abondement de

ce compte de réserve ne remet pas en cause la constitution et la déductibilité dans les conditions de droit commun des provisions enregistrées pour prendre en compte la dépréciation éventuelle de l'actif.

II. Titres émis ou prêts conclus avant le 24 août 2010

A. Caractéristiques des sukuk et produits financiers assimilés

1. Les obligations islamiques dites sukuk

140

Les obligations islamiques dites sukuk sont des titres représentant pour leur titulaire un titre de créances ou un titre participatif dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des sukuk. Leur porteur bénéficie d'un droit de copropriété indirect sur ce ou ces actifs qu'il peut exercer en cas de défaillance de l'émetteur. Le ou les actifs concernés sont des actifs tangibles ou l'usufruit de ces actifs tangibles.

Exemple de financement par émission de sukuk avec la mise en place d'une fiducie :

U-n groupe crée une société de droit français ad hoc (le SPV) pour financer l'acquisition d'un immeuble. Le SPV émet des obligations pour financer cette acquisition, les sukuk, qui sont souscrites par des investisseurs et la société mère du SPV ;

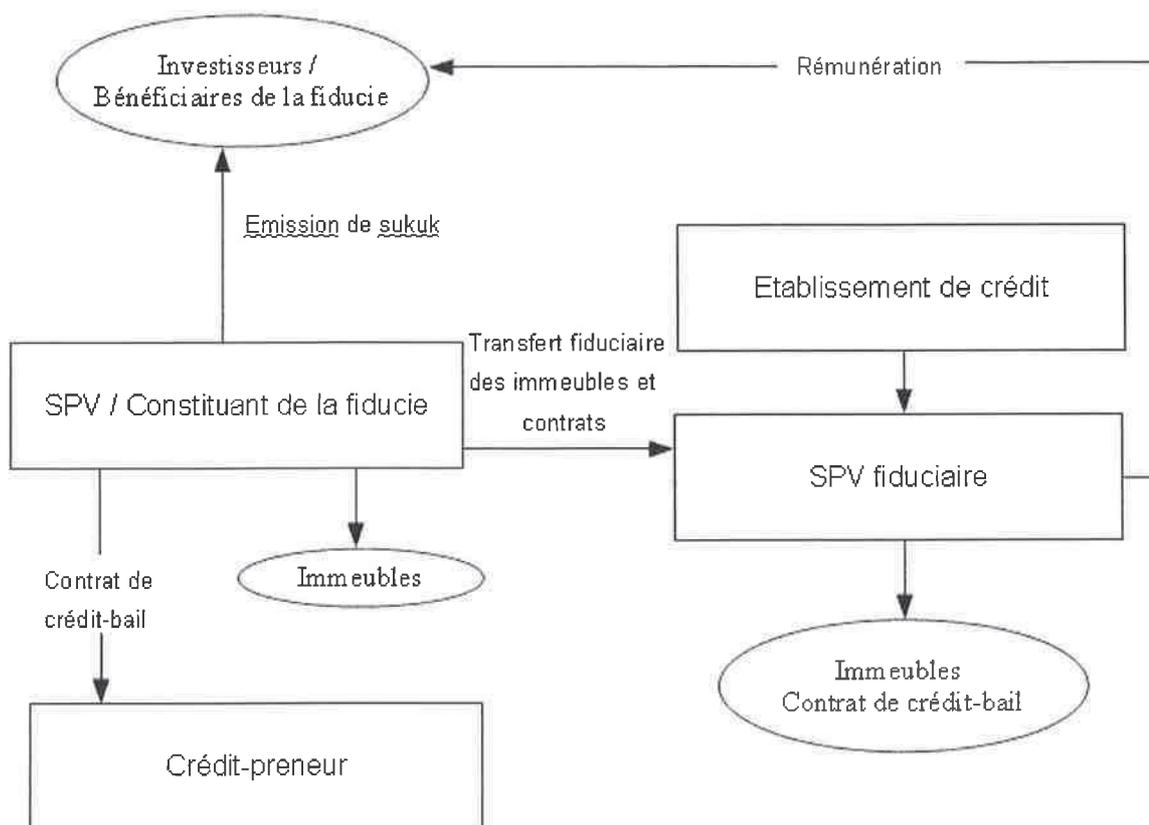
- Le SPV conclut un contrat de crédit-bail avec une société opérationnelle. Le SPV bénéficie d'une option de vente de l'actif immobilier consentie par sa société mère, qu'il pourra exercer dans l'hypothèse où la société opérationnelle n'exercerait pas l'option d'achat au terme du contrat de crédit-bail ;

- Le SPV transfère la totalité de son patrimoine (immeuble, contrat de crédit-bail, option de vente, dette obligataire) à une fiducie qu'il constitue auprès d'une entité dûment habilitée à être fiduciaire (le fiduciaire) ;

- Le fiduciaire assure la gestion du patrimoine transféré par le SPV et verse la rémunération des obligations à leurs porteurs. En outre, le fiduciaire verse au SPV un montant égal aux frais de gestion engagés par celui-ci (honoraires des commissaires aux comptes, impôt sur les sociétés...), ces frais pouvant éventuellement comprendre des frais de gestion supportés par le SPV pour le compte du fiduciaire ;

- Les obligations sont remboursées, soit en cours d'opération selon un échéancier préétabli, soit lors du dénouement de l'opération au moyen d'un refinancement des obligations par émission d'une nouvelle tranche par le SPV ou (variante) le versement d'une partie du produit de revente de l'actif immobilier ;

- Les bénéficiaires de la fiducie sont les porteurs des obligations.



Exemple de financement par émission de sukuk avec la mise en place d'une fiducie

2. Les titres de dette et prêts indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs

150

Les titres de dette, ci-après dénommés titres de dette « indexés », et prêts, ci-après dénommés prêts « indexés », sont respectivement des titres de créance ou des prêts dont la rémunération est indexée sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur ou l'emprunteur, ou sur les résultats de ce dernier. S'agissant des titres de dette et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le remboursement du capital est indexé sur la valeur de ce ou ces actifs.

3. Les caractéristiques communes des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés

a. Droits et obligations des prêteurs d'un prêt indexé ou des titulaires des obligations dites sukuk ou d'un titre de dette indexé

160

Ils seraient désintéressés avant les associés de l'émetteur ou de l'emprunteur, quelle que soit la nature des titres de capital émis par ce dernier.

170

Ils ne bénéficieraient pas des droits reconnus aux associés et notamment d'aucun droit de vote dans la structure émettrice ou emprunteuse ni d'aucun droit au boni de liquidation lors de la liquidation de celle-ci.

b. Conditions de rémunération et de remboursement

180

La rémunération est fonction de la performance des actifs mais plafonnée. La rémunération des obligations islamiques, des titres de dette et prêts indexés serait variable et fonction des bénéfices dégagés sur ces actifs ou sur les résultats de l'émetteur ou de l'emprunteur. A cet égard, elle pourrait être nulle en cas de perte.

190

Toutefois, cette rémunération serait plafonnée à un taux de marché reconnu (par exemple : Euribor, Libor), augmenté d'une marge.

200

Le remboursement du capital peut être partiel. Le remboursement des obligations ou titres de dette et prêts indexés serait soit progressif, soit réalisé au terme prédéfini dans le contrat.

Pour les titres et prêts ayant financé un ou plusieurs actifs, le remboursement serait fonction de la valeur de cession des actifs à la date d'échéance des titres ou du prêt, ainsi que des remboursements du capital inclus dans les loyers, notamment en cas de crédit-bail.

210

Lorsque la valeur du ou des actifs financés ne permet pas de rembourser la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, le droit à remboursement du capital serait réduit à due concurrence de l'insuffisance constatée. En revanche, lorsque la valeur du ou des actifs financés excède la valeur nominale des titres ou le montant du prêt, seul le capital serait effectivement remboursé.

B. Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés et régime fiscal applicable aux non-résidents de France

1. Modalités d'imposition à l'impôt sur les sociétés

220

La question qui se pose est de savoir si les rémunérations servies aux porteurs des obligations sont déductibles chez l'émetteur totalement ou partiellement.

La déduction de la rémunération versée au titre des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés suppose en premier lieu que ces instruments financiers aient la qualification de dettes et donc qu'ils présentent les caractéristiques des instruments de dette.

Au regard de leurs caractéristiques (cf. **II-A-3**), les obligations dites sukuk ou les titres de dette et prêts indexés peuvent être considérés comme des instruments de dette, les rémunérations servies aux porteurs des obligations ou des titres indexés s'analysant sur le plan fiscal comme des intérêts.

230

Les rémunérations versées au titre des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés pouvant être qualifiés d'intérêts, ces intérêts seront déductibles, dès lors qu'il est manifeste qu'ils sont engagés dans l'intérêt de l'entreprise, sous les limites prévues au 3° du 1 de l'article 39 du CGI et à l'article 212 du CGI.

Il est toutefois rappelé que ces dernières dispositions ne trouveront à s'appliquer que si les titulaires des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés sont soit associés minoritaires de la société émettrice ou emprunteuse s'agissant des dispositions du 3° du 1 de l'article 39 précité, soit une société liée au sens du 12 de l'article 39 de la société émettrice ou emprunteuse pour l'application des dispositions de l'article 212 du CGI.

Ainsi, lorsque les titulaires des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés sont des associés minoritaires de la société émettrice ou emprunteuse et non liés au sens du 12 de l'article 39

à cette dernière, les intérêts seront déductibles dans la limite de ceux calculés d'après le taux prévu au 3° du 1 de l'article 39.

240

Lorsque les titulaires des obligations dites sukuk ou des titres de dette et prêts indexés sont liés au sens du 12 de l'article 39 du CGI à la société émettrice ou emprunteuse, les intérêts seront déductibles dans limite de ceux calculés d'après le taux de référence prévu au 3° du 1 de l'article 39 du CGI. Toutefois, si le taux pratiqué excède ce taux de référence, ce taux ne sera pas considéré comme excessif en application du I de l'article 212 du CGI, dès lors que la société émettrice ou emprunteuse apporte la preuve que le taux pratiqué correspond à celui qu'elle aurait pu obtenir d'établissements ou d'organismes financiers indépendants dans des conditions analogues.

Par ailleurs, il est rappelé que les obligations dites sukuk ou les titres de dettes et prêts indexés détenus ou accordés par des sociétés liées au sens du 12 de l'article 39 du CGI à la société émettrice ou emprunteuse devront être pris en compte pour l'application des dispositions du II de l'article 212 du CGI, sauf si ces obligations ou titres ont servi à financer l'acquisition de biens donnés en location dans les conditions prévues aux 1 et 2 de l'article L313-7 du code monétaire et financier.

2. Régime fiscal applicable aux titulaires non résidents de France de sukuk et produits financiers assimilés

250

La question est de savoir si les rémunérations de ces produits financiers versées aux personnes physiques ou morales non résidentes de France bénéficient de l'exonération du prélèvement libératoire prévu au III de l'article 125 A du CGI en application des dispositions de l'article 131 quater du CGI.

Le prélèvement libératoire prévu à l'article 125 A est, aux termes du III de cet article, obligatoirement applicable aux produits de placement à revenu fixe dont le débiteur est établi ou domicilié en France qui sont encaissés par des personnes n'ayant pas en France leur domicile fiscal ou leur siège social.

L'article 131 quater exonère toutefois de ce prélèvement les produits des emprunts contractés hors de France par des personnes morales françaises.

Sont également concernées par cette exonération les émissions obligataires, les émissions de titres de créances négociables ou de tous autres titres d'emprunt ou titres de créances négociables, de droit français ou étranger, et fiscalement assimilés à des obligations ou des titres de créances négociables.

260

Pour que les dispositions de l'article 131 quater du CGI s'appliquent aux sukuk et aux titres de dette et prêts indexés, présentés à la section 1 du présent titre, ces produits financiers, qu'ils soient émis sur le fondement du droit français ou d'un droit étranger, doivent présenter les caractéristiques des instruments de dette.

Sous réserve de présenter les caractéristiques décrites au **II-A-3** les obligations dites sukuk ou les titres et prêts indexés peuvent être considérés comme des instruments de dette, les rémunérations servies aux titulaires financiers s'analysant dès lors sur le plan fiscal comme des intérêts.

C. Modalités d'imposition à la contribution économique territoriale

270

La question porte sur les modalités d'imposition à la cotisation foncière des entreprises (CFE) et à la cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises (CVAE) de l'activité exercée en fiducie.

Le SPV, quant à lui, n'est, en principe, pas imposable, sous réserve de ne pas exercer d'autre activité que celle décrite au **II-A-1 § 140**. En effet, il n'exerce plus l'activité de crédit-bail, celle-ci étant, à la suite du transfert de son patrimoine à la fiducie, réalisée par cette dernière.

1. Particularités de la fiducie

a. Imposition au nom du fiduciaire

280

En application du dernier alinéa de l'article 1476 du CGI, lorsqu'une activité imposable à la CFE est exercée en vertu d'un contrat de fiducie, elle est imposée au nom du fiduciaire.

En pratique, la filiale bancaire fiduciaire fait l'objet de deux impositions distinctes à la CFE : l'une au titre de son activité propre et l'autre au titre de l'activité exercée par la fiducie. En effet, la fiducie, contrairement au constituant, ne disposant pas de la personnalité juridique, ne peut pas être imposée en son nom au titre des activités imposables qu'elle exercerait.

b. Base d'imposition de la fiducie

290

La base d'imposition de la fiducie est constituée par la valeur locative des biens passibles d'une taxe foncière situés en France dont elle dispose au cours de la période de référence définie aux articles 1467 A du CGI et 1478 du CGI.

2. Cotisation sur la valeur ajoutée des entreprises

300

Bien que l'activité de la fiducie s'apparente, d'un point de vue économique, à une activité financière, elle ne relève pas, en principe, de la « valeur ajoutée bancaire » au sens des dispositions de l'article 1586 sexies, III et IV du CGI, laquelle permet de déduire les charges financières. En effet, cette activité, d'une part, n'est pas, par hypothèse, exercée par un établissement de crédit et, d'autre part, ne consiste pas en de la gestion exclusive de valeurs mobilières.

Par conséquent, les intérêts liés aux obligations ne sont pas, en application stricte de la loi, déductibles dès lors qu'il s'agit de charges financières.

Cependant, dans l'hypothèse où le fiduciaire est une société détenue à 95 % au moins par un établissement de crédit et réalisant à titre exclusif une ou plusieurs opérations de financement, il est admis qu'il peut déterminer sa valeur ajoutée selon les modalités prévues pour les établissements précités.

Dans cette hypothèse, la valeur ajoutée issue de l'activité exercée en fiducie (et imposée au nom du fiduciaire, cf. **II-C-1-a**) est diminuée des intérêts liés aux obligations.

310

La prise en compte des produits et autres charges dans la valeur ajoutée suit les règles de droit commun : les loyers de crédit-bail sont déjà pris en compte dans la valeur ajoutée de droit commun.

D. Modalités d'imposition à la taxe sur la valeur ajoutée (TVA)

320

Dans ce type d'opérations, une société ad hoc (le SPV) est créée pour réaliser l'acquisition d'un immeuble. Le SPV finance cette acquisition par l'émission d'obligations souscrites par des investisseurs.

Le SPV donne en crédit-bail l'immeuble à un acteur économique (le bénéficiaire de ce mode de financement). Les loyers du crédit-bail sont soumis à la TVA sur option par le SPV crédit-bailleur, en application des dispositions du 2° de l'article 260 du CGI. Le SPV transfère ensuite la totalité

de son patrimoine à une fiducie constituée auprès d'une entité dûment habilitée à être fiduciaire (le « fiduciaire »). Cependant, les investisseurs, souscripteurs des obligations émises par le SPV, sont les bénéficiaires désignés du contrat de fiducie.

C'est ainsi que le fiduciaire perçoit les loyers de crédit-bail et, parallèlement, rémunère les obligations. Cette rémunération correspond à une partie des loyers perçus, nette des charges de propriété du patrimoine fiduciaire et de gestion de la fiducie.

330

La Commission européenne estime que le transfert du patrimoine du SPV vers le patrimoine fiduciaire doit pouvoir bénéficier des dispositions de l'article 257 bis du CGI selon lesquelles les livraisons de biens et les prestations de services qui interviennent entre deux redevables de la taxe à l'occasion d'une transmission d'une universalité totale ou partielle de biens sont dispensées de la TVA.

Les règles de droit commun s'appliquent au transfert au fiduciaire des biens, droits et sûretés composant le patrimoine de la fiducie.

Ainsi, le transfert à titre gratuit de l'immeuble du patrimoine du constituant vers le patrimoine d'affectation de la fiducie entraîne en principe, le cas échéant, l'exigibilité des reversements de TVA fondés sur les dispositions du 1° du 1 du III de l'article 207 de l'annexe II au CGI (régularisation de la TVA antérieurement déduite). Toutefois, lorsque la constitution de la fiducie porte sur une universalité totale ou partielle de biens, et que ce transfert est réalisé entre redevables de la TVA (le fiduciaire et le constituant), l'opération peut bénéficier d'une dispense des opérations de régularisation. A cet égard, lorsque le bien transféré à la fiducie est un immeuble affecté par le constituant à une activité locative soumise à la TVA, l'application de la dispense implique que le fiduciaire ait l'intention de poursuivre cette activité locative.

340

Au cas particulier, l'immeuble transféré fait l'objet d'une affectation par le constituant à une activité locative soumise à la TVA dans la mesure où le SPV a conclu le contrat de crédit-bail immobilier antérieurement au transfert. D'autre part, le fiduciaire entend poursuivre l'affectation de l'immeuble transmis à cette même activité locative dès lors qu'il doit poursuivre l'exploitation de l'immeuble en application du contrat de crédit-bail.

La dispense de régularisation prévue par les dispositions de l'article 257 bis du CGI est donc applicable au transfert des biens du SPV au fiduciaire.

RESTRICTED WAKALA AGREEMENT

BY AND BETWEEN

AVillage

As the Muwakkil

AND

BTrading Company S.P.C.

As the Wakeel

[] January 2012

This Restricted Wakala Agreement (the “**Agreement**”) is dated [] day of January 2012 (“**Effective Date**”), and made by and between:

1. **AVillage**, a Cayman Islands exempted company, as Muwakkil (the “**Muwakkil**”); and
2. **BTrading Company S.P.C.**, registered in the State of Qatar in its capacity as Wakeel (the “**Wakeel**”)

each a “**Party**” and together the “**Parties**”.

Recitals

- A. The Muwakkil wishes to appoint the Wakeel as its agent to do all acts as the Muwakkil could do itself with respect to the Wakala Amount and the Wakeel is willing to accept such appointment on the terms and conditions set out in this Agreement.
- B. The Parties agree that this Agreement shall be in conformity with the principles of Shariah.

1 Definitions and Interpretation

1.1 Definitions

In this Agreement, including its Recitals, the terms set forth below shall have the following meanings.

Business Day means any day that is not a Thursday, Friday or other day on which commercial banks in the Kingdom of Saudi Arabia are authorized or required by law to remain closed.

AVillage Developments LLC, a Saudi Company incorporated.

Loss includes any loss (howsoever described or characterised and whenever and however arising), cost (including any cost of enforcement), expense, payment, liability (including tax liability), claim, demand, damage and proceedings.

Proceedings mean any suit, action or proceedings arising out of or in connection with this Agreement.

Profits means in respect of a Return Period, the amount of distributable profits, in cash or other property, issued or distributed in connection with any investment of the Wakala Amount entered into in accordance with this Agreement.

Return Period means each one year period after the Effective Date of this Agreement until the termination of this Agreement in accordance with Clause 4.

Shariah means the rules and principles of Islamic law and Islamic jurisprudence as codified by the Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions, 2010 version and as interpreted by the Shariah supervisory board of Muwakkil or any third party designated by the Muwakkil.

Wakala Amount means an amount equal to SAR 76.55 Million (or such other amount as may be mutually agreed to between the Parties from time to time).

1.2 Interpretation

Unless a contrary indication appears or the context otherwise requires, any reference in this Agreement to:

- a) the singular includes the plural and vice versa;
- b) the list of contents and headings are for ease of reference only and shall not be taken into account in construing this Agreement;
- c) this Agreement or any other document shall be construed as references to this Agreement or that other document, as amended, varied, novated, supplemented or replaced from time to time;
- d) any reference to a recital or a Clause shall be a reference to any recital or Clause contained in this Agreement;
- e) **law** includes any legislation, any common or customary law, constitution, decree, judgment, order, ordinance, treaty or other legislative measure in any jurisdiction and any present or future directive, request, requirement, guidance or guideline (in each case, whether or not having the force of law but, if not having the force of law, compliance with which is in accordance with the general practice of persons to whom the directive, request, requirement, guidance or guideline is addressed);
- f) a **person** (or to a word implying a person) shall be construed so as to include that person's successors in title and assigns or transferees; and references to a **person** shall also be construed as including a natural person, any form of juridical entity or any government, or state or any agency of a government or state, or any local or municipal authority or other governmental body (whether or not in each case having separate legal personality);
- g) the words **include**, **including** and **in particular** shall be construed as being by way of illustration or emphasis only and shall not be construed as, nor shall they take effect as, limiting the generality of any preceding words;
- h) a date or any period of time is by reference to a Gregorian calendar; and
- i) **liability** includes any obligation or liability (whether present or future, actual or contingent, secured or unsecured, as principal or surety or otherwise).

1.3 Third party rights

Unless expressly provided to the contrary in this Agreement, a person who is not a Party has no right to enforce or to enjoy the benefit of any term of this Agreement.

2 Appointment of the Wakeel

The Muwakkil hereby appoints the Wakeel, and the Wakeel hereby accepts such appointment, to:

- a) utilise the Wakala Amount solely for the purpose of Shari'a compliant investment (through an investment agreement or any other type of investment arrangement) in a project to be developed on the project land, to be acquired, being a Land, Eastern Province, Saudi Arabia on behalf of the Muwakkil, and as instructed by him. The Muwakkil gives all rights to the Wakeel to invest in the Project and take any bank finance or development sale and any other decisions on behalf of the Wakeel.
- b) take all appropriate and necessary actions and to execute all necessary and appropriate documents consistent with, and related to, this Agreement and any investment of the Wakala Amount as the Wakeel may determine necessary in its sole and absolute discretion;
- c) pay any amounts that are due and payable under this Agreement as follows:
 - (i) firstly, any amounts owed to third parties;
 - (ii) secondly, any amounts owed to the Wakeel, including the Wakala Fees; and
 - (iii) thirdly, any amounts owed to the Muwakkil.
- d) receive the Profits from the Projects and pay such Profits to an amount designated by the Muwakkil; and
- e) For the avoidance of any doubt, all Profits that are due and payable under this Agreement shall be payable only after they have been collected by the Wakeel. In addition, the Wakeel shall pay such collected amounts (net of any due deductions) to the Muwakkil without any material delay from the date of such collection.

On the other hand, the Wakeel shall pay to FINANCIAL INSTITUTION a transaction and structuring fee for an amount equal to SAR 9 Million

3. Term

This appointment will commence on the date of this Agreement and will end:

- a) upon the termination of all investments of the Wakala Amount entered into in accordance with this Agreement and the receipt of the Profits by the Muwakkil;
- b) immediately upon written notice by either Party where the other Party is in material breach of the terms of this Agreement; or
- c) on such date as may be agreed between the Parties in writing,

it being understood that no termination of this Agreement shall affect any rights and obligations of the Parties subsisting at the date of termination.

4. Limitation of Liability

- a) The Wakeel shall not be under any obligation to perform its obligations under this Agreement until the Wakala Amount has been transferred in full to the Wakeel.
- b) The Wakeel's actions on behalf of the Muwakkil under this Agreement and any investments entered into are for the Muwakkil's account and risk (including, without limitation, credit risk), and save for any gross negligence or wilful misconduct on the part of the Wakeel, the Wakeel shall not in any circumstances whatsoever be liable to the Muwakkil for any Losses arising thereunder, including (without limitation) in respect of the full Wakala Amount.
- c) The Wakeel shall not be obliged to enter into any investment on behalf of the Muwakkil, nor follow any instruction of the Muwakkil, if in the opinion of the Wakeel (in its sole and absolute discretion) by entering into that investment or following such instruction, the Wakeel and/or any of its affiliates would be in contravention of any law, policy, rule or regulation

5. Indemnity

Subject to the Wakeel not being in breach of its obligations or negligent, the Muwakkil hereby undertakes to indemnify and keep the Wakeel indemnified on its first demand against all Losses brought or claimed by any party and/or incurred or sustained by the Wakeel as a result of any investment of the Wakala Amount entered into as agent of the Muwakkil or any breach by the Muwakkil of its obligations herein. The indemnity given herein shall survive termination of this Agreement and any sums payable under it shall not be subject to any deduction whether by way of set off, counter claim or otherwise.

6. No Agency

Except as otherwise provided herein, the Wakeel shall not act, or be deemed to act, for or represent the Muwakkil nor represent that it is the agent of the Muwakkil in any other matter other. Where the Wakeel does act as agent for the Muwakkil in accordance with this Agreement, the Muwakkil will be bound by the Wakeel's actions.

7. Notices

7.1 All notices or other communications under or in connection with this Agreement shall be given by letter, facsimile or e-mail in the English language. Any such notice will be deemed to be given as follows:

- a) if by letter, when delivered; and
- b) if by facsimile or e-mail, when received in legible form.

However, a notice given in accordance with the above but received on a non-Business Day or after business hours in the place of receipt will only be deemed to be given on the next Business Day. Any notice to either Party shall be effective only on actual receipt, and, in the case of facsimile, when a transmission report showing the successful transmission of the facsimile is received by the sender.

- 7.2 The address, facsimile number and e-mail address of the Wakeel for all notices under or in connection with this Agreement are:

Name: BTrading Company S.P.C

The address, facsimile number and e-mail address of the Muwakkil for all notices under or in connection with this Agreement are:

Name: AVillage

or such other address as a Party may notify to the other Party by not less than five Business Days' notice.

8 Entire Agreement

This Agreement shall constitute the entire agreement and understanding between the Parties in relation to the subject matter, and the terms of this Agreement may not be rectified without the prior written consent of the Parties.

9 Amalgamation

The rights, liabilities and/or obligations created by this Agreement shall continue to be valid and binding for all purposes notwithstanding any change in name or change by amalgamation, reconstruction, reorganisation, restructuring or otherwise which may be made in the constitution of any Party.

10 Assignment

No Party may assign or delegate any of its rights or obligations under this Agreement without the prior written consent of the other Party.

11 Enforceability

Any provision of this Agreement which is invalid, unenforceable or prohibited shall not affect the validity or enforceability of the other provisions of this Agreement.

12 Counterparts

This Agreement may be executed in any number of counterparts which when taken together will constitute a single document.

13 Governing law, jurisdiction and waiver

13.1 Governing law and applicable jurisdiction

This Agreement is governed by, and shall be construed in accordance with, the laws of

the Kingdom of Saudi Arabia without contradiction with the principles of Islamic Shariah, and any Proceedings shall be subject to the exclusive jurisdiction of the courts in the Kingdom of Saudi Arabia.

13.2 Payment of Interest

The principle of the payment of interest is prohibited under Shariah and accordingly, to the extent that any legal system would impose any obligation to pay interest, the Parties expressly waive and reject any entitlement to recover interest from each other.

13.3 Waiver of immunity

To the extent that any party may in any jurisdiction claim for itself or its assets or revenues immunity from suit, execution, attachment (whether in aid of execution, before judgment or otherwise) or other legal process and to the extent that such immunity (whether or not claimed) may be attributed to it or its assets or revenues, it agrees not to claim and irrevocably and unconditionally waives such immunity in relation to any Proceedings.

IN WITNESS WHEREOF the Parties have entered into this Agreement on the date stated at the beginning of this Agreement

For and on behalf of AVillage

By : _____
Name : _____
Title : _____

Signature: _____

For and on behalf of BTrading Company S.P.C.
For acknowledgment and approval

By : _____
Name : _____
Title : _____

Signature: _____

Contents

1	Definitions and Interpretation	1
2	Appointment of the Wakeel	3
3	Term	3
4	Limitation of Liability	4
5	Indemnity	4
6	No Agency	4
7	Notices	5
8	Entire Agreement	5
9	Amalgamation	6
10	Assignment	6
11	Enforceability	6
12	Counterparts	6
13	Governing law, jurisdiction and waiver	6

MODELE CONTRAT IJARA WA IQTINA IMMOBILIER

ENTRE LES SOUSSIGNES :

1/ Tout Etablissement de Crédit au sens de la Loi 34-03 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés, représenté à l'effet des présentes par ses mandataires désignés à l'article **19** ci-après, agissant en vertu des pouvoirs qui leur ont été conférés à cet effet.

Ci-après désigné «**LA BANQUE et/ou LE BAILLEUR** »

DE PREMIERE PART,

2/ Toute Personne Physique ou Morale nommément désignée à l'article **19** des conditions particulières.

Ci-après désignée «**LE LOCATAIRE**» et le cas échéant «**LA CAUTION**».

DE DEUXIEME PART,

3/ Toute Personne Physique ou Morale nommément désignée à l'article **19** des conditions particulières.

Ci-après désignée «**LE VENDEUR**».

DE TROISIEME PART

PREALABLEMENT AUX PRESENTES, IL EST RAPPELE CE QUI SUIT :

D'accord parties, il est convenu que le Bien Immobilier quelque soit la destination qui en sera convenue entre les Parties, ci-après appelé le Bien, dont l'origine et la description figurent ci-dessous acquis spécialement par LE BAILLEUR conformément à la demande expresse et au choix du LOCATAIRE auprès du VENDEUR désigné par celui-ci, est donné en IJARA WA IQTINA à ce dernier, aux conditions générales et dispositions particulières du présent contrat, ainsi qu'aux conditions légales et réglementaires en vigueur et principalement les dispositions de la Directive de Bank Al Maghrib n° xx en date du .././2006, relative aux modes de financement alternatifs qui définit l'IJARA WA IQTINA comme tout contrat selon lequel un établissement de crédit met à titre locatif un Bien meuble ou immeuble à la disposition d'un client, assorti de l'engagement ferme du LOCATAIRE d'acquérir le Bien loué à l'issue d'une période convenue d'avance.

Etant entendu que les Parties aux présentes excluent expressément l'application des dispositions légales régissant le bail à usage d'habitation et à usage professionnel, ainsi que les dispositions légales régissant le Bail commercial.

Il demeure entendu que le Bien présentement loué demeure la propriété du BAILLEUR, qui accorde au LOCATAIRE qui s'engage, d'ores et déjà, irrévocablement à l'acquérir en fin d'IJARA WA IQTINA, la jouissance moyennant un prix convenu dans ce contrat, étant entendu que cette IJARA WA IQTINA, ne confère au LOCATAIRE aucun droit réel de quelque nature que ce soit sur le Bien objet des

présentes, hormis son droit d'en devenir propriétaire en fin de contrat ce qu'il accepte et s'engage à honorer.

CECI RAPPELE, IL A ETE ARRETE ET CONVENU CE QUI SUIT :

VENTE TOTALE IMMOBILIERE

LE VENDEUR, comparant d'une part, vend par les présentes, en s'obligeant à toutes les garanties de fait et de droit les plus étendues en pareille matière à LA BANQUE, comparant d'autre part, qui accepte la totalité de la propriété dont la désignation est donnée en détail aux conditions particulières ci-après, spécialement pour le compte du LOCATAIRE conformément à sa demande expresse et à son choix.

ORIGINE DE PROPRIETE

Pour l'origine de propriété, LE VENDEUR déclare s'en reporter aux énonciations portées sur le titre foncier précité.

Cependant, pour les besoins du service de l'enregistrement, LE VENDEUR déclare qu'il est propriétaires du bien objet des présentes pour l'avoir acquis en vertu d'un acte (forme, date et mentions d'enregistrement de l'acte)

PROPRIETE ET JOUISSANCE

LA BANQUE aura la pleine propriété du bien objet des présentes à compter du jour de l'inscription du présent acte sur les livres fonciers, conformément aux dispositions des articles 66 et 67 du Dahir, du 12 Août 1913, sur l'immatriculation des immeubles et en aura la jouissance par la prise de possession réelle, libre de toute occupation et de toute location à compter de ce jour.

CHARGES ET CONDITIONS

La présente vente a lieu sous les charges et conditions ordinaires et de droit les plus étendues en pareille matière et notamment sous celles ci-après que LE LOCATAIRE, dans le cadre de ce contrat IJARA WA IQTINA, s'oblige à exécuter et accomplir aux lieu et place de LA BANQUE, à savoir :

- Prendre ladite propriété dans son état sans pouvoir prétendre à aucune indemnité, ni diminution du prix ci-après fixé, pour quelque cause que ce soit et notamment pour mauvais état du sol, du sous-sol ou des constructions.

- Souffrir les servitudes passives, apparentes ou occultes, continues ou discontinues et jouir de celles actives, le tout s'il en existe, à ses risques et périls, sans recours contre

LA BANQUE.

- Et payer tous les droits, frais et taxe notariale des présentes et ceux qui en seront la suite ou la conséquence.

A cet égard, LE VENDEUR déclare qu'à sa connaissance :

- La propriété objet des présentes n'est grevée d'aucune servitude apparente ou occulte, et qu'il n'en a été créé aucune.

- Avoir acquitter à compter de ce jour tous les impôts, contributions et charges quelconques grevant ladite propriété de manière que LA BANQUE et LE LOCATAIRE ne soient jamais inquiétés ni recherchés à ce sujet.

- Etant précisé que tous impôts, contributions et charges quelconque dus et non réglés à ce jour, restent à la charge exclusive du VENDEUR qui s'y oblige expressément.

PRIX

La présente vente est consentie et acceptée entre les parties moyennant le prix principal, global et forfaitaire de DH (.....DIRHAMS)

De laquelle somme totale soitDH (.....DIRHAMS), le VENDEUR es qualité donne d'ores et déjà bonne et valable quittance.

DONT QUITTANCE

CONDITIONS GENERALES DE L'IJARA WA IQTINA

ARTICLE 1 : OBJET

La Banque déclare acquérir le Bien objet des présentes, et dont la désignation détaillée est faite à l'article xx ci-dessous des conditions particulières, pour l'avoir acquis à la demande expresse du LOCATAIRE, en vue de le lui donner en IJARA WA IQTINA, qui l'accepte et ce conformément aux dispositions légales, réglementaires et contractuelles, dont les conditions sont énoncées ci-après.

Etant entendu que cette opération de location avec engagement ferme et irrévocable d'achat, en fin de Bail, dite « IJARA WA IQTINA » est assimilable à une opération de crédit-bail telle que prévue et réglementée par les dispositions des articles 431 et suivants du Code de Commerce, des dispositions de la Loi 34-03 relative aux établissements de crédits et organismes assimilés, des dispositions fiscales en vigueur et des dispositions de la Directive de Bank Al Maghrib n° xx en date du .././2006, relative aux modes de financement alternatifs,

ARTICLE 2 : Désignation du Bien loué

Un Bien, dont la superficie globale, le lieu de situation, la dénomination ainsi que le titre foncier y afférent sont donnés en détail au niveau de l'article xx des conditions particulières ci-dessous.

A ce titre, il s'engage à destiner le Bien présentement loué à l'usage convenu entre les Parties et à conserver et maintenir la même destination des lieux loués pendant toute la durée de l' IJARA WA IQTINA.

ARTICLE 3- PROPRIETE

Le Bien est la propriété exclusive du BAILLEUR et le demeurera aussi longtemps que le contrat est en vigueur et ne cessera de l'être qu'à la fin de la IJARA WA IQTINA en devenant la propriété du LOCATAIRE. A ce titre, LE LOCATAIRE doit donc, en toute occasion et par tous les moyens, respecter ce droit et le faire respecter vis-à-vis de tout tiers.

Il veillera également, à ses frais, à ne pas le laisser devenir ou demeurer l'objet d'un droit de rétention ou privilège assimilable, s'engageant à alerter LE BAILLEUR

immédiatement, en recommandée, de tout incident matériel ou juridique et en lever la ou lesdites saisies dans un délai maximum de quinze (15) jours au plus tard, sous réserve du droit du BAILLEUR de résilier le contrat dans les conditions prévues à l'article xx ci-dessous.

Par ailleurs, LE BAILLEUR mandate LE LOCATAIRE pour exercer en ses lieu et place tous recours contre tous tiers afin de faire respecter son droit de propriété, et de tenir informé le BAILLEUR desdites procédures.

Toutefois, le BAILLEUR aura la faculté de demander, à tout moment, au LOCATAIRE de se dessaisir de son instance à son profit et à première demande.

ARTICLE 4 : MISE A DISPOSITION DU BIEN

Le Bien est mis à la disposition du LOCATAIRE, directement par LE VENDEUR, laquelle mise à sa disposition est matérialisée par la signature du Procès Verbal de réception dressé à cet effet, entre LE LOCATAIRE et Le VENDEUR.

Si pour une raison indépendante de la volonté du BAILLEUR, le Bien n'est pas mis à la disposition du LOCATAIRE dans les conditions et délais prévus par le contrat, ou si les spécifications techniques prévues par le bon de commande ne sont pas respectées et si, de ce fait, LE LOCATAIRE refuse ou ne peut pas prendre en charge le Bien, le contrat sera annulé. A cet effet, et même en cas d'annulation du présent contrat pour quelque cause que ce soit, LE LOCATAIRE, s'engage à prendre en charge tous les frais et dépens engagés par LA BANQUE au titre de l'acquisition du Bien et autorise d'ores et déjà LA BANQUE de manière irrévocable à débiter son compte des sommes y correspondant.

Il demeure entendu que le Bien est livré aux risques et frais du LOCATAIRE, dès sa mise à disposition par LE BAILLEUR ou par LE VENDEUR.

ARTICLE 5- ENGAGEMENTS DU LOCATAIRE

Par sa signature des présentes, LE LOCATAIRE s'engage fermement et irrévocablement envers LE BAILLEUR à :

- Respecter l'ensemble des dispositions légales, notamment celles relatives aux textes fiscaux en vigueur, ainsi que tous les autres textes applicables à ce contrat, en particulier; il sera tenu de payer pendant toute la durée de la IJARA WA IQTINA, tous les impôts et taxes en vigueur ou qui viendraient à être créés, sur les opérations du genre aux lieu et place du BAILLEUR;
- Ne prétendre à aucune indemnité du BAILLEUR, ni diminution des loyers, ni même droit à résiliation du contrat en cas d'arrêt de l'utilisation du Bien pour quelle que cause que ce soit, y compris les cas de force majeure et quelle que soit la durée de non utilisation du Bien et ce par dérogation aux dispositions des articles 643, 644, 645 et suivants du Dahir formant Code des Obligations et Contrats;
- Demeurer gardien responsable du Bien loué pendant toute la durée de la IJARA WA IQTINA, et jusqu'au paiement intégral des sommes dues par ses soins au titre de la IJARA WA IQTINA. A ce titre, il s'interdit formellement de le vendre, de le louer, de le céder, de domicilier une autre société, d'en disposer ou de le remettre en gage sous quelle que forme que ce soit, tant directement, que par personne interposée et ce sous peine des sanctions prévues par la loi; sauf si cette sous location est dûment autorisée par LA BANQUE. A ce

titre, LE LOCATAIRE, est et demeurera le seul responsable vis-à-vis du BAILLEUR, de tout dommage ou tout événement pouvant toucher Le Bien.

- Entretien le Bien convenablement en bon père de famille et s'oblige à autoriser en tout moment à la demande du BAILLEUR, toute personne désignée par ce dernier à vérifier en tout temps son existence et son état;
- Contracter toutes assurances couvrant le Bien contre les conséquences d'événements tels que: détérioration, avarie, arrêt d'entretien, incendie, destruction, entre autres..., telles que prévues à l'article 10 des présentes relatif à l'assurance;
- Avertir immédiatement, le BAILLEUR de toutes dégradations et grosses réparations pouvant porter préjudice à l'immeuble;
- Souffrir les grosses réparations quelle qu'en soit la nature ou la durée, sans que le BAILLEUR soit tenu à aucune indemnité, même en cas de surélévation de l'immeuble ou construction nouvelle provoquant des troubles de jouissance dans les parties communes;
- N'apporter aux lieux loués aucune modification soit dans la destination, soit dans la distribution et n'exécuter des travaux, si ce n'est d'entretien, sans l'autorisation préalable et écrite du BAILLEUR;
- S'interdire de réclamer une indemnité au BAILLEUR ou diminution du montant du loyer, pour trouble de jouissance provenant soit de tiers, soit d'autres habitants du même immeuble, soit de réparations ou travaux quelconques dans l'immeuble, ou dans les immeubles voisins;
- Satisfaire à tous les règlements de ville ou de Police et de salubrité auxquels les locataires sont tenus;
- Respecter tout règlement d'immeuble établi ou à établir ultérieurement dans l'intérêt général des occupants;
- Supporter toute redevance due au titre de toute consommation d'eau, d'électricité, téléphone ou autres, au cours de la validité du présent bail et ce même après la résiliation des présentes et ce pour quelque cause que ce soit, le BAILLEUR ne devant pas être inquiété à ce sujet. A ce titre, il est autorisé à souscrire avec les compagnies d'eau, d'électricité et de téléphone des contrats directs.

Et généralement à ne pas accomplir tout acte pouvant entraîner la responsabilité du BAILLEUR, vis-à-vis de tout tiers.

ARTICLE 6 - ASSURANCES & SINISTRE

6-1 Assurance Décès Invalidité

Pendant toute la durée de la IJARA WA IQTINA, et jusqu'au complet paiement de toutes les sommes dues dans le cadre de la présente IJARA WA IQTINA, LE LOCATAIRE doit souscrire auprès d'une compagnie d'assurance agréée par Le BAILLEUR une police d'assurance décès invalidité, pour un montant équivalent aux redevances locatives, majoré des frais, commissions et accessoires, en désignant LA BANQUE en tant que Bénéficiaire exclusive de cette indemnité.

6-2 Assurance du Bien

Pendant toute la durée de la IJARA WA IQTINA, et jusqu'au complet paiement de toutes les sommes dues dans le cadre de la présente IJARA WA IQTINA, LE LOCATAIRE doit souscrire, auprès d'une compagnie d'assurance agréée par Le BAILLEUR, le Bien contre les risques de sinistre en désignant LE BAILLEUR en tant que Bénéficiaire exclusif de cette assurance. De ce fait, toute indemnité qui lui serait normalement versée en couverture des dégâts subis par le Bien loué le sera entre les mains du BAILLEUR.

En cas de sinistre, il doit immédiatement informer LE BAILLEUR et doit également prendre toutes mesures utiles pour éviter ou réduire l'aggravation du dommage, réserver les droits du BAILLEUR, fixer les responsabilités, déposer toute plainte et faire procéder à toute expertise. A ce titre, deux cas de figure peuvent se présenter :

- Si le sinistre n'est que partiel, il doit faire remettre le Bien en état à ses frais, sans pour autant cesser le règlement des redevances locatives. La réparation effectuée, LE BAILLEUR en tant que Bénéficiaire exclusif des indemnités d'assurance, peut alors, sur présentation des factures, soit autoriser la compagnie d'assurances à régler le réparateur, soit à reverser au LOCATAIRE le montant des indemnités perçues directement de la compagnie d'assurances, uniquement dans le cas où son dossier ne présente aucun impayé.
- Si le sinistre est total, la IJARA WA IQTINA est résiliée de plein droit. A ce titre, le BAILLEUR encaisse les indemnités incluant la T.V.A. A défaut ou en cas d'insuffisance, LE LOCATAIRE indemnise lui-même LE BAILLEUR à concurrence des sommes dont il reste redevable envers lui et telles que définies à l'article xx-x ci-après. La IJARA WA IQTINA étant résiliée de plein droit, LE LOCATAIRE règle en outre la différence entre les sommes ainsi perçues et les sommes prévues à l'article xx-x. LE BAILLEUR reversera au LOCATAIRE, au cas où il aurait remboursé intégralement le montant de sa dette, lorsqu'il en aura été crédité, la quote-part lui revenant des indemnités reçues de la compagnie d'assurances.

En cas de sinistre, et en tant que Bénéficiaire exclusif des indemnités d'assurance, LE BAILLEUR recevra des compagnies d'assurances, même hors la présence et sans le concours du LOCATAIRE toutes sommes qui pourraient être dues en vertu du contrat dans toutes ses dispositions en principal, agios, frais, commissions et accessoires, d'après le décompte présenté par LA BANQUE, sans que les exceptions ou les contestations auxquelles ce décompte pourrait donner lieu puissent retarder ou invalider le versement à faire par la compagnie d'assurances.

ARTICLE 7 - MONTANT DES REDEVANCES ET MODALITES DE PAIEMENT

La présente IJARA WA IQTINA est consentie par LE BAILLEUR et acceptée par LE LOCATAIRE moyennant des redevances locatives telles que précisées à l'article xx des conditions particulières ci-après.

La IJARA WA IQTINA prenant effet à compter de la date à laquelle LE VENDEUR met le Bien objet des présentes à la disposition du LOCATAIRE, les redevances

sont payables aux dates et selon la périodicité précisées à l'article xx des conditions particulières ci-après, et pour la première fois, à la date de signature des présentes. D'un commun accord entre les Parties, LE BAILLEUR peut exiger le cas échéant du LOCATAIRE le paiement d'un premier loyer majoré.

Les loyers sont payables à échoir par fractions périodiques, le premier loyer majoré est exigible lors de la mise en possession du Bien par LE VENDEUR au profit du LOCATAIRE. Ils sont payables par prélèvement d'office sur le compte bancaire du LOCATAIRE. A ce titre, et par sa signature des présentes, LE LOCATAIRE, autorise expressément LA BANQUE à prélever sur son compte bancaire ouvert sur ses livres, le montant desdites redevances, sans qu'il soit besoin d'une quelconque autorisation de prélèvements pour ce faire.

En cas de retard dans le paiement, et sans préjudice des dispositions du contrat, il sera dû de plein droit, par LE LOCATAIRE, dès l'instant où le loyer n'aura pas été honoré, une pénalité de retard. Cette pénalité de retard est fixée à l'article xx des conditions particulières ci-après.

ARTICLE 8 - REMBOURSEMENT ANTICIPE

LE LOCATAIRE a la faculté de rembourser par anticipation partielle ou totale les sommes dont il reste redevable envers LE BAILLEUR. Etant entendu que le montant du remboursement anticipé partiel ne pourra être inférieur xx% des redevances restant dues et sera imputé sur l'échéance la plus éloignée, ainsi de suite.

Le remboursement par anticipation devra faire l'objet d'une demande écrite adressée par lettre recommandée avec accusé de réception à l'agence ayant initié le dossier, dans les conditions et délais fixés par LE BAILLEUR et donnera lieu à une ristourne desur la marge du BAILLEUR (la marge a fixer après)

ARTICLE 9 - REGLEMENT AMIABLE ET CONTENTIEUX

Conformément aux dispositions de l'article 433 du Code de Commerce, il est expressément convenu que tout différend relatif à l'interprétation ou l'exécution d'une clause quelconque des présentes fera l'objet d'une tentative de règlement amiable.

A ce titre, LE BAILLEUR fera connaître l'objet de sa réclamation au LOCATAIRE par lettre recommandée avec accusé de réception, à l'adresse fournie par ce dernier au moment de l'établissement des présentes, ou à celle dont le changement aura été notifié au LOCATAIRE.

Dans les huit (08) jours qui suivent la date d'envoi de ladite lettre, LE LOCATAIRE devra faire connaître de quelle manière il entend régler le différend en question. A ce titre, il est entendu que le non retrait de la lettre par LE LOCATAIRE équivaut à un refus de règlement amiable, sauf s'il s'est manifesté entre temps.

Si un accord intervient, il sera matérialisé par un procès verbal ou tout autre document en tenant lieu. Dans la négative, LE BAILLEUR aura droit d'user de tous les moyens de droit pour le recouvrement de son dû conformément à la procédure décrite ci-dessous.

Dans ce cas, LE LOCATAIRE, s'engage à régler au BAILLEUR, lors de chaque recouvrement d'impayés, une pénalité de retard fixée en fonction du montant des loyers.

Par ailleurs, si LE BAILLEUR est amené à entamer une quelconque procédure pour l'obtention, soit de la réalisation des garanties qui lui ont été consenties, soit le paiement des sommes qui lui sont dues, LE LOCATAIRE sera tenu de lui

rembourser outre les sommes ayant entraîné la résiliation (Loyers impayés) majorées de la pénalité de retard y afférente fixée à l'article xx des conditions particulières ci-après, le montant des loyers restants dus, les droits de timbre, frais et honoraires avocats, les frais et taxes prévus par la législation en vigueur et ce, sans préjudice des dommages et intérêts, ainsi que le montant de la valeur résiduelle qui lui seront facturés le jour de la cession du Bien financé de même que tous les frais engagés dans le cadre de la déchéance du terme.

ARTICLE 10 : BILLET A ORDRE

LE LOCATAIRE souscrit à l'ordre du BAILLEUR un billet à ordre sur lequel est porté le montant remboursable représentant l'intégralité des redevances locatives, majorées des frais, commissions, accessoires et le cas échéant, des frais d'assurance.

Il demeure entendu que la créance réelle est celle qui ressort du relevé de compte du BAILLEUR. A cet égard, LE LOCATAIRE reconnaît formellement que le relevé de compte, certifié conforme aux écritures comptables du BAILLEUR, est considéré comme justificatif de la créance.

Ce billet à ordre ainsi causé ne créera aucune sorte de novation au présent contrat.

ARTICLE 11 : JUSTIFICATION DE LA CREANCE

La justification du montant de la créance du BAILLEUR sur LE LOCATAIRE et le versement des fonds au VENDEUR résulteront valablement et suffisamment des livres de comptes, registres et documents du BAILLEUR. L'échéancier de remboursement des redevances locatives établi par acte séparé, signé et accepté par LE LOCATAIRE, est considéré d'accord - parties comme faisant partie intégrante du présent contrat.

ARTICLE 12 : SOLIDARITE DES FINANCEMENTS ET DES GARANTIES

Au cas où, le contrat d'assurance ne peut être mis en jeu, la créance est stipulée solidaire et indivisible et pourra être réclamée des héritiers et ayants droit du LOCATAIRE ou de la CAUTION conformément aux articles 181 et 182 du Dahir formant Code des Obligations et Contrats. Les significations qu'il y aurait lieu de faire seront à la charge desdits héritiers ou ayants droit. A ce titre, les héritiers et ou la CAUTION, déclarent expressément renoncer d'ores et déjà au bénéfice de division et de discussion conformément aux dispositions de l'article 1137 du Dahir formant Code des Obligations et Contrats. Les conditions du présent acte, applicables au LOCATAIRE sont étendues aux héritiers et à la CAUTION lesquels déclarent les accepter sans discussion ni réserve et affirment en avoir pris pleine et entière connaissance.

ARTICLE 13 – DUREE ET ENTREE EN VIGUEUR

La présente IJARA WA IQTINA est consentie et acceptée pour une durée fixée à l'article xx ci-dessous.

Elle prend effet à compter de la date de signature par les Parties des présentes, constatant le transfert de jouissance du Bien au profit du LOCATAIRE.

ARTICLE 14 - RESILIATION DU CONTRAT

14-1- Le présent contrat peut être résilié de plein droit par LE BAILLEUR sans qu'il ait besoin de remplir aucune formalité judiciaire et ce suite à l'envoi d'une simple mise en demeure adressée par lettre recommandée avec accusé de réception ; non suivi d'exécution dans un délai de huit (8) jours ; en cas de non paiement à l'échéance d'un seul terme de loyer ou de non exécution d'une seule des conditions de ce contrat, et sans que les offres de payer ou d'exécuter ultérieures, ou le paiement ou l'exécution après terme puissent lui enlever le droit d'exiger la résiliation encourue.

Dans le cas de la déclaration de la déchéance du terme pour l'une des raisons évoquées ci-dessous, LE LOCATAIRE devra verser au BAILLEUR outre les sommes ayant entraîné la résiliation (Loyers impayés) majorées de la pénalité de retard y afférente fixée en fonction du montant des loyers, le montant des loyers restants dus; les droits de timbre ; frais et honoraires même non répétables; les frais et taxes prévus par la législation en vigueur et ce, sans préjudice de tous dommages et intérêts.

14-2- Le présent contrat sera également résilié de plein droit si bon semble au BAILLEUR en cas d'inexécution par LE LOCATAIRE ou par quelque autre coobligé de l'une quelconque des clauses des présentes et dans l'un des cas ci-après:

1/ - A défaut, par LE LOCATAIRE ou par quelque autre coobligé, d'avoir tenu vis-à-vis du BAILLEUR les engagements prévus par le présent acte.

2/ - A défaut de paiement par LE LOCATAIRE ou par quelque autre coobligé de l'un quelconque des loyers convenus, à leur date.

3/ - En cas d'événement de nature quelconque, même de force majeure susceptible de porter atteinte à la valeur des Biens affectés en garantie.

4/ - Dans le cas où les justifications fournies par LE LOCATAIRE, où les déclarations faites par lui seraient fausses ou inexactes en totalité ou en partie, comme dans le cas où LE LOCATAIRE se serait rendu coupable de manœuvres dolosives ou frauduleuses à l'encontre du BAILLEUR.

5/ - En cas de saisie des Biens soit objet de cette IJARA WA IQTINA, soit affectés en garantie lorsque LE LOCATAIRE n'aura pas produit au BAILLEUR la mainlevée de la ou desdites saisies dans le délai de quinze (15) jours de leur date.

6/ - En cas de mise en règlement amiable ou liquidation judiciaire du LOCATAIRE ou de sa CAUTION comme en cas de déchéance commerciale prononcée à leur encontre.

7/ - En cas de fusion, dissolution, réduction du capital du LOCATAIRE et plus généralement en cas de modification statutaire, changement d'administrateur ou transfert d'actions ou de parts sociales réalisés sans le consentement du BAILLEUR, lorsque LE LOCATAIRE est une personne morale.

8/ - Dans le cas où LE LOCATAIRE ferait l'objet de poursuites judiciaires quelconques pouvant entraîner la confiscation de ses Biens et dans tous les cas où sa situation serait considérée comme irrémédiablement compromise.

9/ - A défaut de maintien de l'assurance du Bien ou du gage, du paiement des primes y afférentes et de production de leur justification.

10/ - En cas de décès du LOCATAIRE, (sauf accord express du BAILLEUR de reporter le contrat sur la tête des héritiers moyennant établissement d'un avenant), si le contrat d'assurance ne peut être mis en jeu.

11/ - Dans tous les cas prévus par l'article 139 du Dahir formant Code des Obligations et Contrats.

Et, de façon générale, en cas de violation par LE LOCATAIRE de l'une des obligations mises à sa charge par le présent contrat.

ARTICLE 15 : MAINLEVEE

Lorsque LE LOCATAIRE se sera intégralement acquitté des sommes dont il est redevable, en loyers, commissions, frais accessoires et pénalité, LE BAILLEUR lui délivrera mainlevée sur le gage sans préjudice des dispositions des articles xx& xx des présentes.

ARTICLE 16 : MODIFICATIONS

Aucune modification ne pourra être apportée au Contrat à moins d'être réalisée par accord écrit au préalable et signée par les représentants dûment habilités des deux Parties sous forme d'avenant.

ARTICLE 17 : INDEPENDANCE

17-1 : Il est exclu que le présent Contrat, fondé sur une confiance réciproque, puisse donner lieu à une quelconque association ou société de fait ou de droit entre les parties contractantes.

Chaque partie agissant à titre indépendant et sans rapport autre que les stricts droits et obligations les liant en vertu du présent Contrat.

L'indépendance des parties constitue une des conditions essentielles à la conclusion de ce Contrat.

17-2 : En vertu de l'effet relatif des conventions, LE VENDEUR et LE LOCATAIRE renoncent d'ores et déjà de manière irrévocable et inconditionnelle à se prévaloir respectivement et à quelque titre que ce soit :

- LE VENDEUR des stipulations du contrat IJARA WA IQTINA passé exclusivement entre LE BAILLEUR et LE LOCATAIRE ;
- LE LOCATAIRE du contrat de vente passé exclusivement entre LE BAILLEUR et LE VENDEUR.

Article 18 : NULLITE D'UNE DIPOSITION

Il est expressément convenu que si l'une des dispositions du présent contrat est reconnue nulle ou sans objet, elle sera réputée non écrite et n'entraînera pas la nullité des autres dispositions.

Article 19- UNICITE ET INTEGRALITE

Les parties conviennent que le présent contrat, ses annexes et ses éventuels avenants constituent l'intégralité de l'accord passé entre elles relativement aux opérations décrites dans son objet.

Article 20- FRAIS IMPOTS ET TAXES

Tous les frais, droit de timbre, impôts et taxes auxquels donneront lieu les présentes et leurs suites, seront à la charge du LOCATAIRE.

Si des taxes ou impôts venaient à être créés sur les opérations objet des présentes, LE LOCATAIRE s'engage d'ores et déjà à les supporter.

ARTICLE 21: ELECTION DE DOMICILE

Pour l'exécution des présentes, il est fait élection de domicile :

Par LE BAILLEUR en son siège social.

Par LE LOCATAIRE à l'adresse indiquée à l'article 27.

Par LE VENDEUR à l'adresse indiquée à l'article 27.

Par LA CAUTION à l'adresse indiquée à l'article 27.

Article 22- REGLEMENT DES LITIGES & CLAUSE ATTRIBUTIVE DE JURIDICTION

Le présent contrat est régi par le Droit Marocain.

En cas de différend sur l'interprétation, l'exécution ou la résiliation du contrat, les parties s'engagent à rechercher une solution amiable, dans la mesure du possible.

A défaut de règlement amiable, le différend sera soumis à la compétence du Tribunal de Commerce de Casablanca, le Droit Marocain étant applicable.

DISPOSITIONS PARTICULIERES

ARTICLE 23 : IDENTITE DES PARTIES

23-1 LA BANQUE/LE BAILLEUR

23-2 LE LOCATAIRE

- Prénom/Raison sociale :
- Nom/Forme Juridique :
- CIN n°/Capital :
- Adresse/ Siège social :
- Ville/ N° RC & ville:

23-3 LA CAUTION

- Prénom :
- Nom :
- CIN n° :
- Adresse :
- Ville :

23-4 LE VENDEUR

- Prénom/Raison sociale :
- Nom/Forme Juridique :
- CIN n°/Capital :
- Adresse/ Siège social :

- Ville/ N° RC & ville:

ARTICLE 24 : DESIGNATION DU BIEN

La totalité de la propriété dite «..... » consistant en un appartement en copropriété à usage d'habitation situé auétage, d'une superficie de m², formant la fraction divise n°du règlement de copropriété de l'immeuble dont il dépend, édifié sur la propriété originelle, objet du titre foncier mère n° , sis à Casablanca, Ainsi que les /..... èmes des parties communes y rattachées.

LE TOUT FAISANT L'OBJET DU TITRE FONCIER N°.....

Telle au surplus que ladite propriété existe, s'étend et se poursuit à ce jour avec toutes ses aisances et dépendances, ainsi que les droits y rattachés sans exception ni réserve et sans en faire une plus ample description, l'ACQUEREUR déclarant l'avoir visitée et inspectée en vue des présentes.

ARTICLE 25 – PRIX D'ACQUISITION DU BIEN

Le prix d'acquisition du (des) Bien (s), à la date de son (leur) acquisition par Le BAILLEUR est fixé à :

Prix D'acquisition	Frais d'Enregistrement	Frais de Mutation	Prix total d'acquisition

ARTICLE 26– DUREE DE LA IJARA WA IQTINA& MODALITES DE PAIEMENT DES LOYERS

Nombre Echéance	Montant TTC de chaque loyer	Conditions de la IJARA WA IQTINA
		Durée totale de la IJARA WA IQTINA : Montant des Loyers : Premier Loyer Majoré : Date paiement des Loyers : Frais d'assurance Annuels :

ARTICLE 27: FRAIS D'ASSURANCES ET DE DOSSIER

Compagnie d'Assurances	N° de la Police	Prime de l'Assurance - Vie
Compagnie d'Assurances	N° de la Police	Prime de l'Assurance du Bien
Montant des Frais de Dossier	H.T :	T.V.A:
		T.T.C:

ARTICLE 28– PENALITES DE RETARD

En cas de retard dans le paiement, et sans préjudice des dispositions du contrat, il sera dû de plein droit, par **LE LOCATAIRE**, dès l'instant où le loyer n'aura pas été

honoré, des pénalités de retard fixées sur la base de (xx%) du montant de la redevance impayée. Elles seront dues du jour de la constatation de l'impayé jusqu'au jour du règlement effectif, étant entendu que tout mois entamé est un mois dû.

ARTICLE 29 : GARANTIES

ARTICLE 30 : REQUISITION

Les Parties requièrent Monsieur le Conservateur de la Propriété Foncière et des Hypothèques,
de bien vouloir :

- Inscrire le présent contrat en marge des livres fonciers relatif au titre foncier n°
..... ;

- Délivrer à LA BANQUE le Certificat des inscriptions, droits réels et charges foncières attestant sa propriété du Bien, tel qu'il résulte de l'article 65 du Dahir du 12 Août 1913 sur l'immatriculation des immeubles,

Mention des présentes est consentie partout où besoin sera.

ARTICLE 31 : POUVOIRS

Tous pouvoirs sont donnés au porteur d'une copie des présentes pour accomplir toutes les formalités y afférentes où besoin sera.

Fait de bonne foi et en (04) exemplaires

A XXXXXXXXX , le

LE BAILLEUR
(Cachet et Signature)

LE VENDEUR
(Faire précéder la signature de la
mention manuscrite « LU ET
APPROUVE »)

LE LOCATAIRE
(Signature à légaliser)
(faire précéder la signature de la mention
manuscrite« LU ET APPROUVE »)

LA CAUTION
(Signature à légaliser)
(faire précéder la signature de la
mention manuscrite« LU ET
APPROUVE »)

MODELE CONTRAT MOURABAHA IMMOBILIERE

ENTRE LES SOUSSIGNES :

1/ Tout Etablissement de Crédit au sens de la Loi 34-03 relative aux établissements de crédit et organismes assimilés, représenté à l'effet des présentes par ses mandataires désignés à l'article 17 ci-après, agissant en vertu des pouvoirs qui leur ont été conférés à cet effet.

Ci-après désigné «**LA BANQUE**»

DE PREMIERE PART,

2/ Toute Personne Physique ou Morale nommément désignée à l'article 17 des conditions particulières.

Ci-après désignée «**L'ACQUEREUR**» et le cas échéant «**LA CAUTION**».

DE DEUXIEME PART,

3/ Toute Personne Physique ou Morale nommément désignée à l'article 17 des conditions particulières.

Ci-après désignée «**LE VENDEUR**».

DE TROISIEME PART,

Etant préalablement rappelé ce qui suit :

Suite à la demande formulée par L'ACQUEREUR par laquelle il demande à la banque d'acquérir le bien objet du présent contrat et de le lui revendre sous forme de financement par Mourabaha.

Étant rappelé que le contrat Mourabaha est défini par la Directive de Bank Al-Maghrib n°... en date du relative aux modes de financement alternatifs, en l'occurrence son article : « comme étant un contrat par lequel un établissement de crédit acquiert, à la demande d'un client, un bien meuble ou immeuble en vue de lui revendre moyennant une marge bénéficiaire convenue d'avance. »

A cette fin et sur la base du devis (ou facture proforma) produit par L'ACQUEREUR .annexé à sa demande précitée, la banque a acquis ledit bien à l'effet de le lui revendre dans les conditions et modalités prévues par le présent contrat.

Étant entendu que pour des raisons de commodité et d'efficacité juridiques, les Parties aux présentes conviennent de passer le présent acte tripartite comportant deux contrats distincts :

- Un contrat de vente passé exclusivement entre la Banque et le vendeur s'étendant de l'articleà l'article.....;
- Et un contrat Mourabaha passé exclusivement entre la Banque et l'Acheteur s'étendant de l'articleà l'article

A cet effet, et compte tenu du principe de l'effet relatif des conventions, les parties déclarent d'ores et déjà qu'il s'agit de deux contrats séparés, ne produisant d'effets juridiques qu'à l'égard de leurs signataires respectifs.

Par conséquent, le Vendeur renonce d'ores et déjà de manière irrévocable et inconditionnelle à se prévaloir, à quelque titre que ce soit, des stipulations du contrat Mourabaha ;

De même, l'Acheteur renonce d'ores et déjà de manière irrévocable et inconditionnelle à se prévaloir, à quelque titre que ce soit, des stipulations du contrat de vente.

Ceci étant rappelé il a été convenu et arrêté ce qui suit :

I- CONTRAT DE VENTE

ARTICLE 1.- DESIGNATION :

Le VENDEUR vend par les présentes, en s'obligeant aux garanties ordinaires de fait et de droit les plus étendues à la Banque qui accepte le bien désigné à l'article ...des conditions particulières ci-dessous

ARTICLE 3.- PROPRIETE ET JOUISSANCE

LA BANQUE sera propriétaire de la propriété désignée à l'article 1 ci-dessus et en aura la jouissance à compter de l'inscription du présent acte à la conservation foncière.

Le VENDEUR déclare que la propriété est libre de toute charge, dette ou hypothèque et qu'elle ne fait l'objet d'aucune mesure conservatoire ou d'exécution.

ARTICLE 4.- PRIX

La présente vente est respectivement consentie et acceptée moyennant un prix principal global précisé à l'article ...des conditions particulières ci-dessous que la déclare avoir réglé selon les modalités prévues à l'article ...des conditions particulières

DONT QUITTANCE

ARTICLE 5.- CONDITIONS

La présente vente a lieu sous les clauses et conditions ordinaires de fait et de droit et notamment, celles énoncées ci-après, que la Banque s'oblige à exécuter :

- de souffrir les servitudes passives et aura le droit de bénéficier de celles actives, le tout s'il en existe, tels que les charges et droits qui se trouvent énoncés au dossier du titre foncier du bien vendu et auquel les parties se réfèrent expressément ;
- De se conformer strictement aux clauses, conditions et prescriptions, imposées dans le règlement de copropriété et des pièces y annexées, joints aux présentes, inscrit au titre foncier N°.....dont la Banque déclare avoir pris parfaite connaissance et dont copie lui a été remise par le vendeur es-qualité à l'instant même.

- de contribuer aux charges de copropriété si la vente porte sur un appartement.

II- CONTRAT MOURABAHA

ARTICLE 1 –OBJET DU CONTRAT MOURABAHA

La Banque vend par les présentes, en s'obligeant aux garanties ordinaires de fait et de droit à L'ACQUEREUR qui accepte le bien désigné à l'article 1 du contrat de vente ci-dessus, ci-après appelé le « Bien », que la Banque a acquis sur ordre exprès de l'ACQUÉREUR.

L'ACQUÉREUR déclarant bien connaître le Bien pour l'avoir visité et choisi à l'effet du présent contrat MOURABAHA

ARTICLE 2 : PROPRIETE ET DELIVRANCE DU BIEN

Le Bien sera mis à la disposition de L'ACQUEREUR, directement par LE VENDEUR choisi par lui, laquelle mise à sa disposition est matérialisée par la signature du Procès Verbal de réception dressé à cet effet, entre L'ACQUEREUR et Le VENDEUR.

Si pour une raison indépendante de la volonté de LA BANQUE, le Bien n'est pas mis à la disposition de l'ACQUEREUR dans les conditions et délais prévus par le contrat, le contrat sera annulé.

Il demeure entendu qu'en tout état de cause, le Bien est acquis et livré aux risques et frais de l'ACQUÉREUR et ce, dès Signature des présentes .

ARTICLE 3-PRIX ET MODALITES DE REGLEMENT

La présente MOURABAHA est consentie par LA BANQUE et acceptée par l'ACQUEREUR moyennant un prix précisé à l'article ...des conditions particulières ci-après.

Ce prix comporte en sus des frais et dépens visés à l'article ... ci-dessous, une marge bénéficiaire en faveur de la Banque précisée à l'article xx des conditions particulières.

Le prix sera réglé sous forme d'échéances payables aux dates et selon la périodicité précisées à l'article xx des conditions particulières ci-après, et pour la première fois, à la date de signature des présentes.

Ces échéances faisant l'objet d'un échancier annexé aux présentes dûment signé par l'ACQUEREUR.

D'un commun accord entre les Parties, LA BANQUE peut exiger le cas échéant de l'ACQUEREUR le paiement d'une avance lors de la signature des présentes, précisée à l'article xxx des conditions particulières

Les échéances sont payables par fractions périodiques. Elles sont payables par prélèvement d'office sur le compte bancaire de l'ACQUEREUR. A ce titre, et par sa

signature des présentes, l'ACQUEREUR, autorise expressément LA BANQUE à prélever sur son compte bancaire ouvert sur ses livres, le montant desdites échéances, sans qu'il soit besoin d'une quelconque autorisation de prélèvements pour ce faire.

A défaut de règlement d'une seule des mensualités, LA BANQUE, après mise en demeure d'exécuter dans les huit jours, adressée à L'ACQUEREUR, restée infructueuse, pourra demander le paiement de l'intégralité du prix restant dû.

ARTICLE 4 -PÉNALITÉ DE RETARD

En cas de retard dans le paiement, et sans préjudice de la faculté réservée à la Banque de provoquer la déchéance du terme, il sera dû de plein droit, par l'ACQUEREUR, dès l'instant où une échéance n'aura pas été honorée, une pénalité de retard dont le montant est précisé à l'article xxx des conditions particulières. Cette pénalité de retard est due pour chaque mois (ou fraction de mois) (à préciser) à partir de la tombée de l'échéance impayée.

ARTICLE 5- REMBOURSEMENT ANTICIPE

L'ACQUEREUR a la faculté, sous réserve de l'accord préalable de la Banque, de rembourser par anticipation totalement ou partiellement les sommes dont il reste redevable envers LA BANQUE. Étant entendu que le montant du remboursement anticipé partiel ne pourra être inférieur à xx% des échéances restant dues et sera imputé sur l'échéance la plus éloignée, ainsi de suite.

Le remboursement par anticipation devra faire l'objet d'une demande écrite adressée par lettre recommandée avec accusé de réception à l'agence domiciliaire de l'Acquéreur , dans les conditions et délais fixés par LA BANQUE et donnera lieu à une ristourne sur la marge de LA BANQUE (en préciser les conditions).

ARTICLE 6 -ASSURANCE

L'ACQUEREUR doit contracter deux polices d'assurance, la première pour se couvrir contre le décès et l'invalidité et la seconde pour assurer le bien objet du présent contrat contre tous les risques auprès d'une compagnie d'assurance agréée par la Banque.

6.1 Assurance Décès Invalidité

Pendant toute la durée de ce contrat, et jusqu'au complet paiement de toutes les sommes dues dans le cadre de la présente MOURABAHA, L'ACQUEREUR est tenu de souscrire auprès d'une compagnie d'assurance agréée par LA BANQUE une police d'assurance décès invalidité, pour un montant équivalent au prix d'acquisition du bien, majoré des frais, commissions et accessoires, en désignant LA BANQUE en tant que Bénéficiaire exclusif de cette indemnité.

6.2 Assurance du Bien :

Pendant toute la durée de la MOURABAHA, et jusqu'au complet paiement de toutes les sommes dues dans le cadre de la présente MOURABAHA, L'ACQUEREUR s'oblige à faire assurer le Bien contre tous les risques de sinistre, auprès d'une compagnie d'assurance agréée par LA BANQUE, en désignant cette dernière en tant que Bénéficiaire exclusif de cette assurance. De ce fait, toute indemnité qui lui serait normalement versée en couverture des dégâts subis par le Bien loué le sera entre les mains de LA BANQUE.

En cas de sinistre, et en tant que Bénéficiaire exclusif des indemnités d'assurance, LA BANQUE recevra des compagnies d'assurances, même hors la présence et sans le concours de l'acheteur toutes sommes qui pourraient être dues en vertu du contrat dans toutes ses dispositions en principal, frais, commissions et accessoires, d'après le décompte présenté par LA BANQUE, sans que les exceptions ou les contestations auxquelles ce décompte pourrait donner lieu puissent retarder ou invalider le versement à faire par la compagnie d'assurances.

Si les indemnités versées par la compagnie d'assurance ne sont pas suffisantes pour le remboursement de ce qui est dû à la Banque, l'ACQUEREUR demeure toujours engagé de couvrir le reliquat restant dû au titre du présent contrat.

ARTICLE 7 : INTERDICTIONS ET ENGAGEMENTS

L'ACQUEREUR s'engage envers La BANQUE pendant toute la durée de la MOURABAHA à :

- respecter l'ensemble des dispositions légales, notamment celles relatives aux textes fiscaux en vigueur, ainsi que tous les autres textes applicables à ce contrat, en particulier; il sera tenu de payer pendant toute la durée de la MOURABAHA, tous les impôts et taxes en vigueur ou qui viendraient à être créés;
- de prendre le bien vendu dans son état actuel sans pouvoir prétendre à aucune indemnité, ni diminution du prix fixé ci-dessus pour quelque cause que ce soit;
- Jouir du bien et entretenir les lieux en bon père de famille en les maintenant en bon état et effectuer les réparations nécessaires et son entretien ;
- Prendre en charge intégralement tous les frais d'entretien et de maintenance du Bien, ainsi que toutes grosses réparations ou autres;
- Contracter toutes assurances couvrant le Bien contre les conséquences d'événements tels que: détérioration, avarie, arrêt d'entretien, incendie, destruction, entre autres..., telles que prévues à l'article 7 des présentes relatif à l'assurance;
- Avertir LA BANQUE de toutes dégradations et grosses réparations pouvant porter préjudice au bien objet de la MOURABAHA;
- Respecter tout règlement d'immeuble établi ou à établir ultérieurement dans l'intérêt général des occupants;
- Prévenir immédiatement LA BANQUE de toute mesure judiciaire pratiquée sur le bien;

- Informer immédiatement LA BANQUE de tous les faits ou événements susceptibles d'affecter sérieusement l'importance ou la valeur du Bien ;
- de souffrir les servitudes passives et aura le droit de bénéficier de celles actives, le tout s'il en existe et tels que les charges et droits se trouvent énoncés au dossier du titre foncier des biens vendus et auxquels les parties se réfèrent expressément;
- d'acquitter à compter du jour de l'entrée en jouissance, les taxes, impôts et charges de toute nature afférents au Bien;
- de supporter tous les frais, droits et honoraires des présentes et leurs suites quelles qu'ils soient y compris les frais d'enregistrement et de mutation;
- de contribuer aux charges de copropriété;
- à ne pas louer, aliéner ou faire apport à une société et plus particulièrement à un tiers de tout ou partie du bien objet de la MOURABAHA sauf accord express de la BANQUE,
- de ne pas déléguer ou céder ses salaires et revenus et garantir des dettes de tiers, notamment, par avals ou cautions.
- de ne pas contracter des dettes dont les charges éventuelles, cumulées avec celles de ses dettes actuelles, risquent d'excéder sa capacité de remboursement.

ARTICLE 8: BILLET A ORDRE

L'ACQUEREUR souscrit à l'ordre de la BANQUE un billet à ordre sur lequel est porté le montant remboursable représentant l'intégralité des échéances, majorées des frais, commissions, accessoires et le cas échéant, des frais d'assurance.

Il demeure entendu que la créance réelle est celle qui ressort du relevé de compte de la BANQUE. A cet égard, L'ACQUEREUR reconnaît formellement que le relevé de compte, certifié conforme aux écritures comptables de la BANQUE, est considéré comme justificatif de la créance.

Ce billet à ordre ainsi causé ne créera aucune sorte de novation au présent contrat.

ARTICLE 9- DUREE ET ENTREE EN VIGUEUR

La présente MOURABAHA est consentie et acceptée pour une durée fixée à l'article xx des conditions particulières ci-dessous.

Elle prend effet à compter de la date de signature des présentes par les Parties, constatant le transfert de jouissance du Bien au profit de l'ACQUEREUR.

ARTICLE 10- RESILIATION DU CONTRAT

Le présent contrat peut être résilié de plein droit par la BANQUE sans qu'il ait besoin de remplir aucune formalité judiciaire et ce suite à l'envoi d'une simple mise en demeure adressée par lettre recommandée avec accusé de réception ; non suivi d'exécution dans un délai de huit (8) jours ; en cas de non paiement d'une échéance ou de non exécution d'une seule des conditions du présent contrat, et sans que les offres de payer ou d'exécuter ultérieures, ou le paiement ou l'exécution après terme puissent lui enlever le droit d'exiger la résiliation encourue.

Dans le cas de la déclaration de la déchéance du terme pour l'une des raisons évoquées ci-dessous ou pour quelque cause que ce soit, l'ACQUEREUR devra verser à la BANQUE outre les sommes ayant entraîné la résiliation (échéances impayées) majorées de la pénalité de retard y afférente, échéances non encore échues; les droits de timbre ; frais et honoraires même non répétables; les frais et taxes prévus par la législation en vigueur et ce, sans préjudice de tous dommages et intérêts.

Le présent contrat sera également résilié de plein droit si bon semble à la BANQUE en cas d'inexécution par l'ACQUEREUR ou par quelque autre coobligé de l'une quelconque des clauses des présentes et dans l'un des cas ci-après:

1/ - A défaut, par l'ACQUEREUR ou par quelque autre coobligé, d'avoir tenu vis-à-vis de la BANQUE les engagements prévus par le présent acte.

2/ - A défaut de paiement par l'ACQUEREUR ou par quelque autre coobligé de l'une quelconque des échéances convenues, à leur date.

3/ - En cas d'événement de nature quelconque, même de force majeure susceptible de porter atteinte à la valeur des Biens affectés en garantie.

4/ - Dans le cas où les justifications fournies par l'ACQUEREUR, où les déclarations faites par lui seraient fausses ou inexactes en totalité ou en partie, comme dans le cas où l'ACQUEREUR se serait rendu coupable de manœuvres dolosives ou frauduleuses à l'encontre de la BANQUE.

5/ - En cas de saisie des Biens soit objet de cette MOURABAHA, soit affectés en garantie lorsque l'ACQUEREUR n'aura pas produit à la BANQUE la mainlevée de la ou desdites saisies dans le délai de quinze (15) jours de leur date.

6/ - En cas de mise en règlement amiable ou liquidation judiciaire de l'ACQUEREUR ou de sa CAUTION comme en cas de déchéance commerciale prononcée à leur rencontre.

7/ - En cas de fusion, dissolution, réduction du capital de l'ACQUEREUR et plus généralement en cas de modification statutaire, changement d'administrateur ou transfert d'actions ou de parts sociales réalisés sans le consentement de la BANQUE, lorsque l'ACQUEREUR est une personne morale.

8/ - Dans le cas où l'ACQUEREUR ferait l'objet de poursuites judiciaires quelconques pouvant entraîner la confiscation de ses Biens et dans tous les cas où sa situation serait considérée comme irrémédiablement compromise.

9/ - A défaut de maintien de l'assurance du Bien ou du gage, du paiement des primes y afférentes et de production de leur justification.

10/ - En cas de décès l'ACQUEREUR, (sauf accord exprès de la BANQUE de reporter le contrat sur la tête des héritiers moyennant établissement d'un avenant), si le contrat d'assurance ne peut être mis en jeu.

11/ - Dans tous les cas prévus par l'article 139 du Dahir formant Code des Obligations et Contrats.

Et de façon générale, en cas de violation par l'ACQUEREUR de l'une des obligations mises à sa charge par le présent contrat.

Article 11 : NULLITE D'UNE CLAUSE

Il est expressément convenu que si l'une des clauses du présent contrat est reconnue nulle ou sans objet, elle sera réputée non écrite et n'entraînera pas la nullité des autres stipulations.

Article 12: UNICITE ET INTEGRALITE

Les parties conviennent que le présent contrat, ses annexes et ses éventuels avenants constituent l'intégralité de l'accord passé entre elles relativement aux opérations décrites dans son objet.

Article 13 :FRAIS IMPOTS ET TAXES

Tous les frais, droit de timbre, impôts et taxes auxquels donneront lieu les présentes et leurs suites, seront à la charge de l'ACQUEREUR.

Si des taxes ou impôts venaient à être créés sur les opérations objet des présentes, l'ACQUEREUR s'engage d'ores et déjà à les supporter.

ARTICLE 14 : RÉQUISITIONS

Les Parties aux présentes requièrent Monsieur le Conservateur de la propriété foncière dede bien vouloir inscrire sur le titre foncier objet du contrat de:

- 1- La mutation immobilière objet du contrat de vente ci-dessus;
- 2- une hypothèque en faveur de la BANQUE pour garantir le paiement du prix du financement par MOURABAHA précisé à l'article ...des conditions particulières .

ARTICLE 15 : ELECTION DE DOMICILE

Pour l'exécution des présentes, il est fait élection de domicile :

Par LA BANQUE en son siège social.

Par l'ACQUEREUR et ou la caution à l'adresse indiquée à l'article.....ci-dessous

Par LE VENDEUR à l'adresse indiquée à l'article.....ci-dessous

Par LA CAUTION à l'adresse indiquée à l'article.....ci-dessous

ARTICLE 16: REGLEMENT DES LITIGES & CLAUSE ATTRIBUTIVE DE JURIDICTION

Le présent contrat est régi par le Droit Marocain.

Tout litige résultant de l'interprétation ou de l'exécution de présentes sera soumis au Tribunal de Commerce de Casablanca.

CONDITIONS PARTICULIERES

ARTICLE 17 : IDENTITE DES PARTIES

LA BANQUE

LE VENDEUR

- Prénom/Raison sociale :
- Nom/Forme Juridique :
- CIN n°/Capital :
- Adresse/ Siège social :
- Ville/ N° RC & ville:

l'ACQUEREUR

- Prénom/Raison sociale :
- Nom/Forme Juridique :
- CIN n°/Capital :
- Adresse/ Siège social :
- Ville/ N° RC & ville:

LA CAUTION

- Prénom :
- Nom :
- CIN n° :
- Adresse :
- Ville :

ARTICLE 18: DESIGNATION DU BIEN

la totalité de la propriété, consistant ensitué aude l'immeuble sis à

A titre divis : Fraction n°,du règlement de copropriété, objet du titre foncier n°.....Propriété dited'une superficie decomposée comme suit :

-
-

A titre indivis :/.....èmes des parties communes indivises de la propriété originelle diteobjet du titre foncier mère n°..... que la BANQUE déclare bien connaître pour l'avoir visitée.

ARTICLE 19.- ORIGINE DE LA PROPRIETE

Le VENDEUR déclare qu'il est propriétaire de la propriété présentement vendue en vertu des pièces et documents versés au dossier du titre foncier et notamment, de l'acte d'achat dont la date et les références sont indiquées ci-après :

-
-

ARTICLE 20: MODALITES DE REGLEMENT DU PRIX D'ACQUISITION EN FAVEUR DU VENDEUR

La Banque a réglé au VENDEUR le prix d'acquisition du bien ainsi qu'il suit :

- A Concurrence de la somme de..... ci- après, par la Banque, au moyen de ses deniers personnels , hors la vue du Notaire soussigné et sans passer par sa comptabilité.
- Le reliquat du prix de vente soit la somme de..... est payé par la Banque directement entre les mains du Notaire soussigné qui les remettra au VENDEUR à la vue du Notaire soussigné et en passant par sa comptabilité, par la BANQUE.

De laquelle somme ainsi payée, le vendeur ès-qualité consent à la Banque bonne et valable quittance définitive et sans réserve.

ARTICLE 21: PRIX D'ACQUISITION DU BIEN

Tous pouvoirs sont donnés au porteur d'une copie des présentes pour accomplir toutes les formalités y afférentes où besoin sera.

Fait de bonne foi et en (04) exemplaires

A XXXXXXXXX , le

LA BANQUE

LE VENDEUR

(Cachet et Signature)

(Cachet et Signature)

L'ACQUEREUR

LA CAUTION

(Signature à légaliser)

(Signature à légaliser)

(faire précéder la signature de la mention manuscrite« LU ET APPROUVE »)

(faire précéder la signature de la

mention manuscrite« LU ET APPROUVE »)

NORMES COMPTABLES

A1. Mourabaha et Mourabaha avec Ordre d'Achat (MOA)

1. Champ d'application de la norme

2. Traitement comptable de la Mourabaha et de la MOA

3. Date de prise d'effet

1. Champ d'application de la norme

- Cette norme s'applique aux actifs devant être vendus à travers un contrat de Mourabaha et de Mourabaha avec Ordre d'Achat, aux revenus, aux dépenses, aux gains et pertes relevant de ces actifs. Elle est appliquée lorsque la banque acquiert l'actif par financement propre, par un fond d'investissement commun constitué de fonds de la banque islamique et de compte d'investissement non restrictif ou de compte d'investissement restrictif.

- Au cas où cette norme est en contradiction avec des chartes ou règles applicables aux banques islamiques dans un pays, une divulgation de la contradiction devra être faite.

2. Traitement comptable de la Mourabaha et de la MOA

■2/1. Évaluation des actifs à l'acquisition (par la banque islamique)

- Le Financial Accounting Statement No.(2): "Concepts of Financial Accounting for Islamic Banks and Financial Institutions" stipule que l'évaluation des actifs devra être faite sur la base du coût historique au moment de l'achat. Il en découle que les actifs en la possession de la banque dans le but d'être vendus sous un contrat de Mourabaha ou de MOA devront être évalués à leur date d'acquisition sur la base du coût historique.

■2/2. Mesure de la valeur des actifs après leur acquisition par la banque islamique

- **Dans un contrat de MOA devant être obligatoirement exécuté**, les actifs devant être vendus après leur acquisition sur la base d'un contrat de MOA doivent être évalués à leur coût historique. Au cas où la valeur d'actif baisse en raison de dégradations subies, une telle baisse doit être répercutée sur la valeur de l'actif à la fin de chaque période financière.

- **En cas de Mourabaha ou MOA non obligatoire**, si la banque islamique constate une possibilité de non recouvrement du coût des actifs à céder sur la base de la Mourabaha ou de la MOA, les actifs devront être mesurés à leur valeur liquide nette équivalente (net réalisable). Une provision reflétant la différence entre coût d'acquisition et valeur liquide nette équivalente sera constituée pour la baisse de la valeur.

- **Potentielle réduction commerciale après l'acquisition de l'actif:**

a. Au cas où il est possible pour la banque islamique d'obtenir une réduction sur le prix de l'actif lors de son achat, une telle réduction si elle advenait après l'acquisition ne devrait pas être considérée comme un profit pour la banque islamique. Elle devrait plutôt entraîner une baisse du coût de l'actif inscrit dans le contrat de Mourabaha ou de MOA. Les implications de cette situation par rapport aux profits de la période et des périodes à venir devront être prises en compte.

b. La remise devra cependant être traitée comme un gain pour la banque islamique si telle est la décision du Sharia Board de la banque islamique. Un tel revenu sera inscrit dans les comptes.

■2/3. Créances de Mourabaha

- Les créances de Mourabaha à court ou moyen terme devront être enregistrées au moment de leur réalisation à leur valeur nominale. Les créances de Mourabaha sont évaluées à la fin de la période financière à leur valeur liquide équivalente c'est à dire le montant dû par le client à la fin de la période financière moins toutes provisions relatives aux créances douteuses.

■2/4. Déclaration des profits

Les profits de Mourabaha ou de MOA sont déclarés au moment de la signature du contrat si la vente est au comptant ou à crédit pour une échéance n'excédant pas la période financière en cours.

Le prix d'acquisition du (des) Bien (s), à la date de son (leur) acquisition par la BANQUE est fixé à :

Prix D'acquisition	Frais d'Enregistrement	Frais de Mutation	Prix total d'acquisition	Marge bénéficiaire de LA BANQUE

ARTICLE 22 – DUREE DE LA MOURABAHA & MODALITES DE PAIEMENT DES ECHEANCES

Nombre Echéance	principal	TVA	Assurance	Mensualité TTC

ARTICLE 23 : FRAIS D'ASSURANCES ET DE DOSSIER

Compagnie d'Assurances	N° de la Police	Prime de l'Assurance - Vie	
Compagnie d'Assurances	N° de la Police	Prime de l'Assurance du Bien	
Montant des Frais de Dossier	H.T :	T.V.A:	T.T.C:

ARTICLE 24- Frais et dépens engagés par la Banque :

Pour les besoins du présent contrat MOURABAHA, la BANQUE a engagé les frais et dépens suivants pour l'acquisition du Bien :

Prix d'acquisition du Bien :

Frais d'enregistrement :

Taxes :.....

.....

.....

ARTICLE 25– PENALITES DE RETARD

À exprimer en pourcentage ou en montant forfaitaire sur chaque échéance impayée.

ARTICLE 26 : POUVOIRS

- Les profits sur les ventes à crédit qui seront recouverts en un seul paiement après la période financière en cours ou par étalement sur plusieurs échéances devront être reconnus en utilisant l'une des deux méthodes suivantes:
 - a. La répartition proportionnelle de profit sur la période du crédit par laquelle à chaque période financière sera attribué sa part de profit, que l'argent soit encaissé ou non. C'est la méthode recommandée.
 - b. La prise en compte des profits seulement en cas d'encaissement. Cette méthode est soumise à l'approbation du Sharia Board ou de l'autorité de surveillance.
- Au 2/4/1 et au 2/4/2 ci dessus, les revenus et les coûts des actifs devront être reconnus lors de la signature du contrat de vente, soumis au report des profits au 2/4/2.

■2/5. Profits différés

- Les profits différés devront être compensés par des Mourabaha recevables dans les états financiers.

■2/6. Premiers dénouements avec déduction de part de profits

- **Déduction de part de profits au moment du dénouement:** si le client accélère les paiements d'un ou de plusieurs versements avant la date convenue, la banque islamique peut déduire la part de profit à convenir entre la banque islamique et le client au moment du dénouement. Le montant déduit devra être inscrit au crédit du compte de Mourabaha à recevoir et retranché du profit en question en considération des versements.
- **Déduction de part de profits après dénouement:** le traitement comptable requis au 2/6/1 s'applique si le client accélère les paiements d'un ou de plusieurs versements avant la date convenue pour ces paiements et la banque islamique n'accorde pas au client une déduction de part de profits mais exige que le client fasse un paiement de l'intégralité des versements pour ensuite être rembourser au moyen d'une part des profits par la banque islamique.

■2/7. Insolvabilité

- S'il est prouvé que les non paiements du client sont dû à son insolvabilité, alors la banque islamique ne peut exiger de ce client un montant additionnel en guise de pénalité.

■2/8. Difficulté d'un donneur d'ordre (ayant payé le hamish jiddiyah) à respecter ses engagements

- Le montant payé comme hamish jiddiyah par le donneur d'ordre devra être traité comme une dette de la banque islamique à moins que le comité de supervision sharia en décide autrement.
- **En cas de promesse non obligatoire:** le montant du hamish jiddiyah est remboursé en intégralité (sur la base d'une promesse non obligatoire) même si l'actif est cédé à un autre client à un prix inférieur au prix convenu entre la banque et le client à l'origine de l'ordre d'achat.
- **En cas de promesse ferme:**
 - a. Le montant de la perte du moment devra être déduite du hamish jiddiyah c'est à dire que la banque islamique ne devra supporter aucune perte.
 - b. Si le hamish jiddiyah n'est pas adéquate ou disponible, toute perte de la banque islamique devra être enregistrée comme à devoir par le client après que ce dernier ait fourni les preuves de la difficulté à honorer sa promesse.

■2/9. Condition de divulgation

- La banque doit mentionner dans les annexes des états financiers le caractère obligatoire ou non de la MOA.
- Les conditions de divulgation notifiés dans le financial Accounting Standard No. 1 : la Présentation Générale et la divulgation dans les états financiers des banques et institutions islamiques devront être respectées.

3. Date de prise d'effet

- Date de prise de d'effet: année fiscale débutant le 1er janvier 1998

NORMES JURIDIQUES

B1. Mourabaha et MOA

1. Règles juridiques applicables pour les transactions de Mourabaha et MOA

2. Types de MOA

3. Règles Générales

1. Règles juridiques applicables pour les transactions de Mourabaha et MOA

■1/1. Mourabaha

La Mourabaha est définie comme la vente de biens à un prix majoré d'une marge convenue. Sa caractéristique est que le vendeur doit informer l'acheteur du prix d'achat du bien et de sa marge.

Les exigences de la Mourabaha sont les suivantes:

- a. La banque islamique doit informer le client du coût ou du capital ;
- b. Le contrat d'achat initial devra être valide;
- c. Le contrat ne devra pas faire l'objet d'usure;
- d. La banque islamique devra divulguer toute défaillance survenue après l'achat et toutes les conséquences liées;
- e. La banque islamique devra divulguer les termes du contrat d'achat; un achat effectué à crédit par exemple.

■1/1. Mourabaha

f. Si aucune des conditions énoncées en (a), (d), ou (e) n'est remplie, l'acheteur aura l'option de:

- 1. continuer la transaction telle quelle;
- 2. faire part au vendeur de la non conformité ou
- 3. annulé le contrat

Précisons que la vente dans un contrat de Mourabaha dans un contexte identique à celui explicité ci dessus signifie que le produit est détenu par le vendeur au moment de la négociation et de la signature du contrat. La différence entre Mourabaha et MOA sera explicitée dans les paragraphes suivants.

■1/2. MOA

L'idée de la Mourabaha avec l'ordre d'achat est survenue pour deux raisons:

Primo, pour acquérir une expérience. L'une des parties (le donneur d'ordre d'achat) demande à l'autre partie (acheteur) d'acheter un actif et promet à ce dernier de lui racheter cet actif à un prix intégrant une marge convenue, profitant ainsi de l'expérience de l'acheteur. Selon Al-Mousily* "les agents économiques n'appréhendant pas la valeur économique des biens ont donc recours aux expériences des autres qui offrent ce service volontairement".

Secundo, pour bénéficier d'un crédit. Le donneur d'ordre d'achat demande à l'acheteur d'acheter l'actif et promet de le lui racheter à un prix intégrant une marge convenue; ce, de façon échelonné ou en un seul paiement. Le crédit est la principale motivation de la majorité des clients contractant la MOA avec les banques islamiques.

* c'est qui?

■1/2. MOA

Les deux raisons peuvent cependant se confondre en une seule. En effet la multiplication des achats à crédit de nos jours pour des raisons diverses a entraîné l'augmentation de la demande de ce type de transaction.

La vente à crédit n'étant pas la seule modalité, la transaction peut être effectuée pour la Mourabaha et la MOA au comptant.

■1/2/1. Définition de la MOA

C'est une vente à travers laquelle deux ou plusieurs parties négocient et se promettent mutuellement d'exécuter un contrat par lequel l'une des parties (le donneur d'ordre) demande à l'autre (l'acheteur) d'acheter un actif dont le donneur d'ordre prendra possession. Ainsi, l'acheteur revendra l'actif au donneur d'ordre avec une marge. Les deux parties concluent un contrat de vente après la passation du titre de propriété. Cependant, le donneur d'ordre n'est pas obligé de conclure le contrat de vente.

■1/2/2. Légitimité de la MOA

Les règles admises pour ce type de vente sont légitimes selon les principes de la loi islamique ou Shari'a, sur la base de l'acceptabilité générale du contrat de vente dans le Coran et les hadiths et les pratiques courantes.

2. Types de MOA

■ La promesse du donneur d'ordre d'achat dans la MOA peut être ferme ou non obligatoire. Les tous premiers juristes convenaient que le respect de la promesse d'achat n'était pas obligatoire. L'Académie de la Jurisprudence Islamique est elle aussi arrivée tout récemment à cette règle. La raison de cette interdiction est d'éviter que des agents économiques vendent ce qu'il ne possèdent pas ou d'effectuer des transactions non autorisées. Cependant, des experts contemporains autorisent l'obligation du respect de la promesse de vente pour ce genre de transaction.

■ 2/1. Règles de la MOA ferme

a. Si l'acheteur accepte la requête du donneur d'ordre, il devra acheter l'actif et conclure un contrat de vente avec le vendeur de l'actif. Cet achat est considéré être exécutoire en vertu du lien juridique mutuel entre le donneur d'ordre et l'acheteur.

b. L'acheteur met le bien à la disposition du donneur d'ordre qui devra l'accepter en vertu du lien juridique mutuel et devra conclure un contrat de vente.

c. Dans ce type de vente le "**hamish jiddiyah**" est permis à la signature du premier contrat avant que l'acheteur n'effectue l'achat.

Le hamish jiddiyah est défini comme un montant payé par le donneur d'ordre sur requête de l'acheteur afin de rassurer ce dernier sur sa crédibilité d'acheteur.

■ 2/1. Règles de la MOA ferme

(suite c)

Cependant, si le donneur d'ordre décline l'achat de l'actif, le dommage causé est réparé par le hamish jiddiyah.

d.1. l'acheteur aura recours au hamish jiddiyah dans la limite du dommage causé.

2. Au cas où le hamish jiddiyah est inférieur au dommage causé, l'acheteur aura recours au donneur d'ordre pour le règlement de la perte restante.

Certaines banques islamiques ont recours à l' "**urboun**" en tant qu'alternative au hamish jiddiyah,

Dans la jurisprudence islamique "**l'urboun**" est défini comme un montant payé à l'avance par un acheteur à un vendeur. Si l'acheteur décide de conclure la transaction, et prend possession de l'actif, alors l'urboun est considéré comme une partie du prix de l'actif. Dans le cas contraire, l'urboun est retenu par le vendeur.

■ 2/1. Règles de la MOA ferme (suite d)

Ainsi, dans le cas d'un urboun, l'acheteur retient la totalité de l'urboun, qu'il soit supérieur ou inférieur au dommage causé. Cependant dans le cas d'un hamish jiddiyah, l'acheteur doit retenir seulement le montant de la perte occasionnée et si cette perte est inférieur au hamish jiddiyah, la différence est remise au donneur d'ordre.

■ 2/2. Règles de la MOA non liante

a. L'une des parties (le donneur d'ordre) demande à l'autre partie (l'acheteur) d'acheter un bien et lui promet de le lui racheter à un prix intégrant une marge. Cette requête est considérée comme une volonté d'achat.

b. Si l'acheteur accepte cette requête, il procède à l'achat en son nom propre sous un contrat entre lui et le vendeur du bien.

c. L'acheteur devrait après la prise de possession de l'actif le transmettre à son tour au donneur d'ordre selon les termes de la promesse mutuelle. Cela est considéré comme une offre de la part de l'acheteur.

d. A la mise à disposition de l'actif au donneur d'ordre, celui-ci a le choix de conclure le contrat en l'acceptant ou de décliner l'offre de vente. Le donneur d'ordre n'est pas obligé de respecter sa promesse. S'il décide de conclure le contrat, sa décision sera considérée comme une acceptation de l'offre. Un contrat de vente sera établi entre le donneur d'ordre et l'acheteur.

■ 2/2. Règles du MOA non liant

e. Si le donneur d'ordre n'accepte pas l'offre, l'actif restera en la possession de l'acheteur qui sera autorisé à le vendre par n'importe quel moyen.

f. Si l'acheteur exige un premier versement au donneur d'ordre, ce paiement devra être fait après la signature du contrat et devra être considéré comme une partie du prix de l'actif à acquérir.

3. Règles Générales

a. La garantie

Le créancier (l'acheteur) doit demander au débiteur (donneur d'ordre) de lui fournir une garantie. Le débiteur devra dans ce cas soumettre une garantie acceptable. Les biens du donneur d'ordre peuvent servir de garantie pour sa dette.

b. Dette sous MOA

Conformément aux règles de la Shari'a, les échéances de la dette de MOA ne devrait pas être liée à la revente des biens vendus, que le résultat de la revente soit négatif ou positif. Ce, parce que, lorsque la vente est effectuée, le titre de propriété est transférée au donneur d'ordre et l'acheteur détient le titre de créance à recouvrir. Si le donneur d'ordre vend l'actif à une date avant la date d'échéance de sa dette et même à un prix doublement supérieur au prix d'acquisition, il n'est pas obligé de régler sa dette à cette date, à moins que l'actif ait été engagé comme nantissement pour cette dette. Aussi, toute perte de valeur de l'actif ne justifie en soi aucun retard dans le règlement des sommes dues à échéance.

c. Défaillance d'un débiteur solvable

Il est interdit à toute personne solvable de mettre fin au paiement de sa dette. Cependant, l'acheteur peut prendre les mesures suivantes au cas échéant:

1. engager des procédures judiciaires à l'encontre du donneur d'ordre qui émet des chèques ou moyen de paiement non valides si cette émission est interdite par la loi.
2. engager des procédures judiciaires pour recouvrer sa créance et réclamer le dommage financiers réel causés par la faute du débiteur.
3. engager les procédures judiciaires nécessaires en vue de remédier aux pertes d'opportunités. C'est la position des juristes contemporains.

d. insolvabilité

si le débiteur est insolvable et n'arrive pas à faire face aux règlements, le créancier devra différer la dette jusqu'à ce que son débiteur soit solvable.

e. Le rôle de commanditaire du donneur d'ordre pour l'achat et la vente de l'actif (à lui même)

Conformément aux règles de la MOA, et en raison de l'interdiction de l'usure, l'acheteur ne doit pas permettre au donneur d'ordre de se substituer à lui (acheteur) pour l'achat de l'actif et de le lui revendre par la suite.

f. Impact d'une remise sur la Mourabaha

Selon des scholar's, le donneur d'ordre devra bénéficier de toute remise obtenue par l'acheteur. Cela est de nature à diminuer d'un même pourcentage le prix de vente de l'actif même si la remise a été obtenue après la conclusion du contrat. Cependant certains juristes soutiennent que le donneur d'ordre ne devra bénéficier de la remise si elle est faite avant la signature du contrat ou lors de la promesse mutuelle. Dans le cas contraire, elle devrait être au profit de l'acheteur.

NORMES COMPTABLES

A6. Ijarah et Ijarah Muntahia Bittamleek (IMB)

1. Champ d'application

2. Classification de l'Ijarah

3. Traitement comptable de l'Ijarah et de l'Ijarah Muntahia Bittamleek

4. Date de prise d'effet

1. Champ d'application

■ Cette norme prend en compte les règles comptables relatives aux contrats d'Ijarah et d'IMB dans lesquels la banque islamique est le bailleur ou le locataire. Elle prend en outre en compte l'acquisition de l'actif pour l'Ijarah, les dépenses y afférent, les revenus, les gains et les pertes.

■ Si ces exigences sont en contradiction avec les chartes et les règles juridiques en vigueur imposées aux banques islamiques dans le pays où la banque islamique est en activité, une divulgation des divergences devrait être faite.

Cette norme ne s'applique pas :

- a. aux contrats d'Ijarah d'exploitation de ressources naturelles telles que le pétrole, le gaz, les métaux etc.
- b. aux transactions d'Ijarah portant sur le cinéma, les manuscrits, les brevets d'invention et les droits d'auteurs.
- c. aux contrats de travail et les embauches pour services professionnels.

2. Classification de l'Ijarah

■ 2/1. L'Ijarah opérationnel (une location opérationnelle qui ne contient pas de close de cession de l'actif au locataire au terme de la période de location).

■ 2/2. L'IMB (Ijarah wa iqtina) (un contrat de location avec close de cession de l'actif au locataire). Il inclue:

- a. l'IMB à titre gratuit (transfert légal de la propriété sans contrepartie financière).
- b. l'IMB assorti d'une close de transfert légal de la propriété à la fin de la période de location avec en contrepartie un montant spécifié dans le contrat.
- c. l'IMB assorti d'une close de transfert de l'actif avant la fin du contrat de location pour un prix équivalent au total restant des loyers à payer par le locataire.
- d. l'IMB à travers le quel, l'actif est transféré graduellement et légalement (par vente).

3. Traitement comptable de l'Ijarah et de l'IMB

■ 3/1. L'Ijarah opérationnel (IO)

■ 3/1/1. PIO dans les états financiers de la banque en tant que bailleur

- Actif acquis pour l'Ijarah

a. L'actif est enregistré au contrat d'Ijarah à son coût historique. Le coût historique comprend le prix d'achat de l'actif ainsi que toutes les dépenses effectuées, de l'achat à la mise en marche à savoir les droits de douane, les taxes, le fret, l'assurance, l'installation, les test etc.

b. Si on constate une réduction substantielle permanente de la valeur résiduelle estimée de l'actif loué, une telle réduction sera évaluée et reconnu comme une perte à être imputée à la période financière où elle advient.

c. L'actif loué doit être amorti sur la base de la politique d'amortissement pratiquée par le bailleur pour des actifs identiques.

d. L'actif loué doit être inscrit dans les états financiers du bailleur sous le poste Investissement dans un actif d'Ijarah.

- les revenus de l'Ijarah

a. Les revenus de l'Ijarah devront être repartis proportionnellement aux périodes financières sur la durée du contrat.

b. Les revenus de l'Ijarah devront être inscrit dans les comptes de résultat du bailleur en tant que revenu d'Ijarah.

- les charges directes initiales

Les charges directes substantielles (matérielles) initiales supportées par le bailleur pour aménager l'accord de bail devront être réparties sur les périodes pendant la durée du contrat de façon compatible à la répartition des revenus de l'Ijarah.

Si ces charges sont immatérielles, elles devront être inscrites directement dans le compte de résultat en tant que dépense au titre de la période financière pendant laquelle le contrat de location est signé.

- **les réparations d'actif loués**

a. Si elles sont immatérielles, les réparations nécessaires à la préservation de l'actif loué devront être enregistrées au titre la période pendant laquelle elles adviennent.

b. Si les réparations sont matérielles (substantielles), et différentes d'une année à une autre pendant la période de location, une provision pour les réparations devra être constituée sous la forme de charges récurrentes affectant le revenu.

c. Si le locataire entreprend des réparations à la charge du bailleur avec le consentement de ce dernier, ces dépenses devront être enregistrées au titre la période pendant laquelle elles sont effectuées.

- **A la fin de la période financière**

a. L'amortissement des coûts directs initiaux s'ils sont immatériels, devra être reconnu comme charges de la période.

b. Si une provision pour réparation a été constituée, le coût de toute réparation pendant cette période devra être affecté à la provision.

c. L'actif loué devra être déprécié conformément à la politique de dépréciation du bailleur.

d. Les versements effectués au titre de l'Ijarah devront être enregistrés à leur valeur actuelle équivalente.

■ **3/1/2. L'Ijarah opérationnel dans les états financiers de la banque islamique intervenant en tant que locataire**

- **Dépenses d'Ijarah**

Les versements d'Ijarah devront être étalées sur les périodes financières de la durée du bail et enregistrées au titre de la période pendant laquelle ils sont effectués. Ces versements devront être inscrits dans le compte de résultat du locataire sous le poste dépenses d'Ijarah.

- **Dépenses initiales directes**

Les charges directes substantielles (matérielles) initiales supportées par le locataire pour aménager l'accord de bail devront être réparties sur les périodes pendant la durée du contrat de façon compatible à la répartition des revenus de l'Ijarah.

Si ces charges sont immatérielles, elles devront être inscrites directement dans le compte de résultat en tant que dépense au titre de la période financière pendant laquelle le contrat de location est signé.

■ **3/2. Ijarah Muntahia Bittamleek (IMB)**

■ **3/2/1. PIMB dans les états financiers de la banque islamique intervenant comme bailleur**

■ **3/2/1/1. PIMB à titre gratuit**

- **actifs acquis pour l'Ijarah:** se référer au 3/1/1 (a)

- **la signature du contrat et le début de l'exploitation**

a. Les actifs loués devront être présentés dans les états financiers du bailleur sous le poste *actifs d'Ijarah Muntahia Bittamleek* et devront être évalués à leur valeur comptable.

b. Les coûts directs initiaux sont enregistrés conformément au 3/1/2/2

- **revenus d'Ijarah:** se référer au 3/1/1/2

- **réparations des actifs loués:** se référer au 3/1/1/4

- **A la fin de la période financière**

a. Appliqué le 3/1/1/5 (paragraphe 15 à 18) (paragraphe 26)

b. Les actifs loués devront être dépréciés conformément à la politique pratiquée par le bailleur pour des actifs similaires. Cependant aucune valeur résiduelle de l'actif ne devra être soustraite dans la détermination de la dépréciation des actifs puisqu'ils doivent être cédés à titre gratuit.

- **A la fin du contrat**

La propriété des actifs devra être cédée au locataire à la fin du contrat s'il est prouvé que ce dernier à effectué tous les versements dû.

- **Dégradation permanente de l'actif loué avant la cession au locataire**

Si les actifs loués se dégradent de façon permanente avant la cession légale de la propriété au locataire, et que cette dégradation n'est pas imputable au locataire, et si les versements d'Ijarah déjà effectués sont supérieurs au montant de la simple location, la différence entre les deux montants (à savoir ce que le bailleur a déjà payé pour l'achat de l'actif et le montant de simple location) devra être reconnue comme une dette du bailleur et inscrite dans ses comptes.

■3/2/1/2. PIMB assorti d'une cession pour un prix donné ou tout autre montant spécifié dans le contrat

- **Actifs acquis pour l'Ijarah**

se référer au 3/1/1/1 (a)

- **Signature du contrat et début de l'exploitation**

se référer au 3/2/1/1/2

- **Revenus d'Ijarah**

se référer au 3/1/1/2

- **Réparation de l'actif**

se référer au 3/1/1/4

- **A la fin de la période financière**

se référer au 3/1/1/5. Dans la détermination de la contrepartie financière nécessaire pour la cession de l'actif au terme du contrat (c'est à dire la valeur résiduelle de l'actif pour le bailleur) la dépréciation de l'actif devra être prise en compte.

- **Au terme du contrat d'Ijarah**

a. La propriété de l'actif devra être cédée au locataire quand il sera prouvé que les versement dû ont été effectués et que le locataire aura acheté l'actif.

b. Si le locataire n'est pas obligé d'honorer sa promesse d'achat et décide d'agir dans ce sens, l'actif sera inscrit dans les livres comptables du bailleur sous le poste *Actif acquis pour Ijarah* et évalué à la valeur liquide équivalente ou la valeur comptable nette (inférieure). Si la valeur liquide équivalente est inférieure de la valeur nette comptable, la différence entre les deux sera enregistrée en tant que perte au titre de la période financière pendant laquelle elle est constatée.

c. Si le locataire est obligé d'honorer sa promesse d'achat, et décide de ne pas agir ainsi, et que la valeur liquide équivalente est < à la valeur comptable nette, la différence est enregistrée en tant que créances à recouvrer auprès du locataire.

- **Dégradation permanente de l'actif avant la cession de la propriété au locataire**

se référer au 3/2/1/1/7

■3/2/1/3. PIMB assorti d'une cession avant le terme du contrat pour un prix équivalent au total restant des loyers à verser

- **Actif acquis pour l'Ijarah**

se référer au 3/1/1/1 (a)

- **signature et début d'exploitation**

se référer au 3/2/1/1/2

- **revenu de l'Ijarah avant la vente de l'actif**

se référer au 3/1/1/2

- **réparations de l'actif loué**

se référer au 3/1/1/4

- **en fin de période financière**

se référer au 3/1/1/5

- **Vente des actifs loués**

La propriété de l'actif doit être cédée au locataire si ce dernier a payé l'actif avant le terme du contrat pour un prix équivalent au total des loyers restants à verser. Le bailleur devra reconnaître les gains ou les pertes résultant de la différence entre le prix de vente et la valeur comptable nette.

■3/2/1/4. PIMB assorti d'une close de cession graduelle de l'actif

- **Actifs acquis pour l'Ijarah**

se référer au 3/1/1/1 (a)

- **Signature de contrat et début d'exploitation**

se référer au 3/2/1/1/2

- **Revenus d'Ijarah**

Les revenus d'Ijarah devront être enregistrés au titre de la période financière pendant laquelle ils sont dû, en prenant en compte le fait que les revenus devront progressivement baisser étant donné que le locataire acquiert progressivement une grande partie de l'actif loué.

- **Réparation des actifs loués**

Se référer au 3/1/1/4. Les charges de réparations devront être supportées par le bailleur et le locataire proportionnellement à leur part dans l'actif.

- **Part vendue de l'actif**

La valeur comptable de la part vendue de l'actif devra être soustraite du compte d'actif loué et le bailleur enregistrera dans son compte de résultat tout gain ou toute perte résultant de la différence entre le prix de vente et la valeur comptable nette.

- **En fin de période financière**

a. se référer au 3/1/1/5

b. Si le locataire est en défaut de paiement de la partie restante de l'actif loué, le traitement comptable du 3/2/1/2/6 sera appliqué.

- **Au terme du contrat d'Ijarah**

Après le paiement de la totalité des loyers de l'Ijarah et du montant dû pour l'acquisition de l'actif, tous les comptes d'Ijarah devront être soldés.

■ **3/2/2. PIMB dans les états financiers de la banque islamique intervenant en tant que locataire**

■ **3/2/2/1. IMB à titre gratuit**

- **Charges directes initiales**

Se référer au 3/1/1/3

- **Dépenses d'Ijarah**

Se référer au 3/1/1/3

- **Maintenance périodique et opérationnelle de l'actif loué**

Si les frais de maintenance périodique et opérationnelle de l'actif sont exigés du locataire selon les termes de contrat, ils doivent être reconnus comme dépenses au titres de la période de leur réalisation.

- **Au terme du contrat de l'Ijarah**

a. La propriété de l'actif baillé doit être transférée au locataire après que les paiements de loyer aient été effectués.

b. Les actifs acquis à titre gratuit à la fin de la période de location doivent être enregistrés à leur valeur liquide équivalente du moment. La source de financement ayant permis les versements est crédité d'un montant correspondant. Il peut s'agir de détenteurs de titres (bénéfices non distribués), de détenteurs de compte d'investissement ou des deux. Le locataire divulguera sa politique à cet égard.

- **Dégradation permanente de l'actif avant sa cession au locataire**

Si l'actif se dégrade de manière permanente avant sa cession au locataire, et ne lui est pas imputable, et que les versements déjà effectués excèdent la valeur restante à payer, la différence entre ces deux montants (à savoir ce que le locataire a payé pour l'acquisition de l'actif et le reste à payer) devra être reconnue comme montant à payer par le bailleur et figuré au crédit du compte de résultat.

■ **3/2/2/2. IMB assorti du transfert du titre de propriété à la fin de la période de location pour un prix donné ou tout autre montant spécifié dans le contrat**

- **Charges directes initiales**

se référer au 3/1/1/3

- **Dépenses d'Ijarah**

se référer au 3/1/2/1

- **Maintenance périodique et opérationnelle de l'actif**

se référer au 3/2/2/1/3

- **Au terme du contrat d'Ijarah**

a. Le titre de propriété de l'actif doit être cédé au locataire lorsque ce dernier achète l'actif et qu'il est prouvé que tous les versements ont été effectués.

a. L'avantage tiré de l'utilisation d'un actif et non l'utilisation simple en tant que telle, devrait être l'objet principal de l'Ijarah. C'est un élément essentiel de l'accord entre les juristes sur l'Ijarah.

b. L'avantage doit être évalué et supposé être accompli dans le contrat parce qu'aucun contrat ne peut être conclu sur la base d'un élément permmissible mais n'ayant pas de prix. Toute dépense dans une telle situation est considérée comme illicite.

c. La prise en compte de l'avantage devrait être naturellement permmissible.

d. La capacité d'accomplissement de l'usus et du fructus devrait être réels et conforme à la Shari'a.

e. L'avantage devrait être identifié de telle sorte qu'il permette d'éviter tout mal entendu dû à un manque d'information. Les juristes sont unanimes que tout déficit d'information entraînant un conflit est de nature à annuler le contrat.

■1/3/3/3 Spécification de la jouissance

La jouissance est spécifiée en exposant l'objet ou la durée. Il peut aussi être identifié par la spécification ou l'identification physique.

La condition de spécification a conduit à la scission de l'Ijarah en (a) Ijarah d'actifs par lequel la jouissance est réalisée par un actif en particulier. Dans ce type d'Ijarah, toute détérioration de l'actif entraîne la nullité de l'Ijarah. Par exemple la location d'une maison donnée pour habitation. (b) l'Ijarah dont la spécification est acceptée sur la base de la description du bailleur. Dans ce type d'Ijarah, l'avantage est accompli sur la base de la spécification faite dans la description. Si l'avantage de l'actif est détérioré après qu'il ait été spécifié et qu'il ait servi, pour quelque temps après la prise d'effet du contrat, le bailleur fournira un remplaçant.

■1/4 Le Loyer

Le loyer est ce que le locataire est tenu de payer en considération de l'avantage tiré et apprécié. Tout ce qui pourrait être considéré comme un prix dans une vente pourrait être considéré comme loyer dans un contrat d'Ijarah. La majorité des juristes soutiennent que: " les conditions applicables au prix sont aussi applicable au loyer. Le loyer devrait être connu pour être conforme aux dires du Prophète (PSA): " celui qui emploie un ouvrier devrait l'informer de son salaire". Si l'avantage est accompli et que le loyer n'a pas été décidé, un loyer pour un tel avantage devrait être payé.

■1/4/1 Paiement du loyer sous forme de services (un autre avantage)

La majorité des juristes a permis le paiement de loyer sous la forme d'un service de même nature que l'objet du contrat.

■1/4/2 Flexibilité dans la détermination du loyer

Le loyer peut être déterminé en terme de temps, de place et de distance. Une personne pourrait dire par exemple à une autre: " Si vous me confectionnez cette robe ce jour, la rémunération sera de 1 dirham et si vous la confectionnez demain la rémunération sera d'un demi dirham; si vous vivez dans cette maison en tant que forgeron, votre charge sera de dix, mais si vous y vivez en tant vendeur de parfum, votre charge sera de cinq; et ainsi de suite".

■1/4/3 Droit au loyer et sa date d'échéance

Les Hanafites et les Malikites soutiennent que le droit au loyer ne devient pas un droit comme le contrat en lui même. Mais le droit au loyer devient un droit lorsque que les conditions ou l'objet du contrat sont remplis. Les Hanafites ajoutent la condition d'accélération de paiement du loyer courant par le locataire.

■1/4/4 Spécification de l'avance sur loyer

Le paiement d'une avance sur loyer n'est pas prohibé par la Shari'a. Il ne devrait cependant être considéré comme un bénéfice perçu sur la location qui ne relève que de la gestion propre au bailleur. Du point de vue islamique, le loyer est un montant indivisible qui ne devrait pas être séparé en principal et intérêt. Selon la Shari'a, le profit est perçu exclusivement comme le résultat de l'achat et de la vente d'une matière pour un prix supérieur à son coût.

Cependant, dans l'Ijarah, le loyer peut se payer de façon accélérée ou différée entièrement ou payé en partie (à condition que ce soit une partie du loyer entier). Il peut aussi être payé par versements ou vers la fin de l'utilisation de l'actif.

■1/5 Règles auxquelles bailleur et locataire devraient se soumettre

■1/5/1 Obligations du bailleur

a. Rendre l'actif disponible

Le bailleur est obligé de permettre l'utilisation de l'actif au locataire en le mettant à sa disposition durant le contrat. Cela inclut l'équipement et la préparation de l'actif nécessaires à une utilisation normale et bénéfique pour le locataire.

Rendre l'actif disponible c'est permettre l'appréciation de son avantage par le locataire. Cependant toute situation de nature à influencer négativement l'appréciation par le locataire durant la période du contrat indépendante de sa volonté, devrait être rectifiée par le bailleur. Par exemple la réhabilitation d'une maison louée et la suppression de tout élément tendant à la rendre incommode.

b. Garantie en situation de défaillance

Dans l'Ijarah, la situation de défaut est traitée similairement à celle de la vente. La situation de défaut qui donne droit au locataire à une option est celle où un dommage à l'objet principal du contrat est notifiée. Le même principe est appliqué si le défaut est notifié avant l'accomplissement du bénéfice mais après la conclusion du contrat. Dans les deux cas, le locataire a l'option de révoquer le contrat ou d'accepter les dédommagements avec obligation de payer la totalité du loyer. Cependant, certains juristes stipulent qu'une partie du loyer devrait être déduite pour le défaut.

c. Maintenance de l'actif loué (voir 1/6)

■1/5/2 Obligations du locataire

L'utilisation de l'actif est déterminée conformément aux conditions du contrat ou de la pratique courante. Le locataire est tenu de maintenir l'actif intact et de payer ses loyers.

Les juristes soutiennent que l'actif représente la confiance du bailleur vis à vis du locataire. Cependant le locataire ne saurait être tenu pour responsable des dommages indépendants de son fait (omission, violation des conditions d'utilisation ou négligence). Car il ne saurait être garant de l'actif loué bien qu'étant détenteur du droit d'usus et de fructus.

■1/6 Maintenance de l'actif

En principe, il n'est pas permis de stipuler dans le contrat que la maintenance de l'actif est à la charge du locataire parce que cela entraînerait le paiement d'un loyer incluant un élément inconnu. Selon les écoles de jurisprudence islamique, cette clause enlève à l'Ijarah sa validité. Si cette condition de maintenance est incluse dans le contrat et que le locataire bénéficie de l'actif, il devrait payer le loyer et être remboursé des dépenses de maintenance. De plus, le locataire devrait percevoir le salaire équivalent et les sommes dépensées dans le cadre de la maintenance effectuée avec l'accord du bailleur. Tous travaux effectués à l'insu du bailleur, seront considérés comme effectués à titre gratuit par le locataire au bénéfice du bailleur et ne pourront donc faire l'objet de remboursement.

Le bailleur devrait en outre entretenir l'actif et supporter toutes les réparations nécessaires à son utilisation. Tout refus devra entraîner la révocation du contrat par le locataire à moins que ce dernier utilise l'actif à cette condition.

■1/6 Maintenance de l'actif

Cependant, le locataire peut demander la prise en charge de la maintenance sur les bases suivantes :

a. Assurer la maintenance opérationnelle nécessaire à l'utilisation et à la continuité d'exploitation (besoins en fourniture; carburant ou équipement).

b. Maintenance périodique nécessaire pour que l'actif continue d'être bénéfique.

c. Maintenance spécifiée dans le contrat ou conforme aux pratiques courantes, que cette maintenance représente un travail fourni ou implique l'utilisation de pièces de rechange ou de matériels connus; parce que ce type de travail est considéré comme un loyer à prendre en considération.

■1/7 Révocation de l'Ijarah pour une raison justifiée

Les Hanafites soutiennent qu'il est possible de révoquer un contrat d'Ijarah de façon unilatérale pour une raison liée à l'une des parties contractantes ou liée à l'actif loué et ainsi le contrat n'est plus exécutoire. Dans ce cas, la révocation est valide, parce qu'elle est nécessaire quand il y a une raison; ou dans le cas où le contrat est liant, l'initiateur de la révocation subit des désagréments. Ainsi, la révocation est autorisée pour éviter que chacune des parties ne subisse les désagréments.

Les Malikites, les Hanbalites et les Shaféites rejoignent les Hanafites en ce qui concerne la possibilité de révoquer un contrat pour une raison justifiée mais pas dans les détails avancés par les Hanafites.

■3/3/2/2. Vente et location (en retour) résultant d'un IMB

La banque islamique devra étaler les gains et les pertes résultant de la vente de l'actif au client et de sa location (par la banque) sur la période de location en tant que dépenses d'Ijarah.

■3/4. La sous location

Lorsque la banque islamique loue à un client un actif qu'elle a elle-même pris en location auprès d'un tiers, le traitement comptable appliqué est celui selon lequel la banque est bailleur et locataire.

■3/5. Conditions de divulgation

La banque islamique devra notifier dans les annexes aux états financiers, la politique comptable adoptée pour le traitement comptable de l'Ijarah et de l'IMB lorsqu'elle est bailleur et/ou locataire.

■3/5/1. Ijarah opérationnel

■3/5/1/1. Conditions de divulgation lorsque la banque islamique est le bailleur

a. La banque islamique devra divulguer dans les annexes aux états financiers le montant des actifs loués par grande classe d'actif net de tout cumul d'amortissement.

b. La banque islamique devra divulguer dans les annexes aux états financiers sous forme de résumé, le montant des futures versements d'Ijarah à recevoir.

■3/5/1/2. Conditions de divulgation lorsque la banque islamique est le locataire

La banque islamique devra divulguer dans les annexes aux états financiers sous forme de résumé, le montant des futures versements d'Ijarah à payer.

■3/5/2. IMB

■3/5/2/1. Conditions de divulgation lorsque la banque islamique est le bailleur

La banque islamique devra divulguer dans les annexes aux états financiers le montant des actifs loués par grande classe d'actif net de tout cumul d'amortissement.

■3/5/2/2. Conditions de divulgation lorsque la banque islamique est le locataire

La banque islamique devra divulguer dans les annexes aux états financiers tous les engagements liés aux contrats d'Ijarah initiés avant la date d'élaboration des états financiers de la période en cours mais qui continue pendant les périodes financières suivantes.

3/5/3. Les conditions de divulgation contenues dans les Normes Comptables et Financières No.1 La Présentation Générale et la Divulgation dans les états financiers des banques et institutions islamiques devront être respectées.

4. Date de prise d'effet

Date de prise d'effet: période fiscale débutant le 1er janvier 1999.

NORMES JURIDIQUES

B5. Ijarah et Ijarah Muntahia Bittamleek (IMB)

1. Ijarah

2. IMB

1. Ijarah

■1/1 Définition de l'Ijarah

Certains juristes définissent l'Ijarah comme le droit d'utiliser un actif. D'autres ajoutent à cette définition la notion de durée d'utilisation.

■1/2 Légitimité de l'Ijarah

La règle de base du contrat d'Ijarah est qu'il est autorisé par le Coran, par la Sunna, l'Ijma (consensus) et par la pratique courante.

■1/3 Eléments d'Ijarah

Selon la majorité des juristes, il existe 3 éléments généraux et 6 éléments secondaires d'Ijarah. Les trois éléments généraux sont:

- la formulation: qui inclue l'offre et la demande
- les parties contractantes, ce sont: le propriétaire de l'actif, le bailleur, et le locataire, celui qui utilise l'actif.
- Objet principale du contrat : qui inclue le loyer et l'avantage d'utilisation de l'actif.

Il doit être retenu que l'objet principal du contrat est l'usage de l'actif vu que c'est la contrepartie du loyer payé. Ainsi, le plus déterminant c'est le bénéfice d'utilisation et non l'actif, même si ce dernier est parfois traité comme objet principal et source de l'avantage. Il est par exemple couramment dit: " Je te loue par la présente cet actif "

Cependant, les Hanafites affirment que l'élément crucial est la formulation, c'est à dire l'offre et l'acceptation et que les contractants et le sujet du contrat sont des éléments subsidiaires du contrat.

■1/3/1 Formulation

Selon la majorité des juristes, le plus important dans le contrat d'Ijarah est la formulation du désir faite par le propriétaire de l'actif d'offrir et par le locataire d'accepter. Cette formulation pouvant être verbale ou d'une autre forme équivalente.

■1/3/1/1 Exécution de l'Ijarah

La règle de base de l'Ijarah est qu'elle doit être exécutable. Cependant, au cas où rien n'empêche l'exécution ou n'indique la date de début, alors l'Ijarah devra débiter à la signature du contrat.

■1/3/1/2

La validité du contrat d'Ijarah en ce qui concerne le différé à une date future de l'exécution du contrat fait l'unanimité au sein de la majorité des juristes. Cependant, les Hanafites considèrent un tel cas de figure comme un contrat non obligatoire et partant de là, ils limitent le caractère obligatoire de l'Ijarah contrairement à un contrat qui est déjà exécuté.

Les Shaféites ont limité la validité de l'Ijarah lié à un événement future à la situation où la spécification de l'actif est basée sur la description faite par le locataire. Cependant, cela ne s'applique à l'Ijarah pour actif ayant une certaine particularité. Néanmoins, selon les Shaféites, il est possible dans un contrat d'Ijarah de louer pour une seconde année un actif au même locataire avant l'expiration de la première année du contrat.

■1/3/1/3 lier l'Ijarah à un événement future ou à une condition

La majorité des juristes estiment que l'Ijarah en tant que vente ne doit pas être conditionnée par un événement future. Mais l'opinion de Ibn-Taimeyah et Ibn Al-Jawzeiyah est que conditionner ou lier l'Ijarah à un événement future est permis.

■1/3/2 Parties contractantes

Pour la conclusion d'un contrat, les deux parties doivent être saines d'esprit et de jugement. Le contrat d'Ijarah ne peut être valide que si le locataire est une personne compétente et dispose des fonds à l'effet du contrat. Pour que le contrat soit valide, il faut qu'il y ait consentement mutuel des deux contractants. Pour la mise en application du contrat, la partie contractante à qui l'offre est faite devra avoir la capacité nécessaire pour agir en vue de la création du contrat. C'est l'avis des Malikites et des Hanafites qui soutiennent que la capacité est une condition de l'applicabilité du contrat.

■1/3/3 Objet principal

L'objet principal de l'Ijarah est le bénéfice tiré de l'utilisation et le loyer. Ces deux notions sont discutées ci-dessous.

■1/3/3/1 La jouissance: il met en exergue deux parties

a. Le contrat devra inclure l'avantage tiré de l'utilisation d'un actif spécifique; Une personne pourrait par exemple dire à une autre: " Je vous loue par la présente cette maison", ou l'avantage tiré de l'utilisation d'un actif est acceptée et basée sur la description du bailleur, par exemple, "Je vous loue par la présente une maison dont la spécification est la suivante".

b. Le contrat devra inclure un acte reconnu.

■1/3/3/2 Conditions de la jouissance

L'avantage doit remplir les conditions suivantes:

2. Ijarah Muntahia Bittamleek (IMB)

■2/1 Types d'IMB

Il existe plusieurs types d'Ijarah Muntahia Bittamleek, parmi lesquelles certains ont été développés par la pratique. Il existe des types principaux et secondaires d'Ijarah Muntahia Bittamleek. Ceux qui nous concernent sont ceux présentant un aspect significatif et des différences nécessitant un "regard" de la Shari'a. Il devrait être noté que tous ces types d'ijarah visent à transférer le titre de propriété de l'actif loué au locataire, dans le cas contraire, ils seront considérés comme simple contrat de location.

■2/2 Formes of IMB

Il existe plusieurs formes d'Ijarah Muntahia Bittamleek qui se concentrent sur ceux dont les deux parties contractantes sont convenues et ont l'intention de réaliser; par exemple la location ou la vente, l'Ijarah et la promesse de vente, le loyer spécifié dans le contrat, le coût de l'actif dans la transaction, et la date de transfert du titre de propriété.

■2/3 Caractérisation de l'IMB par la Shari'a

Les paragraphes suivants explicitent les diverses formes de l'Ijarah Muntahia Bittamleek et leurs caractéristiques juridiques en relation avec les conditions stipulées dans les contrats. Les règles de la Shari'a y seront aussi exposées.

■2/3/1 IMB à titre gratuit (transfert du titre légal sans contrepartie)

C'est une forme d'Ijarah par laquelle, le titre légal est transféré au locataire à titre gratuit à la suite du respect de la promesse de versement du dernier loyer ou par le moyen de l'établissement d'un acte de cession de titre sans contrepartie conditionnée par le versement des derniers loyers. Le titre légal est alors transféré de facto sans qu'un nouveau contrat ne soit conclu et sans que des paiements supplémentaires ne soient effectués. La formulation dans le contrat devrait être la suivante: " Si les loyers convenus sont versés dans la période convenue, Je vous céderai cet actif à titre gratuit". Si l'autre partie accepte cette offre, alors la cession sera conditionnée.

Dans la jurisprudence islamique, les juristes ont deux opinions différentes sur le caractère conditionnel de la cession à titre gratuit. La première est que la gratuité conditionnée n'est pas valide (C'est la position des Hanafites, Shaféites, Hanbalites, Zaidiyah and Imamiyah). La seconde est qu'il est permis de conditionner la gratuité (C'est l'opinion de AlHarithi, l'un des scholars Hanbalites, et de certains Hanafites qui considèrent qu'il est permis de conditionner la gratuité par quelque chose d'approprié ou accepté). C'est aussi l'opinion des Malikites et l'opinion prédominante de la congrégation des Abadeiyah.

En plus de conditionner la gratuité, ce qui est un acte important parce qu'il s'agit d'un contrat, il est aussi permis pour le bailleur de promettre au locataire de lui transmettre l'actif loué gratuitement à la fin de la période spécifiée dans le contrat d'Ijarah après le versement des loyers convenus pour la période du contrat. Dans ce cas, la promesse est liante selon les Malikites et tous ceux qui partagent leur opinion; le contrat de gratuité doit alors être effectif.

■2/3/2 IMB par transfert du titre (vente) à la fin de la location pour un prix donné (contrepartie)

Cet accord inclut:

a. Un contrat valide d'Ijarah dans le quel le loyer et la période sont déterminés.

Si la période d'Ijarah expire, alors le contrat sera annulé.

b. Une promesse de contrat de vente à conclure à la fin de la période d'Ijarah, avec l'accord du locataire qui devra payer le prix convenu; La gestion de cette forme d'Ijarah ainsi que les suivantes seront explicitées dans les prochains paragraphes, aucune différence matérielle n'existant entre elles; Cela, parce qu'il n'y a aucune limite de contrepartie dans une vente négociée. C'est l'accord mutuel obtenu qui importe, que la contrepartie soit égale à la valeur de l'actif ou pas.

Il doit être retenu que le transfert légal de la propriété à la fin de la période d'Ijarah Muntahia Bittamleek de façon gratuite ou non est basé sur la supposition que le bailleur encaissera un loyer plus élevé que celui reçu pour un actif similaire (dans un simple contrat de location); de telle sorte que dans les deux cas, il puisse amortir le coût de l'actif à travers les loyers versés. C'est pourquoi le bailleur devrait accepter le transfert de l'actif de façon gratuite ou non. Conformément à cet accord, si le titre n'est pas transféré, après que le locataire ait rempli ses obligations sans causer de dommage, le loyer devrait alors être ajusté afin de refléter la valeur juste à payer et aussi dans un souci de justice; la différence entre les deux montants devrait être remboursée au locataire.

b. Les actifs achetés au terme de la période de location doivent être évalués à leur valeur liquide équivalente de ce moment. Toute différence entre la valeur liquide équivalente et le prix fixé lors et la promesse d'achat est inscrite sera au crédit de la partie qui aura financé l'achat.

- **Dégradation permanente de l'actif avant la cession du titre de propriété au locataire**
se référer au 3/2/1/1/7.

■3/2/2/3. IMB assorti du transfert du titre de propriété avant le terme de la location pour un prix équivalent au total restant dû des versements

- **Charges directes initiales**
se référer au 3/1/1/3.
- **Dépenses d'Ijarah**
se référer au 3/1/2/1.
- **Maintenance périodique et opérationnelle des actifs loués**
se référer au 3/2/2/1/3.

L'achat de l'actif loué

- Le titre de propriété devra être cédé au locataire lorsque ce dernier aura acheté l'actif à un prix équivalent au total restant dû des versements d'Ijarah.
- Les actifs achetés avant le terme du contrat devront être évalués à leur valeur liquide équivalente au moment de l'achat. Toute différence entre la valeur liquide équivalente et le prix d'achat (total restant dû des versements) sera au crédit de la partie ayant financé l'achat.

■3/2/2/4. IMB assorti du transfert graduel du titre de propriété de l'actif loué

- **Charges directes initiales**
se référer au 3/1/1/3
- **Dépenses d'Ijarah**
se référer au 3/1/2/1. Les charges périodiques et opérationnelles devront progressivement s'accroître à mesure que le locataire acquiert une grande partie de l'actif loué.
- **Maintenance périodiques et opérationnelle de l'actif loué**
se référer au 3/2/2/1/3.
- **Reconnaissance de la part achetée de l'actif loué**
La part rachetée de l'actif par le locataire devra être évaluée au prix d'achat.
- **Au terme de la période financière**
Les parts rachetées de l'actif par le locataire devront être dépréciées conformément à la politique pratiquée par le locataire.

■3/3. Vente et cession du bail

■3/3/1. Vente de l'actif à la banque par le client qui en devient locataire

- Si le client vend l'actif à la banque islamique et en devient locataire, le traitement comptable accordé par la banque islamique intervenant en tant bailleur sera appliqué.

■3/3/2. Vente de l'actif au client par la banque qui en devient locataire

- Si la banque vend l'actif au client et en devient locataire, le traitement comptable accordé par la banque islamique intervenant en tant locataire sera appliqué.

■3/3/2/1. Vente et location (en retour) résultant d'une opération d'Ijarah

- a. Si le prix de vente est égal au prix du marché, les gains et les pertes éventuelles devront être enregistrés au titre de la période financière de leur réalisation.

b. Toute différence entre le prix de vente de l'actif et sa valeur du marché devra être étalée sur la période de location en tant qu'ajustement des dépenses d'Ijarah.